

Restricciones al comercio electrónico, a la publicidad y al marketing en línea: el caso *Brand Gating*

Autor¹:

Pablo Velasco Sanzo, Subdirección de Sociedad de la Información de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Resumen:

El presente artículo analizará la decisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el caso S/0013/21 – Amazon/Apple Brandgating, en la que se evaluaron determinadas restricciones pactadas entre los grupos Amazon y Apple en relación con el comercio electrónico, la publicidad y el marketing en línea que se consideraron anticompetitivas por la autoridad.

Palabras clave:

Amazon, Apple, comercio electrónico, publicidad en línea. publicidad online.

Códigos JEL:

K21, K23, L4, L5.

¹ Todas las opiniones son personales y solo la decisión publicada de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia representa la versión oficial.

1. Introducción

El 12 de julio de 2023 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) publicó su decisión en el expediente [S/0013/21 – Amazon/Apple Brandgating](#) (la “Decisión”), en la que sancionó con 143,6 millones de euros a Apple INC y varias de sus filiales (“Apple”) y con 50,5 millones de euros a Amazon.com Services, Inc. (ahora Amazon.com Services LLC) y varias de sus filiales (“Amazon”) por restringir la competencia respecto a la venta de productos Apple en el mercado en línea de Amazon en España en contra del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”).

Se trata de la tercera multa más alta impuesta por la CNMC hasta la fecha, al ascender en su conjunto a 194 millones de euros, solo superada por la multa de 203,6 millones de euros impuesta a varias constructoras² y la reciente multa de 413,24 millones de euros impuesta a Booking³.

Además, la CNMC ordenó a las empresas que tomaran las medidas necesarias para cesar con las conductas sancionadas y se abstuvieran de realizar conductas similares en el futuro.

Por último, la CNMC también impuso a ambas empresas la prohibición de contratar con la administración pública, aunque se remitió a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que fuera ésta quién determinara la duración y el alcance de dicha prohibición.

En la actualidad, la decisión se encuentra recurrida ante la Audiencia Nacional que, de forma cautelar hasta que se pronuncie sobre el fondo del asunto, ha dejado en suspenso temporalmente tanto la obligación de las empresas de pagar las multas de forma inmediata a cambio de que presentaran un aval bancario, como la prohibición de contratar⁴. Lo anterior no afecta al cese de las conductas sancionadas, de manera que las empresas sí tienen que cumplir con este extremo de la Decisión mientras no recaiga una resolución sobre el fondo.

La Decisión se enmarca dentro de las prioridades que la CNMC estableció en su Plan Estratégico para el período 2021-2026⁵ y en el Plan de Actuaciones de 2021-2022⁶. Así, la CNMC estableció, en el primero, que se seguiría prestando atención *“a la identificación de riesgos para la competencia derivados de [...] conductas potencialmente anticompetitivas en los mercados digitales”* y, en el segundo, que se potenciarían *“los mecanismos para garantizar que existe una competencia efectiva en los mercados y que ésta beneficia a los consumidores, con especial atención a los mercados digitales”*.

El presente artículo resumirá los principales elementos de la Decisión, analizará cuáles fueron las conductas sancionadas y el análisis legal que se hizo de las mismas, así como los principales argumentos utilizados por las partes para defenderse.

² Expediente [S/0021/20 - OBRA CIVIL 2](#).

³ Expediente [S/0005/21 – BOOKING](#).

⁴ Auto de la Audiencia Nacional de 26 de diciembre de 2023 (Auto 01669/2023).

⁵ Plan Estratégico (2021-2026), que puede ser consultado [aquí](#).

⁶ Plan de Actuaciones de 2021-2022, que puede ser consultado [aquí](#).

2. Las partes

Para entender las conclusiones alcanzadas por la CNMC en su Decisión, es necesario realizar antes una descripción de las empresas implicadas y de las actividades que realizan.

En sus orígenes, Amazon era la única empresa que operaba en su mercado en línea. Sin embargo, en los años 2000 comenzó a abrir dicho mercado en Estados Unidos a terceros vendedores, estrategia que tuvo mucho éxito en la medida en que cuando se adoptó la Decisión alrededor del 60% de las ventas que se producían en los mercados en línea de Amazon provenían de terceros vendedores, mientras que la propia Amazon representaba el 40% restante. En el año 2009, empezó a fabricar y comercializar sus propios productos (ropa, productos electrónicos, etc.) que representaban entre un 5 y un 10% de las mencionadas ventas realizadas por la propia empresa.

Por tanto, en la actualidad Amazon es una empresa que tiene un triple rol: (i) un rol principal de prestador de servicios de intermediación en mercados en línea (a través de sus páginas web donde los consumidores buscan los productos que quieren comprar y los vendedores ofrecen los productos que quieren vender); (ii) un rol secundario de distribuidor minorista (Amazon también vende productos de terceros fabricantes compitiendo directamente con los terceros vendedores que utilizan su mercado en línea); y (iii) un rol terciario, de fabricante y vendedor de productos de marca propia (Amazon fabrica y vende sus propios productos para completar la oferta de productos que compra de terceros fabricantes).

Por otro lado, opera mercados en línea en varias jurisdicciones en Sur y Norteamérica, Asia, Australia, y Europa (y, en este último continente, en Reino Unido, Alemania, Francia, Italia, España, Países Bajos, Suecia y Polonia). En concreto, el mercado en línea en España (www.amazon.es) se lanzó en septiembre de 2011.

Por su parte, Apple es un conocido fabricante y vendedor de productos electrónicos (su producto más conocido es el iPhone, un teléfono inteligente).

Es importante señalar para el análisis posterior que utiliza un sistema de distribución abierto (en inglés, *Open Distribution System*, “**ODS**”) para distribuir casi todos sus productos⁷, lo que significa que cualquier revendedor puede comprar y vender sus productos libremente sin ninguna restricción. Apple optó por este sistema abierto frente a otros sistemas de distribución como el selectivo o exclusivo en el que el número de revendedores es limitado y generalmente elegido por el propio fabricante, lo que le otorgaría a dicho fabricante un mayor control sobre el número e identidad de los revendedores que quiere que formen parte de su sistema de distribución.

