

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado**

(2004/C 101/08)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

1. INTRODUCCIÓN

1. El apartado 3 del artículo 81 del Tratado establece una norma de excepción a la que pueden acogerse las empresas en caso de determinarse que existe una infracción a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado. Los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas⁽¹⁾ contempladas en el apartado 1 del artículo 81 que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo gozarán de validez y vigencia sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.
2. El apartado 3 del artículo 81 puede aplicarse a acuerdos y prácticas concertadas tanto individualmente como por medio de reglamentos de exención por categorías. El Reglamento (CE) n° 1/2003 relativo a las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82⁽²⁾ no afecta a la validez y a la naturaleza jurídica de los reglamentos de exención por categorías. Todos los reglamentos de exención actuales siguen en vigor, y los acuerdos contemplados en reglamentos de exención por categorías mantienen su validez jurídica y vigencia aun cuando restrinjan el juego de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 81⁽³⁾. Dichos acuerdos únicamente pueden prohibirse para el futuro, y sólo mediante la retirada formal de la exención por categorías por parte de la Comisión o de una autoridad nacional de competencia⁽⁴⁾. Los acuerdos exentos por categoría no pueden ser invalidados por un tribunal nacional en el marco de litigios entre particulares.
3. Las actuales Directrices sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología⁽⁵⁾ se refieren a la aplicación del artículo 81 a diversos tipos de acuerdos y prácticas concertadas. Su propósito es exponer el punto de vista de la Comisión sobre los criterios de evaluación sustantiva aplicados a los diferentes tipos de acuerdos y prácticas.
4. Las presentes directrices establecen la interpretación de la Comisión sobre las condiciones de exención contenidas en el apartado 3 del Artículo 81. Así ofrecen orientación sobre la aplicación del artículo 81 a casos individuales. Pese a no ser vinculantes, las presentes directrices también pretenden servir de orientación a los tribunales y las autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado.
5. Las presentes directrices establecen un marco analítico para la aplicación del apartado 3 del artículo 81 con el objetivo de elaborar una metodología para la aplicación de dicha disposición del Tratado. Esta metodología esta basada en el enfoque económico utilizado en las directrices de la Comisión sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología. La Comisión aplicará el presente marco que ofrece orientaciones más detalladas sobre la aplicación de las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 que las recogidas en las directrices de la Comisión sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología. El marco establecido por las presentes directrices también se aplica a los acuerdos contemplados en las directrices anteriormente mencionadas.
6. Las normas recogidas en las presentes directrices deben aplicarse en función de las circunstancias de cada caso. Es por tanto imposible su aplicación mecánica. Cada asunto debe evaluarse según sus hechos, y las directrices deben aplicarse de manera razonable y flexible.
7. Respecto a un conjunto de temas, las presentes directrices subrayan el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo la Comisión también intenta explicar su política con respecto a temas que no han sido tratados por la jurisprudencia o que son interpretables. La posición de la Comisión en cualquier caso se entiende sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas sobre la interpretación de los apartados 1 y 3 del artículo 81, y de la interpretación que los Tribunales comunitarios puedan dar sobre esas normas en el futuro.

2. MARCO GENERAL DEL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO CE**2.1. Las disposiciones del Tratado**

8. El apartado 1 del artículo 81 prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros⁽⁶⁾ y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia⁽⁷⁾.
9. Como excepción a esta norma, el apartado 3 del artículo 81 establece que la prohibición del apartado 1 del artículo 81 podrá declararse inaplicable a aquellos acuerdos 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, sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

10. Con arreglo al apartado 1 del artículo 1 del Reglamento 1/2003, los acuerdos contemplados en el apartado 1 del artículo 81 que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto⁽⁸⁾. Con arreglo al apartado 2 del artículo 1 del mismo Reglamento, los acuerdos contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto. Dichos acuerdos gozarán de validez y vigencia a partir del momento y en tanto que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

11. Así pues, la evaluación con respecto al artículo 81 consta de dos partes. La primera consiste en determinar si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros es, por su objeto o por sus efectos reales o potenciales⁽⁹⁾, restrictivo de la competencia. La segunda, que tan sólo es procedente cuando se ha determinado que un acuerdo restringe el juego de la competencia, consiste en determinar los efectos favorables a la competencia producidos por el acuerdo y evaluar si superan a los efectos restrictivos de la competencia. Los efectos anticompetitivos y procompetitivos se sopesan exclusivamente en el marco del apartado 3 del artículo 81⁽¹⁰⁾.

