

ANEXO

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN - Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal

PROYECTO

ÍNDICE

1.	Introducción	6
1.1.	Objeto y estructura de las presentes Directrices	6
1.2.	Aplicabilidad del artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal.....	8
1.2.1.	Introducción	8
1.2.2.	Marco analítico.....	11
1.2.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1	12
1.2.4.	Restricciones de la competencia por el objeto	13
1.2.5.	Efectos restrictivos de la competencia	15
1.2.6.	Restricciones accesorias.....	16
1.2.7.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	16
1.2.8.	Acuerdos de cooperación horizontal generalmente excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1	18
1.3.	Relación con otras orientaciones y actos legislativos	19
2.	Acuerdos de investigación y desarrollo	22
2.1.	Introducción	22
2.2.	Mercados de referencia	23
2.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1	24
2.3.1.	Principales problemas de competencia	24
2.3.2.	Restricciones de la competencia por el objeto	24
2.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia	24
2.4.	Acuerdos cubiertos por el REC I+D	27
2.4.1.	Distinción entre «I+D en común» e «I+D remunerada» y concepto de «especialización en el contexto de la I+D».....	28
2.4.2.	Explotación en común de los resultados de la I+D y concepto de especialización en el contexto de la explotación en común	29
2.4.3.	Cesión o concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual	30
2.5.	Condiciones para la exención en virtud del REC I+D	31
2.5.1.	Acceso a los resultados finales.....	31
2.5.2.	Acceso a conocimientos técnicos preexistentes	32

2.5.3.	Condiciones vinculadas a la explotación en común.....	33
2.5.4.	Umbrales, cuotas de mercado y duración de la exención	33
2.6.	Restricciones especialmente graves y excluidas	41
2.6.1.	Restricciones especialmente graves	41
2.6.2.	Restricciones excluidas	44
2.7.	Retirada del beneficio del REC I+D	45
2.8.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3, de los acuerdos de I+D que no entran en el ámbito de aplicación del REC I+D.....	47
2.8.1.	Mejoras de eficiencia	47
2.8.2.	Carácter indispensable	47
2.8.3.	Beneficio para los consumidores	48
2.8.4.	No eliminación de la competencia	48
2.9.	Momento de la evaluación	48
2.10.	Ejemplo	49
3.	Acuerdos de producción.....	53
3.1.	Introducción	53
3.2.	Mercados de referencia	54
3.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1	54
3.3.1.	Principales problemas de competencia	54
3.3.2.	Restricciones de la competencia por el objeto	55
3.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia	56
3.4.	Acuerdos cubiertos por el REC de especialización.....	60
3.4.1.	Acuerdos de especialización	60
3.4.2.	Otras disposiciones de los acuerdos de especialización.....	61
3.4.3.	Distribución conjunta y concepto de «conjunta» en el marco del REC de especialización	62
3.4.4.	Servicios en el marco del REC de especialización	63
3.4.5.	Empresas competidoras: competidores reales o potenciales.....	63
3.4.6.	Umbral de cuota de mercado y duración de la exención	63
3.4.7.	Restricciones especialmente graves en el REC de especialización	65
3.4.8.	Retirada del beneficio del REC de especialización.....	66
3.5.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3, de los acuerdos de producción que no entran en el ámbito de aplicación del REC de especialización	66
3.5.1.	Mejoras de eficiencia	66
3.5.2.	Carácter indispensable	67
3.5.3.	Beneficio para los consumidores	67

3.5.4.	No eliminación de la competencia	67
3.6.	Acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles.....	68
3.7.	Ejemplos.....	71
4.	Acuerdos de compra.....	75
4.1.	Introducción	75
4.2.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1	76
4.2.1.	Principales problemas de competencia	76
4.2.2.	Restricciones de la competencia por el objeto	76
4.2.3.	Efectos restrictivos de la competencia	78
4.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	83
4.3.1.	Mejoras de eficiencia	83
4.3.2.	Carácter indispensable	83
4.3.3.	Beneficio para los consumidores	84
4.3.4.	No eliminación de la competencia	84
4.4.	Ejemplos.....	85
5.	Acuerdos de comercialización	88
5.1.	Introducción	88
5.2.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1	89
5.2.1.	Principales problemas de competencia	89
5.2.2.	Restricciones de la competencia por el objeto	90
5.2.3.	Efectos restrictivos de la competencia	90
5.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	92
5.3.1.	Mejoras de eficiencia	92
5.3.2.	Carácter indispensable	93
5.3.3.	Beneficio para los consumidores	93
5.3.4.	No eliminación de la competencia	93
5.4.	Consortios licitadores	94
5.5.	Ejemplos.....	96
6.	Intercambio de información	102
6.1.	Introducción	102
6.2.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1	104
6.2.1.	Introducción	104
6.2.2.	Principales problemas de competencia relacionados con el intercambio de información	105
6.2.3.	Naturaleza de la información intercambiada.....	107
6.2.4.	Características del intercambio	112

6.2.5.	Características del mercado.....	117
6.2.6.	Restricción de la competencia por el objeto	118
6.2.7.	Efectos restrictivos de la competencia	119
6.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	120
6.3.1.	Mejoras de eficiencia	120
6.3.2.	Carácter indispensable	121
6.3.3.	Beneficio para los consumidores	121
6.3.4.	No eliminación de la competencia	122
6.4.	Ejemplos.....	122
7.	Acuerdos de estandarización.....	124
7.1.	Introducción	124
7.2.	Mercados de referencia	125
7.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1	126
7.3.1.	Principales problemas de competencia	126
7.3.2.	Restricciones de la competencia por el objeto	128
7.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia	128
7.4.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	135
7.4.1.	Mejoras de eficiencia	135
7.4.2.	Carácter indispensable	136
7.4.3.	Beneficio para los consumidores	138
7.4.4.	No eliminación de la competencia	138
7.5.	Ejemplos.....	138
8.	Cláusulas estándar	140
8.1.	Definiciones	140
8.2.	Mercados de referencia	140
8.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1	140
8.3.1.	Principales problemas de competencia	140
8.3.2.	Restricción de la competencia por el objeto	141
8.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia	141
8.4.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	142
8.4.1.	Eficiencias	142
8.4.2.	Carácter indispensable	143
8.4.3.	Beneficio para los consumidores	143
8.4.4.	No eliminación de la competencia	143
8.5.	Ejemplos.....	143

9.	Acuerdos de sostenibilidad	145
9.1.	Introducción	145
9.2.	Acuerdos de sostenibilidad que no plantean problemas de competencia	147
9.3.	Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 1	148
9.3.1.	Principios.....	148
9.3.2.	Acuerdos de estandarización de la sostenibilidad.....	149
9.4.	Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 3	153
9.4.1.	Mejoras de eficiencia	153
9.4.2.	Carácter indispensable	154
9.4.3.	Beneficio para los consumidores	155
9.4.4.	No eliminación de la competencia	160
9.5.	Participación de las autoridades públicas.....	161
9.6.	Ejemplos.....	161

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto y estructura de las presentes Directrices

1. Las presentes Directrices¹ tienen por objeto proporcionar seguridad jurídica al ayudar a las empresas a evaluar sus acuerdos de cooperación horizontal con arreglo a las normas de competencia de la Unión y garantizar al mismo tiempo una protección efectiva de la competencia. También tienen por objeto facilitar a las empresas la cooperación de formas económicamente deseables y contribuir así, por ejemplo, a las transiciones ecológica y digital y al fomento de la resiliencia del mercado interior².
2. Las Directrices sientan los principios aplicables a la evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal y las prácticas concertadas con arreglo al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (en lo sucesivo, el «artículo 101») y proporcionan un marco analítico aplicable a los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales:
 - acuerdos de investigación y desarrollo, incluidas las orientaciones sobre la aplicación del Reglamento (UE) n.º [...] de la Comisión, de [...] de diciembre de 2022, 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 (en lo sucesivo, el «REC I+D») (capítulo 2),
 - acuerdos de producción, incluidas las orientaciones sobre la aplicación del Reglamento (UE) n.º [...] de la Comisión, de [...] de diciembre de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (en lo sucesivo, «REC de especialización») (capítulo 3),
 - acuerdos de compra (capítulo 4),
 - acuerdos de comercialización (capítulo 5),
 - intercambio de información (capítulo 6),
 - acuerdos de estandarización (capítulo 7),
 - cláusulas estándar (capítulo 8).
3. Además, dado que la Comisión se ha comprometido a alcanzar los objetivos del Pacto Verde para la Unión Europea³, las presentes Directrices ofrecen orientaciones sobre cómo se evaluarán los acuerdos de cooperación horizontal más habituales con arreglo al artículo 101 cuando persigan objetivos de sostenibilidad (capítulo 9).

¹ Las presentes Directrices reemplazan la Comunicación de la Comisión «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» (DO C 11 de 14.1.2011, p. 1).

² Véase asimismo la Comunicación de la Comisión «Actualización del nuevo modelo de industria de 2020: Creación de un mercado único más sólido para la recuperación de Europa», de 5 de mayo de 2021, COM(2021) 350 final.

* A partir del 1 de diciembre de 2009, el artículo 81 del Tratado CE se sustituye por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el «Tratado»). Ambos artículos son, en sustancia, idénticos. A efectos de las presentes Directrices, las referencias al artículo 101 del Tratado se entenderán hechas, cuando proceda, al artículo 81 del Tratado CE. En el Tratado también se introducen determinados cambios terminológicos, como la sustitución de «Comunidad» por «Unión» y «mercado común» por «mercado interior». En las presentes Directrices se utilizará la terminología del Tratado.

³ Comunicación de la Comisión «El Pacto Verde Europeo», COM(2019) 640 final.

4. Dada la enorme diversidad de los tipos de cooperación horizontal y de sus combinaciones, así como de las condiciones de mercado que pueden imperar, es difícil formular orientaciones concretas para cada situación posible. Las presentes Directrices no constituyen una «lista de control» que pueda aplicarse mecánicamente. Cada caso debe evaluarse en función de sus propios hechos.
5. Las presentes Directrices se aplican a los acuerdos de cooperación horizontal relativos a bienes, servicios y tecnologías.
6. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden combinar diferentes etapas de la cooperación, por ejemplo la investigación y el desarrollo (en lo sucesivo, «I+D») y la producción o comercialización de sus resultados. Tales acuerdos también están cubiertos por estas Directrices. Al utilizar las presentes Directrices para analizar esta cooperación integrada, todos los capítulos correspondientes a las distintas partes de la cooperación serán, por lo general, pertinentes. Sin embargo, para evaluar si una determinada conducta se considerará generalmente una restricción de la competencia por el objeto o por el efecto, lo establecido en el capítulo correspondiente a la parte de una cooperación integrada que pueda considerarse su «centro de gravedad» regirá para toda la cooperación.
7. Hay dos factores especialmente pertinentes de cara a determinar el centro de gravedad de una cooperación integrada: en primer lugar, el punto de partida de la cooperación y, en segundo lugar, el grado de integración de las distintas funciones que se combinan. Si bien no es posible establecer una norma precisa y definitiva que sea válida para todos los casos y todas las combinaciones posibles, de acuerdo con la experiencia adquirida, es posible considerar que, en general:
 - el centro de gravedad de un acuerdo de cooperación horizontal que abarque tanto la I+D en común como la producción en común de los resultados será por lo general la I+D en común en caso de que solo vaya a haber producción en común si la I+D en común tiene éxito; esto implica que los resultados de la I+D en común son decisivos para la posterior producción en común; en este caso prevalecen las orientaciones del capítulo sobre acuerdos de I+D; el resultado de la evaluación del centro de gravedad sería diferente si las partes hubieran participado en la producción en común en cualquier caso, es decir, con independencia de la I+D en común; esto significa que tales acuerdos deben evaluarse en cambio como acuerdos de producción en común y prevalecen las orientaciones del capítulo sobre acuerdos de producción; si el acuerdo prevé una integración total en el ámbito de la producción y una integración solo parcial de algunas actividades de I+D, el centro de gravedad de la cooperación sería también la producción en común;
 - de manera análoga, el centro de gravedad de un acuerdo de cooperación horizontal que abarque tanto la especialización como la comercialización conjunta de los resultados será por lo general la especialización, ya que solo habrá comercialización conjunta como consecuencia de la cooperación en la actividad de especialización;
 - el centro de gravedad de un acuerdo de cooperación horizontal que implique la producción y la comercialización conjuntas de los productos normalmente será la producción en común, ya que, por lo general, la comercialización conjunta solo tendrá lugar como consecuencia de la cooperación en la actividad principal de producción en común.

8. La prueba del centro de gravedad solo se aplica a la relación entre los distintos capítulos de las presentes Directrices y no a la relación entre los distintos Reglamentos de exención por categorías. El ámbito de aplicación de un Reglamento de exención por categorías se determina en sus propias disposiciones. Véanse en el capítulo 2 los acuerdos cubiertos por el REC I+D y en el capítulo 3 los acuerdos cubiertos por el REC de especialización.
9. Las presentes Directrices están estructuradas de la siguiente manera:
- El primer capítulo es una introducción que establece el contexto en el que se aplica el artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal. En dicho capítulo también se proporciona información sobre la relación entre las presentes Directrices y otros actos legislativos y orientaciones que afectan a los acuerdos de cooperación horizontal.
 - En los capítulos 2 a 8, se ofrecen orientaciones para facilitar la autoevaluación con arreglo al artículo 101 de los acuerdos de cooperación horizontal más habituales. En el capítulo 9 se ofrecen orientaciones adicionales en caso de que estos acuerdos persigan objetivos de sostenibilidad. Las orientaciones de los capítulos 2 a 9 complementan las orientaciones de carácter más general que se ofrecen en esta introducción. Por lo tanto, se recomienda leer siempre la introducción en primer lugar y, a continuación, remitirse a los capítulos específicos.

1.2. Aplicabilidad del artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal

1.2.1. Introducción

10. Uno de los objetivos del artículo 101 es asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos de cooperación horizontal para impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado en detrimento último de los consumidores.
11. El artículo 101 se aplica a las empresas y asociaciones de empresas. Se entiende por «empresa» cualquier entidad constituida de elementos personales, materiales e inmateriales que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y de su modo de financiación⁴. Se entiende por «asociación de empresas» un organismo a través del cual empresas del mismo tipo en general coordinan su comportamiento en el mercado⁵. Las presentes orientaciones se aplican a los acuerdos de cooperación horizontal entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas.
12. Cuando una empresa ejerce una influencia decisiva sobre otra empresa, forman una única entidad económica y, por lo tanto, forman parte de la misma empresa⁶. Las

⁴ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2021, *Deutsche Telekom/Comisión*, C-152/19 P, EU:C:2021:238, apartado 72, y la jurisprudencia en ella citada.

⁵ En el sentido de la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, *MasterCard y otros/Comisión*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 76, y las conclusiones del Abogado General Léger de 10 de julio de 2001, *Wouters y otros*, C-309/99, EU:C:2001:390, apartado 61.

⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1996, *Viho/Comisión*, C-73/95, EU:C:1996:405, apartado 51. El ejercicio de una influencia decisiva por parte de la empresa matriz sobre el comportamiento de una filial puede presuponerse en el caso de filiales propiedad de esta al cien por cien o cuando la sociedad matriz posee la totalidad de los derechos de voto asociados a las acciones de sus filiales; véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros/Comisión*, C-97/08 P, EU:C:2009:536, apartados 60 y siguientes; y la

empresas que forman parte de la misma entidad no se consideran competidoras a efectos de las presentes Directrices, aunque operen en los mismos mercados de productos y geográficos de referencia.

13. A efectos de establecer la responsabilidad por una infracción del artículo 101, apartado 1, el Tribunal de Justicia ha dictaminado que las empresas matrices y su empresa en participación forman una misma unidad económica y, por lo tanto, una única empresa en lo que respecta al Derecho de la competencia y al mercado o mercados de referencia, en la medida en que se demuestre que las empresas matrices de una empresa en participación ejercen una influencia decisiva sobre esta última⁷. Por lo tanto, cuando se demuestre que las sociedades matrices ejercen una influencia decisiva sobre la empresa en participación, la Comisión normalmente no aplicará el artículo 101, apartado 1, a los acuerdos y prácticas concertadas entre la sociedad o sociedades matrices y la empresa en participación en relación con su actividad en el mercado o mercados de referencia en los que opera la empresa en participación. No obstante, la Comisión aplicará por lo general el artículo 101, apartado 1, a los acuerdos:
- entre las sociedades matrices para crear la empresa en participación;
 - entre las sociedades matrices para modificar el alcance de la empresa en participación;
 - entre las sociedades matrices y la empresa en participación fuera del alcance geográfico y del producto correspondiente a la actividad de la empresa en participación; y
 - entre las sociedades matrices sin la involucración de la empresa en participación, aunque incumba al mercado de referencia en el que opera la empresa en participación.
14. El hecho de que una empresa en participación y sus sociedades matrices se consideren parte de una misma empresa en un mercado determinado no obsta para que, en todos los demás mercados, las sociedades matrices sean independientes⁸.
15. Para que el artículo 101 se aplique a la cooperación horizontal, debe existir una forma de coordinación entre competidores, es decir: un acuerdo entre empresas, una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada.

*La cooperación horizontal puede adoptar la forma de **un acuerdo** en el que dos o más empresas hayan expresado una voluntad concordante de cooperar⁹. **Una práctica concertada** es una forma de coordinación entre empresas que no han*

sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 2021, The Goldman Sachs Group/Comisión, C-595/18 P, EU:C:2021:73, apartado 36.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2013, El du Pont de Nemours/Comisión, C-172/12 P, EU:C:2013:601, apartado 47, y sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, LG Electronics/Comisión, asuntos acumulados C-588/15 P y C-622/15 P, EU:C:2017:679, apartados 71 y 76.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, LG Electronics/Comisión, asuntos acumulados C-588/15 P y C-622/15 P, EU:C:2017:679, apartado 79.

⁹ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2006, Comisión/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, apartado 37.

*celebrado un convenio, pero sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas*¹⁰. *El concepto de práctica concertada supone, además de la concertación entre las empresas, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación de causalidad entre ambos elementos*¹¹.

16. La existencia de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas no es indicativa por sí misma de que existe una restricción de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1. 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 y las decisiones de asociaciones de empresas.
17. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden celebrarse entre competidores reales o potenciales. Dos empresas se tratan como competidores reales si realizan su actividad en el mismo mercado de producto y geográfico. Se considera que una empresa es competidora potencial de otra si, de no existir el acuerdo, es probable que la primera empresa realizara en un corto período de tiempo¹² las inversiones adicionales necesarias o asumiera los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado de referencia en el que opera la segunda empresa. Esta evaluación debe basarse en hechos realistas, pues no basta con la mera posibilidad teórica de entrar en un mercado¹³. Cuando las presentes Directrices hagan referencia a competidores, se entenderá que se refieren a competidores tanto reales como potenciales, salvo que se indique lo contrario.

Para evaluar si una empresa puede considerarse un competidor potencial de otra empresa, pueden ser pertinentes las siguientes consideraciones:

- *si la empresa tiene la determinación firme y la capacidad inherente de entrar en el mercado en un corto período de tiempo y no se enfrenta a barreras de entrada insuperables*¹⁴;

¹⁰ Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 26; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström/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, EU:C:1993:120, apartado 63.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 126, y la jurisprudencia en ella citada.

¹² Lo que constituye un «corto período de tiempo» depende del contexto jurídico y económico, de las circunstancias de hecho del asunto y, en especial, de si la empresa en cuestión es parte de un acuerdo de cooperación horizontal o un tercero. Cuando se analice si una parte de un acuerdo debe ser considerada un competidor potencial de la otra parte, la Comisión considerará por lo general un «corto período de tiempo» un período más largo que cuando se analice la capacidad de un tercero para ejercer una presión competitiva sobre las partes de un acuerdo. Para considerar que un tercero es un competidor potencial, la entrada en el mercado debería realizarse con suficiente rapidez de tal modo que la amenaza de la entrada potencial ejerza una presión sobre el comportamiento de las partes y de otros participantes en el mercado. Por estas razones, tanto el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D como el de los acuerdos de especialización consideran que un período de no más de tres años es un «corto período de tiempo».

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 37 y 38.

¹⁴ La existencia de una patente no puede considerarse, como tal, una barrera insuperable. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2021, Lundbeck/Comisión, C-591/16 P, EU:C:2021:243, apartados 38, 58 y 59.

- *si la empresa ha adoptado medidas preparatorias suficientes para poder entrar en el mercado de que se trate;*
- *las posibilidades reales y concretas de que la empresa aún no activa acceda a dicho mercado y compita con una o varias de las demás empresas (la mera posibilidad teórica de entrar en un mercado no es suficiente);*
- *la estructura del mercado y el contexto económico y jurídico en el que opera;*
- *la percepción de la empresa establecida es un factor pertinente para apreciar la existencia de una relación de competencia entre esa parte y una empresa situada fuera del mercado, ya que, si esta última se percibe como un posible nuevo operador del mercado, puede, por el mero hecho de existir, ejercer una presión competitiva sobre el operador establecido en dicho mercado;*
- *la celebración de un acuerdo entre varias empresas que operan en un mismo nivel de la cadena de producción, algunas de las cuales no estaban presentes en el mercado en cuestión¹⁵.*

1.2.2. Marco analítico

18. La evaluación con arreglo al artículo 101 consta de dos fases. La primera, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, consiste en evaluar si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales¹⁶ restrictivos de la competencia.
19. La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios de ese acuerdo para la competencia y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia¹⁷. Los efectos restrictivos de la competencia y los favorables se sopesan exclusivamente en el marco del artículo 101, apartado 3¹⁸. En caso de que los efectos favorables no compensen una restricción de la competencia, el artículo 101, apartado 2, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho.
20. El artículo 101 no se aplica cuando el comportamiento contrario a la competencia de las empresas es exigido por una normativa nacional o por un marco jurídico nacional que elimina cualquier posibilidad de actividad competitiva por parte de las empresas

¹⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 36-58.

¹⁶ El artículo 101, apartado 1, prohíbe tanto los efectos contrarios a la competencia reales como los potenciales; véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartado 77; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 50.

¹⁷ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610, apartado 95.

¹⁸ Véanse la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2003, Van den Bergh Foods/Comisión, T-65/98, Rec. 2003, p. II-04653, EU:T:2003:281, apartado 107; la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 2001, Métropole télévision (M6) y otros/Comisión, T-112/99, Rec. 2001, p. II-02459, EU:T:2001:215, apartado 74; y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2006, O2 (Germany)/Comisión, T-328/03, Rec. 2006, p. II-01231, EU:T:2006:116, apartados 69 y siguientes.

implicadas¹⁹. En tales situaciones, a las empresas se les imposibilita adoptar comportamientos autónomos que puedan impedir, restringir o falsear la competencia²⁰. El hecho de que las autoridades públicas fomenten un acuerdo de cooperación horizontal no significa que esté permitido en virtud del artículo 101²¹. Las empresas continúan sujetas al artículo 101 si la legislación nacional se limita meramente a fomentar o facilitar su comportamiento autónomo contrario a la competencia. En ciertos casos, las autoridades públicas incitan a las empresas a firmar acuerdos de cooperación horizontal para lograr un objetivo de interés público mediante la autorregulación.

1.2.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

1.2.3.1. Principales problemas de competencia relacionados con la cooperación horizontal

21. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, entre ellos en materia de sostenibilidad, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación. Del mismo modo, la cooperación horizontal puede ser un medio para abordar la escasez y las interrupciones de las cadenas de suministro o para reducir la dependencia de determinados productos, servicios y tecnologías.
22. No obstante, los acuerdos de cooperación horizontal también pueden limitar la competencia de varias maneras. El acuerdo puede, por ejemplo, dar lugar a una pérdida de competencia en el mercado de referencia, a un riesgo de colusión entre las partes o a problemas de exclusión contraria a la competencia.

1.2.3.2. Pérdida de competencia en el mercado de referencia

23. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden producir la pérdida de competencia entre las partes en el acuerdo. Los competidores pueden beneficiarse de la reducción de la presión competitiva resultante del acuerdo y, por lo tanto, puede resultarles rentable aumentar sus precios o perjudicar a los restantes parámetros de la competencia en el mercado.
24. Para la evaluación del acuerdo desde el punto de vista de la competencia resulta pertinente si:
 - las partes del acuerdo tienen cuotas de mercado elevadas;
 - son competidores reales o potenciales;
 - los clientes tienen posibilidades suficientes de cambiar de proveedor;

¹⁹ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, *Deutsche Telekom/Comisión*, C-280/08, EU:C:2010:603, apartados 80 y 81. Esta posibilidad se ha interpretado en sentido estricto; véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 1980, *Van Landewyck/Comisión*, asuntos acumulados 209 a 215 y 218/78, EU:C:1980:248, apartados 130-134; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, *Comisión y Francia/Ladbroke Racing*, asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P, EU:C:1997:531, apartados 33 y siguientes.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, *CIF*, C-198/01, EU:C:2003:430, apartados 54 y siguientes.

²¹ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 2006, *FNCBV y otros/Comisión (Carnes de vacuno francesas)*, asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, EU:T:2006:391, apartado 92.

- es probable que los competidores aumenten la oferta si aumentan los precios, y
- una de las partes del acuerdo es una fuerza competitiva importante.

1.2.3.3. Riesgo de colusión

25. Un acuerdo de cooperación horizontal también puede reducir la capacidad decisoria independiente de las partes y, como consecuencia, aumentar la probabilidad de que coordinen su comportamiento para alcanzar un resultado colusorio. Sin embargo, también puede hacer la coordinación más fácil, más estable o más efectiva para partes que ya se coordinaban antes, al reforzar dicha coordinación o permitir a las partes alcanzar precios aún más elevados. La cooperación horizontal puede llevar, por ejemplo, a la divulgación de información estratégica, lo que aumenta la probabilidad de coordinación entre las partes dentro o fuera del ámbito de la cooperación. Además, las partes pueden lograr unos costes comunes considerables (es decir, la proporción de costes variables comunes a las partes), de tal modo que puedan coordinar más fácilmente los precios de mercado y la producción.
26. Para la evaluación del acuerdo desde el punto de vista de la competencia resulta pertinente si:
 - las partes del acuerdo tienen cuotas de mercado elevadas;
 - son competidores reales o potenciales;
 - las características del mercado favorecen la coordinación;
 - el ámbito de cooperación representa una elevada proporción de los costes variables de las partes en un mercado determinado; y
 - las partes combinan en gran medida sus actividades en el ámbito de cooperación; así puede ocurrir, por ejemplo, si fabrican o compran conjuntamente un bien intermedio importante o si fabrican o distribuyen conjuntamente una parte considerable de su producción total de un producto final.

1.2.3.4. Exclusión

27. Algunos acuerdos de cooperación horizontal, por ejemplo los de producción y estandarización, también pueden plantear problemas de exclusión contraria a la competencia. A través de medios contrarios a la competencia, se impediría entonces a los competidores competir de manera efectiva, por ejemplo, mediante la denegación del acceso a un insumo importante o el bloqueo de una ruta importante al mercado. El intercambio de datos comerciales confidenciales o de información comercial confidencial también puede situar a los competidores no participantes en el sistema de intercambio en una situación de desventaja competitiva significativa con respecto a las empresas que sí participan.

1.2.4. Restricciones de la competencia por el objeto

28. Algunos tipos de cooperación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia²². En tales casos, cuando se haya demostrado que dicho

²² Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartados 49-50.

comportamiento tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o potenciales en el mercado²³.

29. Para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que un acuerdo de cooperación horizontal *pueda* producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, el acuerdo solo tiene que ser concretamente apto, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior²⁴.
30. Para concluir que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario que exista un vínculo directo entre el acuerdo y los precios al consumo²⁵. El artículo 101 tiene por objeto proteger no solo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal²⁶.
31. El concepto de restricción de la competencia «por el objeto» puede aplicarse a prácticas respecto de las cuales, tras un examen individual y detallado, se demuestra que presentan un grado suficiente de nocividad para la competencia²⁷.
32. Para evaluar si un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, se tienen en cuenta los siguientes elementos:
 - el contenido del acuerdo,
 - los objetivos que pretende alcanzar,
 - el contexto económico y jurídico en el que se inscribe.
33. A la hora de apreciar dicho contexto jurídico y económico, también es necesario tener en cuenta²⁸:
 - la naturaleza de los bienes o servicios afectados,
 - las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes²⁹.

²³ Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610, apartado 55; la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development y Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, apartado 16; la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 29 y siguientes; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartado 77.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 31.

²⁵ El precio es uno de los parámetros de la competencia, además de parámetros como la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 38 y 39; y sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 125.

²⁷ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2021, Sun Pharmaceutical Industries y Ranbaxy (UK)/Comisión, C-586/16 P, EU:C:2021:241, apartado 86.

²⁸ Respecto a los acuerdos sobre los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya haya declarado que constituyen infracciones especialmente graves de las normas de competencia, el análisis del contexto jurídico y económico puede limitarse a lo estrictamente necesario para concluir que existe una restricción de la competencia por el objeto; véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión, C-373/14 P, EU:C:2016:26, apartado 29.

²⁹ Véanse además la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 53; la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015,

34. Cuando las partes invoquen posibles efectos favorables a la competencia vinculados al acuerdo, que no solo deben quedar probados y ser pertinentes, sino también ser inherentes al acuerdo en cuestión y suficientemente importantes, la Comisión los tendrá debidamente en cuenta³⁰.
35. La *intención* de las partes no constituye un factor necesario para determinar el objeto contrario a la competencia de un acuerdo, pero puede tenerse en cuenta³¹.

1.2.5. Efectos restrictivos de la competencia

36. Aunque un acuerdo de cooperación horizontal no revele por sí mismo un grado suficiente de nocividad para la competencia, puede seguir teniendo efectos restrictivos de la competencia. Para que un acuerdo de cooperación horizontal tenga efectos restrictivos de la competencia, debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos o la innovación. Para determinar si tal es el caso, es preciso examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir ese acuerdo³². El acuerdo puede tener efectos restrictivos cuando reduce de forma apreciable la competencia entre las empresas que son partes del acuerdo o entre cualquiera de ellas y terceros³³.
37. Para evaluar si un acuerdo tiene efectos restrictivos, son pertinentes los siguientes elementos:
- la naturaleza y el contenido del acuerdo;
 - el marco concreto en el que se inscribe la cooperación, especialmente el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes³⁴;
 - hasta qué punto las partes, individual o conjuntamente, tienen o consiguen cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, el

Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 117; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2020, Budapest Bank y otros, C-228/18, EU:C:2020:265, apartado 51.

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 103-107.

³¹ Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11, EU:C:2013:160, apartado 37; sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 54; y sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 118.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 118; sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2018, Krka/Comisión, T-684/14, EU:T:2018:918, apartado 315; y sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 166.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartado 88; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 51.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 116 y la jurisprudencia en ella citada.

mantenimiento o el fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso de este³⁵;

- los efectos restrictivos de la competencia pueden ser reales y potenciales, pero, en cualquier caso, deben ser suficientemente apreciables³⁶.

38. A veces, las empresas celebran acuerdos de cooperación horizontal porque no podrían llevar a cabo de forma independiente el proyecto o la actividad objeto de la cooperación con arreglo a factores objetivos, por ejemplo, debido a las limitadas capacidades técnicas de las partes. Normalmente, tales acuerdos de cooperación horizontal no producirán efectos restrictivos de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1, a menos que las partes hubieran podido llevar a cabo el proyecto con unas restricciones menos estrictas³⁷.

1.2.6. Restricciones accesorias

39. Un acuerdo de cooperación horizontal que cumpla lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, puede seguir restringiendo la autonomía comercial de las partes de dicho acuerdo. Tal «restricción accesoria» también puede ser conforme en sí misma con el artículo 101, apartado 1, si es objetivamente necesaria para aplicar el acuerdo de cooperación horizontal y es proporcionada a los objetivos de este³⁸. En tales casos, es preciso examinar si el acuerdo sería imposible de ejecutar de no existir la restricción en cuestión³⁹. Por el hecho de que la operación o la actividad en cuestión sea simplemente más difícil de realizar, o genere menos beneficios sin la restricción en cuestión, esta restricción no se torna «objetivamente necesaria» y, por tanto, accesoria⁴⁰.

1.2.7. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

40. La evaluación de las restricciones de la competencia por el objeto y por el efecto con arreglo al artículo 101, apartado 1, tan solo constituye uno de los aspectos del análisis. El otro, reflejado en el artículo 101, apartado 3, es la evaluación de los

³⁵ Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener rentablemente durante un período de tiempo unos precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener rentablemente durante un período de tiempo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia. 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 infracción en virtud del artículo 102, que exige un grado considerable de poder de mercado.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 52.

³⁷ Véase, asimismo, el apartado 18 de las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 89; sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, Remia/Comisión, C-42/84, EU:C:1985:327, apartados 19 y 20; sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, Pronuptia, C-161/84, EU:C:1986:41, apartados 15-17; sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, Gøttrup-Klim y otros Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselskab, C-250/92, EU:C:1994:413, apartado 35; y sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1995, Oude Luttikhuis y otros/Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco, C-399/93, EU:C:1995:434, apartados 12-15.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 91.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 91.

efectos favorables a la competencia que puedan tener los acuerdos restrictivos⁴¹. Cuando, en un caso concreto, se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia por el objeto o por el efecto a efectos del artículo 101, apartado 1, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3 de dicho artículo. Según el artículo 2 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 Tratado⁴², la carga de la prueba de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen el amparo de esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia⁴³.

41. La aplicación de la excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se supedita a cuatro condiciones acumulativas, dos de ellas positivas y otras dos negativas:
- los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, es decir deben generar mejoras de eficiencia;
 - las restricciones deben ser indispensables para alcanzar esos objetivos, es decir, las mejoras de eficiencia;
 - debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, es decir, las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, logradas mediante las restricciones indispensables deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo; por lo tanto, no basta con que las eficiencias solo beneficien a las partes del acuerdo; a efectos de las presentes Directrices, el concepto de «consumidores» abarca los clientes, potenciales o reales, de las partes del acuerdo⁴⁴; y
 - el acuerdo no debe ofrecer a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.
42. El REC I+D y el REC de especialización se basan en el artículo 101, apartado 3. Estos Reglamentos parten de la premisa de que la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios puede ser fuente de eficiencias sustanciales en los acuerdos de I+D y de especialización. Esta situación también puede presentarse en otros tipos de acuerdos de cooperación horizontal. Por consiguiente, el análisis de las eficiencias de un acuerdo individual de conformidad con el artículo 101, apartado 3, trata en gran parte de identificar los conocimientos técnicos y los activos complementarios que cada una de las partes aporta al acuerdo y de evaluar si las eficiencias resultantes son tales que se cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3.

⁴¹ El enfoque general respecto a la aplicación del artículo 101, apartado 3, se expone en las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

⁴² DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

⁴³ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610, apartados 93-95.

⁴⁴ Pueden consultarse más detalles sobre el concepto de «consumidor» en el apartado 84 de las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

La complementariedad puede surgir de los acuerdos de cooperación horizontal de diferentes maneras. Un acuerdo de I+D puede reunir distintas capacidades de investigación y combinar conocimientos técnicos y activos complementarios gracias a los cuales se desarrollen y comercialicen productos y tecnologías nuevos o mejorados que sin el acuerdo no se habrían logrado. Otros acuerdos de cooperación horizontal pueden permitir a las partes aunar fuerzas para diseñar, producir y comercializar productos o adquirir conjuntamente productos o servicios que puedan necesitar para sus operaciones.

43. Los acuerdos de cooperación horizontal que no implican la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios tienen menos probabilidades de generar mejoras de eficiencia que benefician a los consumidores. Estos acuerdos pueden reducir la duplicación de ciertos costes, por ejemplo porque se pueden eliminar ciertos costes fijos. Sin embargo, por lo general es menos probable que este ahorro de costes fijos dé lugar a beneficios para los consumidores que el ahorro de, por ejemplo, costes variables o marginales.
- 1.2.8. *Acuerdos de cooperación horizontal generalmente excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1*
44. 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 1⁴⁵. 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 lo sucesivo, las «Directrices relativas al efecto sobre el comercio»)⁴⁶, 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 lo sucesivo, la «Comunicación de minimis»)⁴⁷. 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.
45. 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 graves⁴⁸. De acuerdo con dicha presunción, los acuerdos de cooperación horizontal no pueden, en principio, afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros cuando:

⁴⁵ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, apartados 16 y 17 y la jurisprudencia en ella citada.

⁴⁶ DO C 101 de 27.4.2004, p. 81.

⁴⁷ DO C 291 de 30.8.2014, p. 1.

⁴⁸ Directrices relativas al efecto sobre el comercio, apartado 50.

- la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia de la Unión afectado por el acuerdo no sea superior al 5 %, y
 - el volumen de negocios total anual en la Unión de las empresas interesadas correspondiente a los productos cubiertos por el acuerdo no sea superior a 40 millones EUR⁴⁹.
 - En el caso de los acuerdos relativos a la compra conjunta de productos, el volumen de negocios pertinente será el conjunto de las compras de las partes de los productos cubiertos por el acuerdo. La Comisión puede refutar la presunción si un análisis de las características del acuerdo y de su contexto económico demuestra lo contrario.
46. Como se establece en la Comunicación *de minimis*, los acuerdos de cooperación horizontal celebrados entre competidores reales o potenciales no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, cuando la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo⁵⁰. 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 partes⁵¹. 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 competencia⁵². En segundo lugar, el umbral de cuota de mercado del 10 % se reduce al 5 % cuando, en un mercado de referencia, la competencia se ve restringida por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos⁵³.
47. Además, no se presume que los acuerdos horizontales celebrados por empresas de las que una o varias tienen una cuota de mercado individual superior al 10 % 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 competencia⁵⁴. Por tanto, deben ser evaluados en su contexto jurídico y económico. Las presentes Directrices comprenden criterios para la evaluación individual de tales acuerdos.

1.3. Relación con otras orientaciones y actos legislativos

48. Los acuerdos celebrados entre empresas situadas en niveles distintos de las cadenas de producción o distribución, es decir, los acuerdos verticales, se rigen en principio por el Reglamento (UE) n.º .../2022 de la Comisión, de XX de abril de 2022, 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

⁴⁹ Directrices relativas al efecto sobre el comercio, apartado 52.

⁵⁰ Comunicación *de minimis*, apartado 8.

⁵¹ Véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, Völk/Vervaecke, C-5/69, EU:C:1969:35; la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 1971, Cadillon/Höss, C-1/71, EU:C:1971:47; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998, Javico/Yves Saint Laurent Parfums, C-306/96, EU:C:1998:173, apartados 16 y 17.

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, apartado 37.

⁵³ Comunicación *de minimis*, apartado 10.

⁵⁴ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995, Langnese-Iglo/Comisión, T-7/93, EU:T:1995:98, apartado 98.

concertadas⁵⁵ [en lo sucesivo, el «Reglamento (UE) n.º .../2022» o «RECAV»] y por la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices sobre restricciones verticales (en lo sucesivo, las «Directrices verticales»)⁵⁶. No obstante, puesto que los acuerdos verticales, por ejemplo, los de distribución, se celebran entre competidores, los efectos del acuerdo sobre el mercado y los posibles problemas de competencia pueden ser similares a los de los acuerdos horizontales. Por lo tanto, los acuerdos verticales entre competidores se incluyen en el ámbito de aplicación de las presentes Directrices⁵⁷. Cuando también sea necesario evaluar tales acuerdos conforme al RECAV y las Directrices verticales, se indicará específicamente en el capítulo pertinente de las presentes Directrices. Si no existe tal indicación, solo se aplicarán las presentes Directrices a los acuerdos verticales entre competidores.

49. Cuando las presentes Directrices hagan alusión al mercado de referencia: la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia de la Unión (en lo sucesivo, la «Comunicación sobre la definición de mercado») puede proporcionar orientaciones en relación con las normas, los criterios y los elementos de prueba que la Comisión emplea al plantearse las cuestiones relativas a la definición de mercado⁵⁸. Por lo tanto, el mercado de referencia a efectos de la aplicación del artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal 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 Unión en materia de competencia.
50. Si bien las presentes Directrices contienen ciertas referencias a los carteles, no pretenden ofrecer orientación alguna en cuanto a lo que constituye o no un cartel según lo definido por la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
51. Las presentes Directrices se aplican a los tipos más habituales de acuerdos de cooperación horizontal con independencia del nivel de integración que impliquen, con excepción de las operaciones que constituyan una concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento(CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas⁵⁹ (en lo sucesivo, el «Reglamento de concentraciones»), como sería el caso, por ejemplo, de las empresas

⁵⁵ [...].

⁵⁶ [...].

⁵⁷ Esto no se aplica cuando los competidores celebren un acuerdo vertical no recíproco y: i) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de fabricación, o ii) el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no sea una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales. Estos acuerdos se evalúan exclusivamente con arreglo al RECAV y las Directrices verticales (véase el artículo 2, apartado 4, del RECAV).

⁵⁸ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5).

⁵⁹ DO L 24 de 29.1.2004, p. 1.

en participación que desempeñen de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma («empresas en participación con plenas funciones»)⁶⁰.

52. Las presentes Directrices no se aplican a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de productores de productos agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios y cuyo objetivo sea aplicar una norma de sostenibilidad superior a la exigida por el Derecho de la Unión o el nacional, y que estén exentos de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, en virtud del artículo 210 *bis* del Reglamento (UE) n.º 1308/2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios⁶¹. Las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de las Directrices que la Comisión publicará de conformidad con el artículo 210 *bis*, apartado 5, de dicho Reglamento. No obstante, estarán sujetos al artículo 101, apartado 1, los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de productores de productos agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios que no cumplan las condiciones del artículo 210 *bis*.
53. La evaluación con arreglo al artículo 101 tal como se describe en las presentes Directrices no será óbice para la posible aplicación paralela del artículo 102 del Tratado a los acuerdos de cooperación horizontal⁶².
54. Las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda dar a la aplicación del artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal.
55. Las presentes Directrices sustituyen a las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal⁶³ publicadas por la Comisión en 2011 y no se aplicarán cuando rijan normas sectoriales específicas, como puede ser el caso de ciertos acuerdos relativos a la agricultura⁶⁴ o el transporte⁶⁵. La Comisión continuará

⁶⁰ Véase el artículo 3, apartado 4, del Reglamento de concentraciones. No obstante, al evaluar si existe una empresa en participación con plenas funciones, la Comisión examina si la empresa en participación es autónoma desde el punto de vista operativo. Esto no significa que goce de autonomía con respecto a sus sociedades matrices a la hora de adoptar sus decisiones estratégicas [véase la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 95 de 16.4.2008, p. 1), apartados 91 a 109 (en lo sucesivo, la «Comunicación consolidada sobre cuestiones jurisdiccionales»)]. Por otra parte, también cabe recordar que si la creación de una empresa en participación que constituya una concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento de concentraciones tiene por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará con arreglo al artículo 101 del Tratado (véase el artículo 2, apartado 4, del Reglamento de concentraciones).

⁶¹ Reglamento (UE) n.º 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 922/72, (CEE) n.º 234/79, (CE) n.º 1037/2001 y (CE) n.º 1234/2007 del Consejo (DO L 347 de 20.12.2013, p. 671), en su versión modificada por el Reglamento (UE) 2017/2117 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021 (DO L 435 de 6.12.2021, p. 262).

⁶² Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, Tetra Pak/Comisión, T-51/89, Rec. 1990, p. II-00309, EU:T:1990:41, apartados 25 y siguientes.

⁶³ DO C 11 de 14.1.2011, p. 1.

⁶⁴ Reglamento (CE) n.º 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas (DO L 214 de 4.8.2006, p. 7).

⁶⁵ Reglamento (CE) n.º 169/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO

controlando el funcionamiento del REC I+D y el REC de especialización, así como las presentes Directrices, basándose en información del mercado facilitada por los interesados y por las autoridades nacionales de competencia, y podrá revisar las Directrices en función de la futura evolución de los acontecimientos y de las perspectivas.

2. ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

2.1. Introducción

56. El objetivo del presente capítulo es proporcionar orientaciones sobre el ámbito de aplicación y la evaluación desde el punto de vista de la competencia de los acuerdos de I+D.
57. Los acuerdos de I+D pueden variar, tanto en su forma como en su ámbito de aplicación. Abarcan los acuerdos de subcontratación de algunas actividades de I+D, los acuerdos que cubren la mejora en común de las tecnologías existentes y la cooperación en cuanto a investigación, desarrollo y comercialización de productos completamente nuevos. La cooperación en I+D puede adoptar la forma de un acuerdo de cooperación o de cooperación en el seno de una empresa controlada conjuntamente⁶⁶. También abarca la cooperación entre competidores mediante formas menos rígidas, como la cooperación técnica en grupos de trabajo.
58. Los acuerdos de I+D pueden celebrarlos grandes empresas, pymes⁶⁷, centros académicos o institutos de investigación, o cualquier combinación de ellos⁶⁸.
59. La cooperación en I+D puede afectar no solo a la competencia en los mercados de productos o tecnologías ya existentes, sino también a la competencia en el ámbito de la innovación.
60. A efectos del REC I+D y del presente capítulo de las Directrices, el término «competencia en el ámbito de la innovación»⁶⁹ se refiere a los esfuerzos de I+D orientados a nuevos productos o tecnologías, que crean su propio nuevo mercado⁷⁰, y a los polos de I+D, es decir, los esfuerzos de I+D dirigidos principalmente a una finalidad u objetivo específico derivados del acuerdo de I+D⁷¹. La finalidad o el objetivo específico de un polo de I+D todavía no puede definirse como un producto o

L 61 de 5.3.2009, p. 1); Reglamento (CE) n.º 246/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios) (DO L 79 de 25.3.2009, p. 1); y Reglamento (CE) n.º 906/2009 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2009, sobre la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios) (DO L 256 de 29.9.2009, p. 31), modificado en último lugar por el Reglamento (UE) 2020/436 de la Comisión, de 24 de marzo de 2020 (DO L 90 de 25.3.2020, p. 1); Directrices sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los servicios de transporte marítimo (DO C 245 de 26.9.2008, p. 2).

⁶⁶ Véanse los apartados 51 («empresas en participación con plenas funciones») y 13 («responsabilidad por una infracción del artículo 101, apartado 1») de las presentes Directrices.

⁶⁷ Tal como se define en el 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. 36).

⁶⁸ También las empresas emergentes.

⁶⁹ Véase el REC I+D, artículo 1, apartado 1, punto 18, relativo a las partes del acuerdo, y el apartado 1, punto 19, relativo a terceras partes.

⁷⁰ Artículo 1, apartado 1, punto 7, del REC I+D.

⁷¹ Artículo 1, apartado 1, punto 8, del REC I+D.

una tecnología o implica un objetivo sustancialmente más amplio que un producto o tecnología determinado en un mercado específico.

61. La evaluación de los acuerdos de I+D con arreglo al artículo 101, apartado 1, se trata en la sección 2.3 de las presentes Directrices. Los acuerdos de I+D pueden beneficiarse de la salvaguardia regulatoria establecida por el REC I+D⁷². La exención por categorías se basa en la consideración de que, en la medida en que los acuerdos de I+D entren dentro del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y cumplan los criterios establecidos en el REC I+D, normalmente cumplirán las cuatro condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3. En la sección 2.4 de las presentes Directrices se describen los acuerdos cubiertos por el REC I+D. Las condiciones para la exención de los acuerdos de I+D se explican en la sección 2.5, sobre las condiciones para la exención. Las restricciones especialmente graves y excluidas descritas en la sección 2.6 de las presentes Directrices tienen por objeto garantizar que solo los acuerdos restrictivos que quepa esperar razonablemente que cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3, se beneficien de la exención prevista en el artículo 2 del REC I+D.
62. La salvaguardia regulatoria 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 lo sucesivo, la «ANC») 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 Tratado⁷³ (véase la sección 2.7 de las presentes Directrices).
63. Cuando la salvaguardia regulatoria prevista en el REC I+D no sea aplicable a un acuerdo de I+D, se debe examinar si en el caso individual de que se trate ese acuerdo de I+D 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; este aspecto se describe en la sección 2.8 de las presentes Directrices, mientras que en la sección 2.9 se establece el momento pertinente para realizar la evaluación.

2.2. Mercados de referencia

64. La Comunicación sobre la definición de mercado ofrece orientaciones sobre las normas, los criterios y los elementos de prueba que la Comisión emplea al plantearse las cuestiones relativas a la definición de mercado⁷⁴. Por lo tanto, el mercado de referencia a efectos de la aplicación del artículo 101 a los acuerdos de I+D debe definirse sobre la base de dichas orientaciones o de cualquier otra orientación futura relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la legislación de la Unión en materia de competencia, según proceda.
65. Con arreglo al REC I+D, un mercado de producto o tecnológico de referencia es el mercado de los productos o las tecnologías susceptibles de ser mejorados, sustituidos o reemplazados por los productos o tecnologías considerados en el contrato⁷⁵.

⁷² Reglamento (UE) n.º [...] de la Comisión, de [...] de diciembre de 2022, 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.

⁷³ DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

⁷⁴ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).

⁷⁵ Artículo 1, apartado 1, puntos 21 y 22, del REC I+D.

2.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

2.3.1. Principales problemas de competencia

66. Los acuerdos de I+D pueden dar lugar a diversos problemas de competencia; concretamente, pueden limitar directamente la competencia entre las partes o dar lugar a una exclusión de terceros contraria a la competencia o a un resultado colusorio en el mercado.
67. Cuando la cooperación en I+D **limita o restringe directamente la competencia entre las partes o facilita un resultado colusorio en el mercado**, puede dar lugar a precios más elevados, a menos posibilidades de elección para los consumidores o a una calidad más baja de los productos o las tecnologías. Esto también podría traducirse en una reducción o ralentización de la innovación y, por tanto, en la llegada al mercado de menos productos o tecnologías o de peor calidad. También puede hacer que los productos o tecnologías lleguen al mercado más tarde de lo que llegarían en caso contrario.
68. **La exclusión de terceros contraria a la competencia** puede producirse, en particular, cuando al menos una de las partes del acuerdo de I+D tiene derecho a la explotación exclusiva de los resultados de la I+D y al menos una de las partes tiene un grado significativo de poder de mercado.

2.3.2. Restricciones de la competencia por el objeto

69. Los acuerdos relativos a la I+D restringen la competencia por el objeto si su finalidad primordial no es la I+D, sino que se utilizan como instrumento para constituir un cartel o incurrir en otras infracciones por su objeto con arreglo al artículo 101, apartado 1, como la fijación de precios, la limitación de la producción, el reparto de mercados o las restricciones del desarrollo técnico.
70. Un acuerdo de I+D puede restringir el desarrollo técnico cuando, en lugar de cooperar para impulsar el progreso técnico y económico, las partes se sirven de la cooperación en I+D para a) impedir o retrasar la entrada en el mercado de productos o tecnologías, b) coordinar las características de los productos o tecnologías que no estén cubiertos por el acuerdo de I+D, o c) limitar el potencial de un producto o tecnología desarrollado conjuntamente cuando introduzcan dicho producto o tecnología individualmente en el mercado.

2.3.3. Efectos restrictivos de la competencia

2.3.3.1. Introducción: acuerdos que normalmente no restringen la competencia

71. Muchos acuerdos de I+D no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, cuando son celebrados por empresas con capacidades complementarias que, de otro modo, no habrían podido llevar a cabo la I+D por sí solas.
72. Además, la cooperación en I+D entre empresas no competidoras⁷⁶ no suele dar lugar a efectos restrictivos de la competencia horizontales.
73. Las relaciones de competencia entre las partes deben analizarse en el contexto de los mercados existentes afectados⁷⁷ y en el contexto de la innovación⁷⁸.

⁷⁶ Véase su definición en el artículo 1, apartado 1, punto 20, del REC I+D.

⁷⁷ En el marco del REC I+D, véase el artículo 1, apartado 1, punto 17, del REC I+D.

⁷⁸ En el marco del REC I+D, véase el artículo 1, apartado 1, punto 18, del REC I+D.

74. Si, basándose en factores objetivos, las partes no pudieran llevar a cabo de manera independiente la I+D necesaria, el acuerdo de I+D no tendrá por lo general efectos restrictivos de la competencia. Una parte puede no ser capaz de llevar a cabo la I+D de forma independiente, por ejemplo, si tiene capacidades técnicas limitadas o un acceso limitado a financiación, trabajadores cualificados, tecnologías u otros recursos.
75. La externalización de la I+D previamente cautiva es una forma específica de cooperación en I+D. En esa situación, suelen realizar la I+D empresas especializadas, institutos de investigación o centros académicos que no se dedican a la explotación de los resultados. Se trata generalmente de acuerdos combinados con una transferencia de conocimientos técnicos o con una cláusula de suministro exclusivo de los posibles resultados. Debido al carácter complementario de las partes que cooperan (por ejemplo, en lo que respecta a sus capacidades o tecnologías) en esa situación, dichos acuerdos no suelen dar lugar a efectos restrictivos de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1.
76. La cooperación en I+D que no incluye la explotación en común de los posibles resultados mediante la concesión de licencias, la producción o la comercialización no suele producir efectos restrictivos de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, esos acuerdos de I+D pueden dar lugar a efectos contrarios a la competencia, por ejemplo, si, como consecuencia del acuerdo de I+D, la competencia en el ámbito de la innovación se reduce sensiblemente.

2.3.3.2. Poder de mercado

77. Solo es probable que los acuerdos de I+D produzcan efectos restrictivos de la competencia si las partes de la cooperación en I+D tienen poder de mercado.
78. No hay ningún umbral absoluto por encima del cual quepa suponer que un acuerdo de I+D crea o mantiene poder de mercado y por lo tanto es probable que dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, los acuerdos de I+D entre empresas que compiten por productos o tecnologías existentes están amparados por la exención prevista en el REC I+D siempre que su cuota de mercado combinada no exceda del 25 % en los mercados de producto y tecnológicos de referencia y se cumplan las demás condiciones para la aplicación de dicho Reglamento.
79. El REC I+D también cubre los acuerdos de I+D entre empresas competidoras en innovación. Estos acuerdos están amparados por la exención prevista en el REC I+D siempre que haya tres o más esfuerzos competidores en materia de I+D⁷⁹, además de los de las partes del acuerdo y comparables a ellos. Las demás condiciones para la aplicación del REC I+D también deberán cumplirse. Sin perjuicio de estas condiciones, es poco probable que un acuerdo entre empresas competidoras en

⁷⁹ En el artículo 1, apartado 1, punto 19, del REC I+D se define «esfuerzo competidor en materia de I+D» como «un esfuerzo de I+D en el que participa un tercero, solo o en cooperación con otros terceros, o en el que un tercero puede participar y probablemente participe de forma independiente, y que se refiere a: a) la investigación y el desarrollo de los mismos productos y/o tecnologías nuevos o probablemente sustituibles que los cubiertos por el acuerdo de I+D; o b) los polos de I+D que persiguen esencialmente la misma finalidad u objetivo que los cubiertos por el acuerdo de I+D. Estos terceros deben ser independientes de las partes del acuerdo de I+D».

innovación⁸⁰ tenga efectos restrictivos en el mercado interior, dado que es probable que las partes no puedan mantener rentablemente la innovación durante un período más prolongado por debajo de niveles que permitirían el juego de la competencia.

80. Cuanto más fuerte es la posición combinada de las partes en los mercados existentes o menor es el número de esfuerzos competidores en materia de I+D, además de los de las partes y comparables a ellos, más probable es que el acuerdo de I+D pueda causar efectos restrictivos de la competencia⁸¹.

2.3.3.3. I+D destinada a mejorar, sustituir o reemplazar productos o tecnologías existentes

81. Si la I+D se destina a **mejorar** productos o tecnologías existentes, los posibles efectos derivados se refieren al mercado o mercados de referencia de estos productos o tecnologías existentes. No obstante, los efectos sobre los precios, la producción, la calidad o la variedad de los productos o el desarrollo tecnológico en los mercados existentes solo son probables si las partes tienen conjuntamente una posición de fuerza, si la entrada en estos mercados es difícil y si solo quedan escasos competidores. Además si las actividades de I+D solo afectan a un insumo relativamente secundario incluido en la composición de un producto final, los efectos de exclusión de ese producto final serán, suponiendo que los haya, muy limitados.
82. Si la I+D se destina a **sustituir o reemplazar** un producto o tecnología existente, los posibles efectos derivados pueden referirse a la ralentización del desarrollo del producto o la tecnología de sustitución. Este es el caso, en particular, si las partes tienen poder de mercado en el mercado de producto o tecnológico existente y son además las únicas involucradas en la I+D destinada a desarrollar un sustituto de ese producto o tecnología existente. Es posible que se registren efectos similares si una de las principales empresas de un mercado existente coopera con un competidor mucho más pequeño o con un competidor potencial que está a punto de hacer su aparición en el mercado con un producto o una tecnología que puede amenazar la posición de la empresa ya existente.
83. Si las partes también incluyen en su acuerdo la explotación en común (por ejemplo, la producción o distribución) de los productos o tecnologías considerados en el contrato, los efectos sobre la competencia deben examinarse con mayor detenimiento. Concretamente, si las partes son competidores fuertes, es más probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia en forma de aumento de los precios o reducción de la producción en los mercados existentes. No obstante, si la explotación en común solo tiene lugar mediante la concesión de licencias a terceros, no es probable que se produzcan efectos restrictivos tales como problemas de exclusión del mercado.

⁸⁰ En el artículo 1, apartado 1, punto 18, del REC I+D se define «empresa competidora en innovación» como «una empresa que no compite por un producto y/o tecnología existente y que participa de forma independiente o, de no existir el acuerdo de I+D, podría emprender y es probable que emprendiera de forma independiente esfuerzos de I+D relativos a: a) la investigación y el desarrollo de los mismos productos y/o tecnologías nuevos o probablemente sustituibles que los cubiertos por el acuerdo de I+D; o b) los polos de I+D que persiguen esencialmente la misma finalidad u objetivo que los cubiertos por el acuerdo de I+D.