Dentro de su ODS se distinguen dos grandes grupos, los revendedores autorizados u oficiales (que tienen una relación comercial directa con Apple) y que incluyen a cuatro tipos de revendedores y los revendedores no autorizados o no oficiales (que no tienen ninguna relación comercial directa con Apple pero que compran sus productos a mayoristas u otros revendedores de Apple y los revenden en el mercado):

⁷ Sólo para una categoría de ellos utiliza un sistema de distribución selectiva.

Revendedores autorizados u oficiales	Distribuidores Autorizados de Apple (son los que operan a nivel mayorista, denominados " Mayoristas ")
	Revendedores Premium de Apple (que operan a nivel minorista y ofrecen una experiencia premium al cliente, los denominados en inglés <i>Apple Premium Resellers</i> , los " APR ")
	Revendedores Autorizados de Apple (que operan a nivel minorista, los denominados en inglés <i>Apple Authorised Resellers</i> , " AAR ")
	Revendedores Minoristas (que operan a nivel minorista, pero que son comerciantes de gran tamaño, grandes minoristas online, etc., los " Minoristas ")
Los revendedores no autorizados o no oficiales (que como se ha explicado operan en todos los niveles sin tener una relación contractual directa con APPLE, los denominados en inglés <i>Non-Authorised Resellers</i> , " NAR ")	

También es importante señalar que Apple incentiva a sus mayoristas a distribuir los productos de Apple no solo a los revendedores autorizados, sino también a los no autorizados (a los NAR).

3. Los mercados

Los mercados en los que operan las partes

Aunque no es un paso obligatorio en todas las valoraciones de competencia⁸, la definición del mercado es una herramienta que estructura y facilita la valoración de la competencia y permite, entre otros, calcular las cuotas de mercado que se pueden utilizar para, por ejemplo, evaluar la posición competitiva de una empresa en el mercado en el que opera.

En su Decisión, la CNMC consideró los siguientes mercados:

- En relación con Amazon: el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores en España (i.e. la prestación de un servicio que pone en contacto a vendedores, que ofrecen sus productos, y a compradores, que quieren comprarlos, en el caso de Amazon a través de una página web). La CNMC consideró también la otra cara de este mercado, la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a los consumidores, pero dejó abierta la cuestión de si este lado constituía un mercado en sí mismo en la medida en que las conductas analizadas solo afectaban a la cara de los vendedores.

Esta definición de mercado ha sido utilizada por otras autoridades de competencia de nuestro entorno: (i) por la Comisión Europea en los casos [AT.40462](#) – *Amazon Marketplace* y [AT.40703](#) – *Amazon Buy Box*; (ii) la [autoridad alemana de la competencia](#) en su decisión sobre Amazon en relación con la sección 19.a) de su ley; y (iii) la [autoridad italiana de la competencia](#) en su caso A528.

⁸ La jurisprudencia ha establecido que no es necesario definir el mercado de referencia cuando se evalúan acuerdos que tengan por objeto impedir, restringir o distorsionar la competencia (ver, por ejemplo, Sentencia de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión, T-44/00, EU:T:2004:218, apartado 132).

El enfoque anterior llevado a cabo por la CNMC también ha sido recientemente confirmado por la Comunicación sobre definición de mercado⁹ aprobada por la Comisión Europea que, en el caso de plataformas multilaterales como Amazon, indica que se puede definir un mercado que abarque todos los lados de una plataforma o definir varios mercados independientes para cada lado, dependiendo de los hechos del caso.

- En relación con Apple: (i) un potencial mercado de fabricación y venta de productos electrónicos de, al menos, dimensión Espacio Económico Europeo (“EEE”); (ii) un potencial mercado de distribución mayorista de productos electrónicos de dimensión EEE o nacional; y (iii) un potencial mercado de distribución minorista de productos electrónicos de dimensión nacional, regional o local.

Las cuotas de mercado

La CNMC utilizó distintas variables para calcular las cuotas de mercado de las partes:

- En el caso de Amazon: se utilizaron tres variables para calcular las cuotas de mercado: (i) el volumen de negocio derivado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores teniendo en cuenta a) servicios básicos y b) servicios básicos y adicionales (como los de transporte); y (ii) volumen de negocio generado por los terceros vendedores en el mercado en línea.

Para calcular las cuotas de mercado se realizaron requerimientos de información a los principales mercados en línea en España y la CNMC concluyó que Amazon tenía, en el escenario más conservador, una cuota de mercado del 60-70% en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores en España en 2021 (en torno al 70-80% o incluso 80-90% según algunas de las distintas variables elegidas e indicadas arriba). Dichas cuotas de mercado fueron similares a lo largo de todo el periodo investigado (2017-2021).

- Apple tuvo una cuota de mercado del 30-40% en un potencial mercado de la fabricación y venta de productos electrónicos de dimensión EEE durante todo el periodo investigado (incluidas todas las categorías de producto, es decir, ordenadores de escritorio, portátiles, reproductores multimedia, dispositivos que permiten reproducir en la TV contenido desde otro dispositivo, auriculares, teléfonos inteligentes, tabletas, relojes inteligentes y accesorios).

Si se hubiera sub-segmentado el mercado por categorías de productos, Apple tendría una cuota de mercado de entre el 40-50% en teléfonos inteligentes y tabletas y de entre el 60-70% en relojes inteligentes durante casi todo el periodo investigado (disminuyendo ligeramente en algunos de los años investigados) en el EEE.

No se pudo identificar información sobre cuotas de mercado en los mercados mayorista y minorista previamente mencionados.

⁹ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, publicada el 8 de febrero de 2024.

El mercado afectado por las conductas investigadas

Además, la CNMC consideró que las conductas afectaban a la comercialización de productos electrónicos en el mercado en línea de Amazon en España (www.amazon.es). Por tanto, la CNMC consideró el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España como el mercado en el que las conductas analizadas desplegaron sus efectos, que se trataría de un subsegmento dentro del mencionado potencial mercado de la distribución minorista de productos electrónicos.