12. La evaluación de los posibles efectos compensatorios a efectos del apartado 3 del artículo 81 requiere necesariamente la determinación previa del carácter restrictivo y de la incidencia del acuerdo. A fin de poner el apartado 3 del artículo 81 en el contexto adecuado, es preciso exponer brevemente el objetivo y los principales contenidos de la prohibición que figura en el apartado 1 del artículo 81. Las Directrices sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología⁽¹¹⁾ contienen orientaciones fundamentales sobre la aplicación del apartado 1 del artículo 81 a diversos tipos de acuerdos. En consecuencia, las presentes directrices se limitan a recordar el marco analítico fundamental para la aplicación del apartado 1 del artículo 81.

2.2. La prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 81

2.2.1. Observaciones generales

13. El artículo 81 tiene por objetivo proteger la competencia en el mercado con vistas a un mayor bienestar del consumidor y una eficaz asignación de recursos. A estas finalidades contribuyen la competencia y la integración del mercado, pues la creación y mantenimiento de un mercado único y abierto favorece la eficaz asignación

de recursos en toda la Comunidad en beneficio de los consumidores.

14. La prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 81 se aplica a los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas que restringen la competencia, en la medida en que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Un principio general en el que se basa el apartado 1 del artículo 81 y que se refleja en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios es que cada agente económico debe determinar de modo autónomo la política que pretenda seguir en el mercado⁽¹²⁾. En consecuencia, los tribunales comunitarios han definido los conceptos de acuerdo, práctica concertada y decisión como conceptos de Derecho comunitario que permiten establecer una distinción entre la conducta unilateral de una empresa y la coordinación de comportamientos o la colusión entre empresas⁽¹³⁾. La conducta unilateral únicamente está sometida al artículo 82 del Tratado por lo que se refiere al derecho comunitario de competencia. Por otra parte, la norma de convergencia que establece el apartado 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) n° 1/2003 no se aplica a las conductas unilaterales. Esta disposición se aplica únicamente a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que puedan afectar a los intercambios entre los Estados miembros. El apartado 2 del artículo 3 establece que, cuando dichos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas no están prohibidas en virtud del artículo 81, no pueden ser prohibidas en virtud del Derecho nacional de competencia. El artículo 3 no va en perjuicio del principio fundamental de la primacía del Derecho comunitario, que implica, en particular, que los acuerdos y prácticas abusivas prohibidas por los artículos 81 y 82 no pueden estar autorizadas en virtud del Derecho nacional⁽¹⁴⁾.

15. El tipo de coordinación de comportamientos o colusión entre empresas a efectos del apartado 1 del artículo 81 resulta cuando una empresa se compromete con otra a seguir una determinada conducta en el mercado o que, de resultas de contactos entre ambas empresas, desaparezca o, al menos, quede sustancialmente reducida la incertidumbre sobre sus conductas en el mercado⁽¹⁵⁾. Por lo tanto, la coordinación puede revestir la forma de obligaciones que regulen la conducta en el mercado de al menos una de las partes o de acuerdos que influyan en la conducta en el mercado de al menos una de las partes al modificar sus incentivos. No es preciso que la coordinación vaya en interés de todas las empresas interesadas⁽¹⁶⁾. Tampoco debe necesariamente ser explícita. Puede también ser tácita. Para que un acuerdo pueda considerarse celebrado por aceptación tácita debe haber una invitación, ya sea expresa o implícita, de una empresa a otra para alcanzar conjuntamente un objetivo⁽¹⁷⁾. En determinadas circunstancias, un acuerdo puede deducirse de una relación comercial existente entre las partes e imputarse a la misma⁽¹⁸⁾. Sin embargo, no es suficiente el mero hecho de que una medida adoptada por una empresa se englobe en el contexto de unas relaciones empresariales existentes⁽¹⁹⁾.