⁸¹ Sin perjuicio del análisis de las posibles mejoras de eficiencia, incluidas aquellas que existen normalmente en la I+D cofinanciada con fondos públicos.

2.3.3.4. Polos de I+D y esfuerzos de I+D dirigidos a un producto o tecnología que cree un nuevo mercado

84. A efectos del presente capítulo, los esfuerzos de I+D que se refieren a la I+D orientada a nuevos productos o tecnologías, así como los polos de I+D, se incluyen en el concepto de competencia en el ámbito de la innovación.
85. Un nuevo producto o tecnología no se limita a mejorar, sustituir o reemplazar productos o tecnologías existentes. La demanda del nuevo producto o tecnología creará, en caso de llegar a aparecer, un nuevo mercado aparte.
86. Los polos de I+D son esfuerzos de I+D dirigidos principalmente a una finalidad u objetivo específico. La finalidad o el objetivo específico de un polo de I+D todavía no puede definirse como un producto o una tecnología o implica un objetivo sustancialmente más amplio que los productos o tecnologías en un mercado específico.
87. En el marco de estos esfuerzos de I+D, los efectos sobre el precio y la producción en los mercados existentes son bastante poco probables en el momento de efectuar la evaluación de la cooperación en I+D, ya que todavía no puede determinarse que el esfuerzo de I+D tiene por objeto un producto o una tecnología. Por consiguiente, el análisis deberá centrarse en las posibles restricciones de la competencia en el ámbito de la innovación y que afecten, por ejemplo, a la calidad y diversidad de los posibles futuros productos o tecnologías o a la rapidez o el nivel de la innovación. Estos efectos restrictivos pueden producirse cuando dos o más de las pocas empresas que llevan a cabo de forma independiente (por ejemplo) la I+D de un nuevo producto (en particular, cuando se encuentran en una fase próxima al lanzamiento del nuevo producto) empiezan a cooperar en lugar de desarrollar el nuevo producto por separado. Dichos efectos son normalmente resultado directo de la cooperación entre las partes.
88. Incluso un acuerdo puro de I+D puede restringir la innovación. Sin embargo, en general es poco probable que la cooperación en I+D relativa a nuevos productos o tecnologías o a polos de I+D dé lugar a efectos restrictivos de la competencia, a menos que solo exista un número limitado de esfuerzos competidores en materia de I+D además de los de las partes de la cooperación en I+D.

2.4. Acuerdos cubiertos por el REC I+D

89. La exención prevista en el REC I+D cubre aquellos acuerdos de I+D respecto de los cuales quepa presumir con suficiente certeza que cumplen los requisitos del artículo 101, apartado 3⁸².
90. El REC I+D cubre los acuerdos de I+D suscritos entre dos o más partes que se refieran a las condiciones en las que estas partes persigan⁸³:
 - a) la I+D en común de productos o tecnologías considerados en el contrato que incluya o excluya la explotación en común de los resultados de dicha I+D; o

⁸² El Reglamento (CEE) n.º 2821/71 faculta a la Comisión, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, para eximir por categorías mediante reglamento aquellos acuerdos que tengan por objeto la I+D de productos, tecnologías o procesos hasta la fase de la aplicación industrial, así como la explotación de resultados, incluidas las disposiciones relativas al derecho de propiedad intelectual.

⁸³ Artículo 1, apartado 1, punto 1, del REC I+D.

- b) la I+D remunerada de productos o tecnologías considerados en el contrato que incluya o excluya la explotación en común de los resultados de dicha I+D; o
 - c) la explotación en común de los resultados de la I+D de productos o tecnologías considerados en el contrato efectuada en virtud de un acuerdo previamente suscrito entre las mismas partes que persiga la I+D en común [tal como se define en la letra a) anterior]; o
 - d) la explotación en común de los resultados de la I+D de productos o tecnologías considerados en el contrato efectuada en virtud de un acuerdo previamente suscrito por las mismas partes que persiga la I+D remunerada [tal como se define en la letra b) anterior].
91. El REC I+D distingue entre productos considerados en el contrato y tecnologías consideradas en el contrato:
- a) por «producto considerado en el contrato»⁸⁴ se entiende un producto⁸⁵ derivado de las actividades de I+D en común o remuneradas o producido o prestado utilizando las tecnologías consideradas en el contrato; esto incluye productos obtenidos a través de un polo de I+D, así como nuevos productos⁸⁶;
 - b) por «tecnología considerada en el contrato»⁸⁷ se entiende una tecnología o procedimiento derivado de las actividades de I+D en común o remuneradas; esto incluye las tecnologías o procedimientos obtenidos a través de un polo de I+D, así como las nuevas tecnologías o procedimientos.
92. En el marco del REC I+D, el concepto de «investigación y desarrollo» se refiere a actividades destinadas a la adquisición de conocimientos técnicos sobre productos, tecnologías o procedimientos nuevos o existentes, la realización de análisis teóricos, de estudios o de experimentos sistemáticos, incluidas la producción experimental y las pruebas técnicas de productos o de procedimientos, la realización de las instalaciones necesarias y la obtención de los derechos de propiedad intelectual correspondientes.
- 2.4.1. *Distinción entre «I+D en común» e «I+D remunerada» y concepto de «especialización en el contexto de la I+D»*
93. El REC I+D distingue entre «I+D en común» e «I+D remunerada».
94. Cuando las partes persiguen la **I+D en común**, su acuerdo puede prever una de las siguientes maneras de llevar a cabo las actividades de I+D⁸⁸:
- a) las actividades de I+D las realiza un equipo, una entidad o una empresa común;
 - b) las partes confían en común a un tercero las actividades de I+D; o

⁸⁴ Artículo 1, apartado 1, punto 6, del REC I+D.

⁸⁵ A efectos del REC I+D, se entiende por «producto» un bien o un servicio, incluidos tanto los bienes o servicios intermedios como los finales (artículo 1, apartado 1, punto 4, del REC I+D).

⁸⁶ A efectos del REC I+D, «nuevo producto o tecnología» es un producto, tecnología o procedimiento que todavía no existe en el momento de la celebración del acuerdo de I+D contemplado en el artículo 1, apartado 1, punto 1, letras a) o b), del REC I+D y que, en caso de surgir, creará su propio nuevo mercado y no mejorará, sustituirá o reemplazará a un producto, tecnología o procedimiento existente (artículo 1, apartado 1, punto 7, del REC I+D).

⁸⁷ Artículo 1, apartado 1, punto 5, del REC I+D.

⁸⁸ Artículo 1, apartado 1, punto 12, del REC I+D.

- c) las partes se reparten las actividades entre ellas en función de una «especialización en el contexto de la I+D»; esto significa que cada una de las partes interviene en las actividades de I+D y estas se dividen la labor de I+D de la manera que estimen más adecuada; no se incluye aquí la I+D remunerada⁸⁹.
95. Por **I+D remunerada** se entiende la I+D que al menos una de las partes lleva a cabo mientras al menos otra parte la financia, pero no realiza propiamente ninguna de las actividades de I+D (la parte financiadora).
96. La distinción entre I+D en común e I+D remunerada en el REC I+D es pertinente a efectos del cálculo de las cuotas de mercado. Por lo que respecta a la I+D remunerada, las partes también deberán incluir los acuerdos de I+D que celebre la parte financiadora con terceros en relación con los mismos productos o tecnologías considerados en el contrato a efectos del cálculo de las cuotas de mercado combinadas; véase la sección 2.5.4.2.
- 2.4.2. *Explotación en común de los resultados de la I+D y concepto de especialización en el contexto de la explotación en común*
97. El REC I+D cubre explícitamente los acuerdos que incluyen la explotación en común de los resultados de la I+D. No obstante, dichos acuerdos están sujetos a disposiciones específicas.
98. El **concepto de «explotación de los resultados»** es bastante amplio y abarca la fabricación o distribución de los productos considerados en el contrato o la utilización de las tecnologías consideradas en el contrato, la cesión de derechos de propiedad intelectual o la concesión de licencias correspondientes a tales derechos y la comunicación de conocimientos técnicos, con el fin de permitir esa producción o esa utilización⁹⁰.
99. En el marco del REC I+D, la explotación en común de los resultados de la I+D solo puede referirse a resultados que:
- a) sean indispensables para la fabricación de los productos considerados en el contrato o la aplicación de las tecnologías consideradas en el contrato; y
 - b) estén protegidos por derechos de propiedad intelectual o constituyan conocimientos técnicos.
100. Por el contrario, esto significa que, para poder acogerse a la exención prevista en el artículo 2 del REC I+D, el ámbito de aplicación de un acuerdo de I+D que incluya la explotación en común no puede referirse a resultados que no estén protegidos por propiedad intelectual o no constituyan conocimientos técnicos y que no sean indispensables para la fabricación de los productos considerados en el contrato o la aplicación de las tecnologías consideradas en el contrato.
101. La explotación en común de los resultados de I+D en común o remunerada puede tener lugar bien en el contexto del acuerdo de I+D **original**, bien en el contexto de un acuerdo **posterior** que cubra la explotación en común de los resultados de un acuerdo de I+D previamente suscrito por las mismas partes⁹¹. Si las partes optan por llevar a cabo la explotación en común de los resultados de un acuerdo previo de I+D en virtud de un acuerdo posterior, el acuerdo previo de I+D también debe cumplir las

⁸⁹ Artículo 1, apartado 1, punto 13, del REC I+D.

⁹⁰ Artículo 1, apartado 1, punto 9, del REC I+D.

⁹¹ Tal como se contempla en el artículo 1, apartado 1, punto 1, letras c) y d), del REC I+D.

condiciones del REC I+D para que el posterior acuerdo de explotación en común pueda acogerse a la exención prevista en el artículo 2 del REC I+D.

102. El REC I+D prevé **tres maneras distintas** de explotar en común los resultados de la I+D⁹²:

- a) en primer lugar, **las partes** pueden llevar a cabo la explotación **conjuntamente** en un equipo, una entidad o una empresa común;
- b) en segundo lugar, las partes pueden **confiar en común a un tercero** las labores de explotación;
- c) por último, las partes pueden repartirse las labores entre ellas en función de una **especialización en el contexto de la explotación**, lo que significa que⁹³:
 - i) las partes se asignan tareas individuales como la producción o la distribución; o
 - ii) se imponen restricciones en relación con la explotación de los resultados con respecto a determinados territorios, clientes o ámbitos de utilización; se incluye la hipótesis de que una sola parte produzca y distribuya los productos considerados en el contrato en virtud de la concesión de una licencia exclusiva por las otras partes.

103. Las prácticas que constituyan una especialización en el contexto de la explotación no se tratarán como restricciones especialmente graves⁹⁴. Además, cuando las partes se especialicen en el contexto de la explotación, podrán limitar en consecuencia el acceso a los resultados a efectos de dicha explotación⁹⁵. Esto significa que un acuerdo de I+D puede, por ejemplo, restringir los derechos de explotación de las partes respecto a determinados territorios, clientes o ámbitos de utilización. Si las partes acuerdan que cada una de ellas puede distribuir los productos considerados en el contrato (y, por tanto, no han optado por un modelo de distribución conjunta y no han convenido en que solo la parte que los fabrica puede distribuirlos), las partes encargadas de la fabricación de los productos considerados en el contrato en virtud de una especialización estarán obligadas a cumplir los pedidos de suministro de dichos productos de las demás partes⁹⁶.

104. Por último, como se menciona en la sección 2.5.4, si el acuerdo de I+D cubre la explotación en común de los resultados de la I+D, la exención prevista en el REC I+D se aplicará: i) mientras dure la I+D y ii) durante un período adicional de siete años a partir del momento en que los productos o tecnologías considerados en el contrato se comercialicen por primera vez en el mercado interior⁹⁷.

2.4.3. Cesión o concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual

105. La exención del REC I+D se aplica asimismo a los acuerdos que contienen disposiciones sobre la cesión de derechos de propiedad intelectual o la concesión de licencias correspondientes a tales derechos, siempre que dichas disposiciones no

⁹² Artículo 1, apartado 1, punto 12, del REC I+D.

⁹³ Artículo 1, apartado 1, punto 14, del REC I+D.

⁹⁴ Véase más adelante la sección 2.6, sobre las restricciones especialmente graves, y el artículo 8, apartado 3, letra c), del REC I+D.

⁹⁵ Artículo 3, apartado 4, del REC I+D.

⁹⁶ Artículo 5, apartado 2, del REC I+D.

⁹⁷ Véase asimismo el artículo 6, apartado 4, del REC I+D.

constituyan el objeto principal del acuerdo de I+D, pero estén directamente relacionadas con la aplicación de dichos acuerdos y sean necesarias para ello⁹⁸.

106. Esta exención se aplica a la cesión de derechos o la concesión de licencias a una o varias de las partes o a una entidad que establezcan las partes para realizar la I+D en común o remunerada o la explotación en común⁹⁹.
107. En estos casos, la cesión de derechos o la concesión de licencias estará, por tanto, sujeta a las disposiciones del REC I+D y no a las del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de transferencia de tecnología¹⁰⁰. Sin embargo, en el contexto de los acuerdos de I+D, las partes también pueden determinar las condiciones para la concesión de licencias de los resultados de la I+D a terceros. Dichos acuerdos de licencia no están cubiertos por el REC I+D, pero pueden acogerse a la exención por categorías prevista en el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de transferencia de tecnología si cumplen las condiciones establecidas en él¹⁰¹.

2.5. Condiciones para la exención en virtud del REC I+D

2.5.1. Acceso a los resultados finales

108. La primera condición para poder acogerse a la exención en virtud del REC I+D es que todas las partes tengan pleno acceso a los resultados finales de la I+D con dos finalidades¹⁰²:
- a) proseguir la investigación; y
 - b) explotar los resultados de la I+D.
109. De conformidad con el REC I+D, el pleno acceso a los resultados finales de la I+D también incluirá todos los derechos de propiedad intelectual y conocimientos técnicos resultantes, y se concederá tan pronto como se disponga de los resultados de la I+D¹⁰³.
110. Dependiendo de sus capacidades y necesidades comerciales, las partes pueden contribuir de manera desigual a su cooperación en I+D. Por lo tanto, con el fin de reflejar y compensar las diferencias en cuanto al valor o la naturaleza de las contribuciones de las partes, un acuerdo de I+D puede establecer que una de las partes debe compensar a otra por obtener acceso a los resultados a los efectos de proseguir la investigación o la explotación. La compensación no es obligatoria, pero si está prevista en el acuerdo de I+D, no debe ser tan alta como para impedir en realidad el pleno acceso a los resultados.

⁹⁸ Artículo 2, apartado 3, del REC I+D.

⁹⁹ Artículo 2, apartado 3, del REC I+D.

¹⁰⁰ 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. Véanse también los puntos 73 y 74 de las Directrices relativas a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología, 2014/C 89/03 (en lo sucesivo, las «Directrices sobre transferencia de tecnología»).

¹⁰¹ Directrices sobre transferencia de tecnología, punto 74.

¹⁰² Artículo 3 del REC I+D.

¹⁰³ Artículo 3, apartado 1, letra a), del REC I+D.

111. Para poder acogerse a una exención en virtud del REC I+D, el derecho de acceso a los resultados de la I+D **no puede limitarse** si dicho acceso es necesario para **proseguir la investigación**¹⁰⁴.
112. Sin embargo, en determinadas circunstancias, **puede restringirse** el acceso a los resultados **a efectos de la explotación** y el acuerdo de I+D puede seguir acogiéndose a la exención en virtud del REC I+D. Este es el caso de los acuerdos de I+D con las siguientes partes, que pueden acordar limitar su uso de los resultados exclusivamente a ulteriores investigaciones (y, por tanto, no para su explotación):
- a) institutos de investigación;
 - b) centros académicos; o
 - c) empresas que ejerzan actividades de I+D como un servicio comercial sin participar normalmente en la explotación de los resultados¹⁰⁵.
113. Además, el acceso a los resultados con fines de explotación también podrá limitarse cuando las partes limiten sus derechos de explotación de conformidad con el REC I+D, en particular cuando se especialicen en el contexto de la explotación¹⁰⁶. Esto implica que las partes podrán imponerse restricciones mutuamente en relación con la explotación de los resultados (por ejemplo, con respecto a determinados territorios, clientes o ámbitos de utilización).

2.5.2. Acceso a conocimientos técnicos preexistentes

114. La segunda condición para beneficiarse de la exención en virtud del REC I+D se refiere al acceso a conocimientos técnicos preexistentes. Esta condición solo se aplica a los acuerdos de I+D que excluyen la explotación en común de los resultados de la I+D y se limita a los conocimientos técnicos indispensables para la explotación de los resultados de la I+D¹⁰⁷.
115. Tales acuerdos deben estipular que cada parte tenga acceso a los conocimientos técnicos preexistentes de las demás partes si dichos conocimientos son indispensables para la explotación de los resultados por la parte. Esto no significa que las partes deban incluir todos sus conocimientos técnicos preexistentes en el ámbito de aplicación del acuerdo de I+D. Sin embargo, tendrán que determinar cuáles son los conocimientos técnicos indispensables para explotar los resultados. El acuerdo de I+D podrá prever que las partes se compensen mutuamente por el acceso a sus conocimientos técnicos preexistentes. No obstante, la compensación no deberá ser tan alta que impida en realidad ese acceso¹⁰⁸.
116. La condición de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos preexistentes se entiende sin perjuicio de la condición de facilitar el pleno acceso a los resultados de la I+D establecida en el artículo 3 del REC I+D. Esto significa que un determinado acuerdo de I+D puede, en determinadas condiciones, tener que incluir disposiciones

¹⁰⁴ El artículo 3 del REC I+D únicamente se refiere a la posibilidad de restringir el acceso en determinadas circunstancias a efectos de la explotación, que se establecen en el artículo 3, apartados 3 y 4, del REC I+D.

¹⁰⁵ Este podría ser el caso de las pymes, por ejemplo.

¹⁰⁶ Véanse la definición de «especialización en el contexto de la explotación» en el artículo 1, apartado 1, punto 14, del REC I+D y la sección 2.4 de las presentes Directrices.

¹⁰⁷ Véanse el artículo 4 del REC I+D y la sección 2.4.2 de las presentes Directrices.

¹⁰⁸ Artículo 4, apartado 2, del REC I+D.

tanto en lo que se refiere al acceso a los conocimientos técnicos preexistentes como a los resultados finales de la I+D para poder acogerse a la exención.

2.5.3. Condiciones vinculadas a la explotación en común

117. El REC I+D recoge dos condiciones adicionales referentes a la explotación en común de los resultados de la I+D. Como se indica en la sección 2.4.2, el alcance de la explotación en común debe limitarse a los resultados de la I+D que estén protegidos por derechos de propiedad intelectual o que constituyan conocimientos técnicos y que sean indispensables para la fabricación de los productos considerados en el contrato o la aplicación de las tecnologías consideradas en el contrato.
118. En segundo lugar, si las partes acuerdan que cada una de ellas puede distribuir los productos considerados en el contrato (y, por tanto, no han optado por un modelo de distribución conjunta y no han convenido en que solo la parte que los fabrica puede distribuirlos), las partes encargadas de la fabricación de los productos considerados en el contrato en virtud de una especialización estarán obligadas a servir los pedidos de suministro de dichos productos de las otras partes¹⁰⁹.

2.5.4. Umbrales, cuotas de mercado y duración de la exención

119. A efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado, cabe presumir que, por debajo de un determinado nivel de poder de mercado, los efectos positivos de los acuerdos de I+D compensarán en general cualesquiera efectos negativos sobre la competencia¹¹⁰.
120. El REC I+D se basa en dos parámetros para abarcar los acuerdos de I+D que permanecen por debajo de un determinado nivel de poder de mercado: i) un umbral para la cuota de mercado de las empresas competidoras por productos o tecnologías existentes; y ii) un umbral para las empresas competidoras en innovación basado en la existencia de un número mínimo de esfuerzos competidores en materia de I+D (tres, además de los de las partes del acuerdo de I+D).

2.5.4.1. Empresas competidoras por productos o tecnologías existentes y empresas competidoras en innovación

121. Para conocer la relación competitiva existente entre las partes, es necesario determinar si habrían podido ser empresas competidoras de no haberse celebrado el acuerdo de I+D¹¹¹.
122. En términos generales, los acuerdos entre empresas competidoras por un producto o tecnología existente y los acuerdos entre empresas competidoras en innovación suponen un mayor riesgo para la competencia que los acuerdos entre empresas que no compiten entre sí. Los acuerdos entre empresas no competidoras solo darán lugar en casos excepcionales a efectos restrictivos de la competencia horizontales¹¹².

a) Empresas competidoras por un producto y/o tecnología existente

123. A efectos del REC I+D, se entenderá por «empresa competidora por un producto y/o tecnología existente» un competidor real o potencial:

¹⁰⁹ Artículo 5, apartado 2, del REC I+D.

¹¹⁰ Considerando 5 del REC I+D.

¹¹¹ Véase asimismo la sección 2.3 del presente capítulo, sobre la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1.

¹¹² Es posible que sea necesario evaluar los efectos verticales de acuerdo con las Directrices verticales.

- a) «competidor real» se define como una empresa que suministra un producto o tecnología existente susceptible de ser mejorado, sustituido o reemplazado por el producto o la tecnología considerados en el contrato en el mercado geográfico de referencia; mientras que
 - b) «competidor potencial» se define como una empresa que, de no existir el acuerdo de I+D, probablemente realizaría en un período no superior a tres años, sobre una base realista y no como una mera posibilidad teórica, las inversiones adicionales necesarias o pagaría los costes necesarios para suministrar un producto o tecnología susceptible de ser mejorado, sustituido o reemplazado por el producto o la tecnología considerados en el contrato en el mercado geográfico de referencia.
124. La competencia potencial debe examinarse desde un punto de vista realista. Por ejemplo, las partes no podrían considerarse competidoras potenciales por el mero hecho de que la cooperación les permita realizar las actividades de I+D. La cuestión determinante consiste en saber si cada parte dispone independientemente de los medios necesarios en términos de activos físicos, conocimientos técnicos u otros recursos¹¹³.
125. Los acuerdos de I+D cubiertos por el REC I+D relativos a productos o tecnologías existentes pueden adoptar, por ejemplo, las siguientes formas:
- a) un acuerdo de I+D entre dos empresas que ya suministran un producto existente susceptible de ser mejorado, sustituido o reemplazado por el producto que surja a partir de la cooperación en I+D (competidores reales);
 - b) un acuerdo de I+D entre a) una empresa que ya suministra un producto susceptible de ser mejorado, sustituido o reemplazado por el producto considerado en el contrato (un competidor real) y b) una empresa que está llevando a cabo la I+D de un producto y que probablemente realizaría las inversiones adicionales necesarias para suministrar ese producto, susceptible de ser mejorado, sustituido o reemplazado por el producto que surja a partir de la cooperación en I+D (producto considerado en el contrato) en el mercado geográfico de referencia (competidor potencial).
 - b) Empresas competidoras en innovación
126. A los efectos del REC I+D, se entiende por empresas competidoras en innovación aquellas empresas que no compiten por un producto o tecnología existente¹¹⁴ y que emprenden de forma independiente o, de no existir el acuerdo de I+D, podrían emprender y es probable que emprendieran de forma independiente esfuerzos de I+D relativos a:
- a) la I+D de los mismos productos o tecnologías nuevos o probablemente sustituibles que el o los cubiertos por el acuerdo de I+D; o
 - b) los polos de I+D que persiguen esencialmente la misma finalidad u objetivo que el o los cubiertos por el acuerdo de I+D.
127. Por lo que se refiere a los nuevos productos o tecnologías, si el acuerdo de I+D se refiere tanto a nuevos productos como a nuevas tecnologías, las partes evaluarán si

¹¹³ Véase también la sección 1.2.1 de las presentes Directrices.

¹¹⁴ Véase la sección 2.5.4.1, letra a).

son empresas que compiten tanto por lo que se refiere a la tecnología como al producto que podría desarrollarse.

128. La evaluación de la probable sustituibilidad de los nuevos productos o tecnologías debe centrarse en si los consumidores, una vez que los productos o tecnologías entren en el mercado, pueden considerar estos nuevos productos o tecnologías como intercambiables o sustituibles en razón de sus características¹¹⁵ y sus precios y uso previstos.
129. A fin de considerarse competidores, los polos de I+D deben perseguir esencialmente la misma finalidad u objetivo que el o los cubiertos por el acuerdo de I+D. Esto se determinará sobre la base de información fiable relativa, por ejemplo, a la naturaleza y el alcance del esfuerzo de I+D.
130. Los acuerdos de I+D entre empresas competidoras en innovación cubiertos por el REC I+D pueden adoptar, por ejemplo, las siguientes formas:
- a) un acuerdo de I+D entre a) una empresa que desarrolla un nuevo producto y b) una empresa que desarrolla el mismo producto o un posible sustituto de este nuevo producto;
 - b) un acuerdo de I+D entre a) una empresa que desarrolla un nuevo producto y b) una empresa que podría llevar a cabo, y es probable que lo haga (pero no lo ha hecho aún), de forma independiente la I+D del mismo producto o de un posible sustituto de ese nuevo producto;
 - c) un acuerdo de I+D entre a) una empresa que realiza un esfuerzo de I+D relativo a un polo de I+D y b) una empresa que participa en un polo de I+D que persigue esencialmente la misma finalidad u objetivo;
 - d) un acuerdo de I+D entre a) una empresa que participa en un polo de I+D y b) una empresa que podría participar, y es probable que participe (pero no lo ha hecho aún), en un polo de I+D que persiga esencialmente la misma finalidad u objetivo.
- c) Empresas no competidoras
131. En el REC I+D se define «empresa no competidora» como una empresa que no es ni una empresa competidora por un producto o tecnología existente ni una empresa competidora en innovación. Las partes de un acuerdo de I+D se considerarían empresas no competidoras en el caso, por ejemplo, de tratarse de una empresa que realiza esfuerzos de I+D relativos a un producto susceptible de ser mejorado, sustituido o reemplazado por el producto considerado en el contrato y de una empresa que lleva a cabo actividades de investigación en un polo de I+D.
- 2.5.4.2. Acuerdos entre empresas competidoras por un producto o tecnología existente
- a) Umbrales para la cuota de mercado de empresas competidoras por un producto o tecnología existente
132. Si dos o más de las partes del acuerdo de I+D son empresas competidoras por productos o tecnologías existentes, la exención se aplicará con sujeción a un umbral de cuota de mercado del 25 %, calculado en el momento de la celebración del

¹¹⁵ Este aspecto también puede abarcar las tecnologías subyacentes para la fabricación de los nuevos productos.

acuerdo de I+D. Este umbral se aplicará de la siguiente manera, en función de si el acuerdo de I+D implica I+D en común o remunerada¹¹⁶:

- a) en el caso de los acuerdos de I+D que impliquen **I+D en común**, la cuota de mercado combinada de las partes del acuerdo no excederá del 25 % en los mercados de producto y tecnológico de referencia¹¹⁷;
 - b) en el caso de los acuerdos de I+D que impliquen **I+D remunerada**, se aplica el mismo umbral de cuota de mercado del 25 %, pero se amplía no solo a la propia parte financiadora, sino que debe incluir asimismo a todas las partes con las que aquella haya suscrito acuerdos de I+D en relación con los mismos productos o tecnologías considerados en el contrato¹¹⁸.
133. Si los resultados de la I+D en común o remunerada **no se explotan en común**, la exención en virtud del REC I+D se aplicará mientras se realice la I+D.
134. Sin embargo, en caso de que los resultados de la I+D en común o remunerada se **exploten en común**, las partes continuarán beneficiándose de la exención durante siete años a partir del momento en que los productos o tecnologías considerados en el contrato se comercialicen por primera vez en el mercado interior¹¹⁹ si se cumple el umbral de la cuota de mercado i) en el momento de la celebración del acuerdo que persiga la I+D en común o remunerada y que incluya la explotación en común¹²⁰ o ii) en el caso de aquellos acuerdos de I+D en virtud de los cuales las partes persigan la explotación en común de los resultados de un acuerdo previo¹²¹; en el momento en que se celebró ese acuerdo previo¹²².
135. Una vez finalizado el período de siete años contemplado en el artículo 6, apartado 4, del REC I+D, la exención continúa aplicándose mientras la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 25 % en los mercados a los que pertenecen los productos o tecnologías considerados en el contrato. Esto significa que las partes tendrían que evaluar, llegado ese momento, a qué mercado pertenecen el producto o las tecnologías considerados en el contrato y si su cuota de mercado combinada no rebasa el 25 %. Si la cuota de mercado combinada aumenta por encima del 25 % tras la expiración del período de siete años, la exención del REC I+D seguirá aplicándose durante dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral¹²³.
- b) Cálculo de las cuotas de mercado para los mercados de productos y tecnologías existentes
136. Al principio de una cooperación en I+D orientada a un producto o tecnología existente, el punto de referencia es el mercado existente de productos o tecnologías

¹¹⁶ Véase en la sección 2.4.1 la distinción entre I+D en común e I+D remunerada. Véase asimismo el artículo 1, apartado 1, punto 1, del REC I+D.

¹¹⁷ Artículo 6, apartado 2, letra a), del REC I+D.

¹¹⁸ Artículo 6, apartado 2, letra b), del REC I+D. Dichos acuerdos de I+D no tienen por qué entrar en el ámbito de aplicación del REC I+D.

¹¹⁹ Artículo 6, apartado 4, del REC I+D.

¹²⁰ Tal como se define en el artículo 1, apartado 1, punto 1, letra a), inciso ii), y letra b), inciso ii), del REC I+D.

¹²¹ Tal como se definen en el artículo 1, apartado 1, punto 1, letras c) y d).

¹²² Como se menciona en la sección 2.4.2 de las presentes Directrices, el acuerdo previo de I+D en común o remunerada también debe cumplir las condiciones para acogerse a la exención en virtud del REC I+D.

¹²³ Artículo 6, apartado 5, del REC I+D.

susceptibles de ser mejorados, sustituidos o reemplazados por los productos o tecnologías considerados en el contrato.

137. Si el acuerdo de I+D tiene por objeto **mejorar, sustituir o reemplazar** productos o tecnologías **existentes**, las cuotas de mercado pueden calcularse con referencia a los productos o tecnologías existentes que vayan a ser mejorados, sustituidos o reemplazados. Si el sustituto de un producto o tecnología existente va a ser notablemente diferente, las cuotas de mercado con referencia a los productos o tecnologías existentes pueden ser menos informativas, pero pueden utilizarse aun así como aproximación para evaluar la posición de las partes en el mercado. Alternativamente, si no se dispone de los valores de las ventas en el mercado, el cálculo de la cuota de mercado podrá basarse en otra información fidedigna sobre el mercado, también el gasto en I+D¹²⁴.
138. Con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b), del REC I+D, las cuotas de mercado se deben calcular sobre la base de datos relativos al año natural precedente¹²⁵. Para determinados mercados puede ser necesario calcular las cuotas de mercado sobre la base de una media de las cuotas de mercado de las partes de los tres últimos años naturales precedentes. Esto puede ser pertinente, por ejemplo, cuando existen mercados de licitaciones y las cuotas de mercado pueden variar significativamente (por ejemplo, del 0 % al 100 %) de un año a otro, dependiendo de si una parte tuvo éxito o no en el proceso de licitación. Esto también puede ser relevante para los mercados caracterizados por pedidos poco frecuentes de grandes volúmenes para los que la cuota de mercado del año natural precedente puede no ser representativa, por ejemplo, si no se ha producido un pedido de gran volumen en el año natural precedente. Otra situación en la que puede ser necesario calcular las cuotas de mercado sobre la base de una media de los tres últimos años naturales precedentes es cuando se produce una perturbación de la oferta o la demanda en el año natural anterior al acuerdo de cooperación.
139. Por lo que se refiere a los parámetros para el cálculo de las cuotas de mercado, el REC I+D establece que el cálculo de las cuotas de mercado se basará en el valor de las ventas en el mercado. Si no se dispone de estos datos, podrán utilizarse estimaciones basadas en otro tipo de información fidedigna sobre el mercado, incluidos volúmenes de ventas en el mercado, gasto en I+D o capacidades de I+D para determinar la cuota de mercado de las partes.
140. En el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras objeto de licencia que le corresponde a cada tecnología, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Un enfoque alternativo consiste en calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de productos o servicios que incorporen la tecnología objeto de licencia en los mercados de productos descendentes. Con este planteamiento se tienen en cuenta

¹²⁴ Artículo 7, apartado 1, del REC I+D.

¹²⁵ El artículo 7, apartado 1, letra b), del REC I+D establece que, cuando el año natural precedente no sea representativo de la posición de las partes en el mercado o mercados de referencia, las cuotas de mercado se calcularán como la media de los datos de cuota de mercado de las partes correspondientes a los tres últimos años naturales anteriores.

todas las ventas en el mercado del producto de referencia, con independencia de que el producto incorpore una tecnología objeto de licencia¹²⁶.

2.5.4.3. Acuerdos sobre nuevos productos o tecnologías y polos de I+D¹²⁷

a) Umbrales para nuevos productos o tecnologías y polos de I+D

141. Si dos o más de las partes del acuerdo de I+D son empresas competidoras en innovación, la exención se aplicará si, en el momento de la celebración del acuerdo de I+D, existen tres o más esfuerzos competidores en materia de I+D, además de los de las partes del acuerdo de I+D y comparables a ellos¹²⁸.
142. Un acuerdo de I+D entre empresas competidoras en innovación también podría dar lugar a resultados que las partes pueden acordar explotar en común (los productos o tecnologías considerados en el contrato). El hecho de que el acuerdo comprenda o no dicha explotación en común repercutirá en la duración de la exención en virtud del REC I+D.
143. En caso de que no **se exploten en común** los resultados del acuerdo de I+D en común o remunerada en relación con nuevos productos o tecnologías o polos de I+D y el acuerdo cumpla las condiciones para la exención en virtud del REC I+D, la exención se aplicará **mientras se realice la I+D**.
144. No obstante, si los resultados de la I+D en común o remunerada en relación con nuevos productos o tecnologías o polos de I+D **se explotan en común**, las partes seguirán beneficiándose de la exención durante siete años a partir del momento en que los productos o tecnologías resultantes considerados en el contrato se comercialicen por primera vez en el mercado interior¹²⁹. Esto se aplica si el acuerdo cumple las condiciones para la exención en virtud del REC I+D¹³⁰: i) en el momento de la celebración del acuerdo que persiga la I+D en común o remunerada y que incluya la explotación en común¹³¹ o ii) en el caso de aquellos acuerdos de I+D en virtud de los cuales las partes persigan la explotación en común de los resultados de un acuerdo previo¹³², en el momento en que se celebró ese acuerdo previo¹³³.
145. Una vez finalizado el período de siete años, las partes deben poder calcular sus cuotas de mercado en los mercados del producto o la tecnología resultante considerado en el contrato. Por lo tanto, la exención seguirá aplicándose únicamente mientras la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 25 % en los

¹²⁶ Véanse también en las Directrices sobre transferencia de tecnología los elementos pertinentes para calcular las cuotas de mercado en mercados tecnológicos.

¹²⁷ El REC I+D establece en su artículo 12 que, en el caso de los acuerdos de I+D entre empresas competidoras en innovación, el artículo 1, apartado 1, punto 18, y el artículo 6, apartado 3, del REC I+D solo se aplicarán a los acuerdos que entren en vigor después del 31 de diciembre de 2022.

¹²⁸ Artículo 6, apartado 3, del REC I+D. Si el acuerdo de I+D se refiere a nuevos productos y nuevas tecnologías, la exención se aplicará si, en el momento de la celebración del acuerdo de I+D, existen tres o más esfuerzos competidores en materia de I+D, además de los de las partes del acuerdo de I+D y comparables a ellos, a nivel tecnológico y del producto.

¹²⁹ Artículo 6, apartado 4, del REC I+D.

¹³⁰ Las condiciones para la exención se describen en el título III del REC I+D y recogen, entre otros, el umbral descrito en el artículo 6, apartado 3, del REC I+D.

¹³¹ Tal como se define en el artículo 1, apartado 1, punto 1, letra a), inciso ii), y letra b), inciso ii), del REC I+D.

¹³² Tal como se definen en el artículo 1, apartado 1, punto 1, letras c) y d), del REC I+D.

¹³³ Como se menciona en la sección 2.4.2 de las presentes Directrices, el acuerdo previo de I+D en común o remunerada también debe cumplir las condiciones para acogerse a la exención en virtud del REC I+D.

mercados a los que pertenecen los productos o las tecnologías considerados en el contrato¹³⁴. Si la cuota de mercado combinada aumenta por encima del 25 % tras la expiración del período de siete años, la exención del REC I+D seguirá aplicándose durante dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral¹³⁵.

- b) Evaluación de la existencia de esfuerzos competidores y comparables en materia de I+D

146. Para que una cooperación en I+D dedicada a la innovación quede exenta, el umbral aplicable se basa en la existencia de tres esfuerzos **competidores y comparables** en materia de I+D.
147. De la definición de esfuerzos competidores en materia de I+D del artículo 1, apartado 1, punto 19, del REC I+D¹³⁶ se desprende que es preciso tener en cuenta los siguientes elementos para determinar la existencia de **esfuerzos competidores en materia de I+D**:
- a) si los esfuerzos de I+D se refieren a la I+D de los mismos productos o tecnologías nuevos, u otros probablemente sustituibles, o a polos de I+D que persiguen esencialmente la misma finalidad u objetivo que los cubiertos por el acuerdo de I+D;
 - b) si hay terceros que ya realizan los esfuerzos de I+D o pueden realizar de forma independiente dichos esfuerzos, y es probable que lo hagan; y
 - c) si estos terceros son independientes de las partes del acuerdo de I+D.
148. En primer lugar, por lo que respecta a la cuestión de si los **esfuerzos de I+D se refieren a los mismos** productos o tecnologías nuevos, **u otros probablemente sustituibles**, o a polos de I+D que persiguen **esencialmente la misma finalidad u objetivo**, puede responderse a ella de la misma manera que en la evaluación de las empresas competidoras en innovación expuesta en la sección 2.5.4.1.
149. En segundo lugar, los esfuerzos competidores en materia de I+D pueden ser aquellos que **los terceros ya realizan**, solos o en cooperación con otros terceros. Esto significa que el esfuerzo de I+D pueden realizarlo un tercero a título individual o varios terceros distintos conjuntamente. Un esfuerzo competidor en materia de I+D también puede referirse a aquellos esfuerzos que un tercero **puede realizar de forma independiente y es probable que realice**. La capacidad y la probabilidad de que un tercero participe de forma independiente en la I+D de los mismos productos o tecnologías nuevos, o en otros probablemente sustituibles, o en polos de I+D que persigan esencialmente la misma finalidad u objetivo que los cubiertos por el acuerdo de I+D puede determinarse sobre la base del acceso del tercero a los recursos financieros y humanos pertinentes, su propiedad intelectual, sus

¹³⁴ Artículo 6, apartado 5, del REC I+D.

¹³⁵ Artículo 6, apartado 5, del REC I+D.

¹³⁶ Por «esfuerzo competidor en materia de I+D» se entiende un esfuerzo de I+D en el que participa un tercero, solo o en cooperación con otros terceros, o en el que un tercero puede participar y probablemente participe de forma independiente, y que se refiere a: a) la investigación y el desarrollo de los mismos productos y/o tecnologías nuevos o probablemente sustituibles que los cubiertos por el acuerdo de I+D; o b) los polos de I+D que persiguen esencialmente la misma finalidad u objetivo que los cubiertos por el acuerdo de I+D; Estos terceros deben ser independientes de las partes del acuerdo de I+D».

conocimientos técnicos u otros activos especializados o sus esfuerzos previos de I+D.

150. En tercer lugar, la cuestión de si los esfuerzos de I+D son realizados **por terceros que son independientes** de las partes del acuerdo de I+D solo tiene por objeto incluir en la evaluación los esfuerzos de I+D en los que no participan las partes en el acuerdo de I+D.
151. Por lo que se refiere a la **evaluación de la comparabilidad de los esfuerzos competidores en materia de I+D** con los de las partes en el acuerdo de I+D, el REC I+D establece que se realizará sobre la base de información fiable relativa a elementos tales como: i) el tamaño, la fase y el calendario de los esfuerzos de I+D, ii) el acceso de terceros a recursos financieros y humanos, su propiedad intelectual e industrial, conocimientos técnicos u otros activos especializados, sus esfuerzos de I+D previos y iii) la capacidad y probabilidad de terceros de explotar directa o indirectamente los posibles resultados de sus esfuerzos de I+D en el mercado interior¹³⁷.
152. Los criterios deben aplicarse caso por caso, sopesando los factores favorables a la comparabilidad y los factores contrarios a ella. El objetivo de este ejercicio de balance es, en última instancia, determinar que los esfuerzos competidores en materia de I+D ejercen una presión competitiva sobre las partes en el acuerdo de I+D.
153. El primer conjunto de elementos para evaluar la comparabilidad está **vinculado a los propios esfuerzos de I+D**. Se refieren al tamaño, la fase y el calendario del esfuerzo de I+D. Esto significa, por ejemplo, que, si los esfuerzos competidores de un tercero en materia de I+D tienen al menos el mismo tamaño o uno similar o se encuentran en una fase de desarrollo similar o más avanzada que el esfuerzo de I+D cubierto por el acuerdo de I+D, pueden ejercer una presión competitiva, lo que sería favorable a la comparabilidad. Del mismo modo, en lo que respecta al calendario, por ejemplo, el esfuerzo de I+D de un tercero entre seis y ocho años después de acceder al mercado puede no ser comparable con un esfuerzo de I+D de las partes en el acuerdo de I+D un año después de acceder al mercado.
154. El segundo conjunto de elementos está **asociado a la capacidad del tercero (o los terceros) que realiza el esfuerzo de I+D**. Este aspecto se refiere a su acceso a recursos financieros y humanos, su propiedad intelectual, conocimientos técnicos u otros activos especializados, o sus esfuerzos de I+D previos. Estos elementos son pertinentes para determinar si los recursos y las capacidades que respaldan los esfuerzos de I+D de terceros son comparables y, por lo tanto, es probable que progresen a un ritmo similar y obtengan resultados parecidos y, por ende, ejerzan una presión competitiva. Por ejemplo, el esfuerzo de I+D de un tercero puede no ser comparable si tiene una carencia significativa de recursos financieros y humanos para llevar a cabo esfuerzos de I+D similares. Del mismo modo, la experiencia exitosa previa de un tercero en proyectos de I+D similares al cubierto por el acuerdo de I+D sería favorable a la comparabilidad. Además, en determinados sectores, el hecho de que el tercero posea o tenga un acceso similar a los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, patentes) o los conocimientos técnicos pertinentes también puede ser favorable a la comparabilidad.

¹³⁷ Artículo 7, apartado 2, del REC I+D. Para los terceros que puedan realizar y probablemente realicen esfuerzos competidores en materia de I+D, solo el segundo y el tercer conjunto de elementos serían pertinentes para la evaluación de la comparabilidad.

155. El tercer conjunto de **elementos está asociado a la explotación de los resultados**. Se refiere a la capacidad de terceros y su probabilidad (esto es, los incentivos para continuar incorporando los resultados al mercado) de explotar los posibles resultados del esfuerzo de I+D en el mercado interior. Esto significa, por ejemplo, que los esfuerzos de I+D que probablemente solo vayan a explotarse fuera de la UE sin perspectivas de llegar al mercado interior pueden no ser comparables a los esfuerzos de I+D sujetos al acuerdo de I+D cuyos resultados se comercializarían en el mercado interior.

2.5.4.4. Acuerdos entre empresas no competidoras

156. Cuando las partes en el acuerdo de I+D **no son empresas competidoras**, no están sujetas a ningún umbral¹³⁸. Si los resultados de la I+D **no se explotan en común**, el acuerdo de I+D quedará exento durante todo el período en que se realicen las actividades de I+D.
157. Si los resultados de la I+D **se explotan en común**, la exención seguirá aplicándose durante siete años a partir del momento en que los productos o tecnologías considerados en el contrato se comercialicen por primera vez en el mercado interior.
158. Tras la expiración de ese período de siete años, las partes deben poder calcular sus cuotas de mercado en los mercados del producto o la tecnología resultante considerados en el contrato. La exención seguirá aplicándose únicamente mientras la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 25 % en los mercados a los que pertenecen los productos o las tecnologías considerados en el contrato. Si la cuota de mercado combinada aumenta por encima del 25 % en alguno de estos mercados tras la expiración del período de siete años, la exención del REC I+D seguirá aplicándose durante dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral¹³⁹.

2.6. Restricciones especialmente graves y excluidas

2.6.1. Restricciones especialmente graves

159. El artículo 8 del REC I+D contiene una lista de restricciones especialmente graves. Se consideran restricciones graves de la competencia que, en la mayoría de los casos, deben prohibirse debido al perjuicio que causan al mercado y a los consumidores. Los acuerdos de I+D que incluyen una o varias restricciones especialmente graves quedan excluidos en su conjunto de la exención prevista en el REC I+D.
160. Las restricciones especialmente graves enumeradas en el artículo 8 del REC I+D pueden agruparse en las siguientes categorías: i) restricciones de la libertad de las partes para realizar otros esfuerzos de I+D, ii) limitaciones de la producción o las ventas y fijación de los precios, iii) restricciones de las ventas activas y pasivas, y iv) otras restricciones especialmente graves.

2.6.1.1. Restricción de la libertad de las partes para realizar otros esfuerzos de I+D

161. El artículo 8, apartado 1, del REC I+D excluye de la exención aquellos acuerdos que impliquen restricciones de la libertad de las partes para realizar actividades de I+D independientemente o en cooperación con terceros, ya sea:
- a) en un campo no relacionado con aquel al que se refiere el acuerdo de I+D; o

¹³⁸ Artículo 6, apartado 1, del REC I+D.

¹³⁹ Artículo 6, apartado 5, del REC I+D.

- b) en el campo al que se refiere el acuerdo de I+D o en un campo relacionado tras la finalización de la I+D.

162. En otras palabras, las partes de un acuerdo de I+D deben tener libertad en todo momento para llevar a cabo esfuerzos de I+D en campos no relacionados con los cubiertos por el acuerdo de I+D. Además, tras la finalización de la I+D contemplada en el acuerdo de I+D, las partes deben seguir teniendo libertad para llevar a cabo esfuerzos de I+D en el campo al que se refiere el acuerdo de I+D o en otro relacionado. De lo contrario, el acuerdo de I+D no se beneficiará de la exención en virtud del REC I+D.

2.6.1.2. Limitación de la producción o las ventas y fijación de precios

163. El artículo 8, apartado 2, del REC I+D excluye de la exención aquellos acuerdos de I+D que impliquen limitaciones de la producción o de las ventas. Cuando los competidores acuerdan limitar la cantidad que cada uno de ellos puede producir o vender, normalmente se trata de una restricción grave de la competencia. Sin embargo, la fijación de objetivos de producción no debe tratarse como una restricción especialmente grave cuando la explotación en común de los resultados incluya la producción en común de los productos considerados en el contrato¹⁴⁰. Del mismo modo, la fijación de objetivos de ventas no debe tratarse como una restricción especialmente grave cuando la explotación en común de los resultados abarque la distribución conjunta de los productos considerados en el contrato o la concesión conjunta de licencias de las tecnologías consideradas en el contrato, y la realice un equipo, una entidad o una empresa común o se confíe en común a un tercero¹⁴¹. Esto también se aplica a las prácticas que supongan una especialización en el contexto de la explotación¹⁴² y a determinadas obligaciones inhibitorias de la competencia¹⁴³.

164. De conformidad con el artículo 8, apartado 3, del REC I+D, la fijación de precios al vender los productos o la fijación de los cánones cuando se concedan licencias de las tecnologías a terceros también constituyen restricciones especialmente graves. No obstante, la fijación de los precios que se cobran a los clientes inmediatos o la fijación de los cánones de las licencias aplicables a los licenciarios inmediatos no debe tratarse como una restricción especialmente grave cuando la explotación en común de los resultados abarque la distribución conjunta de los productos considerados en el contrato o la concesión conjunta de licencias de las tecnologías consideradas en el contrato, y la realice un equipo, una entidad o una empresa común o se confíe en común a un tercero.

2.6.1.3. Restricciones de las ventas activas y pasivas

165. El artículo 8, apartados 4, 5 y 6, del REC I+D se refiere a las restricciones de las ventas activas y pasivas. Por lo que se refiere a los acuerdos de I+D, las **ventas pasivas** se definen en el artículo 1, apartado 1, punto 24, del REC I+D como las ventas en respuesta a solicitudes espontáneas por parte de clientes individuales, incluida la entrega de productos al cliente o clientes, sin haber iniciado la venta dirigiéndose activamente al cliente, grupo de clientes o territorio concreto; las ventas

¹⁴⁰ Artículo 8, apartado 2, letra a), del REC I+D.

¹⁴¹ Artículo 8, apartado 2, letra b), del REC I+D.

¹⁴² Artículo 8, apartado 2, letra c), del REC I+D. Véase la definición de «especialización en el contexto de la explotación» en el artículo 1, apartado 1, punto 14, del REC I+D y la sección 2.4.2 de las presentes Directrices.

¹⁴³ Artículo 8, apartado 2, letra d), del REC I+D.

pasivas incluyen las ventas resultantes de la participación en licitaciones públicas o privadas.

166. Las ventas activas se refieren a todas las formas de venta distintas de las ventas pasivas, entre otras:

- a) las dirigidas activamente a los clientes mediante visitas, cartas, correos electrónicos, llamadas u otros medios de comunicación directa o mediante publicidad y promoción específicas, fuera de línea o en línea, por ejemplo a través de medios impresos o digitales, incluidos los medios de comunicación en línea, las herramientas de comparación de precios o la publicidad en motores de búsqueda dirigida a clientes en territorios específicos o a grupos de clientes específicos;
- b) ofrecer en un sitio web opciones lingüísticas diferentes de las utilizadas habitualmente en el territorio en el que está establecido el distribuidor;
- c) ofrecer un sitio web con un nombre de dominio correspondiente a un territorio distinto de aquel en el que está establecido el distribuidor.

167. El artículo 8, apartado 4, del REC I+D suprime la exención del REC I+D para aquellos acuerdos de I+D que contengan restricciones de las ventas pasivas. Esto abarca cualquier restricción de las ventas pasivas en relación con a) el territorio o b) los clientes donde o a los cuales las partes pueden vender pasivamente los productos considerados en el contrato o conceder licencias de las tecnologías consideradas en el contrato, si bien excluye el requisito de conceder a otra parte una licencia exclusiva de los resultados. La razón de esta última excepción radica en la posibilidad explícita ofrecida a las partes de que una sola parte produzca y distribuya los productos considerados en el contrato en virtud de la concesión de una licencia exclusiva por las otras partes¹⁴⁴.

168. El artículo 8, apartado 5, del REC I+D suprime la exención del REC I+D para aquellos acuerdos de I+D que contengan determinadas restricciones de las ventas activas. Este es el caso si se prohíbe o limita la venta activa de los productos o tecnologías considerados en el contrato en territorios o a clientes que no hayan sido asignados en exclusiva a una de las partes en virtud de una especialización en el contexto de la explotación.

169. Esto significa que las ventas activas no deben restringirse entre las partes, a menos que las partes asignen territorios o clientes a una de ellas a raíz de una especialización en el contexto de la explotación¹⁴⁵.

2.6.1.4. Otras restricciones especialmente graves

170. El REC I +D comprende otras dos restricciones especialmente graves. En primer lugar, si las partes se han repartido territorios o clientes entre ellas en función de una especialización en el contexto de la explotación, es una restricción especialmente grave exigir a una parte que no satisfaga la demanda de clientes asignados a la otra parte, si dichos clientes pretenden comercializar los productos considerados en el

¹⁴⁴ De acuerdo con la definición de «especialización en el contexto de la explotación» establecida en el artículo 1, apartado 1, punto 14, del REC I+D.

¹⁴⁵ Véase la definición de «especialización en el contexto de la explotación» en el artículo 1, apartado 1, punto 14, del REC I+D.

contrato o conceder licencias de las tecnologías consideradas en el contrato en otros territorios del mercado interior¹⁴⁶.

171. En segundo lugar, restringir la posibilidad de que los usuarios o revendedores compren los productos considerados en el contrato a otros revendedores en el mercado interior también es una restricción especialmente grave¹⁴⁷.

2.6.2. *Restricciones excluidas*

172. El artículo 9 del REC I+D excluye determinadas obligaciones contenidas en los acuerdos de I+D de la exención prevista en el REC I+D. Se trata de obligaciones cuyo cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3, no se puede suponer con suficiente certeza. A diferencia de las restricciones especialmente graves contempladas en el artículo 8 del REC I+D, las restricciones excluidas no impiden que la totalidad del acuerdo de I+D se beneficie de la exención por categorías. No obstante, esto es así únicamente si la restricción en cuestión puede separarse del resto del acuerdo. Si la restricción es separable, el resto del acuerdo seguirá beneficiándose de la exención en virtud del REC I+D.
173. Las restricciones excluidas están sujetas a una evaluación individual con arreglo al artículo 101. No puede presumirse que las restricciones excluidas entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, o que no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3.
174. La primera restricción excluida es la obligación de no impugnar la validez de los derechos de propiedad intelectual que las partes posean en el mercado interior:
- a) una vez finalizadas las actividades de I+D, en el caso de los derechos de propiedad intelectual que sean pertinentes para la I+D; o
 - b) tras la expiración del acuerdo de I+D, en el caso de los derechos de propiedad intelectual que protejan los resultados de la I+D¹⁴⁸.
175. La razón por la que se excluyen dichas obligaciones del beneficio de la exención por categorías es que no debe impedirse que las partes que dispongan de la información pertinente para detectar un derecho de propiedad intelectual concedido por error puedan impugnar la validez de tales derechos. En términos generales no puede presumirse que dicha restricción cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3, por lo que las partes tendrán que autoevaluar tales restricciones. Sin embargo, no constituyen restricciones excluidas las disposiciones que permitan poner término al acuerdo de I+D si una de las partes impugna la validez de los derechos de propiedad intelectual pertinentes para el acuerdo de I+D o que protejan los resultados de la I+D.
176. La segunda restricción excluida es la obligación de no conceder licencias a terceros para producir los productos considerados en el contrato o para utilizar las tecnologías consideradas en el contrato. Esto significa que, en principio, las partes deben tener libertad para conceder licencias a terceros. Se aplicará una excepción cuando los acuerdos de I+D prevean la explotación de los resultados de la I+D en común o remunerada por al menos una de las partes y esa explotación se produzca en el mercado interior respecto a terceros.

¹⁴⁶ Artículo 8, apartado 6, del REC I+D.

¹⁴⁷ Artículo 8, apartado 7, del REC I+D.

¹⁴⁸ Artículo 9, apartado 1, letra a), del REC I+D.

2.7. Retirada del beneficio del REC I+D

177. De conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, la Comisión podrá retirar el beneficio que confiere el REC I+D si considera que, en un caso concreto, un acuerdo de I+D al que se aplican las exenciones previstas en el REC I+D produce, a pesar de todo, determinados efectos 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 también podrá retirar el beneficio que confiere el REC I+D, 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 el beneficio que confiere el REC I+D, 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.
178. La Comisión y las ANC pueden retirar el beneficio del REC I+D en particular cuando:
- a) la existencia de un acuerdo de I+D restrinja sustancialmente la posibilidad de que terceras partes lleven a cabo actividades de I+D en el ámbito o ámbitos de los productos o tecnologías considerados en el contrato o de los polos de I+D; esto podría deberse, por ejemplo, a la limitada capacidad de investigación disponible;
 - b) la existencia del acuerdo de I+D restrinja sustancialmente el acceso de terceros al mercado de los productos o tecnologías considerados en el contrato; esto podría deberse, por ejemplo, a la estructura particular de la oferta;
 - c) las partes no exploten los resultados de la I+D en común o remunerada frente a terceros sin ninguna razón objetivamente válida;
 - d) los productos o tecnologías considerados en el contrato no sean objeto, en el conjunto del mercado interior o en una parte significativa de este, de una competencia efectiva de productos o tecnologías considerados como similares por los usuarios a causa de sus propiedades, precio o finalidad.
179. De conformidad con el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, la Comisión puede retirar el beneficio del REC I+D por iniciativa propia o sobre la base de una denuncia. Esto incluye la posibilidad de que las ANC pidan a la Comisión que retire el beneficio del REC I+D en un caso concreto, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre asignación de casos y asistencia en la Red Europea de Competencia¹⁴⁹, 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 el beneficio del REC I+D. En ese contexto, la Comisión tendrá muy en cuenta las opiniones de las ANC que hayan solicitado a la Comisión la retirada del beneficio del REC I+D para llegar a una conclusión oportuna sobre si se cumplen las condiciones para una retirada en el caso concreto.

¹⁴⁹ Véase el capítulo IV del Reglamento (CE) n.º 1/2003.

180. 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 REC I+D a escala de la Unión, ya que puede retirar dicha cobertura respecto de los acuerdos de I+D 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 la cobertura del Reglamento en relación con el territorio de su respectivo Estado miembro.
181. 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 o parte de ella. En tal caso, la ANC tiene competencia para retirar la cobertura del REC I+D en relación con un acuerdo de I+D que tenga efectos incompatibles con el artículo 101, apartado 3, del Tratado 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 del REC I+D en relación con un mercado nacional o regional, siempre que el acuerdo de I+D en cuestión pueda afectar al comercio entre Estados miembros.
182. Cuando se trata de varios mercados nacionales o regionales distintos, diferentes ANC competentes pueden retirar la cobertura del REC I+D de forma paralela.
183. Del tenor del artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 se desprende que, cuando la Comisión retira la cobertura del REC I+D, tiene la carga de demostrar, en primer lugar, que el acuerdo de I+D correspondiente tiene efectos apreciables contrarios a la competencia, por lo que entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado. En segundo lugar, debe demostrar 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 apartado. 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 REC I+D 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 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 exige que la ANC competente demuestre que no se cumple al menos una de las cuatro condiciones del artículo 101, apartado 3, del Tratado¹⁵⁰.
184. Si se cumplen los requisitos del artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, la Comisión podrá retirar la cobertura del REC I+D en un caso concreto. Dicha retirada, así como sus requisitos expuestos en los apartados anteriores, deben distinguirse de las constataciones de una Decisión de la Comisión en materia de una infracción 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

¹⁵⁰ El requisito del artículo 29 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 relativo a la carga de la prueba de la ANC competente se deriva de la situación en la que el REC I+D 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 de 8 de septiembre de 2016, Lundbeck/Comisión, T-472/13, EU:T:2016:449, y de 25 de marzo de 2021, Lundbeck/Comisión, C-591/16 P, EU:C:2021:243.

la imposición de una medida correctiva, e incluso con medidas provisionales, como ya se ha hecho en Decisiones previas de la Comisión¹⁵¹.