Aunque las partes alegaron que las ventas en línea y fuera de línea debían tenerse en cuenta de manera conjunta (lo que claramente tenía el efecto de diluir de forma drástica sus cuotas), el razonamiento empleado por la CNMC no era nuevo y también estaba en línea con varias decisiones de otras autoridades de competencia que también habían considerado diferentes mercados para la venta en línea y fuera de línea. Además, esta información sólo se utilizó por la CNMC como parte del contexto jurídico y económico en el que analizar el comportamiento de las partes y la aptitud de las conductas para afectar a la competencia en el mercado.

En el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España, Amazon tenía una cuota de mercado por volumen de negocio de entre el 35-40% y Apple de entre el 5-10% en 2021 (según datos de ecommerceDB y Statista, siendo el siguiente competidor PcComponentes.com con también una cuota de mercado del 5-10%). Por tanto, según estos datos, Amazon y Apple conjuntamente representaban casi la mitad de este segmento del mercado (entre un 40 y un 50% del mismo). Además, en el mercado de la venta minorista en línea en general (incluyendo todas las categorías de productos y no solo productos electrónicos) en España, Amazon: (i) tenía una cuota de mercado del 50-60% por tráfico en 2020; y (ii) tenía una cuota de mercado del 10-20% por volumen de negocio (ingresos) en 2019.

Por último, la CNMC también consideró el relevante papel de Amazon como puerta de entrada al mercado de la venta en línea de productos electrónicos, en la medida en que su web en España es el lugar de referencia a la hora de buscar productos de electrónica (de acuerdo con fuentes citadas en la Decisión, el 67% de los consumidores en España utilizaban Amazon como primera opción de búsqueda para este tipo de productos).

Todo esto en un contexto en el que el comercio electrónico y la venta en línea no ha parado de crecer en España, configurándose como un sector cada vez más importante para los consumidores y la economía en general.

4. Las conductas investigadas

La investigación de la CNMC se centró en determinadas cláusulas de dos acuerdos suscritos entre las partes el 31 de octubre de 2018 que regulaban sus relaciones comerciales y que establecían lo siguiente:

- Que Apple identificaría a una serie de revendedores oficiales que serían los únicos autorizados para vender sus productos en los mercados en línea de Amazon, en este caso, en www.amazon.es (las denominadas “Cláusulas de exclusión o Brand Gating”). Inicialmente, de los mencionados revendedores oficiales y no oficiales de Apple sólo estaban autorizados

determinados APR (los revendedores premium oficiales de Apple de determinadas jurisdicciones¹⁰).

Sin embargo, el 16 de noviembre de 2021, tras el inicio de la investigación de la CNMC, Apple comunicó a la autoridad que a partir de ese momento autorizaría también a todos los revendedores oficiales (esto es, también al resto de APR no selecciones inicialmente y a todos los AAR y Minoristas) a utilizar los mercados en línea de Amazon para vender sus productos (quedando teóricamente excluidos desde esa fecha solo los revendedores no autorizados o no oficiales, los NAR).

En la práctica esto significaba que, cuando se firmaron los acuerdos entre Amazon y Apple, la mayor parte de los revendedores de productos Apple que venían utilizando Amazon recibieron una comunicación por parte de Amazon en la que se les informaba de que dejarían de poder vender esos productos en su plataforma (de acuerdo con datos de la CNMC esta política afectó al 95-100% de los revendedores). Incluso con posterioridad a la mencionada comunicación del 16 de noviembre de 2021, en la que Apple abrió la posibilidad a que entraran más revendedores tras el inicio de la investigación por parte de la CNMC, y asumiendo que todos los revendedores con independencia de la jurisdicción en la que estuvieran establecidos estaban autorizados, el porcentaje de revendedores que habría dejado de estar habilitado para vender en Amazon seguía siendo muy elevado (del 60-65%).

Esto se debe a que el principal grupo de operadores que dejó de estar autorizado para vender productos de la marca Apple en Amazon son los NAR (los distribuidores no oficiales), que eran el grupo de revendedores que introducía más competencia y dinamismo en el canal y que, a día de hoy, siguen sin poder utilizar Amazon como canal de ventas.

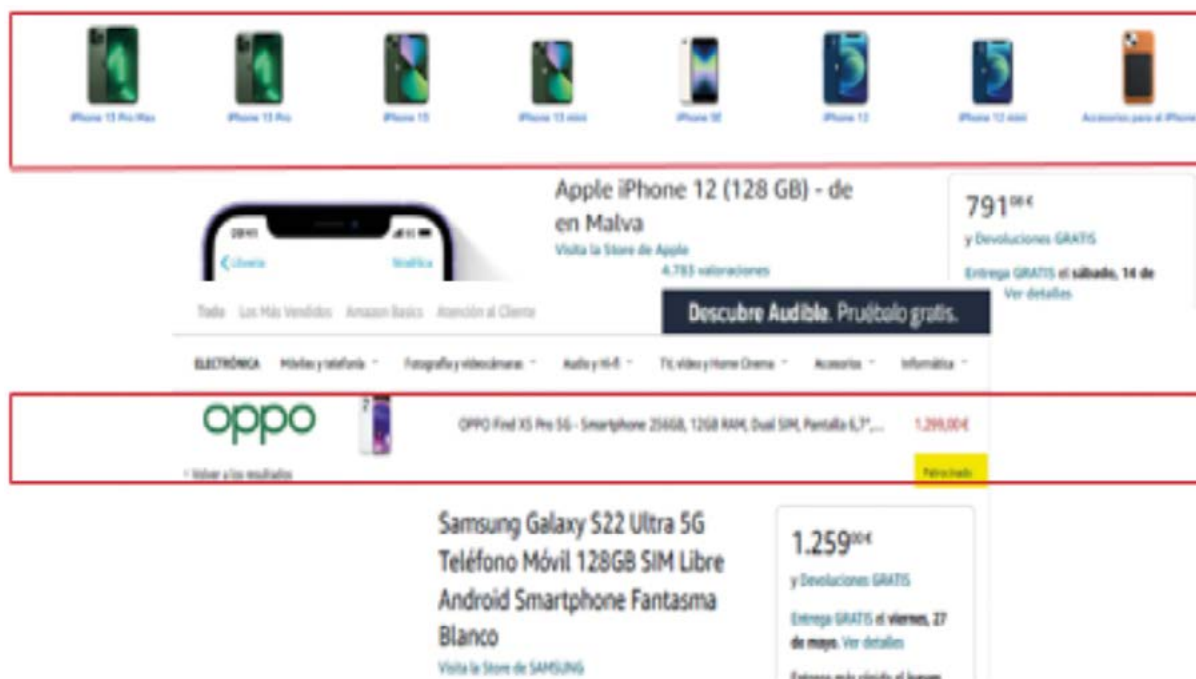
- Que cuando se buscara un producto de Apple en la web de Amazon, el espacio publicitario o *banner* superior y los dos primeros espacios de productos patrocinados de la página de resultados de búsqueda sólo mostrarían anuncios de productos de Apple.

