

Bruselas, **XXX**  
[...](2021) **XXX** draft

ANNEX

**SENSITIVE\***  
*UNTIL ADOPTION*

**ANEXO**

**de la**

**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**

**Aprobación del contenido de un proyecto de**

**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**  
**Directrices sobre restricciones verticales**

---

\* Distribution only on a 'Need to know' basis - Do not read or carry openly in public places. Must be stored securely and encrypted in storage and transmission. Destroy copies by shredding or secure deletion. Full handling instructions <https://europa.eu/db43PX>

**ANEXO**  
**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**  
**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**  
**Directrices relativas a las restricciones verticales**  
**PROYECTO DE**  
**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**  
**Directrices relativas a las restricciones verticales**

**Índice**

1.	Introducción .....	4
1.1.	Objeto y estructura de las presentes Directrices .....	4
1.2.	Aplicabilidad del artículo 101 a los acuerdos verticales .....	5
2.	Efectos de los acuerdos verticales .....	6
2.1.	Efectos positivos .....	7
2.2.	Consecuencias negativas .....	11
3.	Acuerdos verticales generalmente excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1 .....	12
3.1.	Inexistencia de efecto sobre el comercio, acuerdos de menor importancia y pymes. ....	12
3.2.	Acuerdos de agencia .....	14
3.2.1.	Definición de acuerdos de agencia.....	14
3.2.2.	Aplicación del artículo 101, apartado 1, a los acuerdos de agencia.....	19
3.2.3.	La agencia y la economía de las plataformas en línea .....	20
3.3.	Acuerdos de subcontratación .....	21
4.	Ámbito de aplicación del RECAV .....	21
4.1.	Espacio protegido establecido por el RECAV .....	21
4.2.	Definición de acuerdo vertical .....	22
4.2.1.	La conducta unilateral queda fuera del ámbito de aplicación del RECAV .....	23
4.2.2.	Las empresas operan en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución .....	24
4.2.3.	Los acuerdos se refieren a la compra, venta o reventa de bienes o servicios .....	24
4.3.	Acuerdos verticales en la economía de las plataformas en línea .....	25
4.4.	Límites a la aplicación del RECAV .....	26
4.4.1.	Asociaciones de minoristas .....	26
4.4.2.	Acuerdos verticales que contengan disposiciones sobre derechos de propiedad intelectual (DPI) .....	27

4.4.3.	Acuerdos verticales entre competidores.....	30
4.5.	Relación con otros reglamentos de exención por categorías .....	33
4.6.	Tipos principales de sistemas de distribución .....	34
4.6.1.	Sistemas de distribución exclusiva.....	35
4.6.2.	Sistemas de distribución selectiva.....	42
4.6.3.	Franquicia.....	49
5.	Definición del mercado y cálculo de la cuota de mercado.....	51
5.1.	Comunicación sobre la definición de mercado .....	51
5.2.	Cálculo de las cuotas de mercado con arreglo al RECAV .....	52
5.3.	Cálculo de las cuotas de mercado con arreglo al RECAV .....	53
6.	Aplicación del RECAV .....	53
6.1.	Restricciones especialmente graves con arreglo al RECAV .....	53
6.1.1.	Imposición del precio de reventa .....	56
6.1.2.	Restricciones especialmente graves en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, letras b) a d) del RECAV .....	61
6.1.3.	Restricciones a las ventas de piezas de recambio .....	73
6.2.	Restricciones excluidas del RECAV .....	73
6.2.1.	Cláusulas de no competencia cuya duración excede de cinco años .....	74
6.2.2.	Cláusulas de no competencia a posteriori .....	75
6.2.3.	Cláusulas de no competencia impuestas a los miembros de un sistema de distribución selectiva.....	75
6.2.4.	Obligaciones de paridad .....	75
7.	Retirada e inaplicabilidad.....	76
7.1.	Retirada de la cobertura del RECAV [artículo 29 del Reglamento (CE) n.º 1/2003] .....	76
7.2.	Reglamento por el que se declara que el RECAV no es aplicable (artículo 6 del RECAV).....	79
8.	Política de aplicación en casos individuales .....	80
8.1.	Marco de análisis.....	80
8.1.1.	Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1.....	81
8.1.2.	Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	84
8.2.	Análisis de restricciones verticales específicas .....	86
8.2.1.	Imposición de marca única.....	86
8.2.2.	Suministro exclusivo .....	92
8.2.3.	Restricciones al uso de los mercados en línea .....	94
8.2.4.	Restricciones de uso de las herramientas de comparación de precios .....	97
8.2.5.	Obligaciones de paridad .....	100

8.2.6.	Pagos de acceso inicial.....	105
8.2.7.	Acuerdos de gestión por categoría .....	106
8.2.8.	Vinculación .....	107

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Objeto y estructura de las presentes Directrices**

- 1) Las presentes Directrices establecen los principios para evaluar los acuerdos verticales y las prácticas concertadas con arreglo al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «artículo 101»)<sup>1</sup> y al Reglamento (UE) [n.º [X]/2022 de [X] 2022] de la Comisión relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en lo sucesivo, «RECAV»)<sup>2</sup>. Con objeto de facilitar las referencias, a menos que se especifique otra cosa, en las presentes Directrices el término «acuerdo» también abarca las prácticas concertadas.
- 2) Al publicar las presentes Directrices, la Comisión pretende ayudar a las empresas a que realicen su propia evaluación de los acuerdos verticales con arreglo a las normas de competencia de la UE. No obstante, cada acuerdo debe enjuiciarse a la luz de sus propios hechos<sup>3</sup>. Por lo tanto, las presentes Directrices no pueden aplicarse mecánicamente y, asimismo, se entienden sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TJUE»).
- 3) Se pueden celebrar acuerdos verticales para bienes y servicios intermedios y finales. Salvo que se indique lo contrario, las presentes directrices se aplican a todos los tipos de bienes y servicios y a todos los niveles comerciales.
- 4) Las presentes Directrices están estructuradas de la siguiente manera:
  - La primera parte es una introducción, que incluye explicaciones relativas a los motivos por los que la Comisión ofrece orientaciones sobre acuerdos verticales y la medida en que lo hace. A continuación, la introducción establece el contexto en el que se aplica el artículo 101 a los acuerdos verticales.
  - La segunda sección ofrece un resumen de los efectos positivos y negativos generados por los acuerdos verticales. El RECAV en su totalidad, las presentes Directrices y las orientaciones para la evaluación de casos individuales de la Comisión se basan en la consideración de estos efectos.
  - La tercera sección trata de los acuerdos verticales que generalmente están excluidos del artículo 101, apartado 1. Aunque el RECAV no se aplica a estos acuerdos, es necesario ofrecer orientaciones sobre las condiciones en las que los acuerdos verticales están excluidos del artículo 101, apartado 1.
  - La cuarta sección ofrece orientaciones adicionales sobre el ámbito de aplicación del RECAV. Incluye explicaciones sobre el espacio protegido establecido por el RECAV y la definición de un acuerdo vertical. Asimismo, esta sección trata más específicamente de los acuerdos verticales en relación con la economía de las plataformas en línea, que desempeña una función cada vez más importante en la distribución de bienes y servicios y en la que puede

---

<sup>1</sup> Las presentes Directrices sustituyen a la Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 130 de 19.5.2010, p. 1).

<sup>2</sup> DO L [X], [X].[X].[X], p. [X].

<sup>3</sup> La Comisión seguirá supervisando el funcionamiento del RECAV y las presentes Directrices, y podrá revisar la presente Comunicación a la luz de las futuras evoluciones.

que no sea fácil clasificar los acuerdos verticales entre empresas teniendo en cuenta los conceptos tradicionalmente relacionados con acuerdos verticales. En esta sección también se explican los límites de la aplicación del RECAV, como se estipula en su artículo 2, apartados 2 a 4, así como la relación con otros reglamentos de exención por categorías según su artículo 2, apartado 8. Asimismo, se incluye una descripción de los principales tipos de sistemas de distribución. Esta descripción es pertinente para una serie de disposiciones del RECAV, en concreto la lista de restricciones especialmente graves incluida en su artículo 4, letra b).

- La quinta sección aborda la definición de los mercados de referencia y el cálculo de las cuotas de mercado de las empresas que forman parte de un acuerdo vertical. Sirve para evaluar si se exceden los umbrales de la cuota de mercado previstos en el artículo 3 del RECAV que determina la aplicabilidad de este.
- La sexta sección trata sobre las restricciones especialmente graves establecidas en el artículo 4 del RECAV y sobre las restricciones excluidas establecidas en su artículo 5, incluidas las explicaciones sobre por qué resulta pertinente la calificación de especialmente grave o excluida.
- La séptima sección contiene orientaciones sobre la retirada de la cobertura del RECAV de conformidad con el artículo 29 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado en lo sucesivo, «Reglamento (CE) n.º 1/2003»]<sup>4</sup>, así como sobre los reglamentos en los que se establece que el RECAV no se aplica de conformidad con su artículo 6.
- La octava sección describe la política de aplicación de la Comisión en casos concretos. Para tal fin, se explica cómo se evalúan los acuerdos verticales en virtud del artículo 101, apartados 1 y 3, fuera del ámbito de aplicación del RECAV, y se ofrecen orientaciones sobre una lista no exclusiva de acuerdos verticales específicos.

## **1.2. Aplicabilidad del artículo 101 a los acuerdos verticales**

- 5) El objetivo del artículo 101 es asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos, ya sean horizontales o verticales<sup>5</sup>, para impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado en detrimento último de los consumidores. El artículo 101 también persigue el objetivo más amplio de lograr un mercado interior integrado<sup>6</sup>, que mejore

<sup>4</sup> DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

<sup>5</sup> Para la aplicación del RECAV, el artículo 1, apartado 1, letra a), del RECAV define los acuerdos verticales como «los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios». En la sección 4.2 de estas Directrices se ofrecen más orientaciones sobre esta definición.

<sup>6</sup> Véanse por ejemplo la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, Europemballage Corporation y Continental Can Company/Comisión, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22, apartados 25 y 26; la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09 ECLI:EU:C:2011:83, apartado 22; la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de marzo de 2012, Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, C-209/10, ECLI: EU:C:2012:172, apartados 20 a 24 y la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2017, Intel Corp. Inc./Comisión, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, apartado 133.

la competencia en la Unión Europea. Las empresas no pueden utilizar los acuerdos verticales para volver a establecer barreras privadas entre Estados miembros ahora que las estatales han sido eliminadas con éxito.

- 6) El artículo 101 se aplica a los acuerdos verticales y a las restricciones en los acuerdos verticales que afectan al comercio entre los Estados miembros y que impiden, restringen o falsean la competencia<sup>7</sup>. Ofrece un marco jurídico para la evaluación de las restricciones verticales<sup>8</sup>, teniendo en cuenta la distinción entre efectos anticompetitivos y efectos favorables a la competencia. El apartado 1 de dicho artículo prohíbe los acuerdos que restringen o falsean la competencia de forma significativa, mientras que el apartado 3 permite conceder una exención a los acuerdos incluidos en el apartado 1, siempre y cuando ofrezcan suficientes ventajas en términos de eficiencia para compensar sus efectos contrarios a la competencia<sup>9</sup>.
- 7) Aunque no existe una secuencia obligatoria para la evaluación de los acuerdos verticales, por lo general consta de los siguientes pasos:
  - a) En primer lugar, las empresas implicadas deben establecer las cuotas de mercado del proveedor y del comprador en el mercado donde venden y compran respectivamente los bienes o servicios objeto del contrato.
  - b) Si la cuota de mercado pertinente del proveedor y del comprador no exceden cada una el umbral de cuota de mercado del 30 %, será aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el espacio protegido establecido por el RECAV, siempre que no contenga ninguna restricción especialmente grave ni ninguna restricción excluida que no pueda separarse del resto del acuerdo vertical.
  - c) Si la cuota de mercado pertinente es superior al umbral del 30 % para el proveedor o el comprador, debe evaluarse si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1.
  - d) Si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, debe examinarse si cumple las condiciones para la exención individual con arreglo al artículo 101, apartado 3.

## 2. EFECTOS DE LOS ACUERDOS VERTICALES

- 8) La evaluación de las restricciones verticales con arreglo al artículo 101 y la aplicación del RECAV deben tener en cuenta todos los parámetros pertinentes de la competencia, como los precios, la producción en términos de cantidades de productos, la calidad y variedad de los productos y la innovación. También deben

---

<sup>7</sup> Véanse, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, asuntos acumulados C-56/64 y C-58/64, ECLI:EU:C:1966:41; la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, Technique Minière/Maschinenbau Ulm, C-56/65, ECLI:EU:C:1966:38; y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 14 de julio de 1994, Parker Pen/Comisión, C-79/92, ECLI:EU:T:1994:85.

<sup>8</sup> Para la aplicación del RECAV, el artículo 1, apartado 1, letra b), del RECAV define las restricciones verticales como «restricciones de la competencia que entren *en* el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1 [la cursiva es nuestra]». En la sección 3 de las presentes Directrices se ofrecen más orientaciones sobre los acuerdos verticales que generalmente quedan *fuera* del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.

<sup>9</sup> Véase la Comunicación de la Comisión – Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 97), sobre la metodología general e interpretación de la Comisión de las condiciones para aplicar el artículo 101, apartado 1, y en particular el artículo 101, apartado 3.

tener en cuenta que los acuerdos verticales entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución suelen ser menos perjudiciales que los acuerdos horizontales entre competidores que suministran bienes o servicios sustituibles. En principio, esto se debe a la naturaleza complementaria de las actividades de las partes de un acuerdo vertical, que normalmente implica que las acciones a favor de la competencia de una de las empresas benefician a la otra parte del acuerdo y, en última instancia, a los consumidores. Por lo tanto, a diferencia de los acuerdos horizontales, las partes en un acuerdo vertical tienden a tener un incentivo para acordar precios más bajos y niveles de servicio más altos, lo que también beneficia a los consumidores. La naturaleza complementaria de las actividades de las partes en un acuerdo vertical en la introducción de bienes o servicios en el mercado también implica que las restricciones verticales pueden proporcionar un margen sustancial para la eficiencia, por ejemplo, optimizando los procesos de fabricación o distribución y los servicios.

- 9) Las empresas con poder de mercado pueden intentar utilizar las restricciones verticales para perseguir fines anticompetitivos que, en última instancia, perjudican a los consumidores. Poder de mercado es la capacidad de mantener los precios por encima de los niveles competitivos o la producción en términos de cantidades de producto, calidad y variedad del producto o innovación por debajo de los niveles competitivos durante un período de tiempo que no sea insignificante. En principio, el grado de poder de mercado necesario para concluir que hay infracción en virtud del artículo 101, apartado 1, es inferior al grado de poder de mercado necesario para concluir que hay una posición dominante en virtud del artículo 102. No obstante, teniendo en cuenta el carácter complementario de las actividades de las partes en un acuerdo vertical, el ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa, ya se encuentre en la fase anterior del proceso productivo o en la fase posterior, influiría, por lo general, negativamente en la demanda de los bienes o servicios objeto del contrato por parte de la otra empresa parte en el acuerdo vertical. Las empresas que forman parte de un acuerdo vertical pueden, por lo tanto, contar con un incentivo para impedir el ejercicio del poder de mercado por su parte contratante.

## **2.1. Efectos positivos**

- 10) Los acuerdos verticales pueden tener efectos positivos, por ejemplo, precios más bajos, el fomento de la competencia en aspectos distintos de los precios o la mejora de la calidad de los servicios. Las negociaciones habituales en igualdad de condiciones entre un proveedor y un comprador, en las que solo se fija el precio y la cantidad de una transacción, pueden conducir a menudo a un nivel de inversiones y ventas inferior al óptimo, ya que no tienen en cuenta las externalidades derivadas de la naturaleza complementaria de las actividades del proveedor y sus distribuidores. Estas externalidades se dividen en dos categorías: externalidades verticales y externalidades horizontales.
- 11) Las externalidades verticales surgen porque las decisiones y acciones tomadas en diferentes niveles de la cadena de suministro y distribución determinan aspectos de la venta de bienes o servicios, como el precio, la calidad, los servicios relacionados y la comercialización, que afectan no solo a la empresa que toma las decisiones, sino también a otras empresas en otros niveles de la cadena de suministro y distribución. Por ejemplo, un distribuidor puede no obtener todos los beneficios de sus esfuerzos por aumentar las ventas, ya que algunos de estos beneficios pueden ir a parar al proveedor. Esto se debe a que por cada unidad adicional que un distribuidor vende bajando su precio de reventa o aumentando su esfuerzo de venta, el proveedor se



beneficia si su precio al por mayor es superior a su coste de producción marginal. Así pues, puede haber una externalidad positiva para el proveedor debido a las acciones del distribuidor. Por el contrario, puede haber situaciones en las que, desde la perspectiva del proveedor, el distribuidor puede estar fijando precios demasiado elevados<sup>10</sup> o realizando pocos esfuerzos de ventas.

- 12) Las externalidades horizontales pueden surgir entre distribuidores de los mismos bienes o servicios cuando un distribuidor no puede apropiarse plenamente de los beneficios de sus esfuerzos de venta. Por ejemplo, los servicios de preventa que aumentan la demanda prestados por un distribuidor, como el asesoramiento personalizado en relación con determinados bienes o servicios, pueden dar lugar a mayores ventas por parte de los distribuidores competidores que ofrecen los mismos bienes o servicios y, por tanto, crear incentivos entre los distribuidores para aprovecharse de los costosos servicios prestados por otros. En un entorno de distribución multicanal (en línea y fuera de línea), el parasitismo puede producirse en ambas direcciones<sup>11</sup>. Por ejemplo, los clientes pueden visitar una tienda física para probar los productos o servicios u obtener otra información útil en la que basar su decisión de compra, pero luego pedir el producto en línea a otro distribuidor. En cambio, los clientes pueden recopilar información en la fase previa a la compra (en particular la inspiración, la información y la evaluación) en una tienda en línea, y luego visitar una tienda física, pedir y probar determinados bienes o servicios basándose en esta información y, finalmente, comprar fuera de línea en una tienda física. Cuando este tipo de parasitismo es posible y el distribuidor que presta los servicios de preventa no puede apropiarse plenamente de los beneficios, esto puede conducir a una prestación subóptima de dichos servicios en términos de cantidad o calidad.
- 13) En presencia de estas externalidades, los proveedores tienen un incentivo para controlar determinados aspectos de las operaciones de sus distribuidores. En particular, los acuerdos verticales pueden permitir a los proveedores internalizar los efectos externos mencionados, aumentar el beneficio conjunto de la cadena vertical de suministro y distribución y, en determinadas circunstancias, el bienestar de los consumidores.
- 14) Si bien las presentes Directrices tratan de ofrecer una visión general de las diversas justificaciones para la existencia de las restricciones verticales, no pretenden, sin embargo, ser completas o exhaustivas. Las razones expuestas a continuación pueden justificar la aplicación de determinadas restricciones verticales.
  - a) La cuestión de la externalidad vertical o el problema de la doble marginalización: la fijación de un precio demasiado elevado por parte del distribuidor sin tener en cuenta el efecto de sus decisiones sobre el proveedor puede evitarse si el proveedor impone al distribuidor un precio máximo de reventa. Para aumentar los esfuerzos de venta del distribuidor, el proveedor puede, por ejemplo, utilizar la distribución selectiva o la distribución exclusiva.

---

<sup>10</sup> A veces denominado «problema de doble marginalización».

<sup>11</sup> Véase el documento de trabajo de los servicios de la Comisión: *Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation* («Evaluación del Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales», documento en inglés), SWD(2020) 172 final de 10.5.2017, p. 31 y el estudio de evaluación mencionado; Comisión, Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, COM(2017) 229 final, 10 de mayo de 2017, apartado 11.

- b) El problema del parasitismo: El parasitismo entre compradores puede producirse a nivel mayorista o minorista, en particular cuando el proveedor no puede imponer requisitos efectivos de promoción o servicio a todos los compradores. Entre compradores el problema solo puede plantearse en los servicios preventa y otras actividades promocionales y nunca en los de posventa en los que el distribuidor puede cobrar a sus clientes individualmente. Los esfuerzos de preventa en los que puede producirse el parasitismo pueden ser importantes, por ejemplo, cuando los bienes o servicios son relativamente nuevos, técnicamente complejos o de gran valor, o cuando la reputación de los bienes o servicios es un determinante importante de su demanda. Las restricciones de no competencia pueden ayudar a superar el parasitismo entre proveedores.
- c) Abrir nuevos mercados o introducirse en ellos: En el caso de que un proveedor desee introducirse en un nuevo mercado geográfico, por ejemplo, exportando a otro país, ello puede implicar la realización de inversiones a fondo perdido específicas por parte del distribuidor para introducir la marca en el mercado. Para convencer a un distribuidor local de que realice estas inversiones, cabe la posibilidad de que sea necesario ofrecer protección territorial de forma que el distribuidor pueda recuperar estas inversiones. Esto puede justificar que se restrinja a los distribuidores situados en otros mercados geográficos la venta en el nuevo mercado (véase también el apartado 167 de las presentes Directrices). Es este un caso especial del problema de parasitismo contemplado en la letra b) anterior.
- d) La cuestión del parasitismo de certificado: En algunos sectores, determinados distribuidores tienen reputación por almacenar únicamente bienes de calidad o de prestar servicios de calidad (los llamados «distribuidores de calidad»). En tales casos, vender a través de estos distribuidores puede ser crucial, en particular para el lanzamiento exitoso de un nuevo producto. Si el proveedor no puede limitar sus ventas a estos distribuidores de calidad, corre el riesgo de que su producto no se oferte. Por lo tanto, puede haber justificaciones para permitir la distribución exclusiva o la distribución selectiva.
- e) El denominado problema de la cautividad: a veces el proveedor o el comprador deben realizar inversiones destinadas específicamente a los clientes, por ejemplo, inversiones en equipos especiales o en formación. Por ejemplo, un fabricante de componentes puede tener que construir nuevas máquinas y herramientas para satisfacer la demanda específica de uno de sus clientes. Cuando estas inversiones destinadas específicamente al cliente no pueden contratarse directamente, o cuando dicha contratación es incompleta, la empresa en cuestión puede no estar en condiciones de comprometerse a realizar el nivel óptimo de inversiones desde el punto de vista del proveedor y, una vez seleccionado por este, el comprador solo puede realizar inversiones subóptimas. Los acuerdos verticales pueden ayudar a eliminar o aliviar ese problema de compromiso.
- f) El problema específico de cautividad que se puede plantear en caso de transferencia de conocimientos técnicos sustanciales: una vez que se facilitan conocimientos técnicos no se pueden recuperar y es posible que el proveedor de estos conocimientos no desee que sean utilizados para o por sus competidores. En la medida en que el comprador no dispusiese con facilidad de los conocimientos técnicos, y estos fuesen sustanciales e indispensables para la

ejecución del acuerdo, esta transferencia puede justificar una restricción de no competencia y no se encuadraría en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, en tales casos.

- g) Economías de escala en la distribución: Para realizar economías de escala y, por consiguiente, lograr para sus bienes o servicios un precio minorista inferior, cabe la posibilidad de que el fabricante desee concentrar la reventa de sus bienes o servicios en un número reducido de distribuidores. Para ello podría recurrir a la distribución exclusiva, la obligación de venta de una cantidad fija en forma de un acuerdo de compra mínimo, la distribución selectiva que incluya esta condición, o la compra exclusiva.
  - h) Uniformidad y normalización de la calidad: una restricción vertical puede contribuir a la creación de una imagen de marca, algo que aumenta la capacidad de atracción de los bienes o servicios en cuestión para el cliente final y, por tanto, las ventas, al imponer a los distribuidores un cierto grado de uniformidad y normalización de la calidad. Esto se aplica por ejemplo, a la distribución selectiva y la franquicia.
  - i) Imperfecciones del mercado de capital: los proveedores de capital como bancos y mercados de valores pueden ofrecer capital de forma inferior a la óptima si cuentan con una información deficiente sobre la solvencia del prestatario o si existe una base inadecuada para garantizar el préstamo. Cabe la posibilidad de que el comprador o el proveedor cuente con una información más completa y esté en condiciones, mediante una relación exclusiva, de obtener mayor seguridad para su inversión. En caso de que el proveedor conceda el préstamo al comprador, ello puede conducir a la imposición de una cláusula de no competencia o una obligación de compra de una cantidad determinada. Si es el comprador el que facilita el crédito al proveedor, ello puede ser la razón de que se imponga al proveedor una obligación de suministro exclusivo o de imposición de una cantidad obligatoria.
- 15) Estas nueve situaciones enumeradas en el apartado anterior ponen de relieve que, en general, resulta probable que los acuerdos verticales contribuyan a lograr eficiencias y el desarrollo de nuevos mercados y que ello puede compensar los posibles efectos negativos. En términos generales, deben apoyarse las restricciones verticales que contribuyen a la introducción de bienes y servicios nuevos y complejos o a proteger las inversiones destinadas a determinadas relaciones. En ocasiones, las restricciones verticales son necesarias siempre que el proveedor venda sus bienes o servicios al comprador [véanse especialmente las situaciones descritas en las letras a), b), f), g) y h) del apartado anterior].
- 16) Existe un alto grado de intercambiabilidad entre las diferentes restricciones verticales, lo que implica que distintas restricciones verticales pueden resolver el mismo problema de ineficiencia. Por ejemplo, cabe la posibilidad de lograr economías de escala en la distribución utilizando la distribución exclusiva, la distribución selectiva, la imposición de una cantidad fija o la compra exclusiva. Sin embargo, la posibilidad de que los efectos negativos sobre la competencia difieran entre las distintas restricciones verticales debe tenerse en cuenta cuando se evalúa el carácter indispensable con arreglo al artículo 101, apartado 3.

## 2.2. Consecuencias negativas

- 17) Las consecuencias negativas para el mercado que se pueden derivar de las restricciones verticales y que la normativa de competencia de la UE pretende evitar son, en particular, las siguientes:
- a) Exclusión de forma contraria a la competencia de otros proveedores u otros compradores poniendo barreras a la entrada o a la expansión.
  - b) Debilitamiento de la competencia entre el proveedor y sus competidores o facilitación de la colusión<sup>12</sup> (explícita o tácita) entre estos proveedores, a menudo mencionada como reducción de la competencia intermarcas.
  - c) Debilitamiento de la competencia entre el comprador y sus competidores o facilitación de la colusión (explícita o tácita) entre estos compradores. No obstante, es poco probable que una reducción de la competencia intramarca (es decir, la competencia entre los distribuidores de los bienes o servicios de un mismo proveedor) provoque por sí misma efectos negativos para los consumidores si la competencia intermarcas (es decir, la competencia entre los distribuidores de los bienes o servicios de diferentes proveedores) es fuerte.
  - d) Creación de obstáculos a la integración de mercados, entre los que se incluyen, sobre todo, las limitaciones a la elección de los consumidores para adquirir bienes o servicios en el Estado miembro.
- 18) La exclusión, el debilitamiento de la competencia y la colusión al nivel del proveedor pueden perjudicar a los consumidores, en especial mediante el aumento de los precios al por mayor de los bienes y servicios (lo que a su vez puede dar lugar a precios al por menor más elevados), la limitación en la elección de bienes o servicios, la disminución de su calidad o la reducción del nivel de innovación al nivel de los proveedores. La exclusión, el debilitamiento de la competencia y la colusión al nivel de los distribuidores pueden perjudicar a los consumidores, en especial aumentando los precios al por menor de los bienes y servicios, limitando la elección de combinaciones precio-servicio y los formatos de distribución, reduciendo la disponibilidad y calidad de los servicios al por menor y reduciendo el nivel de innovación a nivel de la distribución.
- 19) En un mercado en el que los minoristas individuales distribuyen la marca o marcas de un único proveedor, una reducción de la competencia entre los distribuidores de la misma marca llevará a una reducción de la competencia intramarca entre estos distribuidores, pero puede no tener un efecto negativo en la competencia entre los distribuidores en general. En tal caso, si la competencia intermarcas es fuerte, es poco probable que una reducción de la competencia intramarca tenga efectos negativos para los consumidores.
- 20) Los posibles efectos negativos de las restricciones verticales se ven reforzados cuando varios proveedores y sus compradores organizan su actividad de modo similar, dando lugar a los llamados efectos acumulativos<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> En cuanto a los conceptos de colusión explícita y tácita, véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 31 de marzo de 1993. *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, ECLI:EU:C:1993:120.

<sup>13</sup> Los efectos acumulativos pueden justificar especialmente la retirada de la cobertura del RECAV, (véase la sección 7.1. de las presentes Directrices).

- 3. ACUERDOS VERTICALES GENERALMENTE EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 101, APARTADO 1**
- 3.1. Inexistencia de efecto sobre el comercio, acuerdos de menor importancia y pymes**
- 21) Antes de abordar el ámbito de aplicación del RECAV, su aplicación y, de forma más general, la evaluación de los acuerdos verticales con arreglo al artículo 101, apartados 1 y 3, es importante recordar que el RECAV solo se aplica a los acuerdos que entran *en* el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.
- 22) Los acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros (inexistencia de efecto sobre el comercio) o que no restringen sensiblemente la competencia (acuerdos de menor importancia) quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1<sup>14</sup>. La Comisión ha proporcionado orientaciones respecto de la falta de efecto sobre el comercio en las Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en adelante, «Directrices relativas al efecto sobre el comercio»)<sup>15</sup>, y sobre los acuerdos de menor importancia en la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante «Comunicación *de minimis*»)<sup>16</sup>. Las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de las Directrices relativas al efecto sobre el comercio y de la Comunicación «de minimis», así como de cualquier orientación futura de la Comisión a este respecto.
- 23) Las Directrices relativas al efecto sobre el comercio establecen los principios desarrollados por los órganos jurisdiccionales de la Unión para interpretar el concepto de efecto sobre el comercio e indican cuándo es improbable que los acuerdos puedan afectar significativamente al comercio entre Estados miembros. Incluyen una presunción negativa *iuris tantum* que se aplica a todos los acuerdos en el sentido del artículo 101, apartado 1, independientemente de la naturaleza de las restricciones incluidas en dichos acuerdos, por lo que se aplica también a los acuerdos que contienen restricciones especialmente graves<sup>17</sup>. Según esta presunción, los acuerdos verticales no pueden, en principio, afectar significativamente al comercio entre los Estados miembros cuando i) la cuota de mercado combinada de las partes en cualquier mercado de referencia dentro de la Unión afectado por el acuerdo no supera el 5 %, y ii) el volumen de negocios total anual del proveedor en la Unión generado con los productos cubiertos por el acuerdo no supera los 40 millones EUR<sup>18</sup>. La Comisión puede refutar la presunción si un análisis de las características del acuerdo y de su contexto económico demuestra lo contrario.
- 24) Como se establece en la Comunicación «de minimis», se considera que los acuerdos verticales celebrados por los no competidores quedan generalmente fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, cuando la cuota de mercado de cada una de las partes en el acuerdo no exceda del 15 % en ninguno de los mercados de

<sup>14</sup> Léase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de diciembre de 2012, Expedia Inc./Autorité de la concurrence, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, apartados 16 y 17 con referencias adicionales.

<sup>15</sup> DO C 101 de 27.4.2004, p. 81.

<sup>16</sup> DO C 291 de 30.8.2014, p. 1.

<sup>17</sup> Directrices relativas al efecto sobre el comercio, apartado 50.

<sup>18</sup> Directrices relativas al efecto sobre el comercio, apartado 52.

referencia afectados por el acuerdo<sup>19</sup>. Esta regla general está sujeta a dos excepciones. En primer lugar, por lo que respecta a las restricciones especialmente graves, el artículo 101, apartado 1, se aplica independientemente de las cuotas de mercado de las partes<sup>20</sup>. Esto se debe a que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia puede, por su naturaleza e independientemente de cualquier efecto concreto, constituir una restricción sensible de la competencia<sup>21</sup>. En segundo lugar, los umbrales de cuota de mercado del 15 % se reducen al 5 % cuando, en un mercado de referencia, la competencia se ve restringida por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos. Los apartados 241 a 243 de las presentes Directrices tratan de los efectos acumulativos en el contexto de la retirada del beneficio del RECAV. La Comunicación «de minimis» aclara que, en general, no se considera que los proveedores o distribuidores individuales con una cuota de mercado que no supere el 5 % contribuyan de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión<sup>22</sup>.

- 25) Además, no se presume que los acuerdos verticales celebrados por empresas de las que una o varias tienen una cuota de mercado individual superior al 15 % entren automáticamente en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Tales acuerdos pueden carecer de un efecto sensible en el comercio entre los Estados miembros o pueden no representar una restricción sensible de la competencia<sup>23</sup>. Por tanto, deben ser evaluados en su contexto jurídico y económico. Las presentes Directrices incluyen criterios para la evaluación individual de tales acuerdos.
- 26) Además, la Comisión considera que los acuerdos verticales entre pequeñas y medianas empresas (en adelante, «pymes»)<sup>24</sup> rara vez tienen capacidad para afectar sensiblemente al comercio entre Estados miembros. La Comisión también considera que tales acuerdos raramente restringen sensiblemente la competencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, a menos que incluyan restricciones de la competencia por objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Por tanto, los acuerdos verticales entre las pymes generalmente quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. En los casos en los que, a pesar de todo, tales acuerdos cumplan las condiciones para que se aplique el artículo 101, apartado 1, la Comisión se abstendrá, por regla general, de incoar procedimientos al no existir el suficiente interés para la Unión, siempre y cuando las empresas implicadas en el acuerdo no ocupen una posición dominante individual o colectiva en una parte substancial del mercado interior.

<sup>19</sup> Comunicación «de minimis», apartado 8, que también incluye un umbral de cuota de mercado para los acuerdos entre competidores reales o potenciales, según el cual dichos acuerdos no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, si la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no supera el 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo.

<sup>20</sup> Véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, *Völk/Vervaecke*, 5/69, ECLI:EU:C:1969:35; la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 1971, *Cadillon/Höss*, 1/71, ECLI:EU:C:1971:47 y la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998, *Javico/Yves Saint Laurent*, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173, apartados 16 y 17.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de diciembre de 2012, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence y otros*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, apartado 37.

<sup>22</sup> Comunicación «de minimis», apartado 8.

<sup>23</sup> Véase también o la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 8 de junio de 1995, *Langnese-Iglo/Comisión*, T-7/93, ECLI:EU:T:1995:98, apartado 98.

<sup>24</sup> Tal como se define en el anexo a la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DO L 124 de 20.5.2003, p. 36).

## 3.2. Acuerdos de agencia

### 3.2.1. Definición de acuerdos de agencia

- 27) Un agente es una persona física o jurídica que dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona («el principal»), ya sea en nombre del propio agente o del principal, para la compra de bienes o servicios por parte del principal, o la venta de bienes o servicios suministrados por el principal.
- 28) En determinadas circunstancias, la relación entre un agente y su principal puede caracterizarse como una relación en la que el agente ya no actúa como operador económico independiente. Esto se aplica cuando el agente no asume ningún riesgo financiero o comercial, o solo un riesgo insignificante, asociado a los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal, como se explica más adelante<sup>25</sup>. En este caso, el acuerdo de agencia no entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. La calificación dada a su acuerdo por las partes o por la legislación nacional es irrelevante para la evaluación. Dado que constituyen una excepción a la aplicabilidad general del artículo 101 a los acuerdos entre empresas, las condiciones para clasificar un acuerdo como acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1, deben interpretarse en sentido estricto.
- 29) Existen tres tipos de riesgo comercial o financiero pertinentes para la categorización de un acuerdo como acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1.
- En primer lugar, deben mencionarse los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos o negociados por el agente por cuenta del principal, tales como la financiación de existencias.
  - En segundo lugar, se encuentran los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado. Se trata de inversiones necesarias específicamente para el tipo de actividad para la que el principal ha designado al agente, es decir, necesarias para que este pueda celebrar o negociar este tipo de contratos. Estas inversiones suelen ser a fondo perdido, lo que significa que, tras abandonar tal ámbito específico de actividad, la inversión no puede emplearse para otras actividades ni venderse, como no sea con pérdidas cuantiosas.
  - En tercer lugar, se encuentran los riesgos relacionados con otras actividades realizadas en el mismo mercado de producto, siempre que el principal requiera, en virtud de la relación de agencia, que el agente realice tales actividades no como agente en nombre del principal, sino por su propia cuenta.
- 30) A efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1, del TFUE, el acuerdo se calificará como acuerdo de agencia si el agente no asume ningún riesgo de los tres tipos mencionados, o si el riesgo asumido es insignificante. La importancia de los riesgos asumidos por el agente debe evaluarse, por lo general, en función de los ingresos generados por el agente por la prestación de los servicios de agencia y no en

---

<sup>25</sup> Véanse también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 15 de septiembre de 2005, Daimler Chrysler/Comisión, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322; la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784; y la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2008, CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL, C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485.

función de los ingresos generados por la venta de los bienes o servicios cubiertos por el acuerdo de agencia. No obstante, no se consideran pertinentes a efectos de esta evaluación los riesgos relacionados con la prestación de servicios de agencia en general, tales como el riesgo de que los ingresos del agente dependan de su éxito en el ejercicio de su función o de inversiones generales en locales o personal que podrían utilizarse para cualquier tipo de actividad, por ejemplo.

31) A la luz de lo anterior, a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1, la siguiente lista proporciona ejemplos de características que suelen encontrarse en los acuerdos de agencia. Este es el caso cuando el agente:

- a) no adquiera la propiedad de los bienes comprados o vendidos en virtud del acuerdo de agencia y no preste directamente los servicios objeto del contrato. El hecho de que el agente pueda adquirir temporalmente, durante un breve periodo de tiempo, la propiedad de los bienes objeto del contrato mientras los vende en nombre del principal no excluye la existencia de un acuerdo de agencia, siempre que el agente no incurra en ningún coste o riesgo relacionado con dicha transferencia de propiedad;
- b) no contribuya a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato, incluidos los costes del transporte de los bienes. Ello no impide que el agente se ocupe del servicio de transporte, siempre que sea el principal el que corra con los gastos;
- c) no mantenga, corriendo personalmente con los costes y riesgos, existencias de los bienes objeto del contrato, incluidos los costes de financiación de las existencias y los de pérdida de estas, y pueda devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos que el agente sea responsable por negligencia (como por ejemplo, en caso de que no cumpla con medidas razonables de seguridad que eviten la pérdida de existencias);
- d) no asuma responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de clientes (por ejemplo, por impagos del cliente), a excepción de la pérdida de la comisión del agente, a menos que este sea responsable por negligencia (por ejemplo, al no cumplir unas medidas razonables de seguridad o antirrobo o al no cumplir medidas razonables a la hora de dar parte de robos al principal o la policía o de comunicar al principal toda la información necesaria a su disposición sobre la fiabilidad financiera de los clientes);
- e) no asuma responsabilidad frente a los clientes u otros terceros por las pérdidas o daños procedentes del suministro de los bienes o servicios objeto del contrato a menos que, como agente, sea responsable por negligencia al respecto;
- f) no esté obligado, directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas, en particular a través de la contribución a presupuestos de publicidad del principal, actividades publicitarias o promocionales específicamente relacionadas con los bienes o servicios objeto del contrato;
- g) no realice inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales, formación del personal o publicidad específica de los bienes o servicios objeto del contrato, tales como el depósito de gasolina en el caso de comercio minorista de gasolina, o de *software* específico para la venta de pólizas de seguros, cuando se trate de agentes de seguros, o publicidad relativa a rutas o destinos en el caso de las agencias de viajes que venden vuelos o



alojamiento en hoteles, a menos que estos costes sean reembolsados en su totalidad por el principal;

- h) no realice otras actividades en el mismo mercado de producto solicitadas por el principal en el marco de la relación de agencia (por ejemplo, la entrega de bienes), a menos que estas actividades sean reembolsadas en su totalidad por el principal.
- 32) Si el agente incurre en uno o varios de los riesgos o costes mencionados en los apartados 28 a 31 de las presentes Directrices, el acuerdo entre el agente y el principal no tendrá la cualificación de acuerdo de agencia. La cuestión del riesgo debe evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo. Por razones prácticas, el análisis del riesgo puede empezar con la evaluación de los riesgos específicos del contrato. Si el agente incurre en riesgos específicos del contrato que no son insignificantes, ello bastará para considerar que el agente es un distribuidor independiente. Si el agente no incurre en riesgos específicos del contrato, será necesario continuar con el análisis evaluando los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado. Por último, si el agente no incurre en ningún riesgo específico del contrato ni en riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado, deberán tenerse en cuenta los riesgos relacionados con otras actividades exigidas en el marco de la relación de agencia en el mismo mercado de producto.
- 33) El principal puede utilizar diversos métodos para reembolsar los riesgos pertinentes, siempre que dichos métodos garanticen que el agente no asume ningún riesgo, o solo un riesgo insignificante, de los tipos contemplados en los apartados 28 a 31 de las presentes Directrices. Por ejemplo, un principal puede optar por reembolsar los costes exactos en los que haya incurrido, o puede cubrir los costes mediante una cantidad fija a tanto alzado, o puede pagar al agente un porcentaje fijo de los ingresos procedentes de los bienes o servicios vendidos en virtud del acuerdo de agencia. Para garantizar la cobertura de todos los riesgos pertinentes, puede ser necesario proporcionar un método sencillo para que el agente declare y solicite el reembolso de los costes que superen la cantidad a tanto alzado acordada o el porcentaje fijo. También puede ser necesario que el principal controle sistemáticamente cualquier cambio en los costes pertinentes y adapte la cantidad a tanto alzado o el porcentaje fijo en consecuencia. Cuando los costes pertinentes se reembolsan mediante un porcentaje del precio de los productos vendidos en el marco del acuerdo de agencia, el principal también debe tener en cuenta que el agente puede incurrir en costes pertinentes de inversiones específicamente destinadas al mercado incluso cuando realiza ventas limitadas o nulas durante un determinado período de tiempo. Tales costes deben ser reembolsados por el principal.
- 34) Un distribuidor independiente de algunos bienes o servicios de un proveedor puede actuar también como agente de otros bienes o servicios de ese mismo proveedor, siempre que las actividades y los riesgos cubiertos por el acuerdo de agencia puedan delimitarse de forma eficaz (por ejemplo, porque se refieren a bienes o servicios que presentan funcionalidades adicionales o nuevas características). Para que el acuerdo se considere un acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101, el distribuidor independiente debe ser verdaderamente libre de celebrar el acuerdo de agencia (por ejemplo, la relación de agencia no debe ser impuesta *de facto* por el principal mediante una amenaza de terminar o empeorar las condiciones de la relación de distribución) y, como se menciona en los apartados 28 a 31 de las presentes Directrices, todos los riesgos pertinentes vinculados a la venta de los bienes

o servicios cubiertos por el acuerdo de agencia, en particular las inversiones específicamente destinadas al mercado, deben ser asumidos por el principal.