185. Si la Comisión retira la cobertura del REC I+D 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.

2.8. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3, de los acuerdos de I+D que no entran en el ámbito de aplicación del REC I+D

186. No puede presumirse que los acuerdos de I+D que no entran dentro del ámbito de aplicación del REC I+D entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, o que no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. Tales acuerdos de I+D requieren una evaluación individual con arreglo al artículo 101.
187. Dicha evaluación individual comienza con la cuestión de si el acuerdo restringiría la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1¹⁵². En caso afirmativo, las empresas tendrían que evaluar si el acuerdo de I+D cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3.

2.8.1. Mejoras de eficiencia

188. Muchos acuerdos de I+D, con o sin explotación en común de los posibles resultados, obtienen mejoras de eficiencia mediante la combinación de conocimientos y activos complementarios, dando así lugar a productos mejorados o nuevos y al desarrollo y comercialización de tecnologías con mayor rapidez. Los acuerdos de I+D también pueden dar lugar a una mayor difusión del conocimiento, que puede generar una mayor innovación. Además, los acuerdos de I+D pueden dar lugar a reducciones de costes y de la dependencia de un número demasiado limitado de proveedores de determinadas tecnologías, productos y servicios. Estas mejoras de eficiencia pueden contribuir a un mercado interior resiliente.

2.8.2. Carácter indispensable

189. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de I+D no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. En particular, las restricciones especialmente graves enumeradas en el artículo 8 del REC I+D¹⁵³ tienen menos probabilidades de cumplir el criterio del carácter indispensable en una evaluación individual.

¹⁵¹ 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 de aplicación 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 de 1 de octubre de 1998, Langnese-Iglo/Comisión, C-279/95 P, 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 de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE respecto del asunto IV/33.157 – Eco System/Peugeot.

¹⁵² Véase también la sección 2.3 de las presentes Directrices.

¹⁵³ Véase también la sección 2.6 de las presentes Directrices, sobre las restricciones especialmente graves.

2.8.3. *Beneficio para los consumidores*

190. Las mejoras de eficiencia logradas mediante las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de I+D. Por ejemplo, la introducción en el mercado de productos nuevos o mejorados debe compensar cualesquiera incrementos de precios u otros efectos restrictivos de la competencia.
191. En general es más probable que un acuerdo de I+D logre mejoras de eficiencia que beneficien a los consumidores si da lugar a la combinación de conocimientos y activos complementarios. Las partes de un acuerdo pueden, por ejemplo, tener distintas capacidades de investigación.
192. Si los conocimientos y los activos de las partes son muy similares, el efecto más importante del acuerdo de I+D puede ser la eliminación parcial o total de la I+D de una o varias partes. Esto eliminará costes (fijos) para las partes del acuerdo, pero será improbable que dé lugar a beneficios que repercutan en el consumidor.
193. Por otra parte, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable será que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

2.8.4. *No eliminación de la competencia*

194. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o tecnologías en cuestión.

2.9. **Momento de la evaluación**

195. La evaluación de los acuerdos restrictivos en relación con el artículo 101 se efectúa en el contexto real en el que se producen y según los hechos de un momento determinado. La evaluación puede variar en función de modificaciones fundamentales de los hechos.
196. La excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se aplica siempre que se cumplan las cuatro condiciones acumulativas previstas en esta disposición y deja de aplicarse cuando ya no sea así. Al aplicar los cuatro criterios acumulativos del artículo 101, apartado 3, es preciso tomar en consideración las inversiones irreversibles inicialmente efectuadas por cualquiera de las partes y el tiempo y las restricciones necesarias para efectuar y recuperar una inversión que aumenta la eficiencia. El artículo 101 no puede aplicarse sin tener debidamente en cuenta esas inversiones anteriores. Así, el riesgo a que se enfrentan las partes y las inversiones irreversibles que deben efectuarse para aplicar el acuerdo pueden llevar, según los casos, a que el acuerdo quede fuera del artículo 101, apartado 1, o a que cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3, durante el período de tiempo necesario para recuperar la inversión. En caso de que la invención resultante de la inversión se beneficie de cualquier tipo de exclusividad concedida a las partes en virtud de normas específicas de protección de derechos de propiedad intelectual, será poco probable en general que el período de recuperación de tal inversión exceda del período de exclusividad establecido con arreglo a dichas normas.
197. En algunos casos el acuerdo restrictivo constituye un acontecimiento irreversible. Una vez aplicado dicho acuerdo, no puede restablecerse la situación anterior. En tales casos, la evaluación debe efectuarse exclusivamente en función de los hechos del momento de aplicación del acuerdo.

198. Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de I+D en virtud del cual cada una de las partes acuerda abandonar su propio proyecto de investigación y poner en común sus capacidades con las de la otra parte, objetivamente puede resultar técnica y económicamente imposible volver a poner en marcha un proyecto una vez que se ha abandonado. Si en ese momento el acuerdo es compatible con el artículo 101, por ejemplo porque hay un número suficiente de terceros que realizan esfuerzos competidores en materia de I+D, el acuerdo de las partes de abandonar sus propios proyectos seguirá siendo compatible con el artículo 101, apartado 1, aun cuando posteriormente fracasen los proyectos de terceros.
199. No obstante, la prohibición del artículo 101, apartado 1, puede aplicarse a otras facetas del acuerdo en relación con las cuales no se plantea la cuestión de la irreversibilidad. Si, por ejemplo, además de la I+D en común, el acuerdo contempla la explotación en común, el artículo 101 puede aplicarse a esa parte del acuerdo si este, debido a la posterior evolución del mercado, produce efectos restrictivos de la competencia y (ya) no cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3, habida cuenta de las inversiones irre recuperables efectuadas con anterioridad.

2.10. Ejemplo

200. Acuerdos de I+D entre empresas competidoras en innovación

Ejemplo 1

Situación: Las empresas A y B han realizado de forma independiente cuantiosas inversiones en I+D para desarrollar un nuevo componente electrónico miniaturizado que no mejorará ni reemplazará los ya existentes, y cuya demanda creará su propio nuevo mercado, si tiene éxito. Las empresas A y B han desarrollado los primeros prototipos. Ahora acuerdan aunar estos esfuerzos de I+D mediante la creación de una empresa en participación para completar la I+D, centrándose únicamente en uno de los dos esfuerzos de I+D (la parte del acuerdo relativa a la I+D), y fabricar el nuevo componente (la parte del acuerdo relativa a la explotación en común), que se venderá de nuevo a las empresas A y B, a fin de que comercialicen por separado el nuevo componente (el «acuerdo de I+D»).

No hay otras empresas que estén desarrollando actualmente el mismo componente electrónico o un componente sustituible, o que puedan emprender de forma independiente, y probablemente lo hagan, esfuerzos de I+D para desarrollar el mismo componente o un componente sustituible.

Análisis: El componente electrónico miniaturizado es un producto completamente nuevo y debe analizarse si el acuerdo de I+D restringe la competencia en el mercado interior en el sentido del artículo 101, apartado 1. Además, debe evaluarse si el acuerdo de I+D está cubierto por el REC I+D.

En el momento en que se celebra el acuerdo de I+D, las empresas A y B son las dos únicas empresas que realizan (o que pueden emprender y probablemente emprendan) esfuerzos de I+D en relación con el nuevo componente. Cada una de ellas habría podido proseguir con la I+D del nuevo componente de forma independiente e introducirlo en el mercado. A través de la empresa en participación, las empresas A y B pasarán a centrarse en un solo esfuerzo de I+D, en lugar de realizar dos distintos. Por lo tanto, el acuerdo de I+D puede tener efectos restrictivos en el sentido del artículo 101, causados por la reducción del número de esfuerzos de I+D y, por ende, del número de productos que probablemente se incorporen al mercado.

Si el acuerdo da lugar a una restricción de la competencia, las partes tendrían que determinar si pueden quedar exentas en virtud del REC I+D. Sin embargo, el acuerdo de I+D entre las empresas A y B no cumple las condiciones para la exención. Concretamente, no se alcanza el umbral aplicable a los acuerdos entre empresas competidoras en innovación, ya que no hay otros esfuerzos competidores en materia de I+D (artículo 6, apartado 3, del REC I+D). En consecuencia, es necesaria una evaluación individual para determinar si el acuerdo de I+D cumple los requisitos establecidos en el artículo 101, apartado 3.

De conformidad con el artículo 101, apartado 3, si bien el acuerdo de I+D podría dar lugar a posibles mejoras de eficiencia en forma de desarrollo más rápido de un nuevo producto, el acuerdo de I+D eliminaría la única presión competitiva de las partes en el ámbito de la innovación. Como consecuencia de ello, es probable que esto provoque una pérdida de innovación y unos precios mayores en sentido descendente. Probablemente el acuerdo de I+D cree un duopolio en el futuro mercado de nuevos componentes electrónicos miniaturizados. Dicho duopolio se caracterizaría por un alto grado de costes comunes y por un posible intercambio de información comercial confidencial entre las partes, ya que su empresa en participación produciría para los únicos vendedores del nuevo componente, las empresas A y B. Por lo tanto, también puede existir un grave riesgo de coordinación contraria a la competencia que desemboque en un resultado colusorio en el nuevo mercado. A pesar de que algunos de estos problemas podrían resolverse si las partes se comprometiesen a conceder a terceros en condiciones razonables licencias de los conocimientos técnicos o los derechos de propiedad intelectual para la fabricación del nuevo componente, parece poco probable que esto solucionase todos los problemas y cumplierse las condiciones del artículo 101, apartado 3. Así pues, no es probable que el acuerdo de I+D quede exento en virtud del artículo 101, apartado 3.

201. Acuerdos de I+D entre empresas competidoras por un producto o tecnología existente

Ejemplo 2

Situación: La empresa A tiene una cuota de mercado del 51 % en un mercado en el que se incluye su fármaco líder de ventas. Una pequeña empresa, la empresa B, se dedica a la I+D farmacéutica, a la producción de ingredientes farmacéuticos activos («IFA») y a la fabricación de medicamentos genéricos. La empresa B ha inventado un procedimiento que permite producir el IFA del fármaco líder de ventas de la empresa A de forma más económica. La empresa B ha presentado una solicitud de patente para este procedimiento (patente de procedimiento). La patente del compuesto (IFA) del fármaco líder de ventas de la empresa A caduca dentro de algo menos de tres años; posteriormente subsistirán varias patentes de procedimientos relativos al fármaco. La empresa B considera que el nuevo procedimiento más eficiente que ha desarrollado no infringiría las patentes de procedimiento de la empresa A existentes y permitiría producir una versión genérica del fármaco líder de ventas cuando la patente del IFA de la empresa A haya caducado. La empresa B probablemente fabricaría el producto por sí misma o concedería una licencia sobre el procedimiento a los terceros interesados, por ejemplo, a otros productores de genéricos o a la empresa A.

Antes de concluir su investigación y desarrollo en este campo, la empresa B firma un acuerdo con la empresa A por el que esta hace una contribución financiera al proyecto de I+D ejecutado por la empresa B, siempre que adquiera un permiso

exclusivo para todas las patentes de procedimiento de la empresa B relacionadas con la producción del IFA del medicamento líder de ventas de la empresa A.

Existen otros dos esfuerzos de I+D independientes que están desarrollando un procedimiento para la producción del IFA del fármaco líder de ventas, que no infringiría las patentes de procedimiento de las empresas A y B, si bien no está claro aún que vayan a llegar a la fase de producción industrial.

Análisis: El procedimiento objeto de la solicitud de patente de la empresa B se limita a mejorar un proceso de producción existente. La empresa A opera en el mercado de la tecnología existente (el proceso de producción), así como en el mercado del producto existente (el fármaco líder de ventas). La empresa B es un competidor potencial a nivel tecnológico. Si la empresa B explota la patente de procedimiento, probablemente podría acceder al mercado del producto con, por ejemplo, un producto genérico. Así pues, las empresas A y B son competidoras potenciales en el mercado de productos al que pertenece el fármaco líder de ventas. El acuerdo no está exento en virtud del REC I+D, ya que, al menos por lo que se refiere al mercado de producto, la cuota de mercado de la empresa A es superior al 25 %. Por lo tanto, debe llevarse a cabo una evaluación individual.

La empresa A tiene poder de mercado en el mercado existente al que pertenece el fármaco líder de ventas. Aunque este poder de mercado disminuyera perceptiblemente con la entrada de hecho en el mercado de competidores genéricos, la licencia exclusiva de la patente de procedimiento impide a terceros disponer del procedimiento desarrollado por la empresa B y, de este modo, puede demorar la introducción del genérico (debido especialmente a que el producto aún está protegido por varias patentes de procedimiento pertenecientes a la empresa A). Dado que no está claro si los otros dos esfuerzos de I+D que actualmente trabajan en una alternativa lícita a la patente de procedimiento de la empresa A llegarían a la fase de producción industrial, la patente de procedimiento de la empresa B es la única vía creíble para lanzar productos genéricos que podrían competir con el medicamento líder de ventas de la empresa A. Por consiguiente, el acuerdo restringe la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1. Los ahorros de costes logrados gracias al nuevo procedimiento de producción para la empresa A no son suficientes para compensar la restricción de la competencia. A falta de otros competidores en el mercado de productos, como productores de genéricos, es poco probable que el ahorro de costes de producción beneficie a los consumidores. Además, una licencia exclusiva no es indispensable para obtener dicho ahorro. Por lo tanto, es improbable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

202. Asociación de investigación

Ejemplo 3

Situación: Las empresas A, B y C son importantes agentes en el ámbito de las tecnologías de energías renovables. Tienen previsto crear una asociación de investigación que definirá un programa de I+D que establezca una visión común a largo plazo respecto al desarrollo de nuevas tecnologías de energías renovables y la mejora de las existentes, la cual se materializaría en una serie de distintos proyectos de I+D.

Este programa constituiría una colaboración en I+D y se formalizaría en un memorando de entendimiento, que establece los objetivos y las condiciones de la colaboración, en particular los mecanismos de gobernanza y las modalidades de seguimiento. Así pues, el memorando de

entendimiento establece un marco de cooperación en el que se llevarán a cabo proyectos específicos de colaboración en I+D en apoyo del programa a largo plazo acordado.

Análisis: Este tipo de asociación de investigación puede hacer partícipes a empresas competidoras en el desarrollo o el uso de estas tecnologías, o en ambos ámbitos. Sin embargo, si la naturaleza de la asociación de investigación se limita a un programa amplio, no es probable que este tipo de colaboración sea problemática.

Además, si la asociación de investigación aborda un reto que ninguna empresa puede abordar por sí sola y que requiere la movilización de múltiples agentes, facilitaría una innovación que de otro modo no tendría lugar y, por tanto, supondría una contribución al progreso técnico y económico.

Si bien es poco probable que esta asociación de investigación suscite problemas de competencia, los distintos acuerdos de cooperación en I+D tendrían que analizarse de manera independiente.

3. ACUERDOS DE PRODUCCIÓN

3.1. Introducción

203. El objetivo del presente capítulo es proporcionar orientaciones sobre el ámbito de aplicación y la evaluación desde el punto de vista de la competencia de los acuerdos de producción que entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y que a) se benefician del REC de especialización (sección 3.4); o b) quedan fuera del ámbito de aplicación del REC de especialización y deben evaluarse con arreglo al artículo 101, apartados 1 y 3 (sección 3.5).
204. Los acuerdos de producción pueden variar en forma y alcance. Pueden prever que solo una de las partes o dos o más partes realicen la producción. Las empresas pueden producir en común mediante una empresa en participación, es decir, una empresa controlada conjuntamente que opera una o varias instalaciones de producción, o mediante una forma menos rígida de cooperación para la producción, como es el caso de los acuerdos de subcontratación.
205. Las presentes Directrices se aplican a todas las formas de acuerdos de producción en común y a los acuerdos horizontales de subcontratación¹⁵⁴.
206. Los acuerdos de subcontratación se refieren a acuerdos por los que una parte (en lo sucesivo, el «contratista») encarga a otra parte (en lo sucesivo, el «subcontratista») la fabricación de un producto. Los acuerdos horizontales de subcontratación se celebran entre empresas que operan en el mismo mercado de producto con independencia de si son competidores reales o potenciales. Este tipo de acuerdos abarcan los acuerdos de especialización unilaterales y recíprocos, así como otros acuerdos horizontales de subcontratación.
207. Los acuerdos de especialización unilaterales son acuerdos entre dos o más partes activas en el mismo mercado de producto, en virtud de los cuales una parte o varias acuerdan interrumpir total o parcialmente la producción de determinados bienes o abstenerse de producir esos bienes y comprarlos a la otra parte o partes, que aceptan producir y suministrar esos productos a la parte o partes que hayan interrumpido la producción o se hayan abstenido de producirlos.
208. Los acuerdos de especialización recíproca son acuerdos entre dos o más partes activas en el mismo mercado de producto, en virtud de los cuales dos o más partes se comprometen, sobre una base de reciprocidad, a interrumpir o abstenerse de fabricar productos determinados y diferentes y a comprárselos a las otras partes, las cuales se comprometen a producir y suministrar dichos productos a la otra parte o partes que hayan interrumpido la producción o se hayan abstenido de producirlos.
209. Las presentes Directrices también se aplican a otros acuerdos horizontales de subcontratación, entre los que se incluyen los acuerdos de subcontratación con miras

¹⁵⁴

Los acuerdos verticales de subcontratación no están cubiertos por las presentes Directrices. Los acuerdos verticales de subcontratación se celebran entre empresas que operan en niveles diferentes del mercado. Entran en el ámbito de aplicación de las Directrices sobre restricciones verticales y, siempre que se cumplan determinadas condiciones, pueden acogerse al Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales. Además, pueden entrar en el ámbito de aplicación de 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 (DO C 1 de 3.1.1979, p. 2) (en lo sucesivo, la «Comunicación sobre la subcontratación»).

a ampliar la producción, por los que el contratista no interrumpe ni limita al mismo tiempo su propia fabricación del producto.

3.2. Mercados de referencia

210. Un acuerdo de producción afectará a los mercados a los que incumba directamente la cooperación, es decir, los mercados a los que pertenezcan los productos fabricados con arreglo al acuerdo de producción. Estos mercados se definirán con arreglo a la Comunicación sobre la definición de mercado¹⁵⁵. Un acuerdo de producción también puede tener efectos indirectos en los mercados ascendentes, descendentes o adyacentes al mercado directamente afectado por la cooperación (en lo sucesivo, los «mercados afectados indirectamente»)¹⁵⁶. Es probable que los mercados afectados indirectamente sean mercados de referencia si son interdependientes y las partes tienen una posición sólida en el mercado afectado indirectamente.

3.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

211. La evaluación de un acuerdo de especialización comienza con la cuestión de si el acuerdo contiene restricciones de la competencia que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Si tal es el caso:
- a) en primer lugar, la evaluación se centrará en si el acuerdo de especialización puede acogerse a la exención del REC de especialización;
 - b) en segundo lugar, si los acuerdos quedan fuera del ámbito de aplicación del REC de especialización, sería necesaria una evaluación individual del acuerdo de especialización para determinar si cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3.

3.3.1. Principales problemas de competencia

212. Los acuerdos de producción pueden plantear diferentes problemas de competencia, tales como:
- a) la limitación directa de la competencia entre las partes;
 - b) la coordinación del comportamiento competitivo de las partes como proveedores; o
 - c) la exclusión de terceros contraria a la competencia en un mercado relacionado.
213. Los acuerdos de producción pueden dar lugar a una **limitación directa de la competencia entre las partes**. Estos acuerdos, y en especial las empresas en participación para la producción¹⁵⁷, pueden llevar a las partes a alinear directamente i) los niveles de producción, ii) la calidad, iii) el precio al que la empresa en participación vende sus productos u iv) otros parámetros importantes desde el punto de vista de la competencia (como la innovación o la sostenibilidad). Esto puede restringir la competencia incluso si las partes venden los productos independientemente.

¹⁵⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5).

¹⁵⁶ Artículo 2, apartado 5, primer guion, del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1).

¹⁵⁷ Véanse los apartados 51 («empresas en participación con plenas funciones») y 13 («responsabilidad por una infracción del artículo 101, apartado 1») de las presentes Directrices.

214. Los acuerdos de producción también pueden dar lugar a que **las partes coordinen su comportamiento competitivo como proveedores**, es decir, un **resultado colusorio**, lo que llevaría a i) precios más altos, ii) una reducción de la producción, iii) una calidad del producto más baja, iv) una menor variedad de productos o v) menos innovación. Esto puede suceder siempre que:
- a) las partes tengan poder de mercado, y
 - b) existan características de mercado que propicien dicha coordinación, especialmente:
 - i) cuando el acuerdo de producción incremente los costes comunes de las partes (es decir, la proporción de los costes variables que las partes tienen en común) en un grado tal que les permita llegar a un resultado colusorio, o
 - ii) si el acuerdo entraña un intercambio de información comercial confidencial que pueda llevar a un resultado colusorio.
215. Los acuerdos de producción pueden además llevar a la **exclusión de terceros contraria a la competencia en un mercado relacionado** (por ejemplo, en un mercado en sentido descendente que se basa en insumos procedentes del mercado en el que está vigente el acuerdo de producción). Estos problemas de competencia pueden materializarse independientemente de que las partes del acuerdo sean competidoras en el mercado en el que tiene lugar la cooperación. Sin embargo, para que esta clase de exclusión produzca efectos contrarios a la competencia, al menos una de las partes debe tener una posición de mercado sólida en el mercado donde se evalúan los riesgos de exclusión.
216. *Ejemplo.* Al lograr un poder de mercado suficiente, las partes que se dedican a la producción en común en un nivel superior del mercado pueden subir el precio de un componente (o insumo) clave para un mercado descendente. De este modo, pueden utilizar la producción en común para aumentar los costes de sus rivales en sentido descendente y marginarlos o, en último término, expulsarlos del mercado. Esto a su vez aumentará el poder de mercado de las partes en sentido descendente, lo que podrá permitirles mantener unos precios superiores al nivel competitivo o perjudicar a los clientes de algún otro modo.

3.3.2. Restricciones de la competencia por el objeto

217. Generalmente, los acuerdos que implican a) fijar los precios, b) limitar la producción o c) repartirse el mercado o los clientes restringen la competencia por el objeto.
218. Sin embargo, en el contexto de los acuerdos de producción, esto no se aplica cuando:
- a) las partes se ponen de acuerdo sobre la producción directamente afectada por el acuerdo de producción (por ejemplo, la capacidad y el volumen de producción de una empresa en participación o la cuantía acordada de productos procedentes de una externalización), a condición de que no se eliminen los otros parámetros de la competencia (como los precios), o
 - b) un acuerdo de producción que también contempla la distribución conjunta de los productos fabricados en común prevé la fijación conjunta de los precios de venta de estos productos, y solo de estos, siempre que esta restricción sea necesaria para la producción en común, es decir, que de lo contrario las partes carecerían desde el principio de un incentivo para celebrar el acuerdo de producción.

219. En estos dos casos, los acuerdos de producción que incluyan estas restricciones deberán evaluarse para determinar si es probable que produzcan efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Estas restricciones y los acuerdos de producción no se evaluarán por separado, sino a la luz de los efectos globales en el mercado de la totalidad del acuerdo de producción.

3.3.3. *Efectos restrictivos de la competencia*

220. La probabilidad de que los posibles problemas de competencia que pueden plantear los acuerdos de producción lleguen a materializarse en un caso determinado depende de diversas variables. Estas variables determinan los efectos probables de un acuerdo de producción sobre la competencia y, por ende, la aplicabilidad del artículo 101, apartado 1. Estas variables comprenden:
- a) las características del mercado en el que tiene lugar el acuerdo;
 - b) la naturaleza de la cooperación;
 - c) la cobertura del mercado por parte de la cooperación; y
 - d) los productos afectados por la cooperación.
221. La probabilidad de que un acuerdo de producción dé lugar a efectos restrictivos de la competencia depende de la situación que existiría a falta del acuerdo con todas sus supuestas restricciones.
222. Factores tales como el hecho de que las partes del acuerdo sean competidores cercanos, que los clientes tengan posibilidades limitadas de cambiar de proveedor, que sea improbable que los competidores aumenten la oferta si suben los precios, y que una de las partes del acuerdo sea una fuerza competitiva importante son todos ellos pertinentes para la evaluación del acuerdo desde el punto de vista de la competencia.
223. **Acuerdos de producción que también implican funciones de comercialización** (por ejemplo, la distribución o la mercadotecnia conjuntas). Estos acuerdos entrañan un mayor riesgo de producir efectos restrictivos de la competencia que los meros acuerdos de producción en común. La comercialización conjunta acerca la cooperación al consumidor y generalmente implica la fijación conjunta de precios y ventas, es decir, unas prácticas que conllevan los mayores riesgos para la competencia.
224. Sin embargo, por lo general los acuerdos de distribución conjunta de productos fabricados en común tienen menos probabilidades de restringir la competencia que los acuerdos que solo se refieren a la distribución conjunta.
225. Asimismo, un acuerdo de distribución conjunta que es necesario para celebrar inicialmente el acuerdo de producción en común tiene menos probabilidades de restringir la competencia que si no es necesario para la producción en común.
226. **Acuerdos de producción con escasas probabilidades de tener efectos restrictivos.** Algunos acuerdos de producción tienen escasas probabilidades de generar efectos restrictivos:
227. es improbable que los acuerdos de producción entre empresas que compiten en los mercados en los que se produce la cooperación tengan efectos restrictivos de la

competencia si *el acuerdo de producción da lugar a un nuevo mercado*¹⁵⁸, es decir, si el acuerdo permite a las partes lanzar un nuevo producto que, de lo contrario, basándose en factores objetivos, no podrían haber lanzado (debido, por ejemplo, a sus capacidades técnicas);

228. es improbable que los acuerdos de producción den lugar a una limitación directa de la competencia entre las partes, a un resultado colusorio o a una exclusión contraria a la competencia si *las partes del acuerdo no tienen poder de mercado* en el mercado en que se evalúa la restricción de la competencia; el poder de mercado es lo único que puede permitir a las partes del acuerdo mantener rentablemente los precios por encima del nivel competitivo, o mantener rentablemente la producción, la calidad del producto o su variedad por debajo de lo que exigiría la competencia.

3.3.3.1. Poder de mercado

229. El punto de partida para el análisis del poder de mercado es a) la cuota de mercado individual y combinada de las partes. A continuación, se analizarán por lo general b) el coeficiente de concentración y el número de operadores en el mercado, y c) factores dinámicos tales como el acceso potencial al mercado y la evolución de las cuotas de mercado, así como d) otros factores pertinentes para la evaluación del poder de mercado.

a) Cuotas de mercado

230. Es improbable que las empresas tengan poder de mercado por debajo de cierto nivel de cuota de mercado.
231. **REC de especialización.** El umbral de cuota de mercado con arreglo al REC de especialización se establece en el 20 %. Los acuerdos de especialización¹⁵⁹ están amparados por el REC de especialización si se celebran entre partes con una cuota de mercado combinada no superior al 20 % en el mercado o mercados de referencia, siempre que se cumplan las demás condiciones para la aplicación del REC de especialización.
232. **Salvaguardia regulatoria.** En el caso de los acuerdos horizontales de subcontratación, que quedan fuera de la definición de acuerdo de especialización prevista en el REC de especialización [artículo 1, apartado 1, letra a)], en la mayoría de los casos es poco probable que exista poder de mercado si las partes del acuerdo tienen una cuota de mercado combinada que no excede del 20 %. En cualquier caso, los acuerdos horizontales de subcontratación en los que la cuota de mercado combinada de las partes no excede del 20 % probablemente cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.
233. **Cuota de mercado superior al 20 %.** Si la cuota de mercado combinada de las partes excede del 20 %, deben analizarse los efectos restrictivos. En general, el riesgo de que un acuerdo de producción aumente los incentivos de las partes del acuerdo para elevar sus precios (o reducir la calidad y la gama) es más probable cuanto mayor sea la cuota de mercado combinada de las partes.

b) Ratio de concentración del mercado

¹⁵⁸ A efectos del presente capítulo, «nuevo mercado» debe entenderse en un sentido más amplio que en el contexto de los acuerdos de I+D contemplados en el capítulo 2 (véase, por ejemplo, el apartado 60).

¹⁵⁹ Artículo 1, apartado 1, del REC de especialización.

234. En general, la probabilidad de que un acuerdo de producción ocasione efectos restrictivos de la competencia en un mercado concentrado es mayor que en un mercado que no lo está. Un acuerdo de producción en un mercado concentrado puede aumentar el riesgo de resultado colusorio incluso si las partes solo tienen una cuota de mercado combinada moderada.

235. Sin embargo, una cuota de mercado combinada de las partes ligeramente superior al 20 % no implica necesariamente que el mercado esté sumamente concentrado. Una cuota de mercado combinada de las partes ligeramente superior al 20 % puede existir en un mercado con una concentración moderada.

c) Factores dinámicos

236. Aun cuando las cuotas de mercado de las partes del acuerdo y la concentración del mercado sean elevadas, los riesgos de efectos restrictivos de la competencia pueden seguir siendo bajos si el mercado es dinámico, es decir, si tienen lugar incorporaciones al mercado y las cuotas de mercado cambian frecuentemente.

d) Otros factores pertinentes para la evaluación del poder de mercado

237. El número y la intensidad de las relaciones (por ejemplo, otros acuerdos de cooperación) entre los competidores en el mercado también son pertinentes para la evaluación del poder de mercado de las partes.

238. Además, cuando una empresa con poder de mercado coopera con un posible nuevo operador, por ejemplo, con un proveedor del mismo producto en un mercado adyacente, ya sea geográfico o de producto, el acuerdo puede aumentar potencialmente el poder de mercado de la primera. Esto puede ocasionar efectos restrictivos de la competencia si: a) la competencia real en el mercado de la primera empresa ya es escasa y b) la amenaza de una entrada es una fuente importante de presión competitiva.

3.3.3.2. Limitación directa de la competencia entre las partes

239. La competencia entre las partes de un acuerdo de producción puede limitarse directamente de diferentes maneras. Por ejemplo:

a) Las partes de una empresa en participación de producción pueden, por ejemplo, limitar la producción de dicha empresa en comparación con lo que las partes habrían lanzado al mercado si cada una de ellas hubiera decidido su producción individualmente.

b) Si el acuerdo de producción determina las principales características del producto, esto puede eliminar también las dimensiones clave de la competencia entre las partes y, en último término, dar lugar a efectos restrictivos de la competencia.

c) Una empresa en participación que aplica un precio de transferencia elevado a las partes en el acuerdo de producción aumentaría los costes de los insumos de las partes, lo que puede dar lugar a unos precios mayores en sentido descendente. Puede que resulte rentable para los competidores aumentar sus precios como respuesta, lo que contribuirá a incrementar los precios en el mercado de referencia.

240. Además, en ciertos sectores en los que la producción es la principal actividad económica, incluso un simple acuerdo de producción puede por sí mismo eliminar

aspectos claves de la competencia, limitando así directamente la competencia entre las partes de los acuerdos.

3.3.3.3. Resultado colusorio y exclusión contraria a la competencia

241. La probabilidad de un resultado colusorio depende del poder de mercado de las partes (véase la sección 3.3.3.1), así como de las características del mercado de referencia. Un resultado colusorio puede ser fruto, en particular pero no únicamente, de unos costes comunes o de un intercambio de información propiciado por el acuerdo de producción.
242. Un acuerdo de producción también puede dar lugar a una exclusión contraria a la competencia: a) mediante el aumento del poder de mercado de las empresas; b) mediante el aumento de sus costes comunes; o c) si implica el intercambio de información comercial confidencial.
- a) Costes comunes
243. Un acuerdo de producción entre partes con poder de mercado puede tener efectos restrictivos de la competencia si aumenta sus costes comunes hasta un nivel tal que les permita incurrir en un resultado colusorio (por ejemplo, acordar precios u otros parámetros de la competencia) o excluir a terceros en mercados afectados indirectamente.
244. Los costes comunes se refieren a la proporción de los costes variables que las partes del acuerdo tienen en común. Los costes pertinentes son los costes variables del producto con el que compiten las partes del acuerdo de producción.
245. Es más probable que un acuerdo de producción lleve a un resultado colusorio o a una exclusión si antes del acuerdo las partes ya tenían en común una proporción elevada de los costes variables, pues el incremento adicional ocasionado por los costes de producción de los productos objeto del acuerdo puede inclinar la balanza hacia un resultado colusorio. Por el contrario, aunque el nivel inicial de los costes comunes sea bajo, si el incremento (ocasionado por los costes de producción de los productos objeto del acuerdo) es acusado, el riesgo de resultado colusorio o de exclusión puede ser elevado.
246. Los costes comunes aumentan el riesgo de resultado colusorio o de exclusión solamente cuando los costes de producción representan una proporción importante de los costes variables afectados.
- a) Otra situación en la que los costes comunes pueden llevar a un resultado colusorio se presenta cuando las partes acuerdan producir conjuntamente un producto intermedio que supone una amplia proporción de los costes variables del producto final con el cual las partes compiten en sentido descendente. Las partes podrían utilizar el acuerdo de producción para aumentar el precio de este insumo común importante para sus productos en el mercado descendente. Esto debilitaría la competencia descendente y probablemente llevaría a unos precios finales más altos. El beneficio se trasladaría de la fase descendente a la ascendente para compartirlo a continuación las partes a través de la empresa en participación.
- b) Del mismo modo, los costes comunes incrementan los riesgos de exclusión contraria a la competencia derivados de un acuerdo horizontal de subcontratación cuando el insumo que el contratista compra al subcontratista

supone una gran proporción de los costes variables del producto final con el que compiten las partes.

247. Sin embargo, es menos probable que los costes comunes aumenten el riesgo de un resultado colusorio cuando la cooperación se refiere a productos cuya comercialización es costosa, como por ejemplo, los productos nuevos o heterogéneos que requieran una mercadotecnia costosa o altos costes de transporte.

b) Intercambios de información

248. Un acuerdo de producción puede generar efectos restrictivos de la competencia si implica un intercambio de información comercial estratégica que pueda llevar a un resultado colusorio o a una exclusión contraria a la competencia.
249. La probabilidad de que el intercambio de información en el contexto de un acuerdo de producción genere efectos restrictivos de la competencia debe evaluarse según la orientación que figura en el capítulo 6 de las presentes Directrices. Cualesquiera efectos negativos que resulten de esos intercambios de información no se evaluarán por separado, sino teniendo en cuenta los efectos globales del acuerdo de producción.
250. Es más probable que el acuerdo de producción cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3, si el intercambio de información no va más allá de la puesta en común de los datos necesarios para la fabricación de los productos objeto del acuerdo, aun cuando el intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. En este caso es probable que las mejoras de eficiencia derivadas de la producción en común compensen los efectos restrictivos producidos por la coordinación de la conducta de las partes.
251. Sería menos probable que el acuerdo de producción cumpliera los criterios del artículo 101, apartado 3, si el intercambio de información fuera más allá de lo necesario para la producción en común y abarcara, por ejemplo, información relacionada con los precios y las ventas.

3.4. Acuerdos cubiertos por el REC de especialización

252. El REC de especialización establece una salvaguardia regulatoria, sujeta a determinadas condiciones, para determinados acuerdos de producción, que se denominan «acuerdos de especialización».
253. El alcance de la exención del REC de especialización se limita a aquellos acuerdos de especialización respecto de los cuales quepa presumir con suficiente certeza que cumplen los requisitos del apartado 3 del artículo 101.

3.4.1. Acuerdos de especialización

254. Los acuerdos de especialización comprenden los siguientes tipos de acuerdos horizontales de producción: los acuerdos de especialización unilateral, los acuerdos de especialización recíproca y los acuerdos de producción en común, y se refieren a la fabricación de bienes o la preparación de servicios.
255. **Acuerdos de especialización unilateral.** Los elementos clave de estos acuerdos, tal como se definen en el artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i), del REC de especialización, son:
- a) implican a dos o más partes; y
 - b) las partes en los acuerdos ya operan en el mismo mercado de productos; y
 - c) el acuerdo se refiere a los mismos productos; y

- d) una o varias partes acuerdan cesar total o parcialmente o abstenerse de producir determinados productos y comprarlos a la otra parte o partes; y
 - e) una o varias partes diferentes acuerdan producir y suministrar dichos productos a la otra parte o partes que cesen o se abstengan de producirlos.
256. La definición de acuerdos unilaterales de especialización no requiere: i) que las partes operen en el mismo mercado geográfico; o ii) que la parte o partes que cesan o se abstienen de producir determinados productos reduzcan la capacidad (por ejemplo, venta de fábricas, cierre de líneas de producción, etc.), ya que basta con que reduzcan sus volúmenes de producción.
257. **Acuerdos de especialización recíproca.** Los elementos clave de estos acuerdos, tal como se definen en el artículo 1, apartado 1, letra a), inciso ii), del REC de especialización, son:
- a) implican a dos o más partes; y
 - b) las partes en los acuerdos ya operan en el mismo mercado de productos; y
 - c) el acuerdo se refiere a diferentes productos; y
 - d) dos o más partes, sobre una base de reciprocidad, acuerdan total o parcialmente cesar o abstenerse de producir productos determinados y diferentes y comprarlos a las otras partes; y
 - e) estas otras partes acuerdan producir y suministrar los productos a las partes que cesen o se abstengan de producirlos.
258. La definición de acuerdos de especialización recíproca no requiere que: i) las partes operen en el mismo mercado geográfico, o ii) las partes que cesen o se abstengan de producir determinados productos distintos reduzcan la capacidad (por ejemplo, venta de fábricas, cierre de líneas de producción, etc.), ya que basta con que reduzcan sus volúmenes de producción.
259. **Acuerdos de producción en común.** Los elementos clave de estos acuerdos, tal como se definen en el artículo 1, apartado 1, letra a), inciso iii), del REC de especialización, son:
- a) implican a dos o más partes; y
 - b) las partes fabrican conjuntamente determinados productos (véase la sección 3.4.3).
260. La definición de acuerdos de producción en común no requiere que: i) las partes ya operen en el mismo mercado de productos; o ii) una o varias partes cesen o se abstengan de producir productos.
- 3.4.2. *Otras disposiciones de los acuerdos de especialización*
261. El REC de especialización también excluye determinadas disposiciones que pueden incluirse en los acuerdos de especialización.
262. **Disposiciones sobre la cesión o concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual a una o varias de las partes** (artículo 2, apartado 3, del REC de especialización). Estas disposiciones se benefician de la exención prevista en el artículo 2 del REC de especialización si cumplen dos condiciones acumulativas:
- a) que no constituyan el objeto principal del acuerdo de especialización; y

- b) que estén directamente relacionadas con la aplicación de dicho acuerdo y sean necesarios para esta.

263. **Disposiciones relativas a las obligaciones de suministro o de compra** (artículo 2, apartado 4, y considerando 11 del REC de especialización). El REC de especialización establece que los acuerdos de especialización unilateral y recíproca solo quedarán exentos cuando prevean obligaciones de suministro y compra. En tal caso, estas obligaciones pueden ser exclusivas o no (considerando 11 del REC de especialización).

264. Por lo que se refiere a las obligaciones de suministro o compra exclusiva, el artículo 2, apartado 4, del REC de especialización establece que la exención se aplicará a los acuerdos de especialización por los que las partes acepten una obligación de compra exclusiva o una obligación de suministro exclusivo.

- a) Una obligación de suministro exclusivo, tal como se define en el artículo 1, apartado 1, letra j), del REC de especialización, significa la obligación de no suministrar los productos de la especialización [tal como se definen en el artículo 1, apartado 1, letra c), del REC de especialización] a una empresa competidora distinta de una o varias partes en el acuerdo. Por lo tanto, una obligación de suministro exclusivo no impide que las partes suministren los productos de la especialización a terceros que no sean empresas competidoras.
- b) Una obligación de compra exclusiva, tal como se define en el artículo 1, apartado 1, letra k), del REC de especialización, significa la obligación de comprar los productos de la especialización únicamente a una o varias partes del acuerdo.

265. Otras disposiciones recogidas en los acuerdos de especialización que constituyan restricciones accesorias también se beneficiarán de la exención prevista en el artículo 2 del REC de especialización siempre que se cumplan las condiciones definidas en la jurisprudencia de la Unión¹⁶⁰.

3.4.3. *Distribución conjunta y concepto de «conjunta» en el marco del REC de especialización*

266. El REC de especialización define el concepto de «conjunta» en el ámbito de la distribución. La distribución conjunta puede formar parte de un acuerdo de especialización y puede beneficiarse de la exención del REC de especialización si las actividades de distribución se llevan a cabo de una de las dos maneras siguientes:

- a) la distribución la lleva a cabo un equipo, una entidad o una empresa común, o
- b) la distribución la lleva a cabo un distribuidor tercero que cumple tres condiciones acumulativas:
 - i) es designado conjuntamente por las partes en el acuerdo de especialización; y

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 89; sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, C-42/84, EU:C:1985:327, apartados 19-20; sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, Pronuptia, C-161/84, EU:C:1986:41, apartados 15-17; sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, Gøttrup-Klim y otros Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselskab, C-250/92, EU:C:1994:413, apartado 35; y sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1995, Oude Luttikhuis y otros/Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco, C-399/93, EU:C:1995:434, apartados 12-15.

- ii) es designado sobre una base exclusiva o no exclusiva; y
 - iii) no es un competidor real o potencial de las partes en el acuerdo de especialización.
267. La exención prevista en el REC de especialización también se aplica¹⁶¹ a los acuerdos de especialización en los que las partes a) distribuyen conjuntamente los productos de especialización y b) no los venden de forma independiente.
268. El REC de especialización también utiliza el concepto de «conjunta» en la definición de «acuerdos de producción en común» [artículo 1, apartado 1, letra a), inciso iii), del REC de especialización]. Sin embargo, el concepto de «conjunta» no se define en el contexto de la producción. Por lo tanto, en el marco del REC de especialización, la producción en común adopta cualquier forma.
- 3.4.4. Servicios en el marco del REC de especialización*
269. Los acuerdos de especialización que se benefician de la exención del REC de especialización también pueden referirse a la preparación de servicios. La preparación de servicios se refiere a las actividades previas a la prestación de servicios a los clientes [artículo 1, apartado 1, letra e), del REC de especialización]. Por ejemplo, un acuerdo de especialización para la creación de una plataforma a través de la cual se prestará un servicio podría considerarse un acuerdo relativo a la preparación de servicios.
270. Sin embargo, como se explica en el considerando 9 del REC de especialización, la prestación de servicios queda fuera del ámbito de aplicación del REC de especialización, excepto en el contexto de la distribución en la que las partes prestan los servicios preparados en virtud del acuerdo de especialización.

3.4.5. Empresas competidoras: competidores reales o potenciales

271. Con arreglo al REC de especialización [artículo 1, apartado 1, letra i)], se considerarían empresas competidoras: a) los competidores reales si desarrollan sus actividades en el mismo mercado de referencia; o b) los competidores potenciales si, en ausencia de un acuerdo de producción, pudiesen emprender, por razones realistas y no según una posibilidad meramente teórica, las inversiones adicionales necesarias o sufragar otros costes necesarios para penetrar en el mercado de referencia en no más de tres años.
272. La competencia potencial debe examinarse desde un punto de vista realista. Por ejemplo, las partes no podrían considerarse competidoras potenciales por el mero hecho de que un acuerdo de especialización les permita llevar a cabo determinadas actividades de producción. La cuestión determinante consiste en saber si cada parte dispone independientemente de los medios necesarios para hacerlo.

3.4.6. Umbral de cuota de mercado y duración de la exención

3.4.6.1. Umbral de cuota de mercado

273. De conformidad con el artículo 3 del REC de especialización, los acuerdos de especialización se beneficiarán de la exención si se cumplen los siguientes umbrales de cuota de mercado:

¹⁶¹ Artículo 2, apartado 4, letra b), y artículo 1, apartado 1, punto I), del REC de especialización.

- a) la cuota de mercado combinada de las partes no excede del 20 % en el mercado o mercados de referencia afectados por el acuerdo de especialización, siempre que se cumplan las demás condiciones para la exención en virtud del REC de especialización;
- b) cuando los productos de la especialización sean productos intermedios y una o varias de las partes los utilicen forzosamente, total o parcialmente, para la producción de determinados productos transformados, que las partes también venden, la exención del REC de especialización estará supeditada a:
 - i) la cuota de mercado combinada de las partes que no exceda del 20 % en el mercado o mercados de referencia a los que pertenece el producto o productos de la especialización; y
 - ii) la cuota de mercado combinada de las partes que no exceda del 20 % en el mercado o mercados de referencia a los que pertenecen los productos transformados. Con arreglo al REC de especialización, un «producto transformado» se define como un producto en cuya fabricación una o varias de las partes utilizan un producto de la especialización como insumo y que esas partes venden en el mercado [artículo 1, apartado 1, letra g)].

3.4.6.2. Cálculo de las cuotas de mercado

- 274. Con arreglo al artículo 4 del REC de especialización, las cuotas de mercado se deben calcular sobre la base de datos relativos al año natural precedente.
- 275. Para determinados mercados puede ser necesario calcular las cuotas de mercado sobre la base de una media de las cuotas de mercado de las partes de los tres últimos años naturales precedentes. Esto puede ser pertinente, por ejemplo, cuando existen mercados de licitaciones y las cuotas de mercado pueden variar significativamente (por ejemplo, del 0 % al 100 %) de un año a otro, dependiendo de si una parte tuvo éxito o no en el proceso de licitación. Esto también puede ser relevante para los mercados caracterizados por pedidos poco frecuentes de grandes volúmenes para los que la cuota de mercado del año natural precedente puede no ser representativa, por ejemplo, si no se ha producido un pedido de gran volumen en el año natural precedente. Otra situación en la que puede ser necesario calcular las cuotas de mercado sobre la base de una media de los tres últimos años naturales precedentes es cuando se produce una perturbación de la oferta o la demanda en el año natural anterior al acuerdo de cooperación.
- 276. Por lo que se refiere a los parámetros para el cálculo de las cuotas de mercado, el REC de especialización establece que el cálculo de las cuotas de mercado se basará en el valor de las ventas. Si no se dispone de datos sobre el valor de las ventas, podrán utilizarse otras estimaciones basadas en información fiable sobre el mercado, incluidos los datos referentes al volumen de ventas en el mercado, con el fin de determinar la cuota de mercado de las partes.
- 277. A efectos del REC de especialización, los términos «empresa» y «parte» incluirán sus respectivas «empresas vinculadas», tal como se definen en el artículo 1, apartado 2. De conformidad con el artículo 4, apartado 3, del REC de especialización, la cuota de mercado de las partes en el acuerdo de especialización y de su empresa vinculada se repartirá por igual entre las empresas que ostenten los siguientes derechos o facultades:

- a) la facultad de ejercer, directa o indirectamente, más de la mitad de los derechos de voto,
- b) la facultad de designar, directa o indirectamente, a más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia, del consejo de administración o de los órganos de representación legal de la empresa, o
- c) el derecho a dirigir, directa o indirectamente, las actividades de la empresa.

3.4.6.3. Duración de la exención

278. La exención del REC de especialización no tiene una duración específica. La exención es aplicable mientras dure el acuerdo de especialización, siempre que se alcancen los umbrales de cuota de mercado.
279. El REC de especialización prevé que cuando la cuota de mercado combinada de las partes aumente por encima del 20 % en al menos uno de los mercados afectados por el acuerdo de especialización, la exención seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se superó por primera vez el umbral del 20 %.

3.4.7. Restricciones especialmente graves en el REC de especialización

3.4.7.1. Restricciones especialmente graves

280. El artículo 5 del REC de especialización contiene una lista de restricciones especialmente graves. Las restricciones especialmente graves se consideran restricciones graves de la competencia que, en la mayoría de los casos, deben prohibirse debido al perjuicio que causan al mercado y a los consumidores. Los acuerdos de especialización que incluyen una o varias restricciones especialmente graves quedan excluidos en su conjunto de la exención prevista en el REC de especialización.
281. Las restricciones especialmente graves citadas en el artículo 5 del REC de especialización pueden agruparse en las siguientes categorías:
- a) la fijación de precios al vender los productos de especialización a terceros;
 - b) la limitación de la producción o las ventas; y
 - c) la asignación de mercados o de clientes.
282. Estas restricciones pueden alcanzarse: a) directa o indirectamente, y b) por sí solas o en combinación con otros factores controlados por las partes en el acuerdo de especialización.

3.4.7.2. Excepciones

283. El artículo 5 del REC de especialización también contiene algunas excepciones a las restricciones especialmente graves. Los acuerdos de especialización que incluyan estas disposiciones pueden seguir estando exentos si se cumplen las demás condiciones para la exención en virtud del REC de especialización.
- a) Fijación de precios: en el contexto de la distribución conjunta, el REC de especialización permite fijar los precios cobrados a los clientes inmediatos (artículo 5, apartado 1, párrafo segundo).
 - b) Limitación de la producción o las ventas:
 - i) en el contexto de acuerdos de especialización unilateral o recíproca, el REC de especialización permite disposiciones sobre la cantidad acordada

de productos que i) una o varias partes dejarían de fabricar o preparar o ii) una o varias partes fabricarían o prepararían para la otra parte o partes [artículo 5, apartado 2, letra a)];

- ii) en el contexto de los acuerdos de producción en común, el REC de especialización permite disposiciones sobre la fijación de la capacidad y los volúmenes de producción de las partes en relación con los productos de especialización [artículo 5, apartado 2, letra b)];
- iii) en el contexto de la distribución conjunta, el REC de especialización permite establecer objetivos de ventas en relación con los productos de la especialización [artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, letra c)].

3.4.8. *Retirada del beneficio del REC de especialización*

284. Los artículos 6 y 7 del REC de especialización prevén que la Comisión y las ANC pueden retirar el beneficio del REC de especialización con arreglo a lo dispuesto en el artículo 29, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, respectivamente, en particular cuando:

- a) el mercado de referencia está muy concentrado, y
- b) la competencia ya es escasa, en particular debido a i) las posiciones de mercado individuales de otros participantes en el mercado o ii) los vínculos entre otros participantes en el mercado mediante acuerdos de especialización paralelos.

285. Las directrices previstas para la retirada de los beneficios del REC I+D se aplican también a la retirada de los beneficios del REC de especialización (véase la sección 2.7 de las presentes Directrices).

3.5. **Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3, de los acuerdos de producción que no entran en el ámbito de aplicación del REC de especialización**

286. No puede presumirse que los acuerdos de producción que no entran dentro del ámbito de aplicación del REC de especialización entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, o que no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. Estos acuerdos de producción requieren una evaluación individual.

287. La evaluación individual de dichos acuerdos de producción comienza con la cuestión de si el acuerdo restringiría la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1¹⁶². En caso afirmativo, las empresas tendrían que evaluar si el acuerdo de producción cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3.

3.5.1. *Mejoras de eficiencia*

288. Los acuerdos de producción pueden aportar mejoras de eficiencia:

- a) al permitir a las empresas ahorrar costes que de lo contrario deberían soportar dos veces;
- b) al ayudar a las empresas a mejorar la calidad del producto si aúnan sus capacitaciones y conocimientos técnicos complementarios.
- c) al hacer posible que las empresas aumenten su gama de productos de una manera tal que no habrían podido permitirse o lograr si aquella no hubiera existido;

¹⁶² Sección 2.3 de las presentes Directrices.

- d) al permitir a las empresas mejorar las tecnologías de producción o lanzar nuevos productos (como productos sostenibles), que de otro modo no habrían podido hacer (por ejemplo, debido a las capacidades técnicas de las partes);
- e) al incentivar y permitir a las empresas adaptar sus capacidades de producción a un aumento repentino de la demanda o a una caída de la oferta de determinados productos, lo que conlleva un riesgo de escasez;
- f) al abordar la escasez y las interrupciones en la cadena de suministro en sectores críticos de la economía, lo que permite a las partes reducir la dependencia de un número demasiado limitado de proveedores de determinados productos, servicios y tecnologías;
- g) al permitir a las empresas producir a menor coste si la cooperación permite a las partes aumentar la producción en caso de que los costes marginales disminuyan con la producción, es decir, mediante economías de escala; y
- h) al proporcionar un ahorro de costes mediante economías de alcance, si el acuerdo permite a las partes aumentar el número de diferentes tipos de productos.

289. Estas mejoras de eficiencia pueden contribuir a un mercado interior resiliente.

3.5.2. *Carácter indispensable*

290. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de producción no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Por ejemplo, por lo general no se considerarán indispensables las restricciones de la conducta competitiva de las partes por lo que se refiere a la producción fuera de la cooperación impuestas en un acuerdo de producción. Del mismo modo, no se considerará que la fijación conjunta de precios es indispensable si el acuerdo de producción tampoco implica la comercialización conjunta.

3.5.3. *Beneficio para los consumidores*

291. Las mejoras de eficiencia logradas mediante las restricciones imprescindibles deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia, por ejemplo, en forma de precios más bajos o de mejor calidad o variedad de productos.

292. Las mejoras de eficiencia que solamente benefician a las partes o el ahorro de costes causados por la reducción de la producción o por el reparto del mercado no constituyen una base suficiente para el cumplimiento de los criterios del artículo 101, apartado 3.

293. Si las partes del acuerdo de producción logran un ahorro de sus costes variables es más probable que los transmitan a los consumidores que si reducen sus costes fijos.

294. Por otra parte, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

3.5.4. *No eliminación de la competencia*

295. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si se ofrece a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado de los productos en cuestión. Esto debe analizarse en el mercado de referencia al que

pertenecen los productos objeto de la cooperación y en los posibles mercados afectados indirectamente.

3.6. Acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles

296. En esta sección, la Comisión ofrece orientaciones sobre un tipo específico de acuerdo de producción relativo a la infraestructura móvil — acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles¹⁶³. Las redes de conectividad constituyen la base de una economía y una sociedad digitales, de importancia para prácticamente todas las empresas y consumidores. Los operadores de redes móviles suelen cooperar para aumentar la rentabilidad del despliegue de sus redes¹⁶⁴.
297. Los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles son un ejemplo de acuerdos de especialización que se refieren a la preparación conjunta de servicios. En los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles, los operadores de redes móviles acuerdan compartir algunos elementos de infraestructura. Esto puede incluir compartir su infraestructura básica del emplazamiento, como mástiles, casetas, antenas o fuentes de alimentación (en lo sucesivo, el «uso compartido pasivo» o el «uso compartido de emplazamiento»). Los operadores de redes móviles también pueden compartir el equipo de red de acceso de radio (en lo sucesivo, la «RAN», por sus siglas en inglés) en sitios tales como estaciones transceptoras de base o nodos controladores (en lo sucesivo, el «uso compartido de la RAN activo») o su espectro, como las bandas de frecuencias (en lo sucesivo, el «uso compartido del espectro»)¹⁶⁵.
298. La Comisión reconoce los beneficios potenciales de los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles derivados de reducciones de costes o mejoras de la calidad. Las reducciones de costes, por ejemplo relacionadas con el despliegue y el mantenimiento, pueden beneficiar a los consumidores en términos de precios más bajos. La mejora de la calidad de los servicios o una mayor variedad de productos y servicios pueden derivarse, por ejemplo, de un despliegue más rápido de nuevas redes y tecnologías, de una cobertura más amplia o de redes de redes más densas. El uso compartido de infraestructuras móviles también puede permitir la aparición de

¹⁶³ Cabe señalar que el término «infraestructura móvil» en esta sección se refiere al uso de la infraestructura no solo para servicios móviles, como la banda ancha móvil, sino también para el suministro de acceso inalámbrico a una ubicación fija, como el acceso inalámbrico fijo («FWA», por sus siglas en inglés) que se utiliza como alternativa a las conexiones por cable.

¹⁶⁴ El marco regulador de las comunicaciones electrónicas establece las posibilidades de compartir infraestructuras móviles en determinadas circunstancias muy específicas. Por ejemplo, este puede ser el caso de zonas menos densas en las que la replicación es impracticable y los usuarios finales corren el riesgo de verse privados de la conectividad digital. Véanse las condiciones establecidas en el artículo 61, apartado 4, de la Directiva (UE) 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, en virtud de las cuales los Estados miembros velarán por que sus autoridades competentes estén facultadas para imponer a las empresas obligaciones en relación con el uso compartido de infraestructuras pasivas u obligaciones de celebrar acuerdos de acceso itinerante localizado, así como, excepcionalmente, sobre el uso compartido activo. Véase también la recomendación de la Comisión relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para reducir el coste del despliegue de redes de muy alta capacidad y garantizar un acceso al espectro radioeléctrico 5G oportuno y favorable a la inversión, a fin de fomentar la conectividad y ponerla al servicio de la recuperación económica en la Unión tras la crisis de la COVID-19.

¹⁶⁵ Por último, además de compartir la parte RAN de su red, los operadores de redes móviles también pueden compartir algunos nodos de sus respectivas redes básicas, como los centros de conmutación móvil y las entidades de gestión móvil.

una competencia que de otro modo no existiría¹⁶⁶. La Comisión también ha constatado en general que los operadores de redes móviles pueden beneficiarse de grandes redes eficientes si celebran acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles sin necesidad de consolidación mediante concentraciones.