Además, cuando las búsquedas se realizaran utilizando una lista de palabras clave elegidas por Apple (relacionadas con productos Apple), Amazon se comprometía a no mostrar en la primera página de resultados de búsqueda y en las páginas de detalle de producto anuncios de una lista de productos competidores elegidos por Apple. Por último, en las páginas de compra y pago que contuvieran productos de Apple, los anunciantes no podrían pujar por anuncios que contengan los productos de la competencia identificados por Apple (las denominadas “**Cláusulas de publicidad**”). También existen restricciones similares durante el periodo de lanzamiento de nuevos productos de Apple.

En la práctica esto significaba que, por ejemplo, en la página de resultados, cuando se había seleccionado un producto Apple, el espacio superior solo podía anunciar productos Apple (primera imagen que se ve a continuación, marcado en un recuadro rojo), pero cuando se

¹⁰ Por tanto, si se atiende a clasificación de sus revendedores, no quedaban autorizados a vender productos de la marca Apple en Amazon todo el resto de revendedores, esto es, los APR de otros Estados miembros distintos de los incluidos en una lista elaborada por Apple, los AAR y los Minoristas con independencia del Estado miembro de la Unión Europea en el que estuvieran establecidos, y los NAR.

buscaba un producto de otra empresa como Samsung, el espacio superior sí que contenía publicidad de otro competidor que había tenido la oportunidad, al contrario que el caso de cuando se busca un producto Apple, de pujar por aparecer en dicho espacio publicitario (segunda imagen, en la que aparece Oppo, otro fabricante de teléfonos inteligentes competidor de Samsung, marcado en rojo):



Fuente: comparativa propia realizada en www.amazon.es

Además, la elección de una lista de competidores que no podían aparecer en ningún caso cuando se buscaba un producto Apple hacía que determinadas marcas competidoras seleccionadas por la propia Apple nunca pudiesen aparecer como publicidad cuando se buscaba un producto Apple en la primera página de resultados y en la de producto de Amazon.

- Que durante la vigencia de los acuerdos y durante los dos años siguientes a su expiración, Amazon no podría poner en marcha ninguna campaña de marketing o similar dirigida específicamente a los clientes que hubieran adquirido productos Apple en Amazon con el objetivo de fomentar que dichos clientes cambiaran un producto de Apple por otro de la competencia (no Apple). Esto no impedía que Amazon llevara a cabo cualquier campaña de marketing general que pudiera llegar a los clientes de productos Apple como parte de un público más amplio (las “**Cláusulas de limitaciones al marketing**”).

En la práctica esto significaba que, durante dos años tras la expiración de los acuerdos, Amazon no podría enviar una comunicación comercial (por ejemplo, un email) a un consumidor que hubiera comprado un producto Apple en Amazon (por ejemplo, un iPhone) anunciando una oferta de un competidor (por ejemplo, un teléfono inteligente de Samsung), aunque sí podría enviarle comunicaciones generales no específicas.

5. El análisis legal de las conductas investigadas

El acuerdo suscrito entre las partes

Para que exista una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE es necesario que exista un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.

Centrándonos en la categoría de los acuerdos, el ejemplo más claro de la existencia de un acuerdo entre dos o más partes sería un contrato (como el firmado entre Amazon y Apple que contiene las cláusulas controvertidas).

De forma muy resumida y en general, los acuerdos desde el punto de vista del Derecho de la competencia se pueden clasificar en acuerdos horizontales (entre empresas que operan en el mismo nivel de la cadena de producción y distribución, por ejemplo, dos fabricantes de teléfonos inteligentes) o verticales (entre empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción y distribución, por ejemplo, un fabricante de teléfonos inteligentes y un distribuidor/revendedor de dichos productos, siempre y cuando los acuerdos se refieran a las condiciones de compraventa de los bienes y servicios objeto del contrato).

La naturaleza y clasificación del acuerdo entre las partes

La CNMC consideró que en el caso concurrían elementos horizontales y verticales: (i) por un lado, ambas empresas competían a nivel de fabricación y distribución de productos electrónicos, en la medida en que Amazon fabrica y vende productos electrónicos marca propia como tabletas¹¹, dispositivos para transmitir contenido a televisores, auriculares, etc. que compiten directamente con los productos de Apple (elemento horizontal: empresas competidoras); y (ii) por otro lado, los acuerdos regulaban, entre otros, los términos y condiciones de una relación de suministro y distribución, en la medida en que regulaban que Amazon podía suministrarse directamente Apple de todos sus productos para venderlos en sus mercados en línea (elemento vertical: fabricante y distribuidor).

En este sentido, la clasificación de los acuerdos entre las partes como horizontal o vertical era importante porque, si se consideraba vertical, podía ser aplicable el Reglamento 330/2010¹² ("RECAV 2010"¹³) y, de acuerdo con este reglamento, las restricciones incluidas en un acuerdo vertical y relacionadas con las condiciones de compra y venta podrían estar exentas (i.e.

¹¹ Por ejemplo, ver la oferta marca propia de tabletas de Amazon [aquí](#).

