

LA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA GENERAL DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA

Julio PASCUAL Y VICENTE

Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia
Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la Unión Europea se está estrenando un nuevo enfoque en el tratamiento de la Comisión Europea a las restricciones verticales de la competencia. Este nuevo enfoque ha quedado plasmado en dos importantes textos de ámbito general. El primero es el Reglamento de la Comisión, de exención por categorías¹ para las restricciones verticales, de 22 de diciembre de 1999, y el segundo, la Comunicación de la Comisión sobre «Directrices relativas a las restricciones verticales», publicada el 13 de octubre de 2000. Además, el 31 de julio de 2002, la Comisión ha publicado un reglamento sobre restricciones verticales particular para el sector del automóvil, que, por su especificidad, no va a ser estudiado en este trabajo².

Con dichas resoluciones, la Comisión daba término al proceso de reforma del tratamiento de las restricciones verticales de la competencia, que había iniciado ella misma en 1996.

A. FUNDAMENTOS, PRÁCTICA Y CONSECUENCIAS DEL ENFOQUE TRADICIONAL

El enfoque que tradicionalmente venía aplicando la Comisión Europea a las restricciones verticales de la competencia se basaba implícitamente en tres principios. El primero, que toda restricción vertical disminuye, impide o falsea la competencia en el mercado. El segundo, que la competencia intermarca³ sólo en cuestión de grado es de diferente

¹ Ver PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 218.

² Se trata del Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, «relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículo a motor» (DOCE de 1 de agosto de 2002).

³ Ver PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 147.

importancia que la competencia intramarca⁴. El tercero, que no cabe esperar efectos compensatorios entre la competencia intermarca y la competencia intramarca en un mismo mercado.

Sobre la base de estos fundamentos que, aunque no habían sido explícitamente reconocidos, estaban generalmente presentes en su ánimo, la Comisión estuvo aplicando el art. 81.1 (*ex* 85.1) del Tratado prácticamente sin discriminar sustantivamente entre las restricciones, ya fueran horizontales o verticales. En la práctica, la Comisión actuaba del siguiente modo: aplicaba automáticamente la prohibición del art. 85.1 cuando existía fijación de precios o protección territorial absoluta, aunque aplicaba, cuando procedía, la regla de *minimis*⁵. Si el caso estaba fuera de *minimis* y no se daban las circunstancias señaladas de aplicación automática de la prohibición, entonces la Comisión hacía un análisis individualizado de la conducta orientado a establecer si la misma se había ajustado a normas, prescindiendo de estudiar el impacto real o potencial que sobre la competencia tenía la conducta examinada.

Este modo de proceder condujo a que la Comisión tuviera que analizar individualmente un número tan elevado de notificaciones en solicitud de autorización singular⁶, que se impuso la necesidad de adoptar exenciones por categorías. Así nacieron los primeros reglamentos de esta naturaleza, buena parte de los cuales ciertamente dedicados a modalidades verticales de relación entre las empresas, tales como distribución exclusiva, compra exclusiva o distribución y servicio de venta y postventa de vehículos automóviles, pero cada uno atendiendo únicamente a los aspectos singulares de cada modalidad comercial acreedora de su propia exención.

B. CRISIS DEL ENFOQUE TRADICIONAL

La Comisión, a mediados de la década de los 90, cobra conciencia de ciertas circunstancias de diversa índole que se están produciendo y que, cada una por su parte, van a cuestionar la validez del enfoque tradicional. Es una época, la de mediados de los 90, en la que la crisis del enfoque tradicional es percibida de un modo general en los ambientes más sensibilizados, tanto del mundo académico y de la abogacía especializada, como del mundo empresarial.

a) *Factores de la crisis*

Las principales de esas circunstancias que pueden identificarse como factores de la crisis son las siguientes: a) Colapso administrativo. b) Inse-

⁴ *Ibidem*.

⁵ Ver PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 348.

⁶ *Ídem*, p. 109.

guridad jurídica. c) Presión académica. d) Actitud de los Tribunales europeos. e) Criterios de los principales Estados.

A mediados de los noventa, la Comisión constata que el análisis individualizado que se impone en el enfoque tradicional está colapsando sus equipos de trabajo, pues su carácter básicamente no discriminatorio entre conductas horizontales y verticales está arrojando a las playas de la Comisión un número creciente de casos susceptibles de sanción o de autorización.

Otra observación de la Comisión en esa época es que existe una irritación creciente de las empresas y del sector de la abogacía que se dedica a estos asuntos, por la inseguridad jurídica que crea un sistema como el existente, del tipo «caso a caso».

Además, el vivo debate iniciado década y media antes entre los economistas se había templado ya, y se había alcanzado un amplio consenso en el mundo académico sobre los efectos positivos para la competencia que pueden producir ciertas restricciones verticales en un ambiente de fuerte competencia intermarca. El consenso alcanzado condujo a una presión creciente procedente de la universidad y llevó a los economistas a arremeter cada vez con más fuerza contra los principios que estaban todavía sosteniendo el enfoque tradicional.

Por otra parte, los Tribunales europeos, tanto el Tribunal de Justicia como el de Primera Instancia, permeables a las nuevas ideas, estaban actuando con más flexibilidad que la Comisión y enfrentaban el análisis económico al mero registro de los incumplimientos formales, dando más importancia al primero que al segundo. En la curia, la regla de lo razonable ganaba posiciones a la regla de la norma.

Pero es que, por si fuera poco, los criterios imperantes sobre las restricciones verticales en diversos e importantes países eran distintos que los aplicados por la Comisión década y media antes, porque usaban el análisis económico para determinar infracciones. Tales eran los casos de, por ejemplo, Alemania, Francia, Italia y Reino Unido, en Europa; o Estados Unidos y Canadá, en América. Y también eran distintos porque, en varios de estos países, los acuerdos restrictivos no se notificaban porque eran, *a priori*, legales. Esto es lo que estaba ocurriendo en los Estados europeos de mayor peso específico, y también en Estados Unidos y Canadá.

b) *Auge del análisis económico*

Un decisivo factor de la crisis fue el que hemos denominado como «presión académica». En efecto, a lo largo de la década de los ochenta, se fue imponiendo en el mundo académico la opinión según la cual son desiguales, no sólo en grado, sino también en signo, los efectos que sobre la competencia tienen las restricciones horizontales y verticales. Es decir,

se abrió paso la idea de que un acuerdo entre empresas competidoras, situadas en la misma fase del proceso de producción o comercialización, es generalmente más dañino para la competencia que un acuerdo que puedan alcanzar entre sí varias empresas situadas en fases distintas del proceso que, por eso mismo, no son sustitutivas entre sí, como, en cambio, lo son las competidoras.

El razonamiento que avala esta interpretación es que un acuerdo entre dos empresas que operan en la misma marca de un cierto tipo de producto, fabricando una y distribuyendo otra, por ejemplo, no podrá tener efectos apreciables sobre la competencia en el mercado siempre que existan en el mismo varias marcas del mismo tipo de producto. La competencia entre las diferentes marcas (competencia intermarca) será lo determinante en este caso, y no la hipotética merma de competencia dentro de la marca en cuestión (competencia intramarca) a que supuestamente hubiera dado lugar el acuerdo entre la productora y la comercializadora del producto de esa marca, en el ejemplo.

Es más, se consideró que, si es intensa la competencia intermarca en el mercado para cualquier tipo de producto, ciertas restricciones verticales a la competencia dentro de cada marca podrían arrojar efectos positivos sobre la competencia relativa a ese producto, globalmente considerada. El saldo podría ser, en este caso, positivo. Incluso, el consenso alcanzaba a que se considerase que, cuanto más agresiva fuera la competencia entre las diferentes marcas, más posibilidades habría de que los efectos positivos de las restricciones verticales sobre la competencia (y la eficiencia económica, en general) superasen a los efectos anticompetitivos.

Entre los efectos pro competencia de que las restricciones verticales son capaces de generar en un contexto de competencia intermarca, los economistas distinguían: *a)* los ahorros obtenidos por la mayor integración de los mercados que estas restricciones propician; *b)* los ahorros que genera la reducción de costes de operación a que estas restricciones pueden conducir, y *c)* la reducción de costes de información en el mercado que origina la uniformidad propiciada por ciertos acuerdos dentro de cada marca.

C. SINOPSIS DEL PROCESO DE REFORMA

El proceso puesto en marcha por la propia Comisión Europea para la reforma de su enfoque tradicional en el tratamiento de las restricciones verticales ha durado un lustro y ha culminado con la publicación del Reglamento de Exención por Categorías de las restricciones verticales, de 22 de diciembre de 1999, y las Directrices relativas a las restricciones verticales, de 13 de octubre de 2000, si bien cabe distinguir dos hitos previos en ese proceso, los cuales son, por orden cronológico, los siguientes: la publicación del Libro Verde sobre las Restricciones Verticales,

el 22 de enero de 1997, y la reunión del Consejo de Ministros de 10 de junio de 1999, que aprueba dos importantes Reglamentos y una Declaración sobre los elementos esenciales de la nueva política europea de competencia con relación a las restricciones verticales.

a) *Libro Verde sobre las Restricciones Verticales*

La Comisión Europea es consciente en el año 1996 de la crisis del modelo vigente y comprende la necesidad de emprender una reforma del mismo. Con esta preocupación, elabora ese mismo año un «Libro Verde sobre las Restricciones Verticales⁷» que publica y somete a debate público. Ciertamente la Comisión ofrece, para la necesidad de reforma, otros motivos distintos de los que la acosan y hemos descrito. Su planteamiento público es que existe la necesidad de culminar la normativa para el libre movimiento de productos en el mercado común, que además están próximos al fin de su vigencia dos reglamentos de exención por categorías que afectan a restricciones verticales⁸, y también ofrece como razón para el cambio que están desarrollándose con pujanza nuevos métodos de distribución a los que no conviene que coarte una actuación indiscriminada.

La Comisión Europea, una vez publicado el Libro Verde, abre un proceso de consulta en el que implica al Parlamento Europeo, a los Estados miembros, al Comité Económico y Social, al Comité de Regiones, así como a los diversos interesados: productores, distribuidores, organizaciones de consumidores y representantes sindicales. Y plantea las siguientes opciones para que todos se manifiesten sobre las mismas: a) Mantener el sistema entonces actual. b) Establecer exenciones por categorías más amplias, con lo se ganaría en flexibilidad, se abarcaría un mayor número de situaciones y se reduciría el grado de «reglamentismo». c) Establecer exenciones por categorías más específicas (limitación de las actuales exenciones por categorías a empresas con cuotas de mercado menores del 40 por 100 sin discriminación de precios entre Estados miembros). d) Reducción del ámbito de aplicación del art. 85.1 (hoy 81.1) del Tratado, estableciendo la presunción rebatible de compatibilidad con el art. 81.1 a empresas con una cuota de mercado inferior al 20 por 100, con dos variantes para las que lo superan.

Dos años después de publicar el Libro Verde, en 1998, la Comisión Europea publica una Comunicación sobre el seguimiento del Libro Verde⁹, en la que da cuenta de la marcha del debate. Y, en ese mismo año, hace públicas sus propuestas para dos Reglamentos del Consejo¹⁰ que habrían de modificar los antiguos Reglamentos 19/65 y 17/62, el pri-

⁷ COM (96) 721 final, Bruselas, 22 de enero de 1997.

⁸ El 31 de diciembre de 1997 expiraban el de «distribución exclusiva» y el de «compra exclusiva».

⁹ COM (98) 544 final, Bruselas, 30 de septiembre de 1998.

¹⁰ COM (98) 546 final, Bruselas, 30 de septiembre de 1998.

mero de habilitación a la Comisión para la adopción de exenciones por categorías y el segundo de aplicación de los arts. 81 y 82 (*ex* 85 y 86) del Tratado.

b) *Reunión del Consejo de Ministros de 10 de junio de 1999*

Si el Libro Verde puede señalarse como el primer hito del proceso de reforma del tratamiento tradicional de las restricciones verticales por la Comisión, el segundo hito en este proceso reformador lo sería la reunión del Consejo de Ministros de Industria de la Unión Europea de 10 de junio de 1999, en la que se respaldaron los propósitos reformadores de la Comisión y se aprobaron tres importantes textos.

En primer lugar, el Consejo aprobó, a propuesta de la Comisión, dos Reglamentos, el CEE/1215/1999 y el CEE/1216/1999.

En segundo lugar, el Consejo de Ministros que, al aprobar estos Reglamentos facultaba a la Comisión para adoptar un nuevo reglamento de exención por categorías para los acuerdos verticales, hacía pública una Declaración sobre los elementos esenciales de la nueva política comunitaria de competencia en materia de restricciones verticales¹¹, que fue cortésmente respondida por la Comisión mediante una Declaración de buena disposición.

i) *Reglamentos CEE/1215/1999 y CEE/1216/1999*

El Consejo de Ministros reforzaba a la Comisión y aceptaba su propuesta, aprobando dos reglamentos modificativos de otros dos. El primero que se modificaba era el Reglamento núm. 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 (ahora 81) del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas, de habilitación a la Comisión para la adopción de reglamentos de exención por categorías. El otro reglamento modificado era el Reglamento núm. 17/62/CEE del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 (ahora 81 y 82) del Tratado.

ii) *Declaración del Consejo sobre los elementos esenciales de la nueva política*

En esta Declaración, el Consejo coincidía con la Comisión en varias cuestiones que iban a ser decisivas y, respecto de otras, el Consejo emitía su propia opinión.

¹¹ Doc. 8958/99 ADDI.

En primer lugar, el Consejo coincide con la Comisión en que el futuro reglamento de exención por categorías para las restricciones verticales debería tener como objetivos fundamentales la «protección de la competencia» y la «integración del mercado».

Más en concreto, en la Declaración se postulan las siguientes finalidades: *a)* Una exención por categorías que abarque todos los tipos de acuerdos verticales. *b)* Un enfoque más económico que evalúe los efectos positivos y negativos de las restricciones verticales. *c)* Una reducción de la carga administrativa que pesa sobre las autoridades encargadas de la competencia y sobre las empresas. *d)* Una mayor descentralización del control.

En este sentido, el Consejo pide a la Comisión que elabore el proyecto de un nuevo reglamento de exención por categorías, de conformidad con los principios mencionados, con la antelación suficiente para que la nueva exención por categorías para las restricciones verticales entre en funcionamiento, a ser posible, el 1 de enero de 2000. El Consejo toma nota del régimen especial relativo a la distribución de vehículos a motor vigente hasta 2002 y pide a la Comisión que adopte determinadas providencias para poder determinar el futuro régimen de este sector.

En segundo lugar, el Consejo coincide con la Comisión en que el futuro reglamento de exención por categorías para las restricciones verticales debe «basarse en criterios económicos a la hora de determinar el alcance del beneficio de la exención». Y, además, el Consejo se pronuncia a favor de una sola «cuota de mercado límite», por encima de la cual no se aplique la exención, y considera que el 30 por 100 constituye una buena base para las consultas.

Con objeto de ayudar a las empresas a evaluar sus acuerdos verticales y, de ese modo, lograr una mayor eficacia en el cumplimiento de las normas de competencia, pero también para desincentivar a las empresas para notificar los acuerdos verticales, el Consejo pide a la Comisión que elabore unas «directrices» en las que se expongan los criterios generales que aplicará la Comisión en los siguientes supuestos: *a)* Estudio de los casos particulares que queden fuera de la exención por categorías contemplada en el futuro reglamento. *b)* Revocación del beneficio de la exención en los casos específicos en los que un acuerdo tenga efectos incompatibles con las condiciones establecidas en el apartado 3 del art. 81 del Tratado. *c)* Adopción de reglamentos de desaplicación del beneficio de la exención a una pluralidad de acuerdos paralelos en un mercado concreto.

En tercer lugar, el Consejo pide a la Comisión que elabore una lista de restricciones verticales que se consideran contrarias a la competencia y que habrán de quedar excluidas de la futura exención por categorías, con independencia de la cuota de mercado de la empresa («lista negra»), en la cual deberán figurar, al menos, la «fijación de precios mínimos y fijos de reventa», así como «determinados tipos de protección territorial». Y, en este sentido, el Consejo pide a la Comisión que tenga en

cuenta que la inclusión en la lista negra de determinadas cláusulas de protección territorial, relativas a restricciones a las ventas activas, no debería inhibir la asignación de territorios a los distribuidores, incluidos los franquiciados, si dichos acuerdos restrictivos, debido a afectar a cuotas muy pequeñas de mercado, no tienen un impacto adverso para la competencia o la integración del mercado. Con este fin, el Consejo recomienda a la Comisión que revise su Comunicación «De *minimis*», en paralelo al proceso de reforma de su política de competencia relativa a las restricciones verticales.

En cuarto lugar, el Consejo coincide con la Comisión en que las «cláusulas de no competencia» deben quedar fuera del beneficio de la exención si no estipulan un determinado plazo máximo de duración. El Consejo estima que, como base para las consultas, el período exento deberá ser de cinco años, aunque pudiendo prever excepciones para casos particulares en las directrices o en el reglamento de exención.

Finalmente, el Consejo solicita a la Comisión que sopesa la relación entre la flexibilidad del nuevo régimen para la distribución selectiva y el objetivo de protección de la competencia.