299. La Comisión considera que los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles, también un posible uso compartido del espectro, no restringirían, en principio, la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1, a menos que sirvan de instrumento para participar en un cartel.
300. Sin embargo, los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles pueden producir efectos restrictivos de la competencia. Pueden limitar la competencia en infraestructuras que se produciría de no existir el acuerdo¹⁶⁷. La reducción de la competencia en las infraestructuras puede, a su vez, limitar la competencia tanto a nivel mayorista como minorista. Esto se debe a que una competencia más limitada a nivel de infraestructura puede afectar a parámetros como el número y la ubicación de los emplazamientos, el calendario de despliegue de los emplazamientos, así como la cantidad de capacidad instalada en cada emplazamiento, lo que, a su vez, puede afectar a la calidad del servicio y a los precios.
301. Los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles también pueden reducir de facto la independencia decisoria de las partes y limitar la capacidad y los incentivos de las partes para participar en la competencia de infraestructuras entre sí. Por ejemplo, esto podría deberse a algunas condiciones técnicas¹⁶⁸, contractuales o financieras del acuerdo¹⁶⁹. Los intercambios de información entre las partes también pueden ser problemáticos desde el punto de vista de la competencia, especialmente cuando exceden de lo estrictamente necesario para el funcionamiento del acuerdo de uso compartido de infraestructuras móviles.
302. Si bien la evaluación competitiva con arreglo al artículo 101 debe realizarse siempre caso por caso¹⁷⁰, pueden darse principios generales como orientación para llevar a cabo dicha evaluación para los diferentes tipos de acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles:
- a) es poco probable que el uso compartido pasivo produzca efectos restrictivos de la competencia, siempre que los operadores de redes mantengan un grado

¹⁶⁶ Por ejemplo, el uso compartido de infraestructuras móviles puede permitir una competencia a nivel minorista que no existiría de no existir el acuerdo. Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2006, O2 (Germany)/Comisión, T-328/03, EU:T:2006:116, apartados 77 a 79. Esta sentencia se refiere a los acuerdos de itinerancia nacional, aunque los principios pueden aplicarse *mutatis mutandis* a los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles.

¹⁶⁷ Deben tenerse en cuenta los efectos del acuerdo y, para que esté comprendido en el ámbito de aplicación de la prohibición, es necesario comprobar la existencia de los factores que demuestran que la competencia se ha impedido, restringido o falseado de manera apreciable. La competencia en cuestión debe entenderse en el contexto real en el que se produciría de no existir el acuerdo en cuestión; la injerencia en la competencia puede dudarse, en particular, si el acuerdo parece realmente necesario para la penetración de una nueva zona por parte de una empresa. Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2006, O2 (Germany)/Comisión, T-328/03, EU:T:2006:116, apartado 68.

¹⁶⁸ Los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles podrían dar lugar a situaciones en las que una parte esté obstaculizando a la otra parte. Por ejemplo, una parte no puede desplegar determinada tecnología en una zona atendida por la otra parte.

¹⁶⁹ Por ejemplo, en caso de división geográfica, cuando una parte cobre las mejoras de la red a la otra parte a un precio superior a los costes incrementales subyacentes.

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2006, O2 (Germany)/Comisión, T-328/03, EU:T:2006:116, apartados 65 a 71.

significativo de independencia y flexibilidad a la hora de definir su estrategia empresarial, las características de sus servicios y las inversiones en red;

- b) los acuerdos activos de uso compartido de la RAN pueden tener más probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia. Esto se debe a que, en comparación con el uso compartido pasivo, es probable que el uso compartido activo de la RAN implique una cooperación más amplia en elementos de red que probablemente afecten no solo a la cobertura, sino también al despliegue independiente de la capacidad;
- c) los acuerdos de uso compartido del espectro (también denominado «puesta en común del espectro») son una cooperación más amplia y pueden restringir la capacidad de las partes para diferenciar aún más sus ofertas minoristas o mayoristas y limitar directamente la competencia entre ellas¹⁷¹. Si bien las autoridades competentes no impedirán el uso compartido del espectro radioeléctrico en las condiciones asociadas a los derechos de uso de dicho espectro¹⁷², estos acuerdos deben examinarse con cautela con arreglo al artículo 101¹⁷³.

303. A la hora de evaluar si un acuerdo de uso compartido de infraestructuras móviles puede tener efectos restrictivos de la competencia, son pertinentes varios factores, entre ellos:

- a) el tipo y la profundidad del uso compartido (también el grado de independencia mantenido por los operadores de redes)¹⁷⁴;

¹⁷¹ Cabe señalar que el término «uso compartido del espectro» en esta sección se refiere únicamente al tipo de acuerdo de uso compartido de infraestructuras en el que dos o más operadores de redes móviles utilizan como recurso compartido (es decir, «puesta en común») sus respectivas posesiones de espectro en una o más bandas espectrales. No obstante, las consideraciones relativas al uso compartido del espectro se entienden sin perjuicio de otros tipos de uso compartido del espectro, por ejemplo entre no competidores (también los operadores de redes móviles y los operadores de redes no móviles) que utilizan las mismas bandas espectrales de manera dinámica, fomentando así el uso eficiente de un recurso tan escaso y nuevas oportunidades para el despliegue de la 5G. Además, el término «uso compartido del espectro» que figura en esta sección no debe confundirse con el denominado «uso compartido del espectro dinámico», que es una tecnología que permite la asignación dinámica de los recursos de capacidad de un operador móvil en una banda espectral específica, para permitir el funcionamiento simultáneo de más de una generación de tecnología móvil, como la 3G, la 4G y la 5G, en esta banda espectral.

¹⁷² Véanse las disposiciones del artículo 47, apartado 2, del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, según las cuales las autoridades competentes de los Estados miembros no impedirán el uso compartido del espectro radioeléctrico en las condiciones vinculadas a los derechos de uso del espectro radioeléctrico. Además, las autoridades competentes, al imponer condiciones a los derechos individuales de uso del espectro radioeléctrico, podrán prever las posibilidades siguientes: a) compartir infraestructuras pasivas o activas; b) celebrar acuerdos comerciales de acceso por itinerancia; c) desplegar conjuntamente infraestructuras para el suministro de redes o servicios que dependen del uso del espectro radioeléctrico.

¹⁷³ Por ejemplo, un acuerdo de uso compartido de infraestructuras móviles entre dos operadores móviles con cuotas de mercado combinadas estables del 90 % y que abarque todo el territorio de un Estado miembro, todas las tecnologías (2G-5G) y el uso compartido del espectro requerirá una investigación en profundidad con una probabilidad alta de detectar efectos restrictivos en el mercado en detrimento último de los consumidores. Sin embargo, en determinadas circunstancias (por ejemplo, si el acuerdo se limita únicamente a zonas escasamente pobladas), dichos acuerdos pueden no tener tales efectos restrictivos.

¹⁷⁴ Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Compartición de redes — Rahmenvertrag COMP/38.369, considerando 12; Decisión de la Comisión de 30 de abril de

- b) el alcance de los servicios compartidos y las tecnologías compartidas, la duración y la estructura establecida por los acuerdos;
 - c) el alcance geográfico y la cobertura del mercado del acuerdo de uso compartido de infraestructuras móviles (por ejemplo, la cobertura de población y si el acuerdo se refiere a zonas densamente pobladas)¹⁷⁵;
 - d) la estructura y las características del mercado (cuotas de mercado de las partes, cantidad de espectro que poseen las partes, proximidad de la competencia entre las partes, número de operadores no incluidos en el acuerdo y grado de presión competitiva que ejercen, obstáculos a la entrada, etc.).
304. Si bien no significa automáticamente que se cumpla el artículo 101, para que se considere, a primera vista, que es improbable que un acuerdo de uso compartido de infraestructuras móviles tenga efectos restrictivos con arreglo al artículo 101, tendría que cumplir, como mínimo, lo siguiente:
- a) los operadores controlan y explotan su propia red básica y no existen desincentivos técnicos, contractuales, financieros o de otro tipo que impidan a los operadores desplegar individual o unilateralmente su infraestructura, mejorar e innovar si así lo desean;
 - b) los operadores mantienen operaciones independientes al por menor y al por mayor (independencia técnica, comercial y decisoria de otro tipo). Esto comprende la libertad de los operadores para fijar los precios de sus servicios, determinar los parámetros del producto/paquete, seguir estrategias de espectro independientes y diferenciar sus servicios en función de la calidad y otros parámetros;
 - c) los operadores no intercambian más información de la estrictamente necesaria para el funcionamiento compartido de infraestructuras móviles y se han establecido los obstáculos necesarios para el intercambio de información.
305. El incumplimiento de estas condiciones mínimas por parte del acuerdo de uso compartido de infraestructuras móviles indica que es probable que el acuerdo de uso compartido de infraestructuras móviles tenga efectos restrictivos con arreglo al artículo 101.

3.7. Ejemplos

306. Limitación directa de la competencia

Ejemplo 1

Situación: Dos proveedores, las empresas A y B, de un producto X, deciden cerrar sus antiguas instalaciones de producción existentes y construir una instalación de producción mayor, moderna y más eficaz dirigida por una empresa en participación, que tendrá una capacidad superior a la capacidad total de las viejas plantas de A y B. Los competidores utilizan sus instalaciones a plena capacidad y no tienen planes de

2003, O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited («UK Network Sharing Agreement») (COMP/ 38.370), considerando 11.

¹⁷⁵ Véase la Posición común del Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) sobre el uso compartido de infraestructuras móviles, de 13 de junio de 2019, sección 4.2. Uso compartido activo. Véase también, por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 6 de marzo de 2020, Vodafone Italia/TIM/INWIT JV (M.9674) y el comunicado de prensa adjunto: [Concentraciones: INWIT /Telecom Italia, Vodafone \(europa.eu\)](#).

expansión. Las empresas A y B tienen cuotas de mercado del 20 % y el 25 %, respectivamente, en el mercado de referencia del producto X. El mercado está concentrado, estancado, y no ha habido ninguna entrada reciente y las cuotas de mercado se han mantenido estables a lo largo del tiempo. Los costes de producción constituyen una parte importante de los costes variables de A y B para el producto X. La comercialización es una actividad económica menor en términos de costes e importancia estratégica en comparación con la producción: los costes de comercialización son bajos ya que el producto es homogéneo y está asentado, y el transporte no es un elemento clave de la competencia.

Análisis: El REC de especialización no se aplica a este ejemplo porque la cuota de mercado combinada de las partes supera el 20 % en el mercado de referencia del producto X. Por lo tanto, sería necesaria una evaluación individual del acuerdo de producción.

Si A y B compartieran todos o la mayoría de sus costes variables, este acuerdo de producción podría llevar a una limitación directa de la competencia entre ellas. Puede llevar a las partes a limitar la producción de la empresa en participación en comparación con lo que las partes hubieran introducido en el mercado si cada una de ellas hubiera decidido su producción individualmente. Habida cuenta de las limitadas restricciones que ejercerán los competidores en términos de capacidad, esta reducción de la producción podría dar lugar a precios más elevados.

Por tanto, es probable que la empresa en participación de producción de A y B dé lugar en el mercado del producto X a efectos restrictivos en la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

La sustitución de dos antiguas instalaciones de producción más pequeñas por una nueva puede llevar a la empresa en participación a aumentar la producción a precios más bajos en beneficio de los consumidores. No obstante, el acuerdo de producción solo podrá cumplir los criterios del artículo 101, apartado 3, si las partes proporcionan pruebas justificadas de que las mejoras de eficiencia serían sustanciales y probablemente beneficiarán a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

307. Resultados colusorios

Ejemplo 2

Situación: Dos proveedores, las empresas A y B, forman una empresa en participación de producción con respecto al producto Y. A y B tienen, respectivamente, una cuota de mercado del 15 % y del 10 % en el mercado del producto Y. Hay otros 3 operadores en el mercado: C, con una cuota de mercado del 30 %, D, con una cuota del 25 % y E, con una cuota del 20 %. B ya posee una planta de producción en común con la empresa D. El producto Y es homogéneo, la tecnología subyacente es sencilla y los proveedores tienen costes variables muy similares.

Análisis: El mercado se caracteriza por la presencia de muy pocos operadores con cuotas de mercado similares y costes de producción variables. La cooperación entre A y B añadirá una relación adicional en el mercado, aumentando de hecho la concentración en él, pues también vinculará a D con A y B. Es probable que esta cooperación aumente el riesgo de resultado colusorio y con ello la probabilidad de producir efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Los criterios del artículo 101, apartado 3, solo podrán cumplirse si existen mejoras de

eficiencia importantes que se trasladan a los consumidores de tal forma que podría pesar superar la importancia de los efectos restrictivos de la competencia. Sin embargo, en este ejemplo, dadas las características homogéneas del producto Y y la simplicidad de su tecnología subyacente, esto parece poco probable.

308. Exclusión contraria a la competencia

Ejemplo 3

Situación: Las empresas A y B crean una empresa en participación de producción para el producto intermedio X que cubre toda su producción de X. El producto intermedio X es el insumo clave en la fabricación del producto transformado Y y no hay ningún otro producto que pueda utilizarse como insumo en su lugar. Los costes de producción de X suponen un 70 % de los costes variables del producto final Y con el que A y B compiten en sentido descendente. Tanto A como B tienen una cuota del 20 % en el mercado de Y, el acceso al mismo es limitado y las cuotas de mercado se han mantenido estables a lo largo de los años. Además de abarcar su propia demanda de X (consumo interno), tanto A como B tienen una cuota de mercado del 40 % en el mercado comercial de X (ventas a terceros). Hay importantes obstáculos a la entrada en el mercado de X y los productores existentes están operando prácticamente a su capacidad máxima. En el mercado de Y hay otros dos proveedores importantes, cada uno con una cuota de mercado del 15 %, y varios competidores más pequeños. Este acuerdo genera ahorros de costes fijos, en forma de reducción de los costes de la sede, lo que da lugar a economías de escala para la empresa en participación.

Análisis: El REC de especialización no se aplica a este ejemplo porque la cuota de mercado combinada de las partes supera el 20 % tanto en el mercado del producto intermedio X como en el mercado del producto transformado. Por lo tanto, sería necesaria una evaluación individual del acuerdo de producción.

Gracias a la empresa en participación de producción, A y B podrían controlar en gran medida los suministros del insumo esencial X a sus competidores en el mercado descendente de Y. Esto concedería a A y B la capacidad de aumentar los costes de sus rivales mediante el incremento artificial del precio de X o la reducción de la producción. Esto podría excluir a los competidores de las empresas A y B en el mercado de Y. Habida cuenta de la probable exclusión contraria a la competencia en sentido descendente, es probable que este acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Es improbable que las economías de escala generadas por la empresa en participación de producción compensen los efectos restrictivos de la competencia y por lo tanto lo más probable es que este acuerdo no cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3.

309. Acuerdo de producción como reparto del mercado

Ejemplo 4

Situación: Las empresas A y B fabrican los productos X e Y, que pertenecen a mercados de producto separados. La cuota de mercado que A posee del producto X es del 30 % y la del producto Y es del 10 %. La cuota de mercado que B posee del producto X es del 10 % y la del producto Y es del 30 %. Para lograr economías de escala en la producción, las empresas A y B celebran un acuerdo de especialización recíproca en virtud del cual la empresa A solo producirá X y la empresa B solo Y. No realizan suministros cruzados del producto entre ellas, de tal modo que A solo vende X y B vende únicamente Y. Las partes alegan que con esta especialización ahorran costes fijos en una medida significativa gracias a las economías de escala y

que, al centrarse solamente en un producto, mejorarán sus tecnologías de producción, lo que redundará en una mejor calidad de los productos.

Análisis: El REC de especialización no se aplica porque la cuota de mercado combinada de las partes supera el 20 % en cada uno de los mercados de productos X e Y. Además, el acuerdo celebrado entre las empresas A y B no entra dentro de la definición de acuerdo de especialización recíproca en el marco del REC de especialización, ya que no hay suministros cruzados (es decir, no hay ningún acuerdo para comprar los productos X e Y a las empresas B y A, respectivamente, que acuerdan producirlos y suministrarlos). Por lo tanto, sería necesaria una evaluación individual del acuerdo de producción.

Por lo que se refiere a sus efectos sobre la competencia en el mercado, este acuerdo de producción reparte los mercados de los productos X e Y entre las partes. Así pues, este acuerdo restringe la competencia por el objeto. Como las eficiencias alegadas, consistentes en la reducción de los costes fijos y la mejora de la tecnología de producción, dependen únicamente del reparto del mercado, es improbable que compensen los efectos restrictivos del acuerdo, y por lo tanto el acuerdo no cumplirá los criterios del artículo 101, apartado 3. En cualquier caso, si A o B creen que es más eficaz centrarse solamente en un producto, pueden limitarse a tomar la decisión unilateral de producir solo X o Y sin acordar al mismo tiempo que la otra empresa se centre en fabricar el otro producto.

310. Intercambio de información

Ejemplo 5

Situación: Las empresas A y B producen Z, un producto químico básico homogéneo que se fabrica según una norma europea que no permite ninguna variación del mismo. Los costes de producción son un factor significativo del coste de Z. A tiene una cuota de mercado del 20 % y B del 25 % en el mercado de la Unión de Z. Hay otros cuatro fabricantes en este mercado, con unas cuotas de mercado respectivas del 20 %, 15 %, 10 % y 10 %. La instalación de producción de A está situada en el Estado miembro X en el norte de Europa mientras que la instalación de producción de B está situada en el Estado miembro Y en el sur de Europa. Aunque la mayoría de los clientes de A están situados en el norte de Europa, también tiene varios clientes en el sur de Europa. Lo mismo le sucede a B, que tiene varios clientes en Europa del norte. Actualmente, A suministra a sus clientes del sur de Europa el Z fabricado en su instalación sita en X y lo transporta al norte de Europa en camión. A su vez, B suministra a sus clientes del norte de Europa el Z producido en Y, y lo transporta al sur de Europa también por camión. Los costes de transporte son muy altos, pero no tan altos como para que las entregas de A en el sur de Europa y las de B en el norte de Europa no sean rentables.

A y B deciden que sería más eficaz que A dejara de transportar Z desde X al sur de Europa y que B dejara de hacerlo desde Y al norte de Europa pero, al mismo tiempo, insisten en conservar sus clientes existentes. Para ello, A y B se proponen firmar un acuerdo de intercambio que les permita comprar una cantidad anual acordada de Z de la planta de la otra parte con objeto de vender Z a sus clientes situados más cerca de dicha planta. Para calcular un precio de compra que no beneficie a una parte más que a la otra y que tenga debidamente en cuenta los diferentes costes de producción de las partes y los diversos ahorros en costes de transporte, y para asegurarse de que ambas partes puedan obtener un margen apropiado, acuerdan comunicarse

recíprocamente sus costes principales correspondientes a Z (es decir, los costes de producción y de transporte).

Análisis: El hecho de que A y B, que son competidoras, intercambien ciertas partes de la producción no plantea en sí mismo problemas de competencia. Sin embargo, el acuerdo también contempla el intercambio de los costes de producción y de transporte de las partes por lo que se refiere a Z. Además, A y B tienen una sólida posición conjunta en el mercado bastante concentrado de un producto básico homogéneo. Por lo tanto, debido al amplio intercambio de información sobre un parámetro clave de la competencia por lo que se refiere a Z, es probable que el acuerdo de intercambio entre A y B produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, pues puede llevar a un resultado colusorio. Aunque el acuerdo dará lugar a mejoras significativas de la eficiencia en forma de ahorro de costes para las partes, las restricciones de la competencia resultantes del acuerdo no son imprescindibles para su consecución. Las partes pueden lograr un ahorro de costes similares si acuerdan una fórmula de precios que no conlleve la revelación de sus costes de producción y transporte. Por lo tanto, en su forma actual el acuerdo de intercambio no cumple los criterios del artículo 101, apartado 3.

4. ACUERDOS DE COMPRA

4.1. Introducción

311. Este capítulo trata de los acuerdos relativos a la compra conjunta de productos por parte de varias empresas en conjunto. La compra conjunta puede ser realizada por una empresa controlada conjuntamente, por una empresa en la que diferentes empresas tengan participaciones minoritarias, por una cooperativa o una cooperativa de cooperativas, mediante un arreglo contractual o incluso mediante formas menos rígidas de cooperación, por ejemplo un comprador o negociador que represente un grupo de compradores (denominados colectivamente «arreglos de compra conjunta»).
312. Los arreglos de compra conjunta pueden encontrarse en diversos sectores económicos e implican la puesta en común de actividades de compra. Pueden consistir en la puesta en común de las compras reales a través del arreglo de compra conjunta. También pueden limitarse a negociar conjuntamente el precio de compra, determinados elementos del precio u otras condiciones, dejando las compras reales, con arreglo al precio y condiciones negociados conjuntamente, a sus miembros individuales. Un arreglo de compra conjunta también puede llevar a cabo actividades adicionales como la distribución conjunta, el control de calidad y el almacenamiento, evitando la duplicación de los costes de entrega. Dependiendo del sector, el comprador puede consumir los productos o utilizarlos como insumos para sus propias actividades, por ejemplo, energía o fertilizantes. Los grupos de licenciarios potenciales también pueden negociar conjuntamente acuerdos de licencia para patentes esenciales sobre normas con los licenciantes con vistas a incorporar esta tecnología a sus productos (a veces denominados grupos de negociación de licencias). En el sector de la distribución, los compradores pueden simplemente revender los productos, como, por ejemplo, los bienes de consumo de rápida evolución, la electrónica de consumo u otros bienes de consumo. Estos últimos grupos de compradores, compuestos por minoristas independientes, cadenas de

establecimientos minoristas o grupos de minoristas, suelen denominarse «alianzas minoristas»¹⁷⁶.

313. Los arreglos de compra conjunta suelen tener por objeto la creación de cierto grado de poder de negociación frente a los grandes proveedores, que los miembros individuales del arreglo de compra conjunta no lograrían si actuaran por separado en lugar de conjuntamente. Por lo tanto, su evaluación se centra principalmente en el mercado de compra, en el que el arreglo de compra conjunta acumula el poder de negociación de sus miembros y negocia con los proveedores o las compras a los mismos. El poder de negociación de un arreglo de compra conjunta puede dar lugar a precios más bajos, y productos o servicios más variados o de mejor calidad para los consumidores. Las empresas también pueden participar en arreglos de compra conjunta cuando les permitan prevenir la escasez o hacer frente a perturbaciones en la producción de determinados productos, evitando así interrupciones de la cadena de suministro. No obstante, en ciertas circunstancias, el poder de negociación también puede plantear problemas de competencia, como se establece en el apartado 4.2.3.
314. Los arreglos de compra conjunta pueden entrañar tanto acuerdos horizontales como verticales. En tales casos es necesario un análisis en dos fases. Primero, hay que evaluar los acuerdos horizontales entre las empresas competidoras que realizan compras conjuntas o las decisiones adoptadas por la asociación de empresas con arreglo a los principios descritos en las presentes Directrices. Si esta apreciación lleva a la conclusión de que el arreglo de compra conjunta no plantea problemas de competencia, será necesaria una nueva evaluación para examinar los acuerdos verticales pertinentes entre el arreglo de compra conjunta y un miembro individual del mismo y entre el arreglo de compra conjunta y los proveedores. Esta última evaluación seguirá las normas del Reglamento de exención por categorías sobre restricciones verticales y las Directrices sobre restricciones verticales. No se presume que los acuerdos verticales no cubiertos por el Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales sean ilegales sino que deben examinarse individualmente.

4.2. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

4.2.1. Principales problemas de competencia

315. Los acuerdos de compra pueden producir en el mercado ascendente de compra y/o en el mercado descendente de venta efectos restrictivos de la competencia tales como precios mayores, reducción de la producción, calidad, innovación o variedad del producto, reparto del mercado o exclusión de otros posibles compradores contraria a la competencia.

4.2.2. Restricciones de la competencia por el objeto

316. Por lo general, los arreglos de compra conjunta no constituyen una restricción de la competencia por el objeto si se refieren realmente a la compra conjunta, es decir, si el arreglo de compra conjunta implica la negociación colectiva y la celebración de un acuerdo, en nombre de sus miembros, con un proveedor determinado de una o varias condiciones comerciales. Tales acuerdos deben distinguirse de los carteles de los

¹⁷⁶ Véase Colen, L., Bouamra-Mechemache, Z., Daskalova, V., Nes, K., Retail alliances in the agricultural and food supply chain, EUR 30206 EN, Comisión Europea, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, doi:10.2760/33720, JRC120271.

compradores, es decir, los acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más compradores que tengan por objeto:

- a) coordinar el comportamiento competitivo individual de esos compradores en el mercado o influir en los parámetros pertinentes de la competencia mediante prácticas como, entre otras, la fijación o coordinación de los precios de compra o de partes de los mismos (en particular los acuerdos de fijación de salarios o de no pagar un precio por un producto) u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de compra, el reparto de mercados y proveedores, e
- b) influir en las negociaciones individuales de esos compradores con los proveedores o en sus compras individuales a los proveedores, por ejemplo, mediante la coordinación de las estrategias de negociación de precios de los compradores o los intercambios sobre el estado de dichas negociaciones con los proveedores.

317. Los carteles de los compradores tienen por objeto falsear el proceso de competencia en el mercado interior¹⁷⁷, en contra de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, letra a)¹⁷⁸. En un cartel de compradores, los compradores coordinan su comportamiento entre sí con vistas a su interacción individual con el proveedor en el mercado de compra. Si los compradores tratan individualmente con los proveedores, deben tomar sus propias decisiones de compra independientemente unos de otros sin eliminar la incertidumbre estratégica entre sí mediante acuerdos y prácticas concertadas ni aumentar artificialmente la transparencia con respecto a su comportamiento futuro en el mercado. Es evidente que este no es el caso cuando los compradores fijan primero el precio de compra entre ellos y cada uno de los compradores negocia y compra individualmente al proveedor.
318. También puede existir un cartel de compradores cuando los compradores acuerdan intercambiar entre sí información comercial confidencial sobre sus intenciones de compra individuales o sus negociaciones con proveedores, al margen de cualquier acuerdo real de compra conjunta que interactúe colectivamente, en nombre de sus miembros, con los proveedores¹⁷⁹. Esto se refiere, en particular, a los intercambios entre compradores sobre los precios de compra (precios máximos, descuentos mínimos y otros aspectos de los precios) que deben pagarse, los términos y condiciones, las fuentes de suministro (tanto en términos de proveedores como de territorios), los volúmenes y las cantidades, la calidad u otros parámetros de la competencia (por ejemplo, calendario, entrega e innovación).
319. La siguiente lista no exhaustiva de factores puede ayudar a las empresas a evaluar si el acuerdo del que forman parte, junto con otros compradores, no constituye un cartel de compradores. Los factores han de valorarse caso por caso:
- a) el arreglo de compra conjunta ha dejado claro a los proveedores que negocia conjuntamente y vincula a sus miembros sobre los términos y las condiciones de sus compras individuales o compras conjuntas para ellos. Esto no exige que

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2019, *Campine y Campine Recycling/Comisión*, T-240/17, EU:C:2019:778, apartado 297.

¹⁷⁸ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 37; sentencia de 13 de diciembre de 2006, *FNCBV y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, EU:T:2006:391, apartado 83 y siguientes.

¹⁷⁹ Véase el capítulo 6 sobre el intercambio de información y, en particular, la sección 6.2.6, que también se aplica a los intercambios de información comercial confidencial entre compradores.

el arreglo de compra conjunta revele la identidad exacta de sus miembros, en particular cuando se trate de pequeñas o medianas empresas que interactúen con grandes proveedores. Sin embargo, es probable que el conocimiento indirecto del arreglo de compra conjunta por parte de los proveedores, por ejemplo, a través de terceros o de informes de prensa, no se considere suficiente¹⁸⁰.

- b) las partes del arreglo de compra conjunta han definido la forma de su cooperación, su alcance y su funcionamiento en un acuerdo escrito, de modo que su cumplimiento del artículo 101, apartado 1, pueda verificarse *ex post* y contrastarse con el funcionamiento real del arreglo de compra conjunta. Sin embargo, un acuerdo escrito no puede proteger el acuerdo del control del derecho de la competencia.
320. Un cartel de compradores, siempre que afecte al comercio entre Estados miembros, constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia¹⁸¹. Por lo tanto, la evaluación de los carteles de los compradores, contrariamente a la de los arreglos de compra conjunta, no requiere una definición del mercado o mercados de referencia, ni la consideración de la posición de mercado de los compradores en el mercado ascendente de compra ni si compiten en el mercado descendente de venta.
321. Los arreglos de compra conjunta también pueden dar lugar a una restricción de la competencia por el objeto si sirven como herramienta para participar en un cartel encubierto, es decir, un acuerdo entre compradores que fija los precios, limita la producción o reparte los mercados o los clientes en el mercado o mercados descendentes de venta.
322. Un arreglo de compra conjunta entre un grupo de compradores que tiene por objeto excluir a un competidor real o potencial del mismo nivel del mercado de venta se considera un boicot colectivo y también constituye una restricción de la competencia por el objeto.

4.2.3. Efectos restrictivos de la competencia

323. Los arreglos de compra conjunta en los que los compradores interactúan conjuntamente con los proveedores a través del arreglo deben analizarse en su contexto jurídico y económico teniendo en cuenta sus efectos reales y probables sobre la competencia. El análisis de los efectos restrictivos de la competencia generados por un arreglo de compra conjunta debe abarcar los efectos negativos tanto en el mercado o mercados de compra conjunta, en los que el arreglo de compra conjunta interactúa con los proveedores, como en el mercado o mercados de venta, en los que las partes del arreglo de compra conjunta pueden competir como vendedores.

¹⁸⁰ No obstante, el secreto no es un requisito para encontrar un cartel de compradores. La Comisión sancionó los carteles de compradores que no funcionaban completamente en secreto, pero que, al menos, comenzaron de forma relativamente transparente. Véase la Decisión 2003/600/CE de la Comisión, de 2 de abril de 2003, carnes de vacuno francesas, DO L 209 de 19.8.2003, p. 12.

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, apartado 37.

324. Sin embargo, por lo general es menos probable que los arreglos de compra conjunta planteen problemas de competencia si las partes carecen de poder de mercado en el mercado o mercados de venta.
325. Determinadas restricciones contractuales impuestas a los miembros de un arreglo de compra conjunta no pueden restringir la competencia de conformidad con el artículo 101, apartado 1, e incluso pueden tener efectos positivos sobre la competencia cuando se limitan a lo que es objetivamente necesario para garantizar el correcto funcionamiento del arreglo y ejercer su poder de compra con respecto a los proveedores¹⁸². Esto se aplica, por ejemplo, a la prohibición de que las partes de un arreglo de compra conjunta participen en otros arreglos competidores en la medida en que ello pueda poner en peligro sus operaciones y su poder de negociación. Por el contrario, las obligaciones de compra exclusiva, en virtud de las cuales los miembros de un arreglo de compra conjunta están obligados a comprar la totalidad o la mayor parte de sus necesidades a través del arreglo, pueden tener efectos negativos sobre la competencia y requieren una evaluación a la luz de los efectos globales del arreglo de compra conjunta.
- 4.2.3.1. Mercados de referencia
326. Dos son los mercados que pueden verse afectados por los arreglos de compra conjunta. En primer lugar, el mercado o mercados directamente afectados por el arreglo de compra conjunta, es decir, el mercado o mercados de referencia de compra en los que las partes negocian con los proveedores o les compran. En segundo lugar, los mercados de venta, es decir, el mercado o mercados descendentes en los que las partes del arreglo de compra conjunta operan como vendedores.
327. La definición de mercados de referencia de compra sigue los principios descritos en la Comunicación sobre la definición de mercado y cualquier orientación futura relativa a la definición de mercados de referencia a efectos de la legislación sobre competencia de la Unión, y se basa en el concepto de posibilidad de sustitución para determinar las presiones competitivas. La única diferencia con relación a la definición de los «mercados de venta» es que la posibilidad de sustitución debe definirse desde el punto de vista de la oferta, y no de la demanda. Dicho de otro modo, las alternativas de los proveedores son esenciales a la hora de definir las presiones competitivas que se ejercen sobre los compradores. Estas podrían analizarse, por ejemplo, examinando la reacción de los proveedores frente a una pequeña, aunque no transitoria, disminución de los precios. Una vez definido el mercado, la cuota que en él se posea será igual al porcentaje que las compras de las partes interesadas representan con relación a las ventas totales del producto o productos comprados en el mercado de referencia.
328. Si las partes compiten, además, en uno o varios mercados de venta, tales mercados también serán pertinentes para la evaluación. Los mercados de venta deben definirse aplicando la metodología descrita en la Comunicación sobre la definición de mercado y a cualquier orientación futura relativa a la definición de mercados de referencia a efectos de la legislación sobre competencia de la Unión.

¹⁸² Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, Gøttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, apartado 34.

4.2.3.2. Poder de mercado

329. No existe un límite máximo absoluto por encima del cual pueda suponerse que un arreglo de compra conjunta crea poder de mercado y es probable que produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. No obstante, en muchos casos, no es probable que exista poder de mercado si las partes del arreglo de compra conjunta tienen una cuota de mercado combinada que no excede del 15 % en los mercados de compra y además una cuota de mercado combinada que no excede del 15 % en los mercados de venta. En cualquier caso, si las cuotas de mercado combinadas de las partes no exceden del 15 % tanto en el mercado de compra como en el de venta, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.
330. Una cuota de mercado que supere uno o ambos umbrales no indica automáticamente que sea probable que el arreglo de compra conjunta produzca efectos restrictivos de la competencia. Un arreglo de compra con una cuota de mercado combinada que supere dicho umbral requiere evaluar con detalle sus efectos en el mercado abarcando, entre otros, factores tales como la concentración del mercado, una evaluación de los márgenes de beneficio y del posible poder de negociación de los proveedores fuertes.
331. Si las partes del arreglo de compra conjunta tienen un grado significativo de poder de negociación en el mercado de compra, existe el riesgo de que perjudiquen la competencia en sentido ascendente, lo que en última instancia también puede causar un perjuicio competitivo a los consumidores en sentido descendente. Por ejemplo, el poder de negociación ejercido conjuntamente puede perjudicar los incentivos a la inversión y obligar a los proveedores a reducir la gama o la calidad de los productos que producen. Esto puede producir efectos restrictivos de la competencia tales como un descenso de la calidad, un recorte de las actividades de innovación o, en último término, un suministro por debajo del nivel óptimo.
332. El riesgo de que un arreglo de compra conjunta pueda desalentar inversiones o innovaciones que beneficien a los consumidores puede ser mayor para los grandes compradores que conjuntamente suponen una gran proporción de las compras, en particular cuando se trata de pequeños proveedores. Estos proveedores pueden ser especialmente vulnerables a la reducción de beneficios mediante un arreglo de compra conjunta con una cuota de mercado significativa en el mercado o mercados de compra, especialmente cuando los pequeños proveedores han realizado inversiones específicas para abastecer a los miembros de un arreglo de compra conjunta. Es menos probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia si los proveedores tienen un grado significativo de poder compensatorio del vendedor (que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante) en el mercado o mercados de compra, por ejemplo, porque venden productos o servicios que los compradores necesitan para competir en el mercado o mercados descendentes de venta.
333. Por ejemplo, un acuerdo entre los miembros de un arreglo de compra conjunta para dejar de comprar productos a determinados proveedores porque dichos productos son insostenibles, mientras que el arreglo de compra solo quiere comprar productos sostenibles, puede dar lugar a una restricción de la competencia en términos de precio y elección. Habida cuenta de su contenido, de sus objetivos y de su contexto

jurídico y económico¹⁸³, tal acuerdo no tiene por objeto, en principio, excluir del mercado de compra a los proveedores que producen productos no sostenibles. En estas circunstancias, los efectos restrictivos de la competencia de un arreglo de compra conjunta para comprar únicamente productos sostenibles deben evaluarse teniendo en cuenta, en particular, la naturaleza de los productos, la posición de los compradores en el mercado y la posición de los proveedores en el mercado. En este contexto, será pertinente considerar si los proveedores afectados tienen clientes distintos de los que forman parte del arreglo de compra conjunta (también los clientes de otros mercados) o si pueden decidir fácilmente empezar a producir también productos sostenibles.

334. El poder de negociación de las partes del arreglo de compra conjunta también puede utilizarse para excluir a compradores competidores del mercado de compra limitando su acceso a proveedores eficientes y requiere una evaluación de los efectos restrictivos del arreglo sobre la competencia. Esto es más probable si solo hay un número limitado de proveedores y si existen obstáculos a la entrada en el mercado ascendente de compra. Por el contrario, un arreglo de compra conjunta entre un grupo de compradores que tiene por objeto excluir a un competidor real o potencial del mismo nivel del mercado de venta se considera un boicot colectivo y también constituye una restricción de la competencia por el objeto.
335. Si las partes de un arreglo de compra conjunta son competidores reales o potenciales en sentido descendente, sus incentivos para la competencia de precios en el mercado o mercados descendentes de venta pueden reducirse considerablemente cuando compran conjuntamente una parte significativa de sus productos. En primer lugar, si las partes poseen conjuntamente un grado significativo de poder de mercado en el mercado o mercados de venta (lo que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante), es menos probable que los precios de compra más bajos logrados gracias al arreglo de compra conjunta beneficien los consumidores. En segundo lugar, cuanto mayor sea la cuota de mercado combinada de los compradores en el mercado descendente de venta, mayor será el riesgo de que la coordinación de las compras en sentido ascendente pueda conducir también a la coordinación de las ventas en sentido descendente. Este riesgo es especialmente elevado si el arreglo de compra conjunta limita (o desincentiva) la capacidad de sus miembros para comprar de forma independiente volúmenes adicionales del insumo en el mercado de compra, ya sea a través del arreglo de compra conjunta o fuera de él. La obligación de los miembros de un arreglo de compra conjunta de comprar la totalidad o la mayor parte de sus necesidades a través del arreglo requiere una evaluación de los efectos restrictivos de la competencia. Esta apreciación tiene en cuenta, en particular, el alcance de la obligación, la cuota de mercado del arreglo de compra conjunta en el mercado de venta y el grado de concentración de los proveedores en el mercado de compra, y si dicha obligación es necesaria para garantizar una posición negociadora suficientemente sólida del arreglo con respecto a proveedores fuertes.
336. Al analizar si las partes de un arreglo de compra conjunta tienen poder de negociación, es importante tener en cuenta el número y la intensidad de las relaciones (por ejemplo, otros acuerdos de compra) entre los competidores presentes en el mercado de compra.

¹⁸³

Véase la sección 1.2.4 anterior.

337. Sin embargo, si los compradores competidores que cooperan no operan en el mismo mercado de referencia de venta (por ejemplo, minoristas que operan en mercados geográficos diferentes y no pueden considerarse competidores potenciales), es menos probable que el arreglo de compra conjunta tenga efectos restrictivos de la competencia en el mercado de venta. Sin embargo, es más probable que este arreglo de compra conjunta con miembros que no operan en el mismo mercado de venta produzca efectos restrictivos de la competencia si estos tienen una posición tan significativa en los mercados de compra que pueda perjudicar el proceso competitivo de otros operadores de los mercados de compra (por ejemplo, perjudicando significativamente los incentivos a la inversión en sentido ascendente).

4.2.3.3. Resultado colusorio

338. Los arreglos de compra conjunta pueden dar lugar a un resultado colusorio si facilitan la coordinación del comportamiento de las partes en el mercado de venta en el que son competidores reales o potenciales. Este puede ser el caso, en particular, si la estructura del mercado en el mercado de venta favorece la colusión (por ejemplo, porque el mercado está concentrado y presenta un grado significativo de transparencia). Un resultado colusorio también es más probable si el arreglo de compra conjunta incluye un número significativo de empresas en el mercado de venta y va más allá de la mera negociación conjunta de las condiciones de compra (por ejemplo, fijando los volúmenes de compra de sus miembros), limitando así significativamente el margen de las partes del arreglo para competir en el mercado de venta.

339. La colusión también puede facilitarse si las partes alcanzan un alto grado de costes comunes a través de la compra conjunta, siempre que las partes tengan poder de mercado en el mercado de venta y las características del mercado propicien la coordinación.

340. Los efectos restrictivos de la competencia son más probables si las partes del arreglo de compra conjunta tienen en común una proporción significativa de sus costes variables en el mercado de venta. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando minoristas que operan en los mismos mercados al detalle de referencia compran conjuntamente cantidades importantes de los productos que ofrecen a la reventa. Otro tanto puede suceder si fabricantes y vendedores de un producto final que compiten entre sí adquieren conjuntamente una proporción importante de sus insumos.

341. La aplicación de un arreglo de compra conjunta puede requerir el intercambio de información comercial confidencial tal como los precios de compra (o partes de ellos) y los volúmenes. El intercambio de este tipo de información puede facilitar la coordinación por lo que se refiere a los precios de venta y a la producción y llevar por lo tanto a un resultado colusorio en los mercados de venta. Los efectos indirectos del intercambio de información comercial confidencial pueden reducirse al mínimo, por ejemplo, si los datos son recopilados por el arreglo de compra conjunta que no transmita la información a sus miembros, estableciendo medidas técnicas o prácticas para proteger su confidencialidad. Además, la participación de una empresa en varios arreglos de compra conjunta no debe dar lugar a intercambios de información contrarios a la competencia u otros tipos de coordinación entre los diferentes arreglos de compra.

342. Los efectos de la competencia derivados del intercambio de información comercial confidencial se evaluarán a la luz de los efectos globales del arreglo de compra

conjunta, siempre que dichos intercambios sean necesarios para el funcionamiento de dicho arreglo. La probabilidad de que el intercambio de información en el contexto de un arreglo de compra conjunta produzca efectos restrictivos de la competencia debe evaluarse también según la orientación que figura en el capítulo 6. Si el intercambio de información no va más allá del intercambio de datos necesarios para la compra conjunta de los productos por las partes del arreglo de compra conjunta, incluso aunque el intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, la probabilidad de que el acuerdo cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3, es mayor que si el intercambio va más allá de lo necesario para la compra conjunta.

343. Al negociar las condiciones con los proveedores, un arreglo de compra conjunta puede amenazar a los proveedores con abandonar las negociaciones o dejar de comprar temporalmente, a menos que se les ofrezcan mejores condiciones o precios más bajos. Estas amenazas suelen formar parte de un proceso de negociación y pueden implicar una acción colectiva por parte de los compradores cuando un arreglo de compra conjunta lleva a cabo las negociaciones. Los proveedores fuertes pueden utilizar amenazas similares para dejar de negociar o suministrar productos en sus negociaciones con los compradores. Tales amenazas no suelen constituir una restricción de la competencia por el objeto y los efectos negativos derivados de tales amenazas colectivas no se evaluarán por separado, sino a la luz de los efectos globales del arreglo de compra conjunta. Un ejemplo de estas amenazas de negociación se refiere a las paradas temporales de los miembros de una alianza minorista en el pedido de determinados productos, seleccionados individualmente por cada uno de los miembros para sus propias tiendas, a un proveedor durante sus negociaciones sobre las condiciones de su futuro acuerdo de suministro¹⁸⁴. Estas paradas temporales pueden dar lugar a que los productos seleccionados por cada uno de los miembros de la alianza no estén disponibles en las estanterías de los minoristas durante un período limitado, es decir, hasta que la alianza minorista y el proveedor hayan acordado las condiciones de los futuros suministros.

4.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

4.3.1. Mejoras de eficiencia

344. Los arreglos de compra conjunta pueden dar lugar a mejoras significativas de la eficiencia. En particular, pueden generar ahorros de costes tales como precios de compra más bajos o menores costes de transacción, transporte y almacenamiento, lo que hace posible obtener economías de escala. Además, los arreglos de compra conjunta pueden dar lugar a mejoras cualitativas de la eficiencia incitando a los proveedores a innovar y lanzar al mercado productos nuevos o mejorados. Estas eficiencias cualitativas pueden beneficiar a los consumidores, al reducir las dependencias, evitar la escasez a través de cadenas de suministro más resilientes y contribuir a un mercado interior más resiliente.

4.3.2. Carácter indispensable

345. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un arreglo de compra no cumplen los criterios del artículo

¹⁸⁴ Las paradas temporales por parte de los minoristas en los pedidos de determinados productos a los proveedores deben distinguirse de la llamada «exclusión de productos», es decir, una medida mediante la cual un minorista retira definitivamente determinados productos de un proveedor de su surtido y deja el espacio correspondiente en sus estanterías.

101, apartado 3. En determinados casos, la obligación de comprar o negociar exclusivamente en el marco del arreglo de compra conjunta puede ser indispensable para llegar al grado necesario de poder de negociación o al volumen necesario para conseguir las economías de escala. No obstante, tal obligación debe evaluarse en el contexto preciso de cada asunto concreto.

4.3.3. *Beneficio para los consumidores*

346. Las mejoras de eficiencia tales como las eficiencias de compra que reducen costes o las cualitativas consistentes en la introducción en el mercado de productos nuevos o mejorados, conseguidas gracias a las restricciones imprescindibles deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el arreglo de compra conjunta. Por lo tanto, los ahorros de costes u otras eficiencias que solo benefician a las partes del arreglo de compra conjunta no bastan. Por el contrario, los ahorros de costes deben beneficiar a los clientes de las partes, es decir, a los consumidores. En el ejemplo de los menores costes de compra, este beneficio puede ocurrir en forma de precios más bajos en el mercado o mercados de venta.
347. Normalmente, las empresas tienen un incentivo para repercutir al menos una parte de una reducción de los costes variables a sus propios clientes. El mayor margen de beneficio resultante de las reducciones de los costes variables ofrece a las empresas un incentivo comercial significativo para ampliar la producción a través de reducciones de precios. Sin embargo, los miembros de un arreglo de compra conjunta que, en conjunto, tienen un peso significativo en el mercado o mercados de venta, pueden ser menos proclives a repercutir las reducciones de los costes variables a los consumidores. Por otra parte, es poco probable que las reducciones puras de los costes fijos (como los pagos a tanto alzado por parte de los proveedores) se transmitan a los consumidores, ya que normalmente no ofrecen a las empresas incentivos para ampliar la producción. Por lo tanto, es necesaria una evaluación cuidadosa del arreglo de compra conjunta específico para determinar si genera un incentivo económico para ampliar la producción y, por tanto, repercutir las reducciones de costes o las eficiencias¹⁸⁵. Por último, los menores precios de venta para los consumidores son especialmente poco probables si el arreglo de compra conjunta limita (o desincentiva) la capacidad de sus miembros para comprar de forma independiente volúmenes adicionales a través o fuera del arreglo de compra conjunta. De hecho, los arreglos de compra conjunta que limitan los pedidos independientes de volúmenes adicionales por parte de sus miembros ofrecen un incentivo para aumentar los precios de venta. Esto se debe a que limitar conjuntamente la compra de insumos también puede tener el efecto de limitar el volumen de ventas en el mercado o mercados de venta.

4.3.4. *No eliminación de la competencia*

348. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. Esta evaluación ha de abarcar los mercados de compra y de venta.

¹⁸⁵ Por ejemplo, si bien un descuento puede revestir la forma contractual de un pago a tanto alzado, puede depender efectivamente de que el comprador alcance determinados objetivos de ventas previstos cuando el contrato se renegocie el año siguiente.

4.4. Ejemplos

349. Cartel de compradores

Ejemplo 1

Situación: Muchas pequeñas empresas recogen teléfonos móviles usados a través de puntos de venta al por menor en los que se devuelven al adquirir un teléfono móvil nuevo. Estos recolectores venden los teléfonos móviles usados a empresas de reciclaje que extraen valiosas materias primas, como oro, plata y cobre, para su reutilización como alternativa más sostenible a la minería artesanal. Cinco empresas de reciclaje, que representan el 12 % del mercado de compra de teléfonos móviles usados, acuerdan un precio máximo común de compra por teléfono. Estas cinco empresas de reciclaje también se mantienen informadas sobre los debates relativos a los precios que están llevando a cabo individualmente con los recolectores de teléfonos móviles usados, las ofertas hechas a los recolectores y el precio que finalmente acuerdan pagar a los recolectores por teléfono.

Análisis: Las cinco empresas de reciclaje participan todas ellas en un cartel de compradores. Cada uno de ellos negocia y compra individualmente a los recolectores de teléfonos móviles. No hay ningún arreglo de compra conjunta que represente a los compradores conjuntamente en las negociaciones con los recolectores o en la compra a los mismos. Con independencia de la cuota de mercado relativamente pequeña que tienen las empresas de reciclaje en el mercado de compra de residuos electrónicos, el acuerdo entre ellas se considera una restricción de la competencia por el objeto y no requiere una definición de mercado ni una evaluación de sus efectos potenciales en el mercado.

350. Negociación conjunta por una alianza minorista europea

Ejemplo 2

Situación: Una alianza minorista europea, que tiene como miembros a siete grandes cadenas minoristas, cada una de ellas de un Estado miembro diferente, negocia conjuntamente con un gran fabricante de productos de confitería algunas condiciones adicionales para su futuro acuerdo de suministro. La alianza tiene una cuota de mercado no superior al 18 % en cada mercado de referencia de compra de productos de confitería y cada uno de sus miembros tiene una cuota de mercado de entre el 15 % y el 20 % en los mercados minoristas de sus respectivos Estados miembros. Las negociaciones se refieren, en particular, a un descuento adicional sobre la lista de precios normal del fabricante a cambio de determinados servicios de promoción que cubren los siete Estados miembros en los que los miembros de la alianza operan en el mercado de venta. Ambas partes negocian con firmeza para lograr el mejor acuerdo posible. En algún momento de las negociaciones, para aumentar la presión, la alianza minorista amenaza con dejar temporalmente de encargar determinados productos al fabricante y lo cumple. Al aplicar esta decisión, cada miembro de la alianza decide individualmente qué productos del fabricante deja de encargar durante el estancamiento de las negociaciones. Finalmente, tras otra ronda de negociaciones, el fabricante y la alianza acuerdan el descuento adicional que se aplicará a las compras individuales posteriores de sus miembros y reanudan sus pedidos de toda la gama de productos del fabricante.

Análisis: La alianza minorista europea se considera un arreglo de compra conjunta incluso si solo negocia conjuntamente con el fabricante determinadas condiciones en

nombre de sus miembros sobre la base de las cuales compran individualmente las cantidades que necesitan. Las cadenas minoristas nacionales que son miembros de la alianza no operan en los mismos mercados de venta. Por lo tanto, es menos probable que el arreglo de compra conjunta tenga efectos restrictivos de la competencia en sentido descendente en la medida en que se enfrentan a una presión competitiva suficiente por parte de minoristas competidores. Cualquier efecto negativo en la competencia de los fabricantes en una fase anterior del descuento adicional (por ejemplo, en términos de innovación por parte de los proveedores) debe evaluarse a la luz de los efectos globales del arreglo de compra conjunta. La interrupción temporal de los pedidos no parece perjudicar a los consumidores a corto plazo, en la medida en que existen otros minoristas competidores en los que pueden comprar los mismos productos o productos sustitutivos, y puede beneficiar a los consumidores a largo plazo a través de precios más bajos.

351. Compra conjunta por pequeñas empresas con cuotas de mercado combinadas moderadas

Ejemplo 3

Situación: Ciento cincuenta pequeños minoristas celebran un acuerdo para crear un arreglo de compra conjunta. Están obligados a comprar un volumen mínimo a través del arreglo, que supone aproximadamente el 50 % de los costes totales de cada minorista. Los minoristas pueden adquirir una cantidad superior al volumen mínimo a través del arreglo y también pueden abastecerse al margen de ella. Poseen una cuota de mercado combinada del 23 % tanto en el mercado de compra como en el de venta. Las empresas A y B son dos grandes competidores de los miembros del arreglo de compra conjunta. A tiene una cuota del 25 % tanto en el mercado de compra como en el de venta, mientras que la cuota de B es del 35 %. No hay obstáculos que impidan que los competidores más pequeños restantes creen también un arreglo de compra conjunta. Los ciento cincuenta minoristas logran ahorros de costes sustanciales gracias a la compra conjunta a través del arreglo de compra conjunta.

Análisis: Los minoristas tienen en los mercados de compra y de venta una posición moderada. Además, la cooperación logra algunas economías de escala. Aunque los minoristas logren un alto grado de costes comunes, no es probable que tengan poder de mercado en el mercado de venta debido a la posición de mercado de A y B, ambos mayores que el arreglo de compra conjunta. Por lo tanto, no es probable que los minoristas coordinen su comportamiento y lleguen a un resultado colusorio. Así pues, no es probable que la formación del arreglo de compra conjunta produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

352. Costes comunes y poder de mercado en el mercado de venta

Ejemplo 4

Situación: Dos cadenas de supermercados celebran un acuerdo para comprar conjuntamente unos productos que suponen cerca del 80 % de sus costes variables. En los mercados de referencia de compra de las distintas categorías de productos, las partes tienen unas cuotas de mercado combinadas que oscilan entre el 25 % y el 40 %. En el mercado de referencia de venta tienen una cuota de mercado combinada del 60 % y hay otros cuatro minoristas importantes cada uno con una cuota de mercado del 10 %. Es poco probable que se produzcan nuevas entradas en el mercado.

Análisis: Es probable que este acuerdo de compra dé a las partes la capacidad de coordinar su comportamiento en el mercado de venta, lo que llevaría a un resultado colusorio. Las partes tienen poder de mercado en el mercado de venta, dado que hay pocos competidores mucho más pequeños en ese mercado y el acuerdo de compra da lugar a un grado considerable de costes comunes. Por otra parte, no es probable que se produzcan nuevas entradas en el mercado. Si las estructuras de costes de las partes ya son similares antes de celebrar el acuerdo, el incentivo para que coordinen su comportamiento es mayor. Además, si los márgenes de las partes son similares, aumenta aún más el riesgo de resultado colusorio. Este acuerdo también presenta el riesgo de que las partes refrenen la demanda y de que, debido a la consiguiente reducción de cantidades, se produzca un aumento de los precios de venta en el mercado descendente. Por lo tanto, es probable que el acuerdo de compra produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Aunque es muy probable que el acuerdo dé lugar a mejoras de eficiencia en forma de ahorros de costes, debido al considerable poder de mercado de las partes en el mercado de venta, no es probable que aquellas beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Así pues, no es probable que el acuerdo de compra cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3.

353. Partes activas en mercados geográficos distintos

Ejemplo 5

Situación: Seis grandes minoristas, radicados cada uno en un Estado miembro diferente, forman un arreglo de compra conjunta para adquirir conjuntamente varios productos de marca a base de harina de trigo duro. Las partes pueden comprar al margen de la cooperación otros productos de marca similares. Por otra parte, cinco de ellos también ofertan productos similares de marcas blancas. Los miembros del arreglo de compra conjunta tienen una cuota de mercado combinada de aproximadamente el 22 % en el mercado de referencia de compra, que abarca toda la Unión. En el mercado de compra hay otros tres grandes compradores de tamaño similar. Cada una de las partes del arreglo de compra conjunta tiene una cuota de mercado que oscila entre el 20 % y el 30 % en los mercados de venta en los que operan y que son mercados nacionales. Ninguna de ellas opera en un Estado miembro en el que opere otro miembro del grupo. Las partes no son nuevos operadores potenciales en los respectivos mercados de las demás.

Análisis: El arreglo de compra conjunta podrá competir con los otros compradores principales existentes en el mercado de compra. Los mercados de venta son mucho más pequeños (en volumen de negocios y dimensión geográfica) que el mercado de compra, de dimensión europea, y en esos mercados algunos miembros del arreglo pueden tener poder de mercado. Incluso aunque los miembros del arreglo de compra conjunta tengan una cuota de mercado combinada superior al 15 % en el mercado de compra, no es probable que las partes coordinen su conducta y lleguen a un resultado colusorio en los mercados de venta puesto que no son competidores reales ni potenciales en los mercados descendentes. También es probable que repercutan los precios reducidos en la medida en que se enfrentan a una competencia significativa en los mercados de venta. En consecuencia, el arreglo de compra conjunta no es probable que genere efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

354. Intercambio de información

Ejemplo 6

Situación: Tres fabricantes competidores A, B y C encargan a un arreglo de compra conjunta independiente la adquisición del producto intermedio Z, utilizado por las tres partes para su fabricación del producto final X. Los costes de Z no son un factor de coste significativo para la producción de X. El arreglo de compra conjunta no compite con las partes en el mercado de venta de X. Toda la información necesaria para las compras (por ejemplo especificaciones de calidad, cantidades, fechas de entrega, precios máximos de compra) solo se comunica al arreglo de compra conjunta y no a las demás partes. El arreglo de compra conjunta acuerda los precios de compra con los proveedores. A, B y C poseen una cuota de mercado combinada del 30 % tanto en el mercado de compra como en el de venta. Tienen seis competidores en los mercados de compra y de venta, dos de los cuales tienen una cuota de mercado del 20 %.

Análisis: Puesto que no hay ningún intercambio de información directo entre las partes, no es probable que la comunicación de la información necesaria para las compras mediante el arreglo de compra conjunta lleve a un resultado colusorio. Así pues, no es probable que este intercambio de información dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

5. ACUERDOS DE COMERCIALIZACIÓN

5.1. Introducción

355. Los acuerdos de comercialización implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos sustitutivos. Este tipo de acuerdos puede tener un alcance muy diferente, en función de los elementos de comercialización a los que se refiera la cooperación. En un extremo del espectro se encuentra la venta conjunta que conduce al establecimiento conjunto de todos los aspectos comerciales relacionados con la venta del producto, incluido el precio. En el otro extremo se encuentran los acuerdos menos ambiciosos que solo afectan a un elemento de comercialización específico, tal como la distribución, el servicio posventa o la publicidad.
356. Una categoría importante de estos acuerdos menos ambiciosos es la de los acuerdos de distribución. El RECAV y las Directrices Verticales abarcan con carácter general los acuerdos de distribución a menos que las partes del acuerdo sean competidoras reales o potenciales. Si los competidores acuerdan distribuir sus productos (en particular si lo hacen en mercados geográficos diferentes), existe el riesgo, en algunos casos, de que los acuerdos tengan por objeto o efecto la compartimentación de mercados en beneficio de las partes o que conduzcan a un resultado colusorio. Esto puede ser cierto tanto para los acuerdos recíprocos como para los no recíprocos entre competidores, que, por lo tanto, deben ser evaluados, en primer lugar, de acuerdo con los principios establecidos en este capítulo. Si esta evaluación permite concluir que la cooperación entre competidores en el área de la distribución sería aceptable en principio, será necesaria otra evaluación para examinar las restricciones verticales contenidas en dichos acuerdos. Esta segunda etapa de la evaluación deberá basarse en los principios establecidos en las Directrices Verticales.
357. La única excepción al proceso en dos fases mencionado en el párrafo anterior se da en el caso de acuerdos de distribución no recíproca entre competidores cuando a) el proveedor fabrica, vende al por mayor o importa y distribuye bienes mientras que el

comprador distribuye y no compite en la fabricación a nivel mayorista o de importación, o b) el proveedor es un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador presta sus servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales que están cubiertos por el RECAV¹⁸⁶, al que no se aplican las presentes Directrices. El apartado 48 ofrece orientaciones adicionales sobre la relación general entre las presentes Directrices con el RECAV y las Directrices Verticales.