¹² REGLAMENTO (UE) N.º 330/2010 DE LA COMISIÓN de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

¹³ Que en mayo de 2022 fue sustituido y modificado por el Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo 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 concertadas. Aunque este reglamento fue aprobado durante la fase de investigación, contenía un periodo transitorio de no aplicación, por lo que la CNMC aplicó en su análisis el RECAV 2010, aunque también indicó que el resultado del análisis jurídico sería idéntico aplicando las nuevas normas. Además, también indicó que las aclaraciones (más que los cambios sustantivos) de la nueva normativa -reglamento y directrices- serían aplicables en todo caso.

no prohibidas en principio) siempre que se cumplan dos condiciones: (i) que las cuotas de mercado de las partes, en los respectivos mercados de compra y venta de los bienes contractuales, fueran inferiores a un 30%; y (ii) que no existan cláusulas negras de las previstas en los artículos 4 y 5 de los mencionados reglamentos (donde se recogen determinados tipos de conductas que se consideran problemáticas en base a la experiencia y que, por tanto, no se pueden beneficiar de la exención).

El reglamento funciona como un puerto seguro, de manera que, si no se cumplen sus condiciones, ello no quiere decir que las conductas estén automáticamente prohibidas, sino que sería necesario realizar un análisis individual para determinar si lo están.

Teniendo en cuenta la definición de acuerdos verticales prevista en el RECAV 2010 (i.e. empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción y distribución y que se refieran a las condiciones de compraventa de los bienes y servicios contractuales) y dado que: (i) a efectos de los acuerdos, Amazon y Apple operan en un nivel diferente de la cadena de producción o distribución (regulaban la relación de Apple como fabricante que vende sus productos a Amazon para que los distribuya); y (ii) que ambos acuerdos, en general, se refieren a las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender determinados bienes o servicios (regulaban las condiciones de suministro de Apple a Amazon); la CNMC consideró que los acuerdos podían ser calificados como verticales.

La no aplicación del RECAV 2010

A pesar de ser calificado como vertical, un acuerdo puede tener cláusulas no relacionadas con las condiciones de compraventa que, por tanto, queden fuera del ámbito de aplicación del RECAV 2010.

En este sentido, el apartado 26 de las Directrices verticales de 2010 que acompañaban al RECAV 2010 establecen específicamente que el mencionado reglamento no cubre las restricciones u obligaciones que no estén relacionadas con las condiciones de compra, venta y reventa y proporciona un ejemplo de una obligación que no estaría cubierta por el RECAV 2010 y que debería ser evaluada individualmente (i.e. una obligación que impida a las partes de un acuerdo vertical llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo)¹⁴.

En el presente caso, aunque en general los contratos firmados regulaban las condiciones de compra y venta de los productos de Apple por parte de Amazon y por ello fueron calificados como verticales, la CNMC consideró que las tres cláusulas investigadas no estaban relacionadas con estas condiciones porque se referían a la autorización de determinados revendedores para utilizar el mercado en línea de Amazon y determinadas restricciones a la publicidad y al marketing, pero no a las condiciones en las que Amazon podía comprar y revender los productos de Apple, por lo que la CNMC consideró que se trataba de obligaciones incluidas en un acuerdo vertical pero que no estaban cubiertas por el reglamento y que, por tanto, debían ser evaluadas individualmente.

¹⁴ El mismo razonamiento está incluido en el apartado 61 de las Directrices verticales aprobadas en 2022.

La no aplicación de la exención del RECAV 2010 en cualquier caso

Para cerrar toda la cadena de posibles argumentos que pudieran presentar las partes, la CNMC consideró que incluso si el RECAV 2010 hubiera sido aplicable, las cláusulas en cuestión no podrían beneficiarse de la exención prevista en el mismo por los siguientes motivos:

- La exención no resulta aplicable cuando dos empresas compiten directamente y, en este caso y como se ha argumentado, Apple y Amazon compiten en la fabricación y venta de algunos productos electrónicos.
- Aun así, la exención se puede aplicar a empresas competidoras cuando una de ellas está presente en el mercado ascendente (fabricación) y descendente (venta) y la otra solo está activa en el descendente (venta), la denominada excepción de la distribución dual. Sin embargo, en este caso, la CNMC consideró que esta excepción no era aplicable en la medida en que ambas empresas estaban presentes en ambos niveles (ambas fabrican y venden productos electrónicos).
- Para que la exención del RECAV 2010 resulte aplicable, como se ha explicado, es necesario que las cuotas de ambas empresas estén por debajo del 30% y, en este caso, tanto la cuota de Amazon en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea para terceros vendedores como la de Apple en el potencial mercado de fabricación y venta de productos electrónicos de dimensión EEE eran superiores a dicha cifra.

Conclusión

Por tanto, la CNMC consideró que las obligaciones pactadas entre las partes eran cláusulas incluidas en un acuerdo vertical al que no le resultaba de aplicación el RECAV 2010 y que, incluso si éste hubiera resultado de aplicación al presente caso, la exención prevista en el mismo no habría resultado aplicable a las partes en cualquier caso. Ahora bien, lo anterior no supone que las cláusulas analizadas sean automáticamente anticompetitivas, sino que se tiene que realizar un análisis sustantivo de las mismas para alcanzar esta conclusión, tal y como se expone a continuación.

Análisis individual de las cláusulas controvertidas

Los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE prohíben los acuerdos que tienen por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado.

De acuerdo con la jurisprudencia, las restricciones por objeto son aquellas que presentan un grado de nocividad suficiente para la competencia ya que, por su propia naturaleza y en base a la experiencia, se consideran perjudiciales (como, por ejemplo, la fijación de precios entre competidores).

Para apreciar si un acuerdo presenta un grado de nocividad suficiente para la competencia como para ser considerado una restricción de la competencia por objeto hay que analizar tres elementos: (i) el contenido de sus disposiciones; (ii) los objetivos que pretende alcanzar; y (iii) el contexto económico y jurídico en el que se inscriben las prácticas.

Si tras este análisis se llega a la conclusión de que una conducta es una restricción por objeto, no es necesario analizar sus efectos en el mercado para sancionarla (aunque nada impide que la autoridad realice ese examen si quiere). En caso contrario, sería necesario demostrar los efectos contrarios a la competencia del acuerdo para que el mismo pudiera ser sancionado.

A continuación se detallará el análisis en este sentido realizado por la CNMC en la Decisión.