- 35) Cuando un agente realiza otras actividades para el mismo u otros proveedores asumiendo su propio riesgo, existe el riesgo de que las condiciones impuestas al agente para su actividad de agencia influyan en sus incentivos y limiten su libertad de toma de decisiones cuando venda productos como actividad independiente. En particular, existe el riesgo de que la política de precios del principal para los productos vendidos en virtud del acuerdo de agencia influya en los incentivos del agente o distribuidor para fijar los precios de forma independiente de los productos que vende como distribuidor independiente. Además, la combinación de agencia y distribución independiente para un mismo proveedor plantea dificultades a la hora de distinguir entre las inversiones y los costes relacionados con la función de agencia, en particular las inversiones específicamente destinadas al mercado, y los relacionados únicamente con la actividad independiente. En estos casos, la evaluación de si una relación de agencia cumple las condiciones establecidas en los apartados 28 a 31 de las presentes Directrices puede, por tanto, ser especialmente compleja<sup>26</sup>.
- 36) Los riesgos descritos en los apartados 28 a 31 de las presentes Directrices son especialmente preocupantes si el agente realiza otras actividades como distribuidor independiente para el mismo principal en el mismo mercado de productos. Por el contrario, estos riesgos son menos probables si las otras actividades que realiza el agente como distribuidor independiente se refieren a un mercado de productos diferente<sup>27</sup>. De forma más general, cuanto menos intercambiables sean los productos, menos probable será que se produzcan estos riesgos. En los mercados de productos que comprenden productos que no presentan características objetivamente distintas, como una mayor calidad, características novedosas o funciones adicionales, esta delimitación parece más difícil y, por lo tanto, puede existir un riesgo significativo de que el agente se vea influido por las condiciones del acuerdo de agencia, especialmente en lo que respecta a la fijación de precios, para los productos que distribuye de forma independiente.
- 37) Para determinar las inversiones específicamente destinadas al mercado que deben reembolsarse cuando se celebra un acuerdo de agencia con uno de sus distribuidores independientes que ya está activo en el mercado de referencia, el principal debe considerar la situación hipotética de un agente que todavía no está activo en el mercado de referencia para evaluar qué inversiones son pertinentes para el tipo de actividad para la que se designa al agente. Las únicas inversiones específicamente destinadas al mercado que el principal no tendría que cubrir serían las que se refieren exclusivamente a la venta de productos diferenciados en el mismo mercado de productos que no se venden en el marco del acuerdo de agencia, sino que se distribuyen de forma independiente, a diferencia de las inversiones específicamente destinadas al mercado necesarias para operar en el mercado de productos de referencia, que el principal tendría que cubrir en todos los casos. Esto se debe a que

---

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, ECLI:EU:C:1975:174 apartados 537 a 557.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 15 de septiembre de 2005, DaimlerChrysler AG/Comisión de las Comunidades Europeas, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, apartados 100 y 113.

el agente no incurriría en los costes específicos del mercado correspondientes a los productos diferenciados si no actuara también como distribuidor independiente de dichos productos además de los que distribuye como agente, siempre que pueda operar en el mercado de referencia sin vender los primeros. En la medida en que las inversiones pertinentes ya hayan sido depreciadas (por ejemplo, las inversiones en mobiliario específico de la actividad), el reembolso puede ajustarse proporcionalmente.

- 38) A continuación se proporciona un ejemplo de cómo se pueden asignar los costes en el caso de un distribuidor que también actúa como agente de determinados productos para el mismo proveedor.

Un distribuidor independiente vende los productos A, B y C. Los productos A y B pertenecen al mismo mercado de producto, que comprende productos diferenciados que presentan características objetivamente distintas. El producto C pertenece a un mercado de producto diferente.

Un proveedor del producto B suele distribuir sus productos a través de distribuidores independientes. Sin embargo, para la distribución de un tipo particular del mismo producto, a saber, el producto A que presenta una nueva funcionalidad, desea utilizar un acuerdo de agencia, que ofrece a sus distribuidores independientes existentes en el mismo mercado de productos sin exigirles *de iure* o *de facto* que firmen este acuerdo.

Para que el acuerdo de agencia no entre en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del TFUE y cumpla las condiciones de los apartados 28 a 31 de las presentes Directrices, el principal debe cubrir todas las inversiones pertinentes para la actividad de venta de cada uno de los productos A y B (y no solo los productos A), ya que pertenecen al mismo mercado de productos. Por ejemplo, todos los costes contraídos para adaptar o amueblar una tienda para exponer y vender los productos A y B son probablemente específicos del mercado. Del mismo modo, los costes de formación del personal para vender los productos A y B y los costes relacionados con el equipo de almacenamiento específico que puede ser necesario para los productos A y B también son probablemente específicos del mercado. Estas inversiones pertinentes, que normalmente serían necesarias para que un agente se introduzca en el mercado y comience a vender los productos A y B, deben ser asumidas por el principal, incluso si el agente específico ya está establecido en ese mercado como distribuidor independiente.

No obstante, el principal no tendría que cubrir las inversiones para la venta del producto C, que no pertenece al mismo mercado de productos que los productos A y B. Además, en caso de que la venta del producto B requiera inversiones específicas que no son necesarias para la venta del producto A (por ejemplo, mobiliario específico o formación del personal), dichas inversiones no serían pertinentes y, por tanto, no tendrían que ser cubiertas por el principal, siempre que un distribuidor pueda operar en el mercado de referencia que comprende los productos A y B vendiendo únicamente el producto A.

Por lo que respecta a la publicidad, las inversiones en publicidad para la tienda del agente como tal (en lugar de la publicidad específica del producto A) beneficiarían tanto a la tienda del agente en general como a las ventas de los productos A, B y C, mientras que solo el producto A se vende en el marco del acuerdo de agencia. Por lo tanto, estos costes serían parcialmente pertinentes para la evaluación del acuerdo de agencia, en la medida en que están relacionados con la venta del producto A que se

vende en virtud del acuerdo de agencia, mientras que también son pertinentes para la actividad general de venta de los productos A y B. El coste de una campaña publicitaria relacionada exclusivamente con los productos B o C, sin embargo, no sería pertinente y, por lo tanto, no tendría que ser cubierto por el principal, siempre que un distribuidor pueda operar en el mercado de referencia vendiendo únicamente el producto A.

Los mismos principios se aplican a las inversiones en un sitio web o una tienda en línea, ya que parte de estas inversiones no serían pertinentes, dado que tendrían que realizarse con independencia de los productos vendidos en el marco del acuerdo de agencia. Por lo tanto, las inversiones generales en el diseño de un sitio web no tendrían que ser reembolsadas, en la medida en que la propia estructura del sitio web podría utilizarse para vender productos distintos de los que pertenecen al mercado de producto de referencia (por ejemplo, productos C o, más generalmente, productos distintos de A y B). Sin embargo, sí que serían pertinentes las inversiones relacionadas con la actividad de venta o publicidad de productos del mercado de productos de referencia (es decir, tanto los productos A como los B) en el sitio web. Por tanto, en función del nivel de inversión necesario para publicitar y vender los productos A y B en el sitio web, el principal tendría que cubrir parte de los costes de creación del sitio web o de la tienda en línea. Las inversiones específicas para publicitar o vender únicamente el producto B no se tendrían que cubrir, siempre que un distribuidor pueda operar en el mercado de referencia vendiendo únicamente el producto A.

### 3.2.2. *Aplicación del artículo 101, apartado 1, a los acuerdos de agencia*

- 39) Cuando un acuerdo cumple las condiciones para ser clasificado como acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1, la función de venta o compra del agente forma parte de las actividades del principal. Puesto que el principal soporta los riesgos comerciales y financieros relacionados con la venta y la compra de los bienes o servicios objeto del contrato, todas las obligaciones impuestas al agente en relación con los contratos concluidos o negociados en nombre del principal no se incluyen en el ámbito del artículo 101, apartado 1. La asunción por parte del agente de las obligaciones enumeradas al final de este apartado se considerará parte integrante del acuerdo de agencia, ya que estas obligaciones se refieren a la facultad del principal para determinar el ámbito de actividad del agente en relación con los bienes o servicios objeto del contrato. Esto es esencial para que el principal asuma los riesgos de los contratos celebrados o negociados por el agente en nombre del principal. Así pues, el principal puede determinar la estrategia comercial en relación con:
- a) limitaciones sobre el territorio en el que el agente puede vender estos bienes o servicios;
  - b) limitaciones sobre los grupos de clientes a los que el agente puede vender los bienes o servicios objeto del contrato; o
  - c) los precios y las condiciones a las que el agente debe vender o comprar los bienes o servicios objeto del contrato.
- 40) En cambio, en los casos en que el agente incurra en uno o más riesgos pertinentes descritos en los apartados 28 a 31 de las presentes Directrices, el acuerdo entre el agente y el principal no constituye un acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1. En esa situación, el agente será tratado como una empresa independiente y el acuerdo entre el agente y el principal estará sujeto al

artículo 101, apartado 1, como cualquier otro acuerdo vertical. Por esta razón, el artículo 1, apartado 1, letra k), del RECAV aclara que una empresa que, con arreglo a un acuerdo al que se aplique el artículo 101, apartado 1, venda bienes o servicios por cuenta de otra empresa, es un comprador.

- 41) Aunque el agente no asuma ningún riesgo, o solo un riesgo insignificante, de los descritos en los apartados 28 a 31 de las presentes Directrices, sigue siendo una empresa distinta del principal y, por tanto, las disposiciones relativas a la relación entre el agente y el principal pueden infringir el artículo 101, apartado 1, con independencia de que formen parte del acuerdo que rige la venta o la compra de los productos objeto del contrato o de un acuerdo por separado. Dichas disposiciones pueden beneficiarse del RECAV, en particular cuando se cumplen las condiciones previstas en el artículo 5 del RECAV, o, al margen del RECAV, pueden cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3, en casos concretos, como se describe en la sección 8.1.2 de las presentes Directrices. Por ejemplo, es posible que los acuerdos de agencia contengan cláusulas que prohíban al principal designar otros agentes para un determinado tipo de transacción, cliente o territorio (cláusulas de exclusividad) o que prohíban al agente actuar como agente o distribuidor de empresas competidoras del principal (cláusulas de imposición de marca única). Las cláusulas de exclusividad, por lo general, no provocarán efectos contrarios a la competencia. Sin embargo, las cláusulas de imposición de marca única, incluidas las de no competencia *a posteriori*, se refieren a la competencia intermarcas y pueden infringir lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, si contribuyen a un efecto (acumulativo) de exclusión del mercado de referencia en el que se compran o venden los bienes o servicios objeto del contrato (véanse en particular las secciones 8.2.1 y 6.2.2 de las presentes Directrices).
- 42) Un acuerdo de agencia puede también entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, aun cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales correspondientes, si dicho acuerdo facilita la colusión. Tal podría ser el caso, por ejemplo, si una serie de principales utilizan los mismos agentes al tiempo que impiden colectivamente a otros emplear a estos agentes o si los utilizan para coludir en la estrategia de mercadotecnia o para intercambiar información de mercado sensible entre los principales.
- 43) En el caso de un distribuidor independiente que también actúa como agente de determinados bienes o servicios del mismo proveedor, debe evaluarse estrictamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 34 a 37 de las presentes Directrices. Esto es necesario para evitar un uso incorrecto del concepto de agencia en escenarios en los que el proveedor no se vuelve realmente activo en el nivel minorista, tomando todas las decisiones de distribución asociadas y asumiendo todos los riesgos relacionados de acuerdo con los principios establecidos en los apartados 28 a 31, sino que establece una forma fácil de controlar los precios minoristas para aquellos productos que permiten altos márgenes de reventa. Dado que la imposición del precio de reventa es una restricción especialmente grave en virtud del artículo 4 del RECAV, como se establece en la sección 6.1.1 de las presentes Directrices, el concepto de agencia no debe ser utilizado indebidamente por los proveedores para eludir la aplicación del artículo 101, apartado 1, del TFUE.
- 3.2.3. *La agencia y la economía de las plataformas en línea*
- 44) Las empresas que prestan servicios de intermediación en línea están clasificadas como proveedores con arreglo al RECAV (véanse también los apartados 60 a 64 de

las presentes Directrices) y, por tanto, en principio no pueden considerarse agentes a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1. Además, los proveedores de servicios de intermediación en línea suelen actuar como operadores económicos independientes y no como parte de las empresas de los vendedores a los que prestan servicios de intermediación en línea. Los fuertes efectos de red y otras características de la economía de las plataformas en línea pueden contribuir a un desequilibrio significativo en el tamaño y el poder de negociación de las partes en el contrato y dar lugar a una situación en la que el proveedor de servicios de intermediación en línea determina las condiciones de venta de los bienes o servicios objeto del contrato y la estrategia comercial en lugar de los vendedores de los bienes o servicios intermediados. Además, los prestadores de servicios de intermediación en línea suelen prestar servicio a un gran número de vendedores en paralelo, lo que les impide formar parte efectivamente de ninguna de las empresas de los vendedores. Asimismo, los proveedores de servicios de intermediación en línea suelen realizar importantes inversiones específicamente destinadas al mercado, por ejemplo, en programas informáticos, publicidad y servicios posventa, lo que indica que estas empresas asumen importantes riesgos financieros o comerciales relacionados con los contratos negociados en nombre de los vendedores que utilizan sus servicios de intermediación en línea.

### **3.3. Acuerdos de subcontratación**

- 45) Los acuerdos de subcontratación, tal y como se definen en la Comunicación de la Comisión, de 18 de diciembre de 1978, referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en lo sucesivo, «Comunicación sobre la subcontratación»)<sup>28</sup>, quedan generalmente fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. La Comunicación sobre subcontratación sigue siendo aplicable e incluye más orientaciones sobre la aplicación de esta norma general. En particular, la Comunicación sobre subcontratación establece que, cuando un contratista impone límites a la utilización de la tecnología o el equipo que proporciona a un subcontratista, esta tecnología o equipo debe ser necesaria para que el subcontratista pueda fabricar los productos de que se trate<sup>29</sup>. También aclara el ámbito de aplicación de esta norma general, en particular que otras restricciones impuestas al subcontratista entran generalmente en el ámbito de aplicación del artículo 101, como la obligación de no realizar o explotar su propia investigación y desarrollo o de no producir para terceros<sup>30</sup>.

## **4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RECAV**

### **4.1. Espacio protegido establecido por el RECAV**

- 46) La exención por categorías del artículo 2, apartado 1 del RECAV establece un espacio protegido para los acuerdos verticales en el sentido del RECAV, siempre que

---

<sup>28</sup> DO C 1 de 3.1.1979, p. 2, que define los acuerdos de subcontratación como aquellos contratos, consecuencia o no de pedidos de terceros, en virtud de los cuales una empresa, el «ordenante», encarga a otra, el «subcontratista», según las directrices de aquella, la fabricación de productos, la prestación de servicios o la ejecución de trabajos destinados a ser entregados al ordenante o cumplimentados por cuenta de este.

<sup>29</sup> Véase el apartado 2 de la Comunicación sobre subcontratación, en el que se ofrecen más aclaraciones, en particular sobre el uso de los derechos de propiedad industrial y los conocimientos técnicos.

<sup>30</sup> Véase el apartado 3 de la Comunicación sobre subcontratación.

las cuotas de mercado del proveedor y del comprador en el mercado o mercados de referencia respectivos no superen los umbrales del artículo 3 del RECAV (véase la sección 5.2 de las presentes Directrices)<sup>31</sup>, y el acuerdo no incluya restricciones especialmente graves de conformidad con el artículo 4 del RECAV (véase la sección 6.1 de las presentes Directrices)<sup>32</sup>. Este espacio protegido se aplica mientras el beneficio de la exención por categorías no haya sido retirado en un caso concreto por la Comisión o la autoridad de competencia de un Estado miembro (en adelante «ACN») de conformidad con el artículo 29 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 (véase la sección 7.1 de las presentes Directrices).

- 47) El artículo 2, apartado 1, del RECAV también establece un espacio protegido cuando un proveedor utiliza el mismo acuerdo o acuerdos para distribuir varios tipos de bienes o servicios. En este caso de distribución de cartera de productos, el RECAV se aplica al acuerdo vertical en la medida en que se cumplan las condiciones de aplicación del RECAV y en relación con aquellos bienes o servicios para los que se cumplan dichas condiciones. Por el contrario, el artículo 101 se aplica a los acuerdos verticales en relación con aquellos bienes o servicios que el RECAV no cubre. Esto significa que no existe una exención por categorías con arreglo al artículo 2, apartado 1, del RECAV, pero tampoco una presunción de ilegalidad de tales acuerdos.

#### **4.2. Definición de acuerdo vertical**

- 48) El artículo 101, apartado 1, se refiere a los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas. No distingue si estas empresas operan al mismo nivel o en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución. Así pues, el artículo 101, apartado 1, se aplica tanto a los acuerdos horizontales como a las prácticas concertadas, así como a los acuerdos verticales y a las prácticas concertadas<sup>33</sup>.
- 49) El Reglamento n.º 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas,<sup>34</sup> modificado por el Reglamento (CE) n.º 1215/1999 del Consejo, de 10 de junio de 1999<sup>35</sup> (en lo sucesivo, «Reglamento de atribución de competencias»), faculta a la Comisión, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, a conceder exenciones por categorías mediante reglamento a los acuerdos verticales y las prácticas concertadas.
- 50) De conformidad con los artículos 1 y 3 del Reglamento de atribución de competencias, el artículo 1, apartado 1, letra a), del RECAV define los acuerdos verticales como «los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados

<sup>31</sup> Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 %, no se presume que los acuerdos verticales entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, ni que no cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.

<sup>32</sup> Por lo que respecta a las restricciones excluidas y al sentido del artículo 5 del RECAV, véase la sección 6.2 de las presentes Directrices.

<sup>33</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, *Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, C-56/65, ECLI:EU:C:1966:38, p. 240.

<sup>34</sup> DO 36 de 6.3.1965, p. 35.

<sup>35</sup> DO L 148 de 15.6.1999, p. 1.

bienes o servicios»<sup>36</sup>. Esta definición refleja al menos tres requisitos principales, que se abordan a continuación.

#### 4.2.1. *La conducta unilateral queda fuera del ámbito de aplicación del RECAV*

- 51) El RECAV se aplica a los acuerdos verticales y a las prácticas concertadas. No se aplica a la conducta unilateral de las empresas. Dicha conducta unilateral puede entrar en el ámbito de aplicación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, «artículo 102»), que prohíbe el abuso de posición dominante<sup>37</sup>. Para que haya un acuerdo en el sentido del artículo 101 basta con que las partes hayan expresado su intención conjunta de comportarse en el mercado de una manera específica (la denominada concurrencia de voluntades). La forma en que esa intención se expresa es irrelevante siempre que constituya una expresión fiel de la intención de las partes.
- 52) En caso de que no exista ningún acuerdo explícito que exprese la concurrencia de voluntades de las partes, la Comisión tiene que probar, a efectos de la aplicación del artículo 101, que la política unilateral de una parte cuenta con el consentimiento de la otra parte. En el caso de los acuerdos verticales, hay dos maneras de establecer el consentimiento con una política unilateral específica.
- a) En primer lugar, el consentimiento explícito puede deducirse de los poderes conferidos a las partes en un acuerdo general elaborado de antemano. Si las cláusulas de dicho acuerdo general prevén o autorizan a una parte a adoptar posteriormente una política unilateral específica vinculante para la otra parte, el consentimiento de esa política por la otra parte puede establecerse sobre esta base<sup>38</sup>.
  - b) En segundo lugar, para un consentimiento tácito es necesario demostrar primero que una parte requiere explícita o implícitamente la cooperación de la otra parte para la aplicación de su política unilateral, y luego, que la otra parte ha cumplido con ese requisito aplicando en la práctica esa política unilateral<sup>39</sup>. Por ejemplo, si tras el aviso de un proveedor de una reducción unilateral de la oferta a fin de impedir el comercio paralelo, los distribuidores reducen inmediatamente sus pedidos y dejan de realizar comercio paralelo, entonces esos distribuidores acceden tácitamente a la política unilateral del proveedor. No obstante, no puede llegarse a esta conclusión si los distribuidores siguen realizando comercio paralelo o tratan de encontrar nuevas vías para realizar comercio paralelo.

---

<sup>36</sup> Al igual que en el artículo 1, apartado 1, letra a), del RECAV, en las presentes Directrices, el término «acuerdo vertical» incluye las prácticas concertadas verticales, salvo que se indique lo contrario.

<sup>37</sup> Por el contrario, si existe un acuerdo vertical en el sentido del artículo 101, el RECAV y las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de la posible aplicación paralela del artículo 102 a este acuerdo vertical.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, Comisión/Volkswagen AG, C-74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada) de 26 de octubre de 2000 Bayer AG/Comisión, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242.



53) A la luz de lo anterior, las condiciones generales de venta, incluso si son impuestas por una parte y aceptadas tácitamente por la otra, equivalen a un acuerdo a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado<sup>40</sup>.

4.2.2. *Las empresas operan en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución*

54) El RECAV se aplica a los acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más empresas, independientemente de su modelo empresarial. Puesto que los consumidores finales no operan como empresas, el RECAV no cubre los acuerdos verticales o las prácticas concertadas con los consumidores.

55) Además, para entrar en la definición del artículo 1, apartado 1, letra a), del RECAV, un acuerdo debe celebrarse entre empresas que operen, a efectos del acuerdo, en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución. Por ejemplo, existe un acuerdo vertical cuando una de las empresas produce una materia prima o presta un servicio y lo vende a otra empresa que lo utiliza como insumo. Asimismo, existe un acuerdo vertical, por ejemplo, cuando un fabricante vende un producto a un mayorista que lo revende a un minorista.

56) Dado que la definición del artículo 1, apartado 1, letra a), del RECAV se refiere a la finalidad del acuerdo específico, el hecho de que una empresa que sea parte del acuerdo actúe en más de un nivel de la cadena de suministro o distribución no impide la aplicación del RECAV. No obstante, en el caso de acuerdos entre empresas competidoras, debe tenerse en cuenta el artículo 2, apartado 4, del RECAV. Para obtener orientaciones sobre el artículo 2, apartado 4, del RECAV, véase la sección 4.4.3. de las presentes Directrices.

4.2.3. *Los acuerdos se refieren a la compra, venta o reventa de bienes o servicios*

57) El artículo 1, apartado 1, letra a), del RECAV establece que, para entrar en el ámbito de aplicación del RECAV, los acuerdos verticales deben referirse a las condiciones en las que el proveedor y el comprador «pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios». De acuerdo con el objetivo general de un reglamento de exención por categorías, que es proporcionar seguridad jurídica, el artículo 1, apartado 1, letra a), del RECAV debe interpretarse ampliamente en el sentido de que se aplica a todos los acuerdos verticales, independientemente de que se refieran a bienes o servicios intermedios o finales. Tanto los bienes o servicios suministrados como, en el caso de los bienes o servicios intermedios, los bienes o servicios finales resultantes, se consideran bienes o servicios contractuales a efectos de la aplicación del RECAV a los respectivos acuerdos.

58) Los acuerdos verticales en la economía de las plataformas en línea, en particular los celebrados con proveedores de servicios de intermediación en línea a los que se refiere el artículo 1, apartado 1, letra d), del RECAV, están cubiertos por el artículo 1, apartado 1, letra a), del RECAV. Tanto la prestación de servicios de intermediación en línea como los bienes o servicios objeto de las transacciones que facilita se consideran bienes o servicios contractuales a efectos de la aplicación del RECAV al acuerdo en base al cual se prestan los servicios de intermediación en línea y al acuerdo en base al cual se suministran los bienes o servicios intermediados.

---

<sup>40</sup> Véanse las Decisiones de la Comisión en el asunto AT.40428-Guess, apartado 97, con referencia a la jurisprudencia reiterada.

- 59) El RECAV no cubre las restricciones verticales que no se refieren a las condiciones de compra, venta y reventa de determinados bienes o servicios contractuales. Estos acuerdos deben evaluarse individualmente, es decir, si, en el caso individual, entran en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y, en caso afirmativo, si se cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 de dicho artículo. Por ejemplo, el RECAV no se aplica a una obligación que impida a las partes llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo independientes, que las partes pueden haber incluido en su acuerdo vertical. Otro ejemplo se refiere a los acuerdos de arrendamiento y arrendamiento financiero. Aunque el RECAV se aplica a los bienes vendidos y comprados para su alquiler a terceros, los acuerdos de arrendamiento y arrendamiento financiero como tales no están cubiertos, ya que el proveedor no vende bien o servicio alguno al comprador.

#### **4.3. Acuerdos verticales en la economía de las plataformas en línea**

- 60) La economía de las plataformas en línea desempeña un papel cada vez más importante en la distribución de bienes y servicios. Las empresas que operan en la economía de las plataformas en línea permiten nuevas formas de negocio, algunas de las cuales no son fáciles de clasificar bajo los conceptos tradicionalmente asociados a las relaciones verticales entre proveedores y distribuidores en el entorno físico.
- 61) El RECAV clasifica a las empresas activas en la cadena de suministro y distribución como proveedores o compradores. Dependiendo de si una empresa entra en una u otra categoría, el RECAV puede aplicarse de forma diferente, especialmente en los siguientes ámbitos:
- a) la exención de los acuerdos verticales no recíprocos entre competidores en virtud del artículo 2, apartado 4, del RECAV (véase la sección 4.4 de las presentes Directrices);
  - b) el cálculo de las cuotas de mercado para la aplicación de los umbrales estipulados en el artículo 3, apartado 1, del RECAV (véase la sección 5 de las presentes Directrices);
  - c) la supresión del beneficio del RECAV con arreglo al artículo 4 del RECAV (véase la sección 6.1 de las presentes Directrices); y
  - d) la exclusión de determinadas restricciones del espacio protegido previsto en el RECAV en virtud de su artículo 5 (véase la sección 6.2 de las presentes Directrices).
- 62) El RECAV incluye definiciones de los conceptos de proveedor, a saber, en su artículo 1, apartado 1, letra d), y de comprador, a saber, en su artículo 1, apartado 1, letra j). Para conciliar la dificultad de definir estos conceptos de forma exhaustiva con el objetivo del RECAV de proporcionar la mayor seguridad jurídica posible, estas disposiciones se limitan a aclarar que determinados tipos de empresas entran en una u otra categoría.
- 63) El artículo 1, apartado 1, letra d), del RECAV establece que una empresa que presta servicios de intermediación en línea puede considerarse un proveedor con arreglo a este Reglamento. Esto significa que, de acuerdo con la distinción entre proveedores y compradores que establece el RECAV, la empresa no puede calificarse simultáneamente como comprador en el sentido de su artículo 1, apartado 1, letra j), en relación con la transacción que facilita. Además, se aclara en el artículo 1, apartado 1, letra d), del RECAV, que un proveedor de servicios de intermediación en línea es un proveedor con arreglo a este Reglamento incluso cuando es parte en una

transacción que facilita. Esto significa que, cuando una empresa presta servicios de intermediación en línea y, por tanto, entra en el ámbito de aplicación de la definición prevista en el artículo 1, apartado 1, letra d), del RECAV, esta empresa no puede eludir su calificación de proveedor en relación con los servicios de intermediación en línea prestados, por ejemplo, convirtiéndose en parte de la transacción que facilita o estipulando contractualmente que es un comprador de los bienes o servicios suministrados sobre la base de dicha transacción.

- 64) La definición de proveedor de servicios de intermediación en línea prevista en el artículo 1, apartado 1, letra d), del RECAV se basa en las definiciones utilizadas en el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea<sup>41</sup>. Se basa en el concepto de que una empresa que presta servicios de intermediación en línea presta dichos servicios con el fin de facilitar las transacciones directas entre vendedores y compradores, o entre vendedores y consumidores que utilizan sus servicios de intermediación en línea. El artículo 1, apartado 1, letra d), del RECAV se basa en la consideración de que un proveedor de servicios de intermediación en línea proporciona, por lo general, una infraestructura que permite a las empresas reunirse y realizar transacciones con otras empresas o consumidores en línea, sin ser responsable jurídicamente o de hecho de sus transacciones.

#### **4.4. Límites a la aplicación del RECAV**

##### *4.4.1. Asociaciones de minoristas*

- 65) El artículo 2, apartado 2, del RECAV incluye en el ámbito de aplicación del RECAV los acuerdos verticales suscritos por una asociación de empresas que cumpla determinadas condiciones, excluyendo así del espacio protegido los acuerdos verticales suscritos por cualesquiera otras asociaciones. Esto significa que el RECAV solo abarca a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación y sus miembros individuales, o entre una asociación y sus proveedores individuales, si todos sus miembros son minoristas, que venden bienes (no servicios) a los consumidores finales, y si ninguno de los miembros de la asociación posee un volumen de negocios anual superior a 50 millones EUR<sup>42</sup>. No obstante, si solo un número reducido de los miembros de la asociación posee un volumen de negocios anual que excede el umbral de 50 millones EUR y el conjunto de estos miembros representa menos del 15 % del volumen de negocios colectivo de todos los miembros combinados, ello no cambiará, por lo general, la evaluación con arreglo al artículo 101.
- 66) Una asociación de empresas puede implicar acuerdos horizontales y verticales. Los primeros deben evaluarse con arreglo a los principios establecidos en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado a la cooperación horizontal (en adelante, «Directrices horizontales»)<sup>43</sup>. Si esta evaluación lleva a la conclusión de que es aceptable una cooperación entre empresas en el ámbito de la compra o la venta porque cumple las condiciones específicas establecidas en dichas Directrices

<sup>41</sup> DO L 186 de 11.7.2019, p. 57.

<sup>42</sup> El límite de volumen de negocios anual de 50 millones EUR se basa en el límite de volumen de negocios de las pymes que figura en el artículo 2 del anexo de la Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, DO L 124 de 20.5.2003, p. 39.

<sup>43</sup> DO C 11, 14.1.2011, p. 1; modificadas por la corrección de errores (DO C 33 de 2.2.2011, p. 20). Próximamente se publicará una revisión de estas Directrices.

relativas a los acuerdos de compra o comercialización, se tendrá que llevar a cabo una nueva evaluación para examinar los acuerdos verticales suscritos por la asociación con proveedores individuales o miembros individuales según las normas del RECAV, en particular las condiciones establecidas en los artículos 3 a 5, y las presentes Directrices. Así, por ejemplo, los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la asociación o las decisiones adoptadas por la asociación, así como la decisión de exigir a sus miembros que compren a la asociación o la decisión de asignar territorios exclusivos a sus miembros deben evaluarse en primer lugar como acuerdo horizontal. Solo en caso de que dicha evaluación lleve a la conclusión de que el acuerdo horizontal no es anticompetitivo y se puede aceptar, será necesario evaluar los acuerdos verticales entre la asociación y sus miembros individuales o entre esta y los proveedores individuales.

4.4.2. *Acuerdos verticales que contengan disposiciones sobre derechos de propiedad intelectual (DPI)*

- 67) El artículo 2, apartado 3, del RECAV establece que los acuerdos verticales que contengan determinadas cláusulas relativas a la cesión o utilización de DPI pueden entrar en el ámbito de aplicación del RECAV. Por el contrario, el artículo 2, apartado 3, del RECAV excluye del ámbito de aplicación del RECAV todos los demás acuerdos verticales que contengan cláusulas de DPI.
- 68) El RECAV se aplica a los acuerdos verticales que contengan cláusulas de DPI si se cumplen cinco condiciones:
- a) las cláusulas de DPI deben formar parte de un acuerdo vertical, es decir, un acuerdo que establezca condiciones con arreglo a las cuales las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios;
  - b) los DPI han de cederse al comprador o destinarse a ser utilizados por este;
  - c) las cláusulas de DPI no deben constituir el objeto principal del acuerdo;
  - d) las cláusulas de DPI deben estar directamente relacionadas con la utilización, la venta o la reventa de bienes o servicios por parte del comprador o sus clientes. En el caso de una franquicia en la que el marketing es el objeto de la explotación de los DPI, los bienes o servicios son distribuidos por el franquiciado principal o los franquiciados; y
  - e) las cláusulas de DPI, en relación con los bienes o servicios objeto del contrato, no deben contener restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al RECAV.
- 69) Dichas condiciones garantizan que el RECAV se aplica a los acuerdos verticales si la utilización, la venta o la reventa de bienes o servicios puede hacerse de modo más eficaz porque los DPI se ceden al comprador o son utilizados por este. Esto significa que las restricciones relativas a la cesión o utilización de los DPI pueden estar cubiertas por el RECAV cuando el principal objetivo del acuerdo es la adquisición o distribución de bienes o servicios.
- 70) La primera condición deja claro que el contexto en que se contemplan los DPI es un acuerdo para adquirir o distribuir productos o un acuerdo para adquirir o distribuir servicios y no un acuerdo relativo a la cesión o concesión de licencias de DPI para la fabricación de bienes ni un mero acuerdo de licencia. El RECAV no cubre, por ejemplo:

- a) los acuerdos en los que una parte ofrece a otra una receta y la autoriza a fabricar una bebida con dicha receta;
  - b) los acuerdos en los que una parte ofrece a otra un molde o copia maestra y la autoriza a producir y distribuir copias;
  - c) la licencia pura de una marca o signo a efectos de comercialización;
  - d) los contratos de patrocinio que cubran el derecho a hacer publicidad de uno mismo en calidad de patrocinador oficial de un acontecimiento;
  - e) las licencias de derechos de autor tales como los contratos de radiodifusión relativos al derecho de grabar o de retransmitir un acontecimiento.
- 71) La segunda condición aclara que el RECAV no es de aplicación cuando el comprador ofrece los DPI al proveedor, independientemente de que los DPI se refieran a la forma de fabricación o distribución. No están cubiertos por el RECAV los acuerdos relativos a la transferencia de DPI al proveedor que contengan posibles restricciones sobre las ventas del proveedor. Ello implica, entre otras cosas, que la subcontratación que implique la transferencia de conocimientos técnicos a un subcontratista no se encuadra en el ámbito de aplicación del RECAV (véase también la sección 3.3 de las presentes Directrices). No obstante, el RECAV ampara los acuerdos verticales en virtud de los cuales el comprador solo ofrece al proveedor especificaciones que describen los bienes o servicios que deben suministrarse.
- 72) La tercera condición deja claro que, para poder estar cubierto por el RECAV, el objetivo principal del acuerdo no ha de ser la cesión o licencia de DPI, sino la compra o venta o reventa de bienes o servicios y las cláusulas de los DPI han de servir para la ejecución del acuerdo vertical.
- 73) La cuarta condición requiere que las cláusulas de DPI faciliten el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes. Por lo general, los bienes o servicios para uso o reventa son suministrados por el titular de la licencia, pero pueden ser también adquiridos por el licenciataria a un suministrador tercero. Las cláusulas de DPI normalmente están relacionadas con el marketing de bienes y servicios. Tal es lo que sucede, por ejemplo, en un acuerdo de franquicia en el que el concesionario de la franquicia vende al franquiciado bienes para su reventa y le autoriza a utilizar su marca y sus conocimientos técnicos para comercializar los bienes, o cuando el proveedor de un extracto concentrado autoriza al comprador a diluir y embotellar el extracto antes de venderlo como bebida.
- 74) La quinta condición subraya el hecho de que las cláusulas de DPI no deben tener el mismo objeto que alguna de las restricciones especialmente graves enumeradas en el artículo 4 del RECAV o ninguna de las restricciones que no estén exentas con arreglo al artículo 5 del RECAV (véase la sección 6 de las presentes Directrices).
- 75) Los DPI pertinentes para la aplicación de los acuerdos verticales con arreglo al artículo 2, apartado 3, del RECAV suelen afectar a tres áreas principales: marcas, derechos de autor y conocimientos técnicos.

#### 4.4.2.1. Marcas

- 76) La concesión a un distribuidor de una licencia sobre una marca puede estar relacionada con la distribución de los productos del licenciante en un territorio específico. Si se trata de una licencia exclusiva, el acuerdo equivale a la distribución exclusiva.

#### 4.4.2.2. Derechos de autor

- 77) Los revendedores de bienes o servicios protegidos por derechos de autor (por ejemplo, libros y programas informáticos) pueden ser obligados por el titular de dichos derechos a vender exclusivamente a condición de que el comprador, independientemente de que sea otro revendedor o bien el usuario final, no infrinja dichos derechos. Tales obligaciones del revendedor, siempre que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, quedan cubiertas por el RECAV.
- 78) Los acuerdos con arreglo a los cuales se suministran para su reventa copias de programas informáticos y el revendedor no adquiere una licencia sobre cualesquiera derechos relativos a los programas informáticos, sino únicamente tiene el derecho de vender las copias, deben considerarse acuerdos de suministro de bienes destinados a la reventa a los efectos del RECAV. Con arreglo a esta forma de distribución, la licencia de los programas informáticos solo se establece entre el titular de los derechos de autor y el usuario de dichos programas. Esta modalidad puede adoptar la forma de licencia «shrink wrap», es decir, una serie de condiciones incluidas en el paquete de la copia impresa que el usuario final acepta por el hecho de abrir el paquete.
- 79) Los compradores de equipos informáticos que incorporan programas informáticos protegidos por derechos de autor pueden verse obligados por el titular de los derechos a no infringir estos y, por consiguiente, no deben hacer copias y revender el programa o hacer copias y utilizar el programa en combinación con otro programa. Tales restricciones de uso, siempre que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, quedarán cubiertas por el RECAV.

#### 4.4.2.3. Conocimientos técnicos

- 80) Los acuerdos de franquicia, con excepción de los de franquicia industrial, son los que mejor ilustran la situación en la cual se comunica al comprador unos conocimientos técnicos para fines de mercadotecnia<sup>44</sup>. Los acuerdos de franquicia incluyen licencias de DPI relativas a marcas o signos registrados y conocimientos técnicos para el uso y la distribución de bienes o la prestación de servicios. Además de la licencia de DPI, durante la vigencia del acuerdo el concesionario de la franquicia suele prestar al franquiciado asistencia comercial o técnica, como pueden ser servicios de contratación, formación, asesoría sobre propiedades inmobiliarias y planificación financiera. La licencia y la asistencia proporcionadas son partes integrantes del método comercial objeto de franquicia.
- 81) Las licencias contenidas en los acuerdos de franquicia quedan cubiertas por el RECAV si cumplen las cinco condiciones enumeradas en el apartado 70 de las presentes Directrices. Por lo general, dichas condiciones se encuentran reunidas en la mayoría de los acuerdos de franquicia, incluidos los acuerdos «master» de franquicia, ya que el concesionario de la franquicia ofrece al franquiciado bienes o servicios, especialmente servicios de asistencia comercial o técnica. Los DPI ayudan al franquiciado a revender los productos suministrados por el concesionario de la franquicia o un proveedor designado por este o a utilizar estos productos y vender los bienes o servicios resultantes. Si el acuerdo de franquicia implica solo o principalmente la mera licencia de DPI, no está cubierto por el RECAV, aunque la

---

<sup>44</sup> Los apartados 43-45 se aplican por analogía a otros tipos de acuerdos de distribución que implican la transferencia de conocimientos técnicos sustanciales del proveedor al comprador.

Comisión, por regla general, aplicará los principios establecidos en el RECAV y en las presentes Directrices.