En resumen, mediante la Declaración de 10 de junio de 1999, el Consejo apoya a la Comisión en el proceso de reforma abierto por ella misma con el Libro Verde, para que adopte un nuevo enfoque en el tratamiento de las restricciones verticales que tenga en cuenta el análisis económico, gane flexibilidad, aporte seguridad jurídica, reduzca carga burocrática y permita un control más descentralizado. El Consejo detalla los textos en que ha de concretarse la reforma; en cuanto a dos de ellos, emplaza a la Comisión para que redacte un *Reglamento de exención por categorías* para las restricciones verticales y unas *Directrices* donde la Comisión exponga los criterios que aplicará al estudiar los casos particulares que queden fuera de la exención genérica y las revocaciones del beneficio de la exención; en cuanto al tercer documento, el Consejo recomienda a la Comisión que elabore una nueva *Comunicación de minimis* que evite inhibir la asignación de territorios a los distribuidores cuando no supongan menoscabo de la competencia. Finalmente, el Consejo se declara partidario de una única cuota de mercado límite, que sugiere del 30 por 100, para que la exención genérica no se aplique si esa cuota es superada; y pide a la Comisión que elabore una «lista negra» con las restricciones concretas que, con independencia de la cuota de mercado, se dejarán fuera de la futura exención por categorías, y en la que, dice, han de estar la fijación de precios mínimos y fijos de reventa, y determinados tipos de protección territorial.

2. REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS PARA LAS RESTRICCIONES VERTICALES

Éste es el «Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81

del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas», publicado por el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 29 de diciembre de 1999. Este Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

A. DECLARACIÓN DE INTENCIONES

La sustancia de los considerandos de este Reglamento, cuyo conjunto constituye una verdadera lección de análisis económico, comienza a desplegarse con una declaración de la Comisión según la cual «la experiencia adquirida hasta la fecha permite definir una categoría de acuerdos verticales que pueden considerarse que, en principio, cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 del art. 81», declaración de gran calado aunque redactada de modo bastante inexpresivo. Para su debida ponderación, convendrá recordar esas «condiciones establecidas en el apartado 3 del art. 81»:

«Que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

La declaración es de gran calado porque la Comisión Europea viene a reconocer que ya ha adquirido suficiente experiencia como para haberse dado cuenta de que existen categorías de acuerdos verticales entre las empresas que, *a priori*, no deben ser prohibidos, porque mejoran la producción o la distribución o fomentan el progreso técnico o económico y hacen participar equitativamente a los usuarios en esas mejoras. Tras esta declaración, la Comisión fija los términos de esa categoría de acuerdos verticales que su experiencia le permite identificar como susceptibles de estar exentos de prohibición. Lo hace así:

«Esta categoría incluye los acuerdos verticales de compra o venta de bienes y servicios, cuando estos acuerdos se celebren entre empresas no competidoras, entre determinados competidores o por determinadas asociaciones de minoristas de bienes. Incluye asimismo los acuerdos verticales que contengan disposiciones accesorias sobre cesión o utilización de derechos de propiedad intelectual. A los efectos del presente Reglamento, el término acuerdos verticales incluirá las correspondientes prácticas concertadas»¹².

Seguidamente la Comisión explica que estos acuerdos —es decir, los verticales de la categoría definida en el Reglamento que va a declarar exentos de prohibición—: «pueden mejorar la eficiencia económica de

¹² Ver PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 319.

una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes». Y que, «en concreto, pueden llevar a una reducción de los costes de transacción¹³ y de los costes de distribución de las partes y a optimizar sus niveles de ventas e inversión».

Aunque seguidamente advierte que: «La probabilidad de que dicha mejora de la eficiencia económica compense los efectos contrarios a la competencia derivados de las restricciones contenidas en los acuerdos verticales depende del grado de poder de mercado¹⁴ de las empresas implicadas y, por tanto, de la medida en que dichas empresas estén expuestas a la competencia de otros proveedores de bienes o servicios que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios y destino previsto».

El razonamiento es correcto, aunque no conviene pasar por alto que resulta completamente imposible determinar en la práctica cuál es el grado de poder de mercado por debajo del cual la eficiencia económica ganada por una categoría de restricciones verticales es mayor que los efectos económicos negativos de una supuesta competencia perdida. Pero, pragmáticamente, la Comisión salta por encima de esta dificultad y, tomando la referencia del «30 por 100 de cuota de mercado límite» que le había sugerido el Consejo en la Declaración de 10 de junio de 1999 (ver *supra*), conecta los conceptos «poder de mercado» y «cuota de mercado», y declara:

«Siempre y cuando la cuota de mercado del proveedor en el mercado de referencia no exceda del 30 por 100, cabe suponer que los acuerdos verticales que no contengan determinado tipo de restricciones especialmente graves y contrarias a la competencia conducen por lo general a una mejora de la producción o distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes... Por encima del límite de la cuota de mercado del 30 por 100, no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81 generarán con carácter general ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las ventajas que causan a la competencia».

La Comisión, sin embargo, advierte que, cualesquiera que sean las cuotas de mercado de las empresas implicadas, no han de quedar exentos aquellos acuerdos verticales que contengan restricciones a la competencia no imprescindibles para alcanzar los mencionados efectos positivos, destacando que esto ha de afectar particularmente a los acuerdos verticales que contengan determinadas restricciones de la competencia especialmente graves, como los «precios de reventa mínimos y fijos» y «determinados tipos de protección territorial». Por otra parte, con el fin de impedir bloqueos a la entrada en el mercado y colusiones excluyentes del mismo, la Comisión anuncia en la Exposición de Motivos del Reglamento que se propone sujetar la exención por categorías objeto del mismo

¹³ Ídem, p. 180.

¹⁴ Ídem, p. 298.

a ciertas limitaciones. Se trata, en definitiva, de asegurar que los acuerdos a los que se aplique la exención por categorías del Reglamento no permitan a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos afectados.

Finalmente, en la Exposición de Motivos, la Comisión advierte su propósito de reservarse en el Reglamento la posibilidad de retirar el beneficio de la exención por categorías en casos específicos en los que un acuerdo, aunque cumpla las condiciones establecidas, surta efectos incompatibles con el art. 81.3 del Tratado.

B. ESTRUCTURA

Éste es un Reglamento breve, de sólo trece artículos, cuyo contenido puede estructurarse con arreglo al siguiente esquema: *a)* terminología; *b)* acuerdo vertical y ámbito de aplicación; *c)* condiciones de inaplicabilidad; *d)* retirada del beneficio de la exención; *e)* declaración reglamentaria de inaplicabilidad; *f)* Disposiciones Transitorias.

a) Terminología

Los arts. 1 y 11 del Reglamento precisan la terminología utilizada en el cuerpo del Reglamento.

El art. 1, así, define qué hay que entender por conceptos tales como «empresas competidoras», «cláusula de no competencia», «obligación de suministro exclusivo», «sistema de distribución selectiva» o «conocimientos técnicos». Y el art. 11 hace lo propio con respecto al término «empresa vinculada».

Seguidamente se ofrece el correspondiente detalle terminológico.

i) Empresas competidoras

El Reglamento entiende por *empresas competidoras* los proveedores reales o potenciales en el mismo mercado de producto, incluyendo éste los bienes o servicios que el comprador considere intercambiables o sustituibles con los bienes o servicios del contrato, dadas sus características, precios y destino previsto.

ii) Cláusula de no competencia

Se considera *cláusula de no competencia* cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales,

o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 por 100 del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente.

iii) Obligación de suministro exclusivo

Se entiende por *obligación de suministro exclusivo* cualquier obligación, directa o indirecta, para el proveedor, de vender los bienes o servicios especificados en el acuerdo exclusivamente a un comprador dentro de la Comunidad para un uso específico o para su reventa.

iv) Sistema de distribución selectiva

Es un *sistema de distribución selectiva* cualquiera por el que el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometen a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados.

v) Derechos de propiedad intelectual

El Reglamento especifica que, en los *derechos de propiedad intelectual*, incluirá los derechos de propiedad industrial, derechos de autor y derechos conexos.

vi) Conocimientos técnicos

Se entenderá por *conocimientos técnicos* un conjunto de información práctica no patentada, derivada de la experiencia del proveedor y verificada por éste, que es secreta, sustancial y determinada.

vii) Comprador

Para el Reglamento, el concepto de *comprador* incluirá una empresa que, con arreglo a un acuerdo al que se aplique el apartado 1 del art. 81 del Tratado, venda bienes o servicios por cuenta de otra empresa.

viii) Empresa vinculada

El art. 11 del Reglamento dispone que, a sus propios efectos, los términos «empresa», «proveedor» y «comprador» incluirán sus empresas vinculadas, defi-

niendo a éstas en los siguientes términos: *a)* Las empresas en las que una de las partes del acuerdo, directa o indirectamente, tenga la facultad de ejercer más de la mitad de los derechos de voto; o tenga la facultad de designar 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 disponga del derecho a gestionar las actividades de la empresa. *b)* Las empresas que, directa o indirectamente, tengan sobre una de las partes del acuerdo los derechos o facultades enumeradas en la letra *a)*. *c)* Las empresas en las que una empresa contemplada en la letra *b)* posea, directa o indirectamente, los derechos o facultades enumerados en la letra *a)*. *d)* Las empresas en las que una parte del acuerdo junto con una o varias de las empresas contempladas en *a)*, *b)* o *c)* o en las que dos o varias de estas últimas empresas posean conjuntamente los derechos o facultades enumerados en *a)*. *e)* Las empresas en las que los derechos o facultades enumeradas en la letra *a)* sean de titularidad conjunta de partes del acuerdo o sus respectivas empresas vinculadas contempladas en las letras *a)* a *d)*; o una o varias de las partes del acuerdo o una o varias de sus empresas vinculadas contempladas en las letras *a)* a *d)* y una o varias terceras partes.

b) Acuerdo vertical y ámbito de aplicación

El art. 2 es uno de los más importantes del Reglamento porque define lo que en él se entiende por acuerdo vertical y fija el ámbito de la exención, estableciendo expresamente que el Reglamento no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros Reglamentos de exención por categorías (apartado 5) ¹⁵.

i) Acuerdo vertical

En cuanto a lo que el Reglamento entiende por acuerdo vertical, el apartado 1 del art. 2 establece que la prohibición del art. 81.1 del Tratado no se aplicará a «los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios».

ii) Ámbito de aplicación

El apartado 2 del mismo art. 1 precisa que la exención será aplicable también a los acuerdos verticales entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, siempre que

¹⁵ Es el caso del sector del automóvil que, a la sazón, seguía amparado por una exención específica por categoría, concedida por el Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión, que posteriormente habría de ser sustituido por el Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 2002 (ver nota 2).

todos los miembros sean minoristas y ninguno de ellos tenga un volumen anual global de negocios superior a 50 millones de euros, incluyendo en esta cifra las de sus empresas vinculadas.

El apartado 3, por su parte, precisa que la exención será aplicable a los acuerdos verticales que contengan cláusulas sobre cesión al comprador de derechos de propiedad intelectual, siempre que las mismas no constituyan el objeto principal de los acuerdos, estén directamente relacionadas con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes, y no contengan restricciones de la competencia, respecto de los bienes o servicios contractuales, que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales no exentas por el Reglamento.

El apartado 4 regula la exención de las restricciones verticales entre competidores, estableciendo que, si bien, en principio, la exención no es aplicable a éstos, sí lo será cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y: a) el volumen de negocios global del comprador no exceda de 100 millones de euros al año, o b) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes, y el comprador sea un distribuidor que no fabrique bienes que compitan con los bienes del contrato, o c) el proveedor suministre servicios a los distintos niveles del comercio y el comprador no suministre servicios competitivos en el nivel del comercio donde compre los servicios contractuales.

c) *Condiciones de inaplicabilidad*

Las condiciones de inaplicabilidad de la exención están contempladas en los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento, que contienen preceptos de carácter negativo en los que se precisan las condiciones cuya presencia hacen inaplicable la exención por categoría. Estas condiciones son: i) Cuota de mercado superior al 30 por 100. ii) Lista negra de restricciones. iii) Cláusulas de no competencia excesivas, según detalle.

i) Cuota de mercado superior al 30 por 100

El art. 3 dispone, en su apartado 1, que la exención prevista se aplicará con la condición de que la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30 por 100 del mercado de referencia en el que se vendan los bienes o servicios contractuales.

El apartado 2 del mismo art. 3 se refiere al caso de los acuerdos verticales que contengan obligaciones de suministro exclusivo y dispone que la exención prevista se aplicará a condición de que la cuota de mercado del comprador no exceda del 30 por 100 del mercado de referencia en el que adquiera los bienes o servicios contractuales.

Los arts. 9 y 10 del Reglamento regulan el cálculo de la cuota de mercado.

El art. 9 establece el siguiente conjunto de reglas para el cálculo de la cuota de mercado: *a)* La cuota de mercado se calculará sobre la base de datos relativos al año natural precedente. *b)* La cuota de mercado incluirá los bienes o servicios suministrados a los distribuidores integrados a los efectos de la venta. *c)* Cuando la cuota de mercado no supere inicialmente el 30 por 100 pero se incremente *a posteriori* sin exceder del 35 por 100, la exención seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos, a partir del año en que se sobrepase por primera vez el 30 por 100. *d)* Cuando la cuota de mercado no supere inicialmente el 30 por 100 pero se incremente *a posteriori* por encima del 35 por 100, la exención seguirá aplicándose durante un año natural, a contar desde el año en que se sobrepase por primera vez el 35 por 100. *e)* Los beneficios de las letras *c)* y *d)* no podrán combinarse de manera que excedan de un período de dos años naturales.

El art. 10, por su parte, dispone que, a los efectos del cálculo del volumen de negocios global anual, se sumarán todos los volúmenes de negocio realizados, durante el ejercicio financiero previo, por la correspondiente empresa parte del acuerdo vertical y por sus empresas vinculadas, con respecto a todos los bienes y servicios, excluidos impuestos y tasas. A tal fin, no se tendrán en cuenta las operaciones entre la empresa parte del acuerdo vertical y sus empresas vinculadas, o directamente entre sus empresas vinculadas.

La exención seguirá aplicándose cuando se rebase el umbral del volumen de negocios global anual en no más del 10 por 100 durante cualquier período de dos ejercicios financieros consecutivos, según dispone el apartado 2 del art. 10 del Reglamento.

ii) Lista negra de restricciones

El art. 4 prevé la no aplicación de la exención a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto diversas restricciones que se concretan en las siguientes: *a)* Restricción de la facultad del comprador de fijar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes. *b)* Restricción del territorio en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales, o de los clientes a los que pueda vendérselos, excepto: *i)* restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador, cuando tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador; *ii)* restricción de ventas

a usuarios finales por un comprador que opere a nivel de comercio al por mayor; iii) restricción de ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva; iv) restricción de la capacidad del comprador de vender componentes, suministrados con el fin de su incorporación, a clientes que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que los que produce el proveedor. c) Restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva, que opere al nivel de comercio al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento autorizado. d) Restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles del comercio. e) Restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora en otros bienes, que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales o a reparadores o proveedores de otros servicios, no encargados por el comprador de la reparación o servicio post-venta de sus bienes.

iii) Cláusulas de no competencia excesivas

El art. 5, finalmente, prescribe la no aplicación del Reglamento de Exención por Categorías a ninguna de las siguientes cláusulas de no competencia contenidas en los acuerdos verticales: a) Cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años, considerándose como de duración indefinida la que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años. Sin embargo, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador. b) Cualquier cláusula que, directa o indirectamente, prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios, excepto cuando tal obligación se refiera a bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, y se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual, y sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, y siempre y cuando la duración de dicha cláusula de no competencia se limite a un período de un año tras la expiración del acuerdo. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de imponer una restricción ilimitada en el tiempo, relativa al uso y la cesión de conocimientos técnicos que no sean de dominio público. c) Cualquier cláusula que, directa o indirectamente, prohíba a los miembros de un sistema de distribución selectiva vender las marcas de determinados proveedores competidores.

d) *Exclusión del beneficio de la exención*

El Reglamento establece, en sus arts. 6 y 7, respectivamente, la posibilidad de que la Comisión y los Estados miembros puedan excluir del beneficio de la exención a los acuerdos verticales cuando surtan efectos incompatibles con las condiciones del art. 81.3 del Tratado.

En efecto, el art. 6 dispone que la Comisión podrá retirar el beneficio de la aplicación del Reglamento de Exención por Categorías cuando, en un caso específico, considere que un acuerdo vertical al que se aplique este Reglamento surte efectos incompatibles con las condiciones previstas en el art. 81.3 del Tratado, en particular cuando restrinja de forma significativa el acceso al mercado de referencia, o la competencia en el mismo, por el efecto acumulativo de redes paralelas de restricciones verticales similares, puestas en práctica por proveedores o compradores competidores.