Las Cláusulas de exclusión o Brand Gating

Análisis legal de la CNMC

La CNMC consideró que esta cláusula constituía una restricción de la competencia por objeto tras analizar su contenido, sus objetivos y el contexto jurídico y económico, que restringía la competencia intramarca (aquella que afecta a los productos de una misma marca, en este caso a los productos de la marca Apple), sin perjuicio de su contribución a la consecución de un plan global que perseguía un objetivo común que se analizará más adelante.

En cuanto a su contenido, la CNMC consideró que las cláusulas de Brand Gating suponían: (i) una discriminación de acceso al principal mercado en línea en España (líder a indiscutible distancia del siguiente operador en términos de tráfico e ingresos en el mercado de venta minorista en línea de productos electrónicos) entre los revendedores de Apple colocando a algunos competidores (i.e. decir, los no autorizados a utilizar el mercado en línea de Amazon para vender productos de Apple) en desventaja frente a otros (es decir, los revendedores que sí estaban autorizados para utilizarlo); (ii) una limitación o control de la distribución de los productos de Apple en el mercado; y (iii) una compartimentación del mercado interior; reduciendo en los tres casos la competencia intra-marca.

Aunque tras el mencionado comunicado de Apple de 16 de noviembre de 2021, los NAR eran los únicos revendedores no autorizados a utilizar el mercado en línea de Amazon para vender productos Apple, la CNMC acreditó que este tipo de revendedores eran los que principalmente vendían productos Apple en el mercado en línea de Amazon en España y, por tanto, la principal fuerza competitiva dentro del mismo (siendo residual el papel del resto de revendedores oficiales: los APR, los AAR y Minoristas).

En cuanto a sus objetivos, aunque Apple alegó que las cláusulas Brand Gating tienen como principal objetivo la reducción de productos falsificados en Amazon, la CNMC consideró que Apple quería monitorizar fácilmente su canal de distribución y reducir sus costes de vigilancia sobre los revendedores de sus productos. En este sentido Apple prefirió optar por la vía drástica del Brand Gating, expulsando al grueso de revendedores que utilizaban Amazon para vender sus productos y autorizando solo a usar dicha web a un reducido número de revendedores con los que tenía una relación contractual directa y podía controlar fácilmente porque ello resultaba más cómodo y más barato que invertir esfuerzos, tiempo y dinero en otras herramientas para la lucha contra la falsificación, como las que ofrece la propia Amazon, conocida como *Brand Registry*, pero que requieren un esfuerzo adicional de vigilancia por parte de los fabricantes para detectar los casos que se le escapan a la herramienta. Por su parte, desde 2014 Amazon sólo era revendedor autorizado de los productos menos demandados de Apple

y no tenía acceso directo a comprar productos de la propia Apple y la firma de los acuerdos de 2018 que contienen las cláusulas investigadas le permitió conseguir un suministro completo y directo de productos Apple, así como mejores condiciones de compra.

En cuanto al contexto jurídico y económico, la CNMC consideró que: (i) dadas las altas cuotas de mercado de Amazon tanto en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores como en el de la venta minorista en línea de productos electrónicos; (ii) el hecho de que los productos de Apple fueran los más demandados de su categoría en el mercado (de hecho, es el primer fabricante de productos electrónicos por cuota de mercado en valor); y (iii) el hecho de que la propia Amazon reconociera el liderazgo de los productos de la marca Apple y la propia Apple del mercado en línea de Amazon, se podía concluir que tanto Amazon como Apple son empresas cuyas conductas eran aptas para restringir y/o afectar a la competencia en el mercado.

Principal alegación de las partes

En relación con estas cláusulas, la principal alegación de las partes era que, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”) en el asunto Coty¹⁵, las limitaciones para utilizar los mercados en línea nunca pueden calificarse de restricción de la competencia por el objeto. Sin embargo, la CNMC consideró que el caso de Coty no era aplicable al presente caso por las siguientes razones:

- En primer lugar, el fabricante Coty utilizaba un sistema de distribución selectivo que, por definición, busca que los productos del fabricante solo se asocien y puedan ser vendidos por determinados distribuidores seleccionados, por lo que el TJUE consideró que en estos casos la limitación impuesta a los revendedores de utilizar un mercado en línea como el de Amazon podía ser coherente con el sistema de distribución utilizado. Sin embargo, a diferencia de ese caso y como se ha explicado, Apple utiliza un sistema de distribución abierto en el que existen distribuidores no autorizados/oficiales a los que la propia Apple anima a sus mayoristas a distribuirles sus productos por lo que, a diferencia de Coty, Apple no busca que sus productos solo estén asociados y sean vendidos por determinados distribuidores.
- En segundo lugar, en el caso de Coty las cláusulas que prohibían utilizar Amazon a sus distribuidores estaban incluidas en los contratos que el fabricante había firmado con los mismos mientras que, en el caso de Apple, no se introdujeron en los contratos entre Apple y sus distribuidores, sino en los contratos entre Apple y Amazon como proveedor de servicios de intermediación en su mercado en línea que afectaban a terceros ajenos a dicho acuerdo.
- En tercer lugar, Coty vendía productos de lujo y el TJUE consideró que la prohibición de usar Amazon contribuía a mantener la imagen de lujo de sus productos, dado que plataformas como Amazon constituyen un canal de venta generalista de todo tipo de bienes que podía perjudicar esa imagen de lujo. Sin embargo, este no era el caso de Apple, ya que, a diferencia del caso de Coty, que prohibió a cualquiera utilizar dicho canal para no comprometer su

¹⁵ Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2017 Caso C-230/16, Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH; [ECLI:EU:C:2017:941](https://eur-lex.europa.eu/eli/ce/2017/941)

imagen de marca, en el presente caso la propia Apple y algunos de sus distribuidores sí que estaban autorizados a utilizar Amazon para vender productos de Apple, no tratándose de una prohibición general como en el caso de Coty sino selectiva por parte de Apple (los que quería Apple podían vender y el resto no).