- 82) Por lo general, se considera que las obligaciones siguientes relacionadas con los DPI son necesarias para proteger los DPI del concesionario de la franquicia y, si tales obligaciones se encuadran en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, están amparadas por el RECAV:
- a) la imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar;
  - b) la imposición al franquiciado de la obligación de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora de manera que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa;
  - c) la imposición al franquiciado de la obligación de no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el concesionario de la franquicia en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público;
  - d) la imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al concesionario de la franquicia la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder al concesionario de la franquicia y a otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia;
  - e) la imposición al franquiciado de la obligación de informar al concesionario de la franquicia de las infracciones de los DPI cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al concesionario de la franquicia en toda acción legal iniciada contra los infractores;
  - f) la imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el concesionario de la franquicia con fines distintos de la explotación de la franquicia;
  - g) la imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del concesionario de la franquicia.

#### 4.4.3. *Acuerdos verticales entre competidores*

- 83) Si bien, de conformidad con el artículo 2, apartado 8, del RECAV, sobre el que se ofrecen orientaciones en la sección 4.5 de las presentes Directrices, el RECAV no se aplica a los acuerdos verticales si su objeto entra dentro del ámbito de aplicación de otros reglamentos de exención por categorías, a menos que dichos reglamentos dispongan lo contrario, la primera frase del artículo 2, apartado 4, del RECAV también excluye explícitamente del ámbito de aplicación del RECAV los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras, a menos que los acuerdos verticales entren en el ámbito de aplicación de las excepciones del artículo 2, apartado 4, letras a) y b), del RECAV. Por lo tanto, los acuerdos verticales entre competidores que están excluidos del ámbito de aplicación del RECAV tienen que ser evaluados en relación con las Directrices horizontales, en particular las orientaciones sobre el intercambio de información en el contexto de los acuerdos verticales entre empresas competidoras. Cuando un acuerdo vertical entra en el ámbito de aplicación de una excepción del artículo 2, apartado 4, letras a) o b), del RECAV y no incluye una restricción horizontal de la competencia por objeto, este acuerdo debe evaluarse únicamente en relación con las presentes Directrices.

- 84) El artículo 1, apartado 1, letra c), del RECAV define una empresa competidora como «un competidor real o potencial». Dos empresas se tratan como competidores reales si realizan actividad en el mismo mercado (de productos y geográfico) de referencia. Una empresa considera competidor potencial de otra empresa si, a falta de cuerdo, en caso de un incremento pequeño pero permanente de los precios relativos es probable que la primera empresa, en un período de tiempo breve y normalmente no superior a un año, realice las inversiones adicionales necesarias o incurra en otros costes de cambio necesarios para introducirse en el mercado de referencia donde tiene actividad la otra empresa. Esta evaluación debe basarse en datos realistas, teniendo en cuenta la estructura del mercado y el contexto económico y jurídico en el que opera. Esto significa que no basta la mera posibilidad teórica de introducirse en el mercado. Deben existir posibilidades reales y concretas de que dicha empresa se introduzca en el mercado sin que existan barreras a la entrada infranqueables. Por el contrario, no es necesario demostrar con certeza que dicha empresa entrará efectivamente en el mercado en cuestión y, *a fortiori*, que será capaz, posteriormente, de mantener su lugar en él.<sup>45</sup>
- 85) No debe considerarse fabricante de productos de marca propia al distribuidor que dé especificaciones a un fabricante para producir bienes determinados con la marca del distribuidor y, por tanto, un competidor del fabricante. Por consiguiente, la exención del artículo 2, apartado 1, del RECAV se aplica a los acuerdos entre un distribuidor que vende tales bienes de marca propia fabricados por un tercero y un proveedor de bienes de marca en el mismo mercado de referencia. Por el contrario, los distribuidores que producen bienes propios con su marca se consideran fabricantes. Esto significa que la exención del artículo 2, apartado 1, del RECAV no se aplica a los acuerdos entre estos distribuidores y los proveedores de bienes de marca en el mismo mercado de referencia. Por lo tanto, estos acuerdos deben evaluarse con arreglo a las Directrices horizontales.
- 86) La segunda frase del artículo 2, apartado 4, del RECAV contiene dos excepciones a la regla general de que los acuerdos verticales entre competidores están excluidos del espacio protegido previsto en el RECAV. Ambas excepciones, a saber, el artículo 2, apartado 4, letras a) y b), del RECAV, se refieren a los acuerdos de doble distribución entre un proveedor de bienes o servicios que también opera en el mercado minorista y sus distribuidores. Se trata de situaciones típicas en las que el proveedor opera principalmente en el nivel superior del mercado y tiene actividades auxiliares limitadas en el mercado minorista. En los casos en que la cuota de mercado combinada del proveedor y del comprador en el mercado de referencia a nivel minorista no supere el [10] %, es poco probable que surjan problemas horizontales y cualquier impacto potencial sobre la competencia horizontal entre las partes a nivel minorista se considera de menor importancia que el impacto potencial

---

<sup>45</sup> Véase la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia («Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia»), DO C 372 de 9.12.1997, p. 5, apartados 20 a 24. Próximamente se publicará una revisión de la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia. Véanse también el Decimotercer informe de la Comisión sobre la política de competencia, apartado 55, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) Ltd y otros/Competition and Markets Authority, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, apartados 36 a45; Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2021, H. Lundbeck A/S y Lundbeck Ltd/Comisión Europea, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, apartados 54 a57.



del acuerdo vertical de las partes sobre la competencia general a nivel de suministro o distribución.

- 87) Por tanto, un acuerdo vertical entre competidores que entre en el ámbito del artículo 2, apartado 4, letras a) y b), del RECAV está amparado por la exención por categorías en virtud del artículo 2, apartado 1, de dicho Reglamento si se cumplen las siguientes condiciones:
- a) el objeto del acuerdo no entra en el ámbito de aplicación de otro reglamento de exención por categorías, según lo establecido en el artículo 2, apartado 8, del RECAV;
  - b) la cuota de mercado combinada del proveedor y del comprador en el mercado de referencia a nivel minorista no supera el [10] %, por lo que no se restringe la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1<sup>46</sup>, y el acuerdo no contiene restricciones especialmente graves con arreglo al artículo 4 del RECAV;
  - c) se cumplen las condiciones del artículo 2, apartado 4, letras a) o b), del RECAV; y
  - d) el acuerdo no incluye restricciones horizontales de la competencia por objeto, según lo establecido en el artículo 2, apartado 6, del RECAV.

Esta exención se refiere a todos los aspectos del acuerdo vertical no recíproco y a cualquier restricción horizontal por efecto, incluidas las derivadas del intercambio de información entre las empresas competidoras. Las restricciones horizontales de la competencia por objeto no están cubiertas por las excepciones del artículo 2, apartado 4, letras a) o b)<sup>47</sup>. La cuestión de si un acuerdo puede considerarse un acuerdo de distribución dual a efectos de la aplicación del artículo 2, apartado 4, letras a) o b), del RECAV debe interpretarse en sentido estricto debido al carácter excepcional de esta disposición.

- 88) La excepción prevista en el artículo 2, apartado 4, letra a), del RECAV se refiere a las situaciones en las que el proveedor es un fabricante, un mayorista o un importador y es también un distribuidor de bienes, mientras que el comprador es únicamente un distribuidor que no compite con el fabricante en el nivel superior.
- 89) La excepción prevista en el artículo 2, apartado 4, letra b), del RECAV se refiere a las situaciones en las que el proveedor es un prestador de servicios que opera en varios niveles comerciales, mientras que el comprador solo opera en el nivel minorista y no compite con el proveedor en el nivel comercial en el que adquiere los servicios contractuales.
- 90) El artículo 2, apartado 5, del RECAV establece que un acuerdo vertical entre empresas competidoras cuya cuota de mercado combinada a nivel minorista supere el [10] % sigue estando amparado por la exención por categorías en virtud del artículo 2, apartado 1, del RECAV si se cumplen las siguientes condiciones:
- a) el objeto del acuerdo no entra en el ámbito de aplicación de otro reglamento de exención por categorías, según lo establecido en el artículo 2, apartado 8, del RECAV;

---

<sup>46</sup> Comunicación «de minimis», apartado 8.

<sup>47</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de diciembre de 2012, Expedia Inc./Autorité de la concurrence y otros, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, apartado 37.

- b) se cumple el umbral de cuota de mercado del artículo 3 del RECAV y el acuerdo no contiene restricciones especialmente graves de conformidad con el artículo 4 del RECAV;
  - c) se cumplen las condiciones del artículo 2, apartado 4, letras a) o b), del RECAV;
  - d) cualquier intercambio de información entre las partes es compatible con el capítulo pertinente de las Directrices horizontales que trata de la evaluación competitiva del intercambio de información; y
  - e) el acuerdo no incluye restricciones horizontales de la competencia por objeto, según lo establecido en el artículo 2, apartado 6, del RECAV.
- 91) El artículo 2, apartado 7, del RECAV establece que los proveedores de servicios de intermediación en línea en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra d), del RECAV que tienen una función híbrida, es decir, cuando prestan servicios de intermediación en línea y venden bienes o servicios en competencia con las empresas a las que prestan dichos servicios, no pueden beneficiarse de las excepciones por distribución dual. Dado que las actividades de venta al por menor de los proveedores de servicios de intermediación en línea que tienen dicha función híbrida suelen plantear problemas horizontales no desdeñables, no cumplen el fundamento de la excepción por distribución dual, que en cualquier caso debe interpretarse en sentido estricto. Por la misma razón, cualquier restricción relativa al alcance o a las condiciones en que los servicios de intermediación en línea pueden prestarse a terceros no estará cubierta por el RECAV. Esto no solo se aplica a las restricciones que se estipulan en un acuerdo con un comprador de servicios de intermediación en línea, sino también a los acuerdos relativos a la compra de los bienes o servicios vendidos por el proveedor de servicios de intermediación en línea que tiene una función híbrida.
- 92) Los acuerdos verticales con los proveedores de servicios de intermediación en línea híbridos deben evaluarse caso por caso, en particular en relación tanto con las presentes Directrices (véase la sección 8 de las presentes Directrices) como con las Directrices horizontales. Esta evaluación debe abarcar todos los aspectos de las relaciones entre los proveedores de servicios de intermediación en línea que tienen una función híbrida y las empresas a las que prestan servicios de intermediación en línea, entre otros, por ejemplo, cualquier intercambio de información entre ellos.

#### **4.5. Relación con otros reglamentos de exención por categorías**

- 93) Como se explica en las secciones 4.1 y 4.2 de las presentes Directrices, el RECAV se aplica a los acuerdos entre empresas que operan en un nivel diferente de la cadena de producción o distribución y que se refieren a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Tales acuerdos verticales se evalúan exclusivamente con arreglo al RECAV y a las presentes Directrices, independientemente del resultado de dicha evaluación. Se beneficiarán del espacio protegido establecido por el RECAV si no se superan los umbrales de cuotas de mercado y los acuerdos no contienen restricciones especialmente graves.
- 94) No obstante, el artículo 2, apartado 8, del RECAV establece que el RECAV «no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros Reglamentos de exención por categorías, a menos que dichos reglamentos dispongan lo contrario». Por lo tanto, es importante verificar desde el principio si un acuerdo vertical entra en el ámbito de aplicación de cualquier otro reglamento de exención por categorías. Por ejemplo, como se establece en el artículo 2, apartado 4,

del RECAV, los acuerdos verticales celebrados entre empresas competidoras están, en principio, excluidos del ámbito de aplicación del RECAV y deben evaluarse con arreglo a las normas aplicables a los acuerdos horizontales. El artículo 2, apartado 4, letras a) y b), del RECAV prevén excepciones a este principio, que deben leerse conjuntamente con el artículo 2, apartado 5, del RECAV en caso de que se supere el umbral de cuota de mercado previsto en el artículo 2, apartado 4, letras a) y b), del RECAV pero no se supere el umbral de cuota de mercado previsto en el artículo 3 de dicho Reglamento. Estas disposiciones tienen en cuenta que los efectos que los acuerdos de distribución dual tienen en el mercado y los posibles problemas de competencia pueden ser similares a los acuerdos horizontales.

- 95) Por lo tanto, el RECAV no se aplica a los acuerdos verticales cubiertos por los siguientes reglamentos de exención por categorías o cualquier otro reglamento de exención por categorías futuro relacionado con los tipos de acuerdos mencionados en los siguientes subapartados, a menos que se disponga lo contrario en el reglamento correspondiente:
- Reglamento (UE) n.º 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología<sup>48</sup>;
  - Reglamento (UE) n.º 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo<sup>49</sup>;
  - Reglamento (UE) n.º 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización<sup>50</sup>.
- 96) El RECAV tampoco se aplica a los tipos de acuerdos entre competidores mencionados en las Directrices horizontales, salvo que se disponga lo contrario en el capítulo correspondiente de las mismas.
- 97) El RECAV se aplica a los acuerdos verticales relativos a la compra, venta o reventa de piezas de recambio para vehículos de motor y a la prestación de servicios de reparación y mantenimiento de vehículos de motor. Dichos acuerdos solo se benefician del RECAV si, además de las condiciones de exención establecidas en dicho Reglamento, cumplen los requisitos adicionales del Reglamento (UE) n.º 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, y las directrices que lo acompañan.

#### **4.6. Tipos principales de sistemas de distribución**

- 98) Un proveedor es libre de establecer su sistema de distribución como estime oportuno. El proveedor puede, por ejemplo, optar por la integración vertical, que implica vender sus bienes o servicios directamente a los usuarios finales o distribuirlos a

---

<sup>48</sup> DO L 93 de 28.3.2014, p. 17.

<sup>49</sup> DO L 335 de 18.12.2010, p. 36.

<sup>50</sup> DO L 335 de 18.12.2010, p. 43.

través de sus distribuidores integrados verticalmente, que son empresas vinculadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, del RECAV. Este sistema de distribución solo se refiere a la organización dentro de una empresa específica y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.

- 99) El proveedor también puede decidir designar distribuidores independientes. Para ello, el proveedor puede establecer un sistema o una combinación de otros sistemas de distribución. Los más comunes son la distribución exclusiva, la distribución selectiva y la franquicia. Dado que los acuerdos verticales necesarios para crear estos sistemas de distribución se celebran entre empresas independientes, pueden entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y beneficiarse del RECAV o de una exención individual en virtud del artículo 101, apartado 3, siempre que se cumplan las respectivas condiciones.

#### 4.6.1. *Sistemas de distribución exclusiva*

##### 4.6.1.1. Definición de sistemas de distribución exclusiva

- 100) En un sistema de distribución exclusiva, el proveedor asigna un territorio o grupo de clientes en exclusiva a un comprador o a un número limitado de compradores o se lo reserva para sí mismo, al tiempo que restringe a sus otros compradores dentro de la Unión la posibilidad de vender activamente en el territorio exclusivo o al grupo de clientes exclusivo<sup>51</sup>.
- 101) Los proveedores suelen utilizar este tipo de sistema para incentivar a los distribuidores a realizar las inversiones financieras y no financieras necesarias para desarrollar su marca en un territorio en el que no es conocida o para vender un nuevo producto en un territorio o a un grupo de clientes determinado o para aumentar la concentración de las actividades de los distribuidores en un producto concreto (por ejemplo, esfuerzos especiales de comercialización o presentación). En cuanto a los distribuidores, a través del tamaño del territorio o del grupo de clientes asignados en exclusiva y de la protección que proporciona la exclusividad, buscan asegurarse un determinado volumen de negocio y un margen que justifique sus esfuerzos de inversión.
- 102) De conformidad con este razonamiento, el número de distribuidores exclusivos debe restringirse a un distribuidor o a un número limitado de distribuidores (es decir, la exclusividad compartida) para un territorio o grupo de clientes concreto. La distribución exclusiva no se utilizará para proteger a un gran número de distribuidores de la competencia situada fuera del territorio exclusivo, ya que esto llevaría a la partición del mercado interior. Para ello, el número de distribuidores designados debe determinarse en proporción al territorio o al grupo de clientes asignado, de manera que se garantice un determinado volumen de negocio que preserve sus esfuerzos de inversión.
- 103) Los distribuidores autorizados están protegidos de las ventas activas en el territorio exclusivo o al grupo de clientes exclusivo por parte de otros compradores del proveedor. Cuando un proveedor asigna un territorio o grupo de clientes exclusivo a más de un distribuidor, todos estos distribuidores se benefician de la misma protección contra las ventas activas de otros compradores, mientras que las ventas activas y pasivas entre estos distribuidores no pueden restringirse.

---

<sup>51</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, letra g), del RECAV.

- 104) Los acuerdos verticales utilizados para la distribución exclusiva deben definir el alcance del territorio o del grupo de clientes asignado en exclusiva a los distribuidores. El territorio exclusivo puede abarcar el territorio de un Estado miembro o una zona de menor o mayor tamaño. El grupo de clientes exclusivos puede definirse, por ejemplo, por la ocupación de los clientes o a través de una lista de clientes específicos seleccionados sobre la base de uno o más criterios objetivos. En función de estos criterios, el grupo de clientes puede limitarse a un solo cliente.
- 105) Cuando un territorio o un grupo de clientes aún no ha sido asignado en exclusiva a uno o varios distribuidores, el proveedor puede reservarse dicho territorio o grupo de clientes y debe informar a sus otros distribuidores. Esto no requiere que el proveedor sea comercialmente activo en el territorio reservado o hacia el grupo de clientes reservado, ya que el proveedor puede desear reservarlos con el fin de asignarlos a otros distribuidores en el futuro.

#### 4.6.1.2. Aplicación del artículo 101 a los sistemas de distribución exclusiva

- 106) En un sistema de distribución en el que el proveedor asigna en exclusiva un territorio o un grupo de clientes a uno o varios compradores, los principales riesgos posibles para la competencia son la compartimentación del mercado, que puede facilitar la discriminación de precios, y la reducción de la competencia intramarca, en particular en el contexto de la exclusividad única. Cuando la mayoría, todos o los proveedores más fuertes activos en un mercado operan con un sistema de distribución exclusiva, esto también puede suavizar la competencia intermarcas y facilitar la colusión, tanto a nivel del proveedor como de la distribución. Finalmente, la distribución exclusiva puede llevar a la exclusión de otros distribuidores y reducir así la competencia intramarca a nivel de distribución.
- 107) Los acuerdos de distribución exclusiva de benefician de una exención en virtud del RECAV cuando tanto la cuota de mercado del proveedor como la del comprador no superan el 30 % cada una y cuando no contienen restricciones especialmente graves. Un acuerdo de distribución exclusiva puede seguir beneficiándose del espacio protegido previsto en el RECAV si se combina con otras restricciones verticales no especialmente graves, como una cláusula de no competencia limitada a cinco años, la imposición de cantidades o la compra exclusiva. No obstante, si el número de distribuidores exclusivos no está limitado y se determina en proporción al territorio o grupo de clientes asignado, de manera que se garantice un determinado volumen de negocio que preserve sus esfuerzos de inversión, es poco probable que un sistema de distribución de este tipo produzca efectos de mejora de la eficiencia. Si se determina la presencia de efectos anticompetitivos considerables, es probable que se retire el beneficio del RECAV.
- 108) A continuación, en esta sección se facilitan orientaciones para evaluar casos concretos de acuerdos de distribución exclusiva por encima del umbral de cuota de mercado del 30 %.
- 109) El número de distribuidores a los que se ha asignado en exclusiva un territorio o un grupo de clientes es importante para evaluar el sistema de distribución exclusiva. Cuanto mayor sea el número de distribuidores, menor será la reducción de la competencia intramarca, pero también la probabilidad de que los distribuidores exclusivos tengan un incentivo para invertir con el fin de desarrollar esa marca y promover el producto o productos del proveedor.

- 110) La posición de mercado del proveedor y de sus competidores es de importancia primordial, ya que la pérdida de competencia intramarca únicamente será problemática si la competencia intermarcas es limitada. Cuanto más fuerte sea la posición del proveedor, especialmente por encima del umbral del 30 %, mayor será la probabilidad de que la competencia intermarcas sea débil y mayor será el riesgo para la competencia resultante de la reducción de la competencia intramarca.
- 111) La posición de los competidores del proveedor puede tener un doble significado. La existencia de competidores fuertes indicará, por lo general, que cualquier reducción de la competencia intramarca, que puede ser especialmente importante en el contexto de la distribución única, se ve compensada por una competencia intermarcas suficiente. Sin embargo, si el número de proveedores en un mercado se limita considerablemente y su posición de mercado en términos de cuota de mercado, capacidad y red de distribución es similar a grandes rasgos, existe un riesgo de colusión o de debilitamiento de la competencia. La pérdida de competencia intramarca puede incrementar dicho riesgo, especialmente cuando varios proveedores gestionan sistemas de distribución similares. Los acuerdos múltiples de distribución exclusiva, es decir, cuando varios proveedores designan al mismo distribuidor exclusivo en un determinado territorio, pueden incrementar aún más el riesgo de colusión o de debilitamiento de la competencia tanto a nivel de los proveedores como de los distribuidores. Si se concede a uno o varios distribuidores el derecho exclusivo a distribuir dos o más productos importantes que compiten en el mismo territorio, es probable que la competencia se reduzca considerablemente entre estas marcas, especialmente en el caso de las tarifas al por mayor lineales. Cuanto mayor sea la cuota de mercado acumulada de las marcas distribuidas por los distribuidores múltiples exclusivos, mayor será el riesgo de colusión o relajación de la competencia y más se reducirá la competencia intermarcas. Si uno o varios minoristas son distribuidores exclusivos de varias marcas, existe el riesgo de que la reducción del precio al por mayor de un proveedor para su marca no sea transmitida por ningún minorista exclusivo al consumidor final, ya que reduciría las ventas de los minoristas y los beneficios logrados con las otras marcas. Por tanto, en comparación con la situación sin distribución múltiple exclusiva, los proveedores tendrán menor motivación para hacerse la competencia de precios entre sí. Estas situaciones de efectos acumulativos pueden constituir un motivo para retirar el beneficio del RECAV aun cuando las cuotas de mercado de los proveedores estén por debajo del umbral del 30 % establecido en el Reglamento.
- 112) Las barreras a la entrada, que pueden impedir a los proveedores crear su propia red de distribución integrada o encontrar distribuidores alternativos, son menos importantes a la hora de evaluar los posibles efectos anticompetitivos de la distribución exclusiva, especialmente en el contexto de la exclusividad compartida. La exclusión de otros proveedores no surge en tanto la distribución exclusiva no se combine con una marca única, que obliga o induce al distribuidor a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor. Aunque la marca única no obliga al distribuidor a comprar los productos al propio proveedor, la combinación de distribución exclusiva y marca única puede dificultar que otros proveedores encuentren distribuidores alternativos.
- 113) La exclusión de otros distribuidores no constituye problema alguno cuando el proveedor que gestiona el sistema exclusivo de distribución autoriza a un número elevado de distribuidores exclusivos en el mismo mercado y no se restringe a estos la venta a otros distribuidores no autorizados. No obstante, la exclusión de otros

distribuidores puede ser problemática en caso de poder de mercado en los niveles inferiores del mercado, en especial, en caso de territorios muy grandes, cuando un distribuidor exclusivo se convierte en comprador exclusivo para todo el mercado. Serviría de ejemplo el caso de una cadena de supermercados que se convierte en el único distribuidor de una marca que lidera el mercado en un mercado nacional de alimentación al por menor. La exclusión de otros distribuidores puede verse agravada en caso de acuerdos múltiples de distribución exclusiva.

- 114) Asimismo, el poder de la demanda puede incrementar el riesgo de colusión por parte de los compradores cuando compradores importantes, posiblemente establecidos en el mismo territorio o territorios distintos, imponen acuerdos de distribución exclusiva a uno o varios proveedores.
- 115) Es importante evaluar la dinámica del mercado, ya que la demanda creciente, las tecnologías en evolución y las posiciones de mercado en transformación pueden hacer que los efectos negativos sean menos probables que en los mercados maduros.
- 116) El nivel comercial es importante, pues los posibles efectos negativos pueden diferir entre el nivel mayorista y el minorista. La distribución exclusiva se aplica principalmente a la distribución de bienes o servicios finales. La pérdida de competencia intramarca es especialmente probable en el nivel minorista si se combina con territorios grandes, ya que los consumidores finales dispondrán de pocas posibilidades de elección entre un distribuidor de precio elevado y servicio de calidad y otro de precio bajo y servicio de menos calidad en una marca importante.
- 117) Un fabricante que elige a un mayorista como su distribuidor exclusivo lo hace por lo general en un territorio mayor, por ejemplo, en todo un Estado miembro. En tanto el mayorista pueda vender el producto sin limitaciones a minoristas de los niveles inferiores del mercado, no es probable que haya efectos anticompetitivos apreciables. La posible pérdida de competencia intramarca en el nivel mayorista puede compensarse fácilmente por las eficiencias obtenidas en logística y promoción, sobre todo cuando el fabricante está establecido en un Estado miembro diferente. Los posibles riesgos de los acuerdos múltiples de distribución exclusiva para la competencia intermarcas son, sin embargo, mayores en el nivel mayorista que en el minorista. Si un mayorista se convierte en distribuidor exclusivo de un número significativo de proveedores, no solo existe el riesgo de que se reduzca la competencia entre estas marcas, sino también un mayor riesgo de exclusión en el comercio al por mayor.
- 118) La evaluación de un sistema de distribución exclusiva por el que un proveedor asigna en exclusiva un grupo de clientes a uno o varios compradores está sujeta a los mismos factores que se mencionan en los apartados 100 a 117 de las presentes Directrices y también debe tener en cuenta las siguientes orientaciones:
- 119) En cuanto a la asignación exclusiva del territorio, la asignación exclusiva de un grupo de clientes normalmente dificulta el arbitraje por parte de los clientes. Además, como cada distribuidor autorizado posee su propia clase de clientes, los distribuidores a los que no se les ha asignado en exclusiva ningún grupo de clientes pueden sufrir dificultades para obtener los productos del proveedor. Por consiguiente, el posible arbitraje por otros distribuidores quedará reducido.
- 120) Un sistema de distribución exclusiva que restrinja la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, puede, no obstante, crear eficiencias que cumplan las

condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3, y, por tanto, quedar exento de la aplicación del artículo 101 de forma individual.

- 121) Como se establece en el apartado 112 de las presentes Directrices, es poco probable que se produzca una exclusión de otros proveedores a menos que la distribución exclusiva se combine con la imposición de marca única. Sin embargo, incluso cuando la distribución exclusiva se combina con la imposición de marca única, parece improbable que se produzca una exclusión anticompetitiva de otros proveedores, excepto posiblemente cuando se aplica la marca única a una red densa de distribuidores exclusivos con pequeños territorios o en caso de efecto acumulativo. En tal caso, deben aplicarse los principios sobre la marca única establecidos en la sección 8.2.1 de las presentes Directrices. No obstante, cuando la combinación de distribución exclusiva y marca única no da lugar a una exclusión significativa, puede ser realmente favorable a la competencia al aumentar los incentivos para que el distribuidor exclusivo centre sus esfuerzos en una marca en particular. Por lo tanto, en ausencia de este importante efecto de exclusión, la combinación de la distribución exclusiva con la marca única puede cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3, para toda la duración del acuerdo y, en particular, si se aplica en el nivel mayorista.
- 122) La combinación de la distribución exclusiva con la compra exclusiva, que obliga a los distribuidores exclusivos a comprar sus suministros para la marca del proveedor directamente al proveedor, aumenta los riesgos de competencia asociados a la reducción de la competencia intramarca y a la compartimentación del mercado, lo que puede facilitar, en particular, la discriminación de precios. La distribución exclusiva ya limita el arbitraje de los clientes, al limitar el número de distribuidores y suele combinarse con restricciones de las ventas activas impuestas a otros distribuidores para proteger las inversiones realizadas por los distribuidores exclusivos en el territorio exclusivo. La compra exclusiva elimina además el posible arbitraje por parte de los distribuidores exclusivos, a los que se les impide comprar a otros distribuidores del sistema de distribución exclusiva. Como resultado, el proveedor aumenta las posibilidades de limitar la competencia intramarca aplicando al mismo tiempo condiciones de venta desiguales en detrimento de los consumidores, a menos que la combinación de distribución exclusiva con compra exclusiva permita la creación de eficiencias que den lugar a una reducción de precios.
- 123) La naturaleza del producto puede ser importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de la distribución exclusiva. Estos efectos serán menos graves en los sectores en los que las ventas en línea son más frecuentes. También es importante cuando se evalúa la cuestión de las posibles eficiencias, esto es, una vez determinado un efecto anticompetitivo apreciable.
- 124) La distribución exclusiva puede permitir eficiencias, sobre todo cuando se requieran inversiones de los distribuidores para proteger o crear la imagen de marca y proporcionar servicios que aumenten la demanda. En general, se dan más eficiencias en nuevos productos, en productos complejos y en productos cuyas cualidades sean difíciles de determinar antes del consumo (los llamados productos de experiencia) o incluso después del consumo (los llamados productos de confianza). Además, la distribución exclusiva puede permitir ahorros de costes logísticos gracias a economías de escala en el transporte y la distribución.
- 125) Se puede considerar que las eficiencias que pueden derivarse de la exclusividad compartida superan los posibles efectos negativos que puede generar un sistema de



este tipo, siempre que el proveedor pueda demostrar que el número de distribuidores exclusivos se ha determinado en proporción al territorio o grupo de clientes asignado, de forma que se garantice un determinado volumen de negocio que preserve el esfuerzo inversor de los distribuidores.

- 126) Los sistemas de distribución exclusiva basados en la asignación de grupos de clientes exclusivos que restringen la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, también pueden cumplir las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3, y, por tanto, quedar exentos de la aplicación del artículo 101 de forma individual. La asignación de clientes exclusivos puede dar lugar a eficiencias cuando las inversiones de los distribuidores son necesarias para construir la imagen de marca o cuando los distribuidores tienen que invertir, por ejemplo, en equipos, capacidades o conocimientos específicos para adaptarse a las necesidades del grupo de clientes exclusivos que se les ha asignado o cuando estas inversiones dan lugar a economías de escala o de alcance en la logística (por ejemplo, tener un minorista específico que se ocupe de las licitaciones de las administraciones públicas para ordenadores o material de oficina). El período de depreciación de estas inversiones es una indicación de la duración que puede justificar un sistema de distribución exclusivo basado en la asignación de grupos de clientes exclusivos. En general, la justificación para la asignación de clientes exclusivos es más fuerte en nuevos productos, en productos complejos y en productos que deben adaptarse a las necesidades del cliente concreto. Es más probable que puedan determinarse necesidades diferenciadas en el caso de productos intermedios que se venden a tipos diferentes de compradores profesionales. Es improbable que la asignación de consumidores finales permita lograr eficiencia alguna.
- 127) Ejemplo de acuerdos múltiples de distribución exclusiva en un mercado oligopolístico

En el mercado nacional de un producto final, existen cuatro líderes de mercado, cada uno de los cuales posee una cuota de mercado de alrededor del 20 %. Estos cuatro líderes de mercado venden su producto a través de distribuidores exclusivos en el mercado minorista. Se ofrece a los minoristas un territorio exclusivo, que corresponde a la ciudad en que están situados, o a un distrito de la ciudad en el caso de las grandes ciudades. En la mayor parte de los territorios, los cuatro líderes de mercado designan al mismo minorista exclusivo («acuerdo múltiple»), a menudo situado en el centro y preferentemente especializado en el producto. El 20 % del mercado nacional restante está integrado por pequeños productores locales, el mayor de los cuales posee una cuota de mercado del 5 % en el mercado nacional. En general, estos productores locales venden sus productos a través de otros minoristas, en particular debido a que los distribuidores exclusivos de los cuatro mayores proveedores muestran en general poco interés por vender estas marcas menos conocidas y más baratas. Existe una acusada diferenciación de marcas y productos en el mercado. Los cuatro líderes de mercado realizan grandes campañas publicitarias nacionales y poseen sólidas imágenes de marca, mientras que los productores marginales no hacen publicidad de sus productos en el ámbito nacional. El mercado es bastante maduro, con una demanda estable y sin innovaciones importantes en producto ni en tecnología. El producto es relativamente simple.

En un mercado oligopolístico como este, existe un riesgo de colusión entre los cuatro líderes de mercado. Dicho riesgo se ve incrementado por los acuerdos múltiples. La competencia intramarca está limitada por la exclusividad territorial. La competencia

entre las cuatro marcas principales es reducida en el nivel minorista, ya que un minorista fija el precio de las cuatro marcas en cada territorio. El acuerdo de distribución múltiple supone que, si un productor rebaja el precio de su marca, el minorista no estará dispuesto a transmitir este recorte de precios al consumidor final, pues ello reduciría sus ventas y los beneficios resultantes de las ventas de las demás marcas. Por tanto, los productores tendrán menos interés por entrar en una competencia de precios entre sí. La competencia de precios intermarcas existe principalmente en los bienes con escasa imagen de marca de los productores marginales. Los posibles argumentos sobre la eficiencia de los distribuidores exclusivos (comunes) son escasos: el producto es relativamente simple, la reventa no requiere inversiones específicas ni formación y la publicidad se efectúa principalmente en el nivel de los productores.

Si bien cada uno de los líderes de mercado posee una cuota de mercado por debajo del umbral, las condiciones del artículo 101, apartado 3 pueden no cumplirse y podría ser necesario retirar la exención por categorías para los acuerdos celebrados con distribuidores cuya cuota de mercado sea inferior al 30 % en el mercado de aprovisionamiento.

128) Ejemplo de asignación de cliente exclusivo

Una empresa ha desarrollado una instalación sofisticada de extinción por aspersión. La empresa posee actualmente una cuota del 40 % en el mercado de instalaciones de extinción por aspersión. Cuando empezó a vender este producto avanzado, contaba ya con una cuota de mercado del 20 % con un producto más antiguo. La instalación del nuevo tipo de extintor por aspersión depende del tipo de edificio en que se instale y del uso del mismo (por ejemplo, oficinas, plantas químicas u hospitales). La empresa ha designado a varios distribuidores para vender e instalar los extintores por aspersión sofisticados. Cada distribuidor ha debido formar a sus empleados en los aspectos generales y específicos de los extintores por aspersión sofisticados para cada categoría particular de clientes. A fin de garantizar que los distribuidores se especialicen, la empresa ha asignado a cada uno de ellos una categoría exclusiva de clientes y les ha prohibido las ventas activas a las categorías exclusivas de clientes asignadas a los demás distribuidores. Transcurridos cinco años, se permitirá a todos los distribuidores exclusivos vender activamente a todas las categorías de clientes, de modo que terminará el sistema de asignación de cliente exclusivo. El proveedor podrá entonces empezar por su parte a vender a nuevos distribuidores. El mercado es muy dinámico, con dos entradas recientes y una serie de avances tecnológicos. Los competidores tienen cuotas de mercado situadas entre el 25 % y el 5 % y también están modernizando sus productos.

Dado que la exclusividad es de duración limitada y permite garantizar que los distribuidores puedan recuperar sus inversiones y concentrar sus esfuerzos de venta iniciales en una determinada categoría de clientes a fin de aprender a desenvolverse en este sector, y dado que los posibles efectos anticompetitivos resultan limitados por tratarse de un mercado dinámico, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### 4.6.2. *Sistemas de distribución selectiva*

##### 4.6.2.1. Definición de sistemas de distribución selectiva

- 129) Como se recoge en el artículo 1, apartado 1, letra f), del RECAV, en un sistema de distribución selectiva, el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, solo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio que el proveedor haya reservado para aplicar este sistema.
- 130) Los criterios utilizados por el proveedor para seleccionar a los distribuidores pueden ser de naturaleza cualitativa o cuantitativa. Los criterios cualitativos son criterios objetivos exigidos por la naturaleza del producto, como la formación del personal de ventas, el servicio prestado en el punto de venta y la gama de productos que se venden<sup>52</sup>. Los criterios cuantitativos limitan el número potencial de distribuidores autorizados de forma más directa, por ejemplo, exigiendo un mínimo o un máximo de ventas o fijando el número de distribuidores autorizados. Estos criterios pueden modificarse a lo largo de la duración del acuerdo de distribución selectiva.
- 131) Los sistemas de distribución selectiva son comparables a los de distribución exclusiva en el sentido de que restringen el número de distribuidores autorizados y las posibilidades de reventa. La diferencia con la distribución exclusiva es la restricción del número de distribuidores autorizados basada en criterios de selección específicos. Otra diferencia con la distribución exclusiva es que la restricción de la reventa relacionada con la distribución selectiva no es una restricción de las ventas activas en un territorio exclusivo o a un grupo de clientes exclusivo, sino una restricción de las ventas activas y pasivas a distribuidores no autorizados, de modo que tan solo quedan como posibles compradores los distribuidores autorizados y los clientes finales.

##### 4.6.2.2. Aplicación del artículo 101 a los sistemas de distribución selectiva

- 132) Los posibles riesgos para la competencia de los sistemas de distribución selectiva residen en una menor competencia intramarca y, sobre todo en caso de efecto acumulativo, la exclusión de un determinado tipo o tipos de distribuidores, así como la debilitación de la competencia y la posible facilidad de colusión entre compradores debido a la limitación de su número.
- 133) La evaluación de los posibles efectos anticompetitivos de la distribución selectiva debe centrarse, en primer lugar, en la conformidad del sistema de distribución selectiva con el artículo 101, apartado 1. Para ello, hay que distinguir entre la distribución selectiva puramente cualitativa y la distribución selectiva cuantitativa.
- 134) La distribución selectiva puramente cualitativa, en la que los distribuidores autorizados se seleccionan únicamente en función de criterios objetivos exigidos por la naturaleza del producto, no limita directamente el número de distribuidores autorizados. Siempre que se cumplan las tres condiciones establecidas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Metro<sup>53</sup> (los denominados «criterios Metro»), se

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 12 de diciembre de 1996, Groupement d'achat Édouard Leclerc/Comisión, T-88/92, ECLI:EU:T:1996:192, apartados 125 y ss.

<sup>53</sup> Véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 1980, NV L'Oréal y SA L'Oréal/PVBA, C31/80, ECLI:EU:C:1980:289, apartados 15 A16; la sentencia del Tribunal de Justicia

considera, en general, que la distribución selectiva puramente cualitativa no entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, ya que se puede suponer que la restricción de la competencia intramarca relacionada con la distribución selectiva se compensa con una mejora de la competencia de calidad intermarcas<sup>54</sup>. En primer lugar, la naturaleza de los productos o servicios en cuestión debe necesitar un sistema de distribución selectiva. Esto significa que, habida cuenta de la naturaleza del producto en cuestión, dicho sistema debe constituir una necesidad legítima para preservar su calidad y garantizar un uso correcto. Por ejemplo, un sistema de distribución selectiva que queda fuera del ámbito del artículo 101, apartado 1, puede aplicarse a productos de alta calidad o de alta tecnología<sup>55</sup>. El funcionamiento de un sistema de distribución selectiva también puede ser necesario para los bienes de lujo. La calidad de estos bienes puede ser el resultado no solo de sus características materiales, sino también de la sensación de lujo que los rodea. Por lo tanto, el establecimiento de un sistema de distribución selectiva que procure que los bienes se expongan de manera que contribuyan a mantener esa sensación de lujo puede ser necesario para preservar su calidad<sup>56</sup>. En segundo lugar, los revendedores han de ser seleccionados sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de forma uniforme para todos los revendedores potenciales y que no pueden aplicarse de forma discriminatoria. Aunque la jurisprudencia no exige que los criterios cualitativos se den a conocer a todos los posibles revendedores, esta transparencia puede aumentar la probabilidad de que se cumplan los criterios Metro<sup>57</sup>. En tercer lugar, los criterios establecidos no deben exceder de lo necesario<sup>58</sup>.

- 135) La evaluación de la distribución selectiva conforme al artículo 101, apartado 1, también requiere un análisis separado de cada cláusula potencialmente restrictiva del

---

de 25 de octubre de 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Comisión («Metro I»), C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167, apartados 20 y 21; la sentencia el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 41; la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartado 24.

<sup>54</sup> Véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Comisión («Metro I»), C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167, apartados 20 a 22; la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Comisión, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293, apartados 33, 34 y 73; la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de octubre de 1986, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Comisión («Metro II»), C-75/84, ECLI:EU:C:1986:399, apartado 45; el asunto T-88/92 Groupement d’achat Édouard Leclerc/Comisión EU:T:1996:192, apartado 106.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Comisión («Metro I»), C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167; Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Comisión, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293.

<sup>56</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartados 25 a 29.

<sup>57</sup> Véase también por analogía la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de junio de 2012, Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS, C-158/11, ECLI:EU:C:2012:351.

<sup>58</sup> Véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 1980, NV L’Oréal y SA L’Oréal/PVBA, C-31/80, ECLI:EU:C:1980:289, apartados 15 y 16; la sentencia del Tribunal de Justicia, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Comisión («Metro I») ECLI:EU:C:1977:167, C-26/76, apartados 20 y 21; la sentencia del Tribunal de Justicia, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Comisión, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293, apartado 35; la sentencia del Tribunal de Justicia, Société d’Hygiène Dermatologique de Vichy/Comisión, T-19/91, ECLI:EU:T:1992:28, apartado 65.

acuerdo con arreglo a los criterios Metro<sup>59</sup>. Esto implica, en particular, determinar si la cláusula restrictiva es proporcionada en vista del objetivo perseguido por el sistema de distribución selectiva y si va más allá de lo necesario para lograr este objetivo<sup>60</sup>. Es poco probable que tales requisitos se cumplan con las restricciones especialmente graves. Por el contrario, por ejemplo, una prohibición de utilizar plataformas en línea de terceros impuesta de forma discernible por un proveedor de productos de lujo a sus distribuidores autorizados puede considerarse adecuada, siempre que permita a los distribuidores autorizados hacer publicidad a través de internet en plataformas de terceros y utilizar motores de búsqueda, con el resultado de que los clientes generalmente pueden encontrar la oferta en línea de los distribuidores autorizados utilizando dichos motores, y no va más allá de lo necesario para preservar la imagen de lujo de dichos productos<sup>61</sup>. Si este es el caso, queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y no se requiere ningún otro análisis.