Y el art. 7 otorga idéntica facultad a la autoridad competente de un Estado miembro, para poder retirar el beneficio de la aplicación del Reglamento de Exención por Categorías en su territorio, cuando un acuerdo vertical al que se aplique el Reglamento surta efectos incompatibles con las condiciones del art. 81.3 del Tratado en el territorio del propio Estado, o en una parte del mismo, que reúna las condiciones propias de un mercado geográfico separado.

e) *Declaración reglamentaria de inaplicabilidad*

El art. 8 faculta a la Comisión para declarar la inaplicabilidad del Reglamento de Exención por Categorías a los acuerdos verticales que contengan restricciones específicas relativas a un mercado en el que existan redes paralelas de restricciones verticales similares que abarquen a más del 50 por 100 del mismo. La Comisión habrá de hacer uso de esta facultad mediante reglamentos, que no serán aplicables antes de un plazo de seis meses a partir de su adopción.

f) *Disposiciones Transitorias*

El Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales entra en vigor el 1 de enero de 2000 y expira el 31 de mayo de 2010, según dispone su art. 13 que, asimismo, establece que será aplicable a partir del 1 de junio de 2000, excepto el apartado 1 del art. 12, que será aplicable a partir del 1 de enero de 2000.

Dicho apartado 1 del art. 12 dispone que las exenciones previstas en los Reglamentos de la Comisión (CEE) núms. 1983/83¹⁶, 1984/83¹⁷

¹⁶ DOCE, núm. L 173, de 30 de junio de 1983, p. 1.

¹⁷ DOCE, núm. L 173, de 30 de junio de 1983, p. 5.

y 4087/88¹⁸ seguirán aplicándose hasta el 31 de mayo de 2000. Y el apartado 2, que la prohibición establecida en el art. 81.1 del Tratado no se aplicará durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2000 y el 31 de diciembre de 2001, respecto de los acuerdos que ya estén en vigor el 31 de mayo de 2000 y que no cumplan las condiciones de exención previstas en este Reglamento, pero cumplan las condiciones establecidas en los Reglamentos (CEE) núms. 1983/83, 1984/83 ó 4087/88.

3. DIRECTRICES SOBRE RESTRICCIONES VERTICALES

Las *Directrices relativas a las restricciones verticales* se publican como una Comunicación de la Comisión en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 13 de octubre del año 2000¹⁹.

A. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL CONTENIDO

La Comunicación de *Directrices* consta de seis capítulos, de los que el primero sirve para definir los objetivos y para explicar por qué el art. 81 del Tratado ofrece el marco jurídico adecuado para una evaluación equilibrada de las decisiones verticales, al reconocer la distinción entre efectos contrarios a la competencia y efectos beneficiosos para la misma, en los apartados 1 y 3, respectivamente. En este primer capítulo, la Comisión expone el criterio que va a seguir en el análisis de los acuerdos verticales, que consistirá generalmente en un enfoque económico basado en las consecuencias en el mercado. Y advierte no será así respecto de los acuerdos verticales contemplados en el art. 4 del Reglamento, en los que no está obligada a evaluar sus efectos reales en el mercado. El capítulo segundo describe los acuerdos verticales que, por lo general, no entran en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado. El capítulo tercero explica cómo va a ser aplicado el Reglamento de Exención por Categorías. El capítulo cuarto describe los principios que rigen la retirada individual de la exención por categorías y la inaplicabilidad genérica del Reglamento de Exención. En el capítulo quinto, se abordan las cuestiones de la definición del mercado y del cálculo de su cuota. Y, finalmente, el capítulo sexto ofrece unas orientaciones para la evaluación de los casos individuales.

B. ACUERDOS VERTICALES EXCLUIDOS DEL ART. 81.1

El capítulo II precisa qué tipos de acuerdos verticales están, por lo general, excluidos del ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado. Son, por una parte, los acuerdos de menor importancia y los llamados «PYME», y, por otra parte, los acuerdos de agencia.

¹⁸ DOCE, núm. L 359, de 28 de diciembre de 1988, p. 46.

¹⁹ 2000/C 291/01.

a) *Acuerdos de menor importancia y PYME*

Por lo que respecta a los acuerdos de menor importancia y PYME, las *Directrices* dan algún tipo de respuesta al requerimiento del Consejo a la Comisión de una nueva Comunicación de *minimis*²⁰. Es en este sentido en el que el apartado 1 del capítulo II hace notar que los acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros o que no tienen por objeto o efecto restringir de forma significativa la competencia, quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado, señalándose seguidamente que el Reglamento de Exención por Categorías se aplica únicamente a los acuerdos que sí entran en el ámbito de aplicación de dicha disposición. Finalmente, se aclara que el *Reglamento* y las *Directrices*, «se entienden sin perjuicio de la aplicación de la presente o cualquier futura Comunicación de *minimis*».

El tratamiento de la cuestión de *minimis* se hace a tres niveles, que se refieren, respectivamente, al efecto acumulativo que se produce con motivo de un acuerdo, a las restricciones especialmente graves y a los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas.

En lo referente al efecto acumulativo, se considera que, sin perjuicio de las condiciones establecidas en los puntos 11, 18 y 20 de la Comunicación de *minimis*²¹, por lo general, los acuerdos verticales suscritos entre empresas cuya cuota de mercado no exceda del 10 por 100 se excluyen del ámbito de la prohibición del art. 81.1 del Tratado, sin que ello suponga que los acuerdos verticales celebrados por empresas que posean una cuota de mercado superior 10 por 100 infringen automáticamente lo dispuesto en el art. 81.1. Es más, la Comisión considera como posible que los acuerdos entre empresas cuya cuota de mercado sea superior al 10 por 100 sigan sin repercutir de forma significativa en el comercio entre Estados miembros o no representen una restricción considerable de la competencia²². Y se establece que estos acuerdos han de ser evaluados en su contexto jurídico y económico, según los criterios que se explican en el capítulo VI de las propias *Directrices*.

Por lo que se refiere a las restricciones especialmente graves definidas en la Comunicación de *minimis*²³, se considera posible la aplicación del art. 81.1 del Tratado por debajo del umbral del 10 por 100, siempre que se produzca un efecto considerable sobre el comercio entre Estados miembros y sobre la competencia²⁴.

²⁰ Ver Declaración del Consejo de 15 de junio de 1999, *supra*.

²¹ De fecha 9 de diciembre de 1997, *DOCE*, núm. C 372, de la misma fecha, p. 13.

²² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-7/93, *Langnese-Iglo GmbH/Comisión*, *Rec.*, 1995, II-1533, apartado 98.

²³ Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia de 9 de diciembre de 1997 (*DOCE*, núm. C 372, de la misma fecha, p. 13).

²⁴ Se hace aquí referencia a las Sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos 5/69, *Völk/Ver-*

Además, la Comisión considera que, sin perjuicio del efecto acumulativo y de las restricciones especialmente graves, los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas, tal como las define el anexo de la Recomendación 96/280/CE de la Comisión ²⁵, rara vez tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros o restringir considerablemente la competencia y, por consiguiente, suelen quedar excluidos del ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado. Para los casos en los que, a pesar de todo, tales acuerdos cumplan las condiciones de aplicación del art. 81.1, la Comisión anuncia que se abstendrá, por regla general, de incoar procedimientos, al no existir suficiente interés comunitario, siempre cuando las empresas no ocupen una posición dominante, individual o colectiva, en una parte sustancial del mercado común.

b) *Acuerdos de agencia*

La Comisión reitera en las *Directrices* que, en contratos genuinos de agencia, las obligaciones impuestas al agente en lo que respecta a los contratos negociados o suscritos por cuenta del principal, no se encuadran en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado, aunque precisa que sí pueden encuadrarse en este ámbito los que llama «acuerdos no genuinos de agencia», en cuyo caso les serán de aplicación el Reglamento de Exención por Categorías y las *Directrices*.

Por otra parte, la Comisión aprovecha las *Directrices* para precisar anteriores pronunciamientos suyos en materia de contratos de agencia, pasando a sustituir los apartados 12 a 20 del capítulo II de las mismas a la Comunicación relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con los agentes comerciales de 24 de diciembre de 1962 ²⁶.

Las *Directrices* definen los acuerdos de agencia como «aquellos en virtud de los cuales una persona física o jurídica (el agente) dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre del propio agente o del principal, para la compra de bienes o servicios por parte del principal, o venta de bienes o servicios suministrados por el principal». Y centran en los tipos de riesgos, comercial o financiero, que asumen las partes, el análisis para evaluar el carácter genuino del acuerdo de agencia, distinguiendo dos tipos pertinentes de riesgo, a estos efectos. En primer lugar, los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos y, o negociados por el agente por cuenta del principal, tales como la «financiación de existencias». En segundo lugar, los riesgos derivados de «inversiones específicamente destinadas al mercado».

vaeke, Rec., 1969, p. 295; 1/71, *Cadillon/Höss, Rec.*, 1971, p. 351, y C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent, Rec.*, 1998, p. I-1983, apartados 16 y 17.

²⁵ DOCE, núm. L 107, de 30 de abril de 1996, p. 4.

²⁶ DOCE, núm. 139, de la misma fecha, pp. 2921-2962.

El acuerdo de agencia se considera genuino y, en consecuencia, excluido del ámbito de aplicación del art. 81.1, si el agente no asume riesgo alguno, ni comercial ni financiero, o éste es insignificante, en relación con los contratos celebrados por cuenta del principal y con las inversiones relativas al contrato o específicamente destinadas al mercado. No se consideran pertinentes, a efectos de esta evaluación, los riesgos propios de la prestación de servicios de agencia en general, tales como el riesgo de ingresos del agente que dependan de su éxito en el ejercicio de su función o de inversiones generales en locales o personal, por ejemplo.

Las *Directrices* establecen que la cuestión del riesgo ha de evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación, más que la forma jurídica del acuerdo. Sin embargo, la Comisión estima que, por lo general, el art. 81.1 no será aplicable a las obligaciones impuestas al agente, por lo que se refiere a los contratos negociados y, o celebrados por cuenta del principal, cuando la propiedad de los bienes, comprados o vendidos, objeto del contrato, no le sea conferida al agente o éste no preste directamente los servicios objeto del contrato y cuando éste: *a)* no contribuya a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato, incluidos los costes de transportes de los bienes; *b)* no esté obligado, directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas; *c)* no mantenga existencias de los bienes objeto del contrato, corriendo personalmente con los costes y riesgos, incluidos los costes de financiación de las existencias y los de pérdida de las mismas, y pueda devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos que el agente sea responsable por negligencia; *d)* no cree o explote un servicio de posventa, de reparación o garantía, a menos que el principal le reembolse la totalidad de los gastos en que incurra; *e)* no realice inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o formación del personal; *f)* no asuma responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto vendido, a menos que como agente sea responsable por negligencia; *g)* no asuma responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de clientes, a excepción de la pérdida de la comisión de agente, a menos que éste sea responsable por negligencia.

Esta lista no es exhaustiva. Sin embargo, si el agente incurre en uno o varios de los riesgos o costes descritos, se podrá aplicar el art. 81.1 del Tratado, como en el caso de cualquier otro tipo de acuerdo vertical.

Un acuerdo de agencia puede también entrar en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado si facilita la colusión, aun cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales. Tal podría ser el caso, por ejemplo, si varios principales utilizan los mismos agentes al tiempo que impiden colectivamente a otros emplear a estos agentes, o si los utilizan para coludir en la estrategia comercial o para intercambiar entre los principales información sensible sobre el mercado.

Si un acuerdo de agencia no se encuadra en el ámbito de aplicación del art. 81.1, quedan excluidos del ámbito de aplicación de dicha dis-

posición todas las obligaciones impuestas a los agentes en relación con los contratos celebrados y/o negociados por cuenta del principal.

C. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

El capítulo de las *Directrices* dedicado a explicar cómo se va a aplicar el Reglamento de Exención por Categorías consta de nueve apartados, que se ocupan respectivamente de: a) Recinto protegido por el Reglamento. b) Ámbito de aplicación del Reglamento. c) Restricciones especialmente graves. d) Condiciones contempladas en el Reglamento. e) Ausencia de presunción de ilegalidad fuera del Reglamento. f) Notificación cautelar innecesaria. g) Divisibilidad. h) Gama de productos distribuidos a través del mismo sistema de distribución. i) Período transitorio.

a) *Recinto protegido*

Las *Directrices* se limitan aquí a recordar que el Reglamento de Exención por Categorías establece una presunción de legalidad de los acuerdos verticales en función de la cuota de mercado del proveedor o el comprador. En aplicación del artículo 3 del Reglamento, es la cuota del proveedor en el mercado en el que vende el bien o servicio objeto del contrato, en general, la que determina la aplicabilidad de la exención por categoría, para lo cual dicha cuota no podrá ser superior al umbral del 30 por 100. Sólo en el caso de que el acuerdo incluya una obligación de suministro exclusivo, es la cuota del comprador en el mercado en que adquiere los bienes o servicios objeto del contrato la que no puede superar el umbral del 30 por 100 para que sea de aplicación la exención por categoría.

b) *Ámbito de aplicación*

Esta cuestión se explica en las *Directrices* con arreglo al siguiente detalle: i) Definición de acuerdos verticales. ii) Acuerdos verticales entre competidores. iii) Asociaciones de minoristas. iv) Acuerdos verticales con disposiciones sobre derechos de propiedad intelectual. v) Relación con otros reglamentos de exención por categorías.

i) Definición de acuerdos verticales

En cuanto a la definición de acuerdo vertical, las *Directrices* se atienen literalmente a la contenida en el Reglamento, definición de la que la Comisión deduce ciertos criterios de aplicación, de los que conviene destacar: 1) Los que quedan amparados son los acuerdos verticales y prácticas

concertadas entre empresas, y decisiones de asociaciones de empresas, pero no los que se establezcan con consumidores finales. 2) Quedan amparados los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y las decisiones de las asociaciones de empresas cuando aquéllas operan, a efectos del acuerdo, decisión o práctica, en planos distintos de la cadena de producción o distribución. 3) Se consideran bienes o servicios objeto del contrato tanto los suministrados por el proveedor como los resultantes, ya sean finales o intermedios, pudiendo ser revendidos o empleados como insumos por el comprador los bienes o servicios suministrados por el proveedor. La única excepción es el sector del automóvil, siempre que siga amparado por una exención específica por categoría ²⁷. 4) El Reglamento también se aplica a los bienes vendidos y adquiridos para su arrendamiento a terceros, pero no están cubiertos los acuerdos de arrendamiento ni los de arrendamiento financiero. 5) En general, el Reglamento no cubre las restricciones u obligaciones que no se refieran a las condiciones de compra, venta y reventa, ni tampoco las expresamente excluidas por el art. 2 del propio Reglamento.

ii) Acuerdos verticales entre competidores

Por lo que se refiere a los acuerdos verticales entre competidores, reales o potenciales, están excluidos explícitamente del ámbito de aplicación del Reglamento, según su art. 2.4, si bien se reconocen tres excepciones a esta exclusión general, referidas siempre a los acuerdos no recíprocos.

La primera excepción es que el Reglamento cubre los acuerdos no recíprocos entre competidores si: 1) el comprador posee un volumen de negocios que no excede de 100 millones de euros, 2) el proveedor es fabricante y distribuidor de bienes, mientras que el comprador es sólo distribuidor y no fabricante de bienes competidores, o si 3) el proveedor es un prestador de servicios que opera a distintos niveles comerciales, mientras que el comprador no presta servicios competidores en el nivel comercial en el que adquiere los servicios objeto del contrato.

La segunda excepción es que el Reglamento de Exención por Categorías cubre situaciones de distribución dual, es decir, aquellas en las que el fabricante de un bien determinado también actúa como consumidor del mismo en competencia con distribuidores independientes de su bien.

La tercera excepción se refiere también a situaciones de doble distribución, aunque para los servicios, cuando el proveedor es también un prestador de servicios en el nivel del comprador.

²⁷ Lo estaba entonces por el Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión, que después sería sustituido por el Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 1992 (ver nota 2).

iii) Asociaciones de minoristas

En cuanto a las asociaciones de minoristas, el Reglamento de Exención por Categorías sólo abarca a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación y sus miembros, o entre una asociación y sus proveedores, si todos sus miembros son minoristas de bienes (no de servicios) y si ninguno de los miembros de la asociación tiene un volumen de negocios superior a 50 millones de euros (art. 2.2). Las *Directrices* señalan que, si sólo un número reducido de los miembros de la asociación tiene un volumen de negocios que no exceda significativamente el umbral de 50 miles de euros, esta circunstancia no cambiará, por lo general, la evaluación con arreglo al art. 81 del Tratado. Asimismo, las *Directrices* contemplan el que una asociación de empresas pueda verse implicada en acuerdos horizontales y verticales y, anticipando unas futuras *Directrices* sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado a la cooperación horizontal, señala que primero habrían de evaluarse los acuerdos horizontales con arreglo a los principios establecidos en esas futuras *Directrices* y si, de esa evaluación, se dedujera que es aceptable una cooperación entre empresas en el ámbito de la compra o la venta, entonces se tendrá que llevar a cabo una nueva evaluación para examinar los acuerdos verticales suscritos por la asociación con sus proveedores o sus miembros individuales. Esta segunda evaluación se regirá por las normas del Reglamento de Exención por Categorías y las *Directrices* sobre restricciones verticales.

iv) Acuerdos verticales con cláusulas sobre derechos de propiedad intelectual

El art. 2.3 del Reglamento de Exención por Categorías incluye en su ámbito de aplicación los acuerdos verticales que contengan determinadas cláusulas referidas a la cesión al comprador o utilización por el comprador de derechos de propiedad intelectual (DPI) y, en consecuencia, se excluyen del mismo todos los demás acuerdos verticales con cláusulas de DPI. Así, los acuerdos verticales con cláusulas de DPI sólo estarán comprendidos en el Reglamento de Exención por Categorías si cumplen las siguientes condiciones: *i)* las cláusulas de DPI han de forma parte de un acuerdo vertical para establecer las condiciones de adquisición, venta o reventa de determinados bienes y servicios, y no de un acuerdo relativo a la cesión o concesión de licencias de DPI para la fabricación de bienes ni de un mero acuerdo de licencia; *ii)* los DPI han de cederse al comprador o destinarse a ser utilizados por éste, por lo que no será de aplicación el Reglamento de Exención cuando sea el comprador quien ofrezca los DPI al proveedor, ni cuando se trate de acuerdos que transfieran DPI al proveedor y contengan restricciones sobre las ventas y, sin embargo, sí estarán cubiertos los acuerdos verticales mediante los que el comprador únicamente ofrece al proveedor especificaciones de los bienes o servicios

que se han de suministrar; *iii*) las cláusulas de DPI no deben constituir el objeto principal del acuerdo; *iv*) las cláusulas de DPI han de facilitar la utilización, la venta o la reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes; *v*) las cláusulas de DPI, en relación con los bienes o servicios objeto del contrato, no deben contener restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al Reglamento de Exención por Categorías.