358. Convendría también establecer una distinción entre los acuerdos en los que las partes solo acuerdan la comercialización conjunta y aquellos otros en los que la comercialización está vinculada a otra forma de cooperación ascendente, por ejemplo la producción o la compra conjuntas. Al analizar los acuerdos de comercialización que combinan diferentes etapas de la cooperación es necesario realizar la evaluación basándose en los puntos 6 y 7.
359. Se aplican normas específicas a la comercialización de productos agrícolas. El artículo 101 no se aplica a i) la comercialización de productos agrícolas a través de organizaciones de productores y asociaciones de organizaciones de productores reconocidas¹⁸⁷ y ii) a determinados acuerdos de comercialización que no se refieren a los precios de las ventas conjuntas y que se celebran entre los agricultores y sus asociaciones¹⁸⁸, con sujeción a las condiciones específicas establecidas en estas normas. Además, existen disposiciones específicas para la comercialización de leche cruda¹⁸⁹.

5.2. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

5.2.1. Principales problemas de competencia

360. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a restricciones de la competencia de varias maneras. Primero, la fijación de precios es la restricción más obvia que pueden conllevar los acuerdos de comercialización.
361. En segundo lugar, los acuerdos de comercialización también pueden facilitar las limitaciones de la producción, puesto que las partes pueden decidir el volumen de productos que se pondrá en el mercado, restringiendo así la oferta.
362. En tercer lugar, los acuerdos de comercialización pueden convertirse en un medio para que las partes dividan los mercados o se repartan los pedidos o los clientes, por ejemplo, cuando las instalaciones de producción de las partes están situadas en mercados geográficos diferentes o cuando los acuerdos son recíprocos.
363. Finalmente, los acuerdos de comercialización también pueden dar lugar a un intercambio de información estratégica relativa a aspectos internos o externos a la cooperación, o a costes comunes —en especial los acuerdos que no contemplan la fijación de precios— lo que puede dar lugar a un resultado colusorio.

¹⁸⁶ Artículo [...] del Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales.

¹⁸⁷ Artículo 152, apartado 1 *bis*, del Reglamento (UE) n.º 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios, modificado por el Reglamento (UE) 2021/2117 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021.

¹⁸⁸ Artículo 209 de dicho Reglamento.

¹⁸⁹ Artículo 149 de dicho Reglamento.

5.2.2. *Restricciones de la competencia por el objeto*

364. En primer lugar, los acuerdos de comercialización dan lugar a una restricción de la competencia por el objeto si sirven de herramienta para participar en un cartel encubierto. En cualquier caso, es probable que los acuerdos de comercialización que impliquen la fijación de precios, las limitaciones de la producción o la compartimentación del mercado restrinjan la competencia por el objeto.
365. Un problema de competencia fundamental que se deriva de los acuerdos de comercialización entre competidores es el de la fijación de precios. Los acuerdos limitados a la venta conjunta y, en general, los acuerdos de comercialización que incluyen precios conjuntos conducen generalmente a la coordinación de la política de fijación de precios de los fabricantes o proveedores de servicios competidores. Esos acuerdos no solo eliminan la competencia de precios entre las partes en los productos sustitutivos, sino que además pueden restringir el volumen total de productos que habrán de suministrar las partes en el marco de un sistema de reparto de pedidos. Por lo tanto, es probable que estos acuerdos restrinjan la competencia por el objeto.
366. Esta evaluación no cambia si el acuerdo no es exclusivo, es decir, si las partes tienen libertad para vender individualmente al margen del acuerdo, siempre que se pueda concluir que este dará lugar a una coordinación de los precios aplicados por las partes a todos o parte de sus clientes.
367. Del mismo modo, las limitaciones de la producción constituyen un problema importante de competencia que puede surgir de los acuerdos de comercialización. Cuando las partes del acuerdo deciden conjuntamente la cantidad de productos que deben comercializarse, el suministro disponible de los productos contractuales podría reducirse, lo que aumenta su precio. Cualquiera de las partes del acuerdo debe, en principio, decidir independientemente aumentar o reducir su producción para satisfacer la demanda del mercado. El riesgo de limitaciones de la producción es más limitado en el caso de los acuerdos de comercialización no exclusiva, siempre que las partes sigan siendo libres y estén realmente disponibles para atender individualmente cualquier demanda adicional, y siempre que el acuerdo no dé lugar a una coordinación de la política de suministro de las partes.
368. Otro problema específico de competencia relacionado con los arreglos de comercialización entre partes que operan en mercados geográficos diferentes o frente a diferentes categorías de clientes es que pueden servir de instrumento para compartimentar el mercado. Si las partes utilizan un acuerdo recíproco de comercialización para distribuir sus productos respectivos con objeto de eliminar la competencia real o potencial entre ellos mediante un reparto deliberado de los mercados o los clientes, es probable que el acuerdo tenga por objeto restringir la competencia. Si el acuerdo no es recíproco, el riesgo de compartimentación es menor. Sin embargo, hay que evaluar si el acuerdo no recíproco constituye la base de un entendimiento mutuo para evitar la entrada en los respectivos mercados.

5.2.3. *Efectos restrictivos de la competencia*

369. Un acuerdo de comercialización que no sea restrictivo por el objeto puede seguir teniendo efectos restrictivos de la competencia, que deben verificarse de conformidad con los elementos mencionados en el apartado 37. Pueden añadirse las siguientes aclaraciones con respecto específicamente a los efectos anticompetitivos en los acuerdos de comercialización.

370. Para evaluar los posibles efectos restrictivos de un acuerdo de comercialización, hay que definir la relación de competencia entre las partes en los mercados de productos y geográficos de referencia afectados directamente por la cooperación (es decir, los mercados a los que pertenecen los productos objeto del acuerdo). En un acuerdo de comercialización, generalmente el principal mercado afectado es el mercado en el que las partes del acuerdo comercializarán conjuntamente los productos contractuales. No obstante, dado que un acuerdo de comercialización en un mercado puede también afectar al comportamiento competitivo de las partes en los mercados adyacentes que están estrechamente relacionados con el mercado afectado directamente por la cooperación, hay que definir también los mercados adyacentes en caso de que existan. Los mercados adyacentes pueden estar relacionados horizontal o verticalmente con el mercado en el que tiene lugar la cooperación.
371. En los casos en que no sean restrictivos por el objeto, los acuerdos de comercialización entre competidores, por lo general solo tendrán efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado, que deben evaluarse teniendo también en cuenta cualquier posible poder de negociación compensatorio. A este respecto, en los acuerdos de comercialización, las partes agrupan (parte de) sus actividades relacionadas con el mercado, en relación directa con sus clientes. Por lo tanto, en caso de poder de mercado conjunto, existe en general un grado de probabilidad pertinente de que las partes tengan la capacidad de aumentar los precios o de reducir la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación. La relación directa con los clientes aumenta el riesgo de efectos contrarios a la competencia del acuerdo.
372. Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados.
373. El aspecto clave a la hora de evaluar un acuerdo de comercialización recíproca es si dicho acuerdo resulta objetivamente necesario para que cada una de las partes acceda al mercado de la otra. En caso afirmativo, el acuerdo no crea problemas de competencia de naturaleza horizontal. No obstante, si el acuerdo reduce la independencia decisoria de una de las partes por lo que se refiere al acceso al mercado de otras partes, limitando sus incentivos para su entrada, es probable que produzca efectos restrictivos de la competencia. Este mismo razonamiento se aplica a los acuerdos no recíprocos, que presentan un menor riesgo de producir efectos restrictivos de la competencia.

5.2.3.1. Resultado colusorio

374. Asimismo, es probable que un acuerdo de comercialización conjunta que no implica la fijación de precios, la limitación de la producción o la compartimentación del mercado dé lugar a efectos restrictivos de la competencia si incrementa los costes variables comunes de las partes en una medida que pueda llevar a un resultado colusorio. Es probable que este sea el caso de un acuerdo de comercialización conjunta si antes del acuerdo las partes ya tienen en común una elevada proporción de sus costes variables. En tal situación, el incremento adicional de los costes comunes (es decir, los costes de comercialización del producto objeto del acuerdo) puede inclinar la balanza hacia un resultado colusorio. Por el contrario, si el

incremento es grande el riesgo de resultado colusorio puede ser alto incluso aunque el nivel inicial de los costes comunes sea bajo.

375. La probabilidad de un resultado colusorio depende del poder de mercado de las partes y de las características del mercado de referencia. Los costes comunes solo pueden aumentar el riesgo de resultado colusorio si las partes tienen poder de mercado y si los costes de comercialización representan una proporción importante de los costes variables correspondientes a los productos afectados. Esto no ocurre, por ejemplo, en el caso de productos homogéneos cuyo mayor factor de coste es la producción. Los costes comunes de comercialización aumentan el riesgo de resultado colusorio si el acuerdo de comercialización se refiere a productos cuya comercialización es costosa, por ejemplo, con costes de distribución o comercialización elevados. Por lo tanto, los acuerdos que solo se refieren a la publicidad o la promoción conjuntas también pueden producir efectos restrictivos de la competencia si estos costes constituyen un factor de coste importante.
376. La comercialización conjunta implica en general el intercambio de información comercial confidencial relativa, en particular, a la estrategia de comercialización y a los precios. En la mayor parte de los acuerdos de comercialización, es necesario un cierto grado de intercambio de información para aplicar el acuerdo. Por lo tanto, es necesario comprobar si el intercambio de información puede dar lugar a un resultado colusorio por lo que se refiere a las actividades de las partes dentro y fuera de la cooperación. Cualesquiera efectos negativos que resulten del intercambio de información no se evaluarán por separado sino teniendo en cuenta los efectos globales del acuerdo.
377. En cualquier caso, los probables efectos restrictivos de la competencia resultantes del intercambio de información en el contexto de los acuerdos de comercialización dependerán de las características del mercado y de los datos compartidos, y deben evaluarse a la luz de la orientación general que figura en el capítulo 6.

5.2.3.2. Cooperación que, por lo general, no plantea problemas

378. Como ya se ha mencionado en el párrafo 367, los acuerdos de comercialización entre competidores generalmente pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. En la mayoría de los casos, no es probable que exista poder de mercado si la cuota de mercado combinada de las partes del acuerdo es inferior al 15 % en el mercado donde comercializan conjuntamente los productos contractuales. En cualquier caso, si la cuota de mercado combinada de las partes no excede del 15 % es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.
379. Si la cuota de mercado combinada de las partes es superior al 15 %, no es posible presumir que su acuerdo no tendrá efectos restrictivos y, por lo tanto, hay que evaluar el probable impacto en el mercado del acuerdo de comercialización conjunta.

5.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

5.3.1. Mejoras de eficiencia

380. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a mejoras de eficiencia significativas. Las eficiencias que deben tenerse en cuenta al evaluar si un acuerdo de comercialización cumple los criterios del artículo 101, apartado 3, dependen de la naturaleza de la actividad y de las partes de la cooperación. Por regla general, la fijación de precios resulta injustificable, a no ser que sea indispensable para la integración de otras funciones de mercadotecnia y cuando tal integración produzca

mejoras de eficiencia sustanciales. La distribución conjunta puede generar eficiencias significativas, derivadas de economías de escala o de alcance, especialmente para los pequeños productores o grupos de minoristas independientes, por ejemplo, en caso de que aprovechen nuevas plataformas de distribución para competir con operadores mundiales o importantes. En particular, la distribución conjunta puede ser pertinente para alcanzar objetivos medioambientales, siempre que estos sean ciertos y cuantificables, y estén documentados. Los acuerdos de comercialización también pueden contribuir a un mercado interior resiliente y generar eficiencias que beneficien a los consumidores al reducir las dependencias o mitigar la escasez y las perturbaciones de las cadenas de suministro.

381. Además, las mejoras de eficiencia no deben consistir en un ahorro meramente resultante de la eliminación de costes inherentes a la competencia, sino que han de derivarse de la integración de actividades económicas. Por tanto, una reducción de los costes de transporte que no sea más que el resultado del reparto de la clientela sin que se produzca ningún tipo de integración del sistema logístico no puede considerarse una mejora de eficiencia a tenor del artículo 101, apartado 3.
382. Las partes del acuerdo deben demostrar las mejoras de eficiencia. Un elemento importante en este sentido sería una aportación significativa de capital, tecnología u otros activos por las partes. También puede aceptarse el ahorro de costes mediante la reducción de la duplicación de recursos e instalaciones. No obstante, si la comercialización conjunta se limita a una agencia de ventas sin inversión alguna, no es probable que cumpla los requisitos del artículo 101, apartado 3.

5.3.2. *Carácter indispensable*

383. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de comercialización no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Este aspecto es especialmente importante para aquellos acuerdos que implican la fijación de precios o el reparto del mercado, que solo pueden considerarse indispensables en circunstancias excepcionales.

5.3.3. *Beneficio para los consumidores*

384. Las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de comercialización. Esto puede consistir en menores precios o mejor calidad o variedad del producto. Sin embargo, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Cuando las partes tengan una cuota de mercado combinada inferior al 15 %, es probable que cualesquiera mejoras de eficiencia demostradas resultantes del acuerdo beneficien suficientemente a los consumidores.

5.3.4. *No eliminación de la competencia*

385. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. Esto debe analizarse en el mercado de referencia al que pertenecen los productos objeto de la cooperación y en los posibles mercados afectados indirectamente.

5.4. Consorcios licitadores

386. El término consorcio licitador se refiere a una situación en la que dos o más partes cooperan para presentar una oferta conjunta en una licitación pública o privada¹⁹⁰.
387. A efectos de la presente sección, hay que distinguir los consorcios licitadores de la colusión en un procedimiento de licitación (o licitación colusoria), que se refiere a acuerdos ilegales entre operadores económicos, con el fin de falsear la competencia en los procedimientos de adjudicación. La colusión en un procedimiento de licitación es una de las formas de restricción por el objeto más graves y puede adoptar diversas formas; por ejemplo, puede consistir en fijar previamente el contenido de las ofertas (especialmente el precio) al objeto de influir en el resultado del procedimiento, abstenerse de presentar una oferta, asignar el mercado basándose en la ubicación geográfica, el poder adjudicador o el objeto de la contratación pública o establecer sistemas de rotación para una serie de procedimientos. El objetivo de todas estas prácticas es permitir que un licitador predeterminado obtenga un contrato mientras se crea la impresión de que el procedimiento es realmente competitivo¹⁹¹. Desde el punto de vista de la competencia, la colusión en un procedimiento de licitación es una forma de cartel consistente en la manipulación de un procedimiento de licitación organizado en el contexto de la adjudicación de un contrato público¹⁹².
388. Por lo general, la colusión en un procedimiento de licitación no implica la participación conjunta en el proceso de licitación. Suele tratarse más bien de un acuerdo oculto o tácito entre posibles participantes para coordinar sus decisiones individuales aparentes con respecto a la participación en el proceso de licitación. Sin embargo, en algunos casos la distinción entre colusión en un procedimiento de licitación y formas legítimas de oferta conjunta no es sencilla, en particular en los casos de subcontratación. Por ejemplo, los casos en los que dos licitadores se subcontratan entre sí pueden constituir un posible indicio de colusión, dado que tales acuerdos de subcontratación suelen permitir a las partes conocer la oferta financiera de la otra parte, lo que pone en tela de juicio la independencia de las partes a la hora de formular sus propias ofertas. Sin embargo, no existe una presunción general de que la subcontratación por parte del adjudicatario a otro licitador del mismo procedimiento constituya una colusión entre los operadores económicos en cuestión y los interesados pueden demostrar lo contrario¹⁹³.

¹⁹⁰ La cooperación en la presentación de ofertas puede llevarse a cabo mediante subcontratación, cuando el licitador oficial acepte, en caso de adjudicación, subcontratar parte de la actividad a una o más partes, o a través de un consorcio en el que todos los socios del mismo participen conjuntamente en el proceso de licitación, normalmente con una entidad jurídica específica a efectos del proceso de licitación. Desde el punto de vista de la contratación pública, la diferencia entre subcontratación y consorcio es que, en el primer caso, el contratista principal puede que no tenga que revelar inmediatamente los nombres de sus subcontratistas, mientras que en un consorcio, los nombres de los miembros del mismo se declaran inmediatamente a la autoridad adjudicadora. Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, tanto la subcontratación como los consorcios constituyen una oferta conjunta. En esta sección se utilizará el término consorcio licitador con fines de simplicidad.

¹⁹¹ Comunicación de la Comisión relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo, DO C 91 de 18.3.2021, p. 1.

¹⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de enero de 2021, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, EU:C:2021:10, apartado 35.

¹⁹³ Comunicación de la Comisión relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo, DO C 91 de 18.3.2021, p. 1, punto 5.6.

389. Los acuerdos de consorcio licitador pueden implicar un grado significativo de integración de los recursos y las actividades de las partes, en particular cuando las formas de producción en común están incluidas en la actividad contractual, con el fin de participar en el procedimiento de licitación. En situaciones en las que la comercialización conjunta es meramente accesoria a la integración principal de las partes en el proceso de producción, el centro de gravedad del acuerdo reside en la actividad de producción, y la evaluación desde el punto de vista de la competencia debe llevarse a cabo de conformidad con las normas aplicables a la cooperación de que se trate, es decir, la producción en común. En este caso, la fijación de precios para los productos o servicios del contrato no se considera, por lo general, una restricción por el objeto y será necesaria una evaluación por el efecto (véase el apartado 216 sobre los acuerdos de producción).
390. Sin embargo, en principio, los acuerdos de consorcio que abarcan principal o exclusivamente la comercialización conjunta deben considerarse acuerdos de comercialización y, por tanto, deben evaluarse de conformidad con los principios establecidos en el presente capítulo.
391. Un acuerdo conjunto de consorcio licitador, independientemente de su calificación jurídica, no restringe la competencia si permite a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Como las partes de los acuerdos de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Este puede ser el caso de las empresas que producen diferentes servicios complementarios a efectos de la participación en la licitación. Otra posibilidad es que las empresas implicadas no puedan ejecutar el contrato individualmente, por ejemplo, debido al volumen del contrato o a su complejidad, aunque todas ellas operen en los mismos mercados.
392. La evaluación de si cada una de las partes puede competir individualmente en una licitación, actuando de ese modo como competidores, depende, en primer lugar, de los requisitos recogidos en las normas de licitación. Sin embargo, la mera posibilidad teórica de llevar a cabo por sí sola la actividad contractual no convierte automáticamente a las partes en competencia: debe realizarse una evaluación realista de si una empresa será capaz de ejecutar el contrato por sí sola, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el tamaño y las capacidades de la empresa, y su capacidad actual y futura, evaluada a la luz de la evolución de los requisitos contractuales.
393. En los casos de licitaciones en las que sea posible presentar ofertas para partes del contrato (lotes), las empresas que tengan capacidad para presentar ofertas en uno o varios lotes, pero presuntamente no para la totalidad de la licitación, deben ser consideradas competidoras. En situaciones similares, la colaboración se justifica a menudo por el hecho de que la cooperación en el acuerdo de consorcio permitiría a las partes presentar ofertas por la totalidad del contrato, lo que brindaría la posibilidad de ofrecer un descuento combinado por el contrato completo. Sin embargo, esto no altera el hecho de que, en principio, las partes son competidoras en, al menos, una parte de la licitación y las posibles eficiencias logradas con una oferta conjunta en la licitación completa deben evaluarse sobre la base de los principios del artículo 101, apartado 3.
394. Si no es posible excluir que las partes del acuerdo de consorcio puedan competir individualmente en la licitación (o si hay más partes en un acuerdo de consorcio de lo

necesario), la oferta conjunta podrá restringir la competencia. La restricción puede ser por el objeto o por el efecto, en función del contenido del acuerdo y de las circunstancias específicas del caso (véanse los apartados 360 a 375).

395. En cualquier caso, un acuerdo de consorcio entre competidores puede cumplir los criterios del artículo 101, apartado 3. Por lo general, será necesaria una evaluación específica y concreta, sobre la base de diversos elementos, como la posición de las partes en el mercado de referencia, el número y la posición de mercado de los demás participantes en la licitación, el contenido del acuerdo de consorcio, los productos o servicios de que se trate, y las condiciones del mercado.
396. En términos de eficiencias, estas pueden adoptar la forma de precios más bajos, pero también de una mejor calidad, una oferta más amplia o una realización más rápida de los productos o servicios objeto de la licitación. Además, deben cumplirse todos los demás criterios del artículo 101, apartado 3 (carácter indispensable, beneficio para los consumidores y no eliminación de la competencia). En los procedimientos de licitación, estos suelen estar interrelacionados: las mejoras de eficiencia de una oferta conjunta a través de un acuerdo de consorcio se transmiten más fácilmente a los consumidores, en forma de precios más bajos o de mejor calidad de la oferta, si no se elimina la competencia en relación con la oferta, y otros competidores pertinentes participan en el procedimiento de licitación.
397. En esencia, los criterios del artículo 101, apartado 3, pueden cumplirse si la participación conjunta en la licitación permite a las partes presentar una oferta más competitiva que las ofertas que habrían presentado por sí solas (en términos de precios o calidad) y los beneficios en favor de los consumidores y de la entidad adjudicadora compensan las restricciones a la competencia. Las eficiencias deben repercutirse en los consumidores y no bastarán para cumplir los criterios del artículo 101, apartado 3, si solo benefician a las partes del acuerdo conjunto de consorcio licitador.

5.5. Ejemplos

398. Comercialización conjunta necesaria para acceder a un mercado

Ejemplo 1

Situación: Cuatro empresas que prestan servicios de lavandería en una gran ciudad cercana a la frontera de otro Estado miembro de la Unión, cada una con una cuota de mercado del 3 % en el mercado general de las lavanderías de esa ciudad, acuerdan crear una entidad de comercialización conjunta para la venta del servicio de lavandería a clientes institucionales (es decir, hoteles, hospitales y oficinas), al tiempo que conservan su independencia y libertad de competir por los clientes particulares locales. Teniendo en cuenta el nuevo segmento de la demanda (los clientes institucionales), establecen una marca común, un precio común y unas cláusulas estándar comunes que incluyen, entre otras cosas, un plazo máximo de veinticuatro horas para las entregas y unos horarios de entrega. Crean una central telefónica conjunta a la que los clientes institucionales pueden pedir su servicio de recogida o entrega. Contratan un telefonista (para la central telefónica) y varios conductores. Invierten además en furgonetas para los envíos y en la promoción de la marca para aumentar su visibilidad. El acuerdo no reduce totalmente sus costes individuales de infraestructura (puesto que conservan sus propios locales y aún compiten entre sí por los clientes particulares locales), pero incrementa sus economías de escala y les permite ofrecer un servicio más completo a otros tipos de

clientes, lo que incluye más horas de apertura y envíos a una mayor cobertura geográfica. Para asegurar la viabilidad del proyecto es imprescindible que las cuatro empresas firmen el acuerdo. El mercado está muy fragmentado, sin que ningún competidor individual tenga una cuota de mercado superior al 15 %.

Análisis: Aunque la cuota de mercado conjunta de las partes sea inferior al 15 %, el hecho de que el acuerdo implique la fijación de precios significa que podría aplicarse el artículo 101, apartado 1. Sin embargo, en la medida en que las partes no habrían estado en condiciones de entrar en el mercado de la prestación de servicios de lavandería a clientes institucionales, ya sea individualmente o en cooperación con un número menor de partes que las cuatro que participan actualmente en el acuerdo, este no plantearía problemas de competencia, con independencia de la restricción de la fijación de precios, que en este caso puede considerarse indispensable para la promoción de la marca común y el éxito del proyecto.

399. Acuerdo de comercialización con más partes de las necesarias para acceder a un mercado

Ejemplo 2

Situación: Igual que la del ejemplo 1 del apartado 398, pero con una diferencia principal: para garantizar la viabilidad del proyecto, el acuerdo podía haber sido aplicado solo por tres de las partes (en vez de las cuatro que participan realmente en la cooperación).

Análisis: Aunque la cuota de mercado conjunta de las partes sea inferior al 15 %, el hecho de que el acuerdo implique la fijación de precios y que podría llevarse a cabo con un menor número de partes, significa que se aplica el artículo 101, apartado 1. Así pues, hay que evaluar el acuerdo de conformidad con el artículo 101, apartado 3. El acuerdo da lugar a mejoras de eficiencia pues las partes pueden ahora ofrecer mejores servicios a una nueva categoría de clientes a una mayor escala (que no habrían podido prestar individualmente sin el acuerdo). Teniendo en cuenta que la cuota de mercado combinada de las partes es inferior al 15 %, es probable que cualquier mejora de eficiencia beneficie suficientemente a los consumidores. Hay que considerar además si las restricciones impuestas por el acuerdo son indispensables para lograr las eficiencias y si el acuerdo elimina la competencia. Dado que el objetivo del acuerdo es prestar un servicio más completo (incluido el envío, que no se ofrecía antes) a una categoría adicional de clientes, bajo una marca única y con unas cláusulas estándar comunes, la fijación de precios puede considerarse indispensable para la promoción de la marca común y, por lo tanto, para el éxito del proyecto y de las eficiencias resultantes. Además, teniendo en cuenta la fragmentación del mercado, el acuerdo no eliminará la competencia. El hecho de que el acuerdo tenga cuatro partes (en vez de las tres que habrían sido estrictamente necesarias) permite incrementar la capacidad y contribuye a satisfacer simultáneamente la demanda de varios clientes institucionales ateniéndose a las cláusulas estándar (es decir, respetar los plazos máximos de entrega). En esta situación, es probable que las mejoras de eficiencia compensen los efectos restrictivos resultantes de la reducción de la competencia entre las partes y es probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

400. Plataforma conjunta de internet – 1

Ejemplo 3

Situación: Cierta número de pequeñas tiendas especializadas de un Estado miembro se suman a una plataforma electrónica de internet para la promoción, venta y entrega de cestas de fruta para regalo. Hay varias plataformas de internet competidoras. Mediante una cuota mensual, comparten los costes de funcionamiento de la plataforma e invierten conjuntamente en la promoción de la marca. A través de la página web, que ofrece una amplia gama de tipos diferentes de cestas para regalo, los clientes encargan (y pagan) el tipo de cesta para regalo que quieren. A continuación se asigna el pedido a la tienda especializada más cercana a la dirección de la entrega. La tienda corre individualmente con los costes de composición y de entrega de la cesta al cliente. La tienda se queda con el 90 % del precio final, que se fija mediante la plataforma de internet y se aplica uniformemente a todas las tiendas especializadas participantes, mientras que el 10 % restante se dedica a la promoción común y a los costes de funcionamiento de la plataforma. Aparte del pago de la cuota mensual, no hay ninguna otra restricción para que las tiendas especializadas de todo el territorio nacional se sumen a la plataforma. Por otra parte, las tiendas especializadas que tienen su propio sitio internet también pueden vender cestas de fruta para regalo en internet con su propio nombre (y algunas veces lo hacen) y por lo tanto aún pueden competir entre sí fuera de la cooperación. Se garantiza a los clientes que compran a través de la plataforma de internet la entrega de las cestas de fruta en el mismo día y también pueden elegir la hora que más les conviene para la entrega.

Análisis: Aunque el acuerdo sea de naturaleza limitada, como solo cubre la venta conjunta de un determinado tipo de producto a través de un canal específico de comercialización (la plataforma de internet) y dado que implica la fijación de precios, es probable que restrinja la competencia por el objeto. Así pues, hay que evaluar el acuerdo de conformidad con el artículo 101, apartado 3. El acuerdo produce mejoras de eficiencia tales como una mayor posibilidad de elección y un servicio de mayor calidad, así como la disminución de los costes de búsqueda, todo lo cual beneficia a los consumidores y es probable que compense los efectos restrictivos de la competencia resultantes del acuerdo. Dado que las tiendas especializadas que participan en la cooperación aún pueden operar individualmente y competir entre sí, tanto en sus tiendas como en internet, la restricción de la fijación de precios puede considerarse imprescindible para la promoción del producto (ya que al comprar a través de la plataforma de internet los consumidores no saben a quién están comprando la cesta de regalo y no quieren tener que ocuparse de una profusión de precios diferentes) y para las consiguientes mejoras de eficiencia, además de tener en cuenta la marca común en línea. Al no haber otras restricciones, el acuerdo cumple los criterios del artículo 101, apartado 3. Además, dado que existen otras plataformas de internet competidoras y las partes siguen compitiendo entre sí, ya sea en sus tiendas o en internet, no se eliminará la competencia.

401. Plataforma conjunta de internet – 2

Ejemplo 4

Situación: Una serie de pequeñas librerías independientes crean una plataforma electrónica de internet, que promoverá, venderá y entregará los libros, que están disponibles en sus tiendas. Las librerías abarcan una importante región limítrofe con varios Estados miembros. Cada librería paga una cuota anual destinada a cubrir los costes de funcionamiento y promoción de la plataforma. La cuota se calcula sobre la

base de un porcentaje fijo de las ventas anuales de cada librería en la plataforma hasta un importe máximo. Este importe máximo se acuerda anualmente y se basa en los costes de funcionamiento de la plataforma incurridos durante el año anterior. Para el período inicial de tres años, el porcentaje se fija en el 10 % de las ventas anuales, pero los miembros están convencidos de que, a medida que crezca el negocio, es probable que puedan reducir las contribuciones. Las librerías aceptan negociar un acuerdo con una empresa de mensajería para la entrega en el mismo día de los libros pedidos en línea. Gracias al número de librerías que participan en el proyecto, la empresa de mensajería puede garantizar la entrega en el mismo día. Se acuerda un precio para este servicio de entrega que cubre el coste del embalaje de los artículos. No existe ningún acuerdo entre las librerías individuales en relación con el precio en línea de sus libros, que es comunicado por cada librería únicamente a la plataforma y no se intercambia información entre las librerías sobre precios o promociones futuros. El precio de los libros en internet suele ser el mismo que el de la tienda (y el importe adicional por envío y embalaje acordado con la empresa de mensajería). La entrada en la plataforma está abierta a todas las tiendas independientes previo pago de la cuota anual. Existen otras plataformas de internet similares que prestan un servicio parecido en la misma región. Ninguna plataforma individual tiene más del 15 % del mercado en una misma región.

Análisis: Dado que el acuerdo implica la fijación del precio de embalaje y entrega de los pedidos, así como una cuota basada en un porcentaje de los precios al por menor, puede aplicarse el artículo 101, apartado 1. Las partes aportan pruebas de que los beneficios del acuerdo negociado, también la cláusula de entrega en el mismo día, no habrían estado a disposición de cada librería de forma individual. Además, debido al acuerdo, se ha producido un aumento notable de las ventas de libros, tanto en línea como en tienda. Parece claro que estos beneficios no podrían haberse logrado sin el acuerdo. Dado que existen otras plataformas con cuotas de mercado similares que operan en la misma región, no se elimina la competencia y el acuerdo no plantea problemas de competencia.

402. Empresa en participación de venta

Ejemplo 5

Situación: Las empresas A y B, situadas en dos Estados miembros distintos, fabrican neumáticos para bicicletas. Tienen una cuota de mercado combinada del 14 % en el mercado de los neumáticos para bicicletas de la Unión. Deciden crear una empresa en participación de venta (sin funciones plenas) para comercializar los neumáticos a los fabricantes de bicicletas y acuerdan vender toda su producción a través de la empresa en participación. La infraestructura de producción y transporte de cada parte sigue estando separada. Las partes alegan que el acuerdo les ofrece unas mejoras de eficiencia considerables, que consisten principalmente en mayores economías de escala, la posibilidad de satisfacer los pedidos de sus clientes existentes y de los nuevos potenciales, así como de competir mejor con los neumáticos importados producidos en terceros países. La empresa en participación negocia los precios y asigna los pedidos a la instalación de producción más cercana, como manera de racionalizar los costes de transporte a la hora de entregar el pedido al cliente.

Análisis: Aunque la cuota de mercado combinada de las partes es inferior al 15 %, el acuerdo entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Restringe la competencia por el objeto puesto que implica la asignación de clientes y la fijación de precios por la empresa en participación. Las eficiencias resultantes del acuerdo

alegadas no son fruto de la integración de las actividades económicas o de la inversión conjunta. La empresa en participación tendrá un alcance muy limitado y solo servirá de interfaz para asignar los pedidos a las instalaciones de producción. Por lo tanto, es poco probable que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia derivados del acuerdo. Así pues, no se cumplirán las condiciones del artículo 101, apartado 3.

403. Cláusula de respeto de la clientela en un acuerdo de externalización de servicios

Ejemplo 6

Situación: Las empresas A y B son competidores que prestan servicios de limpieza en locales comerciales. Ambas tienen una cuota de mercado del 15 %. Hay varios competidores más con cuotas de mercado que oscilan entre el 10 % y el 15 %. La empresa A ha decidido (unilateralmente) centrarse en lo sucesivo únicamente en clientes grandes ya que para prestar servicio a clientes grandes y pequeños se necesita una organización del trabajo algo diferente. Por lo tanto, la empresa A ha decidido no firmar ya contratos con nuevos pequeños clientes. Además, ambas empresas firman un acuerdo de externalización por el que la empresa B prestará directamente los servicios de limpieza a los pequeños clientes existentes de la empresa A (que representan un tercio de su base de clientes). Al mismo tiempo, la empresa A insiste en no perder la relación con estos pequeños clientes. Por lo tanto, la empresa A continuará manteniendo sus relaciones contractuales con los pequeños clientes pero será la empresa B quien preste directamente los servicios de limpieza. Para aplicar el acuerdo de externalización, la empresa A tendrá necesariamente que comunicar a la empresa B las identidades de sus pequeños clientes contemplados en el acuerdo. Como teme que la empresa B pueda intentar hurtarle estos clientes puenteándola y ofreciendo servicios directos más baratos, la empresa A insiste en que el acuerdo de externalización contenga una «cláusula de respeto de la clientela». Según esta cláusula, la empresa B no puede ponerse en contacto con los pequeños clientes objeto de los acuerdos de externalización para prestarles servicios directos. Además, ambas empresas acuerdan que la empresa B ni siquiera puede prestar servicios directos a esos clientes aunque estos se dirijan a ella. Sin la «cláusula de respeto de la clientela», la empresa A no celebraría un acuerdo de externalización con la empresa B ni con ninguna otra empresa.

Análisis: El acuerdo de externalización elimina a la empresa B como prestador independiente de servicios de limpieza para los pequeños clientes de la empresa A pues estos ya no podrán contratar directamente con la empresa B. Por consiguiente, puede aplicarse el artículo 101, apartado 1. Sin embargo, estos clientes solo representan un tercio de la base de clientes de la empresa A, es decir, el 5 % del mercado. Aún podrán dirigirse a los competidores de ambas empresas, que representan el 70 % del mercado. Por lo tanto, el acuerdo de externalización no permitirá que la empresa A suba rentablemente los precios aplicados a los clientes contemplados en el acuerdo de externalización. Además, no es probable que el acuerdo de externalización dé lugar a un resultado colusorio, ya que las empresas A y B solo tienen una cuota de mercado combinada del 30 % y se enfrentan a varios competidores que tienen cuotas de mercado similares a las cuotas de mercado individuales de ambas empresas. Por otra parte, el hecho de que el servicio a los clientes grandes y pequeños sea algo diferente reduce al mínimo el riesgo de efectos indirectos del acuerdo de externalización al comportamiento de la empresa A y de la

empresa B a la hora de competir por los clientes grandes. Por lo tanto, no es probable que el acuerdo de externalización dé lugar a efectos restrictivos de la competencia y puede quedar exento en virtud del artículo 101, apartado 3.

404. Plataforma de distribución de medios de comunicación

Ejemplo 7

Situación: El organismo de radiodifusión televisiva A y el organismo de radiodifusión televisiva B, ambos activos principalmente en el mercado de la televisión en abierto de un Estado miembro, crean una empresa en participación para el lanzamiento en el mismo mercado nacional de una plataforma de vídeo a la carta en línea, en la que los consumidores pueden ver, previo pago de una tarifa, películas o series producidas por cada uno de ellos o por terceros tras habersele concedido a uno de los dos organismos de radiodifusión televisiva los derechos audiovisuales pertinentes. El organismo de radiodifusión televisiva A tiene una cuota de mercado de alrededor del 25 % en el mercado de la televisión en abierto y el organismo de radiodifusión televisiva B tiene una cuota de mercado de alrededor del 15 %. Hay otros dos grandes operadores con cuotas de mercado de entre el 10 % y el 15 % y una serie de pequeños organismos de radiodifusión. El mercado nacional de vídeo a la carta, en el que la empresa en participación estará principalmente activa, es un mercado joven con una expectativa general de un potencial de crecimiento significativo. El precio por ver un vídeo será determinado de forma centralizada por la empresa en participación, que también coordinará los precios para la adquisición de las licencias de vídeo a la carta en el mercado ascendente.

Análisis: Teniendo en cuenta su tamaño en el mercado nacional de la televisión y su gran biblioteca de derechos audiovisuales, ambos organismos de radiodifusión televisiva podrían lanzar por separado una plataforma de vídeo a la carta. Por lo tanto, son competidores potenciales en el incipiente mercado de consumo de vídeo a la carta. Además, el acuerdo implica la fijación de precios y, por consiguiente, se aplica el artículo 101, apartado 1. La restricción de la competencia parece sustancial, ya que se eliminará la competencia de precios entre los dos organismos de radiodifusión. Además, también se coordinarán los precios de las licencias de vídeo a la carta. Estas restricciones de la competencia serán apreciables, teniendo en cuenta las actividades y la dimensión de las empresas implicadas. En cuanto a la aplicación del artículo 101, apartado 3, los beneficios resultantes de una mayor gama de ofertas de vídeo a la carta y de una navegación simplificada a través de contenidos no parecen compensar los efectos negativos para la competencia. En particular, las restricciones no parecen necesarias para lograr las eficiencias mencionadas, ya que podrían obtenerse también a través de una plataforma abierta y una cooperación puramente técnica. En conclusión, el acuerdo no parece cumplir los criterios del artículo 101, apartado 3.

405. Consorcios licitadores

Ejemplo 8

Situación: Las empresas A y B son proveedores competidores de medicamentos especializados para hospitales. Deciden celebrar un acuerdo de consorcio para presentar ofertas conjuntas en una serie de licitaciones organizadas por el sistema nacional de salud de un Estado miembro para el suministro de un conjunto de medicamentos derivados del plasma a los hospitales públicos. El criterio para la adjudicación de contratos es la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en

cuenta un equilibrio entre precio y calidad. En particular, se concederán puntos adicionales en caso de que la oferta abarque una serie de productos opcionales. Las dos empresas A y B podían competir individualmente en las licitaciones, sobre la base de los requisitos incluidos en las normas de licitación. En realidad, las dos empresas A y B ya han competido individualmente en una de las licitaciones pertinentes, adjudicada a otro participante, ya que sus ofertas individuales eran inferiores, en términos de precio y calidad, en particular debido a una oferta limitada de productos opcionales. En general, hay al menos otros dos participantes en los procedimientos de licitación en cuestión.

Análisis: Dado que las empresas A y B podían competir individualmente en las licitaciones, se aplica el artículo 101, apartado 1, y la participación conjunta puede restringir la competencia. Así pues, hay que evaluar el acuerdo de conformidad con el artículo 101, apartado 3. Según el resultado del procedimiento de licitación previo, en el que las partes competían por separado, parece que una oferta conjunta sería más competitiva que las ofertas individuales, en términos de precios y de gama de productos ofrecidos, en particular productos opcionales. El acuerdo de consorcio parece objetivamente necesario para que las partes implicadas presenten ofertas realmente competitivas en los procedimientos de licitación, en comparación con las ofertas presentadas por los demás participantes. No se elimina la competencia en las licitaciones, ya que al menos otros dos competidores pertinentes participarán en el procedimiento de licitación. Esto implica que las mejoras de eficiencia de la oferta conjunta podrían beneficiar a la entidad adjudicadora y, en última instancia, a los consumidores. Por lo tanto, el acuerdo parece cumplir los criterios del artículo 101, apartado 3.

6. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

6.1. Introducción

406. La finalidad de este capítulo es orientar a las empresas y asociaciones a la hora de evaluar el intercambio de información desde el punto de vista de la competencia¹⁹⁴. El intercambio de información puede adoptar diversas formas y puede producirse en distintos contextos.
407. El intercambio de información a efectos del presente capítulo comprende el intercambio de i) contenidos digitales en bruto y no organizados que necesitarán tratamiento para que sean útiles (datos en brutos); ii) datos pretratados que ya hayan sido preparados y validados; iii) datos manipulados para producir información significativa, de cualquier forma, así como iv) cualquier otro tipo de información, también la información no digital. Comprende el intercambio físico de información y

¹⁹⁴ En la medida en que la información intercambiada constituye total o parcialmente datos personales, las presentes Directrices se entienden sin perjuicio del Derecho de la Unión en materia de protección de datos, en particular el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DO L 119 de 4.5.2016, p. 1. Ninguna disposición de las presentes Directrices debe aplicarse o interpretarse de manera que menoscabe o limite el derecho a la protección de los datos personales.

el intercambio de datos entre competidores reales o potenciales¹⁹⁵. En el presente capítulo, el término «información» abarca todos los tipos de datos e información mencionados anteriormente.

408. La información puede intercambiarse directamente entre competidores (en forma de divulgación unilateral o en un intercambio bilateral o multilateral), o indirectamente a través de un tercero (como un proveedor de servicios, una plataforma, una herramienta en línea o un algoritmo), una agencia común (por ejemplo, una asociación comercial), una organización de estudios de mercado o a través de proveedores o minoristas. El presente capítulo se aplica tanto a las formas directas como indirectas de intercambio de información.
409. El intercambio de información puede formar parte de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal. La aplicación de dicho acuerdo de cooperación horizontal podrá requerir el intercambio de información comercial confidencial. En tal caso, será necesario comprobar si el intercambio puede dar lugar a un resultado colusorio por lo que se refiere a las actividades de las partes dentro y fuera de la cooperación. Cualesquiera efectos negativos que resulten de dicho intercambio no se evaluarán por separado, sino teniendo en cuenta los efectos globales del acuerdo de cooperación horizontal. Si el intercambio de información no va más allá de lo necesario para la cooperación legítima entre competidores, incluso aunque el intercambio tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, la probabilidad de que el acuerdo cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3, es mayor que si el intercambio va más allá de lo necesario para permitir la cooperación. Cuando el intercambio de información constituya por sí mismo el objetivo principal de la cooperación, la evaluación de dicho intercambio debe llevarse a cabo de conformidad con las orientaciones facilitadas en el presente capítulo.
410. El intercambio de información también puede formar parte de un proceso de adquisición. En tales casos, dependiendo de las circunstancias, el intercambio podrá estar sujeto a las normas del Reglamento de concentraciones¹⁹⁶. Cualquier conducta que restrinja la competencia que no esté directamente relacionada con la ejecución de la adquisición del control y que no sea necesaria para la misma sigue sujeta a lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado.
411. El intercambio de información también puede derivarse de iniciativas reglamentarias. Aunque puede alentarse u obligarse a las empresas a compartir determinada información y datos con el fin de cumplir los requisitos de la Unión o de los gobiernos, el artículo 101, apartado 1, sigue siendo de aplicación. En la práctica, esto significa que las personas sujetas a requisitos reglamentarios no deben utilizar dichos requisitos como medio para infringir el artículo 101, apartado 1. Deben limitar el alcance del intercambio de información a lo necesario sobre la base de la normativa aplicable y puede que tengan que aplicar medidas cautelares en caso de intercambio de información comercial confidencial.

¹⁹⁵ El término «intercambio de datos» se utiliza para describir todos los formularios y modelos posibles que sustentan el acceso a los datos y la transferencia de estos entre empresas. Cubre los repositorios de datos, en los que los titulares de datos se agrupan para compartir recursos de datos.

¹⁹⁶ Artículo 4, apartado 1, y artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021, Altice Europe/Comisión, T-425/18, no publicada aún, EU:T:2021:607, apartado 239.

Un reglamento de la UE puede, por ejemplo, prever el intercambio de información entre las personas sujetas al reglamento con el fin de evitar o reducir la necesidad de las pruebas con animales o reducir los costes de investigación. Dichos intercambios están sujetos a la aplicación del artículo 101, apartado 1. Por lo tanto, las empresas que participen en los intercambios previstos por el reglamento no deben facilitar información comercial confidencial que revele su estrategia de mercado o información técnica que vaya más allá de los requisitos del reglamento. Las empresas podrán reducir la frecuencia del intercambio para que la información sea menos delicada desde el punto de vista comercial. En la medida de lo posible, debe utilizarse información agregada o intervalos para evitar el intercambio de cifras individuales o más detalladas. Las empresas también pueden considerar la posibilidad de recurrir a un proveedor de servicios tercero independiente («administrador») que reciba información individual de varias fuentes sobre la base de acuerdos de confidencialidad y, posteriormente, la recopile, compruebe y agregue a unos datos compuestos que no ofrezcan la posibilidad de deducir cifras individuales.

6.2. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

6.2.1. Introducción

412. El intercambio de información es una característica común a muchos mercados competitivos que puede generar diversos tipos de mejoras de eficiencia. Puede solucionar problemas de asimetrías de la información¹⁹⁷, incrementando así la eficiencia de los mercados. En los últimos años, en particular, el intercambio de datos ha cobrado importancia y se ha convertido en un elemento esencial para fundamentar la toma de decisiones mediante el uso de la inteligencia de datos y las técnicas de aprendizaje automático¹⁹⁸. Además, las empresas mejoran a menudo su eficiencia interna a partir de una comparación con las mejores prácticas de las demás. El intercambio de información también puede ayudar a las empresas a ahorrar costes al reducir sus existencias, permitir una entrega más rápida de productos perecederos a los consumidores o hacer frente a una demanda inestable, etc. El intercambio de información del mismo tipo o de naturaleza complementaria puede permitir a las empresas desarrollar nuevos o mejores productos o servicios o entrenar algoritmos sobre una base más amplia y significativa. Además, los intercambios de información pueden beneficiar directamente a los consumidores al reducir sus costes de búsqueda y mejorar las posibilidades de elección.
413. Como se indica en el apartado 15, el artículo 101, apartado 1, solo puede aplicarse al intercambio de información si este establece o forma parte de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas. Como se expone en el apartado 15, el concepto de «práctica concertada» supone, además de la concertación entre las empresas de que se trate, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación de causalidad entre ambos elementos¹⁹⁹. En caso de que se produzca un intercambio de información comercial confidencial entre competidores en la preparación de un acuerdo contrario a la competencia, esto

¹⁹⁷ La teoría económica de la información asimétrica se ocupa del estudio de las decisiones que se toman en las transacciones y en las que una parte cuenta con más información que la otra.

¹⁹⁸ También se fomenta el intercambio de datos en la Estrategia Europea de Datos.

¹⁹⁹ Véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU:C:2016:42, apartados 39-40 y la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 126.

bastará para demostrar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 101, apartado 1. A este respecto, no es necesario probar que los competidores de que se trate se han comprometido formalmente a adoptar uno u otro comportamiento o han fijado en común su comportamiento futuro en el mercado²⁰⁰. Además, existe la presunción de que las empresas que participan en la concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores, a fin de determinar su comportamiento en dicho mercado²⁰¹.

414. El principio fundamental de la competencia es que cada empresa determina de manera autónoma su comportamiento económico en el mercado de referencia. Este principio no impide a las empresas adaptarse de manera inteligente al comportamiento actual o previsto de sus competidores o a las condiciones habituales existentes en el mercado. No obstante, las empresas deben evitar los intercambios de información que tengan por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de referencia. Así sucede cuando el intercambio influye en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvela a tal competidor el comportamiento que otro competidor va a adoptar en el mercado o que pretende adoptar en él²⁰².
415. En esta sección, en primer lugar, se exponen los dos principales problemas de competencia relacionados con el intercambio de información (sección 6.2.2). A continuación, se ofrecen más orientaciones sobre la pertinencia de la naturaleza de la información intercambiada para la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1, (sección 6.2.3), y sobre las características del propio intercambio (sección 6.2.4), así como sobre las características del mercado (sección 6.2.5). Dos secciones específicas se ocupan de las restricciones de la competencia por el objeto (sección 6.2.6) y por el efecto (sección 6.2.7).

6.2.2. *Principales problemas de competencia relacionados con el intercambio de información*²⁰³

6.2.2.1. Resultado colusorio

416. Al aumentar de forma artificial la transparencia entre competidores en el mercado, el intercambio de información comercial confidencial puede facilitar la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas y dar lugar a restricciones de la competencia. Esto se aplica, en particular, cuando el intercambio constituye el soporte de otro mecanismo contrario a la competencia²⁰⁴.

²⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, *Duravit AG y otros/Comisión*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, apartado 135.

²⁰¹ Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017, *Icap y otros/Comisión*, T-180/15, EU:T:2017:795, apartado 57; sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 51, y sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 127.

²⁰² Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2016, *Eturas y otros*, C-74/14, EU:C:2016:42, apartado 27 y sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 32-33.

²⁰³ La utilización de la expresión «principales problemas de competencia» significa que la siguiente descripción de problemas de competencia no es excluyente ni exhaustiva.

²⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, *Duravit y otros/Comisión*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, apartado 134; sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, *Aalborg*

417. El intercambio de información comercial confidencial *en sí mismo* puede permitir a las empresas llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación, que puede llevar a un resultado colusorio en el mercado. El intercambio puede crear expectativas recíprocamente concordantes relativas a las incertidumbres existentes en el mercado. Sobre esa base, las empresas pueden llegar a un entendimiento común sobre su comportamiento en el mercado, incluso sin un acuerdo explícito sobre la coordinación²⁰⁵.
418. El intercambio de información comercial confidencial también puede utilizarse como método para aumentar la *estabilidad interna* de un acuerdo o práctica concertada contrarios a la competencia en el mercado. El intercambio de información puede hacer que el mercado sea suficientemente transparente para permitir a las empresas que intervienen en el resultado colusorio controlar de manera suficiente si otras empresas se están desviando de dicho resultado, y así saber cuándo tomar represalias. Este mecanismo de supervisión puede consistir tanto en intercambiar datos actuales como datos antiguos. Esto puede o bien permitir que las empresas lleguen a un resultado colusorio en mercados en los que de lo contrario no lo hubieran conseguido, o bien aumentar la estabilidad de un resultado colusorio ya presente en el mercado.

El uso de algoritmos por parte de los competidores puede, por ejemplo, aumentar el riesgo de un resultado colusorio en el mercado²⁰⁶. Los algoritmos pueden permitir a los competidores aumentar la transparencia del mercado, detectar desviaciones de precios en tiempo real y dotar de mayor eficacia los mecanismos de sanción. Por otra parte, para que la colusión algorítmica sea posible, además del diseño específico de los algoritmos, se requieren algunas condiciones estructurales del mercado, como una alta frecuencia de interacciones, un poder de negociación limitado y la presencia de productos o servicios homogéneos.

419. Por último, el intercambio de información también puede utilizarse como método para aumentar la *estabilidad externa* de un acuerdo o práctica concertada contrarios a la competencia en el mercado. Los intercambios que hacen que el mercado sea suficientemente transparente pueden permitir a las empresas participantes en el resultado colusorio controlar dónde y cuándo intentan introducirse en el mercado otras empresas, lo que hace posible que aquellas se centren en estas. Este mecanismo de supervisión puede consistir tanto en intercambiar información actual como antigua.

Portland y otros/Comisión, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6, apartado 281.

²⁰⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2019, Campine y Campine Recycling/Comisión, T-240/17, EU:T:2019:778, apartado 305.

²⁰⁶ La colusión algorítmica debe distinguirse de la denominada «colusión por código», que se refiere a la aplicación deliberada por parte de los competidores de algoritmos comunes de coordinación del comportamiento. La colusión por código constituye normalmente un cartel y, por tanto, supone una restricción de la competencia por el objeto, independientemente de las condiciones del mercado y de la información intercambiada.

6.2.2.2. Exclusión contraria a la competencia

420. Además de facilitar la colusión, un intercambio de información también puede dar lugar a una exclusión contraria a la competencia en el mismo mercado en el que tiene lugar el intercambio o en un mercado relacionado²⁰⁷.
421. La exclusión en el mismo mercado puede ocurrir cuando el intercambio de información comercial confidencial sitúa a los competidores que no participan en el intercambio en una situación de desventaja competitiva significativa con respecto a las empresas que sí participan en el sistema de intercambio. Este tipo de exclusión es posible si la información intercambiada tiene importancia estratégica y el intercambio abarca una parte importante del mercado de referencia. Este puede ser el caso, por ejemplo, de las iniciativas de intercambio de datos en las que los datos compartidos son de importancia estratégica, representan una gran parte del mercado y se impide el acceso de terceros²⁰⁸. Estas iniciativas tampoco facilitan la entrada de nuevos operadores en el mercado.
422. No cabe descartar que el intercambio de información pueda llevar también a la exclusión contraria a la competencia de terceros en un mercado relacionado. Por ejemplo, las empresas integradas verticalmente que intercambian información en un mercado ascendente pueden ganar poder de mercado y actuar en colusión para aumentar el precio de un componente clave para un mercado descendente. De este modo, podrían incrementar los costes de sus rivales descendentes, lo que podría dar lugar a una exclusión contraria a la competencia en el mercado descendente. Además, las empresas que utilizan condiciones no transparentes y discriminatorias de acceso a la información compartida pueden limitar la capacidad de terceros para detectar tendencias de posibles productos nuevos en mercados relacionados.

6.2.3. Naturaleza de la información intercambiada

6.2.3.1. Información comercial confidencial

423. El artículo 101, apartado 1, se aplicará cuando un intercambio de información comercial confidencial pueda influir en la estrategia comercial de los competidores. Así sucede cuando la información, una vez intercambiada, reduce la incertidumbre sobre las acciones futuras o recientes de uno o varios competidores en el mercado e independientemente de si las empresas que participan en el intercambio obtienen algún beneficio de su cooperación. A menudo se refiere a información que es importante que una empresa proteja para mantener o mejorar su posición competitiva en el mercado o mercados. La información sobre precios es, por ejemplo, información comercial confidencial, pero el artículo 101, apartado 1, también se aplica si el intercambio no tiene un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores finales²⁰⁹. El hecho de que la información intercambiada pueda ser

²⁰⁷ Por lo que respecta a los problemas de exclusión que pueden resultar de los acuerdos verticales, véanse los apartados [...] de las Directrices sobre restricciones verticales.

²⁰⁸ La sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartados 57-58, pone de relieve la importancia de analizar la estructura subyacente del mercado para determinar si el riesgo de exclusión es probable.

²⁰⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 123 y sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 36.

incorrecta o engañosa en sí misma no elimina el riesgo de que pueda influir en el comportamiento de los competidores en el mercado²¹⁰.

424. La información comercial que se ha considerado especialmente confidencial y cuyo intercambio se ha calificado de restricción por el objeto abarca lo siguiente:

El intercambio con competidores de los precios y las intenciones de fijación de precios de una empresa²¹¹;

El intercambio con competidores de las capacidades de producción actuales y futuras de una empresa²¹²;

El intercambio con competidores de la estrategia comercial prevista de una empresa²¹³;

El intercambio con competidores de acuerdos de una empresa relativos a la demanda actual y futura²¹⁴;

El intercambio con competidores de las ventas futuras de una empresa²¹⁵;

El intercambio con competidores del estado actual de una empresa y su estrategia comercial²¹⁶;

El intercambio con competidores de características futuras del producto que sean pertinentes para los consumidores²¹⁷;

El intercambio con competidores de información sobre posiciones en el mercado y estrategias en las subastas de productos financieros²¹⁸.

6.2.3.2. Información pública

425. La «información verdaderamente pública» es aquella a la que por lo general todos los competidores y consumidores tienen acceso fácilmente (en términos de costes de

²¹⁰ Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016, Philips y Philips France/Comisión, T-762/14, EU:T:2016:738, apartado 91.

²¹¹ Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14 RENV, no publicada aún, EU:C:2020:307, apartado 96; la sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016, Philips y Philips France/Comisión, T-762/14, EU:T:2016:738, apartado 134-136. No es necesario que la información se refiera directamente a los precios. Los intercambios de información que constituye un elemento decisivo del precio que pagará el consumidor final también pueden constituir una restricción por el objeto. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 37.

²¹² Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14 RENV, no publicada aún, EU:C:2020:307, apartados 85 y 96; sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016, Philips y Philips France/Comisión, T-762/14, EU:T:2016:738, apartado 104.

²¹³ Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14 RENV, no publicada aún, EU:C:2020:307, apartado 98.

²¹⁴ Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2015, Samsung SDI y otros/Comisión, T-84/13, EU:T:2015:611, apartado 51.

²¹⁵ Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14 RENV, no publicada aún, EU:C:2020:307, apartado 96.

²¹⁶ Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14 RENV, no publicada aún, EU:C:2020:307, apartado 70.

²¹⁷ Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2021 en el asunto AT40178, Emisiones de automóviles, considerandos 84, 107 y 124-126.

²¹⁸ Decisión de la Comisión de 20 de mayo de 2021 en el asunto AT.40324, Obligaciones estatales europeas, considerando 94.

acceso)²¹⁹. Dado que la información es de acceso público, puede haber perdido su carácter comercial confidencial. Por lo general no es probable que los intercambios de información verdaderamente pública constituyan una infracción del artículo 101²²⁰. El hecho de que la información sea verdaderamente pública puede disminuir la probabilidad de un resultado colusorio en el mercado siempre que las empresas no integrantes de la coordinación, los competidores potenciales y los consumidores estén en condiciones de limitar los posibles efectos restrictivos de la competencia²²¹.