- 136) Aunque no cumplan los criterios Metro, los sistemas de distribución selectiva cualitativa o cuantitativa pueden beneficiarse del espacio protegido, siempre que las cuotas de mercado del proveedor y del comprador no superen el 30 % cada una y el acuerdo no contenga ninguna restricción especialmente grave<sup>62</sup>. El beneficio de la exención no se pierde si la distribución selectiva se combina con otras restricciones verticales no especialmente graves, como una cláusula de no competencia. La exención por categorías se aplica con independencia de la naturaleza del producto de que se trate y del criterio de selección. No obstante, si las características del producto no exigen el uso de la distribución selectiva<sup>63</sup> o no exigen el uso de los criterios aplicados, como el requisito de que los distribuidores dispongan de uno o más establecimientos físicos, un sistema de este tipo no aporta, por lo general, suficientes efectos de mejora de la eficiencia para contrarrestar una reducción significativa de la competencia intramarca. Si se determina la presencia de efectos anticompetitivos considerables, es probable que se retire el beneficio del RECAV.
- 137) En esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para la evaluación individual de los sistemas de distribución selectiva que no cumplen los criterios Metro y no están cubiertos por el RECAV, o en el caso de los efectos acumulativos resultantes de las redes paralelas de distribución selectiva en el mismo mercado.
- 138) La posición en el mercado del proveedor y de sus competidores es de importancia primordial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos, pues la pérdida de competencia intramarca únicamente puede ser problemática si la competencia

<sup>59</sup> Véase el apartado 134 de las presentes Directrices.

<sup>60</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartados 43 y ss.

<sup>61</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartados 43 y ss., y en particular el apartado 67.

<sup>62</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649; véase también por analogía la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de junio de 2012, *Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS*, C-158/11, ECLI:EU:C:2012:351.

<sup>63</sup> Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 12 de diciembre de 1996, *Groupement d'achat Edouard Leclerc/Comisión*, T-19/92, Rec. 1996 p. II-1851, apartados 112 a 123; la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 12 de diciembre de 1996, *Groupement d'achat Edouard Leclerc/Comisión*, T-88/92, Rec. 1996, p. II-1961, apartados 106 a 117, y la jurisprudencia mencionada en la nota anterior.

intermarcas es limitada. Cuanto más fuerte sea la posición del proveedor, especialmente por encima del umbral del 30 %, mayor será el riesgo para la competencia resultante de la mayor pérdida de competencia intramarca. Otro factor importante es el número de redes de distribución selectiva presentes en el mismo mercado. Cuando la distribución selectiva la aplica un solo proveedor en el mercado, la distribución selectiva cuantitativa no suele crear efectos negativos netos. En la práctica, sin embargo, la distribución selectiva la suelen aplicar varios proveedores en un mercado concreto.

- 139) La posición de los competidores puede tener un doble significado. Por un lado, la existencia de competidores fuertes indicará, por lo general, que la reducción de la competencia intramarca, que puede ser especialmente importante en el contexto de la distribución única, se ve compensada por una competencia intermarcas suficiente. Por otro lado, en el caso de un efecto acumulativo, cuando la mayoría de los principales proveedores de un mercado aplican la distribución selectiva, podría producirse la exclusión de determinados tipos de distribuidores (es decir, los almacenes de descuento). La distribución selectiva plantea un riesgo mayor de exclusión de distribuidores más eficientes que la distribución exclusiva, debido a la restricción de las ventas a los distribuidores no autorizados que se produce en el primer tipo de distribución. Esta restricción tiene por objeto dotar a los sistemas de distribución selectiva de un carácter cerrado, en el que solo los distribuidores autorizados que cumplen los criterios tienen acceso al producto, al tiempo que se imposibilita el suministro a los distribuidores no autorizados. Por consiguiente, es un sistema particularmente idóneo para evitar la presión a la baja sobre los márgenes del fabricante por parte de los almacenes de descuento (ya sea de distribuidores que venden en un establecimiento físico o de los que venden exclusivamente por internet) así como sobre los márgenes de los distribuidores autorizados. La exclusión de tales formatos de distribución, ya sean consecuencia del uso acumulativo de la distribución selectiva o de su uso por un proveedor único con una cuota de mercado superior al 30 %, reduce las posibilidades de los consumidores de aprovechar los beneficios específicos que ofrecen estos formatos de distribución, como los bajos precios, la mayor transparencia y el mayor acceso al producto.
- 140) Cuando el RECAV se aplique a redes individuales de distribución selectiva, la retirada de la exención por categorías o la no aplicación del RECAV puede considerarse en el caso de efectos acumulativos. No obstante, es poco probable que surja un problema de efectos acumulativos cuando la cuota de mercado cubierta por la distribución selectiva no supere el 50 %. Tampoco es probable que surjan problemas de competencia cuando el índice de cobertura sea superior al 50 %, pero la cuota de mercado combinada de los cinco mayores proveedores no supere el 50 %. Cuando tanto la cuota de los cinco mayores proveedores como la cuota de mercado cubierta por la distribución selectiva excedan del 50 %, la evaluación variará en función de si los cinco mayores proveedores aplican o no la distribución selectiva. Cuanto más fuerte sea la posición de los competidores que no aplican la distribución selectiva, tanto menos probable será la exclusión de otros distribuidores. Pueden surgir problemas de competencia si los cinco mayores proveedores aplican la distribución selectiva. Este sería el caso, en particular, si los acuerdos celebrados por los mayores proveedores contienen criterios de selección cuantitativos que limitan directamente el número de distribuidores autorizados o cuando los criterios cualitativos aplicados excluyen determinados formatos de distribución, como la exigencia de tener una o más tiendas físicas o de prestar servicios específicos que normalmente solo se pueden proporcionar en un formato de distribución concreto. En

general, es improbable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3, si los sistemas de distribución selectiva que contribuyen al efecto acumulativo impiden el acceso al mercado a nuevos distribuidores capaces de vender adecuadamente los productos en cuestión. En particular, es improbable que los consumidores finales se beneficien de las eficiencias si los sistemas de distribución solo incluyen determinados canales existentes y excluyen del mercado a los almacenes de descuento o a los distribuidores que venden exclusivamente por internet que ofrecen precios más bajos a los consumidores. Otras formas más indirectas de distribución selectiva cuantitativa, derivadas por ejemplo de la combinación de criterios de selección puramente cualitativos con el requisito de que los distribuidores alcancen un volumen mínimo de adquisiciones anuales, tienen menos probabilidades de producir efectos negativos netos si el volumen no representa una proporción significativa del volumen de negocios total del distribuidor obtenido con el tipo de productos de que se trate y no excede de lo necesario para que el proveedor pueda recuperar la inversión específicamente ligada a la relación o realizar economías de escala en la distribución. Por lo general no se considera que un proveedor con una cuota de mercado inferior al 5 % contribuya de forma significativa a un efecto acumulativo.

- 141) Las barreras a la entrada son principalmente pertinentes en el caso de la exclusión del mercado de los distribuidores no autorizados. Las barreras a la entrada podrían ser significativas cuando los fabricantes de productos de marca aplican la distribución selectiva, ya que generalmente se necesitará tiempo y una inversión considerable para que los distribuidores excluidos del sistema de distribución selectiva lancen sus propias marcas u obtengan suministros competitivos en otros lugares.
- 142) El poder de la demanda puede incrementar el riesgo de colusión entre distribuidores. Los distribuidores que gozan de una sólida posición en el mercado pueden inducir a los proveedores a aplicar criterios selectivos que impidan el acceso al mercado a distribuidores nuevos y más eficientes. Por consiguiente, el poder de la demanda puede modificar de manera significativa el análisis de los posibles efectos anticompetitivos de la distribución selectiva. La exclusión del mercado de los distribuidores más eficientes puede agravarse aún más en caso de que una sólida organización entre los distribuidores autorizados imponga al proveedor criterios de selección cuyo objetivo sea limitar la distribución en beneficio de sus miembros.
- 143) El artículo 5, apartado 1, letra c), del RECAV establece que el proveedor no podrá imponer una obligación que impida a los distribuidores autorizados, directa o indirectamente, vender las marcas de proveedores competidores concretos. Esta disposición tiene como objetivo específico evitar la colusión horizontal para excluir determinadas marcas mediante la creación de un grupo selecto de marcas por parte de los proveedores que encabezan el mercado. Es improbable que esta obligación pueda gozar de exención cuando la cuota de mercado de los cinco mayores proveedores sea igual o superior al 50 %, a menos que ninguno de los proveedores que impongan dicha obligación figure entre los cinco mayores proveedores del mercado.
- 144) Los problemas de competencia relacionados con la exclusión de otros proveedores no surgirán, normalmente, mientras no se impida a otros proveedores utilizar los mismos distribuidores, como, por ejemplo, cuando se combina la distribución selectiva con la marca única. En caso de que exista una densa red de distribuidores autorizados o en caso de efecto acumulativo, la combinación de la distribución selectiva con una cláusula de no competencia puede plantear un riesgo de exclusión

de otros proveedores. En este caso se aplican los principios expuestos en la sección 8.2.1 de las presentes Directrices sobre la imposición de marca única. Cuando la distribución selectiva no se combina con la cláusula de no competencia, la exclusión de proveedores competidores del mercado puede seguir siendo un problema si los principales proveedores no solo aplican criterios de selección puramente cualitativos, sino que también imponen a sus distribuidores determinadas obligaciones adicionales, como la obligación de reservar a los productos de los proveedores un espacio mínimo en las estanterías o de garantizar que las ventas del distribuidor de los productos del proveedor representen un porcentaje mínimo del volumen de negocios total del distribuidor. Es poco probable que se plantee este problema cuando la parte del mercado cubierta por la distribución selectiva no supere el 50 % o cuando se rebase este índice de cobertura, pero la cuota de mercado de los cinco principales proveedores no supere el 50 %.

- 145) Es importante evaluar la dinámica del mercado, ya que la demanda creciente, las tecnologías en evolución y las posiciones en el mercado cambiantes pueden hacer que los efectos negativos sean menos probables que en los mercados maduros.
- 146) La distribución selectiva puede ser eficiente cuando permite ahorros de costes logísticos debidos a economías de escala en el transporte, lo que puede suceder con independencia de la naturaleza del producto [véase el apartado 14, letra g), de las presentes Directrices]. Sin embargo, dicha eficiencia es generalmente solo una eficiencia marginal de los sistemas de distribución selectiva. Con el fin de evaluar si la distribución selectiva está justificada para ayudar a resolver un problema de parasitismo entre distribuidores [véase el apartado 14, letra b), de las presentes Directrices] o para ayudar a crear o mantener una imagen de marca [véase el apartado 14, letra h), de las presentes Directrices], es importante la naturaleza del producto. En general, el uso de e para la distribución selectiva con el fin de lograr este tipo de eficiencias está más justificado en el caso de productos nuevos, en productos complejos o en productos cuyas cualidades sean difíciles de determinar antes del consumo (los llamados productos de experiencia) o incluso después del consumo (los llamados productos de confianza). La combinación de la distribución selectiva con una cláusula de situación, que proteja a un distribuidor autorizado frente a la competencia de otros distribuidores autorizados que abran un comercio en las proximidades, puede en especial cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3, si la combinación es imprescindible para proteger inversiones considerables y específicas para determinadas relaciones realizadas por el distribuidor autorizado [véase el apartado 14, letra d), de las presentes Directrices]. Para garantizar que se usa la restricción menos anticompetitiva, es conveniente evaluar si pueden obtenerse las mismas eficiencias a un coste comparable mediante, por ejemplo, solamente requisitos de servicio.
- 147) Ejemplo de distribución selectiva cuantitativa

En un mercado de bienes de consumo duraderos, el fabricante de la marca A, que es el líder de mercado con una cuota de mercado del 35 %, vende su producto a los consumidores finales a través de un sistema de distribución selectiva. Existen varios criterios de admisión al sistema: el establecimiento debe emplear a personal formado y prestar servicios de preventa, en el establecimiento debe haber una parte dedicada a la venta del producto y de productos similares de alta tecnología, y el establecimiento debe vender una amplia gama de modelos del proveedor y presentarlos de manera atractiva. Por otra parte, el número de minoristas que se pueden admitir en el sistema



se limita directamente a través del establecimiento de un número máximo de minoristas por número de habitantes en cada provincia o zona urbana. El fabricante A tiene seis competidores en este mercado. Sus mayores competidores, B, C y D, poseen cuotas de mercado del 25 %, 15 % y 10 %, respectivamente, mientras que los demás fabricantes tienen cuotas de mercado más pequeñas. A es el único fabricante que usa la distribución selectiva. Los distribuidores selectivos de la marca A siempre gestionan algunas marcas de la competencia. Sin embargo, las marcas de la competencia también se venden ampliamente en las tiendas que no participan en el sistema de distribución selectiva del fabricante A. Existen varios canales de distribución: por ejemplo, las marcas B y C se venden en la mayoría de los establecimientos seleccionados de A, pero también en otros establecimientos que ofrecen un servicio de elevada calidad y en hipermercados. La marca D se vende principalmente en establecimientos de servicios especializados. La tecnología evoluciona en este mercado con gran rapidez, y los principales proveedores mantienen una sólida imagen de calidad de sus productos a través de la publicidad.

En este mercado, el índice de cobertura de la distribución selectiva es del 35 %. La competencia intermarcas no se ve directamente afectada por el sistema de distribución selectiva de A. La competencia intramarca de A puede reducirse, pero los consumidores tienen acceso a minoristas de menor calidad de servicio y menor precio en las marcas B y C, que poseen una imagen de calidad comparable a la de la marca A. Por otra parte, no se excluye el acceso de otras marcas a minoristas con un servicio de alta calidad, ya que no existe limitación alguna a la capacidad de los distribuidores seleccionados de vender marcas de la competencia, y la limitación cuantitativa al número de distribuidores para la marca A deja libertad a otros minoristas que ofrecen un servicio de alta calidad para distribuir marcas de la competencia. En este caso, teniendo en cuenta los requisitos de servicio y las eficiencias que es probable que estos permitan, así como el efecto limitado en la competencia intramarca, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.

148) Ejemplo de distribución selectiva con efectos acumulativos

En el mercado de un determinado artículo deportivo, existen siete fabricantes cuyas cuotas de mercado respectivas son: 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % y 7 %. Los cinco mayores fabricantes distribuyen sus productos mediante un sistema de distribución selectiva cuantitativa, mientras que los dos más pequeños emplean otros tipos de sistemas de distribución, lo que permite un índice de cobertura de la distribución selectiva del 85 %. Los criterios de acceso a los sistemas de distribución selectiva son uniformes entre los fabricantes: los distribuidores deben tener uno o más establecimientos físicos, estos establecimientos deben contar con personal formado y prestar servicios de preventa, en el establecimiento debe haber una parte especializada, cuyas dimensiones mínimas se especifican, dedicada a la venta del producto. El establecimiento debe vender una amplia gama de esta marca y presentar el artículo de manera atractiva; también debe estar situado en una calle comercial y este tipo de artículo debe representar al menos el 30 % del volumen de ventas total de la tienda. Generalmente el mismo distribuidor tiene autorización para las cinco marcas. Las dos marcas que no practican distribución selectiva venden generalmente a través de minoristas menos especializados, con niveles de servicio inferiores. El mercado es estable, tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda, y existe una fuerte diferenciación de productos, donde es importante la imagen de marca. Los cinco líderes del mercado poseen sólidas imágenes de marca logradas mediante la publicidad

y el patrocinio, mientras que los dos fabricantes más pequeños poseen una estrategia de productos más baratos, sin una imagen de marca fuerte.

En este mercado se niega el acceso a los almacenes de descuento y los distribuidores que venden exclusivamente por internet a las cinco principales marcas. Esto se debe a que el requisito de que el producto represente por lo menos el 30 % de la actividad de los distribuidores y los criterios de presentación y servicios de preventa excluyen a la mayor parte de los almacenes de descuento de la red de distribuidores autorizados. Además, el requisito de disponer de uno o más establecimientos físicos excluye a los distribuidores de la red que venden exclusivamente por internet. Como consecuencia de ello, los consumidores no tienen más opción que comprar las cinco principales marcas en establecimientos con un servicio de calidad elevada y precios altos. Esto reduce la competencia entre las cinco principales marcas. El hecho de que las dos marcas más pequeñas puedan comprarse en establecimientos con un servicio de calidad y precio inferiores no compensa esta situación, pues la imagen de marca de los cinco líderes de mercado es muy superior. La competencia intermarcas también se ve limitada por los acuerdos múltiples de distribución. Si bien existe cierto grado de competencia intramarca, y el número de distribuidores no está directamente limitado, los criterios de admisión son lo bastante estrictos para llevar a que exista un pequeño número de distribuidores para las cinco marcas principales en cada territorio.

Las eficiencias asociadas a estos sistemas de distribución selectiva cuantitativa son escasas: el producto no es muy complejo y no justifica un servicio especialmente caro. A menos que los fabricantes puedan probar que existen claras eficiencias asociadas a su sistema de distribución selectiva, es probable que deba retirarse la exención por categoría debido a la presencia de efectos restrictivos acumulativos, que implican menos opciones y precios más altos para los consumidores.

#### 4.6.3. *Franquicia*

- 149) Los acuerdos de franquicia contienen licencias de derechos de propiedad intelectual relativos, en particular, a marcas o signos registrados y conocimientos técnicos para el uso y la distribución de bienes o servicios. Además de la licencia de DPI, el concesionario de la franquicia generalmente facilita asistencia comercial o técnica al franquiciado durante la vigencia del contrato. La licencia y la asistencia son partes integrantes del método comercial objeto de franquicia. Por lo general, el concesionario de la franquicia recibe del franquiciado un canon por el uso de un método comercial concreto. La franquicia puede permitir al concesionario de la franquicia establecer, con inversiones limitadas, una red uniforme para la distribución de sus productos. Además de facilitar un método comercial, habitualmente los acuerdos de franquicia contienen una combinación de diferentes restricciones verticales relativas a los productos que se distribuyen, en especial mediante distribución selectiva, cláusulas de no competencia, distribución exclusiva, o formas más débiles de estas prácticas.
- 150) La franquicia (con excepción de los acuerdos de franquicia industrial) presenta algunas características específicas, como el uso de un nombre comercial uniforme, la aplicación de métodos comerciales uniformes (incluida la concesión de licencias de DPI) y el pago de cánones a cambio de los beneficios concedidos. En vista de estas especificidades, puede considerarse que las disposiciones estrictamente necesarias para el funcionamiento de estos sistemas de distribución quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Esto se refiere, por ejemplo, a las restricciones que impiden que los conocimientos técnicos y la asistencia

proporcionados por el concesionario de la franquicia benefician a sus competidores<sup>64</sup> y a una cláusula de no competencia con respecto a los bienes o servicios adquiridos por el franquiciado que es necesaria para mantener la identidad y la reputación comunes de la cadena de franquicia. En este último caso, la duración de la cláusula de no competencia no es pertinente, siempre y cuando no exceda de la duración del propio acuerdo de franquicia.

- 151) Los acuerdos de franquicia están cubiertos por el RECAV cuando tanto las cuotas de mercado del proveedor como del comprador no superen el 30 %<sup>65</sup>. La concesión de licencias de DPI contenida en los acuerdos de franquicia se trata en los apartados 67 a 82 de las presentes Directrices. Las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de franquicia se evaluarán con arreglo a las normas aplicables al sistema de distribución que guarde más relación con la naturaleza del acuerdo de franquicia específico. Por ejemplo, un acuerdo de franquicia que da lugar a una red cerrada, ya que se prohíbe a los miembros vender a los no miembros, se evaluará con arreglo a las normas aplicables a la distribución selectiva. En cambio, un acuerdo de franquicia que conceda exclusividad territorial y protección frente a las ventas activas de otros franquiciados se evaluará con arreglo a las normas aplicables a la distribución exclusiva.
- 152) Los acuerdos de franquicia que incluyan restricciones especialmente graves, en particular la imposición del precio de reventa (IPR),<sup>66</sup> no estarán cubiertos por el RECAV. Los acuerdos que no están cubiertos por el RECAV requieren una evaluación individual en virtud del artículo 101. Esta evaluación debe tener en cuenta que cuanto más importante es la transferencia de conocimientos técnicos, más probable es que las restricciones verticales creen eficiencias o sean imprescindibles para proteger los conocimientos técnicos, y, por tanto, que cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.
- 153) Ejemplo de franquicia

Un fabricante ha desarrollado un nuevo formato para la venta de golosinas en las llamadas «tiendas de chucherías» donde las golosinas pueden colorearse a gusto del consumidor. El fabricante de golosinas también ha desarrollado las máquinas para colorear las golosinas y produce los líquidos colorantes. La calidad y la frescura del líquido son de importancia vital para producir buenas golosinas. El fabricante ha logrado con sus golosinas un éxito gracias a una serie de comercios al por menor propios que actúan todos con el mismo nombre comercial y con una imagen uniforme (por ejemplo, estilo de los establecimientos y publicidad comunes). Para ampliar las ventas, el fabricante de golosinas ha empezado a aplicar un sistema de franquicia. Para garantizar una calidad del producto y una imagen de tienda uniformes, los franquiciados están obligados a comprar las golosinas, el líquido y la máquina de coloración al fabricante, operar con la marca registrada, pagar un canon de franquicia, contribuir a la publicidad común y garantizar el secreto del manual de instrucciones elaborado por el concesionario de la franquicia. Además, solo se permite a los franquiciados vender en los locales acordados a los usuarios finales o a otros

<sup>64</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41, apartado 16.

<sup>65</sup> Véanse también los apartados 86 a 95, en especial el apartado 92.

<sup>66</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41, apartado 23.

franquiciados. No se les permite vender otras golosinas en sus tiendas. El concesionario de la franquicia tiene la obligación de no designar a otro franquiciado ni explotar por sí mismo comercios al por menor en un determinado territorio contractual. El concesionario de la franquicia tiene también la obligación de actualizar y seguir desarrollando sus productos, la presentación comercial y el manual de instrucciones y de poner estas mejoras a disposición de todos los franquiciados. Los acuerdos de franquicia se celebran por un período de diez años.

Los minoristas compran las golosinas en un mercado nacional, bien a productores nacionales que se adaptan a los gustos nacionales, o bien a mayoristas que importan dulces de productores extranjeros además de vender dulces de fabricantes nacionales. En ese mercado, los productos del concesionario de la franquicia compiten con varias marcas nacionales e internacionales de golosinas, a veces producidas por grandes empresas de alimentación diversificadas. En el mercado de las máquinas de colorante, la cuota de mercado del concesionario de la franquicia se sitúa por debajo del 10 %. El concesionario de la franquicia posee una cuota de mercado del 30 % en el mercado de dulces vendidos a minoristas. Existen muchos puntos de venta de dulces, en forma de estancos, minoristas generales de alimentación, cafeterías y tiendas de golosinas especializadas.

La mayoría de las obligaciones recogidas en los acuerdos de franquicia pueden considerarse necesarias para proteger los DPI o para mantener la identidad y reputación comunes de la red de franquicias, y, por tanto, quedan fuera del artículo 101, apartado 1. Las restricciones a la venta (por ejemplo, la determinación de un territorio contractual y la distribución selectiva) ofrecen a los franquiciados incentivos para invertir en el concepto de franquicia y la máquina de colorante y para ayudar a mantener la identidad común, lo que compensa la pérdida de competencia intramarca. La cláusula de no competencia que excluye a otras marcas de golosinas de las tiendas durante el período completo de duración de los acuerdos permite al concesionario de la franquicia mantener la uniformidad de los comercios e impide que los competidores se beneficien de su nombre comercial. Dado el gran número de comercios disponibles para otros productores de golosinas, esto no ocasiona ninguna exclusión grave. Por consiguiente, es probable que los acuerdos de franquicia cumplan las condiciones para obtener una exención conforme al artículo 101, apartado 3, en la medida en que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.

## **5. DEFINICIÓN DEL MERCADO Y CÁLCULO DE LA CUOTA DE MERCADO**

### **5.1. Comunicación sobre la definición de mercado**

- 154) La Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria de competencia («Comunicación relativa a la definición de mercado») proporciona orientaciones en relación con las normas, criterios y elementos de prueba que la Comisión emplea al plantearse las cuestiones relativas a la definición de mercado<sup>67</sup>. Por lo tanto, el mercado de referencia a efectos de la aplicación del artículo 101 a los acuerdos verticales debe definirse sobre la base de dichas orientaciones y de cualquier otra orientación futura relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la legislación de la UE en materia de competencia. Las presentes Directrices solo abordan cuestiones específicas que se

<sup>67</sup> DO C 372 de 9.12.1997, p. 5.

plantean en el contexto de la aplicación del RECAV, y que no están cubiertas por la Comunicación sobre la definición de mercado.

## **5.2. Cálculo de las cuotas de mercado con arreglo al RECAV**

- 155) De conformidad con el artículo 3 del RECAV, la cuota de mercado, tanto del proveedor como del comprador, son decisivas para determinar si se aplica la exención por categorías. Para que se aplique el RECAV, la cuota de mercado del proveedor en el mercado donde vende los bienes o servicios objeto del contrato al comprador, y la cuota de mercado del comprador en el mercado donde adquiere los bienes o servicios objeto del contrato, no debe superar el 30 %. Para los acuerdos entre pymes, en general no es necesario calcular las cuotas de mercado (véase el apartado 26 de las presentes Directrices).
- 156) En el plano de la distribución es más frecuente que las restricciones verticales no solo se refieran a la venta de productos entre proveedor y comprador, sino también a su reventa. Dado que, por lo general, compiten diversos formatos de distribución, los mercados no se suelen definir por la forma de distribución que se aplica, a saber, la distribución exclusiva, selectiva o libre. En caso de que los proveedores vendan, por lo general, una gama de productos, es posible que toda la gama determine la definición del mercado de productos si son las gamas y no los productos individuales contenidos en las gamas los que los compradores consideran sustitutos.
- 157) En caso de que un acuerdo vertical implique a tres partes y cada una de ellas opera en un nivel comercial distinto, la cuota de mercado de cada parte no debe superar el 30 % para que se aplique el RECAV. Según se especifica en el artículo 3, apartado 2, del RECAV cuando en un acuerdo entre varias partes, una empresa adquiere los bienes o servicios objeto del contrato a una de las partes del acuerdo y los vende a otra de las partes del acuerdo, el RECAV solo se aplica si su cuota de mercado no excede del umbral del 30 %, tanto en calidad de comprador como en calidad de proveedor. Si, por ejemplo, en un acuerdo celebrado entre un fabricante, un mayorista (o asociación de minoristas) y un minorista se acuerda una cláusula de no competencia, entonces la cuota de mercado del fabricante y la del mayorista (o asociación de minoristas) en sus mercados respectivos de suministro no podrá exceder del 30 % y la cuota de mercado del mayorista (o asociación de minoristas) y del minorista no podrá exceder del 30 % en sus respectivos mercados de compra para poder acogerse al RECAV.
- 158) En caso de que, además del suministro del bien o servicio objeto del contrato, el acuerdo vertical conste también de disposiciones de DPI (como una disposición relativa al uso de la marca del proveedor), que ayuden al comprador a comercializar el bien o servicio objeto del contrato, la cuota del proveedor en el mercado en que venda el bien o servicio es relevante para la aplicación del RECAV. En caso de que un concesionario de franquicia no suministre bienes o servicios para su reventa sino que preste un conjunto de servicios combinados con disposiciones de DPI que juntos constituyen el método comercial objeto de la franquicia, el concesionario de la franquicia debe tener en cuenta su cuota de mercado como prestador de un método comercial para el suministro de bienes o servicios específicos a los usuarios finales. A tal efecto, el concesionario de la franquicia debe calcular su cuota en el mercado en que los franquiciados explotan el método comercial para suministrar bienes o servicios a los usuarios finales. Por tanto, el concesionario de la franquicia debe calcular su cuota de mercado partiendo del valor de los bienes o servicios suministrados por sus franquiciados en este mercado. En él, los competidores del

concesionario de la franquicia pueden ser suministradores de otros métodos comerciales franquiciados, aunque también proveedores de bienes o servicios sustituibles que no recurran a la franquicia. Así por ejemplo, sin perjuicio de la definición de este mercado, si existiese un mercado de servicios de comida rápida, un concesionario de franquicia que operase en él tendría que calcular su cuota de mercado basándose en las correspondientes cifras de ventas de sus franquiciados en dicho mercado.

### **5.3. Cálculo de las cuotas de mercado con arreglo al RECAV**

- 159) Como se establece en el artículo 7, letra a), del RECAV, las cuotas de mercado del proveedor y del comprador deben calcularse, en principio, sobre la base de los datos del valor. Cuando no se disponga de datos sobre el valor, se pueden realizar estimaciones fundamentadas sobre la base de otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, como las cifras de volumen de ventas.
- 160) El suministro interno de bienes o servicios intermedios para uso propio del proveedor puede ser pertinente para el análisis de la competencia en un caso específico, pero no se tendrá en cuenta a efectos de la definición de mercado ni para el cálculo de las cuotas de mercado con arreglo al RECAV. Por el contrario, de conformidad con el artículo 7, letra c), del RECAV, en el caso de distribución dual de bienes finales (es decir, cuando un proveedor de bienes finales actúa también como distribuidor de dichos bienes en el mercado), la definición de mercado y el cálculo de la cuota de mercado deben incluir las ventas del proveedor de sus propios bienes realizadas a través de sus distribuidores y agentes integrados verticalmente. Los distribuidores integrados son empresas vinculadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, del RECAV<sup>68</sup>.

## **6. APLICACIÓN DEL RECAV**

### **6.1. Restricciones especialmente graves con arreglo al RECAV**

- 161) En el artículo 4 del RECAV figura una lista de restricciones especialmente graves, las cuales se consideran restricciones graves de la competencia que deben prohibirse en la mayoría de los casos debido al perjuicio que causan a los consumidores. Los acuerdos verticales que incluyen una o varias restricciones especialmente graves quedan excluidos en su conjunto del ámbito de aplicación del RECAV.
- 162) Las restricciones especialmente graves a que se refiere el artículo 4 del RECAV se aplican a los acuerdos verticales relativos al comercio *dentro* de la Unión. Por tanto, en la medida en que los acuerdos verticales se refieran a las exportaciones fuera de la Unión o a las importaciones y reimportaciones desde fuera de la Unión, la jurisprudencia del TJUE sugiere que no se puede considerar que dichos acuerdos tengan por objeto restringir sensiblemente la competencia dentro de la Unión o que puedan afectar como tales al comercio entre los Estados miembros<sup>69</sup>.
- 163) Las restricciones especialmente graves con arreglo al artículo 4 del RECAV son, en general, restricciones de la competencia por objeto en el sentido del artículo 101,

---

<sup>68</sup> A efectos de la definición de mercado y del cálculo de la cuota de mercado, no es pertinente si el distribuidor integrado vende además bienes o servicios de competidores.

<sup>69</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998, Javico/Yves Saint Laurent, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173, apartado 20.

apartado 1<sup>70</sup>. Las restricciones de la competencia por objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1, son acuerdos que, por su propia naturaleza, pueden restringir la competencia<sup>71</sup>. En ese sentido, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que determinados tipos de coordinación entre empresas muestran un grado suficiente de perjuicio a la competencia que permite considerar que no es necesario examinar sus efectos.<sup>72</sup> La constatación de una restricción por objeto requiere una evaluación individual del acuerdo vertical de que se trate. En cambio, las restricciones especialmente graves corresponden a una categoría de restricciones con arreglo al RECAV de las que se presume que, en general, causan un perjuicio a la competencia, de modo que un acuerdo vertical que contenga una restricción especialmente grave no puede ser objeto de una exención por categorías con arreglo al artículo 2, apartado 1, del RECAV.

- 164) No obstante, las restricciones especialmente graves no entran necesariamente en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. En caso de que una restricción especialmente grave en virtud del RECAV sea objetivamente necesaria para un acuerdo vertical de un tipo o naturaleza particular, por ejemplo, para garantizar el cumplimiento de una prohibición pública de vender sustancias peligrosas a determinados clientes por razones de seguridad o salud, este acuerdo queda, de forma excepcional, fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Teniendo en cuenta lo anterior, en particular que las restricciones especialmente graves son, en general, restricciones a la competencia por objeto, la Comisión aplicará los siguientes principios a la hora de evaluar un acuerdo vertical:
- a) cuando en un acuerdo vertical se incluya una restricción especialmente grave en el sentido del artículo 4 del RECAV, es probable que dicho acuerdo entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.
  - b) Es poco probable que un acuerdo que incluya una restricción especialmente grave en el sentido del artículo 4 del RECAV cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3<sup>73</sup>.
- 165) Una empresa puede demostrar los efectos favorables a la competencia de conformidad con el artículo 101, apartado 3, en un caso concreto<sup>74</sup>. A tal efecto, a la hora demostrar que se cumplen todas las condiciones del artículo 101, apartado 3, la empresa debe justificar la posibilidad de que existan eficiencias y que dichas eficiencias se derivan de la inclusión de la restricción especialmente grave en el acuerdo. Cuando este sea el caso, la Comisión evaluará el impacto negativo sobre la

---

<sup>70</sup> Véase el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión *Guidance on restrictions of competition «by object» for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, (Orientaciones sobre las restricciones de la competencia por objeto a efectos de definir qué acuerdos pueden beneficiarse de la Comunicación «de minimis») SWD(2014)198 final, p. 4.

<sup>71</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, apartado 31.

<sup>72</sup> Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014, Groupement des cartes bancaires/Comisión, C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204, apartado 49.

<sup>73</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 57.

<sup>74</sup> Véanse en particular el apartado 14, letras a) a i) de las presentes Directrices que describen en general posibles eficiencias relacionadas con las restricciones verticales y la sección 6.1.1 sobre restricciones en los precios de reventa. Para orientaciones generales a este respecto, véase la Comunicación de la Comisión – Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

competencia que pueda derivarse de la inclusión de la restricción especialmente grave en el acuerdo antes de realizar una evaluación final sobre el cumplimiento de las condiciones del artículo 101, apartado 3<sup>75</sup>.

166) Los ejemplos que figuran en los siguientes tres apartados de las presentes Directrices tienen pretenden ilustrar en qué circunstancias excepcionales puede una restricción especialmente grave quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.

167) Ejemplo de entrada auténtica

Un distribuidor que es el primero en vender una nueva marca o una marca existente en un nuevo mercado, garantizando así una entrada auténtica, podría tener que comprometer inversiones sustanciales si previamente, en general, no existía demanda para el tipo concreto de producto o para el tipo de producto del productor particular. En tales circunstancias y teniendo en cuenta que estos gastos podrían ser a menudo irrecuperables, el distribuidor podría no firmar el acuerdo de distribución sin la protección durante un determinado período de tiempo contra las ventas pasivas y activas en su territorio o a su grupo de clientes por otros distribuidores.

Por ejemplo, podría darse una situación en la que un fabricante establecido en un determinado mercado nacional entre en otro mercado nacional e introduzca sus productos con la ayuda de un distribuidor exclusivo que necesita invertir en el lanzamiento y el establecimiento de una marca en este nuevo mercado. Cuando sean necesarias inversiones sustanciales por parte del distribuidor para iniciar o desarrollar un nuevo mercado, las restricciones de las ventas pasivas por otros distribuidores en tal territorio o a tal grupo de clientes caen generalmente fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, durante los dos primeros años en que este distribuidor venda los bienes o servicios contractuales en ese territorio o a ese grupo de clientes, aunque dichas restricciones se considerarían normalmente restricciones especialmente graves que se presume que entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.

168) Ejemplo de suministros cruzados entre distribuidores autorizados

En el caso de un sistema de distribución selectiva, los suministros cruzados entre distribuidores autorizados deben normalmente quedar libres (véase el apartado 187 de las presentes Directrices). No obstante, si los mayoristas autorizados situados en distintos territorios tienen que invertir en actividades promocionales en el territorio en el que distribuyen los bienes y servicios en cuestión para apoyar las ventas de los distribuidores autorizados, y no es práctico precisar en el contrato las actividades de promoción exigidas, las restricciones a las ventas activas por parte de dichos mayoristas a los distribuidores autorizados en los territorios de otros mayoristas, para superar el posible parasitismo, pueden en un caso concreto cumplir las condiciones del

<sup>75</sup>

Dicha evaluación se entiende sin perjuicio de que una restricción específica pueda, no obstante, ser nula de pleno derecho si equivale a una violación de las prohibiciones relativas a las ventas pasivas establecidas en el Reglamento sobre el bloqueo geográfico. Véase el artículo 6, apartado 2, del Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE.



169) Ejemplo de prueba auténtica

En el caso de una prueba auténtica de un nuevo producto en un territorio limitado o con un grupo de clientes limitado, o en caso de una introducción escalonada de un producto nuevo, los distribuidores designados para vender el nuevo producto en el mercado de prueba o para participar en la primera ronda de la introducción escalonada podrán ver restringida su venta activa fuera del mercado de prueba o del mercado donde se introduzca por primera vez el producto, sin estar sujetos al ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, durante el período necesario para la prueba o la introducción del producto.

6.1.1. *Imposición del precio de reventa*

170) La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra a), del RECAV se refiere a la imposición del precio de reventa (en lo sucesivo, «IPR»), es decir, aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que debe ajustarse el comprador<sup>76</sup>. Por tanto, un acuerdo vertical o una práctica concertada que se refiera a una determinada franja dentro de la cual el comprador debe fijar el precio no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 4, letra a), del RECAV.

171) La IPR puede establecerse a través de medios directos. Esto ocurre con las disposiciones contractuales o las prácticas concertadas que establecen directamente el precio de venta al público y, por lo tanto, dan lugar a restricciones claras<sup>77</sup>. Tales restricciones incluyen las disposiciones contractuales que permiten que el proveedor fije el precio que el comprador debe cobrar a su cliente o que prohíben que el comprador venda por debajo de un determinado nivel de precios. La restricción también es clara cuando un proveedor solicita un aumento de precios y el comprador accede a dicha solicitud.

172) La IPR también puede lograrse a través de medios indirectos, incluidos los incentivos para mantener un precio mínimo o los desincentivos para desviarse de un precio mínimo. Los siguientes ejemplos tienen el objetivo de ofrecer una lista no exhaustiva de dichos medios indirectos:

- Fijación del margen de distribución.
- Fijar el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder a partir de un nivel de precios prescrito.
- Supeditar la concesión de descuentos o el reembolso de los costos de promoción por parte del proveedor al cumplimiento de un nivel de precios determinado.

<sup>76</sup> Para la distinción entre acuerdos verticales y prácticas concertadas, véanse los apartados 48 a 51 de las presentes Directrices. Sin embargo, esta distinción no ha desempeñado hasta ahora un papel importante en la práctica de aplicación, ya que no es necesario distinguir entre ambos para constatar una infracción del artículo 101. Además, cabe señalar que la IPR puede estar vinculada a otras restricciones, incluida la colusión horizontal en forma de acuerdos radiales (*hub-and-spoke*) que se abordan en el apartado 55 de las Directrices horizontales.

<sup>77</sup> Véanse, por ejemplo, las Decisiones de la Comisión en el asunto AT.40428 – Guess, apartados 84, 86 y 137.