Efectos de las cláusulas en el mercado

Aunque cuando una restricción de la competencia es calificada como por objeto no es necesario demostrar sus efectos en el mercado para que esté prohibida, la CNMC consideró que en el presente caso, además, las Cláusulas de Brand Gating habían producido los siguientes efectos:

- Más del 90% de los revendedores que venían utilizando el mercado en línea de Amazon en España para la venta de productos Apple pasaron a no estar autorizados para seguir vendiendo estos productos en el principal mercado en línea de España (recordemos que Amazon tenía una cuota del 35-40% en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos y muy por encima del siguiente competidor que tenía un 5-10% de cuota de mercado).
- Los revendedores no autorizados por Apple para vender sus productos en el mercado en línea de Amazon en España perdieron un importante canal de ventas, ya que la mayoría de las ventas en línea de productos electrónicos en España se realizan en este mercado en línea.
- Las ventas de productos Apple en el mercado en línea de Amazon se concentraron en la propia Amazon, reduciendo drásticamente la competencia intramarca (entre vendedores de productos Apple) en esta plataforma.
- Se produjo una reducción de las ventas de productos Apple a través del mercado en línea de Amazon en España por parte de revendedores ubicados en otros países de la UE, lo que limita el comercio entre los Estados miembros y dificulta la interpenetración de los mercados nacionales (que es uno de los objetivos perseguidos por los Tratados y la política de competencia europea y es considerado una infracción en si misma).
- La CNMC realizó su propio estudio económico de los precios de los productos Apple en el mercado en línea de Amazon y concluyó que se había producido un aumento de los precios relativos pagados por los consumidores por la compra de productos Apple en la plataforma de Amazon en España como consecuencia de los acuerdos.

Las Cláusulas de publicidad

La CNMC consideró que esta cláusula constituía una restricción de la competencia por objeto tras analizar su contenido, sus objetivos y el contexto jurídico y económico, que restringía la competencia inter-marca (i.e. entre los productos Apple y los de otros fabricantes competidores de productos electrónicos), sin perjuicio de su contribución a la consecución de un plan global que perseguía un objetivo común que se analizará más adelante.

En cuanto a su contenido, la CNMC consideró que: (i) al buscar un producto Apple, los consumidores no podían ver anuncios de productos de la competencia en los supuestos descritos, lo que les impedía o dificultaba la toma de decisiones informadas; y (ii) reducían, en general, la capacidad de las marcas competidoras de mostrar anuncios a los potenciales consumidores.

En cuanto a los objetivos, la CNMC se basó en evidencias internas de las partes conseguidas durante la instrucción para concluir que el objetivo de Apple era limitar la competencia que las marcas competidoras podían ejercer sobre ella, mientras que el objetivo de Amazon era, de nuevo, lograr un suministro completo y directo de los productos de Apple que antes de suscribir los acuerdos de 2018 que contienen las cláusulas investigadas no tenían.

En cuanto al contexto jurídico y económico, además de lo ya mencionado anteriormente, la CNMC se basó en su "[Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España](#)" (publicado el 7 de julio de 2021) para concluir que aunque el papel de Amazon era menor que el de Google y Facebook en el mercado de la publicidad en línea, podía convertirse en una fuerza muy competitiva en este campo en base al fuerte crecimiento de sus ingresos publicitarios derivados de su propio inventario junto con el auge del comercio electrónico acelerado por la pandemia. De hecho, esta previsión ha sido recientemente confirmada con la designación de Amazon el 6 de septiembre de 2023 (ni dos meses después de la adopción y publicación de la Decisión) como guardián de acceso en el sector de la publicidad en línea en aplicación de la Ley de Mercados Digitales o *Digital Markets Act*, una regulación adoptada en Europa para regular a grandes plataformas digitales a las que se le imponen una serie de obligaciones una vez son designadas como guardianes de acceso para lo que tienen que cumplir unos requisitos muy exigentes en términos de ingresos, número de usuarios, etc.

Las Cláusulas de limitaciones al marketing

La CNMC consideró que esta cláusula constituía una restricción de la competencia por objeto tras analizar su contenido, sus objetivos y el contexto jurídico y económico, que restringía la competencia inter-marca (i.e. entre los productos Apple y los de otros fabricantes competidores de productos electrónicos), sin perjuicio de su contribución a la consecución de un plan global que perseguía un objetivo común que se analizará más adelante.

En cuanto a su contenido, la CNMC consideró que estas cláusulas tienen un efecto similar a una cláusula de no competencia en el sentido de que limitaban la capacidad de Amazon de dirigirse a sus propios clientes para implementar una campaña de marketing animándoles a cambiar a un producto de la competencia (no Apple). Aunque esto podría estar justificado en base al RECAV 2010 durante la vigencia del contrato (si procediese su aplicación), no es así durante los dos años posteriores a su vencimiento.

En cuanto a los objetivos, la CNMC se basó en pruebas internas de las partes para concluir que el objetivo de Apple era evitar que Amazon pudiera dirigirse a sus propios clientes para poner en marcha una campaña de marketing que les animara a cambiar a un producto de la competencia (no Apple) y el objetivo de Amazon era, de nuevo, conseguir un suministro completo y directo de productos Apple.

En cuanto al contexto jurídico y económico, además de lo ya mencionado en las Cláusulas de Brand Gating, la CNMC consideró que cada venta de un producto de Apple en Amazon podía dar lugar a una campaña de marketing pero que esta posibilidad quedaba anulada debido al acuerdo entre las partes.

6. Infracción única y continuada

La infracción única y continuada es una figura jurídica que permite sancionar la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión¹⁶.

De acuerdo con la jurisprudencia¹⁷, no es necesario que todas y cada una de las conductas analizadas y sancionadas sean consideradas una infracción en si misma de manera individual (aunque podrían serlo), sino que todas, analizadas en su conjunto, constituyan una infracción.

En este caso, la CNMC consideró que las tres cláusulas constituían una infracción única y continuada al haber sido negociadas conjuntamente para la consecución de un plan global que perseguía un objetivo común (esto es, modificar de forma anticompetitiva la venta de productos Apple en el mercado en línea de Amazon en España).