426. Para que la información sea verdaderamente pública, su obtención no debe ser más costosa para los consumidores y las empresas que no participan en el intercambio que para las empresas que intercambian la información. Los competidores no optarán en general por intercambiar información que pueden obtener en el mercado con la misma facilidad y, por lo tanto, es poco probable que en la práctica se produzcan intercambios de información verdaderamente públicos. En cambio, aunque la información intercambiada entre competidores se considere «de dominio público», no es verdaderamente pública si los costes de la recogida de la información disuaden a otras empresas y consumidores de hacerlo²²². La posibilidad de obtener la información en el mercado, por ejemplo, de los consumidores, no significa necesariamente que esa información consista en datos comerciales identificables de forma inmediata para los competidores²²³.

Un ejemplo típico de información verdaderamente pública es la publicidad de las estaciones de servicio acerca de su información actual sobre los precios tanto para los consumidores como para los competidores cercanos. A falta de un acuerdo o de una práctica concertada contrarios a la competencia, dicha publicidad beneficia a los consumidores, ya que facilita la comparación entre las estaciones de servicio antes de llenar los depósitos de sus vehículos, aun cuando la publicidad también permita a los competidores tener conocimiento de los precios aplicados por sus competidores cercanos.

En caso de que los propietarios de las estaciones de servicio iniciaran un intercambio de información sobre precios en tiempo real únicamente entre ellos, es probable que la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1, fuera diferente. Los datos sobre precios intercambiados por los propietarios no serían verdaderamente públicos ya que, para obtener esta misma información por otro

²¹⁹ Esto no impide que se ofrezca una base de datos a un precio inferior a unos consumidores que han aportado datos a la misma, ya que, por lo general, al hacerlo ellos también habrán incurrido en costes.

²²⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión, asuntos acumulados T-191/98 y T-212/98 a T-214/98, Rec. p. II-03275, EU:T:2003:245, apartado 1154. Puede que esto no sea así si el intercambio sirve de base para un cartel.

²²¹ La evaluación de los obstáculos a la entrada y del poder de negociación compensatorio en el mercado sería pertinente para determinar si las partes ajenas al sistema de intercambio de información pudieran comprometer los resultados esperados de la coordinación. Sin embargo, la transparencia cada vez mayor ante los consumidores puede disminuir o aumentar el alcance de un resultado colusorio porque con una mayor transparencia ante los consumidores, como la elasticidad de los precios de la demanda es mayor, la rentabilidad de la desviación es más alta pero la represalia es también más severa.

²²² Además, el hecho de que las partes del intercambio hayan comunicado los datos al público previamente (por ejemplo, a través de un diario o de su sitio de Internet), no implica que un intercambio posterior que no sea público no infrinja el artículo 101, apartado 1.

²²³ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2001, Tate & Lyle y otros/Comisión, asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98, Rec. p. II-02035, EU:T:2001:185, apartado 60.

medio, sería necesario incurrir en costes sustanciales de tiempo y transporte. De hecho, habría que desplazarse constantemente para recopilar los precios anunciados en los paneles de las estaciones de servicio diseminadas por todo el país. Los costes de esta actividad son potencialmente altos, de tal modo que la información solo podría obtenerse en la práctica mediante el intercambio de información. Además, el intercambio sería sistemático y abarcaría todo el mercado de referencia, en el que solo hay unos pocos competidores y es poco probable que se incorporen nuevos operadores. Probablemente el intercambio crearía un clima de certidumbre recíproca entre los competidores en cuanto a su política de fijación de precios y por ello es probable que facilitara un resultado colusorio.

427. Incluso aunque la información esté disponible al público (por ejemplo, información publicada por los reguladores), un intercambio de información adicional por parte de los competidores puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia si disminuye aún más la incertidumbre estratégica en el mercado. En este caso, es la información adicional intercambiada la que es vital para inclinar el equilibrio de mercado hacia un resultado colusorio.

En un determinado sector, por ejemplo, el público sabe que los costes de los suministros están aumentando. En las reuniones bilaterales o en las reuniones de la asociación comercial pertinente, los participantes pueden plantear este fenómeno. Si bien los competidores pueden referirse al aumento de los costes de los suministros, como es de conocimiento público, no pueden evaluar conjuntamente el aumento de los costes si ello reduce la incertidumbre sobre las acciones futuras o recientes de un competidor individual en el mercado²²⁴. Un competidor debe determinar de manera autónoma la política que pretende adoptar en el mercado interior. Esto implica que cada competidor debe decidir de forma independiente cuál será su respuesta al aumento de los costes de los suministros.

6.2.3.3. Información y datos agregados/individualizados

428. El carácter comercial confidencial de la información depende también de la utilidad que tenga para los competidores. Dependiendo de las circunstancias, el intercambio de datos en bruto puede ser menos confidencial desde el punto de vista comercial que un intercambio de datos que ya se hayan transformado en información significativa. Del mismo modo, los datos en bruto pueden ser menos confidenciales desde el punto de vista comercial que los datos agregados, aunque pueden permitir a las empresas obtener más eficiencias mediante su intercambio. Al mismo tiempo, el intercambio de información verdaderamente agregada en el que el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa es suficientemente difícil o incierto, tiene muchas menos probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia que los intercambios de información individual de cada empresa.
429. La recogida y publicación de información de mercado agregada (por ejemplo, datos de ventas, de capacidades, de costes de entradas y componentes) por parte de una asociación comercial o por una empresa de información sobre el mercado pueden beneficiar tanto a los competidores como a los consumidores al ahorrar costes y darles una idea general más fehaciente de la situación económica del sector. Esa recogida y publicación de información puede permitir a los competidores

²²⁴ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2013, Dole Food Company y Dole Germany/Comisión, T-588/08, EU:T:2013:130, apartados 291-295.

individuales una mejor toma de decisiones para adaptar más eficientemente su estrategia competitiva individual a las condiciones del mercado. En términos más generales, es poco probable que el intercambio de información agregada dé lugar a una restricción de la competencia, a menos que se produzca entre un número relativamente pequeño de empresas con una cuota de mercado suficientemente grande. Por el contrario, el intercambio de información individualizada puede facilitar un entendimiento común del mercado y las estrategias sancionadoras que permitan a las empresas integrantes de la coordinación señalar más eficazmente a las empresas que se desvían o se incorporan al mercado. Sin embargo, no cabe excluir que incluso el intercambio de información y datos agregados puede facilitar un resultado colusorio en mercados con características específicas. Concretamente, los miembros de un oligopolio muy restringido y estable que intercambien información agregada y que detecten precios inferiores a un determinado nivel podrían asumir automáticamente que alguien se ha desviado del resultado colusorio y adoptar represalias en todo el mercado. Dicho de otro modo, para mantener la estabilidad de una colusión no siempre es necesario que las empresas de un oligopolio muy restringido y estable sepan quién se ha desviado, ya que puede bastar con saber que «alguien» lo ha hecho.

6.2.3.4. La era de la información

430. En muchos sectores, la información se convierte en histórica con relativa rapidez y, por lo tanto, pierde su carácter comercial confidencial. No es probable que el intercambio de información histórica dé lugar a un resultado colusorio pues no es probable que dicha información sea indicativa del comportamiento previsto de los competidores o faciliten un entendimiento común del mercado²²⁵. En principio, cuanto más antigua sea la información, menos útil suele ser para la detección oportuna de desviaciones y, por tanto, de una amenaza creíble de represalias rápidas²²⁶. Sin embargo, esto requiere una evaluación caso por caso de la pertinencia de la información²²⁷.
431. El carácter histórico de la información depende de las características específicas del mercado de referencia, de la frecuencia de las negociaciones de compra y venta en el sector, y de la antigüedad de la información utilizada habitualmente en el sector a efectos de las decisiones empresariales. Por ejemplo, la información puede considerarse histórica si su antigüedad es varias veces superior a la duración media de los ciclos de fijación de precios o los contratos en el sector cuando estos sean indicativos de renegociaciones de precios. Por otra parte, el intercambio de información actual puede tener efectos restrictivos de la competencia, especialmente

²²⁵ La recopilación de datos históricos puede utilizarse también para transmitir la contribución de una asociación del sector a una remodelación de la política pública, o su análisis de esta.

²²⁶ Por ejemplo, en casos anteriores, la Comisión ha considerado que el intercambio de datos individuales de antigüedad superior a un año era histórico y no restringía la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, mientras que la información de menor antigüedad se ha considerado reciente; Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, considerando 50; Decisión de la Comisión en el asunto IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl, DO L 1 de 3.1.1998, p. 10, considerando 17.

²²⁷ En su sentencia de 12 de julio de 2019, Sony y Sony Electronics/Comisión, T-762/15, EU:T:2019:515, apartado 127, el Tribunal General consideró que, dadas las circunstancias, el conocimiento de los resultados de las subastas anteriores era una información muy pertinente para los competidores, tanto a efectos de control como con vistas a futuros contratos.

si sirve para aumentar artificialmente la transparencia entre las empresas y no hacia los consumidores.

Por ejemplo, si las empresas suelen basarse en datos sobre las preferencias de los consumidores (compras u otras opciones) durante el último año para optimizar las decisiones empresariales estratégicas de sus marcas, la información relativa a este período será generalmente más confidencial desde el punto de vista comercial que los datos más antiguos. La información del último año no se considera «histórica».

6.2.4. Características del intercambio

6.2.4.1. Divulgación unilateral

432. Una situación en la que solo una empresa revela información comercial confidencial a sus competidores, que la aceptan, puede constituir una práctica concertada²²⁸. Esta divulgación podría producirse, por ejemplo, a través de publicaciones en sitios web, mensajes (de chat), correos electrónicos, llamadas telefónicas, aportaciones en una herramienta algorítmica compartida, reuniones, etc. Es irrelevante si solo una empresa informa unilateralmente a sus competidores de su comportamiento previsto en el mercado, o si todas las empresas participantes se informan mutuamente de las deliberaciones e intenciones respectivas. Cuando una sola empresa revela a sus competidores información comercial confidencial sobre su futura política comercial, se debilita para todos sus competidores la incertidumbre estratégica sobre el funcionamiento futuro del mercado y nace el riesgo de que se restrinja la competencia y se adopte una práctica colusoria entre ellos²²⁹.

Por ejemplo, es probable que la participación en una reunión²³⁰ en la que una empresa revele sus planes de fijación de precios a sus competidores entre en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, incluso en ausencia de un acuerdo explícito para subir los precios²³¹. En la misma línea, también es probable que la introducción de una norma de fijación de precios en una herramienta algorítmica compartida (por ejemplo, el precio más bajo en las plataformas en línea o tiendas pertinentes + 5 %, o el precio de un competidor – 5 %) entre en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, incluso en ausencia de un acuerdo explícito para armonizar la futura fijación de precios.

En cambio, el envío de un mensaje de correo electrónico a buzones personales no indica, por sí solo, que los destinatarios debieran tener necesariamente conocimiento de dicho mensaje²³². A la luz de otros indicios objetivos y

²²⁸ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR/Comisión, T-25/95, Rec. p. II-00491, EU:T:2000:77, apartado 1849.

²²⁹ Véanse las Conclusiones de la Abogado General de 19 de febrero de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:110, apartado 54.

²³⁰ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 59.

²³¹ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2001, Tate & Lyle y otros/Comisión, asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98, Rec. p. II-02035, EU:T:2001:185, apartado 54.

²³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU:C:2016:42, apartados 39-40.

*concordantes, puede justificar la presunción de que los destinatarios tenían conocimiento del contenido, pero estos deben tener la posibilidad de destruirla*²³³.

433. Cuando una empresa reciba información comercial confidencial de un competidor (ya sea en una reunión, por teléfono, electrónicamente o como aportación en una herramienta algorítmica), se presumirá que ha tomado en consideración dicha información y ha adaptado en consecuencia su conducta de mercado a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tal información²³⁴ o lo comunique a las autoridades administrativas.
434. Un anuncio de una empresa hecho de forma unilateral y verdaderamente pública, por ejemplo, a través de una publicación en un sitio web de acceso público, de una declaración en público o de un periódico, no suele constituir una práctica concertada a tenor del artículo 101, apartado 1²³⁵. Sin embargo, en función de los hechos que originaron el presente caso, no puede excluirse la posibilidad de constatar una práctica concertada. Como se explica en el apartado 426, proporcionar información y datos verdaderamente públicos puede ayudar a los consumidores a elegir con conocimiento de causa. Sin embargo, estas eficiencias son menos probables si la información se refiere a intenciones futuras que pueden no materializarse y que no obligan a la empresa ante sus clientes²³⁶.

Un anuncio público unilateral que mencione las intenciones futuras en materia de precios, por ejemplo, no vinculará a la empresa que hace el anuncio a sus clientes, pero puede transmitir a sus competidores señales importantes sobre la estrategia prevista de una empresa en el mercado. Este será el caso, en particular, si la información es suficientemente precisa. Por lo tanto, estos anuncios no suelen aportar eficiencias que beneficien a los consumidores, pero pueden facilitar la colusión.

Los anuncios públicos unilaterales también pueden ser indicativos de un acuerdo o práctica concertada contrarios a la competencia subyacentes. En un mercado en el que solo hay unos pocos competidores y existen grandes obstáculos a la entrada, las empresas que divulgan continuamente información sin un beneficio aparente para los consumidores (por ejemplo, información sobre los costes de I+D, los costes de adaptación a los requisitos medioambientales, etc.) pueden, a falta de otra explicación plausible, incurrir en una infracción del artículo 101, apartado 1. Los anuncios públicos unilaterales pueden utilizarse para aplicar o supervisar sus acuerdos colusorios. El hecho de que se constate efectivamente tal infracción dependerá de todo el conjunto de pruebas disponibles.

²³³ En la sentencia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU:C:2016:42, apartado 41, el Tribunal de Justicia mencionó ejemplos de cómo destruir esta presunción: demostrando que los destinatarios no recibieron el mensaje o que no consultaron el apartado correspondiente o que solo lo consultaron después de transcurrido un cierto tiempo a partir del envío.

²³⁴ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU:C:2016:42, apartado 48, la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, EU:C:1999:358, apartado 162 y la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartado 121.

²³⁵ Véase la sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2020, Casino, Guichard-Perrachon y AMC/Comisión, T-249/17, no publicada aún, EU:T:2020:458, apartados 263-267.

²³⁶ Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 7 de julio de 2016, asunto AT.39850, Transporte marítimo de contenedores, considerandos 40-43.

6.2.4.2. Intercambio indirecto de información e intercambios en relaciones mixtas verticales y horizontales

435. Los intercambios de información comercial confidencial entre competidores pueden tener lugar a través de un tercero (por ejemplo, un proveedor de servicios tercero, en particular una plataforma o un proveedor de herramientas de optimización tercero), una agencia común (por ejemplo, una organización comercial), uno de sus proveedores o clientes²³⁷ o un algoritmo compartido (en lo sucesivo, conjuntamente, el «tercero»). El principal problema de competencia es que el intercambio puede reducir la incertidumbre sobre las acciones de los competidores y, por tanto, conducir a un resultado colusorio en el mercado. En tales casos, la colusión se facilita o se aplica a través del tercero. En función de los hechos del caso, tanto los competidores como el tercero pueden ser considerados responsables de dicha colusión. No hay nada en la redacción del artículo 101, apartado 1, que indique que la prohibición que establece dicha disposición se refiera únicamente a las partes en tales acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por estos²³⁸.
436. En caso de intercambio indirecto de información comercial confidencial, se requiere un análisis caso por caso del papel de cada participante para determinar si el intercambio se refiere a un acuerdo o práctica concertada contrarios a la competencia y quién es responsable de la colusión. Esta evaluación deberá tener en cuenta, en particular, el grado de conocimiento de los proveedores o destinatarios de la información en relación con los intercambios entre otros destinatarios o proveedores de información y el tercero.

Pueden distinguirse varias circunstancias:

Algunos intercambios indirectos de información se denominan «acuerdos radiales». En tales casos, un proveedor o fabricante común actúa como centro neurálgico para transmitir información a diferentes minoristas, pero también puede ser que un minorista facilite la coordinación entre varios proveedores o fabricantes. Una plataforma en línea también puede actuar como centro neurálgico en caso de que facilite, coordine o aplique prácticas contrarias a la competencia entre los usuarios de los servicios de su plataforma.

Las plataformas en línea pueden, por ejemplo, permitir intercambios de información entre usuarios de plataformas para garantizar determinados márgenes o niveles de precios. Las plataformas también pueden utilizarse para imponer restricciones operativas al sistema que impidan a los usuarios ofrecer precios más bajos u otras ventajas a los clientes finales. Otros intercambios indirectos de información pueden implicar la dependencia entre competidores (potenciales) de un algoritmo de optimización compartido que tomaría decisiones empresariales basadas en flujos de datos comerciales confidenciales de diversos competidores, o la aplicación en las herramientas automatizadas pertinentes de características o mecanismos de optimización armonizados o coordinados. Si bien el uso de datos públicamente disponibles para alimentar software algorítmico es legal, la agregación de

²³⁷ Aunque las directrices sobre la evaluación de los acuerdos de distribución vertical están disponibles en el RECAV y en las Directrices sobre el RECAV, en determinadas circunstancias los acuerdos de distribución vertical pueden utilizarse para la colusión horizontal.

²³⁸ Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017, Icap y otros/Comisión, T-180/15, EU:T:2017:795, apartado 103; sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartados 27 y 34-35.

información delicada en una herramienta de precios ofrecida por una única empresa informática a la que tienen acceso varios competidores podría constituir una colusión horizontal.

Una agencia común, como una asociación comercial, también puede facilitar los intercambios entre sus miembros.

437. Una empresa que reciba o transmita indirectamente información comercial confidencial podrá ser considerada responsable de una infracción del artículo 101, apartado 1. Este puede ser el caso con la condición de que la empresa que recibió o transmitió la información tuviera conocimiento de los objetivos contrarios a la competencia perseguidos por sus competidores y el tercero y pretendiera contribuir a ellos mediante su propio comportamiento. Esto se aplicaría si la empresa hubiera acordado expresa o tácitamente con el tercero compartir dicha información con sus competidores o si tuviera la intención, a través del tercero, de divulgar información comercial sensible a sus competidores. Además, la condición se cumpliría si la empresa que recibe o transmite la información pudiera haber previsto de forma razonable que el tercero compartiría su información comercial con sus competidores y si estuviera dispuesta a aceptar el riesgo que ello entrañaba. Por otra parte, la condición no se cumple cuando el tercero ha utilizado la información comercial sensible de una empresa y, sin informar a dicha empresa, la ha transmitido a sus competidores²³⁹.
438. Del mismo modo, un tercero que transmita información comercial confidencial también puede ser considerado responsable de dicha infracción si intentó contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes en el acuerdo y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesto a asumir el riesgo²⁴⁰.

6.2.4.3. Frecuencia del intercambio de información

439. Los intercambios frecuentes de información que facilitan tanto un mejor entendimiento común del mercado como el control de las desviaciones aumentan los riesgos de resultado colusorio. En los mercados inestables, pueden ser necesarios intercambios de información más frecuentes para facilitar un resultado colusorio que en mercados estables. En los mercados con contratos a largo plazo (que son indicativos de una escasa frecuencia de las negociaciones de compra y venta), un intercambio de información menos frecuente normalmente bastaría para alcanzar un resultado colusorio. Por el contrario, los intercambios poco frecuentes pueden no ser suficientes para lograr un resultado colusorio en mercados con contratos a corto plazo indicativos de renegociaciones frecuentes²⁴¹. En general, la frecuencia con que resulta necesario el intercambio de información para obtener un resultado colusorio también depende de la naturaleza, la antigüedad y la agregación de dicha

²³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2016, VM Remonts y otros, C-542/14, EU:C:2016:578, apartado 30; sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartado 30.

²⁴⁰ Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017, Icap y otros/Comisión, T-180/15, EU:T:2017:795, apartado 100.

²⁴¹ Por ejemplo, unos contratos poco frecuentes podrían reducir la posibilidad de represalias.

información²⁴². Como consecuencia de la creciente importancia de los datos en tiempo real para la capacidad de las empresas de competir de forma viable, la mayor ventaja competitiva se obtiene mediante el intercambio automatizado de información en tiempo real.

6.2.4.4. Medidas adoptadas para limitar o controlar el uso de los datos

440. Las empresas que deseen (o necesiten) intercambiar información pueden adoptar medidas para restringir el acceso a la información o controlar cómo se utiliza la información²⁴³. Tales medidas pueden impedir que la información comercial confidencial pueda influir en el comportamiento de un competidor.

Las empresas pueden, por ejemplo, utilizar clean teams para recibir y procesar información. El término clean team se refiere en general a un grupo limitado de personas de una empresa que no intervienen en su actividad comercial cotidiana y que están sujetas a rigurosos protocolos de confidencialidad en relación con la información comercial confidencial. Un clean team puede utilizarse, por ejemplo, en la aplicación de otro acuerdo de cooperación horizontal para garantizar que la información facilitada a efectos de dicha cooperación se facilite sobre la base de la necesidad de conocer y de forma agregada.

En principio, los participantes en un repositorio de datos solo deben tener acceso a su propia información y a la información final agregada de otros participantes. Las medidas técnicas y prácticas pueden garantizar que un participante no pueda obtener información comercial confidencial de otros participantes. La gestión de un repositorio de datos puede darse, por ejemplo, a un tercero independiente sujeto a estrictas normas de confidencialidad por lo que se refiere a la información recibida de los participantes en el repositorio de datos. Los responsables de la gestión de un repositorio de datos también deben garantizar que solo se recoja la información necesaria para el cumplimiento de la finalidad legítima del repositorio de datos.

6.2.4.5. Acceso a la información y a los datos recogidos

441. En situaciones en las que la información intercambiada es estratégica para la competencia y cubre una parte significativa del mercado de referencia (pero no plantea un riesgo de resultado colusorio), las condiciones de acceso a esta información constituyen un elemento importante para evaluar los posibles efectos de exclusión. El intercambio de dicha información estratégica solo podrá permitirse si esta es accesible a todas las empresas activas en el mercado de referencia de un modo que no resulte discriminatorio. En efecto, en caso de no garantizarse tal accesibilidad, algunos competidores se verían desfavorecidos, puesto que dispondrían de menos información, lo que tampoco facilitaría la entrada de nuevos operadores en el mercado²⁴⁴.
442. Este puede ser el caso, por ejemplo, de las iniciativas de intercambio de datos en las que los datos compartidos en un repositorio de datos representan una gran parte del

²⁴² En función de la estructura del mercado y del contexto general del intercambio, no puede excluirse la posibilidad de que un intercambio aislado pueda constituir una base suficiente para que las empresas concierten su comportamiento en el mercado; véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 59.

²⁴³ Estas obligaciones pueden derivarse ya del Reglamento general de protección de datos, DO L 119 de 4.5.2016, p. 1, en caso de que el intercambio implique datos personales.

²⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 60.

mercado. Cuando los datos compartidos representan un activo valioso para competir en el mercado, los competidores a los que se deniega el acceso (o solo se les concede acceso en condiciones menos favorables) podrían quedar excluidos del mercado. La evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1, dependerá de elementos tales como la naturaleza de los datos compartidos, las condiciones del acuerdo de intercambio de datos y los requisitos de acceso, así como de la posición de mercado de las partes pertinentes. Suponiendo que el repositorio de datos no sea susceptible de un resultado colusorio, alguna forma de incorporación o acceso abiertos a este limitaría el riesgo de exclusión contraria a la competencia. La evaluación debe considerar que los efectos de exclusión derivados de la denegación de acceso a un repositorio de datos pueden ser significativos, en particular cuando existe un alto grado de concentración del mercado y de los datos, y si los datos del repositorio ofrecen una ventaja competitiva importante al servir no solo al mercado de referencia, sino también a los mercados vecinos.

6.2.5. *Características del mercado*

443. La probabilidad de que un intercambio de información dé lugar a una colusión o a una exclusión depende de las características del mercado, que a su vez pueden verse afectadas por los intercambios. Las características pertinentes del mercado a este respecto abarcan, entre otras, el nivel de transparencia en un mercado, el número de empresas presentes, la existencia de obstáculos a la entrada, la naturaleza homogénea del producto o servicio afectado por el intercambio, la naturaleza homogénea de las empresas implicadas²⁴⁵ y la estabilidad de las condiciones de la oferta y la demanda en el mercado²⁴⁶.
444. Es más fácil llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de coordinación y controlar las desviaciones en un mercado en el que solo están presentes unas pocas empresas. Cuando un mercado se encuentra fuertemente concentrado, el intercambio de determinada información puede permitir, en función sobre todo del tipo de información intercambiada, que las empresas conozcan la posición y la estrategia comercial de sus competidores en el mercado, falseando así la rivalidad dentro de ese mercado e incrementando la probabilidad de una colusión, o incluso facilitándola. En cambio, cuando un mercado se encuentra atomizado, la difusión y el intercambio de información entre competidores pueden ser neutros, o incluso positivos, para el carácter competitivo del mercado²⁴⁷.
445. Un mercado muy transparente puede facilitar la colusión permitiendo a las empresas llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación o aumentando la estabilidad interna y externa de la colusión²⁴⁸.
446. Los resultados colusorios también son más probables cuando las condiciones de la oferta y la demanda en el mercado son relativamente estables²⁴⁹. La volatilidad de la

²⁴⁵ Cuando las empresas son homogéneas en términos de costes, demanda, cuotas de mercado, gama de productos, capacidades, etc., es más probable que lleguen a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación ya que sus incentivos coinciden más.

²⁴⁶ Téngase en cuenta que esta no constituye una lista completa de las características pertinentes. Pueden existir otras características en el mercado que sean importantes para establecer determinados intercambios de información.

²⁴⁷ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 58 y la jurisprudencia citada.

²⁴⁸ Véase también el apartado 456.

demanda, el crecimiento interno sustancial de algunas empresas en el mercado o la entrada frecuente de nuevas empresas pueden indicar que la situación actual no es lo suficientemente estable como para que la coordinación sea probable²⁵⁰, o pueden requerir intercambios más frecuentes para afectar a la competencia.

447. Además, en los mercados en los que la innovación es importante, la coordinación puede resultar más difícil puesto que las innovaciones particularmente importantes pueden permitir que una empresa consiga una ventaja importante sobre sus rivales. Para que un resultado colusorio sea sostenible, las reacciones de terceros, tales como los competidores actuales y potenciales que no participan en la coordinación, así como de los clientes, no deben poder comprometer los frutos esperados del resultado colusorio. En este contexto, la existencia de obstáculos a la entrada hace más probable que un resultado colusorio en el mercado sea viable y sostenible.

6.2.6. Restricción de la competencia por el objeto

448. Un intercambio de información se considerará una restricción por el objeto cuando la información sea información comercial confidencial y el intercambio sea capaz de eliminar la incertidumbre entre los participantes en cuanto al calendario, el alcance y los detalles de las modificaciones que deban adoptar las empresas afectadas en su comportamiento en el mercado²⁵¹. Al evaluar si un intercambio constituye una restricción de la competencia por el objeto, la Comisión prestará especial atención al contenido, a sus objetivos y al contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión²⁵². Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes²⁵³.
449. De los ejemplos que figuran en el apartado 424 se desprende claramente que no existe una relación directa entre la información intercambiada y los precios al consumo para que el intercambio constituya una restricción por el objeto. Para determinar la existencia de una infracción por el objeto, el criterio decisivo es la naturaleza de los contactos y no su frecuencia²⁵⁴.

Por ejemplo: a un grupo de competidores le preocupa que sus productos puedan estar sujetos a requisitos medioambientales cada vez más estrictos. En el contexto de

²⁴⁹ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 1994, Deere/Comisión, T-35/92, EU:T:1994:259, apartado 78.

²⁵⁰ Véanse la Decisión de la Comisión en los asuntos IV/31.370 y 31.446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, DO L 68 de 13.3.1992, p. 19, considerando 51 y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 1994, Deere/Comisión, T-35/92, EU:T:1994:259, apartado 78.

²⁵¹ Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14 RENV, no publicada aún, EU:C:2020:307, apartado 100. Véanse también: sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 122; y sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 41.

²⁵² Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610, apartado 58; la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development y Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, apartados 15 y siguientes.

²⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2018, Philips y Philips France/Comisión, C-98/17 P, EU:C:2018:774, apartado 35.

²⁵⁴ Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2019, Campine y Campine Recycling/Comisión, T-240/17, EU:T:2019:778, apartado 308.

los esfuerzos comunes de presión, se reúnen periódicamente e intercambian puntos de vista. Con el fin de alcanzar una posición común sobre futuras propuestas legislativas, intercambian determinada información sobre las características medioambientales de sus productos existentes. Mientras esta información sea histórica y no permita a las empresas tener conocimiento de las estrategias de mercado previstas de sus competidores, el intercambio no constituye una restricción en el sentido del artículo 101, apartado 1.

Sin embargo, una vez que las empresas empiezan a intercambiar información sobre el desarrollo de futuros productos, existe el riesgo de que dichos intercambios puedan influir en el comportamiento de los competidores en el mercado. Este intercambio puede llevar a los competidores a llegar a un entendimiento común de no comercializar productos más respetuosos con el medio ambiente de lo que exige la ley. Esta coordinación afecta al comportamiento de las partes en el mercado y restringe las opciones de los consumidores y la competencia en relación con las características del producto. Por lo tanto, se considerará una restricción de la competencia por el objeto.

450. Un intercambio de información puede considerarse un cartel si tiene por objeto coordinar el comportamiento competitivo o influir en los parámetros pertinentes de la competencia en el mercado entre dos o más competidores. Un intercambio de información constituye un cartel si es un acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros pertinentes de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en un procedimiento de licitación, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia. Los intercambios de información que constituyen cárteles no sólo infringen el artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo. Un intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cártel cuando permita a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cártel.

6.2.7. Efectos restrictivos de la competencia

451. Un intercambio de información que no constituya una restricción por el objeto puede seguir teniendo *efectos* restrictivos de la competencia.
452. Como se indica en el apartado 37, los efectos probables sobre la competencia de un intercambio de información deben analizarse individualmente ya que el resultado de la evaluación depende de una combinación de distintos factores específicos de cada caso. En esta evaluación, la Comisión comparará los efectos reales o potenciales del intercambio de información sobre las condiciones actuales del mercado con la situación que existiría en ausencia de ese intercambio de información específico²⁵⁵. Para que un intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe ser probable que produzca un impacto

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartado 76.

negativo apreciable en uno (o varios) de los parámetros de la competencia tales como el precio, la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación.

453. Para evaluar los posibles efectos restrictivos, son pertinentes la naturaleza de la información intercambiada (véase la sección 6.2.3), las características del intercambio (véase la sección 6.2.4) y las características del mercado (véase la sección 6.2.5)²⁵⁶.
454. Para que un intercambio de información tenga probablemente efectos restrictivos de la competencia, las empresas implicadas en el intercambio tienen que cubrir una parte suficientemente amplia del mercado de referencia. De lo contrario, los competidores que no participan en el intercambio podrían limitar cualquier comportamiento contrario a la competencia de las empresas implicadas.
455. No se puede definir de forma abstracta qué constituye «una parte suficientemente amplia del mercado» y esto dependerá de los hechos concretos de cada caso y del tipo de intercambio de información en cuestión. Cuando se produzca un intercambio de información en el contexto de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal, cualquier intercambio de este tipo que no vaya más allá de lo necesario para su aplicación no dará lugar normalmente a efectos restrictivos de la competencia cuando la cobertura de mercado sea inferior a los umbrales de cuota de mercado establecidos en el capítulo pertinente de las presentes Directrices, el Reglamento de exención por categorías pertinente²⁵⁷ o la Comunicación *de minimis* relativa al tipo de acuerdo en cuestión²⁵⁸.
456. Es menos probable que tenga efectos restrictivos sobre la competencia un intercambio de información que contribuye poco a la transparencia en un mercado que un intercambio de información que aumente perceptiblemente la transparencia. Por lo tanto, lo que determinará la probabilidad de que el intercambio tenga efectos restrictivos sobre la competencia es la combinación del nivel preexistente de transparencia y del modo en que el intercambio de información modifica este nivel. Es más probable que los intercambios de información causen efectos restrictivos de la competencia cuando se trate de oligopolios restringidos que si se trata de oligopolios menos restringidos y no es probable que dichos intercambios causen estos efectos restrictivos de la competencia en los mercados muy fragmentados.

6.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

6.3.1. Mejoras de eficiencia²⁵⁹

457. El intercambio de información puede dar lugar a mejoras de eficiencia, en función de las características del mercado. Por ejemplo, las empresas pueden ser más eficientes si comparan sus resultados con las mejores prácticas del sector. El intercambio de información también puede contribuir a un mercado resiliente al permitir a las

²⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 54.

²⁵⁷ Los intercambios de información en el contexto de un acuerdo de I+D, siempre que no excedan de lo necesario para la aplicación del acuerdo, pueden acogerse a la salvaguardia regulatoria del 25 % establecida en el REC I+D. En el REC de especialización, la salvaguardia regulatoria aplicable es del 20 %.

²⁵⁸ Véase la sección 1.2.8.

²⁵⁹ La siguiente exposición de las mejoras potenciales de la eficiencia resultantes del intercambio de información no es excluyente ni exhaustiva.

empresas responder con mayor rapidez a los cambios en la demanda y la oferta y permitirles mitigar los riesgos internos y externos de las perturbaciones o las vulnerabilidades de la cadena de suministro. Puede beneficiar tanto a los consumidores como a las empresas al ofrecer información sobre las cualidades relativas de los productos, por ejemplo, mediante la publicación de listas de mejores ventas o datos de comparación de precios. De este modo, el intercambio de información verdaderamente pública puede beneficiar a los consumidores ayudándoles a una mejor toma de decisiones (y reduciendo sus costes de búsqueda). Del mismo modo, el intercambio de información pública sobre precios actuales de los insumos puede reducir los costes de búsqueda para las empresas, lo que por lo general beneficiará a los consumidores mediante unos precios finales menores.

458. También el intercambio de datos sobre clientes entre empresas que operan en mercados con información asimétrica puede dar lugar a eficiencias. Por ejemplo, el seguimiento de la conducta anterior de los clientes en términos de accidentes o de impago de deudas supone un incentivo para que los clientes limiten su exposición al riesgo. También permite detectar a los consumidores que suponen un menor riesgo y deben beneficiarse de precios más bajos. En este contexto, el intercambio de información también puede reducir la cautividad de clientes, induciendo así una mayor competencia. Esto se debe a que, por lo general, la información es específica de una relación y los clientes perderían el beneficio de esta información si cambiaran a otra empresa. Se encuentran ejemplos de este tipo de eficiencias en los sectores bancario y de seguros, que se caracterizan por intercambios frecuentes de información sobre impagos de clientes y características del riesgo.

6.3.2. *Carácter indispensable*

459. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un intercambio de información no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. Para cumplir el requisito del carácter indispensable, las partes deberán demostrar que la naturaleza de la información y el contexto en el que tiene lugar el intercambio no implican ningún riesgo para una competencia ilimitada que sea prescindible para generar las mejoras de eficiencia alegadas. Por otra parte, el intercambio no debería incluir información que trascienda las variables pertinentes para alcanzar las mejoras de eficiencia.

Por ejemplo, a efectos de comparación de prácticas, un intercambio de datos individualizados no sería por lo general imprescindible porque la información agregada (por ejemplo, a través de cierto tipo de clasificación sectorial) también podría generar las mejoras de eficiencia alegadas al tiempo que entrañaría un riesgo menor de llevar a un resultado colusorio.

6.3.3. *Beneficio para los consumidores*

460. Las mejoras de eficiencia obtenidas por las restricciones indispensables deben transmitirse a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por un intercambio de información. Cuanto menor sea el poder de mercado de las partes implicadas en el intercambio de información, más probable es que las mejoras de eficiencia se transmitan a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

6.3.4. No eliminación de la competencia

461. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no pueden cumplirse si las empresas implicadas en el intercambio de información tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

6.4. Ejemplos

Ejemplo 1

Situación: Los hoteles de lujo de la capital del país A operan en un oligopolio restringido, no complejo y estable, con unas estructuras de costes considerablemente homogéneas, y constituyen un mercado de referencia separado del de los otros hoteles. Intercambian directamente información individual sobre tasas de ocupación e ingresos reales. En este caso, la información intercambiada permite a las partes deducir directamente cuáles son sus precios corrientes reales.

Análisis: A menos que sea una forma enmascarada de intercambiar información sobre intenciones futuras, este intercambio de información no constituiría una restricción de la competencia por el objeto porque los hoteles intercambian datos actuales y no información sobre cantidades o precios futuros previstos. Sin embargo, el intercambio de información daría lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, porque sería probable que el hecho de conocer los verdaderos precios corrientes de los competidores facilitara la coordinación de su comportamiento competitivo. Muy probablemente, se utilizaría para controlar las desviaciones del resultado colusorio. El intercambio de información incrementa la transparencia en el mercado ya que, si bien los hoteles suelen publicar sus listas de precios, también ofrecen diversos descuentos sobre estas como fruto de negociaciones o de reservas con antelación o para grupos, etc. Por lo tanto, la información adicional que no se intercambia públicamente entre los hoteles es información comercial confidencial. Es probable que este intercambio facilite un resultado colusorio en el mercado porque las partes implicadas constituyen un oligopolio restringido, no complejo y estable, que participa en una relación competitiva a largo plazo (interacciones repetidas). Por otra parte, las estructuras de costes de los hoteles son en gran medida homogéneas. Finalmente, ni los consumidores ni la entrada en el mercado pueden forzar el comportamiento contrario a la competencia de los operadores en liza pues los consumidores tienen poco poder de negociación y los obstáculos a la entrada son importantes. No es probable que en este caso las partes puedan demostrar mejora alguna de la eficiencia resultante del intercambio de información que beneficie a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Por lo tanto no es probable que puedan cumplirse las condiciones del artículo 101, apartado 3.

Ejemplo 2

Situación: Tres grandes empresas con una cuota de mercado combinada del 80 % en un mercado estable, no complejo, concentrado y con importantes obstáculos a la entrada intercambian directamente entre sí y de forma frecuente información no pública sobre una proporción sustancial de sus costes individuales. Las empresas afirman que este intercambio tiene el objeto de comparar sus resultados con los de sus competidores, con lo que pretenden llegar a ser más eficientes.

Análisis: Este intercambio de información no constituye en principio una restricción de la competencia por el objeto. Por lo tanto, hay que evaluar sus efectos en el mercado. A causa de la estructura del mercado, del hecho de que la información intercambiada tiene relación en gran medida con los costes variables de las empresas, de la presentación individualizada de los datos y de su amplia cobertura del mercado de referencia, es probable que el intercambio de información facilite un resultado colusorio, produciendo efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. No es probable que se cumplan los criterios del artículo 101, apartado 3, porque hay medios menos restrictivos de lograr las mejoras de eficiencia alegadas, por ejemplo, mediante un tercero que recopile los datos, los haga anónimos y los agregue en alguna forma de clasificación sectorial. Finalmente, en este caso, dado que las partes forman un oligopolio muy restringido, no complejo y estable, incluso el intercambio de datos agregados puede facilitar un resultado colusorio en el mercado. No obstante, esto sería muy improbable si este intercambio de información tuviese lugar en un mercado no transparente, fragmentado, inestable y complejo.

Ejemplo 3

Situación: El mercado de referencia cuenta con cinco productores de zumo fresco de zanahoria embotellado. La demanda de este producto es muy inestable y varía según las localidades en distintos momentos. El zumo tiene que venderse y consumirse en el plazo de un día a partir de la fecha de producción. Los productores acuerdan crear una empresa independiente de estudio del mercado que recoja diariamente información actualizada sobre el zumo no vendido en cada punto de venta, para publicarla la siguiente semana en su sitio web en una forma agregada por punto de venta. Las estadísticas publicadas permiten a los productores y minoristas realizar previsiones de la demanda y colocar mejor el producto. Antes de implantar el intercambio de informaciones, los minoristas perdían grandes cantidades de zumo, por lo que redujeron la cantidad de zumo comprada a los productores; es decir, el mercado no funcionaba eficientemente. Por lo tanto, en algunos periodos y zonas era frecuente que la demanda quedara insatisfecha. El sistema de intercambio de información, que permitía pronosticar mejor el exceso o escasez de la oferta, redujo perceptiblemente los casos de insatisfacción de la demanda de los clientes y aumentó la cantidad vendida en el mercado.

Análisis: Aunque el mercado está bastante concentrado y los datos intercambiados son recientes y estratégicos, no es muy probable que este intercambio facilite un resultado colusorio ya que la demanda del mercado es inestable. Si bien el intercambio crea cierto riesgo de producir efectos restrictivos de la competencia, al ajustar mejor la oferta y la demanda y, por tanto, reducir los residuos, es probable que dé lugar a eficiencias. La información se intercambia de forma pública y agregada, lo que entraña unos riesgos contrarios a la competencia menores que si se comunicara de forma no pública e individualizada. Por consiguiente, el intercambio de información no va más allá de lo que es necesario para corregir la deficiencia del mercado. Así pues, es probable que este intercambio de información cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3.

Ejemplo 4

Situación: Hay varios productores de productos esenciales presentes en un mercado que suele verse afectado por la escasez de suministro. Con el fin de mejorar la oferta y aumentar la producción de la manera más eficaz y oportuna, la asociación industrial propone recopilar datos y modelizar la demanda y la oferta de los

productos esenciales afectados. Además, recopilarían datos para determinar la capacidad de producción, las existencias actuales y el potencial para optimizar la cadena de suministro. Una empresa de consultoría, que estaría sujeta a los acuerdos de no divulgación celebrados con cada productor, ayudaría a la asociación a recoger y agregar los datos en un modelo. Los datos agregados se devolverían a los productores con el fin de reequilibrar y adaptar su utilización, la producción y el suministro de capacidad individual.

Análisis: Los datos recogidos son datos comerciales confidenciales y, si se intercambian entre los productores, podrían eliminar la incertidumbre entre los participantes en cuanto al calendario, el alcance y los detalles de las modificaciones que deban adoptar las empresas afectadas en su comportamiento en el mercado. Además, los productores que no son miembros de la asociación industrial pueden encontrarse en una situación de desventaja competitiva significativa con respecto a las empresas que sí participan en el sistema de intercambio.

Con el fin de evitar el riesgo de colusión, podrían adoptarse varias medidas. En caso de que un intercambio de información comercial confidencial entre los productores fuera absolutamente necesario, más allá de la información que se recopilaría y compartiría de forma agregada por parte de la asociación industrial y la empresa de consultoría (por ejemplo, para determinar conjuntamente dónde resulta más conveniente cambiar la producción o aumentar la capacidad), dichos intercambios tendrían que limitarse estrictamente a lo indispensable para lograr eficazmente los objetivos. Cualquier información e intercambio en relación con el proyecto tendrían que estar bien documentados para garantizar la transparencia de las interacciones. Los participantes tendrían que comprometerse a evitar cualquier debate sobre los precios o cualquier coordinación sobre otras cuestiones que no fueran estrictamente necesarias para alcanzar los objetivos. El proyecto también debería estar limitado en el tiempo para que los intercambios cesaran inmediatamente una vez que el riesgo de escasez dejara de ser una amenaza lo suficientemente urgente como para justificar la cooperación. La empresa de consultoría sería la única que recibiría los datos comerciales confidenciales y estaría encargada de agregarlos. Los problemas de exclusión podrían paliarse si el proyecto estuviera abierto a todos los productores que fabriquen el producto en cuestión, independientemente de si son miembros de la asociación industrial pertinente.

7. ACUERDOS DE ESTANDARIZACIÓN

7.1. Introducción

462. El objetivo primordial de los acuerdos de estandarización es definir los requisitos técnicos o cualitativos que deben satisfacer los productos, los procesos de fabricación, los procesos de diligencia debida de la cadena de valor, los servicios o los métodos actuales y futuros²⁶⁰. Los acuerdos de estandarización pueden abarcar distintos ámbitos, como la estandarización de diferentes calidades o tamaños de un producto determinado o las especificaciones técnicas en mercados de productos o servicios en los que resulta esencial la compatibilidad y la interoperabilidad con otros

²⁶⁰ La estandarización puede darse de distintas formas que van desde la adopción de estándares consensuados por los organismos de normalización internacionales, europeos o nacionales reconocidos, hasta los acuerdos entre empresas independientes, pasando por las especificaciones técnicas consensuadas por los consorcios y foros.

productos o sistemas. También pueden considerarse como estándares las condiciones de acceso a un determinado distintivo de calidad o la autorización por parte de un organismo regulador, así como los acuerdos que establecen estándares de sostenibilidad. Aunque los estándares de sostenibilidad tienen similitudes con los acuerdos de estandarización abordados en este capítulo, también tienen características atípicas o menos pronunciadas en dichos acuerdos. Por lo tanto, en el capítulo 9 se ofrecen orientaciones pertinentes para dichos estándares de sostenibilidad.

463. La preparación y elaboración de estándares técnicos que forman parte del ejercicio del poder público no están cubiertas por las presentes Directrices²⁶¹. Las organizaciones europeas de normalización reconocidas en virtud del Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea²⁶² están sujetas al Derecho de la competencia en la medida en que se pueda considerar que son una empresa o una asociación de empresas en el sentido de los artículos 101 y 102²⁶³. Los estándares relativos a la prestación de servicios profesionales, como las normas de admisión a una profesión liberal, no están cubiertas por las presentes Directrices.

7.2. Mercados de referencia

464. Los acuerdos de estandarización pueden producir sus efectos en cuatro mercados posibles, que se definirán con arreglo a la Comunicación sobre la definición de mercado y a cualquier orientación futura relativa a la definición de mercados de referencia a efectos de la legislación sobre competencia de la Unión. En primer lugar, el desarrollo de estándares puede repercutir en los mercados de productos o servicios a los que se refieren los estándares. En segundo lugar, cuando el desarrollo de estándares implica el desarrollo o la selección de una tecnología o cuando los derechos de propiedad intelectual se comercializan por separado de los productos a los que corresponden, el estándar puede producir efectos en el mercado tecnológico de referencia²⁶⁴. En tercer lugar, el mercado del desarrollo de estándares puede verse afectado, en caso de que existan varios organismos o acuerdos de desarrollo de estándares. En cuarto lugar, el desarrollo de estándares puede afectar al mercado separado de los ensayos y la certificación.

²⁶¹ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2009, *Selex Sistemi Integrati/Comisión*, C-113/07 P, EU:C:2009:191, apartado 92.

²⁶² Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión n.º 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

²⁶³ Véase la sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2010, *EMC Development/Comisión*, T-432/05, EU:T:2010:189.

²⁶⁴ Véase el capítulo 2 sobre los acuerdos de I+D, así como las Directrices relativas a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología, DO C 89 de 28.3.2014, p. 3, apartados 20 a 26 («Directrices sobre transferencia de tecnología»), que abordan los aspectos de la definición del mercado que son de especial importancia en el ámbito de las licencias de derechos de tecnología. Para un ejemplo de definición de mercado de conformidad con dichas Directrices, véase la Decisión de la Comisión en el asunto AT.39985, *Motorola – Explotación de patentes esenciales sobre normas GPRS*, considerandos 184 a 220.

7.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

7.3.1. Principales problemas de competencia

465. Los acuerdos de estandarización suelen producir efectos económicos positivos²⁶⁵ importantes, por ejemplo, fomentando la interpenetración económica en el mercado interior y el desarrollo de mercados/productos nuevos y mejorados, así como de mejores condiciones de suministro. De este modo, los estándares aumentan por lo general la competencia y reducen los costes de producción y de venta, beneficiando a la economía en su conjunto. Los estándares pueden mantener y aumentar la seguridad y la calidad, proporcionar información y asegurar la interoperabilidad y compatibilidad (incrementando así el valor para los consumidores).
466. Los participantes en la estandarización no son necesariamente competidores. Sin embargo, en ciertas circunstancias en las que están implicados los competidores, el desarrollo de estándares también puede producir efectos restrictivos de la competencia al restringir potencialmente la competencia de precios y limitar o controlar la producción, los mercados, la innovación o el desarrollo técnico. Como se explica más adelante, esto puede ocurrir por tres vías principales, a saber, i) la reducción de la competencia de precios, ii) la exclusión de tecnologías innovadoras y la iii) eliminación o discriminación de ciertas empresas impidiéndoles un acceso efectivo al estándar.
467. En primer lugar, si las empresas participan en conversaciones contrarias a la competencia en el marco del desarrollo de estándares, se puede reducir o eliminar la competencia de precios en los mercados correspondientes o limitar o controlar la producción, lo que facilita un resultado colusorio en el mercado²⁶⁶.
468. En segundo lugar, los estándares que fijan especificaciones técnicas detalladas para un producto o un servicio pueden limitar el desarrollo técnico y la innovación. Mientras se está desarrollando un estándar, las tecnologías alternativas pueden competir por su inclusión en él. Una vez se ha elegido o desarrollado una tecnología y determinado el estándar, algunas tecnologías y empresas pueden enfrentarse a un obstáculo a la entrada y quedar excluidas del mercado. Además, los estándares que obligan a utilizar una determinada tecnología exclusivamente para un estándar pueden tener el efecto de obstaculizar el desarrollo y la difusión de otras tecnologías. Impedir desarrollar otras tecnologías al obligar a los miembros del organismo de desarrollo de estándares a usar exclusivamente un determinado estándar puede dar lugar al mismo efecto. El riesgo de limitar la innovación se ve incrementado si una o más empresas quedan excluidas de forma injustificada del proceso de desarrollo del estándar.
469. En el contexto de estándares que se refieren a derechos de propiedad intelectual («DPI»)²⁶⁷, cabe distinguir en términos abstractos tres grupos principales de empresas con distintos intereses en el desarrollo de estándares. Primero, las empresas activas únicamente en sentido ascendente que solo desarrollan y comercializan

²⁶⁵ Véase también el apartado 501.

²⁶⁶ En función del círculo de participantes en el proceso de desarrollo del estándar, pueden producirse restricciones en el mercado de la oferta o de la demanda del producto estandarizado.

²⁶⁷ En el contexto del presente capítulo, el concepto de DPI se refiere en particular a patentes (con exclusión de las solicitudes de patentes no publicadas). No obstante, en caso de que cualquier otro tipo de DPI confiera en la práctica a su titular el control de la utilización del estándar, se aplicarán los mismos principios.

tecnologías. Esto puede incluir también a las empresas que adquieren tecnologías con el fin de conceder licencias sobre estas. Su única fuente de financiación son los ingresos procedentes de las licencias y su interés consiste en rentabilizar al máximo sus derechos. En segundo lugar, las empresas activas únicamente en sentido descendente que solo fabrican productos u ofrecen servicios basados en tecnologías desarrolladas por terceros y no detentan ningún DPI importante. Los derechos representan un coste para ellas, no una fuente de ingresos, y lo que les interesa es reducirlos. Por último, existen empresas integradas que desarrollan tecnología protegida por los DPI y venden productos para los que necesitarían una licencia. Estas empresas tienen una mezcla de intereses. Por una parte, pueden obtener ingresos de las licencias de sus DPI. Por otra parte, pueden tener que pagar derechos a otras empresas que detentan DPI esenciales para el estándar pertinente para sus propios productos. Por consiguiente, pueden conceder licencias cruzadas de sus propios DPI esenciales a cambio de los DPI esenciales de otras empresas o utilizar sus DPI de forma defensiva. Además, las empresas también pueden valorar sus DPI mediante métodos distintos de los derechos. En la práctica, muchas empresas utilizan una combinación de estos modelos.

470. En tercer lugar, la estandarización puede llevar a resultados contrarios a la competencia si impide que ciertas empresas obtengan acceso efectivo a los resultados del proceso de desarrollo del estándar (es decir, la especificación o el DPI esencial para aplicar el estándar). Si se impide por completo que una empresa obtenga acceso al resultado del estándar o si solo se le concede el acceso en condiciones prohibitivas o discriminatorias, hay un riesgo de efecto contrario a la competencia. Un sistema en el que el DPI potencialmente pertinente se divulga de antemano puede aumentar la probabilidad de que se conceda acceso efectivo al estándar²⁶⁸ puesto que permite a los participantes identificar las tecnologías cubiertas por el DPI y las que no lo están. Las normas sobre propiedad intelectual y sobre competencia comparten los mismos objetivos²⁶⁹ de fomentar el bienestar de los consumidores y la innovación, así como una asignación eficiente de los recursos. Los DPI fomentan la competencia dinámica al inducir a las empresas a invertir en el desarrollo de productos y procesos nuevos o mejorados. Así pues, los DPI suelen ser beneficiosos para la competencia. Sin embargo, gracias a su DPI, una empresa que posea un DPI esencial para aplicar el estándar puede, en el marco específico del desarrollo del estándar, adquirir también el control del uso de un estándar. Si el estándar constituye un obstáculo a la entrada, la empresa puede controlar de este modo el mercado del producto o servicio al que se refiere el estándar. A su vez, esto puede permitir que las empresas incurran en comportamientos contrarios a la competencia, por ejemplo, negándose a conceder una licencia del DPI necesario u obteniendo ingresos excesivos mediante unos derechos discriminatorios o excesivos²⁷⁰, lo que impide un acceso efectivo al estándar («hold-up»). También puede darse la situación inversa si las negociaciones de concesión de licencias se llevan a cabo por razones imputables únicamente al usuario del estándar. Esto puede incluir, por ejemplo, la negativa a pagar un canon FRAND o la utilización de estrategias dilatorias («hold-out»).

²⁶⁸ Si también va acompañado de un compromiso FRAND. Véanse los apartados 482-484.

²⁶⁹ Véanse las Directrices sobre transferencia de tecnología, apartado 7.

²⁷⁰ Unos derechos elevados solo se pueden considerar excesivos si se cumplen las condiciones para la existencia de un abuso de posición dominante establecidas en el artículo 102 del Tratado y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, C-27/76, EU:C:1978:22.

471. Sin embargo, aun cuando el establecimiento de un estándar pueda crear o aumentar el poder de mercado de los titulares de DPI que posean un DPI esencial para el estándar, no hay ninguna presunción de que la titularidad o el ejercicio del DPI esencial para un estándar equivalgan a la posesión o el ejercicio del poder de mercado. La cuestión del poder de mercado solo puede evaluarse caso por caso²⁷¹.

7.3.2. *Restricciones de la competencia por el objeto*

472. Los acuerdos en los que se hace uso de un estándar como parte de un acuerdo restrictivo más amplio, cuyo objetivo sea excluir a competidores reales o potenciales, restringen la competencia por el objeto. Por ejemplo, un acuerdo por el que una asociación nacional de fabricantes establece un estándar y ejerce presión sobre terceros para que no comercialicen productos que no se atengan al mismo, o la colusión entre los fabricantes del producto en cuestión para excluir una tecnología nueva de un estándar ya existente²⁷² formarán parte de esta categoría.

473. Cualquier acuerdo de reducir la competencia empleando la divulgación de condiciones más restrictivas de concesión de licencias antes de la adopción de un estándar como forma encubierta de fijar conjuntamente los precios ya sea de productos en sentido descendente o de DPI/tecnologías sustitutivos, constituirá una restricción de la competencia por el objeto²⁷³.

7.3.3. *Efectos restrictivos de la competencia*

7.3.3.1. Acuerdos que por lo general no restringen la competencia

474. Los acuerdos de estandarización que no restrinjan la competencia por el objeto deben analizarse en su contexto jurídico y económico, en particular teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios afectados, las condiciones reales de funcionamiento y la estructura del mercado o mercados de que se trate, en lo que respecta a sus efectos reales y probables sobre la competencia. Si no hay poder de mercado²⁷⁴, un acuerdo de estandarización no puede producir efectos restrictivos de la competencia. Por consiguiente, es muy improbable que se produzcan efectos restrictivos cuando exista competencia efectiva entre varios estándares voluntarios.

475. Para aquellos acuerdos de desarrollo de estándares que entrañan un riesgo de crear poder de mercado, los apartados 477 a 483 establecen las condiciones en virtud de las cuales dichos acuerdos no entrarán por lo general en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.

²⁷¹ Véase la Decisión de la Comisión en el asunto AT.39985, Motorola – Explotación de patentes esenciales sobre normas GPRS, considerandos 221 a 270.

²⁷² Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el asunto IV/35.691, Tubos preaislados, considerando 147, en el que una parte de la infracción del artículo 101 consistía en «hacer uso de las normas y reglamentaciones técnicas a fin de evitar o retrasar la introducción de nuevas tecnologías que podrían llevar aparejada una reducción de los precios».

²⁷³ Este apartado no debe impedir la divulgación *ex ante* de las condiciones más restrictivas de concesión de licencias para patentes esenciales sobre estándares por parte de los titulares de DPI individuales o de un derecho máximo acumulado por parte de todos los titulares de DPI, tal como se describe en el apartado 500. Tampoco prohíbe los consorcios de patentes creados de conformidad con los principios establecidos en el punto IV.4 de las Directrices sobre transferencia de tecnología ni la decisión de conceder una licencia de un DPI esencial para un estándar en condiciones exentas de derechos, según se establece en el presente capítulo.

²⁷⁴ Véase también el capítulo 1 Introducción. Por lo que se refiere a las cuotas de mercado, véase también el apartado 498.