- Vincular el precio de reventa prescrito a los precios de reventa de los competidores; y
  - Amenazas, intimidaciones, advertencias, sanciones, retraso o suspensión de las entregas o rescisión de los contratos en relación con el cumplimiento de un determinado nivel de precios.
- 173) Sin embargo, tal como se establece en el artículo 4, letra a), del RECAV, la imposición de un precio de venta al público máximo o la determinación de una recomendación de precio de reventa por parte del proveedor no equivale en sí misma a una IPR. Sin embargo, si el proveedor combina este precio máximo o recomendación de precio de reventa con incentivos para aplicar un determinado nivel de precios o desincentivos para bajar el precio de venta, esto puede equivaler a una IPR. Un ejemplo de incentivos para aplicar un determinado nivel de precios sería el reembolso de los costos de promoción en caso de cumplimiento del precio de reventa máximo o del precio de reventa recomendado. Un ejemplo de desincentivos para bajar el precio de venta sería la intervención del proveedor en caso de que el comprador se desvíe del precio de reventa máximo o recomendado, por ejemplo, amenazando con cortar nuevos suministros.
- 174) Del mismo modo, las políticas de precios mínimos anunciados («PMA»), que prohíben a los minoristas anunciar precios por debajo de una determinada cantidad fijada por el proveedor, también pueden equivaler a una IPR, por ejemplo, en los casos en que el proveedor sanciona a los minoristas por vender finalmente por debajo de los respectivos PMA, les exige que no ofrezcan descuentos o les impide comunicar que el precio final podría diferir del respectivo PMA.
- 175) Los medios directos o indirectos de fijación de precios son más eficaces si se combinan con medidas destinadas a identificar a los distribuidores que rebajan los precios, tales como la implantación de un sistema de control de precios o la obligación de los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado. Sin embargo, estas medidas no son suficientes por sí mismas para constatar la existencia de una IPR, ya que los proveedores pueden utilizarlas para aumentar la eficiencia de la cadena de suministro o de distribución o para otros fines no relacionados con los medios directos o indirectos de lograr la IPR.
- 176) El control de precios se utiliza cada vez más en el comercio electrónico, donde tanto los fabricantes como los minoristas suelen utilizar programas informáticos específicos de control de precios<sup>78</sup>. Este control de precios no constituye una IPR como tal. Sin embargo, sí aumenta la transparencia de los precios en el mercado, lo cual permite que los fabricantes hagan un seguimiento eficaz de los precios de reventa en su red de distribución e intervengan rápidamente en caso de que el precio baje. También permite que los minoristas hagan un seguimiento eficaz de los precios de sus competidores e informen al fabricante sobre las bajadas de precios, junto con una solicitud de intervención contra estas bajadas<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Véase el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, SWD(2017) 154 final de 10.5.2017, apartados 602 y 603.

<sup>79</sup> Véanse las Decisiones de la Comisión en el asunto AT.40182 – Pioneer, apartados 136 y 155; AT.40469 – Denon & Marantz, apartado 95; AT.40181 – Philips, apartado 64; Véanse las Decisiones de la Comisión en el asunto AT.40182 – Pioneer, apartado 136; AT.40465 – Asus, apartado 27.

- 177) En el caso de los acuerdos de agencia, el principal suele fijar los precios de venta, ya que soporta los riesgos comerciales y financieros relacionados la venta. Con todo, si tal acuerdo no puede calificarse de acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1, (véanse en particular los apartados 40 a 43 de las presentes Directrices), toda cláusula por la que se impida al agente compartir su comisión con el cliente, independientemente de que esta sea fija o variable, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo al artículo 4, letra a), del RECAV. Para evitar el uso de estas restricciones especialmente graves, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal<sup>80</sup>.
- 178) La fijación del precio de reventa en un acuerdo vertical entre un proveedor y un comprador que ejecuta un acuerdo previo entre el proveedor y un usuario final específico (en lo sucesivo, «contrato de cumplimiento») no constituye una IPR cuando el usuario final haya renunciado a su derecho a elegir la empresa que debe ejecutar el acuerdo. En tal caso, la fijación del precio de reventa no da lugar a una restricción en el sentido del artículo 101, apartado 1, puesto que el precio de reventa ya no está sujeto a la competencia en relación con el usuario final en cuestión. Sin embargo, esto se aplica únicamente en caso de que el contrato de cumplimiento no constituya un contrato de agencia que quede fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, tal como se describe en particular en los apartados 40 a 43 de las presentes Directrices, por ejemplo, porque el comprador adquiera la propiedad de los bienes contractuales destinados a la reventa o porque asuma riesgos más que insignificantes en relación con la ejecución del contrato. En cambio, cuando el usuario final no haya renunciado a su derecho a elegir la empresa que debe ejecutar el contrato, el proveedor no puede fijar el precio de reventa sin infringir el artículo 4, letra a), del RECAV. No obstante, puede fijar un precio de reventa máximo con el fin de permitir la competencia de precios para la ejecución del acuerdo.
- 179) El artículo 4, letra a), del RECAV es plenamente aplicable en la economía de las plataformas en línea. En particular, si una empresa es un proveedor de servicios de intermediación en línea con arreglo al artículo 1, apartado 1, letra d), del RECAV, es un proveedor y, por tanto, debe cumplir el artículo 4, letra a), de dicho Reglamento con el fin de evitar una restricción especialmente grave con respecto a los bienes o servicios intermediados. Aunque esto no impide que un proveedor de servicios de intermediación en línea incentive a los usuarios de los servicios de intermediación en línea para que vendan sus bienes o servicios a un nivel competitivo o reduzcan sus precios, el artículo 4, letra a), del RECAV prohíbe al proveedor de servicios de intermediación en línea imponer un precio de venta fijo o mínimo para la transacción que facilita.
- 180) El TJUE ha sostenido en varias ocasiones que un acuerdo que establezca precios de venta al público mínimos o fijos e impida que el comprador determine sus precios de reventa de forma independiente, restringe la competencia por objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1<sup>81</sup>. Sin embargo, como se menciona en los apartados 163 a

---

<sup>80</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el asunto IV/32.737 – Eirpage, en particular el apartado 6.

<sup>81</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1985, Binon/AMP, C-243/83, ECLI:EU:C:1985:284, apartado 44; sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 1987, VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, C-311/85, ECLI:EU:C:1987:418, apartado 17;

165 de las presentes Directrices, la calificación de una restricción como restricción especialmente grave, y por objeto, no significa que los acuerdos que equivalen a una IPR sean *per se* infracciones del artículo 101. Cuando las empresas consideren que la IPR mejora la eficiencia en un caso concreto, pueden alegar justificaciones de eficiencia con arreglo al artículo 101. apartado 3.

- 181) En general, la IPR se considera una restricción grave de la competencia, ya que puede restringir la competencia intramarca o intermarcas de diferentes maneras:
- a) El efecto directo de la IPR es la eliminación de la competencia de precios intramarca al impedir que todos o algunos distribuidores bajen su precio de venta de la marca de que se trate, lo cual da lugar a un aumento de los precios para dicha marca.
  - b) La IPR podría facilitar la colusión entre proveedores, en especial si el mercado es propenso a la colusión, por ejemplo cuando los proveedores forman un oligopolio restringido, y una parte significativa del mercado está cubierta por acuerdos IPR. También puede darse esta situación cuando los proveedores distribuyen sus bienes o servicios a través de los mismos distribuidores, lo cual les permite utilizar a estos últimos como vehículo para aplicar el equilibrio colusorio. La IPR hace que, en general, sea más fácil detectar si un proveedor se desvía del equilibrio colusorio reduciendo su precio. Esto significa que si un proveedor decidiera no aplicar su política de IPR con el fin de aumentar sus ventas al por menor, la IPR permitiría a los demás proveedores detectar más fácilmente la disminución de los precios al por menor resultante y reaccionar en consecuencia.
  - c) La IPR puede facilitar la colusión entre los compradores en la distribución. La pérdida de competencia de precios resultante parece ser especialmente problemática cuando son los compradores los que inspiran la IPR. Los compradores fuertes o bien organizados pueden forzar o convencer a uno o más de sus proveedores de que fijen su precio de reventa por encima del nivel competitivo ayudando así a los compradores a alcanzar o estabilizar un equilibrio colusorio. La IPR sirve como mecanismo de compromiso para que los minoristas no se desvíen del equilibrio colusorio mediante descuentos en los precios.
  - d) La IPR puede reducir la presión sobre el margen del proveedor, en especial cuando el fabricante tiene un problema de compromiso, es decir, cuando tiene un interés en bajar el precio cobrado a los distribuidores posteriores. En esta situación, el fabricante puede preferir aceptar la IPR, de modo que le permita comprometerse a no bajar el precio a los otros distribuidores y reducir la presión sobre su propio margen.
  - e) Al evitar la competencia de precios entre distribuidores, la IPR puede impedir o dificultar la entrada y la expansión de formatos de distribución más eficientes o nuevos, reduciendo así la innovación en el ámbito de la distribución.
  - f) Un proveedor con poder de mercado para excluir a rivales más pequeños podrá aplicar la IPR. El mayor margen que la IPR puede ofrecer a los distribuidores podrá animarlos a favorecer la marca del proveedor en detrimento de marcas

---

sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 19 de abril de 1988, Erauw-Jacquery/La Hesbignonne, C-27/87, ECLI:EU:C:1988:183, apartado 15.

rivales a la hora de aconsejar a los clientes, incluso cuando este consejo no vaya en interés de dichos clientes, o a no vender en absoluto las marcas rivales.

- 182) Sin embargo, la IPR también puede dar lugar a eficiencias, en particular cuando está impulsada por los proveedores. Si las empresas invocan el artículo 101, apartado 3, alegando que la IPR puede dar lugar a eficiencias, estas deben presentar pruebas concretas para confirmar esta alegación y demostrar que, en el caso concreto, se cumplen realmente las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3. A continuación se exponen tres ejemplos de este tipo de argumento de eficiencia.
- a) Cuando un fabricante introduce un nuevo producto, la IPR puede ser un medio eficaz para inducir a los distribuidores a tener más en cuenta el interés del fabricante para promocionar este producto, en particular si se trata de un producto completamente nuevo y para aumentar los esfuerzos de venta. Si los distribuidores en el mercado respectivo se enfrentan a una presión competitiva, esta presión puede incitarlos a ampliar la demanda global del producto y a lograr que el lanzamiento del producto sea un éxito, también en beneficio de los consumidores. El artículo 101, apartado 3 requiere que no existan medios menos restrictivos. Para cumplir este requisito, los proveedores pueden, por ejemplo, demostrar que no es factible en la práctica imponer de forma contractual a todos los compradores condiciones efectivas de promoción. En tales circunstancias, la imposición de precios de venta al por menor fijos o mínimos durante un período de tiempo limitado con el fin de facilitar la introducción de un nuevo producto puede considerarse, en conjunto, favorable a la competencia.
  - b) Los precios de reventa fijos, y no solo los precios de reventa máximos, pueden ser necesarios para organizar una campaña coordinada de precios bajos a corto plazo (2 a 6 semanas en la mayoría de los casos) que beneficie también a los consumidores. En particular, pueden ser necesarios para organizar una campaña de este tipo en un sistema de distribución en el que el proveedor aplique un formato de distribución uniforme, como un sistema de franquicia. Habida cuenta de su carácter temporal, la imposición de precios de venta al por menor fijos puede considerarse, en conjunto, favorable a la competencia.
  - c) En algunas situaciones, el margen extra proporcionado por la IPR puede permitir a los minoristas proporcionar servicios preventa (adicionales), en particular en caso de productos complejos. Si suficientes clientes aprovechan tales servicios para realizar su elección, pero posteriormente compran a precio más bajo a minoristas que no proporcionan tales servicios (y, por tanto, sin incurrir en estos costes), los minoristas que proporcionan más servicios podrán reducir o suprimir estos servicios que elevan la demanda del producto del proveedor. La IPR podrá ayudar a impedir este parasitismo en la distribución. El proveedor tendrá que demostrar de forma convincente que el acuerdo IPR es necesario para superar el parasitismo entre los minoristas en estos servicios. En este caso, la probabilidad de que la IPR se considere favorable a la competencia es mayor cuando la competencia entre proveedores es feroz y el proveedor tiene un poder de mercado limitado.
- 183) El espacio protegido previsto en el RECAV incluye recomendar un precio de reventa a un revendedor o exigirle que respete un precio máximo de reventa cuando la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no exceda del umbral del 30 %, siempre que no suponga un precio de venta mínimo o fijo como consecuencia de la

presión o de los incentivos ofrecidos por cualquiera de las partes, tal y como se establece en los apartados 172 y 173 de las presentes Directrices. En esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para la evaluación de los precios recomendados o máximos por encima del umbral de cuota de mercado.

- 184) El posible riesgo que para la competencia representan los precios máximos y recomendados es que estos actuarán como punto de referencia para los revendedores y la mayoría o la totalidad de ellos podrían aplicarlos. Además, los precios recomendados y máximos pueden debilitar la competencia o facilitar la colusión entre proveedores.
- 185) Un factor importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de los precios de reventa recomendados es la posición de mercado del proveedor. Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del proveedor, mayor será el riesgo de que un precio de reventa recomendado o máximo lleve a una aplicación más o menos uniforme de dicho precio por parte de los revendedores, ya que estos podrían utilizarlo como punto de referencia. Los revendedores podrían tener dificultades para desviarse de lo que perciben como el precio de reventa que prefiere un proveedor tan importante del mercado.
- 186) Cuando se establecen efectos anticompetitivos apreciables para los precios recomendados o máximos de reventa, surge la cuestión de una posible exención de conformidad con el artículo 101, apartado 3. Para los precios máximos de reventa, puede ser especialmente pertinente evitar la doble marginalización. Un precio de reventa máximo puede ayudar también a que la marca en cuestión compita con más fuerza con otras marcas, incluidos los productos de marca propia distribuidos por el mismo distribuidor.

#### 6.1.2. *Restricciones especialmente graves en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, letras b) a d) del RECAV*

##### 6.1.2.1. Principios generales con arreglo al artículo 4, letras b) a d) del RECAV

- 187) El artículo 4, letras b) a d), del RECAV establece una lista de restricciones especialmente graves y excepciones que se aplican en función del sistema de distribución utilizado por el proveedor: distribución exclusiva, distribución selectiva o distribución gratuita. Las restricciones especialmente graves contempladas en el artículo 4, letra b), artículo 4, letra c), inciso i) y artículo 4, letra d), del RECAV, se refieren a los acuerdos o prácticas concertadas que, directamente o indirectamente, de forma aislada o junto con otros factores bajo el control de las partes, tienen por objeto la restricción de las ventas por parte de un comprador o de sus clientes, en la medida en que estas restricciones se refieran al territorio en que el comprador o sus clientes pueden vender los bienes o servicios contractuales o a los grupos de clientes a los que pueden vendérselos. En el artículo 4, letra c), incisos ii) y iii), del RECAV, se establece que, en un sistema de distribución selectiva, la restricción de los suministros cruzados entre los miembros del sistema de distribución selectiva que operan en el mismo o en diferentes niveles comerciales, así como la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros del sistema de distribución selectiva que operan en el nivel del comercio minorista, constituyen restricciones especialmente graves.
- 188) El artículo 4, letras b) a d) del RECAV se aplica independientemente del canal de venta utilizado. Los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores, tienen por objeto impedir que los

compradores o sus clientes utilicen de manera efectiva internet para vender sus bienes o servicios en línea, restringen los territorios en los que los compradores o sus clientes pueden vender los bienes o servicios contractuales o los grupos de clientes a los que pueden venderlos, ya que restringen las ventas a clientes situados fuera de la zona comercial física de los compradores o sus clientes<sup>82</sup>. La prohibición de las ventas en línea, así como las restricciones que prohíben o limitan de hecho las ventas en línea en la medida en que, en la práctica, privan a los compradores y a sus clientes de utilizar internet de manera efectiva para vender sus bienes o servicios en línea, tienen por objeto impedir que los compradores o sus clientes utilicen de manera efectiva internet para vender sus bienes o servicios en línea. Por tanto, una restricción capaz de disminuir de manera significativa el volumen global de ventas en línea en el mercado constituye una restricción especialmente grave de las ventas activas o pasivas en el sentido del artículo 4, letras b) a d), del RECAV. La evaluación de si una restricción es especialmente grave no puede depender de las circunstancias específicas del mercado o de las circunstancias individuales de un cliente o de clientes específicos. Las restricciones que impiden el uso efectivo de uno o varios canales de publicidad en línea por parte de los compradores o de sus clientes<sup>83</sup> tienen por objeto impedir que los compradores o sus clientes utilicen de manera efectiva internet para vender sus bienes o servicios en línea y, por tanto, restringen las ventas a los clientes que deseen comprar en línea y que estén situados fuera de la zona comercial física de los compradores o de sus clientes, ya que limitan la capacidad de los compradores y de sus clientes para dirigirse a ellos, informarlos de su oferta y atraerlos a su tienda en línea o a otros canales.

- 189) Estas restricciones especialmente graves puede ser consecuencia de obligaciones directas, como la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios o la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros distribuidores. También puede ser el resultado de medidas indirectas cuyo objetivo es inducir al distribuidor a que no venda a dichos clientes, como por ejemplo:
- a) la obligación de solicitar la aprobación previa del proveedor<sup>84</sup>;
  - b) la denegación o reducción de bonificaciones o descuentos<sup>85</sup>, y pagos compensatorios por parte del proveedor si el distribuidor deja de vender a dichos clientes;
  - c) la finalización del suministro;
  - d) la limitación o reducción del volumen suministrado, por ejemplo, para la demanda dentro del territorio asignado o del grupo de clientes asignado;
  - e) la amenaza de rescisión<sup>86</sup> o no renovación del contrato;

<sup>82</sup> Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique/Président de l'Autorité de la concurrence*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 54.

<sup>83</sup> Véase la Decisión de la Comisión en el asunto AT.40428 – *Guess*, apartados 118 a 126.

<sup>84</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 14 de julio de 1994, *Parker Pen/Comisión*, T-77/92, ECLI:EU:T:1994:85, apartado 37.

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 9 de julio de 2009, *Peugeot y Peugeot Nederland/Comisión*, T-450/05, ECLI:EU:T:2009:262, apartado 47.

<sup>86</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 6 de julio de 2000, *Volkswagen/Comisión*, T-62/98, ECLI:EU:T:2000:180, apartado 44.

- f) la amenaza o la realización de auditorías para verificar el cumplimiento de la petición de no vender a determinados grupos de clientes o a clientes de determinados territorios;
  - g) exigir un precio más elevado para los productos que se vendan a determinados grupos de clientes o a clientes de determinados territorios;
  - h) limitar la proporción de las ventas a determinados grupos de clientes o a clientes de determinados territorios;
  - i) limitar las lenguas que se utilizarán en los envases o para la promoción de los productos;
  - j) el suministro de otro producto a cambio de detener dichas ventas;
  - k) pagos para detener las ventas;
  - l) la obligación de transferir al proveedor los beneficios de dichas ventas.
- 190) También puede resultar del hecho de que el proveedor no preste un servicio de garantía a escala Unión, por el que el proveedor normalmente reembolsa a todos los distribuidores por prestar un servicio de garantía obligatorio, incluso en relación con productos vendidos por otros distribuidores en su territorio<sup>87</sup>.
- 191) Es más probable que las prácticas mencionadas en los apartados 0 y 0 de las presentes Directrices se consideren una restricción de las ventas del comprador cuando el proveedor las utiliza junto con un sistema de control con el fin de verificar el destino de los bienes suministrados, como el uso de etiquetas diferenciadas, grupos de lenguas o números de serie específicos.
- 192) Además de las obligaciones directas e indirectas establecidas en los apartados 187 a 190 de las presentes Directrices, las restricciones especialmente graves relacionadas específicamente con las ventas en línea también pueden ser el resultado de obligaciones directas o indirectas. Además de la prohibición directa de utilizar internet como canal de venta, los siguientes ejemplos muestran obligaciones que, directa o indirectamente, tienen por objeto impedir que los distribuidores utilicen internet de forma efectiva para vender sus bienes o servicios en línea en cualquier lugar, en determinados territorios o a determinados grupos de clientes:
- a) el requisito de que el distribuidor, independientemente del sistema de distribución que opera, impida a los clientes situados en otro territorio visitar su sitio web o ponga en su página web una redirección automática de los clientes a los sitios web del fabricante o de otros distribuidores. Esto no excluye la obligación del distribuidor de ofrecer en su sitio web enlaces a sitios web de otros distribuidores o del proveedor<sup>88</sup>;

<sup>87</sup> Si el proveedor decide no reembolsar a sus distribuidores por los servicios prestados en el marco de la garantía a escala de la Unión, podrá acordarse con estos distribuidores que un distribuidor que realice una venta fuera de su territorio asignado tendrá que pagar al distribuidor autorizado en el territorio de destino un canon basado en el coste de los servicios prestados incluyendo un margen de beneficio razonable. Este tipo de régimen no podrá considerarse como una restricción de las ventas de los distribuidores fuera de su territorio [véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 13 de enero de 2004, JCB Service/Comisión, T-67/01, ECLI:EU:T:2004:3, T-67/01, Rec. 2004 II-00049, apartados 136 a 145].

<sup>88</sup> Artículo 3 del Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de



- b) la exigencia de que el distribuidor, independientemente del sistema de distribución que gestione, ponga fin a las transacciones en línea de los consumidores cuando los datos de sus tarjetas de crédito revelen una dirección que no se encuentra en el territorio del distribuidor<sup>89</sup>;
  - c) el requisito de que el distribuidor solo venda en espacios físicos o con la presencia física de personal especializado<sup>90</sup>;
  - d) la exigencia de que el distribuidor solicite la autorización previa del proveedor para vender en línea;
  - e) el requisito de que el distribuidor no utilice las marcas comerciales o las marcas del proveedor en su sitio web;
  - f) una prohibición directa o indirecta de utilizar un canal específico de publicidad en línea, como las herramientas de comparación de precios o la publicidad en motores de búsqueda, u otras restricciones relativas a la publicidad en línea que prohíban indirectamente el uso de un canal específico de publicidad en línea, como la obligación del distribuidor de no utilizar las marcas comerciales o los nombres de las marcas de los proveedores para posicionarse en los motores de búsqueda, o una restricción para proporcionar información relativa a los precios a las herramientas de comparación de precios. La prohibición de utilizar una herramienta de comparación de precios o un motor de búsqueda específicos, normalmente, no impediría el uso efectivo de internet a efectos de la venta en línea, ya que se podrían utilizar otras herramientas de comparación de precios o motores de búsqueda para dar a conocer las actividades de venta en línea de un comprador, pero la prohibición de utilizar todos los servicios de publicidad más ampliamente utilizados en el respectivo canal de publicidad en línea podría equivaler a un impedimento en caso de que las restantes herramientas de comparación de precios o motores de búsqueda no sean realmente capaces de atraer clientes a la tienda en línea del comprador.
- 193) En cambio, con arreglo al RECAV los proveedores pueden dar ciertas instrucciones a sus distribuidores sobre cómo deben venderse sus productos. Se permite que un proveedor imponga requisitos de calidad a los distribuidores, independientemente del modelo de distribución aplicado. Pueden ser objeto de acuerdo entre los proveedores y sus distribuidores las modalidades de venta que no tengan por objeto la restricción del territorio en el que se pueden vender el producto y el servicio y los grupos de clientes a los que se pueden vender. Por ejemplo, están cubiertos por el RECAV los acuerdos verticales que incluyen requisitos de calidad, en particular en el contexto de la distribución selectiva, como el tamaño mínimo de la tienda, los requisitos de calidad para la implantación de la tienda (por ejemplo, con respecto a las instalaciones, el mobiliario, el diseño, la iluminación y los revestimientos para pisos),

---

los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE (DO L 60I de 2.3.2018, p. 1).

<sup>89</sup> Artículo 5 del Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE (DO L 60I de 2.3.2018, p. 1).

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartados 36-37.

los requisitos de calidad para el aspecto y disposición del entorno de funcionamiento del sitio web, los requisitos de presentación de los productos (por ejemplo, el número mínimo de opciones de color expuestas unas junto a otras o de los productos de la marca expuestos, y el requisito de espacio mínimo entre los productos, las líneas de productos y las marcas en la tienda)<sup>91</sup>.

- 194) Los acuerdos verticales que incluyan una restricción al uso de un canal de venta en línea específico, como los mercados en línea, o que establezcan normas de calidad para la venta en línea, pueden beneficiarse de la exención por categorías, con independencia del sistema de distribución utilizado por el proveedor en la medida en que dicha restricción no tenga por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores, impedir a los compradores o a sus clientes el uso efectivo de internet para la venta de sus bienes o servicios en línea o el uso efectivo de uno o varios canales de publicidad en línea, como se explica en el apartado 188. Estas restricciones no afectan a un grupo de clientes que pueda circunscribirse dentro todos los clientes potenciales ni a la capacidad de los compradores o de sus clientes de gestionar sus propios sitios web y de anunciarse a través de internet en herramientas de comparación de precios o motores de búsqueda, permitiendo que los compradores o sus clientes den a conocer sus actividades en línea y atraigan a clientes potenciales. Por tanto, a menos que tengan el objetivo indirecto de impedir el uso efectivo de internet para la venta en línea, tales restricciones de venta no equivalen a una restricción de los territorios en los que los distribuidores o sus clientes pueden vender los bienes o servicios contractuales o los clientes a los que pueden venderlos. En principio, estas restricciones de exención por categoría incluyen:
- a) una prohibición directa o indirecta de ventas en los mercados en línea<sup>92</sup>;
  - b) la exigencia de que el comprador opere en uno o más establecimientos físicos o salas de exposición como condición para ser miembro del sistema de distribución del proveedor;
  - c) el requisito de que el comprador venda al menos una determinada cantidad absoluta (en valor o volumen, pero no en proporción a sus ventas totales) de los bienes o servicios contractuales fuera de línea para garantizar un funcionamiento eficaz de su establecimiento físico. Esta cantidad absoluta de ventas fuera de línea exigidas puede ser la misma para todos los compradores, o bien determinarse individualmente para cada comprador sobre la base de criterios objetivos, como el tamaño del comprador en la red o su localización geográfica.
- 195) La exigencia de que un mismo comprador pague un precio diferente por los productos destinados a la reventa en línea que por los destinados a la reventa fuera de línea puede beneficiarse del espacio protegido del RECAV, en la medida en que tenga por objeto incentivar o recompensar el nivel adecuado de las inversiones realizadas respectivamente en línea y fuera de línea. Dicha diferencia de precio debe

---

<sup>91</sup> Para otros ejemplos, véase el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, SWD(2017) 154 final de 10.5.2017, apartado 241.

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartados 64 a 69; véase también la sección 8.2.3 de las presentes Directrices.

estar relacionada con las diferencias de los costes en que han incurrido los distribuidores en cada canal en el nivel minorista. A tal fin, la diferencia de precios al por mayor debe tener en cuenta las diferentes inversiones y costes en que incurre un distribuidor híbrido como incentivo o recompensa por el nivel adecuado de inversiones realizadas respectivamente en línea y fuera de línea, ya que cuando la diferencia de precio al por mayor no guarda relación alguna con la diferencia de costes en que se incurre en cada canal, es poco probable que dicha diferencia de precios produzca efectos de mejora de la eficiencia. Por tanto, cuando la diferencia de precios al por mayor tiene por objeto impedir el uso efectivo de internet para la venta en línea, equivale a una restricción especialmente grave, tal como se establece en el apartado 188 de las presentes Directrices. En particular esto sería así cuando, debido a la diferencia de precios, el uso efectivo de internet para la venta en línea no es rentable o no es sostenible desde el punto de vista financiero.

- 196) Las restricciones a la publicidad en línea en los acuerdos verticales se benefician de la exención por categorías siempre que no tengan por objeto, directa o indirectamente, impedir que los compradores o sus clientes utilicen de manera efectiva internet para vender sus bienes o servicios en línea, es decir, que directa o indirectamente no impidan la utilización efectiva de uno o varios canales específicos de publicidad en línea. Entre los ejemplos de restricciones a la publicidad en línea que se benefician de la salvaguarda del RECAV se incluyen el requisito de que la publicidad en línea cumpla determinadas normas de calidad o incluya contenidos o información específicos, o el requisito de que el comprador no utilice los servicios de proveedores individuales de publicidad en línea que no cumplan determinadas normas de calidad.

#### 6.1.2.2. Distinción entre ventas activas y pasivas

- 197) Una restricción del territorio en el que un comprador o sus clientes pueden vender los bienes o servicios contractuales, o de los grupos de clientes a los que pueden venderlos, puede referirse a las ventas activas o pasivas en ese territorio o a esos clientes. El artículo 1, letras l) y m) del RECAV establece las definiciones de ventas activas y pasivas.
- 198) El artículo 1, letra m), del RECAV establece que la venta a clientes que no se han definido como objetivo de forma activa mediante la creación de un sitio web o una tienda en línea propios, independientemente de que estén en un servidor propio o alojados en un servidor de terceros, se considera una venta pasiva, ya que es una forma de permitir que los clientes potenciales lleguen a un distribuidor concreto. La utilización de un sitio web puede tener efectos que se extiendan más allá del propio territorio y grupo de clientes del distribuidor, por ejemplo, permitiendo las compras en línea a clientes situados fuera de la zona comercial física del distribuidor. Si, a falta de que un distribuidor defina como objetivo de forma activa a un territorio o a un grupo de clientes específico, un cliente o grupo de clientes de ese territorio visita el sitio web de un distribuidor y se pone en contacto con él, y si dicho contacto da lugar a una venta, incluida la entrega, esto se considera una venta pasiva, ya que el acceso del cliente al sitio web del distribuidor se deriva del uso efectivo de internet por parte del cliente. Lo mismo se aplica si un cliente opta por que el distribuidor lo mantenga automáticamente informado y esta información conduce a una venta. Del mismo modo, el uso de técnicas de optimización de buscadores en un sitio web, es decir, el uso de herramientas o técnicas destinadas a mejorar el posicionamiento de ese sitio web en los motores de búsqueda, es una forma de venta pasiva.

- 199) Por el contrario, ofrecer en un sitio web o en una tienda en línea opciones lingüísticas distintas de las que se utilizan habitualmente en el territorio en el que está establecido el distribuidor indica, normalmente, que las actividades del distribuidor se dirigen al territorio en el que se utiliza habitualmente esa lengua y, por tanto, equivale a una forma de venta activa<sup>93</sup>. Ofrecer en un sitio web o en una tienda en línea una opción en inglés no se considera una indicación de que las actividades del distribuidor se dirigen a territorios de habla inglesa, ya que el inglés es de uso común en los Estados miembros de la UE. Del mismo modo, crear un sitio web o una tienda en línea propios con un nombre de dominio correspondiente a un territorio distinto de aquel en el que está establecido el distribuidor es una forma de venta activa en dicho territorio, mientras que ofrecer un sitio web o una tienda en línea con un nombre de dominio genérico y no específico del país se considera una forma de venta pasiva.
- 200) La publicidad o promoción en línea dirigida es una forma de venta activa. En particular, en muchos casos, la publicidad en línea permite al distribuidor determinar de antemano el público que verá su publicidad en línea y, por tanto, seleccionar los territorios o grupos de clientes a los que se dirigirá su publicidad. De este modo, se puede restringir la publicidad en línea dirigida a los clientes de un territorio exclusivo o de un grupo de clientes exclusivo asignado a otros distribuidores. Esto incluye, por ejemplo, la publicidad personalizada dirigida a clientes del territorio exclusivo o del grupo de clientes o el posicionamiento pagado en un motor de búsqueda dirigido a un territorio exclusivo o a un grupo de clientes o cualquier otra forma de publicidad en línea que permita que el distribuidor diseñe el anuncio de manera que se dirija a clientes de territorios o grupos de clientes exclusivos o los excluya. En cambio, la publicidad o promoción en línea que pretende llegar a los clientes del propio territorio o grupo de clientes del distribuidor, pero que no puede limitarse a dicho territorio o grupo de clientes, se considera una forma de venta pasiva en la medida en que dicha venta no está diseñada para dirigirse a los clientes de territorios o grupos de clientes específicos. Ejemplos de este tipo de publicidad general son los contenidos patrocinados en un sitio web de un periódico local o nacional a los que puede acceder cualquier visitante de dicho sitio web, o el uso de herramientas de comparación de precios con nombres de dominio genéricos y no específicos de un país. En cambio, si dicha publicidad general se lleva a cabo en lenguas no utilizadas habitualmente en el territorio en el que está establecido el distribuidor o en sitios web con nombres de dominio correspondientes a un territorio distinto al del distribuidor, se trata de una forma de venta activa en ese territorio, ya que su objetivo no sería llegar a los clientes del propio territorio del distribuidor. La participación en la contratación pública se califica como una de forma de venta pasiva, independientemente del tipo de procedimiento de contratación pública (por ejemplo, procedimiento abierto o restringido). Esta calificación es coherente con la legislación en materia de contratación pública. Si la participación en una licitación pública se calificara como venta activa, la competencia intramarca se reduciría significativamente en dichos mercados, contradiciendo así la motivación última de la legislación sobre contratación pública, que incluye facilitar la competencia intramarca. En consecuencia, restringir la participación de un comprador en la contratación pública es una restricción especialmente grave con arreglo al artículo 4,

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010, Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG y Hotel Alpenhof GesmbH/ Oliver Heller, C-585/08 y C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740, apartado 93.

letras b) a d) del RECAV. Del mismo modo, responder a las licitaciones privadas es una forma de venta pasiva. Una licitación privada es una forma de petición de venta no solicitada dirigida a múltiples proveedores potenciales y, por tanto, la presentación de una oferta en respuesta a una licitación privada es una venta pasiva.

- 201) Tal como se establece en el artículo 1, apartado 1, letra n), del RECAV, en el contexto de las restricciones que equivalen a una «restricción de las ventas activas o pasivas» con arreglo al artículo 4, todas las formas de venta distintas de las definidas como ventas pasivas en el RECAV y explicadas con más detalle en las presentes Directrices se consideran ventas activas.

#### 6.1.2.3. Aplicación de los principios generales

- 202) El artículo 4, letras b) a d), del RECAV establece una lista de restricciones especialmente graves y excepciones que se aplican en función del sistema de distribución utilizado por el proveedor: distribución exclusiva, distribución selectiva o distribución gratuita.

#### 6.1.2.4. En el caso de que el proveedor aplique un sistema de distribución exclusiva

- 203) La restricción especialmente grave establecida en el artículo 4, letra b), del RECAV se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tienen por objeto restringir el territorio en el que, o el grupo de clientes a los que, un comprador al que se le haya asignado un territorio o un grupo de clientes en exclusividad, puede vender de forma activa o pasiva los bienes o servicios contractuales.
- 204) La restricción especialmente grave establecida en el artículo 4, letra b), del RECAV tiene cinco excepciones.
- 205) En primer lugar, el artículo 4, letra b), inciso i) del RECAV permite que el proveedor restrinja ventas activas de un distribuidor exclusivo en un territorio o a un grupo de clientes asignados en exclusiva a otro comprador, o reservados al proveedor. Para preservar sus incentivos a la inversión, los distribuidores designados en exclusiva deben estar debidamente protegidos contra las ventas activas, incluida la publicidad en línea, en el territorio o al grupo de clientes que les hayan sido asignados en exclusiva por los demás compradores del proveedor dentro de la Unión, incluidos los compradores a los que el proveedor haya asignado en exclusiva otros territorios o grupos de clientes. Cuando las restricciones de las ventas activas impuestas a otros compradores del proveedor no proporcionan un nivel de protección adecuado para salvaguardar los incentivos del distribuidor designado para invertir en el territorio exclusivo y, por tanto, para justificar el establecimiento de un sistema de distribución exclusiva, es probable que se retire la cobertura del RECAV.
- 206) Las ventas de los clientes de un distribuidor exclusivo en un territorio o a un grupo de clientes que el proveedor haya asignado en exclusiva a otros distribuidores también pueden socavar los incentivos de estos últimos para invertir en servicios de calidad o que favorecen la demanda. Con el fin de proteger los incentivos a la inversión de los distribuidores asignados en exclusiva, el proveedor puede exigir que esos otros distribuidores y sus clientes que hayan suscrito un acuerdo de distribución con el proveedor o con una parte a la que el proveedor haya concedido derechos de distribución, tengan restringidas las ventas activas en el territorio o al grupo de

clientes asignados en exclusiva (es decir, el traslado de la restricción de las ventas activas a los clientes del comprador)<sup>94</sup>.

- 207) Se permite al proveedor combinar la asignación de un territorio exclusivo y de un grupo de clientes exclusivo, designando, por ejemplo, un distribuidor exclusivo a un grupo de clientes concreto en un territorio específico.
- 208) La protección de los territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva no es absoluta. Para evitar la compartimentación del mercado, no se pueden prohibir las ventas pasivas en esos territorios o a esos grupos de clientes. Sin embargo, el artículo 4, letra b), del RECAV se refiere únicamente a las restricciones de las ventas del comprador o de sus clientes, lo cual significa que no se impide que el proveedor acepte una restricción total o parcial, tanto en línea como fuera de línea, de las ventas activas y pasivas en el territorio exclusivo o a (todos o algunos de) los clientes que constituyan un grupo de clientes exclusivo.
- 209) En segundo lugar, el artículo 4, letra b), inciso ii), del RECAV permite que el proveedor combine la aplicación de un sistema de distribución exclusiva y un sistema de distribución selectiva en diferentes territorios para restringir a un comprador exclusivo la venta activa o pasiva a distribuidores no autorizados situados en un territorio en el que el proveedor aplique un sistema de distribución selectiva, lo cual significa que el proveedor ha designado distribuidores seleccionados o ha reservado el territorio para la aplicación de dicho sistema de distribución selectiva. La protección del sistema de distribución selectiva se extiende a las ventas activas y pasivas de los clientes del comprador exclusivo, a los que también se puede impedir que vendan a distribuidores no autorizados que están dentro del sistema de distribución selectiva.
- 210) En tercer lugar, el artículo 4, letra b), inciso iii), del RECAV permite que el proveedor restrinja el lugar de establecimiento del comprador al que se le asigna un territorio o un grupo de clientes exclusivo («cláusula de situación»). Esto implica que la cobertura del RECAV no se pierde si se acuerda que el comprador limitará sus establecimientos de distribución y almacenes a un territorio, lugar o dirección concretos. En el caso de que el establecimiento de distribución sea móvil, se podría definir una zona fuera de la cual el comprador no puede operar. La utilización por parte de un distribuidor de un sitio web propio no se puede considerar comparable a la apertura de un nuevo punto de venta en una ubicación diferente y, por tanto, no se puede restringir<sup>95</sup>.
- 211) En cuarto lugar, el artículo 4, letra b), inciso iv), del RECAV permite que un proveedor restrinja las ventas activas y pasivas de un mayorista exclusivo a los usuarios finales, ya que el proveedor puede mantener separados los niveles de comercio al por mayor y al por menor. Sin embargo, esta excepción no excluye la posibilidad de que un mayorista pueda vender a determinados usuarios finales (por ejemplo, a unos pocos usuarios grandes), mientras que se prohíbe vender a (todos) los demás usuarios finales.

---

<sup>94</sup> El RECAV permite el traslado cuando la cuota de mercado del proveedor que es parte en el contrato en el mercado donde vende los bienes o servicios al comprador no supere el 30 % y cuando la cuota de mercado del comprador en el mercado donde adquiere los bienes o servicios contractuales no supere el 30 %.

<sup>95</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique/Président de l'Autorité de la concurrence*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartados 56 y 57.

212) En quinto lugar, el artículo 4, letra b), inciso v), del RECAV permite que un proveedor restrinja a un comprador de componentes, al que se le suministran los componentes para su incorporación a un producto, la posibilidad de revenderlos a competidores del proveedor que los usarían para fabricar el mismo tipo de productos que el proveedor. El término «componente» se refiere a todo producto intermedio, mientras que «incorporación» hace referencia a la utilización de cualquier insumo para la fabricación de productos.

6.1.2.5. En el caso de que el proveedor aplique un sistema de distribución selectiva

213) La restricción especialmente grave establecida en el artículo 4, letra c), inciso i), del RECAV se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tienen por objeto restringir el territorio en el que, o el grupo de clientes a los que, un distribuidor selectivo puede vender de forma activa o pasiva los bienes o servicios contractuales.

214) La restricción especialmente grave establecida en el artículo 4, letra c), inciso i), del RECAV tiene cinco excepciones.

215) La primera excepción se refiere a la restricción de las ventas activas por parte de los distribuidores autorizados fuera del sistema de distribución selectiva. Esta excepción permite que el proveedor restrinja las ventas activas, incluida la publicidad en línea, de los distribuidores autorizados en otros territorios o a grupos de clientes asignados en exclusiva a uno o varios distribuidores o reservados en exclusiva al proveedor. El proveedor puede exigir que la restricción de las ventas activas en un territorio exclusivo o a un grupo de clientes exclusivo la traslade el comprador a sus clientes que hayan celebrado un acuerdo de distribución con un proveedor o con una parte a los que el proveedor haya concedido derechos de distribución.

216) La segunda excepción permite que un proveedor restrinja a los distribuidores autorizados y a los clientes de dichos distribuidores la venta a distribuidores no autorizados situados en cualquier territorio en el que el proveedor aplique un sistema de distribución selectiva, lo cual significa que el proveedor ha designado distribuidores seleccionados o se ha reservado el territorio para la aplicación de dicho sistema de distribución selectiva. La restricción puede abarcar las ventas activas o pasivas en cualquier nivel comercial.

217) La tercera excepción permite que el proveedor impida que los distribuidores autorizados realicen su actividad en locales distintos o abran un nuevo establecimiento en una ubicación diferente («cláusula de situación»). Esto implica que la cobertura del RECAV no se pierde si se acuerda que el comprador limitará sus establecimientos de distribución y almacenes a un territorio, lugar o dirección concretos. En el caso de que el establecimiento de distribución sea móvil, se podría definir una zona fuera de la cual el comprador no puede operar. No se puede considerar que la utilización por parte de un distribuidor de un sitio web propio es comparable a la apertura de un nuevo establecimiento en una ubicación diferente y, por tanto, no se puede restringir.

218) La cuarta excepción permite que un proveedor restrinja las ventas activas y pasivas de un mayorista autorizado a los usuarios finales, ya que el proveedor puede mantener separados los niveles de comercio al por mayor y al por menor. Sin embargo, esta excepción no excluye la posibilidad de que un mayorista pueda vender a determinados usuarios finales (por ejemplo, a unos pocos usuarios grandes), mientras que se prohíbe vender a (todos) los demás usuarios finales.