Las *Directrices* examinan las tres áreas principales en que pueden concretarse los DPI en los acuerdos verticales (marcas, derechos de autor y conocimientos técnicos) y ofrecen sus criterios al respecto.

En cuanto a las *marcas*, se considera que la concesión a un distribuidor de una licencia sobre una marca puede estar relacionada con la distribución de los productos del otorgante en un territorio específico, y se establece que, si se trata de una licencia exclusiva, el acuerdo equivale a la distribución exclusiva.

Por lo que se refiere a los *derechos de autor*, se permite que los revendedores de bienes protegidos por derechos de autor pueden ser obligados por su titular a vender exclusivamente, con la condición de que el comprador no infrinja dichos derechos, quedando cubiertas tales obligaciones del revendedor por el Reglamento de Exención por Categorías, siempre que las mismas entren en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado. Asimismo, se establece que los acuerdos por los que se suministran para su reventa copias de programas informáticos, sin que el revendedor adquiera una licencia sobre cualesquiera derechos sobre los programas informáticos, han de considerarse acuerdos de suministro de bienes para reventa, a los efectos del Reglamento de Exención por Categorías. Y los compradores de equipamientos informáticos que incorporen programas informáticos protegidos por derechos de autor pueden verse obligados por el titular de los derechos a no infligir éstos, cubriendo el Reglamento Exención por Categorías tales restricciones de uso, siempre que entren en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado.

En cuanto a los *conocimientos técnicos*, las *Directrices* se refieren a los acuerdos de franquicia con carácter exclusivo, por ser éstos, si se exceptúan los de franquicia industrial, los que mejor ilustran la situación en la cual se comunican al comprador unos conocimientos técnicos para fines comerciales. Y, en este sentido, se considera que hay ciertas obligaciones que pueden, con carácter general, resultar necesarias para proteger los DPI y que, si tales obligaciones se encuadran en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado, deben ampararse por el Reglamento de Exención por Categorías. Tales obligaciones son: *a*) la imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar; *b*) la imposición al franquiciado de la obligación de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa; *c*) la imposición al franquiciado de la obligación de no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados

por el franquiciado, en tantos dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público; d) la imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder a éste y otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia; e) la imposición al franquiciado de la obligación de informar al franquiciador de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores; f) la imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos proporcionados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia; y g) la imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento de franquiciador.

v) Relación con otros Reglamentos de Exención por Categorías

El art. 2.5 del Reglamento de Exención por Categorías dispone que el mismo no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros Reglamentos de Exención por Categorías. De conformidad con esta disposición, en las *Directrices* se establece que el Reglamento de Exención por Categorías no se aplica a los acuerdos verticales cubiertos por el Reglamento (CE) núm. 240/96 de la Comisión²⁸, sobre transferencia de tecnología; el Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión²⁹, relativo a la distribución de vehículos automóviles; o a los Reglamentos de la Comisión (CEE) núm. 417/85³⁰ y núm. 418/85³¹, por los que quedan exentos los acuerdos verticales celebrados en relación con los acuerdos horizontales, cuyas últimas modificaciones las constituye el Reglamento (CE) núm. 2245/97³², o cualquier reglamento de estas características.

c) Restricciones especialmente graves

En las *Directrices*, se recuerda que el Reglamento de Exención por Categorías incluye, en su art. 4, una lista de restricciones especialmente graves que, cuando están presentes en un acuerdo vertical, conducen a la exclusión de todo el acuerdo del ámbito de aplicación del Reglamento. Se recuerda que esta lista de restricciones especialmente graves se aplica a los acuerdos verticales relativos al comercio dentro de la Comunidad

²⁸ DOCE, núm. L 31, de 9 de febrero de 1996, p. 2.

²⁹ DOCE, núm. L 145, de 29 de junio de 1995, p. 25.

³⁰ DOCE, núm. L 53, de 22 de febrero de 1985, p. 1.

³¹ DOCE, núm. L 53, de 22 de febrero de 1985, p. 5.

³² DOCE, núm. L 306, de 11 de noviembre de 1997, p. 12.

y se advierte que es improbable la exención individual de acuerdos verticales que contengan tales restricciones especialmente graves.

Las restricciones especialmente graves son las siguientes: *i)* Mantenimiento del precio de reventa. *ii)* Restricción territorial de las ventas del comprador. *iii)* Restricción de las ventas activas y pasivas de los distribuidores selectivos a los usuarios finales. *iv)* Restricción de suministros recíprocos entre distribuidores selectivos. *v)* Restricción del acceso a las piezas de recambio directamente del fabricante.

i) Mantenimiento de precio de reventa

El art. 4.a) del Reglamento de Exención por Categorías considera una restricción especialmente grave el mantenimiento del precio de reventa (MPR), es decir, cualquier acuerdo o práctica concertada cuyo objeto, directo o indirecto, sea el establecimiento de un precio de reventa, fijo o mínimo, o un nivel de precio fijo o mínimo al que deba ajustarse el comprador.

Esta restricción no plantea dudas en el caso de cláusulas contractuales o prácticas concertadas que fijan directamente el precio de reventa. Sin embargo, como el MPR también puede lograrse por medios indirectos, las *Directrices* se ocupan de destacar, como ejemplos y sin carácter exhaustivo, diversas modalidades indirectas de hacerlo. Son las siguientes: acuerdos por los que se fija el margen de distribución; los que fijan el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder a partir de un determinado nivel establecido de precios; acuerdos que subordinan a la observancia de un determinado nivel de precios la concesión de descuentos o la devolución por el proveedor de los costes promocionales; los que vinculan el precio establecido de reventa a los precios de reventa de los competidores; amenazas, intimidaciones, advertencias, multas, retrasos o suspensión de entregas o resoluciones de contratos, en relación con la observancia de un determinado nivel de precios.

Las *Directrices* hacen notar cómo los medios directos o indirectos de fijación de precios son más eficaces si se combinan con medidas destinadas a identificar a los distribuidores que rebajan los precios, y resaltan las que pueden encontrarse entre ellas, tales como la implantación de un sistema de control de precios o la obligación impuesta a los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado. Asimismo, advierten que la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse más eficazmente si se combina con medidas capaces de reducir los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, tales como que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto u obligue al comprador a aplicar una cláusula de cliente más favorecido. No obstante, las *Directrices* expresamente reconocen que la distribución por el proveedor al comprador de una lista con precios recomendados o máximos, no se considera que,

en sí mismo, conduzca al MPR. En el caso de los acuerdos de agencia, se advierte que, si uno entra en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado, toda cláusula que impida al agente repartir su comisión, fija o variable, con el cliente, o mediante la que se impongan restricciones al respecto, constituirá una restricción especialmente grave con arreglo al art. 4.a) del Reglamento de Exención por Categorías, por lo que la Comisión estima que debería darse plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal³³.

ii) Restricción territorial de las ventas del comprador

Las *Directrices* llaman la atención sobre la restricción especialmente grave contemplada en el art. 4.b) del Reglamento de Exención, que se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas que tienen por objeto, directo o indirecto, restringir territorialmente al comprador sus ventas de los bienes o servicios objeto del contrato, y se señala la particular gravedad de esta conducta cuando compartimenta el mercado por territorios o clientes.

Se hace notar que este tipo de restricciones puede ser consecuencia de obligaciones directas, pero también puede serlo de medidas indirectas, como la denegación o reducción de primas o descuentos, la negativa a suministrar o la reducción de los volúmenes suministrados, la amenaza de rescisión de los contratos o las obligaciones de transferencias de beneficios. Asimismo, se advierte que, como estas restricciones pueden deberse a que el proveedor no preste un servicio de garantía a escala comunitaria, todos los distribuidores están obligados a prestarlo, incluso respecto de los productos vendidos en su territorio por otros distribuidores (reembolsados por el proveedor).

Se estima que es aún más probable que estas prácticas restrinjan las ventas del comprador cuando se usan conjuntamente con un sistema de control por el proveedor que le permita verificar el destino real de los bienes suministrados, por ejemplo, mediante el uso de etiquetas diferenciadas o números de serie. Sin embargo, prohibir a todos los distribuidores la venta a determinados usuarios finales no se considera una restricción especialmente grave si existe una justificación objetiva relacionada con el producto, como puede ser una prohibición general de venta de sustancias peligrosas a determinados clientes por motivos de seguridad o sanitarios, aunque, en ese caso, tampoco el proveedor venderá a esos clientes. Tampoco se considera de especial gravedad el imponer al revendedor la obligación de mostrar la marca del proveedor.

En las *Directrices* se recogen cuatro excepciones a la restricción especialmente grave del art. 4.b) del Reglamento de Exención por Categorías,

³³ Se sugiere consultar, a estos efectos, la Decisión 91/562/CEE de la Comisión en el asunto IV/32.737, *Eirpage* (DOCE, núm. L 306, de 7 de noviembre de 1991, p. 22, especialmente el punto 6).

siendo la primera la que permite a los proveedores restringir las ventas activas de sus compradores directos, a un territorio o a un grupo de clientes que se ha asignado exclusivamente a otro comprador o que el proveedor se ha reservado para sí, siempre que se permitan las ventas pasivas a tales territorios o grupos de clientes. A estos efectos, los distribuidores han de gozar de plena libertad para valerse de Internet para anunciar o vender sus productos, siempre que no conduzca a la venta activa en los territorios o clientes exclusivos de otro distribuidor. Y las mismas consideraciones se aplican a la venta por catálogo. Se establece, así, que la prohibición total y absoluta de la venta por Internet o catálogo sólo es posible si existe una «justificación objetiva», no pudiendo el proveedor, en cualquier caso, reservarse para sí las ventas y/o la publicidad en Internet.

Las tres restantes excepciones son las que permiten restringir: *i)* a un mayorista, la venta a usuarios finales; *ii)* a un distribuidor selectivo, la venta a distribuidores no autorizados en mercados donde opera la distribución selectiva; y *iii)* a un comprador de componentes al que se le suministran para que los incorpore, su reventa a los competidores del proveedor.

iii) Restricción de ventas activas y pasivas de los distribuidores selectivos a los usuarios finales

La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4.c) del Reglamento de Exención se refiere a la restricción de ventas activas o pasivas a los usuarios finales, ya sean usuarios finales profesionales o consumidores finales, por parte de los miembros de una red de distribución selectiva, lo cual implica que, en un sistema de esta naturaleza, no se pueden imponer restricciones a los distribuidores autorizados en relación con los usuarios o los agentes de compra de éstos, por lo que, también en un sistema de distribución selectiva, el distribuidor autorizado debe gozar de plena libertad para anunciarse y vender con ayuda de Internet.

En las *Directrices*, se hace notar que la distribución selectiva puede ir unida a la distribución exclusiva, con la condición de que no se restrinjan en sitio alguno las ventas activas y pasivas. Por consiguiente, el proveedor puede comprometerse a suministrar únicamente a un distribuidor autorizado o a un número limitado de distribuidores autorizados en un territorio definido. En el caso de la distribución selectiva, se puede restringir la capacidad del distribuidor autorizado para determinar el emplazamiento de sus locales comerciales.

iv) Restricción de suministros recíprocos entre distribuidores selectivos

La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4.d) del Reglamento se refiere a la que limita los suministros recíprocos entre

distribuidores designados dentro de un sistema de distribución selectiva. Esta restricción implica que no estará cubierto por el Reglamento de Exención ningún acuerdo o práctica concertada que tenga por objeto, directo o indirecto, impedir o restringir la venta activa o pasiva de los productos objeto del contrato entre los distribuidores seleccionados, que han de poder adquirir los productos contractuales a otros distribuidores designados dentro de la red, que operen en el mismo o en distinto plano de la relación comercial. Esto implica que la distribución selectiva no puede ir unida a restricciones verticales que obliguen a los distribuidores a adquirir los productos objeto del contrato exclusivamente de una única fuente, como, por ejemplo, la compra exclusiva. Y también que, dentro de una red de distribución selectiva, no se pueden imponer restricciones a los mayoristas designados, en lo que respecta a sus ventas del producto a los minoristas designados.

- v) Restricción del acceso a las piezas de recambio directamente del fabricante

La restricción especialmente grave contemplada en el art. 4.e) del Reglamento de Exención por Categorías es la referente a los acuerdos que impiden o restringen el acceso a las piezas de recambio, directamente del fabricante de las mismas, a los usuarios finales, reparadores independientes y proveedores de servicios.

Así, los acuerdos entre un fabricante de piezas de recambio y un comprador que incorpora estas piezas a sus propios productos (fabricante de equipo original) no pueden impedir o restringir al fabricante, directa o indirectamente, las ventas de estas piezas de recambio a los usuarios finales, los reparadores o los proveedores de servicios independientes. Las restricciones indirectas pueden surgir si se restringe al proveedor de las piezas de recambio el suministro de información técnica y equipo especializado necesarios para la utilización de las piezas de recambio por los usuarios, reparadores o proveedores de servicios independientes.

Sin embargo, el fabricante del equipo original sí puede imponer a los reparadores y proveedores de servicios a los que ha confiado la reparación o el mantenimiento de sus propios bienes la obligación de adquirirle a él las piezas de recambio.

- d) *Condiciones contempladas en el Reglamento.*

El art. 5 del Reglamento de Exención por Categorías excluye de la aplicación del mismo a determinadas obligaciones que pueda contener un acuerdo vertical, aunque no supere el umbral de cuota de mercado, no obstante la aplicación del Reglamento al resto del acuerdo si ambas partes fueran separables. Estas exclusiones se recogen en los subapartados

i), ii) y iii) y son, en todos los casos, cláusulas de no competencia de diversa índole.

i) Cláusulas que obligan a excesivas compras durante más de cinco años

El art. 5.a) del Reglamento excluye de su aplicación a cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración exceda de cinco años o sea indefinida, considerándose tal la tácitamente renovable a partir del quinto año, no siendo de aplicación este límite temporal cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador. En este sentido, se advierte que no pueden acogerse a la excepción las «construcciones artificiales de propiedad» destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años.

La Comisión interpreta que son cláusulas de no competencia excluyentes de éstas las obligaciones que exigen al comprador adquirir del proveedor, u otra empresa que él designe, más del 80 por 100 del total de sus compras de los bienes y servicios objeto del contrato y sus sustitutos, excluyendo la posibilidad de que el comprador adquiriera bienes o servicios de la competencia por más del 20 por 100 del total de sus compras. Estas cláusulas, sin embargo, estarán cubiertas por el Reglamento si su duración es igual o inferior a cinco años o si la renovación, tras un período de cinco años, exige que ambas partes den su autorización explícita y no hay obstáculos que impidan al comprador dar por concluida de modo efectivo la cláusula de no competencia al término del período de cinco años.

ii) Cláusulas de no competencia *a posteriori*

El art. 5.b) del Reglamento excluye de su aplicación cualquier cláusula que, directa o indirectamente, prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios, excepto cuando éstos compitan con los bienes o servicios contractuales, y se limite al local y terrenos en que el comprador haya operado durante el período contractual, y sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, y siempre y cuando la duración de dicha cláusula de no competencia se limite a un período de un año tras la expiración del acuerdo. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de imponer una restricción ilimitada en el tiempo, relativa al uso y la cesión de conocimientos técnicos que no sean de dominio público.

Las *Directrices* subrayan que los conocimientos técnicos han de ser «sustanciales», es decir, que incluyan información que sea indispensable al comprador para el uso, la venta o la reventa de los bienes y servicios contractuales.

iii) Cláusulas de no competencia entre miembros de un sistema de distribución selectiva

El art. 5.c) del Reglamento de Exención excluye asimismo de su aplicación cualquier cláusula que, directa o indirectamente, prohíba a los miembros de un sistema de distribución selectiva vender las marcas de determinados proveedores competidores.