476. El incumplimiento de alguno o de todos los principios establecidos en este punto no implicará una presunción de restricción de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, habrá que realizar una autoevaluación para determinar si el acuerdo entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y de ser así, si se cumplen las condiciones del apartado 3 de dicho artículo. En este contexto, se admite que existen distintos modelos de desarrollo de estándares y que la competencia dentro de estos modelos y entre ellos es un aspecto positivo de una economía de mercado. Por lo tanto, los organismos de desarrollo de estándares siguen teniendo plena libertad para establecer normas y procedimientos que no infrinjan las normas de competencia y que sean diferentes de los descritos en los apartados 477 a 483.
477. Cuando la participación en el desarrollo de estándares **no esté restringida** y el **procedimiento** de adopción del estándar sea **transparente**, los acuerdos de estandarización que no contienen **ninguna obligación de cumplir**²⁷⁵ el estándar y **proporcionan acceso** a este en **condiciones justas, razonables y no discriminatorias (FRAND)**, no restringen la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.
478. Concretamente, para garantizar que la **participación no esté restringida**, las normas del organismo de desarrollo de estándares deben prever que todos los competidores existentes en el mercado o mercados afectados por el estándar puedan participar en el procedimiento que da lugar a la selección del estándar. Los organismos de desarrollo de estándares tienen que tener también unos procedimientos objetivos y no discriminatorios de asignación de derechos de voto así como, cuando proceda, unos criterios objetivos de selección de la tecnología que se incluirá en el estándar.
479. Por lo que respecta a la **transparencia**, el organismo de desarrollo de estándares pertinente debe tener unos procedimientos que permitan a los interesados informarse sobre las actividades de estandarización futuras, en curso y finalizadas en el momento adecuado de cada fase del desarrollo del estándar.
480. Asimismo, las normas del organismo de desarrollo de estándares deben garantizar el **acceso efectivo** al estándar en **condiciones justas, razonables y no discriminatorias**²⁷⁶.
481. Cuando un estándar se refiera a un DPI, **una política clara y equilibrada en materia de DPI adaptada al sector en cuestión**²⁷⁷ y a las necesidades del organismo de desarrollo de estándares correspondiente, incrementa la probabilidad de que se conceda a quienes apliquen el estándar un acceso efectivo a los estándares elaborados por ese organismo de desarrollo de estándares.
482. Para **garantizar un acceso efectivo** al estándar, será necesario que la política en materia de DPI exija que los miembros participantes que quieran que su DPI se incluya en el estándar se comprometan por escrito de forma irrevocable a ofrecer licencias de su DPI esencial a todos los terceros en condiciones justas, razonables y

²⁷⁵ Véase también el apartado 490 a este respecto.

²⁷⁶ Por ejemplo, debe concederse acceso efectivo a la especificación del estándar.

²⁷⁷ Según se especifica en los apartados 482 y 483. Véase también la Comunicación de la Comisión Europea COM(2017) 712, titulada «Establecimiento del enfoque de la Unión con respecto a las patentes esenciales para normas».

no discriminatorias («compromiso FRAND»)²⁷⁸. Este compromiso deberá darse antes de la adopción del estándar. Asimismo, la política en materia de DPI deberá permitir que los titulares de DPI excluyan una tecnología específica del proceso de desarrollo de estándares y por ende del compromiso de ofrecer una licencia, siempre que esta exclusión se efectúe en una fase inicial del desarrollo del estándar. Para asegurar la eficacia del compromiso FRAND, también se deberá exigir a todos los titulares de DPI que asuman dicho compromiso que garanticen que cualquier empresa a la que el titular del DPI transfiera este último (incluido el derecho a conceder licencias de ese DPI), esté vinculada por el citado compromiso, por ejemplo, mediante una cláusula contractual entre el comprador y el vendedor. Téngase en cuenta que las condiciones FRAND también pueden abarcar las licencias exentas de derechos.

483. Además, la política en materia de DPI debe exigir la **divulgación de buena fe** por parte de los miembros participantes de sus DPI que puedan ser esenciales para la aplicación del estándar en desarrollo. Esto es pertinente para i) permitir que el sector elija con conocimiento de causa la tecnología que debe incluirse en un estándar²⁷⁹ y ii) ayudar a alcanzar el objetivo de un acceso efectivo al estándar. Esta obligación de divulgación podría basarse en esfuerzos razonables para identificar el DPI incluido en el posible estándar²⁸⁰ y actualizar la divulgación a medida que este evolucione. Con respecto a las patentes, la divulgación del DPI debe abarcar, como mínimo, el número de patente o el número de solicitud de patente. Si esta información aún no está a disposición del público, también basta con que el participante declare que es probable que tenga reivindicaciones de DPI correspondientes a una determinada tecnología, sin identificar las reivindicaciones o solicitudes de DPI concretas (la llamada divulgación general)²⁸¹. Excepto en este caso, siempre será menos probable que la divulgación general permita al sector elegir con conocimiento de causa la tecnología y garantizar el acceso efectivo al estándar. También debe animarse a los

²⁷⁸ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, Huawei Technologies, C-170/13, EU:C:2015:477, apartado 53: «En estas circunstancias y habida cuenta del hecho de que el compromiso a conceder licencias en condiciones FRAND crea la expectativa legítima en terceros de que el titular de la PEN les conceda efectivamente licencias en esas condiciones, la negativa del titular de la PEN a conceder una licencia en tales condiciones puede constituir, en principio, un abuso en el sentido del artículo 102 TFUE». Véase también la Decisión de la Comisión en el asunto AT.39985, Motorola – Explotación de patentes esenciales sobre normas GPRS, apartado 417: «Teniendo en cuenta el proceso de estandarización que condujo a la adopción de la norma GPRS y el compromiso voluntario de Motorola de conceder licencias a la PEN Cudak en condiciones FRAND, los responsables de la aplicación de la norma GPRS tienen una confianza legítima en que Motorola les concederá una licencia sobre dicha PEN, siempre que no se muestren reacios a suscribir una licencia en condiciones FRAND».

²⁷⁹ Por el contrario, una «emboscada de patentes» se produce cuando una empresa que participa en el proceso de desarrollo de estándares oculta deliberadamente el hecho de que posee patentes esenciales sobre el estándar que se está desarrollando y comienza a hacer valer tales patentes solo después de que se haya acordado el estándar y, por lo tanto, otras empresas quedan «cautivas» para poder utilizarla. Cuando se produce una «emboscada de patentes» durante el proceso de desarrollo del estándar, esto socava la confianza en dicho proceso, dado que la eficacia de este es una condición previa para el desarrollo técnico y el desarrollo del mercado en general en beneficio de los consumidores. Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 2009, en el asunto COMP/38.636, RAMBUS, DO C 30 de 6.2.2010, p. 17.

²⁸⁰ Para alcanzar el resultado pretendido la divulgación de buena fe no tiene que llegar hasta exigir a los participantes que comparen su DPI con el estándar potencial en cuestión y publiquen una declaración firme de que no tienen ningún DPI aplicable al posible estándar.

²⁸¹ Se anima a los participantes a completar su divulgación de información cuando el número de patente o el número de solicitud de patente estén a disposición del público.

participantes a que actualicen sus divulgaciones en el momento de la adopción de un estándar, en particular si se producen cambios que puedan afectar a la esencialidad o validez de sus DPI. Teniendo en cuenta que no existen estos mismos riesgos en relación con el acceso efectivo en el caso de un organismo de desarrollo de estándares con una política de estándares exentos de derechos, la divulgación del DPI no sería pertinente en ese contexto.

484. Los compromisos FRAND pretenden garantizar que la tecnología esencial protegida por un DPI incluida en un estándar sea accesible a los usuarios de dicho estándar en condiciones justas, razonables y no discriminatorias. En especial, los compromisos FRAND pueden impedir que los titulares de DPI dificulten la aplicación de un estándar denegando una licencia o exigiendo unos cánones injustos o injustificados (es decir, excesivos) cuando el sector esté cautivo del estándar, o cobrando unos derechos discriminatorios²⁸². Al mismo tiempo, los compromisos FRAND permiten a los titulares de DPI monetizar sus tecnologías a través de cánones FRAND y obtener un beneficio razonable por su inversión en I+D que, por su naturaleza, es arriesgada. Esto puede garantizar la continuidad de los incentivos para aportar la mejor tecnología disponible al estándar.
485. Para que el organismo de desarrollo de estándares cumpla lo dispuesto en el artículo 101, no es necesario que dicho organismo verifique si las condiciones de concesión de licencias de los participantes cumplen los compromisos FRAND²⁸³. Son los propios participantes quienes deben evaluar si las citadas condiciones y, en particular, los cánones que cobran, cumplen los compromisos FRAND. Por consiguiente, a la hora de decidir si aplican el compromiso FRAND a un determinado DPI, los participantes deben prever las consecuencias de dicho compromiso, especialmente en lo que respecta a su capacidad de determinar libremente el nivel de sus cánones.
486. En caso de litigio, para evaluar si los cánones aplicados al acceso al DPI en el contexto del desarrollo de estándares son justos o razonables, habrá que determinar si dichos cánones guardan una relación razonable con el valor económico del DPI²⁸⁴. El valor económico del DPI puede basarse en el valor añadido actual del DPI cubierto y debe ser independiente del éxito en el mercado de los productos que no guardan relación con la tecnología patentada²⁸⁵. En general, existen varios métodos disponibles para la evaluación²⁸⁶ y, en la práctica, a menudo se utiliza más de un método para tener en cuenta las deficiencias de un método concreto y cotejar los

²⁸² Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, Huawei Technologies, C-170/13, EU:C:2015:477, apartado 71, según la cual una acción por violación de patente puede constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 si se ejercita contra un licenciataria potencial sin cumplir los procedimientos establecidos por el Tribunal en su sentencia.

²⁸³ Los organismos de desarrollo de estándares no participan en las negociaciones de concesión de licencias ni en los acuerdos resultantes.

²⁸⁴ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión, C-27/76, EU:C:1978:22., apartado 250; véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland/Comisión, C-385/07 P, EU:C:2009:456, apartado 142.

²⁸⁵ Comunicación de la Comisión Europea COM(2017) 712, titulada «Establecimiento del enfoque de la Unión con respecto a las patentes esenciales para normas», página 7.

²⁸⁶ En principio, los métodos basados en los costes pueden no ser los mejor adaptados porque imponen la dificultad de evaluar los costes imputables al desarrollo de una determinada patente o grupos de patentes y pueden distorsionar los incentivos para innovar.

resultados²⁸⁷. Cabe la posibilidad de comparar los cánones de concesión de licencias aplicados por la empresa en cuestión por las patentes pertinentes en un entorno competitivo antes de que la industria haya desarrollado el estándar (*ex ante*) con el valor/derecho de la siguiente mejor alternativa disponible (*ex ante*) o con el valor/derecho cobrado después de que el sector quede cautivo (*ex post*). Esto parte de la presunción de que la comparación puede hacerse de forma homogénea y fiable²⁸⁸.

487. También podría obtenerse una evaluación pericial independiente sobre la importancia objetiva y la esencialidad de los DPI pertinentes para el estándar en cuestión. En el caso apropiado, también cabe la posibilidad de referirse a divulgaciones *ex ante* de las condiciones de concesión de la licencia, incluidos los derechos individuales o agregados para los DPI pertinentes, en el contexto del proceso concreto de desarrollo de estándares. Del mismo modo, cabe la posibilidad de comparar las condiciones de licencia de los acuerdos del titular de los DPI con otros responsables de la aplicación del mismo estándar. Los derechos aplicados al mismo DPI en otros estándares comparables también pueden servir de orientación para los derechos FRAND. Estos métodos suponen que la comparación puede hacerse de manera coherente y fiable, y no son el resultado de un ejercicio indebido del poder de mercado. Otro método consiste en determinar, en primer lugar, un valor global adecuado para todos los DPI pertinentes y, en segundo lugar, la parte atribuible a un determinado titular de DPI. Las presentes Directrices no pretenden elaborar una lista exhaustiva de los métodos adecuados para evaluar si los derechos son excesivos o discriminatorios con arreglo al artículo 102.

488. Sin embargo, cabe destacar que las presentes Directrices no excluyen en modo alguno la posibilidad de que las partes resuelvan sus litigios sobre el nivel de los derechos FRAND ante los tribunales civiles o mercantiles competentes o mediante métodos alternativos de resolución de litigios²⁸⁹.

7.3.3.2. Evaluación de los acuerdos de estandarización basada en los efectos

489. La evaluación de cada acuerdo de estandarización debe tener en cuenta los efectos probables del estándar en los mercados correspondientes. Al analizar los acuerdos de estandarización, se tendrán en cuenta las características del sector y de la industria. Las consideraciones siguientes se aplican a todos los acuerdos de estandarización que se desvían de los principios expuestos en los apartados 477 a 483.

a) Carácter voluntario del estándar

²⁸⁷ Los métodos aquí descritos no son exclusivos y pueden utilizarse otros métodos que reflejen el mismo espíritu de los métodos descritos para determinar los derechos FRAND. Véase también Chryssoula Pentheroudakis, Justus A. Baron: *Licensing Terms of Standard Essential Patents. A Comprehensive Analysis of Cases*, informe de la serie de la ciencia al servicio de la política del Centro Común de Investigación (JRC), 2017. EUR 28302 EN; doi:10.2791/193948.

²⁸⁸ Véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, Tournier, C-395/87, EU:C:1989:319, apartado 38; la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, Lucazeau y otros/SACEM y otros, asuntos acumulados C-110/88, C-241/88 y C-242/88, EU:C:1989:326, apartado 33.

²⁸⁹ Si ambas partes están de acuerdo, los litigios sobre cuáles son las condiciones FRAND para las PEN también pueden ser resueltos por un tercero independiente, es decir, un árbitro. Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, Huawei Technologies, C-170/13, EU:C:2015:477, apartado 68 y la Decisión de la Comisión de 29 de abril de 2014 en el asunto AT.39939, Samsung — Explotación de patentes esenciales sobre normas UMTS, considerando 78.

490. El hecho de que los acuerdos de estandarización puedan producir efectos restrictivos de la competencia puede depender de hasta qué punto los miembros del organismo de desarrollo de estándares siguen teniendo libertad para desarrollar estándares o productos alternativos que no cumplan el estándar acordado²⁹⁰. Por ejemplo, si el acuerdo de desarrollo de estándares obliga a los participantes de forma vinculante a fabricar únicamente productos que se ajusten al estándar, se incrementa considerablemente el riesgo de un probable efecto negativo sobre la competencia y, en ciertas circunstancias, puede dar lugar a una restricción de la competencia por el objeto²⁹¹. Del mismo modo, los estándares que solo abarcan aspectos o partes del producto final poco importantes tienen menos probabilidades de dar lugar a problemas de competencia que los estándares más importantes, en particular si el estándar no implica ningún DPI esencial.

b) Acceso al estándar

491. La evaluación de si el acuerdo restringe la competencia también se centrará en el acceso al estándar. Cuando el resultado de un estándar (es decir, la especificación de cómo cumplirlo y, si procede, el DPI esencial para aplicarlo) no sea accesible en absoluto para todos los participantes o los terceros (es decir, los que no sean miembros del organismo de desarrollo de estándares pertinente), esto puede excluir o segmentar los mercados y, por ello, es probable que se restrinja la competencia. También es probable que se restrinja la competencia cuando el resultado de un estándar solo sea accesible en condiciones discriminatorias o excesivas para los miembros o terceros. Sin embargo, cuando existan varios estándares competidores o si hay una competencia efectiva entre la solución estandarizada y la que no lo está, una limitación del acceso puede que no produzca unos efectos negativos apreciables sobre la competencia.

492. Por lo que se refiere a los acuerdos de desarrollo de estándares que sigan unos **tipos de modelos de divulgación de DPI diferentes** de los citados en el apartado 483, habrá que evaluar en cada caso si el modelo de divulgación en cuestión (por ejemplo, un modelo que no obligue a divulgar el DPI sino que solo lo fomente) garantiza el acceso efectivo al estándar. Los acuerdos de desarrollo de estándares que prevean la divulgación de información sobre las características y el valor añadido de cada DPI a un estándar y, por tanto, el aumento de la transparencia a las partes implicadas en el desarrollo de un estándar no restringirán, en principio, la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

c) Participación en el desarrollo del estándar

493. Si la participación en el proceso de desarrollo del estándar es abierta, se reducirán los riesgos de un probable efecto restrictivo de la competencia que se habría derivado de excluir a determinadas empresas de la capacidad de influir en la elección y elaboración del estándar²⁹².

²⁹⁰ Véase la Decisión de la Comisión en el asunto IV/29/151, Philips/VCR, considerando 23: «Dado que estos estándares se aplicaban a la fabricación de equipos VCR, las partes estaban obligadas a fabricar y distribuir únicamente casetes y grabadoras ajustadas al sistema VCR patentado por Philips. Se le prohibía cambiar a la producción y distribución de otros sistemas de casetes de vídeo [...] Esto constituía una restricción de la competencia con arreglo al artículo 85, apartado 1, letra b)».

²⁹¹ Véase la Decisión de la Comisión en el asunto IV/29/151, Philips/VCR, considerando 23.

²⁹² En la Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.458, X/Open Group, la Comisión consideró que incluso si los estándares adoptados se hicieran públicos, la política que restringía la adquisición de la

494. La participación abierta puede lograrse permitiendo que todos los competidores o partes interesadas pertinentes del mercado afectado por el estándar participen en el desarrollo y la elección del estándar.
495. Cuanto mayor sea el impacto probable en el mercado del estándar y más amplios sean sus ámbitos potenciales de aplicación, más importante es permitir la igualdad de acceso al proceso de desarrollo de estándares.
496. Sin embargo, en determinadas situaciones, la restricción de la participación puede no tener efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, por ejemplo: i) si existe competencia entre varios estándares y organismos de desarrollo de estándares, ii) si, a falta de una restricción de los participantes²⁹³, no hubiera sido posible adoptar el estándar o dicha adopción hubiera sido improbable²⁹⁴, o iii) si la restricción de los participantes fuera limitada en el tiempo y con vistas a avanzar rápidamente (por ejemplo, al inicio del esfuerzo de estandarización) y siempre que, en hitos importantes, todos los competidores tengan la oportunidad de participar en el desarrollo del estándar.
497. En ciertas situaciones, los efectos negativos potenciales de la participación restringida pueden eliminarse, o al menos reducirse, velando por que se informe y se consulte a los interesados sobre el trabajo en curso²⁹⁵. Pueden preverse procedimientos reconocidos para la representación colectiva de las partes interesadas (por ejemplo, los consumidores). Cuantas más partes interesadas puedan influir en el proceso que conduce a la selección del estándar y cuanto más transparente sea el procedimiento de adopción de este, más probable es que el estándar adoptado tenga en cuenta los intereses de todas las partes interesadas.

d) Cuotas de mercado

498. Para evaluar los efectos de un acuerdo de desarrollo de estándares hay que tener en cuenta las cuotas de mercado de los bienes, servicios o tecnologías basados en el estándar. Quizás no sea siempre posible evaluar en una fase inicial, con cierta certeza, si una gran parte del sector adoptará el estándar en la práctica o si solamente será un estándar utilizado por una parte marginal del sector correspondiente. En los casos en que las empresas que aportan tecnología al estándar están integradas verticalmente, las cuotas de mercado pertinentes de las empresas que han participado en el desarrollo del estándar podrían utilizarse como aproximación para calcular la cuota probable de mercado del estándar (puesto que en la mayoría de los casos las empresas participantes en el desarrollo del estándar estarían interesadas en aplicarlo)²⁹⁶. No obstante, dado que la eficacia de los acuerdos de estandarización

condición de miembro tenía el efecto de impedir que los no miembros influyeran en los resultados del trabajo del Grupo y obtuvieran los conocimientos técnicos y la comprensión relativa a los resultados que los miembros adquirirían probablemente. Además, los no miembros no podían aplicar el estándar antes de su adopción, mientras que los miembros sí podían (véase el apartado 32). Por consiguiente, en estas circunstancias, se consideraba que el acuerdo constituía una restricción de conformidad con el artículo 101, apartado 1.

²⁹³ Esta restricción puede materializarse mediante la exclusión de las partes interesadas del acuerdo de estandarización o a través de un estatuto de participante más limitado.

²⁹⁴ O, si la adopción del estándar se viese gravemente demorada por un proceso ineficaz, cualquier restricción inicial podría verse compensada por eficiencias que deben considerarse de conformidad con el artículo 101, apartado 3.

²⁹⁵ Véase la Decisión de la Comisión de 14 de octubre de 2009 en el asunto 39.416, Clasificación de buques.

²⁹⁶ Véase el apartado 464.

suele ser proporcional a la parte del sector implicada en el desarrollo o aplicación del estándar, el hecho de que los operadores del mercado o mercados afectados por el estándar tengan unas cuotas de mercado elevadas no llevará necesariamente a la conclusión de que es probable que el estándar dé lugar a efectos restrictivos de la competencia.

e) Discriminación

499. Cualquier acuerdo de desarrollo de estándares que discrimine claramente a cualquier miembro participante o potencial podrá dar lugar a una restricción de la competencia. Por ejemplo, si un organismo de desarrollo de estándares excluye explícitamente a las empresas que solo operan en sentido ascendente (es decir, las empresas que no operan en el mercado descendente de la producción), esto podrá dar lugar a una exclusión de tecnologías potencialmente mejores.

f) Divulgación *ex ante* de los derechos

500. Los acuerdos de desarrollo de estándares que prevean la divulgación *ex ante* de las condiciones más restrictivas de concesión de licencias para patentes esenciales sobre estándares por parte de los titulares de DPI individuales o de un derecho máximo acumulado²⁹⁷ por parte de todos los titulares de DPI no restringirán, en principio, la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. En este orden de cosas, es importante que las partes implicadas en la selección de un estándar estén plenamente informadas no solo de las opciones técnicas disponibles y del DPI asociado, sino también del coste probable de ese DPI. Por lo tanto, en caso de que la política en materia de DPI de un organismo de desarrollo de estándares opte por imponer a los titulares de DPI que divulguen individualmente, antes de la adopción del estándar, sus condiciones más restrictivas de concesión de licencias, incluidos los derechos máximos o los derechos máximos acumulados que aplicarán, esto no dará lugar por lo general a una restricción de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1²⁹⁸. Esta divulgación unilateral *ex ante* de las condiciones más restrictivas de concesión de licencias o del derecho máximo acumulado sería una forma de permitir a las partes implicadas en el desarrollo de un estándar tomar una decisión con conocimiento de causa basada en las desventajas y ventajas de las diferentes tecnologías alternativas.

7.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

7.4.1. Mejoras de eficiencia

501. Los acuerdos de estandarización dan frecuentemente lugar a mejoras de eficiencia significativas. Por ejemplo, unos estándares para toda la Unión Europea pueden facilitar la integración del mercado y posibilitar que las empresas comercialicen sus bienes y servicios en todos los Estados miembros, dando lugar a una mayor posibilidad de elección para los consumidores y a unos precios menores. Los estándares que establecen la interoperabilidad técnica y la compatibilidad fomentan a

²⁹⁷ Con el fin de aumentar la transparencia de los costes potenciales de la aplicación de un estándar, los organismos de desarrollo de estándares podrían desempeñar un papel activo en la divulgación del derecho máximo total para el estándar. De forma similar al concepto de «consorcio de patentes», los titulares de DPI pueden compartir el total del derecho.

²⁹⁸ Cualquier divulgación unilateral o conjunta *ex ante* de las condiciones más restrictivas de concesión de licencias no debe ser una forma encubierta de fijar conjuntamente los precios ya sea de productos en sentido descendente o de DPI/tecnologías sustitutivos, lo que constituirá una restricción de la competencia por el objeto.

menudo la competencia basada en los méritos entre tecnologías de diferentes empresas y contribuyen a impedir la cautividad de un determinado proveedor. Además, los estándares pueden reducir los costes de transacción para los vendedores y los compradores. Los estándares relativos a, por ejemplo, la calidad, la seguridad y los aspectos medioambientales de un producto pueden, por otra parte, facilitar la elección de los consumidores y dar lugar a una mayor calidad de los productos. Los estándares también desempeñan un cometido importante de cara a la innovación. Pueden reducir el tiempo necesario para introducir una nueva tecnología en el mercado y facilitar la innovación haciendo posible que las empresas se basen en soluciones acordadas. Estas mejoras de eficiencia pueden contribuir a un mercado interior resiliente.

502. Para que las mejoras de eficiencia se hagan efectivas en el caso de los acuerdos de estandarización, la información necesaria para la aplicación de un estándar debe estar realmente al alcance de todos los que deseen acceder al mercado²⁹⁹.
503. Se puede incrementar la propagación de un estándar utilizando marcas o logotipos que certifiquen su cumplimiento, lo que ofrecerá seguridad a los consumidores. Los acuerdos sobre ensayos y certificación van más allá del objetivo primario de definición del estándar y por lo general constituirán un acuerdo y un mercado diferentes.
504. Mientras los efectos sobre la innovación deben analizarse de forma individual, se considera que es probable que los estándares que crean compatibilidad en un nivel horizontal entre diferentes plataformas tecnológicas den lugar a mejoras de eficiencia.

7.4.2. *Carácter indispensable*

505. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia que pueden ser generadas por un acuerdo de estandarización o por las cláusulas estándar no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3.
506. La evaluación de cada acuerdo de estandarización deberá tener en cuenta su efecto probable en los mercados de referencia y, por otra, el alcance de las posibles restricciones que excedan el objetivo de obtener eficiencias³⁰⁰.
507. La participación en el desarrollo de un estándar debe estar abierta por lo general a todos los competidores del mercado o mercados afectados por el estándar, a menos que las partes demuestren que su participación acarrearía desventajas importantes en términos de eficiencia³⁰¹. Alternativamente, cualquier efecto restrictivo de la

²⁹⁹ Véase la Decisión de la Comisión de 15 de diciembre de 1986 en el asunto IV/31.458, X/Open Group, considerando 42: «La Comisión considera que la intención del Grupo de hacer públicos los resultados cuanto antes es un elemento esencial en su decisión de otorgar una exención».

³⁰⁰ En la Decisión de la Comisión en el asunto IV/29/151, Philips/VCR, el cumplimiento de los estándares VCR llevó a la exclusión de otros sistemas, quizás mejores. Esta exclusión era particularmente grave teniendo en cuenta la posición preeminente de la que disfrutaba Philips en el mercado: «[...] se impusieron a las partes restricciones que no eran imprescindibles para conseguir estas mejoras. La compatibilidad de los casetes de vídeo VCR con los aparatos producidos por otros fabricantes hubiera estado garantizada aun cuando estos últimos hubieran tenido que aceptar una simple obligación de atenerse a los estándares VCR al fabricar equipos VCR» (considerando 31).

³⁰¹ Véase la Decisión de la Comisión de 15 de diciembre de 1986 en el asunto IV/31.458, X/Open Group, considerando 45: «Los objetivos del Grupo no podrían alcanzarse si cualquier empresa dispuesta a comprometerse a cumplir los objetivos del Grupo tuviese el derecho de hacerse miembro. Esto crearía dificultades prácticas y logísticas en la gestión del trabajo y posiblemente impediría la adopción de

participación restringida debería eliminarse o reducirse³⁰². Además, una restricción de los participantes podría verse compensada por eficiencias con arreglo al artículo 101, apartado 3, si la adopción del estándar se hubiera retrasado considerablemente por un proceso abierto a todos los competidores.

508. Como norma general, los acuerdos de estandarización no deberían abarcar más de lo estrictamente necesario para la realización de sus objetivos, ya se trate de la interoperabilidad y compatibilidad técnicas o de un determinado nivel de calidad. Cuando el hecho de tener una única solución tecnológica beneficie a los consumidores o a la economía en general, este estándar debe determinarse de forma no discriminatoria. En ciertos casos, los estándares tecnológicamente neutros dan lugar a mayores mejoras de eficiencia. La inclusión de DPI sustitutivos³⁰³ como partes esenciales de un estándar con la obligación simultánea para los consumidores del estándar de pagar por más DPI de los necesarios técnicamente iría más allá de lo necesario para lograr cualquier mejora de eficiencia identificada. Del mismo modo, la inclusión de DPI sustitutivos como partes esenciales de un estándar y la limitación del uso de esa tecnología a ese determinado estándar (es decir, su uso exclusivo) puede limitar la competencia entre tecnologías y no ser necesaria para lograr las eficiencias identificadas.
509. En principio, las restricciones en los acuerdos de estandarización en virtud de los cuales un estándar es vinculante y obligatorio para el sector no son imprescindibles.
510. Del mismo modo, los acuerdos de estandarización que atribuyen a ciertos organismos el derecho exclusivo a comprobar el cumplimiento del estándar van más allá del objetivo principal de definir el estándar y pueden también restringir la competencia. Sin embargo, la exclusividad puede justificarse durante cierto periodo de tiempo, por ejemplo, por la necesidad de recuperar costes significativos de lanzamiento³⁰⁴. En este caso, el acuerdo de estandarización debería incluir las salvaguardias adecuadas para atenuar los posibles riesgos para la competencia que resulten de la exclusividad. Esto afecta, entre otras cosas, a la tasa de certificación que debe ser razonable y proporcional al coste de la comprobación del cumplimiento.

propuestas apropiadas». Véase también la Decisión de la Comisión en el asunto 39.416, Clasificación de buques, considerando 36: «[...] los compromisos mantienen un equilibrio adecuado entre el mantenimiento de unos criterios exigentes de afiliación a la IACS y la eliminación de obstáculos innecesarios a esa afiliación. Los nuevos criterios garantizarán que únicamente las sociedades de clasificación técnicamente competentes puedan afiliarse a la IACS y evitarán que la calidad y eficacia de su trabajo se vean perjudicadas injustificadamente por unos requisitos de afiliación muy poco rigurosos. Al mismo tiempo, los nuevos criterios no serán un obstáculo para que aquellas sociedades de clasificación técnicamente competentes que lo deseen puedan convertirse en miembros de la IACS».

³⁰² Véase el apartado 477 sobre la garantía de que las partes interesadas sean informadas y consultadas sobre el trabajo en curso en caso de que se restrinja la participación.

³⁰³ Tecnología que los consumidores o licenciarios consideran intercambiable o sustituible por otra tecnología, en virtud de las características tecnológicas y del uso previsto.

³⁰⁴ En este contexto, véase la Decisión de la Comisión de 29 de noviembre de 1995 en los asuntos IV/34.179, 34.202, 216, Grúas holandesas (SCK y FNK), considerando 23: «La prohibición de subcontratar actividades a empresas que no dispongan de la certificación de SCK restringe la libertad de acción de las empresas certificadas. Para determinar si puede considerarse que esta prohibición impide, restringe o falsea el juego de la competencia a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85, es preciso examinar el contexto jurídico y económico de este asunto. Si esta prohibición estuviese vinculada a un sistema de certificación plenamente abierto, independiente y transparente, que aceptara garantías equivalentes presentadas por otros sistemas, podría aducirse que el efecto de la prohibición no es restringir la competencia, sino tan solo garantizar plenamente la calidad de los bienes o servicios certificados».

7.4.3. *Beneficio para los consumidores*

511. Las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por un acuerdo de estandarización. Un elemento importante a la hora de analizar la probabilidad de que los consumidores se beneficien es determinar los procedimientos que se utilizan para garantizar la protección de los intereses de los usuarios de los estándares y de los consumidores finales. Cuando los estándares faciliten la interoperabilidad y la compatibilidad técnicas o la competencia entre productos, servicios y procedimientos nuevos y ya existentes, cabe suponer que el estándar beneficiará a los consumidores.

7.4.4. *No eliminación de la competencia*

512. El hecho de que un acuerdo de estandarización ofrezca a las partes la posibilidad de eliminar la competencia depende de las diferentes fuentes de competencia existentes en el mercado, del nivel de presión competitiva que dichas fuentes ejercen sobre las partes y del impacto del acuerdo sobre dicha presión. Si bien las cuotas de mercado son pertinentes para este análisis, la magnitud de las demás fuentes de competencia real no puede evaluarse exclusivamente sobre la base de la cuota de mercado a menos que un estándar llegue a ser un estándar de hecho para el sector³⁰⁵. En este último caso, se puede eliminar la competencia si se excluye a los terceros del acceso efectivo a este estándar.

7.5. Ejemplos

513. Determinar estándares que los competidores no pueden cumplir

Ejemplo 1

Situación: Un organismo de desarrollo de estándares establece y publica los estándares de seguridad utilizados ampliamente por el sector correspondiente. La mayor parte de los competidores del sector participan en el desarrollo del estándar. Antes de la adopción del estándar, un nuevo operador ha desarrollado un producto que es técnicamente equivalente en términos de rendimiento y requisitos funcionales, reconocido por el comité técnico del organismo de desarrollo de estándares. Sin embargo, las especificaciones técnicas del estándar de seguridad están redactadas, sin justificación objetiva alguna, de tal manera que no permiten que este producto u otros nuevos cumplan con él.

Análisis: Es probable que este acuerdo de estandarización produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, y no es probable que cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3. Los miembros del organismo de desarrollo de estándares han determinado el estándar, sin justificación objetiva alguna, de tal manera que los productos de sus competidores que están basados en otras soluciones tecnológicas no puedan cumplirlo, aunque su rendimiento sea equivalente. Por lo tanto, este acuerdo, que no se ha establecido de forma no discriminatoria, reducirá o impedirá la innovación y la variedad de productos. No es probable que la forma en que se elabora el estándar produzca mayores mejoras de eficiencia que un estándar neutro.

514. Estándar no vinculante y transparente que abarca una gran parte del mercado

³⁰⁵ La estandarización de hecho hace referencia a una situación en la que un estándar (no vinculante jurídicamente) se utiliza en la práctica en la mayoría del sector.

Ejemplo 2

Situación: Varios fabricantes de electrónica de consumo con cuotas de mercado considerables aceptan desarrollar un nuevo estándar para un producto que sustituirá al DVD.

Análisis: Siempre que a) los fabricantes sigan teniendo libertad para producir otros productos nuevos que no se ajusten al nuevo estándar, b) la participación en el desarrollo del estándar no esté restringida y sea transparente, y c) el acuerdo de estandarización no restrinja la competencia de cualquier otro modo, no es probable que se infrinja el artículo 101, apartado 1. Si las partes acordaran fabricar únicamente productos que se ajusten al nuevo estándar, el acuerdo limitaría el desarrollo técnico, reduciría la innovación e impediría que las partes vendieran productos diferentes, lo que probablemente produciría efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

515. Acuerdo de estandarización sin divulgación de DPI

Ejemplo 3

Situación: Un organismo privado de desarrollo de estándares activo en la estandarización en el sector de las TIC (tecnologías de la información y la comunicación) tiene una política de DPI que no obliga ni fomenta las divulgaciones de DPI que pudieran ser esenciales para el futuro estándar. El organismo de desarrollo de estándares adoptó conscientemente la decisión de no incluir tal obligación, considerando concretamente que, en general, todas las tecnologías potencialmente pertinentes para el futuro estándar están amparadas por numerosos DPI. Por lo tanto, el organismo de desarrollo de estándares consideró que una obligación de divulgación de DPI, por una parte, no entrañaría el beneficio de permitir a los participantes elegir una solución sin DPI o con pocos DPI y, por otra, daría lugar a costes adicionales para analizar si el DPI sería potencialmente esencial para el futuro estándar. Sin embargo, la política de DPI del organismo de desarrollo de estándares exige que todos los participantes se comprometan a conceder una licencia sobre cualquier DPI que pueda aplicarse al futuro estándar en condiciones FRAND. La política de DPI permite excepciones en caso de que el titular del DPI quiera que un determinado DPI quede fuera de este compromiso de conceder una licencia general. En este sector particular hay varios organismos privados de desarrollo de estándares competidores. La participación en el organismo de desarrollo de estándares está abierta a cualquiera que opere en el sector.

Análisis: En muchos casos, una obligación de divulgación de DPI será favorable a la competencia al incrementarla *ex ante* entre tecnologías. Generalmente, esa obligación permite a los miembros de un organismo de desarrollo de estándares tener en cuenta la cantidad de DPI relativos a una determinada tecnología al decidir entre tecnologías competidoras (o incluso, si es posible, elegir una tecnología que no esté cubierta por un DPI). La cantidad de DPI aplicables a una tecnología tendrá a menudo un impacto directo en el coste del acceso al estándar. Sin embargo, en este contexto particular, parece que todas las tecnologías disponibles están cubiertas por DPI, e incluso por muchos DPI. Por lo tanto, la divulgación del DPI no tendrá el efecto positivo de facilitar que los miembros tengan en cuenta la cantidad de DPI al elegir la tecnología puesto que, independientemente de la tecnología elegida, cabe suponer que hay DPI aplicables a esa tecnología. Es poco probable que el acuerdo dé lugar a efectos negativos de la competencia a tenor de artículo 101, apartado 1.

8. CLÁUSULAS ESTÁNDAR

8.1. Definiciones

516. En ciertos sectores, las empresas emplean cláusulas y condiciones estándar de venta o compra elaboradas por una asociación comercial o directamente por las empresas competidoras («cláusulas estándar»)³⁰⁶. Estas cláusulas estándar están cubiertas por las presentes Directrices siempre que establezcan condiciones estándar de venta o de compra de bienes o servicios entre competidores y consumidores (y no las condiciones de venta o compra entre competidores) para productos sustitutivos. Cuando el uso de estas cláusulas estándar esté extendido en un sector, las condiciones de compra o venta utilizadas en ese sector pueden de hecho llegar a estar alineadas³⁰⁷. Como ejemplos de sectores en los que las cláusulas estándar desempeñan un papel importante cabe citar el sector bancario (por ejemplo, las cláusulas referentes a las cuentas bancarias) y el de los seguros.
517. Las cláusulas estándar elaboradas individualmente por una determinada empresa únicamente para su uso exclusivo en sus contratos con sus proveedores o clientes no constituyen acuerdos horizontales y, por lo tanto, no están cubiertas por las presentes Directrices.

8.2. Mercados de referencia

518. Por lo que se refiere a las cláusulas estándar, sus efectos se suelen notar en el mercado descendente en el que las empresas que usan las cláusulas estándar compiten mediante la venta de su producto a sus clientes.

8.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

8.3.1. Principales problemas de competencia

519. Las cláusulas estándar pueden producir efectos restrictivos de la competencia limitando la elección de productos y la innovación. Si una parte importante de un sector adopta las cláusulas estándar y opta por no apartarse de ellas en casos individuales (o solo se aparta en casos excepcionales de fuerte poder de negociación), puede que los clientes no tengan más opción que aceptar las condiciones de las cláusulas estándar. Sin embargo, el riesgo de que se limiten las posibilidades de elección y la innovación solo es probable si las cláusulas estándar definen el alcance del producto final. Por lo que se refiere a los bienes de consumo clásicos, las cláusulas estándar de venta no suelen limitar la innovación ni la calidad y la variedad del producto.
520. Además, según sea su contenido, las cláusulas estándar pueden entrañar el riesgo de afectar a las condiciones comerciales del producto final. En particular, existe un riesgo grave de que las cláusulas estándar relativas al precio restrinjan la competencia de precios.
521. Por otra parte, si las cláusulas estándar se convierten en práctica sectorial, el acceso a ellas puede ser crucial para la entrada en el mercado. En estos casos, la denegación del acceso a las cláusulas estándar puede entrañar el riesgo de causar una exclusión

³⁰⁶ Estas cláusulas tipo pueden cubrir solo una parte muy pequeña o una gran parte de las cláusulas contenidas en el contrato final.

³⁰⁷ Se trata del caso en que unas cláusulas estándar (no vinculantes jurídicamente) se utilizan en la práctica en la mayor parte del sector o para la mayor parte de los aspectos del producto o servicio, lo que da lugar a una limitación o incluso a la ausencia de posibilidades de elección para el consumidor.

contraria a la competencia. Mientras las cláusulas estándar sigan realmente abiertas para su uso por cualquier persona que desee acceder a ellas, no es probable que causen una exclusión contraria a la competencia.

8.3.2. *Restricción de la competencia por el objeto*

522. Los acuerdos en los que se hace uso de cláusulas estándar como parte de un acuerdo restrictivo más amplio, cuyo objetivo sea excluir a competidores reales o potenciales, también restringen la competencia por el objeto. Un ejemplo sería el de una asociación comercial que no permite a un nuevo operador el acceso a sus cláusulas estándar, cuyo uso es crucial para entrar en el mercado.
523. Cualquier cláusula estándar que contenga disposiciones que influyan directamente en los precios aplicados a los clientes (es decir, precios recomendados, descuentos, etc.) constituirá una restricción de la competencia por el objeto.

8.3.3. *Efectos restrictivos de la competencia*

524. El establecimiento y uso de cláusulas estándar deben evaluarse en el contexto económico adecuado y habida cuenta de la situación en el mercado de referencia para determinar si es probable que las cláusulas estándar en cuestión produzcan efectos restrictivos de la competencia.
525. Siempre que la participación de los competidores del mercado de referencia en el establecimiento de cláusulas estándar **no** esté **restringida** (ya sea participando en la asociación comercial o directamente) y que las cláusulas estándar establecidas **no** sean **vinculantes** y sean **realmente accesibles** para todos, no es probable que estos acuerdos (con las salvedades formuladas en los apartados 527 a 531) den lugar a efectos restrictivos de la competencia.
526. De este modo, las cláusulas estándar realmente accesibles y no vinculantes relativas a la venta de bienes de consumo o de servicios (siempre que no tengan ningún efecto en el precio) no suelen producir efectos restrictivos de la competencia puesto que no es probable que produzcan efectos negativos en la calidad y variedad del producto o en la innovación. Sin embargo, existen dos excepciones generales que requieren una evaluación más detallada.
527. En primer lugar, las cláusulas estándar para la venta de bienes de consumo o de servicios que definen el alcance del producto vendido al cliente y que, por lo tanto, suponen un riesgo más significativo de limitar la elección de productos, pueden producir efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, cuando su aplicación conjunta dé lugar probablemente a un alineamiento de hecho. Esto puede ocurrir cuando el uso extendido de las cláusulas estándar lleva de hecho a una limitación de la innovación y de la variedad de productos en el mercado. Por ejemplo, esta situación se puede plantear si las cláusulas estándar de los contratos de seguro limitan en la práctica las posibilidades de elección del cliente de elementos clave del contrato, tales como los riesgos habituales cubiertos. Incluso si el uso de las cláusulas estándar no es obligatorio, estas pueden menoscabar los incentivos de los rivales para competir en la diversificación de productos. Esto podría superarse abriendo a las aseguradoras la posibilidad de incorporar a sus contratos de seguro riesgos distintos de los habituales.
528. Al evaluar si hay un riesgo de que las cláusulas estándar tengan probablemente efectos restrictivos debido a que limitan la elección de productos, hay que tener en cuenta factores tales como la competencia existente en el mercado. Por ejemplo, si hay una gran cantidad de competidores más pequeños, el riesgo de una limitación de

la elección de productos parecerá menor que si solo hay unos pocos competidores más grandes³⁰⁸. Las cuotas de mercado de las empresas participantes en el establecimiento de las cláusulas estándar también podrán indicar en cierto modo la probabilidad de que las cláusulas estándar sean aceptadas o empleadas por una gran parte del mercado. Sin embargo, en este aspecto, no solo es pertinente analizar si es probable que las cláusulas estándar elaboradas sean empleadas por una gran parte del mercado, sino también si solo abarcan una parte del producto o el producto en su totalidad (cuanto menor sea el alcance de las cláusulas estándar, menos probabilidades hay de que den lugar, en general, a una limitación de la elección de productos). Por otra parte, cuando no fuera posible ofertar un determinado producto sin establecer las cláusulas estándar, no es probable que haya ningún efecto restrictivo de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. En esta situación, el establecimiento de las cláusulas estándar aumenta más que reduce la elección de productos.

529. En segundo lugar, incluso aunque las cláusulas estándar no definan el alcance real del producto final, pueden ser una parte decisiva de la transacción con el consumidor por otras razones. Un ejemplo pueden ser las compras en línea en las que la confianza del consumidor es esencial (por ejemplo, en el uso de sistemas de pago seguros, la descripción adecuada de los productos, la claridad y transparencia de las normas sobre precios, la flexibilidad de la política de devoluciones, etc.). Como a los consumidores les resulta difícil valorar claramente todos estos elementos, tienden a preferir las prácticas más extendidas y las cláusulas estándar relativas a estos elementos que, por lo tanto, pueden convertirse en una estándar de hecho que las empresas deberán cumplir para vender en el mercado. Aunque no sean vinculantes, estas cláusulas estándar se convertirán en un estándar de hecho, cuyos efectos se aproximan mucho a los de un estándar vinculante y deben ser analizados como corresponde.
530. Si el uso de cláusulas estándar es vinculante, es necesario evaluar su impacto en la calidad y variedad del producto y en la innovación (en especial si las cláusulas estándar son vinculantes en todo el mercado).
531. Por otra parte, si las cláusulas estándar (sean o no vinculantes) contienen alguna condición que produzca probablemente un efecto negativo sobre la competencia en cuanto a los precios (por ejemplo, cláusulas que definen el tipo de descuentos que se deben aplicar), producirán probablemente efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

8.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

8.4.1. Eficiencias

532. El uso de cláusulas estándar puede conllevar beneficios económicos tales como facilitar a los clientes la comparación de las condiciones ofrecidas y, por ende, el cambio de una empresa a otra. Las cláusulas estándar también pueden dar lugar a mejoras de eficiencia en forma de ahorros en costes de transacción y, en ciertos sectores (en especial si la forma jurídica de los contratos es compleja), facilitar la entrada en el mercado. Asimismo, pueden incrementar la seguridad jurídica para las

³⁰⁸ Si la experiencia previa con cláusulas estándar en el mercado de referencia indica que aquellas no dieron lugar a una disminución de la competencia en la diferenciación de productos, esto puede también indicar que el mismo tipo de cláusulas estándar elaboradas para un producto afín tampoco producirá un efecto restrictivo de la competencia.

partes contratantes. Estas mejoras de eficiencia pueden contribuir a un mercado interior resiliente.

533. Cuanto mayor sea el número de competidores en el mercado, mayor será la mejora de eficiencia resultante de facilitar la comparación de las condiciones ofrecidas.

8.4.2. *Carácter indispensable*

534. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia que pueden ser generadas por las cláusulas estándar no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Por lo general, no está justificado que las cláusulas estándar sean vinculantes y obligatorias para el sector. Sin embargo, no cabe excluir la posibilidad de que las cláusulas estándar vinculantes puedan, en un caso específico, ser imprescindibles para lograr las mejoras de eficiencia generadas por dichas cláusulas.

8.4.3. *Beneficio para los consumidores*

535. Tanto el riesgo de efectos restrictivos de la competencia como la probabilidad de las mejoras de eficiencia aumentan con las cuotas de mercado de las empresas y con la medida en que se usan las cláusulas estándar. Por lo tanto, no es posible establecer ninguna salvaguardia regulatoria general al amparo de la cual no haya ningún riesgo de que se produzcan efectos restrictivos de la competencia o que permita presumir que las mejoras de eficiencia benefician a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.
536. Sin embargo, ciertas mejoras de eficiencia generadas por las cláusulas estándar, tales como la mayor comparabilidad de las ofertas presentes en el mercado, la facilitación del cambio de proveedor y la seguridad jurídica de las cláusulas establecidas en las condiciones estándar, benefician necesariamente a los consumidores. Por lo que se refiere a otras posibles mejoras de eficiencia, tales como los menores costes de transacción, hay que evaluar en cada caso y en el contexto económico pertinente si es probable que benefician a los consumidores.

8.4.4. *No eliminación de la competencia*

537. Las cláusulas estándar empleadas por una mayoría del sector pueden crear un estándar sectorial de hecho. En tal caso, se puede eliminar la competencia si se excluye a los terceros del acceso efectivo a este estándar. No obstante, si las cláusulas estándar solo se refieren a una parte limitada del producto o servicio, no es probable que se elimine la competencia.

8.5. Ejemplos

538. Cláusulas estándar no vinculantes y abiertas usadas en contratos con los consumidores finales

Ejemplo 1

Situación: Una asociación comercial de distribuidores de electricidad establece unas cláusulas estándar no vinculantes para el suministro de electricidad a consumidores finales. El establecimiento de estas cláusulas estándar se hace de forma transparente y no discriminatoria. Dichas cláusulas abarcan aspectos como la especificación del punto de consumo, la situación del punto de conexión y el voltaje de conexión, disposiciones sobre la fiabilidad de servicio, así como el procedimiento de liquidación de cuentas entre las partes del contrato (por ejemplo, lo que sucede si el consumidor no facilita al distribuidor las lecturas de los dispositivos de medida). Las

cláusulas estándar no contemplan ningún aspecto relacionado con los precios, es decir, no contienen ningún precio recomendado u otras cláusulas relacionadas con el precio. Cualquier empresa que opere en el sector tiene libertad para usar las cláusulas estándar según le convenga. Alrededor del 80 % de los contratos celebrados con consumidores finales en el mercado de referencia se basa en estas cláusulas estándar.

Análisis: No es probable que estas cláusulas estándar produzcan efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Incluso aunque se convirtieran en práctica sectorial, no parecen tener ningún impacto negativo apreciable en los precios, ni en la calidad o la variedad de los productos.

539. Cláusulas estándar usadas para contratos entre empresas

Ejemplo 2

Situación: Las empresas de construcción de un Estado miembro se unen para establecer unas cláusulas estándar no vinculantes y abiertas para que las utilicen los contratistas cuando oferten un precio a un cliente para un trabajo de construcción. Las cláusulas incluyen un impreso de precios así como las condiciones aplicables a la obra o construcción. El conjunto de estos documentos constituye el contrato de construcción. Las cláusulas cubren aspectos tales como la forma del contrato, las obligaciones generales del contratista y del cliente, condiciones no relacionadas con el precio (por ejemplo, una disposición que especifica el derecho del contratista a anunciar la suspensión de la obra en caso de impago), el seguro, la duración, la entrega y los defectos, la limitación de la responsabilidad, la terminación, etc. Estas cláusulas estándar se emplearán a menudo entre empresas, una activa en sentido descendente y otra en sentido ascendente.

Análisis: No es probable que estas cláusulas estándar produzcan efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Por lo general la elección del producto final por el cliente, es decir, la construcción, no sufrirá ninguna limitación significativa. No parece probable que se produzca ningún otro efecto restrictivo de la competencia. De hecho, varias de las cláusulas en cuestión (entrega y defectos, terminación, etc.) se regirán a menudo por el Derecho.

540. Cláusulas estándar que facilitan la comparación de los productos de distintas empresas

Ejemplo 3

Situación: Una asociación nacional del sector de los seguros difunde unas condiciones estándar no vinculantes para las pólizas de contratos de seguro de hogar. Estas condiciones no dan ninguna indicación del nivel de las primas del seguro, del importe de la cobertura o de las franquicias a cargo de los asegurados. No imponen una cobertura exhaustiva que incluya los riesgos a los que no están expuestos simultáneamente un importante número de tomadores de seguros y no obligan a estos a obtener del mismo asegurador cobertura de riesgos diferentes. Si bien la mayoría de las empresas de seguros utilizan condiciones estándar en las pólizas, no todos sus contratos contienen las mismas condiciones ya que estas se adaptan a las necesidades individuales de cada cliente y, por lo tanto, no hay estandarización de hecho de los productos de seguro ofrecidos a los consumidores. Las condiciones estándar de las pólizas permiten a los consumidores y a sus organizaciones comparar las pólizas ofrecidas por las distintas aseguradoras. Una asociación de consumidores participa en la determinación de las condiciones estándar de las pólizas. Los nuevos operadores también pueden usar las condiciones, de forma no discriminatoria.

Análisis: Estas condiciones estándar de las pólizas se refieren a la composición del producto final de seguro. Si las condiciones de mercado y otros factores indican que puede haber un riesgo de limitación de la variedad del producto como consecuencia del uso de condiciones estándar en las pólizas por las empresas de seguros, es probable que la posible limitación en cuestión quede compensada por eficiencias tales como el hecho de facilitar a los consumidores la comparación de las condiciones ofrecidas por las aseguradoras. A su vez, estas comparaciones facilitan el cambio de aseguradora y, por lo tanto, mejoran la competencia. Además, el cambio de aseguradora y la entrada en el mercado de competidores constituyen una ventaja para los consumidores. El hecho de que la asociación de consumidores haya participado en el proceso puede, en ciertos casos, aumentar la probabilidad de que las eficiencias que no benefician automáticamente a los consumidores los beneficien. Asimismo, es probable que las condiciones estándar de las pólizas reduzcan los costes de transacción y faciliten la entrada de las aseguradoras en mercados geográficos o de productos diferentes. Además, no parece que las restricciones vayan más allá de lo que es necesario para lograr las eficiencias en cuestión ni que se elimine la competencia. Por lo tanto, es probable que se cumplan los criterios del artículo 101, apartado 3.

9. ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD

9.1. Introducción

541. El presente capítulo se centra en la evaluación de los acuerdos entre competidores que persiguen uno o varios objetivos de sostenibilidad (en lo sucesivo, los «acuerdos de sostenibilidad»).
542. El desarrollo sostenible es un principio fundamental del Tratado de la Unión Europea y un objetivo prioritario de las políticas de la Unión³⁰⁹. La Comisión se comprometió a aplicar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas³¹⁰. En consonancia con este compromiso, el Pacto Verde Europeo establece una estrategia de crecimiento destinada a transformar la Unión en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero a partir de 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos³¹¹.
543. En términos generales, el desarrollo sostenible se refiere a la capacidad de la sociedad para consumir y utilizar los recursos disponibles en la actualidad sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Abarca actividades que promueven el desarrollo económico, medioambiental y social (incluidos los derechos laborales y humanos)³¹². Por lo tanto, el concepto de objetivo de sostenibilidad comprende, entre otras cosas, luchar contra el cambio climático (por ejemplo, mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero), eliminar la contaminación, limitar el uso de los

³⁰⁹ Artículo 3 TUE.

³¹⁰ La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas en 2015.

³¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo, COM(2019) 640 final.

³¹² Véase, por ejemplo, la Resolución 66/288 de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012.

recursos naturales, respetar los derechos humanos, fomentar infraestructuras resilientes y la innovación, reducir el desperdicio de alimentos, facilitar la transición hacia alimentos saludables y nutritivos, garantizar el bienestar animal, etc.³¹³.

544. La aplicación del Derecho de competencia contribuye al desarrollo sostenible al garantizar una competencia efectiva, que estimula la innovación, aumenta la calidad y la elección de productos, garantiza una asignación eficiente de los recursos, reduce los costes de producción y contribuye así al bienestar de los consumidores.
545. Sin embargo, una preocupación relacionada con el desarrollo sostenible es que las decisiones individuales de producción y consumo pueden tener efectos negativos («externalidades negativas»), por ejemplo, en el medio ambiente, que los operadores económicos o los consumidores que las causan no tienen suficientemente en cuenta. Estas deficiencias del mercado pueden mitigarse o subsanarse mediante acciones colectivas, por ejemplo, mediante políticas públicas, reglamentaciones sectoriales específicas o acuerdos de cooperación entre empresas que fomenten la producción o el consumo sostenibles.
546. Cuando las deficiencias del mercado se abordan mediante una reglamentación adecuada, por ejemplo, la normativa obligatoria de la Unión en materia de contaminación, los mecanismos de fijación de precios, como el régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión («RCDE»), y los impuestos, pueden ser innecesarias medidas adicionales por parte de las empresas, por ejemplo, a través de acuerdos de cooperación. Sin embargo, los acuerdos de cooperación pueden resultar necesarios si existen deficiencias del mercado residuales que no se abordan plenamente en las políticas y reglamentaciones públicas.
547. Los objetivos de sostenibilidad pueden perseguirse por medio de diferentes tipos de acuerdos de cooperación, también los tratados en los capítulos anteriores de las presentes Directrices. Los acuerdos que persiguen objetivos de sostenibilidad no son un tipo distinto de acuerdos de cooperación. El término «acuerdo de sostenibilidad» utilizado en las presentes Directrices se refiere en general a cualquier tipo de acuerdo de cooperación horizontal que realmente persiga uno o varios objetivos de sostenibilidad, independientemente de la forma de cooperación. Cuando un acuerdo de sostenibilidad se refiera a un tipo de cooperación descrito en cualquiera de los capítulos anteriores de las presentes Directrices, su evaluación se regirá por los principios y las consideraciones establecidos en dichos capítulos, teniendo en cuenta al mismo tiempo el objetivo específico de sostenibilidad perseguido.
548. Los acuerdos de sostenibilidad solo plantean problemas de competencia con arreglo al artículo 101, apartado 1, si conllevan restricciones graves de la competencia en forma de restricciones por el objeto o producen efectos negativos apreciables sobre la competencia contrarios al artículo 101, apartado 1. Cuando los acuerdos de

³¹³ La Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible señala diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (entre ellos, por ejemplo, el Objetivo 7: garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna; Objetivo 9: construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación; Objetivo 13: adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos); y 169 metas (entre ellas, por ejemplo, la meta 9.1: desarrollar infraestructuras fiables, sostenibles, resilientes y de calidad, incluidas infraestructuras regionales y transfronterizas, para apoyar el desarrollo económico y el bienestar humano, haciendo especial hincapié en el acceso asequible y equitativo para todos; y la meta 13.1: fortalecer la resiliencia y la capacidad de adaptación a los riesgos relacionados con el clima y los desastres naturales en todos los países).

sostenibilidad infrinjan el artículo 101, apartado 1, pueden seguir estando justificados con arreglo al artículo 101, apartado 3, si se cumplen las cuatro condiciones de dicha disposición. En las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del artículo 101, apartado 3³¹⁴, se ofrecen orientaciones detalladas sobre la evaluación de estas condiciones. Los acuerdos restrictivos de la competencia no pueden eludir la prohibición del artículo 101, apartado 1, por el mero hecho de que sean necesarios para alcanzar un objetivo de sostenibilidad³¹⁵. No obstante, las restricciones que sean accesorias de un acuerdo de sostenibilidad que cumpla lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, también quedarán fuera del ámbito de aplicación de dicha disposición³¹⁶.

549. En el presente capítulo se ofrecen orientaciones adicionales sobre la evaluación de estas condiciones, en particular, se aclara cuándo pueden tenerse en cuenta los beneficios en materia de sostenibilidad como mejoras cualitativas o cuantitativas de la eficiencia en la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.
550. El presente capítulo está estructurado de la siguiente manera: En la sección 9.2 se presentan ejemplos de acuerdos de sostenibilidad que es poco probable que planteen problemas de competencia porque no restringen la competencia por el objeto, ni tienen ningún efecto apreciable sobre esta y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1; En la sección 9.3 se ofrecen orientaciones sobre aspectos específicos de la evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 1, y se tratan los acuerdos de sostenibilidad más típicos que establecen estándares de sostenibilidad. En la sección 9.4 se tratan aspectos específicos de la evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 3. En la sección 9.5 se examinan las consecuencias de la participación de las autoridades públicas en la celebración de acuerdos de sostenibilidad. Por último, en la sección 9.7 se ofrece una evaluación de ejemplos hipotéticos de acuerdos de sostenibilidad.