- 219) La quinta excepción permite que un proveedor restrinja a un comprador de componentes autorizado, al que se le suministran los componentes para su incorporación a un producto, la posibilidad de revenderlos a competidores del proveedor que los usarán para fabricar el mismo tipo de productos que el proveedor. El término «componente» se refiere a todo producto intermedio, mientras que «incorporación» hace referencia a la utilización de cualquier insumo para la fabricación de productos.
- 220) La restricción especialmente grave establecida en el artículo 4, letra c), inciso iii), del RECAV excluye la restricción de las ventas activas o pasivas de los miembros de una red de distribución selectiva a los usuarios finales, ya sean usuarios finales profesionales o consumidores, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro de la red que opere en un lugar de establecimiento no autorizado [véanse la tercera excepción del artículo 4, letra c), inciso i), y el apartado 217 de las presentes Directrices]. Esto significa que los distribuidores autorizados no pueden ser objeto de restricción respecto de la elección de los usuarios, o de los agentes de compra que actúan en nombre de dichos usuarios, a los que pueden vender, excepto para proteger un sistema de distribución exclusiva aplicado en otro territorio [véanse la primera excepción del artículo 4, letra c), inciso i), y el apartado 215 de las presentes Directrices]. Dentro de un sistema de distribución selectiva, los distribuidores autorizados deben gozar de plena libertad para vender a todos los usuarios finales, tanto de forma activa como pasiva.
- 221) Teniendo en cuenta que las características de los canales en línea y fuera de líneas son diferentes, un proveedor que aplique un sistema de distribución selectiva podrá imponer a sus distribuidores autorizados criterios para las ventas en línea que no sean idénticos a los impuestos para las ventas en tiendas físicas, en la medida en que los criterios impuestos para las ventas en línea no tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores, impedir que los compradores o sus clientes utilicen internet de manera efectiva para vender sus bienes o servicios en línea. Por ejemplo, un proveedor puede establecer requisitos específicos con el fin de garantizar determinados niveles de calidad de servicio para los usuarios que compran en línea, como la creación y el funcionamiento de un servicio de asistencia posventa en línea, la obligación de cubrir los costes de la devolución de los productos de los clientes o el uso de sistemas de pago seguros. Estas restricciones no afectan a un grupo de clientes que pueda circunscribirse dentro de todos los clientes potenciales ni a la capacidad de los compradores o de sus clientes de gestionar sus propios sitios web y de anunciarse a través de internet en plataformas de terceros o motores de búsqueda, permitiendo que los compradores o sus clientes den a conocer sus actividades en línea y atraigan a clientes potenciales.
- 222) Un sistema de distribución selectiva no puede combinarse con un sistema de distribución exclusiva, tal como se define en el artículo 1, apartado 1, letra g), del RECAV, dentro del mismo territorio, ya que esto llevaría a una restricción especialmente grave de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los distribuidores autorizados, de conformidad con el artículo 4, letra c), inciso i), de dicho Reglamento. No obstante, el proveedor puede comprometerse a suministrar solamente a un distribuidor autorizado o a un número limitado de distribuidores autorizados en una parte concreta del territorio donde se aplica el sistema de distribución selectiva. El proveedor también puede comprometerse a no realizar ninguna venta directa en ese territorio. Además, tal como permite la segunda



excepción establecida en el artículo 4, letra c), inciso i), del RECAV, el proveedor puede imponer una cláusula de situación a sus distribuidores autorizados.

- 223) La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra c), inciso ii), del RECAV hace referencia a la restricción de suministros cruzados entre distribuidores autorizados dentro de un sistema de distribución selectiva. Esto significa que el proveedor no puede impedir las ventas activas o pasivas entre sus distribuidores autorizados, que deben seguir gozando de libertad para comprar los productos contractuales a otros distribuidores autorizados de la red que operen en el mismo nivel comercial o en otro<sup>96</sup>. Por consiguiente, la distribución selectiva no puede ir unida a restricciones verticales destinadas a obligar a los distribuidores a adquirir los productos contractuales exclusivamente de una única fuente. También implica que dentro de una red de distribución selectiva no se pueden imponer restricciones a los mayoristas autorizados en lo que respecta a sus ventas a minoristas autorizados.

6.1.2.6. En el caso de que el proveedor aplique un sistema de distribución libre

- 224) La restricción especialmente grave establecida en el artículo 4, letra d), del RECAV se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tienen por objeto restringir el territorio en el que, o el grupo de clientes a los que, un comprador puede vender de forma activa o pasiva los bienes o servicios contractuales.
- 225) La restricción especialmente grave establecida en el artículo 4, letra d), del RECAV tiene cinco excepciones.
- 226) En primer lugar, el artículo 4, letra d), inciso i), del RECAV permite que el proveedor restrinja las ventas activas, incluida la publicidad en línea, de un comprador en un territorio o a un grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignado en exclusiva a otros compradores. El proveedor puede exigir que la restricción de las ventas activas en un territorio exclusivo o a un grupo de clientes exclusivo la traslade el comprador a sus clientes que hayan celebrado un acuerdo de distribución con un proveedor o con una parte a los que el proveedor haya concedido derechos de distribución. Sin embargo, la protección de los territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva no es absoluta, ya que no se pueden prohibir las ventas pasivas en dichos territorios o a dichos grupos de clientes.
- 227) En segundo lugar, el artículo 4, letra d), inciso ii), del RECAV permite que el proveedor restrinja a un comprador y a sus clientes la venta activa o pasiva a distribuidores no autorizados situados en un territorio en el que el proveedor aplica un sistema de distribución selectiva o que el proveedor ha reservado para la aplicación de dicho sistema de distribución selectiva. La restricción puede abarcar las ventas activas o pasivas en cualquier nivel comercial.
- 228) En tercer lugar, el artículo 4, letra d), inciso iii), del RECAV permite que un proveedor restrinja el lugar de establecimiento de un comprador («cláusula de situación»). Esto implica que la cobertura del RECAV no se pierde si se acuerda que el comprador limitará sus establecimientos de distribución y almacenes a un territorio, lugar o dirección concretos. En el caso de que el establecimiento de distribución sea móvil, se podría definir una zona fuera de la cual el comprador no puede operar. No se puede considerar que la utilización por parte de un distribuidor

---

<sup>96</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el asunto AT.40428 – Guess, apartados 65 a 78.

de su propio sitio web es comparable a la apertura de un nuevo local en una ubicación diferente y, por tanto, no se puede restringir<sup>97</sup>.

- 229) En cuarto lugar, el artículo 4, letra d), inciso vi), del RECAV permite que un proveedor restrinja las ventas activas y pasivas de un mayorista a los usuarios finales, ya que el proveedor podría mantener separados los niveles de comercio al por mayor y al por menor. Sin embargo, dicha excepción no excluye la posibilidad de que el mayorista pueda vender a determinados usuarios finales (por ejemplo, a unos pocos grandes usuarios), mientras que se prohíbe vender a (todos) los demás usuarios finales.
- 230) En quinto lugar, el artículo 4, letra d), inciso v), del RECAV permite que un proveedor restrinja a un comprador de componentes, al que se le suministran los componentes para su incorporación a un producto, la posibilidad de revenderlos a competidores del proveedor, que los usarían para fabricar el mismo tipo de productos que el proveedor. El término «componente» se refiere a todo producto intermedio, mientras que «incorporación» hace referencia a la utilización de cualquier insumo para la fabricación de productos.

#### 6.1.3. *Restricciones a las ventas de piezas de recambio*

- 231) La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra e), del RECAV se refiere a los acuerdos que impiden o restringen a los usuarios finales, los reparadores independientes, los mayoristas y los proveedores de servicios el acceso a las piezas de recambio directamente del fabricante de dichas piezas. Los acuerdos celebrados entre un fabricante de piezas de recambio y un comprador que incorpora estas piezas a sus propios productos, como un fabricante de equipo original (OEM) no pueden impedir o restringir, ya sea directa o indirectamente, las ventas de estas piezas de recambio por parte del OEM a los usuarios finales, los reparadores independientes, los mayoristas o los proveedores de servicios. Las restricciones indirectas pueden surgir especialmente si se restringe al proveedor de las piezas de recambio el suministro de información técnica y equipo especializado necesarios para la utilización de las piezas de recambio por parte de los usuarios, los reparadores independientes o los proveedores de servicios. No obstante, el acuerdo puede imponer restricciones al suministro de piezas de recambio a los reparadores o proveedores de servicios a los que el fabricante de equipo original ha confiado la reparación o el mantenimiento de sus propios productos. Esto significa que el fabricante de equipo original podría exigir a su propia red de reparación y servicio que compre las piezas de recambio a la propia red o a otros miembros de su sistema de distribución selectiva, en caso de que dicho sistema exista.

#### 6.2. **Restricciones excluidas del RECAV**

- 232) El artículo 5 del RECAV excluye determinadas obligaciones incluidas en los acuerdos verticales de la cobertura del Reglamento, independientemente de que se supere o no el umbral de cuota de mercado establecido en el artículo 3, apartado 1, del RECAV. El artículo 5 del RECAV define las obligaciones cuyo cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3, no se puede suponer con suficiente certeza. No puede presumirse que las obligaciones especificadas en el

---

<sup>97</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique/Président de l'Autorité de la concurrence*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartados 56 y 57.

artículo 5 del RECAV entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, o que no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. La exclusión de estas obligaciones del RECAV significa únicamente que están sujetas a una evaluación individual en virtud del artículo 101. Además, a diferencia del artículo 4 del RECAV, la exclusión de la exención por categorías prevista en el artículo 5 de dicho Reglamento se limita a la obligación específica en caso de que esta pueda separarse del resto del acuerdo vertical. Esto significa que el resto del acuerdo vertical sigue beneficiándose de la exención por categorías.

6.2.1. *Cláusulas de no competencia cuya duración excede de cinco años*

- 233) De conformidad con el artículo 5, apartado 1, letra a), del RECAV, las cláusulas de no competencia de más de cinco años de duración están excluidas de la cobertura del RECAV. Estas cláusulas de no competencia son acuerdos que hacen que el comprador adquiera del proveedor o de otra empresa que este designe más del 80 % del total de sus compras de los bienes y servicios contractuales y sus sustitutos durante el año natural precedente, tal y como lo define el artículo 1, apartado 1, letra e), del RECAV. Esto significa que se impide que el comprador adquiera bienes o servicios de la competencia o que tales compras se limiten a menos del 20 % del total de sus compras. Si no se dispone de datos relevantes sobre las adquisiciones del comprador en el año natural previo a la celebración del acuerdo vertical, en su lugar se puede utilizar la mejor estimación del comprador sobre sus necesidades totales anuales. No obstante, los datos reales de las compras deben utilizarse en cuanto estén disponibles.
- 234) Las cláusulas de no competencia no están cubiertas por la exención por categorías si su duración es indefinida o superior a cinco años. Las cláusulas de no competencia que sean renovables tácitamente más allá de un período de cinco años están cubiertas por la exención por categorías, siempre que el comprador pueda renegociar o rescindir de forma efectiva el acuerdo vertical que incluye la obligación con un período de preaviso razonable y a un coste razonable, permitiendo así que el comprador cambie efectivamente de proveedor tras la expiración del período de cinco años. Si, por ejemplo, el acuerdo vertical establece una cláusula de no competencia de cinco años y el proveedor concede un crédito al comprador, el reembolso de dicho crédito no debería impedir al comprador dar por concluida la cláusula al término del período de cinco años. De modo análogo, si el proveedor ofrece al comprador equipos que no están específicamente destinados a la relación, el comprador debe contar con la posibilidad de hacerse con ellos a su valor de activo neto de mercado cuando la cláusula de no competencia expire.
- 235) Con arreglo al artículo 5, apartado 2, del RECAV, el plazo máximo de cinco años no se aplica cuando el comprador revende los bienes o servicios contractuales «desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el proveedor». En tales casos la cláusula de no competencia puede tener la misma duración que el período de ocupación del punto de venta por parte del comprador. La razón para la existencia de esta excepción reside en que, por lo general, no resulta razonable esperar que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad sin su permiso. Por analogía, se aplican los mismos principios cuando el comprador opera desde un establecimiento móvil que es propiedad del proveedor o que ha sido alquilado por este a terceros no relacionados con el comprador. No pueden acogerse a esta excepción las estrategias artificiales de propiedad, como la transferencia por el distribuidor de sus derechos de propiedad

sobre el terreno y locales al proveedor por un período limitado, destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años.

6.2.2. *Cláusulas de no competencia a posteriori*

- 236) De conformidad con el artículo 5, apartado 1, letra b), junto con el artículo 5, apartado 3, del RECAV, las cláusulas de no competencia *a posteriori* para el comprador están excluidas del RECAV, a menos que la obligación sea indispensable para proteger los conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, y que se circunscriba al punto de venta desde el que el comprador haya operado durante el período contractual y se limite a un período máximo de un año. Tal es el caso únicamente cuando los conocimientos técnicos son sustanciales en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra h), del RECAV. Esto implica que los conocimientos técnicos incluyen información que es importante y útil para el comprador respecto del uso, la venta o la reventa de los bienes o servicios contractuales.

6.2.3. *Cláusulas de no competencia impuestas a los miembros de un sistema de distribución selectiva*

- 237) El artículo 5, apartado 1, letra c), del RECAV se refiere a la venta de bienes o servicios competidores en un sistema de distribución selectiva. El RECAV abarca la combinación de distribución selectiva con una cláusula de no competencia, estableciendo que los distribuidores autorizados no revendan marcas competidoras. No obstante, si el proveedor impide, directa o indirectamente, que sus distribuidores autorizados compren productos para su reventa a uno o a varios proveedores competidores, tal obligación no puede acogerse a la exención por categorías. Lo que se pretende con la exclusión de este tipo de cláusula es evitar que una serie de proveedores que utilizan los mismos puntos de distribución selectiva impidan a uno o varios competidores específicos servirse de estos puntos para distribuir sus productos. Esta situación equivaldría a la exclusión de un proveedor competidor mediante una forma de boicot colectivo.

6.2.4. *Obligaciones de paridad*

- 238) La cuarta exclusión de la exención por categorías, que se establece en el artículo 5, apartado 1, letra d), del RECAV se refiere a las obligaciones de paridad minoristas impuestas por los proveedores de servicios de intermediación en línea que impidan que los compradores de dichos servicios ofrezcan, vendan o revendan bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables utilizando servicios de intermediación en línea competidores. Los usuarios finales pueden ser empresas o consumidores finales. Las condiciones pueden referirse a los precios, el inventario, la disponibilidad o cualquier otra condición de oferta o venta. La obligación de paridad puede ser expresa o aplicarse por otros medios directos o indirectos, incluido el uso de precios diferenciados u otros incentivos o medidas cuya aplicación depende de las condiciones en las que el comprador de los servicios de intermediación en línea ofrece bienes o servicios a los usuarios finales que utilizan proveedores de servicios de intermediación en línea competidores. Por ejemplo, un proveedor de servicios de intermediación en línea puede incentivar a los compradores para que le concedan la paridad en relación con los proveedores competidores de tales servicios ofreciendo una mejor visibilidad de los bienes o servicios del comprador en su sitio web o cobrando tipos de comisión más bajos.
- 239) Todos los demás tipos de obligación de paridad están cubiertos por la exención por categorías del RECAV. Esto incluye, por ejemplo, las obligaciones de paridad

minoristas relacionadas con los canales de venta o comercialización directa de los proveedores de bienes o servicios (la llamada paridad «restringida»); las obligaciones de paridad relativas a las condiciones en las que se ofrecen los bienes o servicios a las empresas que no son usuarios finales, y las obligaciones de paridad relativas a las condiciones en las que los fabricantes, mayoristas o minoristas adquieren los bienes o servicios como insumos (véase la sección 8.2.5. de las presentes Directrices para la evaluación de las obligaciones de paridad en los casos concretos en los que no se aplica el RECAV).

## **7. RETIRADA E INAPLICABILIDAD**

### **7.1. Retirada de la cobertura del RECAV [artículo 29 del Reglamento (CE) n.º 1/2003]**

- 240) La Comisión puede retirar la cobertura del RECAV de conformidad con el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, si comprueba que, en un caso concreto, un acuerdo vertical al que se aplica el RECAV tiene determinados efectos que son incompatibles con el artículo 101, apartado 3. Además, si, en un caso concreto, dicho acuerdo tiene efectos incompatibles con el artículo 101, apartado 3, en el territorio de un Estado miembro o en una parte de dicho territorio que presente todas las características de un mercado geográfico distinto, la ANC de ese Estado miembro podrá también retirar la cobertura del RECAV, de conformidad con el artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003. El artículo 29 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 no menciona a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que, por tanto, no están facultados para retirar la cobertura del RECAV<sup>98</sup>, a menos que el órgano jurisdiccional en cuestión sea una autoridad de competencia designada por un Estado miembro, de conformidad con el artículo 35 del Reglamento (CE) n.º 1/2003.
- 241) La Comisión y las ANC pueden retirar la cobertura del RECAV en dos situaciones. En primer lugar, pueden retirar la cobertura del RECAV en el caso de que un acuerdo vertical que entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1 tenga, *por sí solo*, efectos en el mercado de referencia que son incompatibles con el artículo 101, apartado 3. En segundo lugar, como se indica en el considerando 18 del RECAV, también pueden retirar la cobertura de este Reglamento si el acuerdo vertical tiene estos efectos *de forma conjunta* con acuerdos similares celebrados por proveedores o compradores competidores. Esto se debe a que las redes paralelas de acuerdos verticales similares pueden producir efectos acumulativos que sean incompatibles con el artículo 101, apartado 3. La restricción del acceso al mercado de referencia y la restricción de la competencia en dicho mercado son ejemplos de estos efectos acumulativos que pueden justificar la retirada de la cobertura del RECAV<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Asimismo, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no pueden modificar el ámbito de aplicación del RECAV y ampliar su ámbito de aplicación a acuerdos que no están cubiertos por el RECAV. Cualquier ampliación de este tipo, independientemente de su alcance, afectaría a la forma en que la Comisión ejerce su competencia legislativa (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG, C-234/89, ECLI: EU:C:1991:91, apartado 46).

<sup>99</sup> Sin embargo, es poco probable que exista un efecto acumulativo de exclusión si las redes paralelas de acuerdos verticales cubren menos del 30 % del mercado de referencia (véase la Comunicación «de minimis», apartado 10).

- 242) Debe considerarse que las redes paralelas de acuerdos verticales son similares si incluyen el mismo tipo de restricciones que producen efectos similares en el mercado. Tales efectos acumulativos pueden, por ejemplo, surgir en el caso de exclusividad compartida o distribución selectiva, de las obligaciones de paridad o las cláusulas de no competencia. Por lo que respecta a la distribución selectiva, puede presentarse una situación de redes paralelas suficientemente similares si, en un mercado determinado, algunos proveedores aplican una distribución selectiva puramente cualitativa mientras que otros proveedores aplican una distribución selectiva cuantitativa, con efectos similares en el mercado. Estos efectos acumulativos también pueden producirse cuando, en un mercado determinado, las redes paralelas de distribución selectiva utilizan criterios cualitativos que excluyen a distribuidores. En estas circunstancias, la evaluación debe tener en cuenta los efectos anticompetitivos atribuibles a cada red concreta de acuerdos. En su caso, la retirada de la cobertura del RECAV puede limitarse a determinados criterios cualitativos o cuantitativos que, por ejemplo, limiten el número de distribuidores autorizados.
- 243) La responsabilidad de un efecto acumulativo contrario a la competencia solo puede atribuirse a aquellas empresas que contribuyen de forma notable al mismo. Los acuerdos celebrados por empresas cuya contribución al efecto acumulativo es insignificante no entran en la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1<sup>100</sup>. Por tanto, no están sujetos al mecanismo de retirada<sup>101</sup>.
- 244) De conformidad con el apartado 29, artículo 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, la Comisión puede retirar la cobertura del RECAV por iniciativa propia o sobre la base de una denuncia. Esto incluye la posibilidad de que las ANC pidan a la Comisión que retire la cobertura del RECAV en un caso concreto, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre asignación de casos y asistencia en la Red Europea de Competencia<sup>102</sup>, y sin perjuicio de su propia facultad de retirada con arreglo al artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003. Si al menos tres ANC piden que la Comisión aplique el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 en un caso concreto, la Comisión debatirá el caso en el marco de la Red Europea de Competencia con vistas a decidir si retira o no la cobertura del RECAV. En este contexto, la Comisión tendrá muy en cuenta las opiniones de las ANC que hayan solicitado a la Comisión la retirada de la cobertura del RECAV para llegar a una conclusión oportuna sobre si se cumplen las condiciones para una retirada en el caso concreto.
- 245) Del artículo 29, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 se desprende que la Comisión tiene la competencia exclusiva de retirar la cobertura del RECAV a escala de la Unión, ya que puede retirar dicha cobertura respecto de los acuerdos verticales que restringen la competencia en un mercado geográfico de referencia que sea más amplio que el territorio de un solo Estado miembro, mientras que las ANC solo pueden retirar tales coberturas en relación con el territorio de su respectivo Estado miembro.

---

<sup>100</sup> En general, no se considera que los proveedores o distribuidores individuales con una cuota de mercado inferior al 5 % contribuyan de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión. Véase la Comunicación «de minimis», apartado 10; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, apartados 24 a 27.

<sup>101</sup> La evaluación de dicha contribución se hará de acuerdo con los criterios establecidos en la política de aplicación en casos concretos, tal como se establece en la sección 8 de las presentes Directrices.

<sup>102</sup> Véase el capítulo IV del Reglamento (CE) n.º 1/2003.

- 246) Por tanto, la facultad de retirada de una ANC individual se refiere a los casos en que el mercado de referencia abarca un solo Estado miembro, o una región situada exclusivamente en el Estado miembro respectivo. En tal caso, la ANC de dicho Estado miembro tiene competencia para retirar la cobertura del RECAV en relación con el acuerdo vertical que tenga efectos incompatibles con el artículo 101, apartado 3, en dicho mercado nacional o regional. Se trata de una competencia mixta, ya que el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 también faculta a la Comisión para retirar la cobertura de dicho Reglamento en relación con un mercado nacional o regional, siempre que el acuerdo vertical en cuestión pueda afectar al comercio entre Estados miembros.
- 247) Cuando se trata de varios mercados nacionales o regionales distintos, diferentes ANC competentes pueden retirar la cobertura del RECAV de forma paralela.
- 248) De la redacción del artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 se desprende que, cuando la Comisión retire la cobertura del RECAV, tendrá la carga de, en primer lugar, demostrar que este Reglamento se aplica al respectivo acuerdo vertical, lo cual significa que debe entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1<sup>103</sup>, y, en segundo lugar, que el acuerdo tiene efectos incompatibles con el artículo 101, apartado 3, lo cual significa que no cumple al menos una de las cuatro condiciones de dicho artículo<sup>104</sup>. De conformidad con el artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, los mismos requisitos se aplican cuando una ANC retira la cobertura del RECAV en relación con su Estado miembro. En particular, por lo que se refiere a la carga de la prueba del cumplimiento del segundo requisito, el artículo 29 dispone que la autoridad de competencia competente demuestre que no se cumple al menos una de las cuatro condiciones del artículo 101, apartado 3<sup>105</sup>.
- 249) Si se cumplen los requisitos del artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, la Comisión podrá retirar la cobertura del RECAV en un caso concreto. Dicha retirada, así como sus requisitos expuestos en los párrafos anteriores, deben distinguirse de las constataciones de una Decisión de la Comisión con arreglo al capítulo III del Reglamento (CE) n.º 1/2003. Sin embargo, una retirada puede combinarse, por ejemplo, con la constatación de una infracción y la imposición de

---

<sup>103</sup> En caso de que un acuerdo vertical no entre en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, tal y como se establece en la sección 3. En las presentes Directrices, la cuestión de la aplicabilidad del RECAV no se plantea porque este Reglamento está destinado a definir categorías de acuerdos verticales que, normalmente, satisfacen las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3, lo cual presupone que un acuerdo vertical entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1 (véanse la referencia explícita del artículo 101, apartado 3, a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, así como el artículo 101, apartado 1).

<sup>104</sup> A la Comisión le basta con justificar que no se cumple una de las cuatro condiciones del artículo 101, apartado 3. Esto se debe a que, para la exención del artículo 101, apartado 3, deben cumplirse las cuatro condiciones.

<sup>105</sup> El requisito del artículo 29 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 relativo a la carga de la prueba de la autoridad de competencia competente se deriva de la situación en la que el RECAV no es aplicable y una empresa invoca el artículo 101, apartado 3, en un caso concreto. En esta situación, la empresa tiene la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 para demostrar que se cumplen las cuatro condiciones del artículo 101, apartado 3. A tal fin, esta debe justificar sus alegaciones. Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el asunto AT.39226 – Lundbeck, confirmada en las sentencias del Tribunal de Justicia en el asunto Lundbeck/Comisión, T-472/13, ECLI:EU:T:2016:449, y el asunto Lundbeck/Comisión, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243.

una medida correctiva, e incluso con medidas provisionales, como ya se ha hecho en Decisiones previas de la Comisión<sup>106</sup>.

- 250) Si la Comisión retira la cobertura del RECAV en virtud del artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, debe tener en cuenta que la retirada solo puede tener efectos *ex nunc*, es decir, que la situación de exención de los acuerdos de que se trate no se verá afectada para el período anterior a la fecha en que la retirada sea efectiva. En el caso de una retirada en virtud del artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, la ANC en cuestión también debe tener en cuenta sus obligaciones en virtud del artículo 11, apartado 4, de dicho Reglamento, en particular la de facilitar a la Comisión cualquier decisión pertinente prevista.

## **7.2. Reglamento por el que se declara que el RECAV no es aplicable (artículo 6 del RECAV)**

- 251) De conformidad con el artículo 1 *bis* del Reglamento de atribución de competencias, el artículo 6 del RECAV faculta a la Comisión para excluir de su ámbito de aplicación, mediante reglamento, las redes paralelas de restricciones verticales similares en caso de que abarquen más del 50 % de un mercado de referencia. Esta medida no está destinada a empresas concretas, sino que afecta a todas las empresas cuyos acuerdos cumplan las condiciones establecidas en el Reglamento a que se refiere el artículo 6 del RECAV. A la hora de evaluar la necesidad de adoptar este reglamento, la Comisión considerará si la retirada individual sería una solución más adecuada. El número de empresas competidoras que contribuyen a un efecto acumulativo en un mercado y el número de mercados geográficos afectados dentro de la Unión son dos aspectos especialmente relevantes en esta evaluación.
- 252) La Comisión considerará la adopción de un reglamento de conformidad con el artículo 6 del RECAV si existe la posibilidad de que restricciones similares que abarquen más del 50 % del mercado de referencia restrinjan de forma apreciable el acceso a este mercado o la competencia en dicho mercado. Tal puede ser el caso, en particular, si redes paralelas de distribución selectiva que cubren más del 50 % de un mercado provocan la exclusión del mercado debido a la utilización de criterios de selección que no son necesarios por la naturaleza de los bienes o servicios en cuestión o que discriminan determinadas formas de distribución de dichos bienes o servicios. Para calcular el 50 % de la tasa de cobertura del mercado, debe tenerse en cuenta cada red individual de acuerdos verticales que incluyen restricciones o combinaciones de restricciones que producen efectos similares en el mercado. Sin embargo, el artículo 6 del RECAV no obliga a la Comisión a actuar cuando se supera la tasa de cobertura del mercado del 50 %.
- 253) El efecto de un reglamento adoptado en virtud el artículo 6 del RECAV es que el RECAV pasa a ser inaplicable en relación con las restricciones y los mercados en cuestión, y que, por tanto, el artículo 101, apartados 1 y 3 son plenamente aplicables.

---

<sup>106</sup> La Comisión ha utilizado su facultad para retirar la cobertura de uno de los Reglamentos de exención por categorías anteriormente aplicables en las Decisiones de la Comisión de 25 de marzo de 1992 (medidas provisionales), y de 23 de diciembre de 1992 relativas a un procedimiento en virtud del artículo 85 del Tratado CEE con respecto al asunto IV/34.072 – Mars/Langnese y Schöller, confirmadas por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 1 de octubre de 1998 Langnese-Iglo/Comisión, C-279/95 P, ECLI:EU:C:1998:447, y las Decisiones de la Comisión de 4 de diciembre de 1991 (medidas provisionales), y de 4 de diciembre de 1991 relativas a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE respecto del asunto IV/33.157 – Eco System/Peugeot.



- 254) Todo reglamento adoptado en aplicación del artículo 6 del RECAV debe definir claramente su ámbito de aplicación. Por tanto, la Comisión ha de definir en primer lugar el mercado o mercados de productos de referencia y el mercado o mercados geográficos de referencia y, en segundo lugar, el tipo de restricción vertical a la que dejará de aplicarse el RECAV. Por lo que se refiere a este último aspecto, la Comisión puede modular el ámbito de aplicación del reglamento en función del problema de competencia que trate de resolver. Así por ejemplo, mientras que todas las redes paralelas de aquellos acuerdos del tipo de marca única pueden tenerse en cuenta a la hora de determinar el índice de cobertura del mercado del 50 %, cabe la posibilidad, sin embargo, de que la Comisión restrinja el ámbito de aplicación del reglamento adoptado en virtud el artículo 6 del RECAV a las cláusulas de no competencia que excedan de una determinada duración. Por consiguiente, es posible que los acuerdos de duración inferior o de naturaleza menos restrictiva no se vean afectados, habida cuenta del menor grado de exclusión del mercado que provocan. De modo análogo, si en un mercado específico, las empresas practican la distribución selectiva junto con otras restricciones, como la cláusula de no competencia o la obligación de adquirir una determinada cantidad, un reglamento adoptado en virtud del artículo 6 del RECAV puede referirse únicamente a estas restricciones adicionales. En su caso, la Comisión también puede indicar el nivel de cuota de mercado que, en un mercado concreto, puede considerarse insuficiente para que una empresa individual aporte una contribución significativa al efecto acumulativo.
- 255) El artículo 1 *bis* del Reglamento de atribución de competencias dispone que un reglamento adoptado en virtud del artículo 6 del RECAV prevea un período transitorio no inferior a seis meses antes de ser aplicable. Este período tiene el propósito de que las empresas afectadas puedan adaptar sus acuerdos verticales en consecuencia.
- 256) Un reglamento adoptado en virtud del artículo 6 del RECAV no será óbice para la exención de los acuerdos referidos durante el período anterior a la fecha de aplicación de dicho reglamento.

## **8. POLÍTICA DE APLICACIÓN EN CASOS INDIVIDUALES**

### **8.1. Marco de análisis**

- 257) Cuando el espacio protegido previsto en el RECAV no sea aplicable a un acuerdo vertical, es importante examinar si en el caso individual de que se trate este acuerdo está sujeto a lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, y, en caso afirmativo, si se cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 de dicho artículo. A condición de que no contengan restricciones de la competencia por el objeto y en particular restricciones especialmente graves de la competencia, no se presume que los acuerdos verticales que quedan fuera del RECAV porque se excede el umbral de cuota de mercado estén cubiertos por el artículo 101, apartado 1, o no cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3. Estos acuerdos requieren una evaluación individual. Los acuerdos que no restringen la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, o que cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3, son válidos y aplicables.
- 258) De conformidad con el artículo 1, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, las empresas no necesitan notificar un acuerdo vertical para beneficiarse de una exención individual en virtud del artículo 101, apartado 3. En caso de que la Comisión proceda a un análisis individual, recaerá sobre ella la carga de la prueba de

que el acuerdo virtual en cuestión infringe lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1. En cambio, las empresas que invoquen el beneficio de las disposiciones del artículo 101, apartado 3, deberán aportar la prueba de que se cumplen las condiciones de dicha disposición. Cuando se demuestre la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia, las empresas podrán justificar sus alegaciones de eficiencia y explicar por qué un determinado sistema de distribución es indispensable para aportar beneficios a los consumidores sin eliminar la competencia antes de que la Comisión decida si el acuerdo cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3.

- 259) La evaluación de si un acuerdo vertical tiene el efecto de restringir la competencia se hará comparando la situación en el mercado de referencia con restricciones verticales, con la situación que prevalecería a falta de restricciones verticales en el acuerdo vertical. En la evaluación de casos individuales, la Comisión tendrá en cuenta, según el caso, tanto efectos reales como probables. Para que los acuerdos verticales se consideren restrictivos de la competencia por efecto, estos deben afectar a la competencia efectiva o potencial de manera tal que sea de esperar que en el mercado de referencia tengan efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes o servicios. Estos posibles efectos negativos sobre la competencia deben ser apreciables<sup>107</sup>. Los efectos anticompetitivos apreciables son más probables cuando al menos una de las partes del acuerdo tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado o permite a las partes del acuerdo valerse del mismo. Poder de mercado es la capacidad de mantener los precios por encima de los niveles competitivos o la producción en términos de cantidades de producto, calidad y variedad del producto o innovación por debajo de los niveles competitivos durante un período de tiempo que no sea insignificante. En principio, el grado de poder de mercado necesario para concluir que hay infracción en virtud del artículo 101, apartado 1, es inferior al grado de poder de mercado necesario para concluir que hay una posición dominante en virtud del artículo 102.

*8.1.1. Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1*

- 260) A la hora de evaluar los acuerdos verticales individuales entre empresas con cuotas de mercado superiores al umbral del 30 % la Comisión realizará un análisis completo desde el punto de vista de la competencia. Los siguientes factores son los más importantes a la hora de determinar si un acuerdo vertical constituye una restricción sensible de la competencia de conformidad con el artículo 101, apartado 1:
- a) la naturaleza del acuerdo;
  - b) la posición en el mercado de las partes;
  - c) la posición en el mercado de los competidores (en sentido ascendente y descendente);
  - d) la posición en el mercado de los compradores de los bienes o servicios contractuales;
  - e) el nivel comercial afectado;
  - f) la naturaleza del producto; y

---

<sup>107</sup> Véase la sección 3.1. de las presentes Directrices.

g) la dinámica del mercado.

- 261) También se pueden tener en cuenta otros factores en función de su pertinencia para la evaluación del acuerdo vertical de que se trate.
- 262) La importancia de los factores individuales puede variar en función de las circunstancias del caso. Por ejemplo, una elevada cuota de mercado de las partes constituye, por lo general, un indicador claro de poder de mercado, pero cuando las barreras a la entrada son poco importantes el poder de mercado puede estar suficientemente limitado por la entrada real o potencial. Por tanto, no es posible establecer normas estrictas de aplicación general sobre la importancia de cada factor.
- 263) Los acuerdos verticales pueden revestir muchas formas. Por consiguiente, importante analizar la naturaleza del acuerdo en términos de las restricciones que contiene, la duración de dichas restricciones y el porcentaje de ventas totales en el mercado (descendente) afectado por las restricciones. Puede ser necesario ir más allá de los términos expuestos del acuerdo. De la aplicación práctica del acuerdo y de los incentivos que tienen las partes pueden derivarse restricciones implícitas.
- 264) La posición en el mercado de las partes nos ofrece una indicación del grado de poder de mercado, en su caso, que el proveedor, el comprador o ambos poseen. Cuanto mayor sea su cuota de mercado, mayor será probablemente su poder de mercado. Así ocurre especialmente cuando la cuota de mercado refleja ventajas en materia de costes u otras ventajas competitivas respecto de los competidores. Dichas ventajas competitivas pueden resultar por ejemplo de ser una empresa pionera en el mercado (tener el mejor sitio, etc.), de tener patentes esenciales o de tener tecnología superior, de ser el líder de marca o de tener una cartera superior. El grado de diferenciación del producto también puede ser un indicador relevante de la existencia de poder de mercado.
- 265) Asimismo, es importante la posición en el mercado de los competidores. Cuanto más fuerte sea la posición de competencia de los competidores y mayor sea su número, menos peligro habrá de que las partes puedan ejercer individualmente su poder de mercado y excluir a alguien del mismo o reducir la competencia. Es también pertinente considerar si hay estrategias contrarias efectivas y oportunas que podrían desplegar los competidores. Sin embargo, si el número de empresas en el mercado es muy reducido y sus posiciones en el mercado (en términos, por ejemplo, de tamaño, costes y potencial de I+D) son similares, las restricciones verticales pueden aumentar el riesgo de colusión. Las cuotas de mercado fluctuantes o rápidamente cambiantes son normalmente una indicación de una competencia intensa.
- 266) La posición de mercado de los clientes finales de las partes de un acuerdo da una indicación de si uno o más de estos clientes goza de poder de la demanda. El primer indicador del poder de la demanda es la cuota de mercado del cliente en el mercado en que se realizan las compras. Dicha cuota refleja la importancia que tiene su demanda para posibles proveedores. Otros indicadores se centran en la posición del cliente en el mercado de reventa en el que opera, incluidos aspectos tales como una cobertura geográfica amplia de sus puntos de venta, la utilización de marcas propias, incluidas la marca de distribuidor, y su imagen de marca entre los clientes finales. En determinadas circunstancias, el poder de la demanda puede evitar perjuicios a los consumidores derivados de un acuerdo vertical que, de otro modo, sería problemático. Así sucede en particular cuando hay clientes fuertes que están en condiciones de traer nuevas fuentes de suministro al mercado y les resulta interesante hacerlo si se produce un aumento pequeño, pero permanente de los precios relativos.

- 267) Las barreras de entrada vienen determinadas por la capacidad de las empresas ya presentes en el mercado de aumentar su precio por encima del nivel competitivo sin provocar la entrada de otros competidores. Como regla general, se puede decir que las barreras a la entrada son bajas cuando cabe esperar que una entrada efectiva y probable en uno o dos años impida o erosione el ejercicio del poder de mercado de los operadores existentes. Las barreras a la entrada pueden ser el resultado de factores muy diversos: economías de escala y alcance (incluidos los efectos de red de las empresas polifacéticas) normativas vigentes (especialmente si establecen derechos exclusivos), ayudas estatales, derechos de importación, derechos de propiedad intelectual e industrial, propiedad de recursos cuya oferta es limitada (debido a, por ejemplo, limitaciones naturales), infraestructuras esenciales, ventaja como consecuencia de ser una empresa pionera y fidelidad de los consumidores a la marca conseguida haciendo mucha publicidad durante cierto tiempo. Algunos de estos factores pueden considerarse barreras a la entrada en función particularmente de si conllevan costes irre recuperables. Se denominan costes irre recuperables los costes en que debe incurrirse a fin de entrar o mantenerse activo en un mercado, pero que no se recuperan al abandonar dicho mercado. Los gastos de publicidad para obtener la fidelidad del consumidor constituyen por lo general costes irre recuperables, a menos que la empresa, al abandonar el mercado, pueda vender su marca o utilizarla en otro mercado sin sufrir pérdidas. Cuando la entrada requiere unos costes irre recuperables elevados, la amenaza de una competencia feroz por parte de los operadores existentes tras la entrada podría ser disuasoria, ya que los operadores potenciales no pueden justificar el riesgo de perder sus inversiones a fondo perdido. Los obstáculos a la entrada pueden estar presentes solo en el nivel de los proveedores, en el de los compradores o en ambos.
- 268) Como, en general, la entrada requiere al menos algunos costes irre recuperables, normalmente, la competencia efectiva es más eficaz y debe pesar más en el análisis de un asunto que la competencia potencial.
- 269) Las restricciones verticales y la integración vertical pueden también actuar como obstáculo a la entrada, por dificultar el acceso y excluir a competidores (potenciales). Por ejemplo, una cláusula de no competencia que vincule a los distribuidores con un proveedor puede tener un importante efecto de exclusión si la creación de sus propios distribuidores impone costes irre recuperables al operador potencial.
- 270) El nivel comercial guarda relación con la distinción entre bienes o servicios intermedios y finales. Los bienes o servicios intermedios se venden a empresas para su utilización como insumo con vistas a producir otros bienes o servicios y, por lo general, no pueden reconocerse en los bienes o servicios finales. Los compradores de productos intermedios suelen ser clientes bien informados, capaces de reconocer la calidad y, por lo tanto, menos influidos por cuestiones como la marca y la imagen. Los bienes o servicios finales se venden, directa o indirectamente, a los consumidores finales, que, a menudo, se fijan más en la marca y la imagen.
- 271) La naturaleza del producto desempeña un papel, especialmente en el caso de los productos o servicios finales, a la hora de evaluar los efectos probables, tanto positivos como negativos. A la hora de evaluar los probables efectos negativos, es importante saber si los productos o servicios vendidos en el mercado pertinente son homogéneos o más bien diferenciados, si el producto es caro, si supone una proporción amplia del presupuesto del consumidor, o es más bien barato, si es una compra única o si se compra de forma repetida.

272) La dinámica del mercado debe analizarse detenidamente caso por caso. En algunos mercados dinámicos los posibles efectos negativos de determinadas restricciones verticales pueden no ser un problema, ya que la competencia intermarcas de rivales dinámicos e innovadores actúa como una restricción suficiente, pero en otros casos las restricciones verticales pueden, en un mercado dinámico, ofrecer a un operador existente una ventaja competitiva duradera y, por tanto, dar lugar a efectos a largo plazo sobre la competencia. Esto podría ocurrir cuando una restricción vertical priva a los rivales de beneficiarse de los efectos de red o cuando un mercado es propenso al efecto expulsión.