Las *Directrices* señalan que lo pretendido es evitar que una serie de proveedores que utilizan las mismas salidas de distribución selectiva impidan a uno o varios competidores específicos servirse de estas salidas para distribuir sus productos, marginación de un proveedor competidor que constituiría una forma de boicot colectivo³⁴.

e) Ausencia de presunción de ilegalidad fuera del Reglamento

La Comisión declara que no se presumirá la ilegalidad de los acuerdos verticales no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías, si bien admite la posibilidad de que hayan de ser analizados individualmente. Por eso, insta a las empresas a que no notifiquen, pero lleven a cabo su propia evaluación.

En caso de que la Comisión proceda a un análisis individual, recaerá sobre ella la carga de la prueba de que un acuerdo infringe lo dispuesto por el art. 81.1 del Tratado. Cuando se acredite la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia, las empresas podrán demostrar las supuestas eficiencias y explicar por qué un determinado sistema de distribución podría producir beneficios pertinentes para la exención conforme a lo dispuesto en el art. 81.3.

f) Notificación cautelar innecesaria

Se indica que, en virtud del art. 4.2 del Reglamento núm. 17/62 del Consejo, de 6 de febrero, primero de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) núm. 1216/1999³⁵, los acuerdos verticales pueden acogerse a una exención

³⁴ Se ponen como ejemplo de medidas indirectas que provocan este efecto de exclusión las examinadas en la Decisión 92/428/CEE de la Comisión en el asunto núm. IV/33.542, *Givenchy* (DOCE, núm. L 236, de 19 de agosto de 1992, p. 11).

³⁵ DOCE, núm. L 148, de 15 de junio de 1999, p. 5.

en aplicación del art. 81.3 desde la entrada en vigor, aun en el caso de que se notifiquen con posterioridad, lo que implica que no sea necesaria notificación cautelar alguna.

Si surge la controversia, la empresa puede notificar, en cuyo caso la Comisión puede dejar exento el acuerdo vertical con efecto retroactivo a partir de la fecha de entrada en vigor del mismo, si se cumplen las cuatro condiciones del art. 81.3. Las partes notificantes no tienen que explicar por qué no se notificó anteriormente el acuerdo y no se les denegará la exención retroactiva por el simple hecho de no haber notificado anteriormente. Cualquier notificación se analizará aisladamente en función de sus características propias.

g) *Divisibilidad*

El Reglamento de Exención por Categorías contempla la exención de los acuerdos verticales siempre que en ellos no se incluyan o se practiquen restricciones de las que el art. 4 califica como «restricciones especialmente graves», previendo que todo el acuerdo pierda la posibilidad de acogerse al beneficio del Reglamento de Exención de existir una o más restricciones de estas últimas. No se aplica la divisibilidad, por tanto, de las restricciones especialmente graves.

Sin embargo, la divisibilidad sí se aplica a las condiciones establecidas en el art. 5 del Reglamento (ver *supra*), en cuyo caso la posibilidad de acogerse a la exención por categorías del Reglamento sólo se pierde respecto de aquella parte del acuerdo vertical que no reúna las condiciones establecidas en el art. 5.

Habida cuenta que la fecha de notificación ya no limita la posibilidad de exención por parte de la Comisión, ésta señala que los órganos jurisdiccionales nacionales han de evaluar la probabilidad de que se aplique el art. 81.3 a los acuerdos verticales que se encuadren en el ámbito de aplicación del art. 81.1. En caso de que exista esa probabilidad, deberían suspenderse los procedimientos a la espera de que la Comisión adopte una posición. No obstante, es posible que los órganos jurisdiccionales nacionales tengan que adoptar medidas cautelares a la espera de que la Comisión determine la aplicabilidad del art. 81.3, como ya hacen cuando plantean una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en aplicación del art. 234 del Tratado CE. No es necesaria la suspensión de los procedimientos de medidas cautelares cuando los órganos jurisdiccionales nacionales tienen competencia para determinar la probabilidad de que se aplique el art. 81.3 del Tratado ³⁶.

En las *Directrices* se advierte que, a menos que surjan litigios ante los órganos jurisdiccionales nacionales o se interpongan denuncias, la polí-

³⁶ Se cita, en este sentido, la Decisión de la Comisión en asunto C-234/89, *Delimitis contra Henninger Bräu*, Rec., 1991, p. I-935, considerando 52.

tica de aplicación de la Comisión no dará prioridad a las notificaciones de los acuerdos verticales. Y que, en sí mismas, estas notificaciones no dan validez provisional a la ejecución de los acuerdos.

En caso de que las empresas no hayan notificado un acuerdo por haber considerado de buena fe que no se rebasaba el umbral de cuotas de mercado del Reglamento de Exención por Categorías, la Comisión no impondrá multas.

h) *Acuerdos para la distribución de varios bienes o servicios*

En el caso de que un proveedor emplee el mismo acuerdo de distribución para varios bienes y servicios, superando en algunos de ellos el umbral de cuota de mercado, pero no superándolo en otros, el Reglamento de Exención por Categorías cubrirá a aquellos bienes y servicios que cumplan las condiciones de aplicación, y no dejará sin cubrir a los bienes y servicios que no las cumplan.

Por lo que se refiere a los bienes y servicios no cubiertos por el Reglamento, se aplicarán las normas ordinarias de competencia, lo cual implica que: *i)* no hay exención por categorías, pero tampoco presunción de ilegalidad; *ii)* si ha habido infracción del art. 81.1 del Tratado que no pueda acogerse a exención, se puede analizar si existen soluciones apropiadas para resolver el problema de competencia dentro del sistema de distribución existente; *iii)* si no existen tales soluciones, el proveedor de que se trate tendrá que adoptar otras medidas de distribución. Esta situación también puede darse en el caso de que el artículo 82 se aplique con respecto a unos productos y no con respecto a otros.

i) Período transitorio

El Reglamento de Exención por Categorías se aplica a partir del 1 de junio de 2000, pero su art. 12 establece un período transitorio para los acuerdos verticales que ya estén en vigor antes del 1 de junio de 2000 y no reúnan las condiciones de exención establecidas en el Reglamento de Exención por Categorías, pero cumplan las condiciones de exención por categorías que expiraron el 31 de mayo de 2000³⁷. La vigencia de la Comunicación de la Comisión relativa a los Reglamentos (CEE) núm. 1983/83 y núm. 1984/83 expira también el 31 de mayo de 2000, y estos acuerdos pueden seguir acogiéndose a los Reglamentos mencionados hasta el 31 de diciembre de 2001.

Por otra parte, los acuerdos de proveedores con una cuota de mercado superior al 30 por 100, que hubiesen firmado con sus compradores cláusulas de no competencia de una duración superior a cinco años, están

³⁷ Reglamentos de la Comisión (CEE) núm. 1983/83, núm. 1984/83, y (CEE) núm. 4087/88.

cubiertos por el Reglamento de Exención por Categorías si, a 1 de enero de 2002, a las cláusulas de no competencia no les queda más de cinco años de vigencia.

D. RETIRADA E INAPLICABILIDAD DEL REGLAMENTO

a) *Procedimiento de retirada*

La presunción de legalidad que confiere el Reglamento de Exención por Categorías a un acuerdo vertical puede ser retirada si, considerado tal acuerdo aisladamente o junto con otros similares llevados a cabo por proveedores o compradores competidores, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81 del Tratado sin que reúna todas las condiciones establecidas en el apartado 3 de dicho art. 81. En las *Directrices* se hace notar que tal circunstancia puede darse si un proveedor, o un comprador en el caso de acuerdos exclusivos de suministro, que posee una cuota de mercado no superior al 30 por 100, toma parte en un acuerdo vertical que no genere ventajas objetivas que puedan compensar los perjuicios que ocasiona a la competencia. Especialmente tal puede ocurrir en la distribución de bienes a los usuarios finales, que a menudo se encuentran en una posición mucho más débil que los compradores profesionales de bienes intermedios.

Si no se cumplen las condiciones del art. 81.3 del Tratado, la Comisión puede retirar el beneficio del Reglamento de Exención por Categorías, con arreglo a lo dispuesto en el art. 6 del mismo, para determinar una infracción al apartado 1 del art. 81 del Tratado. En caso de aplicar el procedimiento de retirada, recae en la Comisión la carga de la prueba de que el acuerdo se encuadra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81 y de que no reúne las cuatro condiciones establecidas en el apartado 3 del mismo art. 81 del Tratado.

Cuando es el efecto acumulativo de diversas redes paralelas de acuerdos verticales similares suscritos entre proveedores o compradores competidores lo que restringe severamente el acceso al mercado o la competencia en el mismo, y se impide así el cumplimiento de las condiciones para la exención, la evaluación ha de tener en cuenta las consecuencias contrarias a la competencia atribuibles a cada red concreta de acuerdos y la responsabilidad del efecto acumulativo sólo puede atribuirse a aquellas empresas que contribuyen de forma notable al mismo. Las decisiones de retirada sólo pueden producir efecto *ex nunc*, lo que significa que los acuerdos en cuestión seguirán estando exentos hasta la fecha en que se haga efectiva la retirada. En virtud de lo dispuesto por el art. 7 del Reglamento de Exención por Categorías, la autoridad competente de un Estado miembro puede retirar el beneficio de la exención a los acuerdos verticales cuyos efectos contrarios a la competencia se dejen sentir en el territorio del Estado en cuestión o en una parte del mismo que tenga

las características de un mercado geográfico específico. Cuando un Estado miembro no tenga normas que faculten a la autoridad nacional de competencia para aplicar la normativa comunitaria de competencia o, al menos, para retirar el beneficio del Reglamento de Exención por categorías, tal Estado puede solicitar a la Comisión que incoe un procedimiento a tal efecto.

La Comisión tiene facultad exclusiva para retirar el beneficio del Reglamento de Exención por Categorías a los acuerdos que restrinjan la competencia en un mercado geográfico de referencia que sea mayor que el territorio de un único Estado miembro. Cuando el territorio de un único Estado miembro, o una parte del mismo, constituye el mercado geográfico de referencia, la Comisión y el Estado miembro tienen competencia concurrente para la retirada del beneficio del Reglamento de exención, reservándose la Comisión el derecho de abordar los asuntos que presenten un especial interés comunitario.

Las decisiones nacionales de retirada se han de adoptar conforme a los procedimientos del Derecho nacional y sólo surtirán efectos en el territorio del Estado miembro de que se trate. Estas decisiones nacionales no prejuzgarán la aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias y el pleno efecto de las medidas adoptadas para la aplicación de las mismas³⁸. Lo cual implica que las autoridades nacionales de competencia han de llevar a cabo su evaluación con arreglo al art. 81 del Tratado, a la luz de los criterios pertinentes del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia y, en opinión de la Comisión, de sus propias comunicaciones y decisiones.

La Comisión considera que los mecanismos de consulta establecidos en la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia³⁹ deberían utilizarse para evitar el riesgo de que se adopten decisiones contradictorias y se dupliquen los procedimientos.

b) *Inaplicabilidad del Reglamento*

El art. 8 del Reglamento de Exención por Categorías faculta, aunque no obliga, a la Comisión para declarar la inaplicabilidad del mismo, mediante reglamento, a los acuerdos verticales que contengan restricciones específicas relativas a un mercado en el que existan redes paralelas de restricciones verticales similares que abarquen a más del 50 por 100 del mismo.

La inaplicabilidad no se dirige a empresas individuales, sino que concierne a todas aquellas cuyos acuerdos se definan al efecto en el corres-

³⁸ Este es el sentido de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 14/68, *Walt Wilhelm y otros contra Bundeskartellamt*, Rec., 1969, p. 1, considerando 4, y de la Sentencia en el asunto *Delimitis*.

³⁹ Véase DOCE, núm. C 313, de 15 de octubre de 1997, p. 3, puntos 49 a 53.

pondiente reglamento. Y la Comisión anuncia que todo reglamento de inaplicabilidad establecerá claramente su ámbito de aplicación, especificando los mercados de producto y geográficos de referencia e identificando el tipo específico de restricción vertical a que afecta.

Como el art. 8 del Reglamento de Exención por Categorías no impone a la Comisión la obligación de actuar cuando la cuota de mercado supere el 50 por 100, las *Directrices* precisan que actuará en caso de que sea probable que se restrinja de modo notable el acceso al mercado de referencia o la competencia en el mismo, y apuntan que tal puede ser el caso, en particular, si redes de distribución selectiva que cubran más de un 50 por 100 de un mercado emplean criterios de selección innecesarios para la naturaleza de los bienes en cuestión o discriminen a determinadas formas de distribución capaces de comercializar esos bienes.

La Comisión también señala que, a la hora de evaluar la necesidad de aplicar el art. 8, considerará si la retirada individual aparenta ser la solución más adecuada, lo que puede depender, entre otras cosas, del número de empresas competidoras que contribuyan a un efecto acumulativo en un mercado o del número de mercados geográficos que resulten afectados.

Cuando se adopte un reglamento que declare inaplicable la exención por categorías a determinadas restricciones verticales en un mercado específico, servirán de guía para aplicar el artículo 81 del Tratado a los casos concretos la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia, y las comunicaciones y decisiones anteriores de la Comisión. Y, cuando proceda, la Comisión adoptará decisiones en casos específicos que puedan servir de guía a todas las empresas que operen en el mercado en cuestión.

E. DEFINICIÓN DEL MERCADO Y CÁLCULO DE LA CUOTA

Las *Directrices* precisan que, respecto de la definición del mercado, sólo abordarán cuestiones específicas que se plantean en el contexto de las restricciones verticales y que no se abordan en la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria de competencia, que seguirá siendo la guía general en la materia ⁴⁰.

El tratamiento de dichas cuestiones específicas sigue el siguiente esquema: primero se atiende al mercado relevante para el cálculo del umbral del 30 por 100; después, al mercado relevante para la evaluación individual; y, finalmente, se exponen los criterios de la Comisión para el cálculo de la cuota de mercado conforme al Reglamento de Exención por Categorías.

⁴⁰ DOCE, núm. L 372, de 9 de diciembre de 1997, p. 5.

a) *Mercado relevante para el cálculo del umbral del 30 por 100*

La Comisión expone unos criterios, a título de ejemplo, para atender a las cuestiones más comunes que puedan plantearse, no sin antes recordar que, con arreglo al art. 3 del Reglamento de Exención por Categorías, es la cuota de mercado del proveedor la que, por lo general, resulta decisiva para la aplicación de la exención por categorías y que, sólo en el caso de suministro exclusivo, es la cuota de mercado del comprador, y sólo esa cuota, la que resulta decisiva para la aplicación de dicho Reglamento. Las *Directrices* explican que, para calcular la cuota de mercado, se ha de determinar el mercado relevante, tanto de producto como geográfico, con arreglo a los principios generales de su citada Comunicación general. Y señalan que, a efectos de aplicación del Reglamento de Exención, la cuota de mercado del proveedor es su porcentaje del mercado geográfico en el que vende a sus compradores. En el caso de suministro exclusivo, sin embargo, la cuota de mercado del comprador es su porcentaje de la totalidad de adquisiciones realizadas en el mercado de compra relevante. Y, en el caso de un acuerdo vertical que implique a tres partes, operando cada una en un nivel distinto de los intercambios, sus respectivas cuotas de mercado habrán de ser menores del 30 por 100 en cada nivel para poder acogerse a la exención por categoría.

En caso de que un proveedor produzca el equipo original y sus piezas de recambio, el mercado relevante para la aplicación del Reglamento de Exención será, bien el conjunto determinado por el mercado del equipo original y el de las piezas de recambio, o bien habrá que considerar separadamente ambos, dependiendo la elección de las circunstancias del caso.

Cuando un acuerdo vertical de suministro conste de cláusulas de derechos de propiedad intelectual que ayuden al comprador a comercializar el bien objeto del contrato, será decisiva, para la aplicación del Reglamento de Exención, la cuota del proveedor en el mercado en que venda el bien. En el caso en que un franquiciador no suministre productos para su reventa, sino que preste diversos servicios combinados con cláusulas de derechos de propiedad intelectual que, conjuntamente, constituyan el método comercial objeto de la franquicia, la cuota de mercado decisiva será la del franquiciador en el mercado donde explote su método comercial para prestar bienes o servicios a los usuarios finales. Si el franquiciador, además del método comercial, suministra determinados bienes intermedios, también ha de calcular su cuota en el mercado de venta de los mismos.

b) *Mercado relevante para la evaluación individual*

Las *Directrices* hacen notar que un acuerdo vertical puede repercutir, además de en el mercado en que operen el proveedor y el comprador,

en los posteriores, lo cual exigirá, a efectos de la evaluación individual de los acuerdos, el análisis de los mercados relevantes en cada nivel comercial afectado por la restricción. En este sentido, se considera que, en relación con los bienes y servicios intermedios que el comprador incorpora a los propios, como las restricciones verticales sólo suelen repercutir en el mercado en el que opera el proveedor y el comprador, cabe que se pueda imponer a un comprador una cláusula de no competencia que limite la presencia de otros proveedores. En la misma línea, se considera que, en caso de suministro exclusivo, también es pertinente la posición del comprador en su mercado posterior porque el comportamiento restrictivo del comprador sólo puede producir consecuencias negativas apreciables si tiene poder en el mercado posterior. Y, en lo referente a productos finales, se señala la alta probabilidad de sea necesario el análisis de los mercados posteriores.

c) *Cálculo de la cuota de mercado conforme al Reglamento*

Las precisiones que se hacen en las *Directrices*, a estos efectos, son las siguientes. Por una parte, el cálculo de la cuota de mercado se ha de basar, en principio, en cifras de valor de mercado, pudiendo realizarse estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, tales como la cifra de volumen de ventas, sólo cuando no se disponga de aquéllas. Por otra parte, a efectos de la definición del mercado y del cálculo de la cuota de mercado de los bienes y servicios intermedios, no se tendrá en cuenta la producción interna, es decir, la de productos intermedios para uso propio. No obstante y por último, en caso de distribución dual de bienes finales, es decir, cuando un fabricante de un producto final actúa también como distribuidor en el mercado, la definición del mercado y el cálculo de su cuota han de incluir los bienes vendidos por el productor y sus competidores mediante distribuidores y agentes, siendo considerados como empresas vinculadas los distribuidores integrados, conforme a lo dispuesto por el artículo 11 del Reglamento de Exención por Categorías.