En este sentido, consideró que las Cláusulas de Brand Gating restringían la competencia intra-marca (entre productos Apple) en la web de Amazon en España, mediante la expulsión de la mayor parte de los vendedores de productos Apple en dicho mercado en línea, mientras que las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing restringían la competencia inter-marca (entre los productos Apple y productos de marcas competidoras) al limitar la posibilidad de que marcas competidoras de Apple pudieran anunciarse en determinados espacios de la web de Amazon en España cuando un consumidor buscaba un producto marca Apple o pudieran beneficiarse, en el futuro, de campañas de marketing de conquista llevadas a cabo por Amazon dirigidas a clientes de Apple.

Al calificarlas de este modo, no era necesario demostrar o verificar que cada una de la cláusulas controvertidas de forma aislada constituía efectivamente una infracción del Derecho de la competencia porque eran las tres en su conjunto las que constituían una infracción única y continuada aunque, como se ha explicado, la CNMC también consideró en este caso que cada una de las cláusulas de forma individual constituía una restricción de la competencia por el objeto de los artículos 1 LDC y 101 TFUE (y en el caso de las Cláusulas de Brand Gating, también por el efecto).

7. Eficiencias y justificaciones

Aunque un acuerdo sea anticompetitivo, de acuerdo con los arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE, las partes siempre pueden alegar que el mismo presenta eficiencias que compensan sus efectos negativos en el mercado y que hacen que, globalmente considerado, el acuerdo sea beneficioso.

¹⁶ Artículo 29.6 de la Ley 40/2015.

¹⁷ Ver sentencia del TJUE en el asunto C-699/19 - Quanta Storage Inc. (ECLI:EU:C:2022:483), párrafo 59.

Para ello, las partes tienen que demostrar que los acuerdos en cuestión cumplen cuatro condiciones cumulativas: (i) que contribuyen a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico; (ii) que permiten a los consumidores o usuarios beneficiarse de sus ventajas; (iii) que no imponen restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos perseguidos; y (iv) que no eliminan la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Tanto Amazon como Apple sostenían que se cumplían todos los requisitos previstos en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, de tal modo que las cláusulas controvertidas deberían quedar exentas de la prohibición de los artículos 1.1. de la LDC y 101.1 del TFUE.

Por un lado, la principal alegación de Amazon era que los acuerdos habían aumentado significativamente la cartera y la disponibilidad de productos Apple en su mercado en línea (junto con mejoras en la entrega y la presentación de los productos en el sitio web y una reducción de los precios derivada de los mayores descuentos conseguidos de Apple). Por otro lado, Apple alegaba que los acuerdos habían contribuido a luchar contra la venta de productos falsificados de Apple en Amazon.

Sin embargo, la CNMC consideró que en el presente caso no se cumplían las condiciones de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, especialmente el criterio de indispensabilidad.

En este sentido, en relación con las alegaciones de Amazon, la CNMC explicó que no existía un nexo causal entre las supuestas eficiencias y las cláusulas en cuestión. El aumento de la cartera y disponibilidad de los productos de Apple se derivaba del suministro directo por parte de Apple a Amazon, lo que podría haberse logrado sin incluir las cláusulas en cuestión en los acuerdos. Y se consideró que lo mismo sucedía con el resto de supuestas eficiencias.

En cuanto a la lucha contra la falsificación de productos, la CNMC estimó que si Apple consideraba que algunos revendedores estaban vendiendo productos falsificados, debería haber adoptado medidas correctoras o presentar una denuncia ante las autoridades competentes. Además, existían varios indicios de que había formas más proporcionadas de actuar al respecto, entre otros, el hecho de que Apple decidiera en noviembre de 2021 (tras el inicio de la investigación) autorizar a todos los revendedores oficiales a vender en Amazon. Por último, según los propios datos de Amazon, menos del 0-5% de los productos de Apple vendidos en Amazon recibían una reclamación por falsificación.

Por las razones anteriores, la CNMC rechazó las alegaciones realizadas por las partes y consideró que no existían eficiencias que compensaran los efectos negativos para la competencia derivados de las cláusulas controvertidas.

8. Conclusión

La CNMC consideró que las Cláusulas de Brand Gating, las Cláusulas de publicidad y las Cláusulas de limitaciones al marketing constituían una infracción única y continuada de los artículos 1 LDC y 101 TFUE que tenían por objeto (y, en el primer caso, también por efecto) de impedir, restringir y/o falsear la competencia inter e intramarca en la venta de productos Apple en el mercado en línea de Amazon en España, lo que benefició a ambas empresas.

Por un lado, Apple: (i) a través de las Cláusulas de Brand Gating habría conseguido un aumento significativo de sus ventas al por mayor a Amazon y un mejor control de su canal de distribución que, como consecuencia, habría llevado a una reducción de la competencia intra-marca (es decir, entre revendedores autorizados y no autorizados de productos Apple) en el mercado en línea de Amazon en España; y (ii) a través de las Cláusulas de publicidad y las Cláusulas de limitaciones al marketing habría reducido la competencia inter-marca (es decir, entre Apple y las marcas competidoras) en el mercado en línea de Amazon en España.

Por otro lado, Amazon, al aceptar estas cláusulas, se aseguraba para sí el suministro de la cartera completa de productos de Apple (accediendo a sus productos más demandados a los que no tenía acceso antes de firmar los contratos de 2018) y aumentaba sus ingresos derivados de la venta de productos Apple (debido a la concentración de ventas de productos Apple en sí misma tras la no autorización de la mayoría de revendedores a utilizar esta plataforma para vender productos Apple).

Bibliografía

- COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, 8 de febrero de 2024.
- AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA. Auto de la Audiencia Nacional de 26 de diciembre de 2023 (Auto 01669/2023).
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Plan de Actuaciones de la CNMC (2021-2022).
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Plan Estratégico de la CNMC (2021-2026).
- TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA. Sentencia de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/ Comisión, T-44/00, EU:T:2004:218.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2017 Caso C-230/16, Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH; ECLI:EU:C:2017:941.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del TJUE en el asunto C-699/19 - Quanta Storage Inc., ECLI:EU:C:2022:483.
- UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo 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 concertadas.
- UNIÓN EUROPEA. REGLAMENTO (UE) N o 330/2010 DE LA COMISIÓN de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.