273) A la hora de evaluar una determinada restricción vertical en virtud del artículo 101, también se deben tener en cuenta otros factores. Entre estos puede figurar el efecto acumulativo derivado de la cobertura del mercado por acuerdos similares de otros proveedores, la duración de los acuerdos, si el acuerdo es «impuesto» en el sentido de que una de las partes del acuerdo está sometida a restricciones u obligaciones o «acordado» en el sentido de que ambas partes aceptan las restricciones u obligaciones, el marco normativo y aquellos comportamientos que puedan indicar o facilitar la colusión, como el liderazgo de precios, los cambios de precios anunciados previamente y los debates sobre el precio, la rigidez de los precios en respuesta al exceso de capacidad productiva, la discriminación de precios y la conducta colusoria pasada.

#### 8.1.2. Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

274) Los acuerdos verticales restrictivos también pueden producir efectos favorables a la competencia consistentes en eficiencias que pueden superar sus efectos anticompetitivos. Dicha evaluación se realiza en el marco del artículo 101, apartado 3, que contiene una excepción individual a la prohibición del apartado 1 del mismo artículo. Para que esta excepción sea aplicable, el acuerdo vertical debe cumplir las cuatro condiciones siguientes: i) debe producir beneficios económicos objetivos, ii) las restricciones de la competencia deben ser indispensables para conseguir estas eficiencias, iii) se ha de reservar a los usuarios una participación equitativa en las eficiencias obtenidas y iv) el acuerdo no debe ofrecer a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los bienes o servicios de que se trate<sup>108</sup>.

275) La evaluación de los acuerdos verticales con arreglo al artículo 101, apartado 3, se efectúa en el contexto real en el que se producen<sup>109</sup> y según los hechos de un momento determinado. La evaluación puede variar en función de modificaciones fundamentales de los hechos. La excepción individual contemplada en el artículo 101, apartado 3, se aplica en tanto se cumplan las cuatro condiciones y deja de aplicarse cuando no sea así<sup>110</sup>. Al aplicar el artículo 101, apartado 3, de conformidad con estos principios es preciso tomar en consideración las inversiones efectuadas por las partes en el acuerdo, así como el tiempo y las restricciones necesarias para efectuar y recuperar una inversión que aumenta la eficiencia.

<sup>108</sup> Véase la Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, DO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

<sup>109</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1985, Ford/Comisión, asuntos acumulados C-25/84 y C-26/84, ECLI:EU:C:1985:340, apartados 24 y 25.

<sup>110</sup> Sobre este punto, véase por ejemplo la Decisión de la Comisión 1999/242/CE (asunto n.º IV/36.237 – TPS), DO L 90 de 2.4.1999, p. 6. Del mismo modo, la prohibición contemplada en el artículo 101, apartado 1, solo se aplica mientras el acuerdo tenga por objeto o por efecto restringir la competencia.

- 276) La primera condición del artículo 101, apartado 3, exige una evaluación de los beneficios objetivos en términos de eficiencias generadas por el acuerdo vertical. A este respecto, los acuerdos verticales tienen a menudo potencial para ayudar a conseguir eficiencias, según lo explicado en la sección 2.1 de las presentes Directrices, mejorando la manera en que las partes del acuerdo realizan sus actividades complementarias.
- 277) Al hacer la prueba de la indispensabilidad a que se refiere la segunda condición del artículo 101, apartado 3, la Comisión examinará sobre todo si las restricciones individuales hacen posible que la producción, compra o reventa de los productos objeto del contrato se realice de manera más eficiente que en su ausencia. Al efectuar esta evaluación, deben tenerse en cuenta las condiciones del mercado y las circunstancias que afrontan las partes del acuerdo. No se exige a las empresas que invocan el beneficio del artículo 101, apartado 3, que consideren alternativas hipotéticas y teóricas. Pero sí deben explicar y demostrar por qué alternativas aparentemente realistas y significativamente menos restrictivas no producirían las mismas eficiencias. Si el resultado de la prueba es que con una alternativa comercialmente realista menos restrictiva se perderían muchas eficiencias, la restricción se considera indispensable.
- 278) La tercera condición del artículo 101, apartado 3 exige que los usuarios reciban una participación equitativa de los beneficios. Esto implica que los consumidores de los bienes o servicios adquiridos, vendidos o revendidos en virtud del acuerdo vertical deben al menos ser compensados por los efectos negativos del acuerdo<sup>111</sup>. Es decir, que los aumentos de eficiencia deben compensar plenamente el probable impacto negativo del acuerdo vertical sobre los precios y la producción y otros factores pertinentes causados por el acuerdo.
- 279) La cuarta condición del artículo 101, apartado 3 exige que el acuerdo vertical no ofrezca a las partes en el acuerdo la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los bienes o servicios de que se trate. Esto presupone un análisis de la presión competitiva subsistente en el mercado y el impacto del acuerdo en las demás fuentes de competencia. Al analizar esta condición, se debe tener en cuenta la relación entre el artículo 101, apartado 3, y el artículo 102. Conforme a la jurisprudencia reiterada en la materia, la aplicación del artículo 101, apartado 3, no puede impedir la aplicación del artículo 102<sup>112</sup>. Por otra parte, dado que tanto el artículo 101 como el 102 tienen por objetivo mantener una competencia efectiva en el mercado, por motivos de coherencia debe interpretarse que el artículo 101, apartado 3 impide cualquier aplicación de esta excepción a acuerdos verticales restrictivos que constituyan abuso de posición dominante<sup>113</sup>. Esta condición requiere

---

<sup>111</sup> Véase el apartado 85 de la Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

<sup>112</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, EU:C:2000:132 apartado 130. Del mismo modo, la aplicación del artículo 101, apartado 3, no es óbice a la de las normas del Tratado sobre libre circulación de bienes, servicios, personas y capital. Esas disposiciones son aplicables en ciertas circunstancias a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a efectos del artículo 101, apartado 1. Véase al respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, *Wouters y otros*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, apartado 120.

<sup>113</sup> Véase al respecto la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, *Tetra Pak/Comisión*, (I), T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41. Véase, asimismo, el punto 106 de la Comunicación

que el acuerdo vertical no debe eliminar la competencia efectiva, suprimiendo todas o la mayoría de las fuentes existentes de competencia real o potencial. La rivalidad entre empresas es un factor esencial de la eficiencia económica, incluidas las eficiencias dinámicas en forma de innovación. En ausencia de la misma, la empresa dominante carecerá de incentivos adecuados para continuar creando y transmitiendo aumentos de eficiencia. Un acuerdo restrictivo que mantiene, crea o consolida una posición de mercado cercana a un monopolio no puede normalmente justificarse porque también cree un aumento de la eficiencia.

## **8.2. Análisis de restricciones verticales específicas**

280) En las anteriores secciones de las presentes Directrices, en particular en la sexta parte, se incluyen orientaciones sobre la evaluación de las restricciones verticales que equivalen a restricciones especialmente graves con arreglo al artículo 4 del RECAV, las restricciones excluidas en virtud del artículo 5 de dicho Reglamento y restricciones conexas. En los párrafos siguientes se ofrecen orientaciones sobre otras restricciones verticales específicas. Por lo que respecta a las restricciones verticales que no se abordan de manera específica en las presentes Directrices, la Comisión las tratará con arreglo a los mismos principios, teniendo en cuenta los factores pertinentes, que se exponen en esta octava parte de las presentes Directrices.

### **8.2.1. Imposición de marca única**

281) Bajo la denominación de «imposición de marca única» se incluyen los acuerdos cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor. Entre otras, se incluyen en este grupo la cláusula de no competencia y la de cantidades fijas impuestas al comprador. Los acuerdos de no competencia se basan en un sistema de obligaciones o incentivos que dan como resultado que el comprador adquiera más del 80 % de sus necesidades a un solo proveedor. Esto no significa que el comprador solo pueda comprar directamente al proveedor, sino que, de hecho, no comprará ni revenderá o incorporará bienes o servicios competidores. La imposición de cantidades al comprador es una forma más débil de no competencia en la que los incentivos u obligaciones acordados entre el proveedor y el comprador dan lugar a que este último concentre gran parte de sus compras en un único proveedor. La imposición de cantidades puede, por ejemplo, adoptar la forma de obligaciones de compras mínimas, obligaciones de almacenamiento o de sistemas no lineales de establecimiento de precios, como los sistemas de rebajas en función de la cantidad, los sistemas de rebajas por fidelidad o las tarifas duales (un canon fijo más un precio por unidad). Es previsible que la denominada «cláusula inglesa», que obliga al comprador a informar de cualquier oferta mejor y únicamente le permite aceptar tal oferta cuando el proveedor no pueda hacer una oferta semejante, tenga el mismo efecto que una obligación de marca única, especialmente cuando el comprador debe revelar quién hace la mejor oferta.

282) Los posibles riesgos en materia de competencia de la imposición de la marca única residen en la exclusión de los proveedores competidores y potenciales, el debilitamiento de la competencia y la propiciación de la colusión entre proveedores en caso de uso acumulativo y, cuando el comprador sea un minorista que venda a los consumidores finales, una pérdida de competencia intermarcas dentro de los

---

de la Comisión – Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

comercios. Dichos efectos restrictivos tienen consecuencias directas para la competencia intermarcas.

- 283) La imposición de marca única goza de exención con arreglo al RECAV cuando la cuota de mercado del proveedor y la del comprador no superan ninguna el 30 %, con una limitación a cinco años en caso de cláusula de no competencia. Por encima del umbral de cuota de mercado o superado el plazo de cinco años, los acuerdos de marca única ya no están cubiertos por la exención por categorías y, por tanto, deben evaluarse de forma individual. En esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para evaluar casos individuales por encima del umbral de cuota de mercado o superado el plazo de cinco años.
- 284) La capacidad de las obligaciones de marca única de un proveedor específico de dar lugar a una exclusión contraria a la competencia surge en especial cuando, sin dichas obligaciones, se ejerciera una importante presión competitiva por los competidores que aún no están presentes en el mercado en el momento de concluirse las obligaciones, o que no están en condiciones de competir por la totalidad del suministro de los clientes. Los competidores pueden no estar en condiciones de competir por toda la demanda de un cliente individual porque el proveedor en cuestión sea un socio comercial inevitable por lo menos para parte de la demanda en el mercado, por ejemplo porque su marca es un producto imprescindible por ser el preferido de muchos consumidores finales o porque las limitaciones de capacidad de los otros proveedores son tales que una parte de la demanda solo puede proporcionarla el proveedor en cuestión<sup>114</sup>. La posición de mercado del proveedor es de importancia primordial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de las obligaciones de marca única.
- 285) Si los competidores pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual, es improbable en general que las obligaciones de marca única de un proveedor específico obstaculicen la competencia efectiva, a menos que el cambio de proveedor por los clientes resulte difícil debido a la duración y a la cobertura de mercado de las obligaciones de marca única. Cuanto mayor sea la parte de su cuota de mercado vendida bajo una obligación de marca única o cuanto mayor sea la duración de las obligaciones de marca única, más importante será la exclusión. En general, no se considera que las obligaciones de marca única de duración inferior a un año acordadas por empresas no dominantes den lugar a efectos anticompetitivos apreciables o a efectos negativos netos. Las obligaciones de marca única de entre uno y cinco años acordadas por empresas no dominantes requieren, normalmente, un equilibrio adecuado de los efectos favorables y contrarios a la competencia, mientras que las obligaciones de marca única de una duración superior a cinco años, para la mayoría de los tipos de inversiones, no se consideran necesarias para obtener las supuestas eficiencias, o las eficiencias no son suficientes para compensar el efecto de exclusión que producen. Es más probable que las obligaciones de marca única den lugar a una exclusión contraria a la competencia cuando las realicen empresas dominantes.
- 286) Para evaluar el poder de mercado del proveedor, es importante atender a la posición en el mercado de sus competidores. Si estos son suficientemente numerosos y fuertes, no cabe prever un efecto anticompetitivo significativo. La exclusión de los

---

<sup>114</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 23 de octubre de 2003, Van den Bergh Foods/Comisión, T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281, apartados 104 y 156.



competidores no es muy probable cuando estos mantengan posiciones en el mercado similares y puedan ofrecer productos con un atractivo similar. Sin embargo, en este caso, la exclusión puede afectar a los operadores potenciales si varios proveedores principales celebran contratos de marca única con un número significativo de compradores en el mercado pertinente (situación de efecto acumulativo). Esta es también una situación en la que los acuerdos de marca única pueden facilitar la colusión entre proveedores competidores. Si a cada uno de estos proveedores se les aplica el RECAV, puede ser necesaria una retirada de la exención por categoría a fin de resolver este efecto negativo acumulativo. En general, no se considera que una cuota de mercado vinculada inferior al 5 % contribuya significativamente a un efecto de exclusión acumulativo.

- 287) En los casos en los que la cuota de mercado del mayor proveedor se sitúa por debajo del 30 % y la de los cinco principales proveedores se sitúa por debajo del 50 %, es improbable que se dé una situación de efecto anticompetitivo único o acumulativo. Si un operador potencial no puede penetrar en el mercado en condiciones de rentabilidad, es probable que ello se deba a factores distintos a las obligaciones de marca única, como las preferencias de los consumidores.
- 288) Las barreras a la entrada son importantes a la hora de determinar si existe exclusión contraria a la competencia. Cuando para los proveedores competidores sea relativamente fácil crear su propia red de distribución integrada o encontrar distribuidores alternativos para sus productos, es poco probable que la exclusión constituya un problema real. Sin embargo, existen a menudo obstáculos a la entrada, tanto en la fase de la fabricación como en la de la distribución.
- 289) El poder de compensación es pertinente, ya que no es fácil que compradores importantes se permitan quedar excluidos del suministro de bienes o servicios competidores. En términos más generales, para convencer a los clientes de aceptar la marca única, el proveedor puede tener que compensarlos, total o parcialmente, por la pérdida de competencia derivada de la exclusividad. En los casos en que se dé tal compensación, a un cliente concreto puede interesarle suscribir una obligación de marca única con el proveedor. Pero sería incorrecto concluir de esto que todas las obligaciones particulares de marca única, tomadas en su conjunto, son globalmente beneficiosas para los clientes de ese mercado y para los consumidores finales. En particular, es poco probable que los consumidores en conjunto se beneficien si hay muchos clientes y las obligaciones de marca única, consideradas en conjunto, tienen por efecto prevenir la entrada o expansión de empresas competentes.
- 290) Por último, «el nivel comercial» es pertinente. La exclusión es menos probable en el caso de los productos intermedios. Cuando el proveedor de un producto intermedio no es dominante, los proveedores competidores aún cuentan con una parte sustancial de la demanda «libre». No obstante, por debajo del nivel de posición dominante puede producirse un efecto de exclusión en caso de efecto acumulativo. Es improbable que se produzca un efecto acumulativo grave cuando esté vinculado menos del 50 % del mercado.
- 291) En caso de que el acuerdo se refiera al suministro de un producto final en el nivel mayorista, la probabilidad de que aparezcan problemas de competencia por debajo del nivel de posición dominante depende en gran medida del tipo de actividad mayorista y de los obstáculos a la entrada en este nivel. No hay un riesgo real de exclusión cuando fabricantes competidores pueden organizar fácilmente su propio sistema mayorista. Que las barreras a la entrada sean bajas depende en parte del tipo

de sistema mayorista que el proveedor pueda establecer de forma eficiente. En un mercado en el que el comercio mayorista puede funcionar de forma eficaz únicamente con el producto objeto del acuerdo (por ejemplo, helados), el fabricante tiene interés en establecer su propio sistema mayorista y es poco probable que se vea excluido de ese mercado. Por el contrario, en un mercado en el que es más eficiente la venta al por mayor de toda una gama de productos (por ejemplo, alimentos congelados), no es eficiente que un fabricante que solo vende un producto establezca su propia actividad mayorista. Sin acceso a los mayoristas establecidos, es probable que el fabricante quede excluido de ese mercado. En este caso pueden aparecer efectos anticompetitivos. También pueden aparecer problemas de efecto acumulativo si varios proveedores vinculan a la mayoría de los mayoristas disponibles.

- 292) Tratándose de productos finales, por lo general es más probable que se produzca exclusión en el nivel minorista, dados los significativos obstáculos a la entrada que deben afrontar la mayoría de los fabricantes a la hora de crear puntos de venta únicamente para sus propios productos. Además, es en el nivel minorista donde los acuerdos de marca única pueden reducir la competencia intermarcas dentro de los comercios. Por estos motivos, y habida cuenta de los demás factores pertinentes, pueden producirse efectos anticompetitivos importantes relacionados con los productos finales en el nivel minorista cuando un proveedor no dominante vincula el 30 % o una cuota superior del mercado de referencia. En el caso de una empresa dominante, es probable que incluso una modesta cuota de mercado vinculada dé lugar a efectos anticompetitivos graves.
- 293) También puede plantearse un efecto de exclusión acumulativo en el nivel minorista. En el caso de que todos los distribuidores posean cuotas de mercado situadas por debajo del 30 %, es poco probable que se produzca un efecto de exclusión acumulativo y anticompetitivo si la cuota de mercado vinculada total es, inferior al 40 % y la retirada de la exención por categorías es, por tanto, poco probable. Esta cifra puede ser más alta si se atiende a otros factores, tales como el número de competidores, las barreras a la entrada, etc. Cuando no todas las empresas poseen cuotas de mercado por debajo del umbral del RECAV, pero ninguna es dominante, es poco probable que aparezca un efecto acumulativo de exclusión si la cuota de mercado vinculada total es inferior al 30 %.
- 294) En caso de que el comprador realice sus actividades en locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o alquilados por este a un tercero no vinculado con el comprador, la posibilidad de imponer soluciones efectivas a un posible efecto de exclusión serán limitadas. En este caso, es improbable la intervención de la Comisión por debajo del nivel de posición dominante.
- 295) En determinados sectores, la venta de más de una marca a un único establecimiento puede resultar muy difícil, en cuyo caso el problema de exclusión puede solucionarse mejor limitando la duración efectiva de los contratos.
- 296) Cuando se determina la presencia de efectos anticompetitivos considerables se plantea la cuestión de una posible exención con arreglo al artículo 101, apartado 3. Para las cláusulas de no competencia, pueden ser especialmente pertinentes las eficiencias descritas en el apartado 14, letras b) (parasitismo entre proveedores), e), f) (problemas de cautividad) e i) (imperfecciones del mercado de capitales) de las presentes Directrices.
- 297) En el caso de una eficiencia como las descritas en el apartado 14, letras b), e) e i), de las presentes Directrices, la imposición de cantidades al comprador quizás podría

constituir una alternativa menos restrictiva. Una cláusula de no competencia puede ser la única manera viable de lograr una eficiencia como las descritas en el apartado 14, letra f), de las presentes Directrices (problema de cautividad relacionado con la transferencia de conocimientos técnicos).

- 298) En el caso de una inversión del proveedor ligada específicamente a la relación [véase el apartado 14, letra e), de las presentes Directrices], un acuerdo de no competencia o de imposición de cantidades durante el período de depreciación de la inversión cumplirá, por lo general, las condiciones del artículo 101, apartado 3. En caso de inversiones de importe elevado ligadas específicamente a la relación, una cláusula de no competencia que exceda de cinco años podrá estar justificada. Una inversión específicamente ligada a la relación podría ser, por ejemplo, la instalación o adaptación de los equipos por parte del proveedor cuando después dichos equipos solo puedan ser utilizados para producir componentes destinados a un comprador determinado. En principio, las inversiones genéricas o relativas al mercado en capacidad (adicional) no son inversiones específicamente ligadas a la relación. No obstante, cuando un proveedor crea capacidad nueva ligada específicamente a las actividades de un comprador determinado, por ejemplo una empresa que produce envases metálicos que crea capacidad nueva para producir estos bienes en los locales de un fabricante de alimentos o cerca de las instalaciones de envases de dicho fabricante de alimentos, esta capacidad nueva solo será viable desde el punto de vista económico cuando produzca para este cliente concreto, en cuyo caso la inversión se consideraría específicamente ligada a la relación.
- 299) Cuando el proveedor concede al comprador un préstamo o le proporciona equipos no específicamente ligados a la relación, esta operación en sí misma no será suficiente, en principio, para justificar la exención de un efecto de exclusión anticompetitivo en el mercado. En caso de imperfección del mercado de capitales, conceder un préstamo puede ser más eficiente para el proveedor de un producto que para un banco, [véase el apartado 14, letra i), de las presentes Directrices]. No obstante, en tal caso, el préstamo debería realizarse de la forma menos restrictiva y, en general, no podría impedirse al comprador rescindir la obligación y reembolsar el importe pendiente del préstamo en cualquier momento y sin penalización.
- 300) La transferencia de conocimientos técnicos sustanciales [véase el apartado 14, letra f) de las presentes Directrices] justifica generalmente una cláusula de no competencia para toda la duración del acuerdo de suministro, como, por ejemplo, en una situación de franquicia.
- 301) Ejemplo de cláusula de no competencia

El líder del mercado nacional de un producto de consumo impulsivo, con una cuota de mercado del 40 %, vende la mayor parte de su producto (90 %) a través de minoristas vinculados (cuota de mercado vinculada del 36 %). Los acuerdos obligan a los minoristas a adquirir exclusivamente al líder de mercado durante un período mínimo de cuatro años. El líder de mercado está más representado en las zonas más densamente pobladas, como la capital. Sus competidores, en total diez, de los cuales algunos solo existen a nivel local, poseen cuotas de mercado mucho más pequeñas; el 12 % en el caso del mayor. Estos diez competidores venden juntos otro 10 % del mercado a través de puntos de venta vinculados. Existe una acusada diferenciación de marcas y productos en el mercado. El líder de mercado posee las marcas más fuertes. Es el único que lleva a cabo con regularidad campañas publicitarias

nacionales. Suministra a sus minoristas vinculados arcones de almacenamiento especiales para su producto.

El resultado es que, en total, el 46 % (36 % + 10 %) del mercado resulta inaccesible para los operadores potenciales y para los operadores existentes que no cuentan con puntos de venta vinculados. Los operadores potenciales encuentran aún más dificultades en las áreas de mayor densidad de población, donde la exclusión es aún mayor pese a ser allí donde preferirían acceder al mercado. Además, debido a la fuerte diferenciación de marcas y productos y a los elevados costes de búsqueda en relación con el precio del producto, la ausencia de competencia intermarcas dentro de los comercios supone una pérdida adicional de bienestar para los consumidores. Las posibles eficiencias de la exclusividad de los puntos de venta, que según el líder del mercado se derivan de los menores costes de transporte, así como el posible problema de cautividad en relación con los arcones de almacenamiento, son limitadas e inferiores a los efectos negativos en la competencia. Las eficiencias son limitadas, ya que los costes de transporte están relacionados con la cantidad, no con la exclusividad, y los arcones de almacenamiento no implican conocimientos técnicos especiales y no son de una marca específica. Por tanto, no es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.

302) Ejemplo de imposición de cantidades

Un productor X, con una cuota de mercado del 40 %, vende el 80 % de su producción mediante contratos en los que se especifica que el revendedor debe comprar al menos el 75 % de sus necesidades de este producto a X. A cambio, X ofrece financiación y equipos a tipos favorables. Los contratos tienen una duración de cinco años y está previsto que el reembolso de los préstamos se haga en tramos iguales. No obstante, tras los dos primeros años de vigencia del contrato, los compradores tienen la posibilidad de rescindir el contrato con un plazo de preaviso de seis meses si reembolsan el préstamo pendiente y se hacen cargo de los equipos a su valor de activo en el mercado. Al final del período de cinco años, los equipos pasan a ser propiedad del comprador. La mayoría de los productores son pequeñas empresas, en total doce, de las cuales la mayor posee una cuota de mercado del 20 %, que tienen contratos similares de duraciones diversas. Los productores con cuotas de mercado por debajo del 10 % a menudo suscriben contratos de mayor duración y cláusulas de rescisión menos generosas. Los contratos del productor X dejan libre un 25 % de la demanda para su suministro por los competidores. En los últimos tres años, dos nuevos productores han penetrado en el mercado y adquirido una cuota de mercado combinada de alrededor del 8 %, en parte haciéndose cargo de los préstamos de una serie de revendedores a cambio de la firma de contratos con estos.

La cuota de mercado vinculada del productor X es del 24 % ( $0,75 \times 0,80 \times 40\%$ ). La cuota de mercado vinculada de los demás productores es de alrededor del 25 %. Por tanto, en total, alrededor del 49 % del mercado es inaccesible para los operadores potenciales y para los operadores existentes que no tienen puntos de venta vinculados por lo menos durante los primeros dos años de vigencia de los contratos de suministro. El mercado muestra que, a menudo, los revendedores tienen dificultades para obtener préstamos de los bancos y, en general, son empresas demasiado pequeñas para obtener financiación por otros medios, por ejemplo, mediante la emisión de acciones. Además, el productor X puede demostrar que una concentración de sus ventas entre un número limitado de revendedores le permite planificar mejor sus ventas y ahorrar en gastos de transporte. Habida cuenta, por una

parte, de las eficiencias, y por otra parte, del 25 % de libre disposición en los contratos del productor X, la posibilidad real de una rescisión anticipada del contrato, la reciente entrada de nuevos productores y el hecho de que alrededor de la mitad de los revendedores no tiene este tipo de vinculación, es probable que la imposición de cantidades de hasta el 75 % aplicada por el productor X cumpla los requisitos del artículo 101, apartado 3.

8.2.2. *Suministro exclusivo*

- 303) El suministro exclusivo se refiere a las disposiciones que obligan o inducen al proveedor a vender los productos objeto del contrato solo, o principalmente, a un comprador, en general o para un fin especial. Dichas restricciones pueden adoptar la forma de una obligación de suministro exclusivo, obligando al proveedor a que venda solamente a un comprador a efectos de reventa o para un fin especial, pero también, por ejemplo, puede adoptar la forma de obligación del proveedor de venta de una cantidad fija, acordándose los incentivos entre un proveedor y un comprador, lo que hace que el primero concentre sus ventas principalmente en este comprador. En el caso de los bienes o servicios intermedios, el suministro exclusivo se denomina a menudo suministro industrial.
- 304) El suministro exclusivo queda exento por el RECAV cuando la cuota de mercado del proveedor no rebasa el 30 %, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves, por ejemplo, la no competencia. En esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para evaluar casos concretos de suministro exclusivo que están por encima del umbral de cuota de mercado.
- 305) Desde el punto de vista de las normas de competencia, el principal riesgo del suministro exclusivo reside en la exclusión de otros compradores. Hay una semejanza con los posibles efectos de la distribución exclusiva, en especial cuando el distribuidor exclusivo se convierte en comprador exclusivo para todo el mercado (véase el apartado 113 de las presentes Directrices). La cuota de mercado del comprador en el mercado ascendente es sin duda importante para evaluar su capacidad de imponer el suministro exclusivo, que excluye el acceso de otros compradores a los suministros. La importancia del comprador en el mercado descendente es, sin embargo, el factor más importante para determinar si puede plantearse un problema de competencia. Si el comprador no posee ningún poder de mercado en el nivel inferior, no cabe esperar ningún efecto negativo apreciable para los consumidores. No obstante, es previsible que se produzcan efectos negativos cuando la cuota de mercado del comprador en el mercado de suministro descendente así como en el mercado de compra ascendente supera el 30 %. Cuando la cuota de mercado del comprador en el mercado ascendente no excede del 30 %, pueden seguir produciéndose importantes efectos de exclusión, especialmente cuando la cuota de mercado del comprador en el mercado descendente excede del 30 % y el suministro exclusivo se refiere a un uso particular de los productos objeto del contrato. Si una empresa ocupa una posición dominante en el mercado descendente, cualquier obligación de suministrar los productos exclusiva o principalmente al comprador dominante es posible que tenga efectos anticompetitivos graves.
- 306) No solo es importante la posición en el mercado del comprador en el mercado ascendente y descendente, sino también en qué medida y por cuánto tiempo existe una obligación de suministro exclusivo. Cuanto mayor sea el porcentaje de suministro vinculado y la duración de la obligación de suministro exclusivo, más importante será previsiblemente el efecto de exclusión. Los acuerdos de suministro

exclusivo de duración inferior a cinco años suscritos por empresas no dominantes requieren por lo general sopesar los efectos favorables y contrarios a la competencia, mientras que los acuerdos de duración superior a cinco años no se consideran, en la mayoría de los tipos de inversiones, necesarios para obtener las supuestas eficiencias, o las eficiencias no son suficientes para compensar el efecto de exclusión de tales acuerdos de suministro exclusivo a largo plazo.

- 307) La posición en el mercado de los compradores competidores en el mercado ascendente es importante, pues es probable que el acuerdo de suministro exclusivo excluya a los compradores competidores por motivos anticompetitivos, es decir, para aumentar sus costes, especialmente si son claramente más pequeños que el comprador que practica la exclusión. La exclusión de compradores competidores no es muy probable si estos poseen un poder de la demanda similar al de la parte compradora y pueden ofrecer a los proveedores posibilidades de venta similares. En ese caso, solo puede excluirse a operadores potenciales, que pueden no estar en condiciones de garantizar suministros cuando toda una serie de compradores principales suscribe contratos de suministro exclusivo con la mayoría de los proveedores del mercado. Este efecto acumulativo puede llevar a la retirada del beneficio del RECAV.
- 308) La existencia de barreras a la entrada a nivel del proveedor, así como su tamaño, son pertinentes para evaluar si existe una exclusión real. En la medida en que para los compradores competidores sea eficiente suministrar por sí mismos este bien o servicio mediante una integración vertical ascendente, es poco probable que la exclusión constituya un problema real. Sin embargo, existen a menudo importantes barreras a la entrada.
- 309) También hay que tener en cuenta el poder de compensación de los proveedores, ya que no es fácil que los proveedores importantes permitan que un comprador les impida el acceso a compradores alternativos. La exclusión supone, por tanto, un riesgo principalmente en caso de proveedores débiles y compradores fuertes. En caso de proveedores fuertes, el suministro exclusivo puede combinarse con la cláusula de no competencia. Esta combinación hace aplicables las normas elaboradas para la imposición de marca única. Cuando existan inversiones ligadas específicamente a la relación por ambos lados (problema de «cautividad»), la combinación de la cláusula de suministro exclusivo y de la cláusula de no competencia, es decir, la exclusividad recíproca en acuerdos de suministro industriales, está generalmente justificada por debajo del nivel de posición dominante.
- 310) Por último, el nivel comercial y la naturaleza del producto son pertinentes para determinar la exclusión anticompetitiva. La exclusión anticompetitiva es menos probable en el caso de un producto intermedio o cuando el producto es homogéneo. En primer lugar, un fabricante excluido que usa ciertos insumos posee generalmente más flexibilidad para atender a la demanda de sus clientes que el mayorista o minorista para atender a la demanda del consumidor final, para el cual las marcas pueden desempeñar un papel importante. En segundo lugar, la pérdida de una posible fuente de suministro es menos grave para los compradores excluidos en el caso de productos homogéneos que en el caso de un producto heterogéneo de grados y calidades diversos. Cuando se trata de productos finales de marca o de productos intermedios diferenciados donde existen barreras a la entrada, el suministro exclusivo puede tener graves efectos anticompetitivos si los compradores competidores son relativamente pequeños en comparación con el comprador que practica la exclusión, aun cuando este no sea dominante en el mercado descendente.

- 311) Cabe prever que existan eficiencias en caso de problema de cautividad [apartado 14, letras e) y f), de las presentes Directrices], y dichas eficiencias son más probables en productos intermedios que en productos finales. Otras eficiencias son menos probables. No parece previsible que las posibles economías de escala en la distribución [apartado 14, letra g), de las presentes Directrices] justifiquen el suministro exclusivo.
- 312) En caso de un problema de cautividad, y aún más en caso de economías de escala en la distribución, la imposición de cantidades al proveedor, tales como los requisitos mínimos de suministro, bien podría constituir una alternativa menos restrictiva.

Ejemplo de suministro exclusivo

En el mercado de un determinado tipo de componentes (mercado de producto intermedio) el proveedor A acuerda con el comprador B desarrollar una versión diferente del componente, con sus propios conocimientos técnicos, una inversión considerable en nuevas máquinas y con ayuda de las especificaciones suministradas por el comprador B. Este último tendrá que realizar inversiones considerables para incorporar el nuevo componente. Se acuerda que A solo suministre el nuevo producto al comprador B durante un período de cinco años a partir de la fecha de la primera entrada en el mercado. B estará obligado a comprar exclusivamente a A el nuevo producto durante el mismo período de cinco años. Tanto A como B pueden seguir respectivamente vendiendo y comprando otras versiones del componente en otros lugares. La cuota de mercado del comprador B en el mercado ascendente del componente y en el mercado descendente de los bienes finales es de un 40 %. La cuota de mercado del proveedor del componente es de un 35 %. Existen otros dos proveedores de componentes con cuotas de mercado de alrededor del 20-25 %, así como una serie de pequeños proveedores.

El acuerdo, dadas las considerables inversiones, es probable que cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3, habida cuenta de las eficiencias y de lo limitado del efecto de exclusión. Se excluye a otros compradores de una versión concreta de un producto de un proveedor que posee una cuota de mercado del 35 %, pero otros proveedores de componentes pueden desarrollar nuevos productos del mismo tipo. La exclusión de parte de la demanda del comprador B a otros proveedores se limita a un máximo del 40 % del mercado.

8.2.3. *Restricciones al uso de los mercados en línea*

- 313) Los mercados en línea son plataformas en línea que ponen en contacto a comerciantes y clientes potenciales con el fin de permitir las compras directas. Las plataformas en línea que no ofrecen una funcionalidad de compra directa y que redirigen a los clientes a otros sitios web en los que se pueden adquirir bienes y servicios, no se consideran mercados en línea a efectos de las presentes Directrices, sino plataformas publicitarias.
- 314) Los mercados en línea se han convertido en un importante canal de ventas para los proveedores y los minoristas, proporcionándoles acceso a un gran número de clientes, así como para los usuarios finales. Los mercados en línea pueden permitir a los minoristas empezar a vender en línea con una inversión inicial menor. También pueden facilitar las ventas transfronterizas y aumentar la visibilidad de los minoristas, especialmente los pequeños y medianos, que no tienen su propia tienda en línea o que no son muy conocidos por los usuarios finales.

- 315) Los proveedores pueden querer restringir el uso de los mercados en línea por parte de sus compradores<sup>115</sup>, por ejemplo, para proteger la imagen y el posicionamiento de su marca, desalentar la venta de productos falsificados, garantizar suficientes servicios de preventa y posventa o asegurar que el minorista mantenga una relación directa con los clientes. Las restricciones pueden ir desde la prohibición total del uso de los mercados en línea hasta la imposición de determinados requisitos cualitativos que estos deben cumplir. Por ejemplo, los proveedores pueden prohibir el uso de mercados en los que los productos se vendan mediante subasta, o pueden exigir a los compradores que utilicen mercados especializados con el fin de garantizar determinadas normas de calidad en relación con el entorno y los parámetros de la venta de sus bienes o servicios. Algunos requisitos cualitativos pueden prohibir de hecho el uso de mercados en línea, porque ningún mercado en línea pueda cumplir el requisito, por ejemplo, cuando el proveedor exige que el logotipo del mercado en línea no sea visible o exige que el nombre de dominio de cualquier sitio web utilizado por el minorista contenga el nombre de su empresa.
- 316) Una restricción de las ventas en los mercados en línea en un acuerdo vertical está exenta por el RECAV cuando las cuotas de mercado de cada uno de los proveedores y el comprador no superan el 30 % y el acuerdo vertical no incluye ninguna restricción especialmente grave en virtud del RECAV o ninguna restricción excluida en virtud de dicho Reglamento que no pueda separarse del resto del acuerdo vertical. Tal y como se establece en el artículo 1 del RECAV y en la sección 6.1.2 de las presentes Directrices, una restricción o prohibición de las ventas en los mercados en línea se refiere a las modalidades de las ventas en línea del comprador y no limita las ventas en un territorio específico o a un grupo específico de clientes. Aunque restringe el uso de un canal en línea específico, otros canales en línea siguen estando disponibles para el comprador<sup>116</sup>. Por ejemplo, a pesar de una restricción o prohibición de las ventas en los mercados en línea, el comprador puede seguir vendiendo los bienes o servicios contractuales a través de su propio sitio web y utilizar los canales de publicidad en línea para atraer clientes a su sitio web<sup>117</sup>.
- 317) Si bien toda restricción de las ventas en línea que tenga por objeto, directa o indirectamente, impedir que el comprador o sus clientes utilicen de manera efectiva internet para vender sus productos o servicios en línea es una restricción especialmente grave en el sentido del artículo 4, letras b) a d), del RECAV y una restricción de la competencia por el objeto con arreglo al artículo 101, apartado 1, una restricción del uso de los mercados en línea puede beneficiarse, en general, del espacio protegido del RECAV. Como se expone en el apartado 194, una restricción del uso de los mercados en línea no afecta, por lo general, a un grupo de usuarios en línea que pueda circunscribirse dentro del grupo de compradores en línea, y no limita al comprador a vender los bienes o servicios contractuales a través de su propio sitio web o a anunciarse en determinadas circunstancias a través de internet en plataformas de terceros y a utilizar motores de búsqueda para atraer clientes a su sitio web, y, por tanto, no constituye una restricción especialmente grave con arreglo al artículo 4, letras b) a d), del RECAV, en la medida en que no impide en la práctica el

<sup>115</sup> Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, COM(2017) 229 final, 10 de mayo de 2017; sección 4.4.

<sup>116</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartados 64 a 69.

<sup>117</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartados 52 a 54.



uso efectivo de internet por parte de los compradores o sus clientes para vender en línea.

- 318) A continuación, en esta sección se facilitan orientaciones para evaluar restricciones al uso de los mercados en línea en casos concretos en los que se supera el umbral de cuota de mercado del 30 %. Los principios generales expuestos en la sección 8.1 proporcionan el marco pertinente para esta evaluación. Las restricciones al uso de los mercados en línea para las ventas en territorios o a grupos de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados exclusivamente a otros distribuidores forman parte de un sistema de distribución exclusiva y deben evaluarse junto con dicho sistema.
- 319) En los sistemas de distribución selectiva suelen imponerse restricciones al uso de los mercados en línea. La sección 4.6.2 establece los criterios por los que un sistema de distribución selectiva queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, a saber, cuando i) los revendedores se eligen sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo que se establecen de manera uniforme para todos los revendedores potenciales y no se aplican de forma discriminatoria, ii) las características de los bienes o servicios contractuales requieren una red de distribución selectiva para preservar su calidad y garantizar su uso adecuado y iii) los criterios establecidos no van más allá de lo necesario<sup>118</sup>. Especialmente en los casos en los que el proveedor no celebra un acuerdo con el mercado en línea y, por tanto, no puede garantizar que el mercado cumpla sus criterios de selección, una restricción o prohibición del uso de los mercados en línea puede cumplir los criterios anteriores y, por consiguiente, ser adecuada y no ir más allá de lo necesario para preservar la calidad y garantizar el uso adecuado de los bienes o servicios contractuales. Sin embargo, en los casos en los que un proveedor incluye a un operador de un mercado en línea como distribuidor autorizado en su sistema de distribución selectiva, o en los que restringe el uso de los mercados en línea por parte de determinados distribuidores autorizados, pero no de otros, o en los que restringe el uso de un mercado en línea, pero este proveedor utiliza dicho mercado para distribuir los bienes o servicios contractuales, parece improbable que las restricciones al uso de dichos mercados en línea cumplan los requisitos de adecuación y necesidad.
- 320) Los posibles riesgos para la competencia derivados de las restricciones de uso de los mercados en línea son la reducción de la competencia intramarca a nivel de la distribución y la exclusión de los distribuidores, especialmente los pequeños y medianos, en la medida en que los distribuidores se ven privados de un canal de ventas potencialmente importante.
- 321) Para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de las restricciones de uso de los mercados en línea, primero es necesario evaluar el grado de competencia intermarcas. Como se establece en la sección 8.1.1 de las presentes Directrices, una competencia intermarcas suficiente puede, en principio, mitigar cualquier pérdida de competencia intramarca. Para ello, debe tenerse en cuenta la posición en el mercado del proveedor y de sus competidores. En segundo lugar, es necesario tener en cuenta el tipo y el alcance de las restricciones de uso de los mercados en línea. Por ejemplo, una prohibición de todas las ventas a través de mercados en línea es más restrictiva que una restricción del uso de determinados mercados en línea o la exigencia de

---

<sup>118</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartados 24 a 36.

utilizar únicamente mercados que cumplan determinados criterios cualitativos. En tercer lugar, debe tenerse en cuenta la importancia relativa de los mercados en línea restringidos como canal de ventas en los mercados de productos y geográficos de referencia. Por último, es necesario tener en cuenta el efecto acumulativo de cualquier otra restricción de las ventas en línea o de la publicidad impuesta por el proveedor.