F. ORIENTACIONES PARA LA EVALUACIÓN DE LOS CASOS INDIVIDUALES

La orientación general que abre el capítulo correspondiente de las *Directrices* es la advertencia de la Comisión de que, en la evaluación de los casos individuales, va a adoptar un enfoque económico para aplicar el art. 81 del Tratado a las restricciones verticales, lo que limitará esta aplicación —señala— «a aquellas empresas que posean un cierto grado de poder de mercado, en caso de que la competencia intermarca pueda ser insuficiente».

a) *Marco de análisis*

i) Consecuencias negativas de las restricciones verticales

Las consecuencias negativas de las restricciones verticales que la Comisión se propone evitar son las siguientes: barreras de entrada que excluyan a otros operadores del mercado, reducción de competencia intermarca entre operadores en un mercado, reducción de competencia intramarca entre distribuidores de la misma marca, obstáculos a la integración de mercados.

Para analizar los posibles efectos negativos de las diversas restricciones verticales, las *Directrices* reúnen éstas en cuatro grupos: marca única, distribución limitada, mantenimiento de precio de reventa y compartimentación de mercado. De cada uno de ellos, la Comisión incluye su definición propia y las consecuencias negativas para la competencia que producen. Cabe comentar, de este esfuerzo de sistematización de efectos que la Comisión hace en las *Directrices*, lo discutible de algunos de ellos. Tal es el caso, por ejemplo, cuando critica el aumento de transparencia (ver *infra*) porque supuestamente favorece la colusión, supuesto que la doctrina no acepta pacíficamente y que deriva de una interpretación estática del comportamiento probable de los oligopolios cerrados.

En cuanto al grupo de *marca única*, se incluyen en el mismo los acuerdos que inducen al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor, y las *Directrices* les atribuyen los siguientes cuatro efectos reductores de la competencia intermarca: exclusión de proveedores y productos del mercado; cristalización de cuotas de mercado que, según la Comisión, propicia la colusión entre proveedores; supresión de competencia intraestablecimiento; posibilidad de precios más altos para el comprador.

El grupo de *distribución limitada* incluye los acuerdos por los que el fabricante sólo vende a un comprador o a un número reducido de compradores, y a los que la Comisión atribuye los tres siguientes efectos: exclusiones del mercado de compra; limitación del número de minoristas, incentivación de la colusión; y reducción de la competencia intramarca en condiciones que pueden debilitar la competencia intermarca.

El grupo de *mantenimiento de precio de reventa* es el que incluye a los acuerdos que obligan o inducen al comprador a no revender por debajo de un determinado precio, a un determinado precio o por encima del mismo, de cuyos efectos negativos para la competencia, la Comisión destaca los siguientes dos: reducción de competencia intramarca y mayor transparencia de precios que, en su opinión, facilita la colusión.

Finalmente, el grupo de *compartimentación de mercado* lo constituyen los acuerdos que limitan las posibilidades de abastecimiento o reventa de un comprador con relación a un producto específico, cuyo principal

efecto sobre la competencia es, para la Comisión, reducir la competencia intramarca de modo que puede contribuir a compartimentar el mercado.

ii) Efectos positivos de las restricciones verticales

Las *Directrices* reconocen que, a menudo, las restricciones verticales tienen efectos positivos para la competencia y ofrecen una lista no exhaustiva de los que pueden justificarlas: 1) Resolver un problema de «parasitismo». 2) Abrir nuevos mercados o introducirse en ellos. 3) Evitar el parasitismo de «certificado». 4) Resolver el problema de la «cautividad». 5) Resolver el problema de la cautividad con «transferencia de conocimientos técnicos sustanciales». 6) Aprovechar economías de escala en la distribución. 7) Resolver imperfecciones del mercado de capitales. 8) Uniformidad y normalización de la calidad.

Estos positivos efectos posibles, sumariamente explicadas en las *Directrices*, evidencian que, en determinadas condiciones, es probable que los acuerdos verticales contribuyan a potenciar la eficiencia y el desarrollo de nuevos mercados, compensando los posibles efectos negativos. Así, la Comisión señala que, en términos generales, se han de apoyar las restricciones verticales de duración limitada que contribuyan a la introducción de nuevos productos complejos o a proteger las inversiones destinadas a determinadas relaciones, añadiendo que, en ocasiones, las restricciones verticales son necesarias siempre que el proveedor venda su producto al comprador. Finalmente, se indica que, para determinar la indispensabilidad de las diferentes restricciones verticales, hay que tener en cuenta que existe cierta intercambiabilidad entre ellas, es decir, que hay determinadas restricciones verticales, con efectos distintos en la competencia, que pueden resolver un mismo problema de ineficiencia.

iii) Normas generales para evaluar las restricciones verticales

Las *Directrices* formulan el siguiente decálogo de normas generales para la evaluación de las restricciones verticales desde el punto de vista de la política de competencia:

Primera. La mayoría de las restricciones verticales sólo plantean problemas si la competencia intermarca es insuficiente. Cuando hay muchas empresas compitiendo en un mercado no concentrado, la Comisión supone que las restricciones verticales no especialmente graves no tendrán unos efectos negativos notables y considera que un mercado no está concentrado si el índice Herfindahl-Hirschman⁴¹ es inferior a 1.000.

Segunda. Por lo general, son más perniciosas las restricciones verticales que reducen la competencia intermarca que las reductoras de la competencia intramarca.

⁴¹ Para su significado, ver «Índices de concentración» en PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 235.

Tercera. Las restricciones verticales del grupo de la distribución limitada (ver *supra*), en ausencia de suficiente competencia intermarca, son especialmente perniciosas si limitan el acceso a los distribuidores más eficaces o a quienes hacen un tipo de distribución diferente.

Cuarta. Los acuerdos exclusivos son, por lo general, más perniciosos para la competencia que los no exclusivos.

Quinta. Las restricciones verticales relativas a bienes y servicios sin marca son menos perniciosas, en general, que cuando la tienen. La merma de competencia intramarca es menos importante para los productos intermedios que para los finales.

Sexta. En general, la combinación de restricciones verticales potencia a menudo sus efectos negativos. Sin embargo, determinadas combinaciones de restricciones verticales son más beneficiosas para la competencia si se aplican aisladamente.

Séptima. Los posibles efectos negativos de las restricciones verticales se ven reforzados (efecto acumulativo) cuando varios proveedores y sus compradores organizan su actividad de modo similar.

Octava. Cuanta más transferencia de tecnología implique una restricción vertical, más motivos habrá para esperar eficiencias de ella y más necesaria será la misma para proteger los conocimientos técnicos transferidos o los costes de la inversión efectuados.

Novena. Una restricción vertical destinada a proteger la inversión vinculada a una relación contractual estará tanto más justificada cuanto mayor sea la conexión entre la restricción vertical y la inversión específica, y su duración dependerá de la depreciación de la inversión.

Décima. La Comisión considera que, por lo general, las restricciones verticales relacionadas con la apertura de nuevos mercados de productos o geográficos no restringen la competencia, criterio que es tenido por norma válida durante un período de dos años desde la primera introducción del producto en el mercado, independientemente de la cuota de mercado de la empresa, y se aplica a todas las restricciones verticales que no sean especialmente graves y, en caso de nuevo mercado geográfico, a las restricciones a los intermediarios del nuevo mercado para las ventas activas y pasivas a los compradores directos del proveedor situados en otros mercados. Cuando se someta a prueba un nuevo producto en un territorio limitado o en un reducido grupo de clientes, los distribuidores designados para la venta en el mercado de prueba pueden ser restringidos en su venta activa fuera del mercado de prueba durante un período máximo de un año, sin caer por ello en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado.

iv) Metodología de análisis

Las *Directrices* establecen, con carácter general, cuatro sucesivas etapas para la evaluación de una restricción vertical: 1) Definición del mer-

cado relevante por las empresas interesadas y cálculo de la cuota de mercado que corresponda —del proveedor o del comprador— en función de la restricción vertical de que se trate. 2) Si la cuota de mercado pertinente no excede del umbral del 30 por 100, será aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el Reglamento de Exención por Categorías, sin perjuicio de las restricciones especialmente graves y las condiciones establecidas en dicho Reglamento. 3) Si la cuota de mercado pertinente excede del umbral del 30 por 100, debe evaluarse si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el apartado 1 del art. 81 del Tratado. 4) Si resultara aplicable lo dispuesto en el apartado 1 del art. 81 al acuerdo vertical, debe examinarse si el mismo cumple las condiciones para la exención con arreglo al apartado 3 del art. 81. Asimismo, en las *Directrices*, se describen los factores pertinentes para la evaluación con arreglo a los arts. 81.1 y 81.3, respectivamente.

— *Factores para la evaluación según apartado 1 del art. 81.* Si la cuota de mercado supera el umbral del 30 por 100, la Comisión hará un análisis de competencia que tenga en cuenta, al menos, los factores seguidamente indicados, y en el que la importancia de cada factor dependerá, según el caso, de los demás: a) *Posición de mercado del proveedor*, determinable a partir de su cuota de mercado y las ventajas competitivas de que disponga. b) *Posición de mercado de los competidores*, que se estimará a partir de los mismos elementos. c) *Posición de mercado del comprador*, siendo los principales indicadores su cuota en el mercado de compras y otros relativos a su posición en fases posteriores del mercado. d) *Obstáculos a la entrada*, para cuya estimación se tendrán particularmente en cuenta los costes hundidos de la actividad; anteponiendo la Comisión, sin embargo, en las evaluaciones individuales, su atención a la competencia real, con preferencia de estimaciones de la competencia potencial. e) *Madurez del mercado*, en el entendimiento de que los efectos negativos de una restricción vertical son más probables en los mercados maduros. f) *Nivel de comercio*, que distingue entre bienes y servicios intermedios y finales, considerando que los efectos negativos son, en general, menos probables en el nivel de los productos intermedios. g) *Naturaleza del producto*, particularmente digna de atención en el caso de los productos finales, para evaluar los efectos probables, tanto positivos como negativos. h) Y otros factores, como el *efecto acumulativo*, la *duración*, certeza de la *naturaleza concordataria* de la restricción, el *entorno reglamentario* o la existencia de *circunstancias procolusorias*.

— *Factores para la evaluación según art. 81.3.* Las *Directrices* distinguen, a estos efectos, dos supuestos: uno, que el proveedor o el comprador tengan una posición dominante en el mercado o vayan a alcanzarla como consecuencia del acuerdo vertical; dos, que esa posición dominante no exista ni vaya a alcanzarse por medio del acuerdo vertical. Por lo que respecta al primer supuesto, la Comisión considera que, en principio, no puede aplicarse una excepción a una restricción vertical que tenga efectos anticompetitivos apreciables, si bien el acuerdo podría quedar fuera del ámbito de aplicación del art. 81.1 cuando fuera necesario, por

ejemplo, para proteger inversiones específicas para determinadas relaciones o transferir conocimientos técnicos importantes sin los cuales no fuera posible el suministro o adquisición de determinados productos. En el segundo supuesto, la Comisión considera que debe atenderse a las primeras tres condiciones impuestas por el art. 81.3. Es decir, por una parte, contribuir a la mejora de la producción o la distribución, o a fomentar el progreso técnico o económico, eficiencias éstas que deben justificarse y producir un efecto positivo neto, advirtiendo que no se admitirán «afirmaciones especulativas» sobre prevención del parasitismo o «declaraciones genéricas» sobre ahorro de costes. Por otra parte, los beneficios económicos deben favorecer no sólo a las partes del acuerdo, sino también al consumidor. Finalmente, habrá que garantizar que, para obtener determinados efectos positivos, se opte por la restricción menos anticompetitiva.

b) *Análisis de restricciones verticales específicas*

En su capítulo final, las *Directrices* ofrecen orientaciones para la evaluación de casos individuales relativos a las restricciones verticales más frecuentes: *i)* Marca única. *ii)* Distribución exclusiva. *iii)* Asignación de cliente exclusivo. *iv)* Distribución selectiva. *v)* Franquicia. *vi)* Suministro exclusivo. *vii)* Vinculación. *viii)* Precios de reventa recomendados y máximos. *ix)* Otras restricciones verticales.

i) Marca única

Se definen como acuerdos de *marca única* los compromisos relativos a obligaciones e incentivos para que el comprador utilice prácticamente un solo proveedor. La Comisión considera que estos acuerdos comportan riesgos para la competencia intermarca, de los que destaca los siguientes: excluyen a otros proveedores reales o potenciales; propician la colusión entre proveedores en caso de uso acumulativo; y excluyen otras marcas si el comprador es un minorista que vende a los consumidores finales.

La marca única goza de exención con arreglo al Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no supera el 30 por 100, con un límite de cinco años mediando obligación de no competencia. Para evaluar casos individuales que superen el umbral de cuota de mercado o el plazo límite, se considerarán principalmente los siguientes elementos de análisis: posición de mercado del proveedor y sus competidores, alcance y duración de la obligación de no competencia, obstáculos a la entrada, poder de compensación y nivel de comercio.

Por lo que respecta a la posición de mercado del proveedor, su evaluación exige atender a la posición de mercado de sus competidores, considerándose que, en general, una cuota de mercado vinculada inferior

al 5 por 100 no contribuye significativamente a un efecto de exclusión acumulativo, y éste es improbable cuando la cuota de mercado del mayor proveedor es menor del 30 por 100 y las de los cinco principales es menor del 50 por 100.

En cuanto al alcance y duración de la obligación de no competencia, se estima que, en general, cuando son acordadas entre empresas no dominantes, las de menos de un año carecen de efectos anticompetitivos apreciables o efectos negativos netos; en las de entre uno y cinco años, se requiere generalmente sopesar los efectos favorables y perjudiciales; y se considera que las de duración superior a cinco años producen, en general, el indeseable efecto de exclusión. Las empresas dominantes se considera que no pueden imponer obligaciones de no competencia salvo si pueden «justificar objetivamente»⁴² tal práctica comercial en el contexto del art. 82 del Tratado.

En relación con los obstáculos a la entrada, son importantes para apreciar si existe exclusión real. Es pertinente también analizar el poder de compensación, pues no es fácil que compradores importantes se conformen viéndose excluidos del suministro. Y el nivel de comercio es asimismo pertinente para la exclusión, que será menos probable en el caso de los productos intermedios.

La Comisión considera improbable que se produzca un efecto acumulativo grave cuando esté vinculado menos del 50 por 100 del mercado y estima que, si el proveedor ocupa una posición dominante, cualquier obligación para comprar los productos, principal o exclusivamente, al proveedor dominante puede llevar fácilmente a graves efectos de exclusión en el mercado.

En el caso de que el acuerdo se refiera al suministro de un producto final en el nivel mayorista, la Comisión considera que la probabilidad de que aparezcan problemas de competencia fuera de la posición dominante depende en gran medida del tipo de actividad mayorista y de los obstáculos a la entrada en ese nivel. Tratándose de productos finales, se considera que generalmente es más probable la exclusión en el nivel minorista, lo que lleva a la Comisión a considerar que pueden producirse efectos anticompetitivos importantes en relación con los productos finales en el nivel minorista cuando un proveedor no dominante vincula el 30 por 100 o una cuota superior del mercado relevante y que, incluso una modesta cuota de mercado vinculada tendrá efectos anticompetitivos graves en el caso de una empresa dominante. La Comisión estima que también puede plantearse un efecto exclusión acumulativo en el nivel minorista, y considera que, cuando todas las empresas posean cuotas de mercado menores del 30 por 100, es poco probable que se produzca un efecto exclusión acumulativo si la cuota de mercado vinculada total es inferior al 40 por 100, pudiendo ser más alta aún esta cifra si se atiende a otros

⁴² Sobre la necesidad de justificación objetiva de las conductas de las empresas dominantes, ver PASCUAL Y VICENTE (2002c), p. 269, y, más ampliamente (2002d), pp. 1340-1342.

factores, como número de competidores, obstáculos a la entrada, etc. También considera que, aunque no todas las empresas tengan cuotas de mercado inferiores al umbral, es poco probable que aparezca un efecto acumulativo de exclusión si la cuota de mercado vinculada total es inferior al 30 por 100.