9.2. Acuerdos de sostenibilidad que no plantean problemas de competencia

551. No todos los acuerdos de sostenibilidad entre competidores entran en el ámbito de aplicación del artículo 101. Cuando tales acuerdos no afectan a parámetros de competencia, como el precio, la cantidad, la calidad, la elección o la innovación, no pueden plantear problemas relativos a las normas de competencia. Los siguientes ejemplos son ilustrativos y no exhaustivos.
552. En primer lugar, los acuerdos que no se refieran a la actividad económica de los competidores, sino a su conducta empresarial interna, quedarán generalmente fuera del ámbito de aplicación del artículo 101. Los competidores pueden tratar de mejorar

³¹⁴ Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado («artículo 101, apartado 3, de las Directrices»), DO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

³¹⁵ El Tratado prevé expresamente excepciones a la aplicación de las normas sobre la competencia únicamente para prestar un servicio de interés económico general con arreglo al artículo 106, apartado 2, del Tratado y para lograr los objetivos de la política agrícola común con arreglo al artículo 42 del Tratado. Véanse también los asuntos en los que el Tribunal de Justicia ha reconocido que las restricciones inherentes a los objetivos legítimos perseguidos por determinadas profesiones pueden eludir la prohibición del artículo 101, apartado 1, si los consiguientes efectos restrictivos de la competencia son inherentes a la consecución de dichos objetivos (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99, EU:C:2002:98 y la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2006, Meca-Medina y Majcen/Comisión, C-519/04 P, EU:C:2006:492).

³¹⁶ Véase la sección 1.2.6.

la reputación general del sector de ser responsable desde el punto de vista medioambiental y, a tal fin, acuerdan, por ejemplo, medidas para eliminar los plásticos de un solo uso en sus locales comerciales, no superar determinadas temperaturas ambiente en los edificios o limitar el número de materiales impresos al día.

553. En segundo lugar, los acuerdos sobre la creación de una base de datos que contenga información sobre los proveedores que tienen cadenas de valor sostenibles, utilizan procesos de producción sostenibles y proporcionan insumos sostenibles, o los distribuidores que venden productos de manera sostenible, sin exigir a las partes que compren a dichos proveedores o vendan a dichos distribuidores, no plantearán, en general, problemas de competencia con arreglo al artículo 101.
554. En tercer lugar, los acuerdos entre competidores relativos a la organización de campañas de sensibilización en todo el sector o de campañas de sensibilización de los clientes sobre la huella ambiental de su consumo, sin que dichas campañas constituyan publicidad conjunta de productos concretos, tampoco pueden, por lo general, plantear problemas de competencia con arreglo al artículo 101.

9.3. Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 1

9.3.1. Principios

555. Cuando los acuerdos de sostenibilidad afecten a uno o más parámetros de competencia, es posible que tengan que ser evaluados con arreglo al artículo 101, apartado 1.
556. Los acuerdos de sostenibilidad que correspondan a uno de los tipos de acuerdos de cooperación tratados en los capítulos anteriores de las presentes Directrices se evaluarán con arreglo al artículo 101, apartado 1, tal como se describe en dichos capítulos. Por ejemplo, un acuerdo entre competidores para desarrollar conjuntamente una tecnología de producción que reduzca el consumo de energía debe evaluarse con arreglo a los principios establecidos en el capítulo 2 (Acuerdos de I+D). Un acuerdo para compartir infraestructuras con vistas a reducir la huella ambiental de un proceso de producción debe evaluarse con arreglo a los principios establecidos en el capítulo 3 (Acuerdos de producción).
557. Un acuerdo entre competidores para comprar conjuntamente productos con una huella ambiental limitada como insumo para su producción, o para comprar únicamente a proveedores respetando determinados principios de sostenibilidad, debe evaluarse de conformidad con los principios establecidos en el capítulo 4 (Acuerdos de compra)³¹⁷.
558. Del mismo modo, los acuerdos de sostenibilidad que adoptan la forma de acuerdos de I+D o de especialización están cubiertos por los respectivos reglamentos de exención por categorías si se cumplen las condiciones para una exención establecidas en dichos reglamentos.

³¹⁷ Véase la sección 4.2.3.2.

559. El hecho de que un acuerdo persiga realmente un objetivo de sostenibilidad puede tenerse en cuenta para determinar si la restricción en cuestión es una restricción por el objeto o una restricción por el efecto en el sentido del artículo 101, apartado 1³¹⁸.
560. A este respecto, cuando las partes aleguen que un acuerdo que parece perseguir la fijación de precios, la asignación de mercados o clientes, la limitación de la producción o la innovación persigue realmente un objetivo de sostenibilidad, tendrán que presentar todos los hechos y pruebas que demuestren que el acuerdo persigue realmente dicho objetivo y no se utiliza para encubrir una restricción de la competencia por el objeto. Si las pruebas permiten demostrar que el acuerdo persigue efectivamente un verdadero objetivo de sostenibilidad, deberán evaluarse sus efectos sobre la competencia³¹⁹.

9.3.2. *Acuerdos de estandarización de la sostenibilidad*

9.3.2.1. Definición y características

561. Con el fin de contribuir al desarrollo sostenible, es posible que los competidores deseen acordar la eliminación gradual, la retirada o, en algunos casos, la sustitución de productos (por ejemplo, combustibles fósiles como el petróleo y el carbón, plásticos) y procesos (por ejemplo, la combustión en antorcha) no sostenibles por otros sostenibles. Los competidores también pueden querer acordar la armonización de los materiales de envasado para facilitar el reciclado o de los tamaños de los envases (y, por tanto, el contenido de los productos) para reducir los residuos. Los competidores también pueden querer acordar la compra de insumos de producción solo si los productos comprados se fabrican de manera sostenible. Del mismo modo, los competidores pueden querer acordar determinadas condiciones que mejoren el bienestar animal (por ejemplo, estándares acordados para proporcionar más espacio a los animales). A estos efectos, los competidores pueden acordar adoptar y cumplir determinados estándares de sostenibilidad. Estos acuerdos se denominan «acuerdos de estandarización de la sostenibilidad» o «estándares de sostenibilidad» en el presente capítulo.
562. Los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad especifican los requisitos que los productores, comerciantes, fabricantes, minoristas o proveedores de servicios de una cadena de suministro pueden tener que cumplir en relación con una posible amplia gama de parámetros de sostenibilidad, como los impactos ambientales de la producción³²⁰. Los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad suelen proporcionar normas, directrices o características para los productos y los métodos de producción sobre dichos parámetros de sostenibilidad y a veces se denominan sistemas de sostenibilidad. A menudo son iniciativas privadas y pueden ir desde

³¹⁸ Para apreciar si un acuerdo entre empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido del artículo 101, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 53.

³¹⁹ En principio, las pruebas que demuestren la consecución de un objetivo de sostenibilidad deben justificar una duda razonable sobre el objeto contrario a la competencia del acuerdo. Sin embargo, la consecución del objetivo de sostenibilidad no debe ser incierta. Véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 107-108.

³²⁰ Véase, por ejemplo, el Foro de las Naciones Unidas sobre Estándares de Sostenibilidad, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>.

códigos de conducta establecidos unilateralmente por empresas hasta estándares impulsados por organizaciones de la sociedad civil e iniciativas multilaterales que impliquen a empresas a lo largo de toda la cadena de valor³²¹. Las presentes Directrices solo abarcan los estándares de sostenibilidad elaborados por los competidores o en los que estos participan, como las marcas o etiquetas de calidad.

563. Los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad tienen similitudes con los acuerdos de estandarización tratados en el capítulo 7. Sin embargo, también presentan características atípicas de esos acuerdos de estandarización o menos pronunciadas en ellos.
564. En primer lugar, la adopción de un estándar de sostenibilidad a menudo puede dar lugar al establecimiento de una etiqueta, un logotipo o una marca ecológicos para los productos que cumplan determinados requisitos mínimos. El uso de dicha etiqueta, logotipo o marca obliga, en principio, a aquellos que los adoptan a cumplir el estándar. Estas empresas pueden utilizar la etiqueta, el logotipo o la marca siempre que cumplan las condiciones de sostenibilidad, y perderán el uso de estos cuando dejen de cumplir estos requisitos.
565. En segundo lugar, el coste de atenerse a un estándar de sostenibilidad y cumplirlo puede ser elevado, especialmente si se exige que los cambios en los procesos de producción o comercio existentes cumplan dicho estándar. Por lo tanto, atenerse a un estándar de sostenibilidad puede dar lugar a un aumento de los costes de producción o distribución y, por consiguiente, a un aumento del precio de los productos vendidos por las partes.
566. En tercer lugar, a diferencia de los estándares técnicos, que garantizan la interoperabilidad y fomentan la competencia entre tecnologías de diferentes empresas en el proceso de desarrollo de estándares, las cuestiones de interoperabilidad y compatibilidad entre tecnologías son, por lo general, irrelevantes para los estándares de sostenibilidad.
567. En cuarto lugar, muchos estándares de sostenibilidad se basan en el proceso, la gestión o el rendimiento. Esto significa que, a diferencia de muchos estándares técnicos, los estándares de sostenibilidad prescriben a menudo un objetivo que debe alcanzarse sin imponer tecnologías o métodos de producción específicos. Aquellos que adoptan los estándares de sostenibilidad pueden comprometerse con el objetivo, pero seguirán siendo libres de decidir sobre el uso de una tecnología o un proceso de producción concretos para alcanzar ese objetivo.

9.3.2.2. Principales problemas de competencia

568. Los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad a menudo tienen efectos positivos en la competencia. Contribuyen a un desarrollo sostenible y, por tanto, pueden permitir el desarrollo de nuevos productos o mercados, aumentar la calidad de los productos o mejorar las condiciones de suministro o distribución. En particular, al proporcionar información sobre cuestiones de sostenibilidad (por ejemplo, a través de etiquetas), los estándares de sostenibilidad capacitan a los consumidores para tomar decisiones de compra con conocimiento de causa y, por

³²¹ Véase, por ejemplo, el documento «Framework for the Voluntary Sustainability Standards (VSS) Assessment Toolkit» [«Marco de las herramientas para la evaluación de los estándares voluntarios de sostenibilidad», documento en inglés] de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf.

tanto, desempeñan un papel en el desarrollo de mercados de productos sostenibles. Por último, los estándares de sostenibilidad también pueden igualar las condiciones entre los productores que están sujetos a requisitos reglamentarios diferentes.

569. Sin embargo, en algunas circunstancias, los estándares de sostenibilidad también pueden restringir la competencia. Esto puede ocurrir de tres maneras principales: mediante la coordinación de precios, la exclusión de estándares alternativos y la eliminación o discriminación de determinados competidores³²².

9.3.2.3. Restricción por el objeto

570. Los estándares de sostenibilidad que no persiguen realmente un objetivo de sostenibilidad, sino que abarcan la fijación de precios, la asignación de mercados o clientes, las limitaciones de la producción o las limitaciones de la calidad o la innovación, restringen la competencia por el objeto.

571. En particular, un acuerdo entre competidores sobre cómo traducir el aumento de los costes resultante de la adopción de un estándar de sostenibilidad en un aumento de los precios de venta hacia sus clientes restringe la competencia por el objeto. Del mismo modo, un acuerdo entre las partes del estándar de sostenibilidad para presionar a terceros para que se abstengan de comercializar productos que no cumplan dicho estándar restringe la competencia por el objeto.

9.3.2.4. Efectos restrictivos de la competencia

a) Salvaguardia regulatoria blanda

572. Cuando un acuerdo no pueda considerarse una restricción por el objeto, solo podrá infringir el artículo 101, apartado 1, si produce un efecto negativo apreciable sobre la competencia. Sin embargo, es poco probable que los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad produzcan efectos negativos apreciables para la competencia y quedarán fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, si se cumplen las siguientes condiciones acumulativas:

En primer lugar, el procedimiento para desarrollar el estándar de sostenibilidad es transparente y todos los competidores interesados pueden participar en el proceso que conduce a la selección del mismo³²³.

En segundo lugar, el estándar de sostenibilidad no debe imponer a las empresas que no deseen participar en él la obligación, directa o indirecta, de cumplirlo³²⁴.

En tercer lugar, las empresas participantes deben seguir teniendo libertad para adoptar por sí mismas un estándar de sostenibilidad más elevado que el acordado con las demás partes del acuerdo (por ejemplo, pueden decidir utilizar en su producto final ingredientes más sostenibles de lo que el estándar puede exigir).

En cuarto lugar, las partes del estándar de sostenibilidad no deben intercambiar información comercial confidencial que no sea necesaria para el desarrollo, la adopción o la modificación del estándar.

³²² Véanse los apartados 467-470.

³²³ Véase el apartado 479.

³²⁴ En otras palabras, las empresas del sector que no deseen cumplir el estándar deben seguir siendo libres y no deben verse obstaculizadas para seguir abasteciendo al mercado y a los consumidores de productos que cumplan los requisitos legales pero que no cumplan los requisitos adicionales creados por el nuevo estándar de sostenibilidad.

En quinto lugar, debe garantizarse un acceso efectivo y no discriminatorio al resultado del procedimiento de estandarización. Esto debe incluir un acceso efectivo y no discriminatorio a los requisitos y las condiciones para la obtención de la etiqueta acordada o para la adopción del estándar en una fase posterior por parte de las empresas que no hayan participado en el proceso de desarrollo de estándares.

En sexto lugar, el estándar de sostenibilidad no debe dar lugar a un aumento significativo del precio ni a una reducción importante de la elección de productos disponibles en el mercado³²⁵.

En séptimo lugar, debe existir un mecanismo o un sistema de seguimiento para garantizar que las empresas que adoptan el estándar de sostenibilidad cumplen efectivamente los requisitos de este.

573. Estas condiciones garantizan que el estándar de sostenibilidad no excluya estándares alternativos innovadores, ni elimine o discrimine a otras empresas y garantice un acceso efectivo al mismo. La condición de no intercambiar información comercial confidencial innecesaria garantiza que el procedimiento de establecimiento de estándares no se utilice para facilitar la colusión o limitar la competencia entre las partes. Como se ha señalado en el apartado 565, los estándares de sostenibilidad a menudo pueden dar lugar a un aumento de los precios. No obstante, cuando el estándar sea adoptado por empresas que representen una parte significativa del mercado, podrán lograrse importantes economías de escala que permitan a las empresas mantener el nivel de precios anterior o aplicar únicamente un incremento de precios insignificante.
574. El incumplimiento de una o varias de estas condiciones no crea una presunción de que el acuerdo restringe la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, si no se cumplen algunas de estas condiciones, será necesario evaluar, en particular, si es probable que el acuerdo produzca o de hecho produce (y en qué medida) un efecto negativo apreciable sobre la competencia. Pueden existir diferentes modelos para los esfuerzos de estandarización y las empresas tienen libertad para establecer normas y procedimientos que no infrinjan las normas de competencia y que sean diferentes de los descritos en el apartado 572.

b) Necesidad de evaluar los efectos del acuerdo

575. Para evaluar los efectos de un estándar de sostenibilidad, hay que tener en cuenta la cobertura de mercado de los productos que incorporan el estándar. Los estándares de sostenibilidad pueden carecer de efectos contrarios a la competencia apreciables, ya que existe una competencia suficiente con etiquetas o estándares de sostenibilidad alternativos o con productos producidos y distribuidos de forma convencional (es decir, al margen de las etiquetas o estándares). La cobertura de mercado del acuerdo en cuestión puede ser insuficiente para falsear la competencia de forma apreciable, debido a la competencia real de etiquetas o productos alternativos producidos y distribuidos de forma convencional. Aunque la cobertura de mercado del acuerdo sea significativa, el efecto restrictivo de la competencia potencial puede seguir siendo

³²⁵ La política de competencia se refiere a los aumentos de precios resultantes de una restricción de la competencia y no a incrementos de precios que se limiten a reflejar un aumento de la calidad de los productos. Sin embargo, en la práctica es muy difícil distinguir los incrementos de precios que se derivan únicamente del aumento de la calidad de aquellos que se deben también a la restricción de la competencia. Por lo tanto, cuando el aumento de precios o la reducción de la calidad sean significativos, deberán evaluarse los efectos del acuerdo.

suficiente, en particular en los casos en que el acuerdo de sostenibilidad se limite a establecer una etiqueta, dejando a las empresas participantes libertad para operar también al margen de esta. De ser así, los consumidores tendrán la posibilidad de comprar productos que lleven la etiqueta, o productos, posiblemente fabricados por las mismas empresas, que no se ajusten a la etiqueta, por lo que es poco probable que se restrinja la competencia³²⁶. En los casos en que sea probable que un acuerdo de estandarización dé lugar a un aumento significativo del precio o a una reducción de la producción, la variedad de productos, la calidad o la innovación, las partes del acuerdo podrán acogerse al artículo 101, apartado 3.

9.4. Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 3

576. Cualquier acuerdo de sostenibilidad que infrinja el artículo 101, apartado 1, podrá quedar exento en virtud del artículo 101, apartado 3, si las partes del acuerdo demuestran que se cumplen las cuatro condiciones acumulativas de dicha disposición.

9.4.1. Mejoras de eficiencia

577. La primera condición del artículo 101, apartado 3, exige que el acuerdo en cuestión contribuya a mejorar la producción o distribución de mercancías o a promover el progreso técnico o económico. En esencia, exige que el acuerdo contribuya a eficiencias objetivas, entendidas en términos generales, en el sentido de que abarquen no solo las reducciones de los costes de producción y distribución, sino también los aumentos de la variedad y la calidad de los productos, las mejoras en los procesos de producción o distribución y el aumento de la innovación³²⁷. Por lo tanto, permite tener en cuenta como mejoras de eficiencia una amplia gama de beneficios en materia de sostenibilidad derivados del uso de ingredientes, tecnologías y procesos de producción específicos.

578. Por ejemplo, los acuerdos de sostenibilidad pueden producir eficiencias, como el uso de tecnologías de producción o distribución más limpias, la reducción de la contaminación, la mejora de las condiciones de producción y distribución, el aumento de la resiliencia de las infraestructuras o cadenas de suministro, la mejora de la calidad de los productos, etc. También pueden evitar interrupciones de la cadena de suministro, reducir el tiempo necesario para introducir productos sostenibles en el mercado y ayudar a mejorar las posibilidades de elección de los consumidores al facilitar la comparación de los productos. Estas mejoras de eficiencia pueden contribuir a un mercado interior resiliente.

579. Estas eficiencias deberán justificarse y no pueden asumirse sin más³²⁸. También deben ser objetivas, concretas y verificables. Por ejemplo, si la eficiencia alegada consiste en la mejora del producto, las partes deben demostrar las características

³²⁶ Los acuerdos entre competidores que no contengan restricciones por el objeto también pueden beneficiarse de la salvaguardia regulatoria prevista en la Comunicación *de minimis*, a condición de que, si el acuerdo se celebra entre competidores, la cuota de mercado agregada de las partes del acuerdo no supere el 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo. Véase 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 (Comunicación *de minimis*), DO C 291 de 30.8.2014, p. 13.

³²⁷ Véanse también los apartados 48-72 de las Directrices sobre el artículo 101, apartado 3.

³²⁸ Véanse también los apartados 50-58 de las Directrices sobre el artículo 101, apartado 3.

exactas de dicha mejora. Si el beneficio alegado es, por ejemplo, la reducción de la contaminación del agua, las partes deben explicar cómo contribuye exactamente el acuerdo a la reducción de la contaminación del agua y proporcionar una estimación de la magnitud del beneficio alegado³²⁹.

9.4.2. *Carácter indispensable*

580. A efectos de las presentes Directrices, conviene abordar la tercera condición prevista en el artículo 101, apartado 3, es decir, la de carácter indispensable, antes de la segunda condición, es decir, la de la participación equitativa de los consumidores. La razón de ello es que el análisis de la participación equitativa de los consumidores no debe incluir los efectos de ninguna restricción que no cumpla la condición de carácter de indispensable y que, por tanto, esté prohibida por el artículo 101³³⁰.
581. Según la tercera condición del artículo 101, apartado 3, el acuerdo restrictivo no debe imponer restricciones que no sean indispensables para alcanzar los beneficios derivados del mismo. Para cumplir este requisito, las partes del acuerdo deben demostrar que su acuerdo como tal, así como cada una de las restricciones de la competencia que implica, son razonablemente necesarios para que se materialicen los beneficios en materia de sostenibilidad alegados y que no existen otros medios económicamente viables y menos restrictivos para alcanzarlos³³¹.
582. En principio, cada empresa debe decidir por sí misma cómo perseguir los beneficios en materia de sostenibilidad y, en la medida en que los consumidores valoren estos beneficios, el mercado recompensará las buenas decisiones y castigará las malas. Cuando hay demanda de productos sostenibles, los acuerdos de cooperación no son indispensables para alcanzar los beneficios en materia de sostenibilidad en sí mismos. Sin embargo, sí pueden ser indispensables para alcanzar el objetivo de sostenibilidad de una manera más rentable.
583. Las políticas y los reglamentos públicos suelen ocuparse de las externalidades negativas. Por lo general, su objetivo es imponer normas que exijan acciones colectivas que garanticen unos resultados de mercado eficientes que tengan en cuenta las implicaciones para la sostenibilidad de las acciones individuales³³². Por lo tanto, cuando la legislación nacional o de la UE exige a las empresas cumplir objetivos concretos de sostenibilidad, los acuerdos de cooperación y las restricciones que estos pueden implicar no pueden considerarse indispensables para alcanzar el objetivo. Esto se debe a que el legislador ya ha decidido que cada empresa es necesaria por sí sola para alcanzar el objetivo³³³. En tales circunstancias, los acuerdos de cooperación solo pueden ser indispensables para alcanzar el objetivo de una manera más rentable.

³²⁹ Véase, por ejemplo, la Recomendación (UE) 2021/2279 de la Comisión de 15 de diciembre de 2021 sobre el uso de los métodos de la huella ambiental para medir y comunicar el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones a lo largo de su ciclo de vida, DO L 471 de 30.12.2021, p. 1.

³³⁰ Véase en particular el apartado 39 de las Directrices sobre el artículo 101, apartado 3.

³³¹ Véanse en particular los apartados 73-82 de las Directrices sobre el artículo 101, apartado 3.

³³² Por ejemplo, la normativa medioambiental persigue este objetivo a través de impuestos, prohibiciones o subvenciones.

³³³ Si las empresas están vinculadas por un sistema de limitación y comercio, como el RCDE UE, debe considerarse que cualquier reducción de la contaminación y la correspondiente disminución en el uso de derechos de emisión de una empresa o un sector determinados liberarán dichos derechos, lo que dará lugar a un efecto neto nulo sobre la contaminación sin una reducción de los derechos de emisión (efecto cama de agua).

584. Puede haber otros casos en los que, debido a deficiencias del mercado, los beneficios en materia de sostenibilidad no puedan lograrse si se dejan a la libre interacción de las fuerzas del mercado o puedan lograrse de manera más rentable si las empresas cooperan. Por ejemplo, puede ser necesario un acuerdo de sostenibilidad para evitar el parasitismo en las inversiones necesarias para promover un producto sostenible y educar a los consumidores (superando las denominadas «desventajas del pionero»).
585. En este contexto, también puede ser necesario un acuerdo restrictivo para lograr economías de escala, en particular para alcanzar una escala suficiente para cubrir los costes fijos de la creación, el funcionamiento y el seguimiento de la etiqueta. Las restricciones también pueden resultar indispensables a fin de alinear los incentivos de las partes y garantizar que estas concentren sus esfuerzos en la aplicación del acuerdo³³⁴. Si el acuerdo obliga a las partes a no operar al margen de la etiqueta o el estándar, las partes tendrán que demostrar por qué el mero establecimiento de una etiqueta o estándar no bastará para obtener eficiencias. Por lo general, basta con que el acuerdo defina el estándar de sostenibilidad como estándar mínimo común, dejando así margen para que las empresas participantes apliquen individualmente un estándar de sostenibilidad más elevado que el comúnmente acordado.
586. Un acuerdo también puede ser necesario en los casos en que las partes puedan demostrar que los consumidores del mercado de referencia tienen dificultades, debido, por ejemplo, a la falta de conocimientos o de información suficientes sobre el propio producto o las consecuencias de su utilización, para equilibrar objetivamente los beneficios futuros que obtienen de un acuerdo con el perjuicio inmediato que sufren del mismo acuerdo y que, en consecuencia, sobrestiman la importancia del efecto inmediato. Por ejemplo, es posible que los consumidores no puedan apreciar los beneficios futuros en forma de mejora de la calidad y la innovación, si el efecto inmediato es un aumento del precio del producto.
587. Por regla general, las obligaciones impuestas por los acuerdos de sostenibilidad no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo del acuerdo.

9.4.3. *Beneficio para los consumidores*

588. La segunda condición del artículo 101, apartado 3 exige que los usuarios reciban una participación equitativa de los beneficios alegados. El concepto de «consumidores» abarca a todos los usuarios directos o indirectos de los productos cubiertos por el acuerdo³³⁵. Los consumidores reciben una participación equitativa de los beneficios cuando los beneficios derivados del acuerdo compensan el perjuicio causado por el mismo acuerdo, de modo que la incidencia global sobre los consumidores en el mercado pertinente es al menos neutra³³⁶. Por lo tanto, los beneficios en materia de sostenibilidad que se derivan de los acuerdos deben estar relacionados con los consumidores de los productos cubiertos por dichos acuerdos.
589. En muchos casos, puede ser evidente que los beneficios en materia de sostenibilidad no guardan relación con los consumidores en el mercado de referencia o que no serían lo suficientemente significativos como para compensar el perjuicio en dicho

³³⁴ Véase en particular el apartado 80 de las Directrices sobre el artículo 101, apartado 3.

³³⁵ Esto comprende a los productores que utilizan los productos como insumo, los mayoristas, los minoristas y los consumidores finales, es decir, las personas físicas que actúan con fines que pueden considerarse ajenos a su actividad comercial o profesión.

³³⁶ Véanse el apartado 85 de las Directrices sobre el artículo 101, apartado 3 y la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 72.

mercado. Por el contrario, puede haber casos en los que el perjuicio para la competencia sea claramente insignificante en comparación con los beneficios potenciales, lo que evitará la necesidad de una evaluación detallada. Sin embargo, también puede haber casos en los que no pueda evitarse una evaluación detallada.

9.4.3.1. Beneficios individuales del valor de uso

590. Los beneficios para los consumidores suelen derivarse del consumo o del uso de los productos cubiertos por el acuerdo evaluado. Estos beneficios pueden adoptar la forma de una mejora de la calidad de los productos o de la variedad de productos resultante de las eficiencias cualitativas, o materializarse en forma de disminución de los precios como resultado de la eficiencia de costes. Estos beneficios también pueden derivarse del consumo de un producto sostenible del mismo modo que del consumo de cualquier otro producto. Asimismo pueden denominarse «beneficios individuales del valor de uso», ya que se derivan del uso del producto y mejoran directamente la experiencia de los consumidores con el producto en cuestión.
591. Por ejemplo, las hortalizas cultivadas con la ayuda de fertilizantes orgánicos pueden tener un mejor sabor o ser más sanas para los consumidores que aquellas producidas con fertilizantes no orgánicos. Del mismo modo, la sustitución del plástico por materiales más duraderos en una variedad de productos puede aumentar la longevidad de los productos en cuestión. En estas circunstancias, los consumidores disfrutan de una mayor calidad por el mero hecho de consumir el producto en cuestión. Se trata de eficiencias cualitativas típicas que pueden derivarse de un acuerdo restrictivo y pueden compensar el perjuicio causado por el aumento de los precios (debido al uso acordado de materiales sostenibles más caros) o la reducción de la elección (debido a la no utilización acordada de un producto no sostenible). Si los beneficios son lo suficientemente significativos como para compensar el perjuicio causado por el aumento de los precios o la reducción de la elección, estos compensarán a los consumidores perjudicados por el mismo acuerdo y, por tanto, cumplirán la segunda condición del artículo 101, apartado 3.
592. En los ejemplos anteriores, junto con los beneficios individuales del valor de uso, los acuerdos en cuestión pueden ir acompañados de efectos positivos externos a los consumidores (externalidades positivas). Existen externalidades positivas cuando se reducen las externalidades negativas, como la contaminación, la erosión del suelo, etc. Es posible que estas externalidades positivas de las que puede disfrutar la sociedad en la actualidad o en el futuro no hubieran sido posibles sin el acuerdo restrictivo en cuestión. Estas externalidades positivas son distintas de los beneficios individuales del valor de uso de que disfrutaban los consumidores en el mercado de referencia (véase la sección 9.4.3.3).
593. Los acuerdos destinados a reducir los envases también pueden reducir los costes de producción y distribución y, en última instancia, el precio del producto. Por ejemplo, un acuerdo entre competidores para suministrar detergente líquido concentrado en botellas de tamaño reducido puede reducir el coste de los materiales, el transporte y el almacenamiento. Del mismo modo, los acuerdos destinados a compartir infraestructuras o servicios de transporte de distribución con competidores pueden reducir los costes de las partes y, por tanto, el precio final del producto. En efecto, el perjuicio de tales acuerdos puede consistir en una reducción de las posibilidades de elección de los consumidores, pero el beneficio de un precio inferior puede

compensar el perjuicio resultante de la limitación de la elección o incluso de la menor calidad de los servicios o productos³³⁷. Los mismos acuerdos también pueden tener externalidades positivas consistentes en un impacto negativo reducido en el medio ambiente (véase la sección 9.4.3.3).

9.4.3.2. Beneficios individuales del valor de no uso

594. Los beneficios para los consumidores de los acuerdos de sostenibilidad pueden consistir no solo en beneficios directos del uso de un producto sostenible, sino también en beneficios indirectos, derivados de la apreciación por parte de los consumidores del impacto de su consumo sostenible en los demás. En particular, algunos consumidores pueden valorar más el consumo de un producto sostenible que el de uno no sostenible porque el primero tiene un impacto menos negativo para los demás que el segundo.
595. Por ejemplo, los consumidores pueden optar por un líquido de limpieza concreto no porque limpie mejor, sino porque contamine menos el agua. Del mismo modo, los consumidores pueden estar dispuestos a pagar un precio más elevado por un mueble fabricado a partir de madera cultivada y cosechada de forma sostenible no por la mejor calidad del mueble, sino porque quieren detener la deforestación y la pérdida de hábitats naturales. En la misma línea, los conductores pueden optar por utilizar un combustible más caro no porque sea de mayor calidad y mejor para sus vehículos, sino porque contamine menos.
596. En estas circunstancias, no se mejora directamente la experiencia de uso de los consumidores con el producto. No obstante, los consumidores están dispuestos a pagar un precio más elevado por un producto sostenible o a limitar su elección de consumo al no utilizar una variante no sostenible del producto, a fin de que la sociedad o las generaciones futuras se beneficien. Por lo tanto, los beneficios indirectos del valor de no uso recaen en los consumidores del mercado de referencia a través de su valoración personal o individual del efecto en los demás, incluidos los no usuarios ajenos al mercado de referencia.
597. Los consumidores que están dispuestos a pagar más por estos productos perciben que son de mayor calidad, precisamente debido a las ventajas para los demás. Por lo tanto, desde una perspectiva económica, estos beneficios cualitativos indirectos no difieren de los beneficios habituales de mejora de la calidad que aumentan el valor de uso directo de un producto y que se analizan en la sección 9.4.3.1. La medición de estos beneficios indirectos del valor de no uso puede llevarse a cabo investigando la disposición de los consumidores a pagar, por ejemplo, a través de encuestas a los clientes.
598. Puede haber una diferencia entre lo que los consumidores declaran que son sus preferencias y lo que su comportamiento de compra señala. Esto puede indicar que las preferencias declaradas sobrestiman o, por el contrario, subestiman las preferencias reales. Para mitigar estos sesgos relacionados con opciones hipotéticas en las encuestas, estas deben proporcionar un contexto útil y adecuado. Además, es posible que las preguntas planteadas deban tener en cuenta las normas sociales, el

³³⁷ Es más probable que las reducciones de los costes marginales o variables sean pertinentes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de los costes fijos; en principio, las primeras tienen más probabilidades de dar lugar a precios más bajos para los consumidores.

conocimiento y los hábitos de los consumidores o las expectativas sobre el comportamiento de los demás.

599. De manera más general, para asumir la carga de la prueba que les incumbe en virtud del artículo 101, apartado 3, las partes de un acuerdo deben aportar pruebas sólidas que demuestren las preferencias reales de los consumidores. Las partes del acuerdo deben evitar superponer sus propias preferencias a los consumidores.
600. En la evaluación de la disposición de los consumidores a pagar, no es necesario que se evalúe la disposición de todos y cada uno de los consumidores del mercado de referencia. A efectos de la investigación, basta con que la evaluación se base en una fracción representativa de todos los consumidores del mercado de referencia³³⁸.

9.4.3.3. Beneficios colectivos

601. El punto 9.4.3.2 se refiere a los beneficios individuales del valor de no uso, que se limitan a las opciones voluntarias (altruistas) de los consumidores individuales. Sin embargo, no todas las externalidades negativas pueden subsanarse mediante acciones voluntarias e individuales de los consumidores. Dado que el impacto sobre la sostenibilidad del consumo individual no recae necesariamente en la persona consumidora sino en un grupo más amplio, puede ser necesaria una acción colectiva, como un acuerdo de cooperación, para internalizar externalidades negativas y aportar beneficios en materia de sostenibilidad a un grupo más amplio de la sociedad³³⁹. Por ejemplo, los consumidores pueden no estar dispuestos a pagar un precio más elevado por un producto producido con una tecnología ecológica pero costosa. Para garantizar que se materializan los beneficios relacionados con el uso de esa tecnología ecológica, puede ser necesario un acuerdo para eliminar gradualmente la tecnología contaminante. Estos beneficios se denominan «beneficios colectivos», ya que se producen con independencia de la apreciación individual del producto por parte de los consumidores y pueden beneficiar objetivamente a los consumidores del mercado de referencia si estos forman parte del grupo más amplio de beneficiarios.
602. Aunque el equilibrio entre los efectos negativos y los beneficios resultantes de los acuerdos restrictivos se realiza normalmente en el mercado de referencia al que se refiere el acuerdo, cuando dos mercados estén vinculados, se podrán tener en cuenta las eficiencias obtenidas en mercados independientes, siempre que el grupo de consumidores afectados por la restricción y que se benefician de las mejoras de eficiencia sea sustancialmente el mismo³⁴⁰.

³³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 72.

³³⁹ La deficiencia del mercado en tales situaciones suele consistir en el hecho de que el consumo no sostenible ejerce externalidades negativas sobre otros. Estas externalidades (como las emisiones) no están plenamente internalizadas por los compradores individuales y, por lo tanto, se producen en exceso. Del mismo modo, la deficiencia del mercado puede consistir en externalidades positivas del consumo sostenible que los consumidores ejercen entre sí. Por la misma razón, el mercado libre no produce las suficientes.

³⁴⁰ Apartado 43 de las Directrices relativas al artículo 101, apartado 3; véanse también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006, GlaxoSmithKline Services/Comisión, T-168/01, EU:C:2006:265, apartados 248 y 251; la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 242; la Decisión de la Comisión de 23 de mayo de 2013 en el asunto AT.39595 Air Canada/United Airlines/Lufthansa («alianza STAR»).

603. Por analogía, cuando los consumidores del mercado de referencia se solapan sustancialmente con los beneficiarios ajenos al mercado de referencia o forman parte de ellos, los beneficios colectivos para los consumidores del mercado de referencia que se producen fuera de dicho mercado pueden tenerse en cuenta si son lo suficientemente significativos como para compensar a dichos consumidores por el perjuicio sufrido³⁴¹.
604. Por ejemplo, los conductores que compren combustibles menos contaminantes también son ciudadanos que se beneficiarían de un aire más limpio si se utilizaran combustibles menos contaminantes. En la medida en que pueda establecerse un solapamiento sustancial entre los consumidores (los conductores en este ejemplo) y los beneficiarios (los ciudadanos), los beneficios en materia de sostenibilidad de un aire más limpio son, en principio, pertinentes para la evaluación y pueden tenerse en cuenta si son lo suficientemente significativos como para compensar a los consumidores del mercado de referencia por el perjuicio sufrido. Por el contrario, los consumidores pueden comprar ropa de algodón sostenible que reduzca el uso de productos químicos y agua en las tierras donde se cultiva. Estos beneficios medioambientales podrían, en principio, tenerse en cuenta como beneficios colectivos. Sin embargo, es probable que no exista un solapamiento sustancial entre los consumidores de la ropa y los beneficiarios de estos beneficios medioambientales, que solo se producen en la zona en la que se cultiva el algodón. Por lo tanto, es poco probable que estos beneficios colectivos recaigan en los consumidores del mercado de referencia. En la medida en que los consumidores están dispuestos a pagar más si su ropa se fabrica con algodón cultivado de forma sostenible, los beneficios medioambientales locales pueden tenerse en cuenta como beneficios individuales del valor de no uso para los consumidores de la ropa (véase la sección 9.4.3.2).
605. Para que los beneficios colectivos se materialicen, la cobertura de mercado del acuerdo puede tener que ser significativa. Si, por ejemplo, solo dos de cada diez fabricantes de lavadoras aceptan renunciar a las variantes más contaminantes, es poco probable que el acuerdo impida el parasitismo y, por tanto, que reduzca suficientemente la contaminación, ya que los consumidores interesados podrán seguir comprando las variantes contaminantes a uno o varios de los proveedores restantes³⁴².
606. Para tener en cuenta los beneficios colectivos, las partes deben poder:
- a) describir claramente los beneficios alegados y aportar pruebas de que ya se han producido o que es probable que se produzcan;
 - b) definir claramente a los beneficiarios;
 - c) demostrar que los consumidores del mercado de referencia se solapan sustancialmente con los beneficiarios o forman parte de ellos; y

³⁴¹ Los consumidores pueden ser compensados a través de un tipo de beneficios en materia de sostenibilidad o de una combinación de beneficios individuales y colectivos (véase la sección 9.4.3.4).

³⁴² Sin embargo, en este ejemplo no solo el beneficio potencial del acuerdo es limitado debido a una cobertura insuficiente, sino también el perjuicio potencial para la competencia (esencialmente por las mismas razones).

- d) demostrar qué parte de los beneficios colectivos que se producen o que es probable que se produzcan fuera del mercado de referencia recae en los consumidores del producto de dicho mercado.
607. Las pruebas de beneficios colectivos basadas en informes de las autoridades públicas o en informes elaborados por organizaciones académicas reconocidas pueden tener un valor particular para esta evaluación.
608. Cuando no se disponga de datos que permitan un análisis cuantitativo de los beneficios de que se trate, debe ser posible prever un impacto positivo claramente identificable en los consumidores, no uno marginal. La experiencia actual en la medición y cuantificación de los beneficios colectivos sigue siendo escasa. La Comisión podrá proporcionar más orientaciones sobre esta cuestión tras acumular experiencia en el tratamiento de casos concretos, lo que podría permitir el desarrollo de metodologías de evaluación.

9.4.3.4. Cualquier tipo de beneficios o todos ellos

609. En todos los casos, las partes del acuerdo de sostenibilidad tienen libertad para presentar pruebas y argumentos en apoyo de las solicitudes de cualquiera de los tres tipos de beneficios para los consumidores o de todos ellos. La elección de las partes puede depender de la especificidad del caso y de la solidez de las pruebas disponibles. En algunos casos, el hecho de indicar únicamente beneficios individuales del valor de uso puede bastar para cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3, mientras que en otros, bastarán los beneficios individuales del valor de no uso o los beneficios colectivos. En los demás casos, cabe la posibilidad de combinar dos o los tres tipos de beneficios.

9.4.4. *No eliminación de la competencia*

610. Con arreglo a la cuarta condición del artículo 101, apartado 3, el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. En esencia, la condición garantiza que siempre se mantenga un cierto grado de competencia residual en el mercado afectado por el acuerdo, con independencia de la magnitud de los beneficios.
611. Esta última condición puede cumplirse incluso si el acuerdo que restringe la competencia abarca a todo el sector, siempre que las partes del acuerdo sigan compitiendo enérgicamente en al menos un aspecto importante de la competencia. Por ejemplo, si el acuerdo elimina la competencia en materia de calidad o variedad, pero la relativa a los precios es también un parámetro importante para la competencia en el sector de que se trate y no está restringida, esta condición puede cumplirse.
612. Además, si los competidores compiten con una gama de productos diferenciados, todos en el mismo mercado de referencia, la eliminación de la competencia en una o más de las variantes del producto no significa necesariamente que se elimine la competencia en el mercado de referencia.
613. Del mismo modo, si los competidores deciden no utilizar una tecnología contaminante concreta o un determinado ingrediente no sostenible en la producción de sus productos, la competencia entre los competidores no se eliminará si siguen compitiendo en el precio o en la calidad del producto final.
614. Por último, la eliminación de la competencia durante un período limitado, que no tiene ningún impacto en el desarrollo de la competencia una vez transcurrido este período, no será un obstáculo para cumplir esta condición. Por ejemplo, un acuerdo

entre competidores para limitar temporalmente la producción de una variante de un producto que contenga un ingrediente no sostenible, con el fin de introducir en el mercado un sustituto sostenible, destinado a sensibilizar a los consumidores sobre las propiedades del nuevo producto, cumplirá la última condición de competencia.

9.5. Participación de las autoridades públicas

615. La participación de las autoridades gubernamentales o locales en el proceso de celebración de acuerdos de sostenibilidad, o el conocimiento por parte de dichas autoridades de la existencia de tales acuerdos, no es en sí mismo motivo para considerar tales acuerdos compatibles con las normas de competencia. Dicha participación o conocimiento por parte de las autoridades públicas no exime a las partes del acuerdo de sostenibilidad de la responsabilidad por una infracción del artículo 101, apartado 1. Del mismo modo, si los actos de las autoridades públicas se limitan a fomentar o a facilitar comportamientos autónomos de las empresas contrarios a la competencia, estas siguen sometidas al artículo 101, apartado 1³⁴³.
616. Sin embargo, las partes de un acuerdo de sostenibilidad que restrinja la competencia no serán consideradas responsables de las infracciones de la legislación en materia de competencia si las autoridades públicas las han obligado a celebrar el acuerdo o cuando dichas autoridades refuercen el efecto del acuerdo³⁴⁴.

9.6. Ejemplos

617. Un acuerdo que se beneficia de la salvaguardia regulatoria blanda

Ejemplo 1

Situación: Los cereales para el desayuno se venden en atractivas cajas de cartón de colores. A lo largo de los años, el tamaño de estas cajas ha ido aumentando, no porque el contenido sea mayor, sino simplemente para hacerlas más atractivas y sugerentes para los consumidores. Se trata de una estrategia de comercialización rentable, ya que los consumidores suelen comprar los cereales para el desayuno de forma espontánea, y el mayor tamaño da la impresión de ser la mejor compra. Dado que todos los productores han seguido esta estrategia, esta no ha tenido un efecto significativo en sus cuotas de mercado. Sin embargo, ha dado lugar a un exceso de alrededor del 15 % en el material de envasado utilizado para sus productos.

Prevent Waste, una organización no gubernamental, ha criticado la estrategia de «caja vacía» de los productores de cereales para el desayuno por considerarla un despilfarro y perjudicial para el medio ambiente, al utilizar más recursos naturales de los necesarios para una producción y distribución eficientes de estos productos. En respuesta, los productores de cereales para el desayuno, unidos en su organización comercial, han aceptado limitar el exceso de envasado de sus productos. Han acordado colectivamente limitar el exceso a un máximo del 3 % para garantizar que las cajas de cereales sigan siendo fáciles de utilizar, y han hecho pública su decisión. Los productores han aplicado el acuerdo desde principios de año y este cubre el 100 % del mercado. Como consecuencia de ello, los costes de envasado, que representan el 6 % del precio al por mayor, han disminuido en torno

³⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, apartado 56.

³⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2013, Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, EU:C:2013:827, apartado 38; sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros, C-94/04, EU:C:2006:758, apartado 47.

a un 10 %. Esto ha dado lugar a una disminución de alrededor del 0,5 % del precio al por mayor de los cereales para el desayuno y de un 0-0,5 % del precio al por menor.

Análisis: Los competidores acuerdan un elemento que afecta al precio del producto, pero lo hacen de manera transparente, permitiendo a todos adoptar el enfoque sin imponer la obligación de hacerlo. No hay intercambio de información sensible y el cumplimiento de la decisión es fácil de controlar. Además, los productores de cereales siguen siendo libres de seguir reduciendo sus envases si así lo desean. Asimismo, el acuerdo de limitar el exceso de envasado tiene un efecto muy reducido e incluso a la baja sobre el precio de los cereales para el desayuno, no afecta a la competencia entre los productores de cereales en los principales parámetros de precio, calidad e innovación, y solo afecta de forma muy limitada a la competencia en la comercialización (habida cuenta del impacto aparentemente limitado de la estrategia de sobredimensionamiento de las cajas). Por lo tanto, el acuerdo cumple las condiciones de la salvaguardia regulatoria y, de este modo, no entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. De hecho, el acuerdo mejora los resultados para los consumidores, al eliminar las costosas estrategias de exceso de envasado que tienen poco impacto en la competencia.

618. Un acuerdo que no tiene efectos apreciables sobre la competencia

Ejemplo 2

Situación: Fair Tropical Fruits, una organización no gubernamental, junto con una serie de comerciantes de fruta, han creado una etiqueta para las frutas tropicales de comercio justo (la etiqueta «FTF»). Para poder utilizar la etiqueta, las empresas que comercian con frutas tropicales deben garantizar que las frutas en cuestión proceden de explotaciones en las que se respetan determinadas condiciones mínimas para el uso seguro de los plaguicidas. Estas empresas siguen teniendo libertad para comercializar también frutas con otras etiquetas. Fair Tropical Fruits ha establecido un sistema de seguimiento para certificar que los productos vendidos con la etiqueta FTF cumplen las condiciones mínimas. Las condiciones de participación, la metodología y los resultados del sistema de seguimiento están disponibles en el sitio web de Fair Tropical Fruits. Las frutas vendidas con la etiqueta FTF son más caras que otras frutas tropicales comercializadas.

La etiqueta FTF se ha introducido en toda la UE y una serie de grandes comerciantes la utilizan y han firmado el acuerdo para respetar las condiciones mínimas de la etiqueta. La etiqueta se ha hecho popular rápidamente entre algunos consumidores. Dependiendo del tipo de fruta tropical y del mercado geográfico afectado, las cuotas de mercado de las frutas vendidas en la UE con la etiqueta oscilan ahora entre el 2,6 % para las piñas y el 14,7 % para los mangos. El resto del mercado lo suministran los mismos comerciantes, que operan al margen de la etiqueta, y otros comerciantes que no forman parte del acuerdo.

Análisis: El precio más elevado de las frutas vendidas con la etiqueta FTF puede requerir la evaluación de los efectos del acuerdo. Sin embargo, habida cuenta de las modestas cuotas de mercado de los productos objeto del acuerdo en los distintos mercados de la UE, de las importantes cuotas de mercado de otras etiquetas y de los productos convencionales y de la competencia de los mismos, del hecho de que la participación en la etiqueta FTF sea voluntaria y no exclusiva y de que la licencia de uso de la etiqueta solo dependa del cumplimiento de determinadas condiciones mínimas, es poco probable que los acuerdos de establecimiento y concesión de

licencias de la etiqueta produzcan efectos negativos apreciables. Por lo tanto, los acuerdos no entran en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. En efecto, los acuerdos pueden ampliar las posibilidades de elección de los consumidores, permitiéndoles identificar productos que presentan características de «comercio justo».

619. Un acuerdo que probablemente no restrinja la competencia con arreglo al artículo 101, apartado 1, o que probablemente cumpla la condición establecida en el artículo 101, apartado 3.

Ejemplo 3

Situación: En respuesta a los resultados de la investigación sobre los niveles recomendados de grasa de ciertos alimentos transformados efectuada por un grupo de reflexión financiado por el Gobierno de un Estado miembro, varios productores importantes de alimentos transformados de ese Estado miembro acuerdan, mediante reuniones formales en una asociación comercial sectorial, fijar unos niveles recomendados de grasa para esos productos. Las partes representan conjuntamente el 70 % de las ventas de los productos en el Estado miembro. La iniciativa de las partes contará con el apoyo de una campaña publicitaria nacional financiada por el grupo de reflexión que destacará los peligros de los alimentos transformados con alto contenido de grasa.

Análisis: Aunque los niveles de grasa sean recomendaciones y por lo tanto voluntarios, debido a la amplia divulgación resultante de la campaña publicitaria nacional, es probable que todos los productores de alimentos transformados del Estado miembro apliquen los niveles de grasa recomendados. Por lo tanto, es probable que se convierta de hecho en un nivel máximo de grasa para los alimentos transformados. De este modo, es posible que se reduzcan las posibilidades de elección de los consumidores en los mercados de productos. Sin embargo, las partes podrán continuar compitiendo por lo que se refiere a otras características de los productos, tales como precio, tamaño, calidad, sabor, otro contenido nutricional y de sal, proporción de los ingredientes y marca. Por otra parte, la competencia relativa a los niveles de grasa en la oferta de productos puede aumentar si las partes intentan ofrecer productos con niveles más bajos. Así pues, no es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, aun cuando se constate que el acuerdo tiene un efecto negativo apreciable sobre la competencia con arreglo al artículo 101, apartado 1, (porque los consumidores se ven privados de la opción de tener alimentos de alto contenido en grasas) es probable que los beneficios para los consumidores en términos de valor de la información recibida y efectos beneficiosos para la salud compensen el daño y es probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

620. Un acuerdo que restringe la competencia con arreglo al artículo 101, apartado 1, y que no cumple las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3.

Ejemplo 4

Situación: Todos los principales fabricantes de muebles de un mercado determinado acuerdan introducir una etiqueta de «árbol verde» para los muebles fabricados con madera cultivada de forma sostenible. En la actualidad, la ley no impone ningún estándar de sostenibilidad para la madera. Las partes han acordado aplicar el nuevo estándar, que exige que al menos el 30 % de la madera utilizada en muebles

se cultive de forma sostenible en un plazo de tres años. Transcurrido ese plazo, todos los muebles fabricados por las partes del acuerdo deberán ajustarse al estándar acordado y llevar la etiqueta de «árbol verde». Las partes siguen teniendo libertad para fabricar muebles que respeten estándares (incluso) más estrictos con otras etiquetas. Algunos de los productores ya lo hacen. El estándar de sostenibilidad acordado ralentiza, pero no detiene, la reducción de las zonas forestales ni la degradación de su biodiversidad. Por este motivo, las organizaciones no gubernamentales han criticado la etiqueta por «ser demasiado poco y demasiado tarde».

Los fabricantes de muebles que son parte del acuerdo tienen una cuota de mercado combinada del 85 %. En la actualidad, alrededor del 80 % de las ventas totales de las partes consisten en muebles fabricados con madera que no se cultiva ni se cosecha de forma sostenible. El 15 % restante del mercado está en manos de pequeños fabricantes que venden con otras etiquetas de sostenibilidad. Los estudios encargados por los fabricantes de muebles a consultores externos estiman que el cumplimiento del estándar relativo a la etiqueta «árbol verde» incrementará el coste de la madera en una media del 40 %, lo que aumentará el coste de producción de los muebles, en los que la madera es el componente principal, en una media del 20 %. Los costes de producción representan por término medio el 60 % del precio final y el 40 % restante son costes de distribución. Cabe esperar que el aumento del precio final del mueble sea, por término medio, del 12 %.

Un estudio publicado por separado indica que, por término medio, los consumidores están dispuestos a pagar un 5 % más por los muebles producidos con arreglo al estándar del «árbol verde», en comparación con los muebles de madera no sostenible. Esta investigación se basa en una encuesta a los consumidores sobre su disposición a pagar por muebles fabricados con madera que cumple el estándar del «árbol verde» y en un experimento de elección que implica diferentes opciones de compra de muebles de distintos estándares y precios.

Análisis: Teniendo en cuenta la cobertura de mercado del acuerdo y el aumento significativo de los precios, es probable que el acuerdo infrinja el artículo 101, apartado 1. Es poco probable que las posibles eficiencias, en forma de mejora de la sostenibilidad del cultivo y el cosechado de la madera, den lugar a beneficios para los consumidores que compensen el aumento previsto de los precios: el estudio de la disposición de los consumidores a pagar muestra que, por término medio, los consumidores valoran la mejora de las condiciones de sostenibilidad considerablemente menos (un 5 % del precio final) que el incremento previsto del 12 %. Además, parece poco probable que el acuerdo sea indispensable para elevar los estándares de sostenibilidad para el cultivo de la madera. Esto queda demostrado por el hecho de que algunas de las partes del acuerdo y otros fabricantes de muebles ya utilizan estándares y etiquetas más estrictos. En otras palabras, no está claro por qué el acuerdo es necesario para elevar los estándares de sostenibilidad y por qué la acción individual de cada fabricante de muebles no les permitiría elevar los estándares de una manera similar o, como consecuencia de la presión competitiva, de una manera aún mejor. Por lo tanto, el acuerdo no cumple al menos dos de las condiciones del artículo 101, apartado 3, por lo que no puede acogerse a la excepción a la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1.

621. Un acuerdo que restringe la competencia con arreglo al artículo 101, apartado 1, y que cumple las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3.

Ejemplos: 5

Los fabricantes de lavadoras producen actualmente diferentes máquinas, desde los últimos modelos, técnicamente más avanzados, hasta los modelos más antiguos, técnicamente menos avanzados. Aunque los modelos más antiguos y menos avanzados utilizan más electricidad y agua, su producción es más barata y se venden a precios más bajos que los modelos más recientes y técnicamente avanzados. De conformidad con un reglamento de la UE, todos los modelos se clasifican en ocho categorías de eficiencia energética, de A a H, y se etiquetan en consecuencia.

La innovación en el sector se centra en seguir mejorando la eficiencia energética de los nuevos modelos. Sin embargo, los fabricantes de lavadoras también consideran que tienen la responsabilidad de intentar reducir el consumo de energía de sus máquinas de otras maneras. Por lo tanto, han acordado eliminar gradualmente la producción y la venta de lavadoras de las categorías F a H, los modelos más antiguos y menos eficientes desde el punto de vista energético. Estos modelos más antiguos son también los menos eficientes desde el punto de vista hídrico.

El acuerdo engloba a todos los fabricantes y, por lo tanto, cubre casi el 100 % del mercado. Establece que la producción y la venta de lavadoras de las categorías F a H se eliminarán gradualmente en un plazo de dos años. Estos modelos representan actualmente alrededor del 35 % de todas las ventas del mercado. Si bien todos los fabricantes que participan en el acuerdo ya producen algunos modelos de las categorías A a E y, por lo tanto, ninguno de ellos perderá todas sus ventas actuales, cada fabricante se verá afectado de manera diferente en función de su gama actual de modelos. Por lo tanto, es probable que la competencia entre los productores se vea afectada. Además, la eliminación gradual de las categorías F a H reducirá la oferta de máquinas disponibles para los consumidores y aumentará el coste medio de compra. Para el comprador medio de una lavadora de las categorías F a H, el precio de la máquina aumentará entre 40 y 70 EUR.

Antes de aplicar el acuerdo para eliminar gradualmente las categorías F a H, la industria ha intentado desplazar la demanda de estas categorías a través de campañas publicitarias. Los estudios han demostrado que el fracaso de estas campañas se debe a que muchos consumidores tienen dificultades para equilibrar el impacto positivo de las futuras reducciones de sus facturas de electricidad y agua con el impacto negativo del aumento inmediato del precio de compra de la máquina.

Estos estudios también muestran que, de hecho, los compradores de lavadoras se benefician considerablemente de la eliminación gradual de las categorías F a H. El comprador medio de una lavadora recuperará el aumento del precio de compra en un plazo de uno a dos años, en forma de menores costes de electricidad y agua. La inmensa mayoría de los consumidores, también los que utilizan su máquina con menor frecuencia, recuperarán el aumento del precio de compra en un plazo de cuatro años. Dado que la esperanza de vida media de las máquinas de las categorías A a E es de al menos cinco años, los consumidores, en conjunto, se benefician del acuerdo. Este beneficio neto se incrementa aún más, para todos los usuarios de lavadoras, por los beneficios medioambientales derivados de la reducción colectiva del uso de electricidad y agua. La reducción del consumo de electricidad conduce a una reducción de la contaminación procedente de la producción de electricidad, lo que beneficia a los consumidores, en la medida en que la deficiencia del mercado relacionada con la contaminación no se aborda ya en otros instrumentos normativos (por ejemplo, el régimen europeo de comercio de derechos de emisión, que limita las

emisiones de carbono). La reducción del consumo de agua da lugar a una reducción de la contaminación de esta. Dado que los usuarios de lavadoras constituyen la inmensa mayoría de la población total, una parte de estos beneficios medioambientales recae en los consumidores del mercado de referencia que se ven afectados por el acuerdo.

Análisis: Si bien es probable que el acuerdo tenga efectos negativos apreciables y entre en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, también es probable que cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3. En particular: i) como resultado del acuerdo, la lavadora media es más eficiente desde el punto de vista energético e hídrico, ii) esto no podría haberse logrado con un acuerdo menos restrictivo, por ejemplo, con una campaña publicitaria colectiva o una etiqueta, iii) los consumidores del mercado de referencia obtienen los beneficios económicos individuales y los beneficios medioambientales colectivos, y iv) no se elimina la competencia, ya que el acuerdo solo afecta al alcance de la gama de modelos, siendo este un parámetro de la competencia, y no a otros parámetros, sobre los que la competencia puede tener lugar, y de hecho la tiene.