- 322) Como se indica en el apartado 314 de las presentes Directrices, las restricciones de uso de los mercados en línea pueden dar lugar a eficiencias, en particular relacionadas con la garantía de la protección de la marca o un determinado nivel de calidad del servicio o con la reducción de las posibilidades de falsificación. En la medida en que las restricciones no queden ya fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, la evaluación debe considerar si dichas eficiencias podrían lograrse por medios menos restrictivos, en consonancia con las condiciones del artículo 101, apartado 3. Este podría ser el caso cuando el mercado en línea permite que los minoristas creen una tienda de su marca dentro del mercado. Es poco probable que las justificaciones relacionadas con la calidad presentadas por el proveedor cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3, cuando el propio proveedor utiliza los mercados en línea que están incluidos en las restricciones, o cuando el proveedor imponga la restricción únicamente a algunos distribuidores, pero no a otros, o cuando el operador del mercado en línea es a su vez un miembro autorizado del sistema de distribución selectiva.

#### 8.2.4. *Restricciones de uso de las herramientas de comparación de precios*

- 323) Las herramientas de comparación de precios, por ejemplo los sitios web o las aplicaciones de comparación de precios, permiten que los minoristas aumenten su visibilidad y generen tráfico para su sitio web y que los clientes potenciales encuentren minoristas, comparen diferentes productos y ofertas del mismo producto. Las herramientas de comparación de precios aumentan la transparencia de estos precios e intensifican la competencia de precios intramarca y, posiblemente, intermarcas entre los minoristas.
- 324) A diferencia de los mercados en línea, las herramientas de comparación de precios no suelen ofrecer funciones de compraventa, sino que redirigen a los clientes al sitio web del minorista, lo cual permite una transacción directa entre el cliente y el minorista<sup>119</sup>. Por tanto, los comparadores de precios no son un canal de venta en línea distinto, sino más bien un canal de publicidad en línea.
- 325) Los proveedores pueden querer restringir el uso de herramientas de comparación de precios<sup>120</sup>, por ejemplo, para proteger su imagen de marca, ya que las herramientas de comparación de precios suelen centrarse en el precio y pueden no permitir que los minoristas se diferencien a través de otras características, como la gama o la calidad de los bienes o servicios contractuales. Otras razones para restringir el uso de las herramientas de comparación de precios pueden ser la reducción de las posibilidades

---

<sup>119</sup> A efectos de las presentes Directrices, las herramientas de comparación de precios se refieren a las plataformas en línea que no permiten que los usuarios realicen transacciones de compra en la plataforma. Las plataformas que permiten que los usuarios realicen transacciones de compra en la plataforma se consideran mercados en línea a efectos de las presentes Directrices. Las restricciones al uso de los mercados en línea se tratan en la sección 8.2.3 de las presentes Directrices.

<sup>120</sup> Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, COM(2017) 229 final, 10 de mayo de 2017; sección B.4.5.

de falsificación o la protección de los modelos de negocio que se basan, por ejemplo, en la especialización o la calidad más que en el precio.

- 326) Las restricciones al uso de herramientas de comparación de precios pueden ir desde una prohibición directa o indirecta hasta restricciones basadas en requisitos de calidad o en la exigencia de incluir un contenido específico en las ofertas anunciadas en la herramienta de comparación de precios. Por ejemplo, una restricción a la hora de proporcionar información sobre precios a las herramientas de comparación de precios, o un requisito de obtener la autorización del proveedor antes de utilizar estas herramientas, o una restricción del uso de la marca del proveedor puede suponer un impedimento indirecto de utilización de las herramientas de comparación de precios.
- 327) Las restricciones al uso de herramientas de comparación de precios pueden aumentar los costes de búsqueda de los consumidores y, por tanto, debilitar la competencia de los precios de venta al por menor. Al igual que ocurre con otras restricciones de publicidad en línea, las restricciones de la capacidad del comprador para utilizar las herramientas de comparación de precios pueden limitar que el comprador venda a clientes que se encuentran fuera de su zona comercial física y que desean comprar en línea. Impedir el uso de herramientas de comparación de precios en un acuerdo vertical restringe la capacidad del comprador para llegar a los clientes potenciales, informarlos sobre su oferta y dirigirlos a su sitio web. En la medida en que el uso de herramientas de comparación de precios no es, como tal, una forma de publicidad dirigida, tal como se establece en el apartado 200 de las presentes Directrices, impedir el uso de estas herramientas como canal de publicidad en línea puede restringir las ventas pasivas a clientes que desean comprar en línea y que están situados fuera de la zona comercial física del distribuidor y constituye una restricción especialmente grave con arreglo al artículo 4, letras b) a d), del RECAV. Los principales riesgos para la competencia en este caso son la compartimentación del mercado, que puede facilitar la discriminación de precios, y la reducción de la competencia intramarca. En cambio, si la restricción se limita al uso de herramientas de comparación de precios para dirigirse a los clientes de un territorio o a un grupo de clientes que están reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva a otros distribuidores (distribución exclusiva), por ejemplo, porque dicha herramienta está en una lengua que no se utiliza habitualmente en el territorio en el que está establecido el comprador o tiene un nombre de dominio que no se utiliza en el territorio en el que está establecido el comprador, la restricción estaría cubierta por la excepción del artículo 4, letra b), inciso i), del RECAV.
- 328) Las restricciones al uso de herramientas de comparación de precios que no llegan a impedir directa o indirectamente su uso, por ejemplo, los requisitos de que las herramientas de comparación de precios deben cumplir determinadas normas de calidad, no restringen las ventas a los clientes en un territorio o a un grupo de clientes específicos, sino que determinan los métodos de venta y, por tanto, se benefician de la exención por categorías prevista en el RECAV. A continuación se ofrecen orientaciones para la evaluación de estas restricciones cuando no se aplica el RECAV.
- 329) En los sistemas de distribución selectiva suelen imponerse restricciones al uso de las herramientas de comparación de precios. En la sección 4.6.2 de las presentes Directrices se establecen los criterios en virtud de los cuales un sistema de distribución selectiva entra dentro del ámbito del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, es poco probable que impedir el uso de herramientas de comparación de precios sea adecuado o necesario para preservar la calidad o garantizar el uso

adecuado de los bienes o servicios contractuales porque estas herramientas suelen redirigir a los clientes potenciales al sitio web del distribuidor autorizado para realizar la compra. El proveedor puede ejercer un control sobre el sitio web del distribuidor a través de sus criterios de selección y mediante la imposición de requisitos en su acuerdo vertical con el distribuidor.

- 330) Las restricciones al uso de herramientas de comparación de precios que no llegan a impedir directa o indirectamente su uso, por ejemplo, la exigencia de utilizar únicamente herramientas de comparación de precios que cumplan determinadas normas de calidad, pueden, en caso de que no estén cubiertas por el RECAV, limitar significativamente la capacidad del comprador de utilizar herramientas de comparación de precios. En estos casos, habrá que evaluar si la restricción produce efectos similares a los de impedir el uso de las herramientas de comparación de precios, es decir, un perjuicio para el consumidor que consiste en un aumento de los costes de búsqueda y el debilitamiento de la competencia de precios, o la compartimentación del mercado, lo cual puede facilitar la discriminación de precios, lo que en última instancia repercute en la competencia intermarcas y, posiblemente, también en la intramarca. Estas restricciones también pueden limitar la competencia intramarca, por ejemplo, cuando un proveedor no impone las restricciones a todos sus distribuidores o cuando el propio proveedor utiliza las herramientas de comparación de precios cubiertas por la restricción. En la medida en que se impida que los distribuidores recurran a un canal de publicidad en línea potencialmente importante, únicamente ejercerían una presión competitiva limitada sobre el proveedor o cualquier otro distribuidor que no se enfrente a esta restricción.
- 331) Entre los factores pertinentes para la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1, se incluye la posición en el mercado del proveedor y de sus competidores; la importancia de las herramientas de comparación de precios como canal publicitario en los mercados de productos y geográficos de los bienes o servicios contractuales; el tipo y el alcance de las restricciones y la importancia relativa de cualquier herramienta específica de comparación de precios cuyo uso se restrinja o prohíba, así como el hecho de que el proveedor también imponga restricciones a la capacidad del distribuidor para utilizar otras formas de publicidad en línea. Debe tenerse en cuenta el efecto acumulativo de cualquiera de estas restricciones junto con la restricción de la utilización de las herramientas de comparación de precios.
- 332) Como se indica en el apartado 323 de las presentes Directrices, las restricciones al uso de las herramientas de comparación de precios pueden dar lugar a eficiencias, en particular relacionadas con garantizar la protección de la marca o un determinado nivel de calidad del servicio o con la reducción de las posibilidades de falsificación. De conformidad con las condiciones del artículo 101, apartado 3, la evaluación debe considerar si tales eficiencias pueden lograrse también por medios menos restrictivos. Este puede ocurrir cuando la herramienta de comparación de precios ofrezca también comparaciones o revisiones relacionadas con la calidad de los bienes o servicios en cuestión, el servicio al cliente, la fiabilidad del distribuidor u otras características de la oferta de los distribuidores. Una evaluación de las justificaciones relacionadas con la calidad en virtud del artículo 101, apartado 3, debe tener en cuenta que la venta no se produce en la propia herramienta de comparación de precios, sino en el sitio web del distribuidor, el cual, sobre la base del acuerdo de distribución celebrado con el proveedor, debe cumplir los requisitos de calidad de dicho proveedor.

#### 8.2.5. *Obligaciones de paridad*

- 333) Las obligaciones de paridad, también denominadas cláusulas de nación más favorecida o acuerdos de paridad entre plataformas, exigen que un proveedor de bienes o servicios ofrezca estos bienes y servicios a otra parte en condiciones que no sean menos favorables que las ofrecidas por el proveedor a otras partes o en otros canales determinados. Las condiciones pueden referirse a los precios, el inventario, la disponibilidad o cualquier otra condición de oferta o venta. La obligación puede ser expresa o aplicarse por otros medios directos o indirectos, incluido el uso de precios diferenciados u otros incentivos o medidas cuya aplicación depende de las condiciones en las que los proveedores ofrecen sus bienes o servicios a determinadas partes o en canales determinados.
- 334) Las obligaciones de paridad impuestas por los proveedores de servicios de intermediación en línea (por ejemplo, mercados o herramientas de comparación de precios) relativas a las condiciones en las que se ofrecen los bienes o servicios a los usuarios finales (consumidores finales u otras empresas) se denominan generalmente obligaciones de paridad del comercio minorista. Para que este tipo de obligación sea efectiva, el proveedor de bienes o servicios que acepta la obligación debe, en general, poder controlar el precio y otras condiciones en las que sus bienes o servicios se ofrecen en los canales minoristas a los que se refiere la obligación. Los proveedores primarios de servicios de intermediación en línea pueden utilizar obligaciones de paridad similares en relación con las condiciones en las que se ofrecen los bienes o servicios a empresas que no son usuarios finales (por ejemplo, a los minoristas). En lo que se refiere a las obligaciones de paridad utilizadas por los compradores, estas incluyen las obligaciones impuestas por los fabricantes, mayoristas o minoristas relativas a las condiciones en las que compran los insumos a los proveedores.
- 335) Otra distinción se refiere a los canales cubiertos por la obligación de paridad. La obligación puede referirse a los canales de venta operados por un proveedor de bienes o servicios (canales directos); a los canales operados por terceros (canales indirectos), o a todos los canales. Las obligaciones de paridad que solo se refieren a los canales directos suelen denominarse «restringidas», mientras que las que se refieren a todos los canales suelen denominarse «amplias».
- 336) Con la excepción de las obligaciones de paridad entre plataformas para el comercio minorista definidas en el artículo 5, apartado 1, letra d), del RECAV, la exención por categorías se aplica a todos los tipos de obligaciones de paridad en los acuerdos verticales, siempre que las cuotas de mercado del proveedor y del comprador no superen el 30 %. A continuación se ofrecen orientaciones para la evaluación de las obligaciones de paridad entre plataformas para el comercio minorista definidas en el artículo 5, apartado 1, letra d), del RECAV, y para otros tipos de obligaciones de paridad en casos concretos que superan el umbral de cuota de mercado.

##### 8.2.5.1. *Obligaciones de paridad entre plataformas para el comercio minorista*

- 337) Las obligaciones de paridad minoristas que hacen que un comprador de servicios de intermediación en línea no ofrezca, venda o revenda bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables que cuando utiliza los servicios de intermediación en línea de la competencia, tal como se define en el artículo 5, apartado 1, letra d), del RECAV, tienen más probabilidades que otro tipo de obligaciones de paridad de producir efectos netos contrarios a la competencia. Las obligaciones de paridad entre plataformas para el comercio minorista pueden restringir la competencia de la siguiente manera:

- a) Pueden debilitar la competencia y facilitar la colusión entre los proveedores de servicios de intermediación en línea. En particular, es más probable que un proveedor que imponga este tipo de obligación de paridad pueda subir el precio o reducir la calidad de sus servicios de intermediación sin perder cuota de mercado. Independientemente del precio o la calidad de sus servicios, los vendedores de bienes o servicios que decidan utilizar su plataforma están obligados a ofrecer en ella al menos condiciones tan buenas como las que ofrecen en las plataformas de la competencia.
  - b) Pueden impedir la entrada o la expansión de proveedores nuevos o más pequeños de servicios de intermediación en línea, ya que restringen su capacidad para ofrecer a los compradores y usuarios finales combinaciones precios-servicios diferenciadas.
- 338) Para la evaluación de este tipo de obligaciones de paridad, los factores clave son la proporción de compradores de los servicios de intermediación en línea que están cubiertos por las obligaciones; el comportamiento de conexión de los compradores de los servicios de intermediación en línea y los usuarios finales (cuántas plataformas de intermediación utilizan); la posición en el mercado del proveedor que impone la obligación y de sus competidores; la existencia de barreras a la entrada en el mercado de referencia de los servicios de intermediación en línea y el impacto de las ventas directas de los compradores de los servicios.
- 339) La proporción de compradores de los servicios de intermediación en línea que están sujetos a las obligaciones de paridad y el comportamiento de conexión de dichos compradores son importantes, ya que pueden indicar que las obligaciones de paridad de un proveedor restringen la competencia respecto a una cuota de demanda que supera la cuota de mercado. Por ejemplo, un proveedor de servicios de intermediación en línea puede tener una cuota del 20 % del total de las transacciones realizadas con dichos servicios, pero los compradores a los que impone obligaciones de paridad entre plataformas pueden –porque utilizan múltiples plataformas– representar más del 50 % del total de las transacciones de la plataforma. En este caso, las obligaciones de paridad del proveedor restringen la competencia respecto de más de la mitad de la demanda total de referencia.
- 340) Los compradores de servicios de intermediación en línea a menudo se conectan varias plataformas para llegar a clientes que se conectan una única plataforma y no cambian de plataforma. La multiconexión de los compradores está incentivada por los modelos de negocio de las plataformas, según los cuales el comprador solo tiene que pagar por utilizar el servicio de intermediación cuando genera una transacción. Como se ha explicado anteriormente, la multiconexión por parte de los compradores de servicios de intermediación en línea puede aumentar la parte de la demanda total de dichos servicios que se ve afectada por las obligaciones de paridad de un proveedor. En segundo lugar, la conexión única de los usuarios finales puede significar que cada proveedor de servicios de intermediación controla el acceso a un grupo distinto de usuarios finales. Esto puede aumentar el poder de negociación del proveedor y su capacidad para imponer obligaciones de paridad.
- 341) Los efectos restrictivos de las obligaciones de paridad entre plataformas para el comercio minorista serán, por lo general, más graves cuando las utilicen uno o más proveedores principales de servicios de intermediación en línea. Cuando estos proveedores tengan un modelo de negocio similar, es probable que las obligaciones de paridad reduzcan el alcance de la perturbación del modelo. Este tipo de obligación

también podría permitir que un líder del mercado mantenga su posición frente a los proveedores más pequeños.

- 342) Los mercados de suministro de servicios de intermediación en línea suelen caracterizarse por la existencia de importantes barreras a la entrada y expansión, lo cual puede agravar los efectos negativos de las obligaciones de paridad. Estos mercados suelen presentar efectos de red indirectos positivos: los nuevos proveedores de estos servicios, o los más pequeños, tienen dificultades para atraer a los compradores porque sus plataformas proporcionan acceso a un número insuficiente de usuarios finales. Cuando los usuarios finales son consumidores finales, la lealtad a la marca, la conexión única y las estrategias de cautividad de los proveedores de servicios de intermediación existentes también pueden crear barreras.
- 343) Los compradores de servicios de intermediación en línea también pueden vender directamente sus bienes o servicios a los usuarios finales. Estas ventas directas pueden limitar la capacidad de los proveedores de servicios de intermediación en línea para aumentar el precio de sus servicios. Por tanto, es necesario evaluar desde la perspectiva de los proveedores de bienes o servicios y de los usuarios finales la proporción de ventas de los bienes o servicios de intermediación que se realizan a través de los canales directos e indirectos, y la sustituibilidad de estos canales.
- 344) Las obligaciones de paridad entre plataformas para el comercio minorista pueden producir efectos restrictivos apreciables cuando se imponen a compradores que representan una parte significativa de la demanda total de los servicios de intermediación en línea pertinentes. En el caso de un efecto acumulativo, por lo general solo se atribuirán efectos restrictivos a las obligaciones de paridad de los proveedores cuya cuota de mercado sea superior al 5 %.
- 345) En principio, los minoristas también pueden imponer obligaciones de paridad en relación con las condiciones en las que minoristas competidores ofrecen los bienes o servicios de un proveedor a los usuarios finales. Sin embargo, cuando este tipo de obligación de paridad se refiere al precio, en general, requiere que el proveedor de bienes o servicios que acepta la obligación imponga una IPR mínimo a los minoristas competidores que están cubiertos por la obligación. La IPR es una restricción especialmente grave con arreglo al RECAV y una restricción por objeto en virtud del artículo 101, apartado 1. En los casos en que las empresas pueden aplicar estas obligaciones de paridad minoristas en cumplimiento de las normas relativas a la IPR mínimo, las obligaciones están cubiertas por la exención por categorías. Por encima del umbral de cuota de mercado de la exención por categorías, se aplican por analogía las orientaciones de los apartados 337 a 344 de las presentes Directrices.

#### 8.2.5.2. Obligaciones de paridad minoristas relativas a los canales de venta directa

- 346) Las obligaciones de paridad minoristas impuestas por los proveedores de servicios de intermediación en línea relativas a las condiciones en las que los compradores de los servicios pueden ofrecer bienes o servicios a los usuarios finales en sus canales de venta directa (paridad «restringida») impiden que dichos compradores induzcan a los usuarios finales a cambiar al canal directo ofreciendo condiciones más favorables (subcotización de precios). En determinadas condiciones, en particular cuando la competencia para el suministro de servicios de intermediación en línea es limitada, las obligaciones de paridad restringida pueden permitir que los proveedores de servicios de intermediación en línea mantengan un precio más elevado para sus servicios, lo cual da lugar a precios al por menor más elevados para los bienes o servicios intermediados en todos los canales de venta. Para la evaluación de este tipo

de restricción, los factores relevantes incluyen la posición en el mercado del proveedor que impone la obligación de paridad, el tamaño relativo de los canales de venta directos cubiertos por la obligación, la sustituibilidad de los canales directos e indirectos desde la perspectiva de los proveedores de los bienes o servicios y de los usuarios finales, y si las restricciones las imponen varios proveedores de servicios de intermediación (efectos acumulativos).

- 347) Además, en determinadas condiciones, las obligaciones de paridad minoristas relativas a los canales de venta directa pueden producir de forma indirecta efectos restrictivos equivalentes a los producidos por las obligaciones de paridad minoristas entre plataformas. En principio, un comprador de servicios de intermediación en línea que esté sujeto a una obligación de paridad minorista restringida puede diferenciar sus ofertas entre las plataformas de intermediación que utiliza («multiconexión»). Sin embargo, para ello, en sus canales directos debe ofrecer condiciones que no sean más favorables que las que ofrece en la plataforma de intermediación «más cara» con la que tiene un acuerdo de paridad de canales directos. Dependiendo de factores como la proporción de ventas realizadas a través de cada canal, los costes de utilización de cada canal y la elasticidad de la demanda de los bienes o servicios intermediados a través de los canales de venta, puede que no haya suficientes incentivos para que los compradores y los proveedores de servicios de intermediación en línea realicen compensaciones relacionadas con el precio de dichos servicios y las condiciones de intermediación de bienes o servicios a través del servicio. Este resultado es generalmente más probable cuando una parte significativa de las ventas se produce a través del canal directo y cuando las obligaciones de paridad minoristas relativas a los canales directos las imponen varios proveedores.
- 348) Las obligaciones de paridad minoristas impuestas por los proveedores de servicios de intermediación en línea en relación con los canales de venta directa pueden producir efectos restrictivos apreciables cuando los compradores que representan una parte significativa de la demanda total de los servicios de intermediación en línea están sujetos a dichas obligaciones o a obligaciones de paridad minoristas entre plataformas. Es posible que, tras una evaluación de la retirada del RECAV, la Comisión o una autoridad nacional de competencia tenga que realizar una evaluación similar cuando las cuotas de mercado de los proveedores pertinentes estén por debajo del umbral del 30 %.

#### 8.2.5.3. Obligaciones de paridad relativas a las condiciones no minoristas

- 349) Las obligaciones de paridad impuestas por los proveedores primarios de servicio de intermediación en línea en relación con las condiciones en las que se ofrecen los bienes o servicios a empresas que no son usuarios finales están cubiertas por la exención por categorías. Este tipo de obligación puede desincentivar la competencia entre los proveedores de servicios de intermediación en línea de la misma manera que las obligaciones de paridad minoristas y, por tanto, las orientaciones proporcionadas en los párrafos 337 a 348 de las presentes Directrices siguen siendo pertinentes. Esto se aplica, en particular, cuando no exista una diferencia significativa entre los precios u otras condiciones en las que se ofrecen los bienes o servicios intermediados en los niveles primario y minorista, como puede suceder



cuando la intermediación se refiere a bienes o servicios finales<sup>121</sup>. Sin embargo, para la evaluación de este tipo de obligación de paridad, también se deben tener en cuenta las condiciones de competencia en los niveles posteriores, es decir, entre las empresas que compran los bienes o servicios intermediados.

- 350) En cambio, las obligaciones de paridad relativas a las condiciones de compra de los bienes o servicios como insumos por parte de fabricantes, mayoristas o minoristas no afectan directamente a las condiciones en las que estas empresas compiten en sentido descendente. Por tanto, las posibilidades de que las orientaciones proporcionadas para la evaluación de las obligaciones de paridad minoristas sean pertinentes son menores. La principal preocupación relacionada con las obligaciones de paridad relativas a las condiciones en las que se adquieren los bienes o servicios como insumos es que dichas obligaciones pueden reducir los incentivos de los proveedores de insumos para competir y, por tanto, aumentar sus precios. Entre los factores pertinentes para la evaluación se incluyen el tamaño relativo y el poder de mercado del proveedor y del comprador que acuerdan la obligación de paridad, la cuota del mercado de referencia cubierta por obligaciones similares y el coste del insumo de que se trate en relación con los costes totales de los compradores.

#### 8.2.5.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

- 351) Cuando las obligaciones de paridad producen efectos restrictivos apreciables se deben evaluar las posibles justificaciones de eficiencia en virtud del artículo 101, apartado 3. La justificación más común para el uso de estas obligaciones por parte de los proveedores de servicios de intermediación en línea es abordar un problema de parasitismo. Por ejemplo, los proveedores pueden no tener un incentivo para invertir en el desarrollo de su plataforma, servicios de preventa o la promoción para impulsar la demanda si los beneficios de tales inversiones en términos de aumento de las ventas van a parar a plataformas o canales de venta directa competidoras que pueden ofrecer los mismos bienes o servicios en condiciones más favorables.
- 352) Entre los factores pertinentes se incluye el hecho de si las inversiones del proveedor de servicios de intermediación en línea aportan beneficios objetivos, es decir, si añaden valor para los consumidores; si el riesgo de parasitismo es real y sustancial, y si el tipo y el alcance concretos de la obligación de paridad son indispensables para lograr los beneficios objetivos. El posible nivel de parasitismo debe ser suficiente para afectar de manera significativa a los incentivos a la inversión en el servicio de intermediación en línea. La prueba de la medida en que los usuarios de los servicios de intermediación se conecten a varias plataformas es especialmente pertinente, aunque también es necesario considerar si su comportamiento se ve influido por los efectos de las obligaciones de paridad. Una indicación de que las obligaciones no son indispensables es que el proveedor de servicios de intermediación en línea o sus competidores operen en otros mercados comparables utilizando obligaciones de paridad menos restrictivas o sin estas obligaciones. Cuando la oferta de servicios de intermediación en línea está muy concentrada y presenta importantes barreras a la entrada, la necesidad de proteger la competencia residual puede superar las posibles ganancias de eficiencia. Otras justificaciones relacionadas con los beneficios generales proporcionados por las plataformas de transacciones, como la puesta en común de los gastos de promoción de los proveedores, el aumento de la

---

<sup>121</sup> En algunos casos, la obligación de paridad puede referirse a las condiciones ofrecidas tanto en el nivel primario como en el minorista.

transparencia de los precios o la reducción de los costes de transacción, únicamente cumplirán las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3, en el caso de que el proveedor de servicios de intermediación en línea pueda demostrar un nexo causal directo entre el beneficio alegado y el uso del tipo particular de obligación de paridad.

- 353) En general, es más probable que las obligaciones de paridad minoristas relacionadas con los canales de venta directa cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3. Esto se debe principalmente a que sus efectos restrictivos son, en general, menos graves que los de las obligaciones de paridad entre plataformas y, por tanto, es más probable que se vean compensados por las eficiencias. Además, el riesgo de parasitismo por parte de los proveedores de bienes o servicios a través de sus canales de venta directos podría ser mayor, ya que dichos proveedores suelen obtener un mayor margen unitario en las ventas de su canal directo que en las ventas indirectas.

#### 8.2.6. *Pagos de acceso inicial*

- 354) Los pagos de acceso inicial son cánones fijos que los proveedores pagan a los distribuidores en el marco de una relación vertical al principio de un período para obtener acceso a su red de distribución y remunerar servicios proporcionados por los minoristas a los proveedores. Esta categoría incluye diversas prácticas, como las tasas por asignación de espacio<sup>122</sup>, las denominadas tasas de mantenimiento<sup>123</sup>, los pagos para tener acceso a las campañas de promoción de un distribuidor, etc. Esta sección proporciona orientaciones para la evaluación de los pagos de acceso inicial en casos concretos que superan el umbral de cuota de mercado estipulado en el artículo 3 del RECAV.
- 355) En ocasiones, los pagos de acceso inicial pueden dar lugar a una exclusión de otros distribuidores contraria a la competencia. Por ejemplo, un canon elevado puede incentivar a un proveedor a canalizar un volumen sustancial de sus ventas a través de un distribuidor o de un número limitado de ellos para cubrir los costes del canon. En este caso, los pagos de acceso inicial pueden tener el mismo efecto de exclusión en sentido descendente que una obligación de suministro exclusivo. Para evaluar la probabilidad de este tipo de efecto negativo, pueden aplicarse por analogía las orientaciones relativas a las obligaciones de suministro exclusivo (en particular, los apartados 305 a 310).
- 356) Excepcionalmente, los pagos de acceso inicial podrían dar lugar a efectos anticompetitivos de cierre del mercado en sentido ascendente. Por ejemplo, estos pagos pueden aumentar las barreras a la entrada para los pequeños proveedores cuando el distribuidor tiene una fuerte posición de negociación o el uso de los pagos de acceso inicial está muy extendido. Para evaluar la probabilidad de este tipo de efecto negativo, pueden aplicarse por analogía las orientaciones relativas a las obligaciones de marca única (en particular, los apartados 284 a 293 de las presentes Directrices). La evaluación también debe tener en cuenta si el distribuidor en cuestión vende productos competidores con su propia marca. En ese caso, también pueden surgir problemas horizontales, con la consecuencia de que no se aplique la exención por categorías, con arreglo al artículo 2, apartado 4, del RECAV (véase la sección 4.4.3 de las presentes Directrices).

---

<sup>122</sup> Cánones fijos que los fabricantes pagan a los minoristas para obtener acceso a su espacio de estantería.

<sup>123</sup> Pagos de cantidades fijas realizados para garantizar la presencia continua de un producto existente en estantería durante un período adicional.

- 357) Además de los posibles efectos de exclusión, los pagos de acceso inicial pueden debilitar la competencia y facilitar la colusión entre distribuidores. Es probable que los pagos de acceso inicial aumenten el precio cobrado por el proveedor por los productos contractuales, puesto que el proveedor debe cubrir esos pagos. Unos precios de suministro más elevados pueden reducir el incentivo de los minoristas a competir en precio en el mercado en sentido descendente, mientras que los beneficios de los distribuidores aumentan a consecuencia de los pagos de acceso. Tal reducción de la competencia entre distribuidores a través del uso acumulativo de pagos de acceso inicial requiere, normalmente, una gran concentración del mercado de la distribución.
- 358) Sin embargo, el uso de pagos de acceso inicial puede, en muchos casos, contribuir a una asignación eficaz del espacio en las estanterías para los nuevos productos. Cuando los proveedores lanzan nuevos productos, los distribuidores suelen tener menos información que el proveedor sobre las posibilidades de éxito de dichos productos y, en consecuencia, pueden almacenar cantidades del producto inferiores a las óptimas. Los pagos de acceso inicial pueden utilizarse para reducir esta asimetría en la información entre proveedores y distribuidores, permitiendo explícitamente a los proveedores competir por el espacio de las estanterías. El distribuidor puede recibir así una advertencia previa sobre qué productos pueden tener más éxito, puesto que un proveedor, normalmente, solo aceptará efectuar unos pagos de acceso inicial si estima que hay pocas probabilidades de que fracase el lanzamiento del producto.
- 359) Además, debido a la asimetría de la información mencionada en el apartado anterior, los proveedores pueden tener incentivos para aprovecharse de los esfuerzos promocionales de los distribuidores con el fin de introducir productos subóptimos. Si un producto no tiene éxito, los distribuidores pagarán parte de los costes del fracaso del producto. El uso de pagos de acceso inicial puede impedir este aprovechamiento, trasladando el riesgo de fracaso del producto de nuevo a los proveedores, contribuyendo así a un índice óptimo de lanzamiento de productos.

#### 8.2.7. *Acuerdos de gestión por categoría*

- 360) Los acuerdos de gestión por categoría son acuerdos por los cuales, dentro de un acuerdo de distribución, el distribuidor confía al proveedor (el «capitán de categoría») la comercialización de una categoría de productos, incluyendo, en general, no solo productos del proveedor, sino también productos de sus competidores. El capitán de categoría puede tener así una influencia sobre, por ejemplo, la ubicación del producto y su promoción en el establecimiento y la selección de productos para el establecimiento. Los acuerdos de gestión por categorías están cubiertos por la exención por categorías en los casos en que ni las cuotas de mercado del capitán de categoría ni las del distribuidor superen el 30 % y siempre que dicho acuerdo no incluya restricciones especialmente graves, por ejemplo, restricciones a la capacidad del distribuidor para determinar su precio de venta en el sentido del artículo 4, letra a), del RECAV.
- 361) En la mayoría de los casos, los acuerdos de gestión por categorías no plantean problemas en virtud del artículo 101. Sin embargo, en ocasiones pueden distorsionar la competencia entre los proveedores y dar lugar a una exclusión de otros proveedores contraria a la competencia, en especial cuando el capitán de categoría puede, debido a su influencia sobre las decisiones de comercialización del distribuidor, limitar o perjudicar la distribución de los productos de proveedores competidores.

- 362) En general, los distribuidores no tendrán interés en limitar su selección de productos. No obstante, estos pueden tener incentivos para excluir a determinados proveedores, en particular cuando el distribuidor venda también productos competidores con su propia marca. Para evaluar la probabilidad de este efecto de exclusión en sentido ascendente, pueden aplicarse por analogía las orientaciones relativas a las obligaciones de marca única (en particular, los apartados 284 a 293 de las presentes Directrices). En concreto por una parte, esta evaluación debe tener en cuenta la cobertura de mercado de los acuerdos de gestión por categorías y el posible uso acumulativo de dichos acuerdos y, por otra parte, la posición en el mercado de los proveedores competidores y del distribuidor.
- 363) Además, los acuerdos de gestión por categoría pueden facilitar la colusión entre distribuidores cuando el mismo proveedor actúa de capitán de categoría para todos o la mayoría de los distribuidores competidores de un mercado y proporciona a estos distribuidores un punto de referencia común para sus decisiones de comercialización.
- 364) La gestión por categorías también puede facilitar la colusión entre proveedores debido a las mayores oportunidades de intercambiar información sensible del mercado a través de los minoristas, como por ejemplo información relacionada con los precios futuros, planes promocionales o campañas publicitarias. El RECAV no cubre estos intercambios directos de información entre competidores (véase el apartado 83 de las presentes Directrices).
- 365) Sin embargo, el uso de acuerdos de gestión por categorías también puede dar lugar a eficiencias. Los acuerdos de gestión por categorías pueden permitir que los distribuidores accedan a los conocimientos de mercadotecnia del proveedor para un determinado grupo de productos y lograr economías de escala en la medida en que se aseguran de que la cantidad óptima de productos se presente de forma puntual y directa en las estanterías. En general, cuanto mayor es la competencia intermarcas y menor el coste de cambio de los consumidores, mayores serán los beneficios económicos que se logren a través de la gestión por categorías.

#### 8.2.8. Vinculación

- 366) La vinculación hace referencia a las situaciones en las que se obliga a los clientes que compren un producto (el producto vinculante) a comprar también otro producto del fabricante (el producto vinculado) al mismo proveedor o a alguien designado por este. La vinculación puede constituir un abuso en el sentido del artículo 102<sup>124</sup>. Asimismo, la vinculación puede constituir una restricción vertical en el sentido del artículo 101 si redunda en una obligación de marca única (véanse los apartados 281 a 302 de las presentes Directrices) en lo que respecta al producto vinculado. Solo esta última situación se aborda en las presentes Directrices.
- 367) Que los productos se consideren distintos o no depende de la demanda de los consumidores. Dos productos son distintos si, no existiendo una vinculación, un número sustancial de clientes compraría o habría comprado el producto vinculante sin comprar también al mismo proveedor el producto vinculado, lo que haría posible

---

<sup>124</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/94, ECLI:EU:C:1996:436, apartado 37. Véase también la Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DO C 45 de 24.2.2009, p. 7).

producir de forma independiente tanto el producto vinculante como el vinculado<sup>125</sup>. Las pruebas de que dos productos son distintos pueden consistir en pruebas directas de que, pudiendo elegir, los clientes compren por separado el producto vinculante y el vinculado a fuentes de suministro distintas, o en pruebas indirectas tales como la presencia en el mercado de empresas especializadas en la fabricación o venta del producto vinculado sin el producto vinculante<sup>126</sup>, o en pruebas que indiquen que las empresas con poco poder de mercado, especialmente en mercados competitivos, tienden a no vincular o vender por paquetes estos productos. Por ejemplo, habida cuenta de que los clientes desean comprar zapatos con cordones y no es viable que los distribuidores aten los nuevos zapatos con los cordones que elijan los clientes, se ha convertido en práctica comercial que los fabricantes de zapatos suministren zapatos con cordones. Por tanto, la venta de zapatos con cordones no representa una venta vinculada.

- 368) La vinculación puede dar lugar a efectos de exclusión anticompetitiva en el mercado vinculado, el mercado vinculante, o ambos a la vez. El efecto de exclusión depende del porcentaje vinculado sobre el total de las ventas en el mercado del producto vinculado. Para determinar qué puede calificarse de exclusión considerable con arreglo al artículo 101, apartado 1, puede aplicarse el análisis de la imposición de marca única. Existe vinculación cuando se da por lo menos una forma de imposición de cantidades al comprador en lo que respecta al producto vinculado. Cuando, además, se acuerda una cláusula de no competencia con respecto al producto vinculado, se acentúa el posible efecto de exclusión en el mercado de dicho producto. La vinculación puede suponer una menor competencia para los clientes interesados en comprar el producto vinculado, pero no el producto vinculante. Si no hay un número suficiente de clientes que vayan a comprar solo el producto vinculado para sostener a los competidores de la empresa dominante en el mercado vinculado, la vinculación puede dar lugar a que dichos clientes tengan que pagar unos precios más elevados. Si el producto vinculado es un producto complementario importante para los consumidores del producto vinculante, una disminución de los proveedores alternativos del producto vinculado y, por tanto, una menor disponibilidad de este producto, puede hacer que sea más difícil entrar solo en el mercado vinculante.
- 369) La vinculación también puede llevar a precios superiores al precio competitivo, especialmente en tres tipos de situaciones. En primer lugar, si el producto vinculante y el vinculado pueden utilizarse en proporciones variables como insumos de un proceso de producción, los clientes pueden reaccionar ante un aumento del precio del producto vinculante aumentando su demanda del producto vinculado y disminuyendo al mismo tiempo su demanda del producto vinculante. La vinculación de los dos productos por la empresa dominante puede intentar evitar esta sustitución y, en consecuencia, poder subir sus precios. En segundo lugar, cuando la vinculación permite que se produzcan discriminaciones de precios en función del uso que haga el cliente del producto vinculante, por ejemplo, cuando se vincula la venta de cartuchos de tinta a la venta de máquinas fotocopadoras (*metering*). En tercer lugar, cuando en el caso de contratos a largo plazo o de contratos suscritos en un mercado secundario

---

<sup>125</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007, Microsoft/Comisión, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, apartados 917, 921 y 922.

<sup>126</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 12 de diciembre de 1991, Hilti/Comisión, T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, apartado 67.

con respecto a un bien de equipo original con un plazo largo de sustitución, resulta difícil para los clientes calcular las consecuencias de la vinculación.

- 370) La vinculación se beneficia de la exención en virtud del Reglamento de exención por categorías cuando la cuota de mercado del proveedor, tanto en el mercado del producto vinculado como en el mercado del producto vinculante, y la cuota de mercado del comprador, en los mercados ascendentes pertinentes, no exceden del 30 %. Esto puede combinarse con otras restricciones verticales, que en virtud de dicho Reglamento no son restricciones verticales especialmente graves, como la cláusula de no competencia, la imposición de cantidades con respecto al producto vinculante o la adquisición exclusiva. En esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para la evaluación de la vinculación en casos concretos por encima del umbral de cuota de mercado.
- 371) Lógicamente, la posición del proveedor en el mercado del producto vinculante reviste una importancia crucial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos. En general, es el proveedor quien impone este tipo de acuerdo. La posición del proveedor en el mercado del producto vinculante es la razón principal de que a un comprador le pueda resultar difícil rechazar una obligación de vinculación.
- 372) Para valorar el poder de mercado del proveedor es importante la posición de sus competidores en el mercado del producto vinculante. En tanto sus competidores sean lo suficientemente numerosos y pujantes no cabe esperar efectos anticompetitivos, pues los compradores contarán con alternativas suficientes para adquirir el producto vinculante sin el producto vinculado, salvo en el supuesto de que otros proveedores estén aplicando sistemas de vinculación similares. Además, las barreras a la entrada en el mercado del producto vinculante resultan pertinentes para determinar la posición del proveedor en el mercado. Cuando la vinculación se combina con una cláusula de no competencia con respecto al producto vinculante, el proveedor fortalece considerablemente su posición.
- 373) El poder de la demanda es un factor pertinente, ya que los clientes importantes no se verán forzados con facilidad a aceptar la vinculación sin obtener por lo menos una parte de las posibles eficiencias. Por tanto, la vinculación que no esté basada en la eficiencia supone fundamentalmente un riesgo en el caso de compradores sin un poder de la demanda significativo.
- 374) Cuando se determina la presencia de efectos anticompetitivos considerables se plantea la cuestión sobre si se cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. Las obligaciones de vinculación pueden contribuir a producir eficiencias derivadas de la fabricación o distribución conjuntas. En caso de que el proveedor no produzca el producto vinculado también pueden generarse eficiencias si este adquiere grandes cantidades del producto vinculado. Para que la vinculación cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3, debe demostrarse, no obstante, que por lo menos una parte de estas reducciones de costes se transmiten al consumidor, lo que no sucede normalmente cuando el minorista tiene capacidad para obtener de forma regular suministros de los mismos productos o de productos similares en condiciones mejores que las que ofrece el proveedor que aplica la vinculación. Puede existir otro tipo de eficiencia si la vinculación contribuye a garantizar una determinada uniformidad y normalización [véase el apartado 14, letra h)]. No obstante, es necesario demostrar que los efectos positivos no pueden alcanzarse con el mismo grado de eficiencia exigiendo al comprador utilizar o revender productos que satisfagan niveles mínimos de calidad sin exigirle adquirirlos al proveedor o a un

tercero designado por este. Los requisitos relativos a los niveles mínimos de calidad quedarían, en principio, fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. En caso de que el proveedor del producto vinculante imponga al comprador los proveedores a los que debe comprar el producto vinculado, por ejemplo porque resulta imposible formular niveles mínimos de calidad, esta práctica también podría quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, especialmente cuando el proveedor del producto vinculante no obtiene un beneficio (financiero) directo de la designación de los proveedores del producto vinculado.