Para el caso de que el comprador realice sus actividades en locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o alquilados por éste a un tercero, las *Directrices* anuncian que la intervención de la Comisión es improbable si no hay posición dominante, toda vez que la posibilidad de imponer soluciones efectivas a un posible efecto de exclusión en esas circunstancias son limitadas.

La Comisión considera, por otra parte, que, en determinados sectores, la venta de más de una marca en un mismo establecimiento puede resultar muy difícil, por lo que estima que el problema de exclusión puede solucionarse en estos casos mejor limitando la duración efectiva de los contratos.

Las *Directrices* hacen unas consideraciones sobre los posibles efectos anticompetitivos de la denominada «cláusula inglesa»⁴³, señalando que su evaluación dependerá de sus efectos en el mercado, recordando que el art. 82 impide expresamente a las empresas dominantes emplear cláusulas inglesas o sistemas de rebajas por fidelidad.

Constituye objeto de atención por parte de la Comisión en las *Directrices* la cuestión de una posible exención con arreglo al art. 81.3 cuando, apreciándose la presencia de efectos anticompetitivos considerables, el proveedor no ocupe una posición dominante, señalando en este respecto que, para las obligaciones de no competencia, pueden ser especialmente pertinentes las eficiencias denominadas «resolver un problema de parasitismo», «resolver un problema de cautividad» y «hacer frente a las imperfecciones del mercado de capitales», sobre las que las propias *Directrices* ya habían reflexionado (ver *supra*), aunque se hace notar que, en el caso de una de estas eficiencias, la imposición de cantidades al comprador podría quizás constituir una alternativa menos restrictiva que una obligación de no competencia.

En el caso de una inversión del proveedor ligada específicamente a resolver un problema de cautividad, la Comisión estima que un acuerdo de no competencia o de imposición de cantidades, mientras la inversión no esté amortizada, cumplirá, por lo general, las condiciones del art. 81.3, lo que justificaría un efecto de exclusión de período superior a cinco años para inversiones de importe elevado. Cuando el problema se refiera a la transferencia de «conocimientos técnicos sustanciales» (ver *supra*), la Comisión considera que una obligación de no competencia para toda la duración del contrato de suministro puede ser la única manera viable

⁴³ Para una explicación de este concepto, ver «Cláusula de alienación» en PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 136.

de resolverlo. Y, en caso de que, por imperfección del mercado de capitales, conceder un préstamo sea más eficiente para el proveedor de un producto que para su banco, sólo se justificará una obligación de no competencia si no se impide al comprador rescindirla mediante el reembolso del préstamo pendiente, en cualquier momento y sin penalización.

Finalmente, sin posición dominante, la Comisión considera que puede justificarse combinar una obligación de no competencia con la distribución exclusiva (ver *infra*), abarcando la primera toda la duración del acuerdo, por la previsible mejora de los esfuerzos del distribuidor exclusivo en su territorio.

ii) Distribución exclusiva

Un acuerdo de distribución exclusiva compromete al proveedor a vender sus productos, para su reventa en un territorio determinado, exclusivamente a un distribuidor. Simultáneamente, estos acuerdos suelen limitar la venta activa del distribuidor fuera del territorio asignado en exclusiva. Para la Comisión, los posibles riesgos para la competencia de estos acuerdos residen principalmente en la menor competencia intramarca y la partición del mercado, lo que puede facilitar la discriminación de precios. Además, la Comisión considera que, si todos o la mayoría de los proveedores aplican la distribución exclusiva, esto puede facilitar la colusión, tanto entre los proveedores como entre los distribuidores.

La distribución exclusiva queda exenta por el Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no supera el 30 por 100, aun cuando se combine con otras restricciones no especialmente graves. La combinación de la distribución exclusiva con la distribución selectiva (ver *infra*) sólo queda exenta por el Reglamento si no esta restringida la venta activa en otros territorios.

Para evaluar casos individuales que superen el umbral de cuota de mercado, se considerarán principalmente los siguientes elementos de análisis: posición de mercado del proveedor y sus competidores, obstáculos a la entrada, poder de compra de los compradores, madurez del mercado y el nivel de comercio.

La posición de mercado del proveedor y sus competidores es importante para la Comisión ya que la pérdida de competencia intramarca sólo puede ser importante si la competencia intermarca es limitada. Cuanto más fuerte sea la posición del proveedor, más importante será la pérdida de la competencia intramarca. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 por 100, considera la Comisión que puede plantearse un riesgo de reducción significativa de la competencia intramarca, de modo que, para poder aplicar una exención, la pérdida de la competencia intramarca debe compensarse mediante eficiencias reales. Respecto de los acuerdos múltiples de distribución exclusiva, la Comisión considera que pueden reducir la competencia intermarca y conllevar riesgos de colusión.

Estas situaciones de efectos acumulativos pueden llevar a retirar el beneficio del Reglamento de Exención por Categorías aun cuando las cuotas de mercado de los proveedores estén por debajo del umbral.

Los obstáculos a la entrada, que pueden impedir a los proveedores tener nuevos distribuidores, son menos importantes para la Comisión, para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de la distribución exclusiva. La exclusión de otros proveedores no surge en tanto no se combinen la distribución exclusiva con la marca única, y la exclusión de otros distribuidores sólo se convertirá en un problema en caso de poder de compra y poder de mercado en los niveles inferiores, en especial en territorios muy grandes en los que el distribuidor exclusivo se convierte en comprador exclusivo para todo el mercado. Estos casos problemáticos, aunque acogidos al beneficio del Reglamento de Exención por Categorías, si la cuota de mercado de cada proveedor es inferior al 30 por 100, pueden justificar la retirada de la exención por categorías.

La madurez del mercado es importante, ya que la pérdida de competencia intramarca y la discriminación de precios pueden representar un grave problema en un mercado maduro, pero resultar menos grave en otro con demanda creciente, tecnologías en evolución y posiciones de mercado en transformación. Y también es importante el nivel de comercio, pues los posibles efectos negativos pueden diferir entre el nivel mayorista y el minorista.

Por otra parte, la Comisión considera que la distribución exclusiva puede permitir eficiencias cuando se requieren inversiones de los distribuidores para proteger o crear la imagen de marca, generalmente mayores en productos nuevos y complejos, cuyas cualidades sean difícilmente determinables. Y también estima que la distribución exclusiva puede permitir ahorros de costes logísticos por economías de escala en el transporte y la distribución.

En cuanto a posibles combinaciones de la distribución exclusiva con otras modalidades de restricciones verticales, la Comisión expone unos comentarios con respecto a la marca única y la compra exclusiva. Por lo que respecta a la combinación con marca única, considera que puede expulsar a otros proveedores del mercado, aunque, si la exclusión no es significativa, esa combinación sea capaz de favorecer la competencia al aumentar los incentivos para que el distribuidor exclusivo centre sus esfuerzos en una marca particular, por lo que esta última combinación podría gozar de los beneficios de la exención durante la duración del acuerdo. Y, en cuanto a la combinación con la compra exclusiva, considera que incrementa los riesgos de menor competencia intramarca y de partición del mercado, lo que puede facilitar la discriminación de precios; consecuentemente, considera la Comisión poco probable que esta combinación pueda beneficiarse de una exención en el caso de proveedores con una cuota de mercado superior al 30 por 100, a menos que existan eficiencias muy claras y sustanciales que lleven a precios más bajos para los consumidores finales. La ausencia de tales eficiencias puede ocasionar

la retirada de la exención por categorías cuando la cuota de mercado del proveedor sea inferior al 30 por 100.

iii) Asignación de cliente exclusivo

Se define un acuerdo de asignación de cliente exclusivo como aquel en el que se establece el compromiso de que los productos que el proveedor suministra al distribuidor sean revendidos exclusivamente a una categoría particular de clientes. Para la Comisión, estos acuerdos dificultan la competencia intramarca y favorecen la partición del mercado, facilitando la discriminación de precios y, en opinión de la Comisión, incentivan la colusión entre proveedores y entre distribuidores, cuando se generaliza la asignación de cliente exclusivo.

La asignación de cliente exclusivo goza de exención en el Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no supera el 30 por 100, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves. Es, sin embargo, especialmente grave para la Comisión la combinación de esta modalidad de restricción con la distribución selectiva, ya que la venta activa por los distribuidores designados a los usuarios finales no es habitualmente libre. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 por 100, la orientación facilitada por la Comisión en el caso de la distribución exclusiva (ver *supra*) se aplica *mutatis mutandis* para evaluar la asignación de cliente exclusivo, sin perjuicio de las matizaciones específicas siguientes: *i*) por encima del umbral de cuota de mercado del 30 por 100, es poco probable la exención de la asignación de cliente exclusivo, salvo si son claras y sustanciales las eficiencias; *ii*) este tipo de restricción puede generar eficiencias sobre todo si se requieren inversiones de los distribuidores, por lo que el plazo de depreciación de estas inversiones será el que justifique el de la duración de un sistema de asignación de cliente exclusivo; *iii*) en general, se dan más eficiencias en productos nuevos, complejos y que deban adaptarse a las necesidades de clientes concretos; *iv*) es más verosímil que puedan determinarse necesidades diferenciadas en el caso de productos intermedios, por lo que es improbable que la asignación de consumidores finales permita lograr eficiencias y disfrute, por ello, de una exención.

iv) Distribución selectiva

Un acuerdo de distribución selectiva es el que suscribe un proveedor y un distribuidor para que éste, bajo el control y con el apoyo de aquél, venda los productos del primero en un área geográfica en la que hay otros distribuidores⁴⁴.

⁴⁴ PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 63.

Para la Comisión, los posibles riesgos de esta modalidad de restricción vertical residen en una menor competencia intramarca y, sobre todo, en caso de efecto acumulativo, en la exclusión de determinados tipos de distribuidores y mayor facilidad de colusión entre proveedores o compradores. A efectos de su evaluación, la Comisión distingue entre la distribución selectiva puramente cualitativa y la distribución selectiva cuantitativa.

En la primera, se seleccionan distribuidores autorizados únicamente en función de criterios objetivos impuestos por la naturaleza del producto, lo cual no limita directamente el número de distribuidores y, por eso, se considera que, en general, esta modalidad de distribución carece de efectos anticompetitivos y queda consecuentemente fuera de la aplicación del art. 81.1 del Tratado, siempre y cuando se cumplan las tres siguientes condiciones: *i*) que la naturaleza del producto obligue a esta modalidad de distribución, para preservar su calidad y garantizar un uso correcto; *ii*) que los revendedores sean seleccionados sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos con uniformidad para todos y que no puedan aplicarse discriminatoriamente; *iii*) que estos criterios no excedan de lo necesario. En la distribución selectiva cuantitativa, a los anteriores, se añaden otros criterios de selección que limitan directamente el número de distribuidores autorizados (p. ej., ventas mínimas, número fijo de distribuidores, etc.).

La distribución selectiva puramente cualitativa y la distribución selectiva cuantitativa pueden beneficiarse del Reglamento de Exención por categorías, mientras la cuota de mercado no supere el 30 por 100, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves, siempre y cuando no se restrinjan las ventas activas de los distribuidores, entre sí o de éstos a los usuarios finales. El Reglamento exige la distribución selectiva con independencia de la naturaleza del producto de que se trate. No obstante, si esta naturaleza no exige la distribución selectiva y no aporta, por tanto, suficientes eficiencias como para contrarrestar una reducción significativa de la competencia intramarca, es probable que la Comisión retire el beneficio de la exención por categorías. Para los casos individuales no cubiertos por el Reglamento de Exención por Categorías y cuando se produzca el efecto acumulativo de la existencia de redes paralelas de distribución selectiva, el análisis tendrá en cuenta preferentemente los siguientes elementos: posición de mercado del proveedor y sus competidores, efecto acumulativo, obstáculos a la entrada, poder de compra, libertad para vender otras marcas y madurez del mercado.

La posición de mercado del proveedor y sus competidores es de primordial importancia para la evaluación de efectos, pues la pérdida de la competencia intramarca únicamente puede ser problemática si la competencia intermarca es limitada. La posición de los competidores refuerza su importancia en caso de efecto acumulativo.

Cuando el Reglamento de Exención por Categorías se aplica a redes individuales de distribución selectiva, puede plantearse la retirada de la exención por categorías o la no aplicación del Reglamento en caso de efectos acumulativos, si bien la Comisión ve poco probable la aparición de un problema de efecto acumulativo cuando la cuota de mercado cubierta por la distribución selectiva no supere el 50 por 100 o cuando, superando el 50 por 100, la cuota combinada de los cinco mayores proveedores sea inferior al 50 por 100; si ambas son superiores al 50 por 100, la Comisión considera que la evaluación variará en función de si los cinco mayores proveedores aplican o no la distribución selectiva porque, si la aplican, es posible que surjan problemas de competencia, en particular respecto de los que aplican criterios de selección cuantitativa. La Comisión piensa que, en general, es improbable que se cumplan las condiciones del art. 81.3 del Tratado si los sistemas de distribución selectiva en cuestión impiden el acceso al mercado de nuevos distribuidores con capacidad para vender adecuadamente los productos de que se trate, mientras que considera que tienen menos probabilidad de producir efectos negativos otras formas más indirectas de distribución selectiva cuantitativa. En cuanto a las contribuciones individuales, en general no se considera que un proveedor con una cuota de mercado inferior al 5 por 100 contribuye significativamente a un efecto acumulativo.

Respecto de los obstáculos a la entrada, son de interés principalmente en caso de exclusión del mercado de los distribuidores no autorizados. Considera la Comisión que el poder de compra puede favorecer la colusión entre distribuidores autorizados y de este modo alterar sensiblemente el análisis de los posibles efectos anticompetitivos de la distribución selectiva.

La letra c) del art. 5 del Reglamento de Exención establece que el proveedor no podrá imponer una obligación que impida, directa o indirectamente, a los distribuidores autorizados vender las marcas de proveedores competidores concretos, con el fin de evitar la colusión horizontal para excluir a determinadas marcas. La Comisión considera improbable que esta clase de obligación pueda gozar de exención cuando la cuota de mercado combinada de los cinco mayores proveedores sea igual o mayor del 50 por 100, a menos que ninguno de los proveedores que impongan dicha obligación figure entre los cinco mayores proveedores del mercado.

La Comisión advierte que, en caso de que exista una densa red de distribuidores autorizados o de efecto acumulativo, la combinación de distribución selectiva con una cláusula de no competencia puede plantear un riesgo de exclusión de otros proveedores, en cuyo caso se aplicarán los principios expuestos para la marca única (ver *supra*). Cuando la distribución selectiva no se combina con la no competencia, la Comisión estima que dicho riesgo también puede darse, si los principales proveedores imponen a los distribuidores determinadas obligaciones adicionales, como reserva de espacio mínimo en estanterías o garantía de que las

ventas de sus productos alcanzan un determinado porcentaje de la cifra de negocios total del distribuidor. No obstante, considera que es poco probable que aparezca este problema cuando la parte del mercado cubierta por la distribución selectiva sea inferior al 50 por 100 o cuando, rebasándola, la cuota de mercado de los cinco principales proveedores no alcance el 50 por 100.

La Comisión considera importante la madurez del mercado porque la pérdida de competencia intramarca y la posible exclusión de proveedores o distribuidores pueden representar un grave problema en un mercado maduro, resultando menos graves en un mercado de demanda creciente, tecnologías en evolución y posiciones de mercado cambiantes.

Se estima que la distribución selectiva puede ser eficiente si permite ahorros de costes logísticos por economías de escala en el transporte, lo que puede ser independiente de la naturaleza del producto, aunque estima que esto no será generalmente importante en la distribución selectiva, siéndolo mucho más su capacidad de ayudar a evitar el parasitismo entre los distribuidores o a crear una imagen de marca, cuestiones ambas vinculadas a la naturaleza del producto. Por eso, la exención es más probable en productos nuevos, complejos o cuya calidad sea difícil de determinar. La combinación de la distribución selectiva con la exclusiva estima la Comisión que puede infringir el artículo 81.1, si la aplica un proveedor con una cuota de mercado superior al 30 por 100 o si hay efectos acumulativos aunque las ventas activas dentro de los territorios sean libres. La Comisión considera que, excepcionalmente, tal combinación puede cumplir las condiciones del art. 81.3, si resulta imprescindible para proteger inversiones realizadas por los distribuidores, sustanciales y ligadas específicamente a la relación contractual.

v) Franquicia

El acuerdo de franquicia es un contrato entre dos empresarios, en virtud del cual uno, franquiciador, sitúa al otro, franquiciado, en una explotación económica de nombre comercial determinado, a la que presta asistencia y supervisión, a cambio de una contraprestación económica o canon⁴⁵. Los acuerdos de franquicia contienen derechos de propiedad intelectual relativos, en particular, a marcas o signos registrados y conocimientos técnicos para el uso y distribución de bienes y servicios. La franquicia permite establecer, con inversiones limitadas, una red uniforme para la distribución de los productos. Además de facilitar un método comercial, los acuerdos de franquicia suelen contener alguna combinación de restricciones verticales, como distribución selectiva, no competencia o distribución exclusiva.

La cobertura por el Reglamento de Exención por Categorías de las licencias de los derechos de propiedad industrial ya ha sido comentada

⁴⁵ Ídem, p. 67.

(ver *supra*). En cuanto a las restricciones verticales recogidas en un acuerdo de franquicia, tales como la distribución selectiva, la no competencia o la distribución exclusiva, dicho Reglamento se aplica hasta el umbral del 30 por 100 de la cuota de mercado del franquiciador o del proveedor designado por éste. Las orientaciones facilitadas para dichas restricciones (ver *supra*) son válidas igualmente para la franquicia, sin perjuicio de las observaciones específicas siguientes: *i*) cuanto más importante es la transferencia de conocimientos técnicos, más fácilmente cumplen las restricciones verticales las condiciones para la exención; y *ii*) las obligaciones de no competencia en los bienes y servicios adquiridos por el franquiciado quedan fuera del art. 81.1 del Tratado cuando son necesarias para mantener la identidad y reputación comunes de la red franquiciada, sin que sea pertinente la duración de la obligación de no competencia con arreglo a dicho art. 81.1, siempre y cuando no exceda de la duración del propio acuerdo de franquicia.

vi) Suministro exclusivo

El suministro exclusivo, tal como lo define el art. 1.c) del Reglamento de Exención por Categorías, es la forma extrema de la distribución limitada en cuanto a la restricción del número de compradores, pues en el acuerdo se especifica que el proveedor sólo podrá vender determinados productos a un comprador dentro de la Comunidad. Así definido, el suministro exclusivo goza de la exención con arreglo al apartado 1 del art. 2, en relación con el apartado 2 del art. 3, hasta una cuota de mercado del comprador del 30 por 100, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves. Por encima del umbral de cuota de mercado, la Comisión ofrece las siguientes orientaciones para evaluar casos concretos.

El principal riesgo de competencia del suministro exclusivo es la exclusión de otros compradores, por lo que la cuota de mercado del comprador en el nivel superior del mercado es decisiva. La poca importancia del comprador en el nivel inferior determina, por su parte, la posibilidad de que la competencia se vea perjudicada. En este contexto, la Comisión considera que serán previsibles efectos negativos cuando la cuota de mercado del comprador en el nivel inferior del mercado de suministro, así como en el nivel superior del mercado de compra, supere el 30 por 100 y que podrán seguir produciéndose importantes efectos de exclusión, aunque la cuota de mercado del comprador en el nivel superior no exceda del 30 por 100, si la cuota de mercado del comprador en el nivel inferior supera el 30 por 100. En tales casos, estima que puede resultar necesario retirar la exención por categoría.

Es importante también saber en qué medida y por cuánto tiempo existe una obligación de suministro exclusivo porque, cuanto mayor sea el porcentaje de suministro vinculado y su duración, más importante será,

en principio, la exclusión. La Comisión considera que el análisis de acuerdos de suministro exclusivo de duración inferior a cinco años suscritos por empresas no dominantes requerirá generalmente sopesar los efectos favorables y los anticompetitivos, mientras que no considera que, en general, los acuerdos de duración superior a cinco años sean necesarios para obtener eficiencias, o las eficiencias vayan a ser suficientes para compensar el efecto de exclusión que producen.

En opinión de la Comisión, la exclusión de compradores competidores ya establecidos es improbable si éstos tienen un poder de compra similar, pero considera que existirá el peligro de excluir a los compradores potenciales cuando se produzca un efecto acumulativo como consecuencia de la existencia de una serie de compradores principales con contratos de suministro exclusivo. La Comisión advierte que este efecto acumulativo puede llevar a retirar el beneficio del Reglamento de Exención por Categorías.

También se considera importante analizar los obstáculos a la entrada al nivel proveedor, porque éste no siempre encontrará eficiente suministrar por sí mismo. Y hay que evaluar el poder de compensación de los proveedores, porque la exclusión es previsible con proveedores débiles y compradores fuertes. En caso de proveedores fuertes, el suministro exclusivo puede combinarse con la no competencia, que haría aplicables las normas en materia de marca única (ver *supra*). La Comisión justifica, en general, la combinación de suministro exclusivo y no competencia cuando hay problema de cautividad y no existe posición dominante.

Por último, el nivel de comercio y la naturaleza del producto se consideran pertinentes para determinar la exclusión, que será menos probable en un producto intermedio que en uno final o cuando el producto es homogéneo. En el caso de productos intermedios homogéneos, se considera probable que los efectos anticompetitivos puedan quedar exentos si no hay posición dominante. En el caso de productos finales de marca, o intermedios diferenciados para los que hay obstáculos al acceso, el suministro exclusivo puede ocasionar efectos anticompetitivos graves, si los compradores competidores son relativamente pequeños en relación con el comprador, aunque éste no sea dominante en el nivel inferior del mercado.

En las *Directrices* se establece que, en caso de observarse efectos anticompetitivos apreciables en un contrato de suministro exclusivo, podría concederse una exención, de conformidad con el art. 81.3 del Tratado, siempre y cuando la empresa no fuera dominante. La Comisión, sin embargo, hace notar que, en caso de problema de cautividad, y aún más en caso de economías de escala en la distribución, la imposición de cantidades al proveedor (requisitos mínimos de suministro) podría constituir una alternativa menos restrictiva.

vii) Vinculación

Para la Comisión, existe vinculación cuando el proveedor supedita la venta de un producto (vinculante) a la compra de otro producto distinto (vinculado), a sí mismo o a otro designado por él ⁴⁶.

Si la vinculación no está objetivamente justificada por la naturaleza de los productos o su uso comercial, tal práctica puede constituir un abuso de posición dominante de los prohibidos por el artículo 82 del Tratado ⁴⁷. Pero un acuerdo horizontal entre proveedores competidores que supediten la venta de un producto a la adquisición de otro distinto cae en el ámbito de aplicación del art. 81 y constituirá una restricción vertical si, por ejemplo, redundan en una obligación de marca única en lo que respecta al producto vinculado. Es precisamente este caso el que se aborda en las *Directrices*, según los siguientes criterios.

Para la Comisión, el factor decisivo para determinar si son dos productos distintos es la demanda de los compradores. Y el principal efecto negativo sobre la competencia que produce la vinculación es la posible exclusión del mercado del producto vinculado. Se estima que existe vinculación cuando se dé, al menos, una imposición de cantidades al comprador, acentuándose el efecto de expulsión cuando adicionalmente se acuerde una cláusula de no competencia respecto del producto vinculado.

La Comisión considera que la vinculación también puede llevar a precios supracompetitivos, especialmente en tres tipos de situaciones: *i)* cuando los productos vinculante y vinculado son parcialmente sustituibles para el comprador; *ii)* cuando la vinculación permite discriminaciones de precios en función del uso que haga el cliente del producto vinculante; y *iii)* cuando resulta difícil para los clientes calcular las consecuencias de la vinculación, en contratos a largo plazo o respecto de un equipo original con un largo período de sustitución.

La vinculación está exenta por el apartado 1 del art. 2, en relación con el art. 3, del Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor, tanto en el mercado del bien vinculado como en el mercado del bien vinculante, no excede del 30 por 100. La Comisión considera que puede combinarse con otras restricciones verticales no especialmente graves y ofrece las siguientes orientaciones para la evaluación de la vinculación en casos concretos, cuando se supere el umbral de cuota de mercado.

La posición del proveedor en el mercado vinculante, en relación con las de los proveedores competidores, es un factor decisivo para evaluar una restricción de este tipo, advirtiéndose que, cuando la vinculación se

⁴⁶ Ver «Vinculación de prestaciones» en PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 387.

⁴⁷ Como se ha indicado, para la «justificación objetiva» como factor de licitud del comportamiento de la empresa dominante, puede verse PASCUAL Y VICENTE (2002c), p. 269, y, más ampliamente (2002d), pp. 1340-1342.

combina con una cláusula de no competencia con respecto al bien vinculante, el proveedor fortalece notablemente su posición; pero también es un factor importante el poder de compra de los clientes. Por lo cual, la Comisión advierte que la vinculación que no esté basada en la eficiencia supone un riesgo en el caso de compradores sin un poder de compra significativo.

Para cuando se determina la presencia de efectos anticompetitivos considerables, la Comisión se plantea la cuestión de la posible exención con arreglo al art. 81.3 del Tratado, siempre y cuando la empresa no ocupe una posición dominante. En este sentido, la Comisión considera, en primer lugar, que las obligaciones de vinculación pueden generar eficiencias derivadas de la producción o distribución conjuntas y también se pueden generar eficiencias si el proveedor del producto vinculado, que no lo produzca, adquiere grandes cantidades del mismo. Si bien, para que la vinculación pueda obtener una exención, ha de demostrarse que se transmiten al consumidor, al menos, una parte de esas reducciones de costes. En segundo lugar, la Comisión considera que puede existir otro tipo de eficiencia si la vinculación contribuye a garantizar una determinada uniformidad y normalización, aunque será necesario demostrar que los efectos positivos no pueden igualmente alcanzarse exigiendo al comprador utilizar o revender productos que satisfagan niveles mínimos de calidad, sin exigirle su adquisición vinculada. Es de particular interés el criterio de la Comisión, para cuando el proveedor del producto vinculante imponga proveedores del producto vinculado, según el cual tal conducta quedaría fuera de la prohibición del art. 81.1, especialmente cuando el proveedor del producto vinculante no obtiene un beneficio financiero directo de la designación.

La Comisión considera que el efecto de los precios supracompetitivos es, en sí mismo, anticompetitivo por provocar la exclusión, señalando que, a efectos de calificarse de exclusión considerable según el art. 81.1 del Tratado, puede aplicarse el análisis de la marca única (ver *supra*). Por encima del umbral del 30 por 100 del mercado, será poco probable la exención, salvo en el supuesto de que haya eficiencias claras que se transmitan, al menos parcialmente, a los consumidores. Y será menos probable aun cuando la vinculación se combine con la no competencia.

La retirada de la exención por categorías es probable en caso de que la vinculación no genere eficiencias o no se transmitan, parcialmente al menos, a los consumidores. Y también en caso de efecto acumulativo, si la mayoría de los proveedores aplican acuerdos de vinculación similares, sin que las eficiencias se transmitan, al menos en parte, a los consumidores.

viii) Precios de reventa recomendados y máximos

Las *Directrices* reconocen que la práctica de recomendar un precio de reventa a un revendedor o exigirle que respete un precio de reventa

máximo está cubierta por el Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no excede del umbral del 30 por 100, sin perjuicio de las observaciones formuladas, a propósito del «mantenimiento del precio de reventa», en el epígrafe correspondiente a las «restricciones especialmente graves contempladas por el Reglamento» (ver *supra*, y apartados 46 a 56 de las *Directrices*). Para evaluar los casos que se sitúan por encima de este umbral de cuota de mercado del 30 por 100 y los relativos a retirada de la exención por categorías, se ofrece la siguiente orientación.

El factor más importante para evaluar los efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados es, para la Comisión, la posición de mercado del proveedor, porque, cuanto más fuerte sea ésta, mayor será el riesgo de uniformidad de los precios de los revendedores. Por eso, la Comisión considera que la práctica de imponer un precio de venta máximo o recomendado puede infringir el art. 81.1 del Tratado, si redundan en un nivel uniforme de precios.

El segundo factor más importante para evaluar los efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados es la posición de mercado de los competidores, porque, en opinión de la Comisión, especialmente cuando se trata de un oligopolio cerrado⁴⁸, la práctica de aplicar o publicar precios máximos o recomendados puede facilitar la colusión entre los proveedores, por lo que la Comisión estima que el imponer un precio de reventa máximo o recomendado que produzca tales efectos podría también infringir el art. 81.1 del Tratado.

ix) Otras restricciones verticales

La Comisión reconoce que, además de las que examina en las *Directrices*, existen otras restricciones y sus combinaciones para las que no se ofrece ninguna orientación directa. Para ellas, se señala que su análisis deberá abordarse con arreglo a los principios enunciados, con ayuda de las mismas normas generales y prestando idéntica atención a sus efectos en el mercado.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

- ARRUÑADA, Benito (2001), «Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 211, enero-febrero, pp. 31-41.
- DARBY, John (2000), «New EU regime for vertical agreements», *The Law Society's Gazette*, November, pp. 57-61.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel (1999), «Conductas prohibidas, autorizadas y autorizaciones singulares», *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 97-123.

⁴⁸ Ver «Oligopolio» en PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 284.

- FERNÁNDEZ VICIÉN, Cani (2001), «La política comunitaria de restricciones verticales», *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 79-101.
- FERRIER, DIDIER (1999), «Les effets cumulatifs des réseaux au regard des restrictions verticales de concurrence», *Contrato e Impresa. Europa*, núm. 2, pp. 584-591.
- (2001), «L'effect cumulatif de réseau(x)», *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 195-213.
- FUENTES NÚÑEZ, Luis (1998), «El futuro de la distribución comercial en Europa: el Libro Verde sobre las Restricciones Verticales y el nuevo enfoque de la Comisión», *Derecho de los Negocios*, núm. 79, pp. 1-10.
- GENTILE, ENRICO (1999), «Il problema degli "acordi verticali" per la distribuzione o per la fornitura congiunta di famiglie complete di prodotti», *Contrato e Impresa. Europa*, núm. 2, pp. 607-662.
- GRISAY, Dominique (2000a), «Droit européen de la distribution: Copernic or not copernic: suite et fin», *L'Observateur de Bruxelles*, núm. 40, pp. 26-32.
- (2000b), «Nouvelles règles communautaires applicables aux contrats de distribution», *Le Droit des Affaires*, núm. 56, pp. 345-353.
- KATZ, Michael L. (1989), «Vertical Contractual Relations», *Handbook of Industrial Organization*, Vol. I, Eslevier Science Publishers, bv, pp. 656-721.
- PASCUAL PONS, Carlos (1999), «El nuevo tratamiento de las Restricciones Verticales en el Derecho Comunitario de la Competencia», *Boletín Económico del ICE*, núm. 2.626, 6-12 de septiembre, pp. 13-20.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio (1997), «Cooperación entre la Comisión y las Autoridades nacionales en materia de prácticas colusorias y abusivas», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 126, septiembre, pp. 5-10.
- (2000a), «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, enero-febrero, pp. 10-21.
- (2000b), «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, mayo-junio, pp. 9-18.
- (2002a), *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, Madrid, Civitas, 402 pp.
- (2002b), «Modificaciones que la Ley 52/1999 introduce en el régimen de conductas prohibidas de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia», en NENEYTO, J. M. (dir.) y MAILLO, J. M. (coord.), *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 305-320.
- (2002c), «Abuso de posición dominante en mercados conexos: doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 259-279.
- (2002d), «El abuso de posición dominante», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 245, julio-septiembre 2002, pp. 1291-1364.
- (2003a), «Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 224, marzo-abril.
- PEEPERKORN, Lucas (1999), «Commission's policy: review on vertical restraints», *European Economics and Law*, pp. 1-18.
- PETITBÒ JUAN, Amadeo (1998), «Las restricciones verticales a la competencia», *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 27-66.
- RINALDI, Raimondo (1999), «Brevi note sulla nuova proposta di regolamento della Commissione CE in tema di accordi verticali», *Diritto del Commercio Internazionale*, núm. 3, pp. 781-785.

- (2000), «Il nuovo regolamento della Commissione europea sugli accordi verticali», *Diritto del Commercio Internazionale*, núm. 2, pp. 479-506.
- RINALDI, Raimondo, y RAPUANO, Rita (1999), «La politica comunitaria della concorrenza e le interesse verticali: un nuovo approccio», *Diritto del Commercio Internazionale*, núm. 2, pp. 423-440.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio (1999), «Hacia un cambio de ideas sobre restricciones verticales», *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 125-136.

LA TELEVISION Y... LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA

Antonio Quintana Fernández *

Admisor del Profesorado del Tribunal de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCION

Hace mucho tiempo que el fútbol puede ser un negocio por sí mismo o de esta actividad deportiva derivarse a convertirse en un negocio lucrativo que, como el resto de sectores de la economía, debe someterse a las normas que rigen por el funcionamiento de la libre competencia.

Esto no es óbice para reconocer el componente cultural y social que este deporte merece en la mayor parte de países del mundo.

De hecho, hasta hace poco más de una década los aspectos deportivos, culturales y sociales prevalecían sobre los económicos permitiendo que se llevara a cabo prácticas que en otros sectores estaban prohibidas. Esta realidad se vio afectada a los inicios de los noventa de la competencia, pero que se cultivaba también a través relacionadas con la legislación laboral u otras áreas del Derecho mercantil.

No obstante, las formas de negocio y el propio volumen de este sector aumentó muy rápidamente en las décadas de los ochenta y, sobre todo, los noventa, obligando a las autoridades a replantear su enfoque.

Como muy bien señala Luis Rodríguez (Rodríguez, 2002) la Sociedad Española de Fútbol¹ puede considerarse como el paria de millones a partir del caso el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pero, deja de analizar los aspectos económicos relacionados con el deporte como institución económica, referencial a la realidad cultural y social del mismo.

Sobre el juego Deportivo

«... de las características que se derivan de los modelos económicos de la actividad deportiva en todo el mundo y de los datos deportivos

* Investigador principal en el estudio de las explotaciones deportivas en España.

¹ Documento del caso de Fútbol español de 1995. Véase también...