16. Es aplicable a los acuerdos entre empresas la prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 81 cuando sea probable que dichos acuerdos tengan sensibles efectos negativos sobre parámetros de competencia en el mercado tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación. Los acuerdos puede tener tales efectos cuando reduce de manera apreciable la rivalidad entre las partes del acuerdo o entre éstas y terceros.
- 2.2.2. *Principios básicos para evaluar los acuerdos con arreglo al apartado 1 del artículo 81*
17. La evaluación de si un acuerdo restringe la competencia debe llevarse a cabo en el contexto real en el cual se desarrollaría la competencia de no existir el acuerdo con sus supuestas restricciones⁽²⁰⁾. Al efectuar esta evaluación debe atenderse a la probable repercusión del acuerdo sobre la competencia intermarca (entre proveedores de marcas competidoras) y sobre la competencia intramarca (entre distribuidores de la misma marca). El apartado 1 del artículo 81 prohíbe las restricciones tanto de la competencia intermarca como intramarca⁽²¹⁾.
18. Para evaluar si un acuerdo o parte del mismo pueden restringir la competencia intermarca y/o intramarca debe estudiarse cómo y hasta qué punto el acuerdo afecta o es probable que afecte a la competencia en el mercado. Las dos preguntas siguientes ofrecen un marco útil para efectuar dicha evaluación. La primera pregunta se refiere a la incidencia del acuerdo sobre la competencia intermarca y la segunda a su incidencia sobre la competencia intramarca. Dado que las restricciones pueden afectar a ambos tipos de competencia a la vez, puede ser necesario analizar una restricción a la luz de ambas preguntas antes de poder concluirse si se restringe o no el juego de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 81:
1. ¿Restringe el acuerdo la competencia real o potencial que hubiera existido sin el mismo? Si la respuesta es afirmativa, es aplicable al acuerdo lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81. Para esta evaluación es preciso tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia por parte de terceros. Por ejemplo, cuando dos empresas establecidas en diferentes Estados miembros se comprometen a no vender productos en sus respectivos mercados, la competencia (potencial) que existía antes del acuerdo se ve restringida. Del mismo modo, cuando un proveedor impone a sus distribuidores obligaciones de no vender productos competidores y esa obligación impide el acceso de terceros al mercado, la competencia real o potencial que habría existido en ausencia del acuerdo se ve restringida. Para evaluar si las partes de un acuerdo son competidores reales o potenciales el contexto económico y legal debe tenerse en cuenta. Por ejemplo, cuando, debido a los riesgos financieros y las capacidades técnicas de las partes es, según factores objetivos, poco probable que cada una de las partes pueda realizar por sí sola las actividades que contempla el acuerdo, se considera que las partes son no competidoras por lo que respecta a esa actividad⁽²²⁾. Corresponde a las partes presentar pruebas a tal efecto.
 2. ¿Restringe el acuerdo la competencia real o potencial que hubiera existido en ausencia de la restricción o restricciones contractuales? En caso afirmativo, es aplicable al acuerdo lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81. Por ejemplo, cuando un proveedor impide a sus distribuidores competir entre sí, se restringe la competencia (potencial) que podría haber existido entre los distribuidores en ausencia de las restricciones. Entre este tipo de restricciones figura la imposición de precios de reventa y las restricciones a las ventas por territorios o clientes entre distribuidores. Sin embargo, en determinados casos puede no ser aplicable el apartado 1 del artículo 81 a ciertas restricciones, cuando éstas sean objetivamente necesarias para la existencia de un acuerdo de ese tipo o naturaleza⁽²³⁾. Esta exclusión de la aplicación del apartado 1 del artículo 81 únicamente puede efectuarse en función de factores objetivos y externos a los propios interesados, y no según sus puntos de vista y características subjetivas. La cuestión no es si las partes, en su particular situación, no habrían aceptado celebrar un acuerdo menos restrictivo, sino si, dada la naturaleza del acuerdo y las características del mercado, unas empresas que estuviesen en situación similar no habrían concluido un acuerdo menos restrictivo. Por ejemplo, las restricciones territoriales entre un proveedor y un distribuidor pueden quedar, durante un determinado periodo, fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 cuando sean objetivamente necesarias para que el distribuidor penetre en un nuevo mercado⁽²⁴⁾. Del mismo modo, la imposición a todos los distribuidores de la prohibición de vender a determinadas categorías de usuarios finales puede no ser restrictiva de la competencia si es objetivamente necesaria por motivos de seguridad o sanidad o debido a naturaleza peligrosa del producto en cuestión. No bastan los argumentos según los cuales, si el proveedor no hubiera recurrido a una restricción, hubiera optado por la integración vertical. Las decisiones de recurrir o no a una integración vertical dependen de diversos y complejos factores económicos, algunos de los cuales son de índole interna a la empresa interesada.
19. Al aplicar el marco analítico expuesto en el apartado anterior debe tenerse en cuenta que esta disposición distingue entre acuerdos que tienen por objeto una restricción del juego de la competencia y acuerdos que tienen por efecto dicha restricción. Un acuerdo o restricción contractual únicamente se prohíbe en virtud del apartado 1 del artículo 81 si tiene por objeto o efecto restringir la competencia intermarca y/o la competencia intramarca.

20. La distinción entre restricciones por objeto y restricciones por efecto es importante. Una vez demostrado que un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia, huelga atender a sus efectos concretos ⁽²⁵⁾. Dicho de otro modo, a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 81, cuando un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, no es necesario demostrar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia. En cambio, el apartado 3 del artículo 81 no distingue entre acuerdos que tienen por objeto restringir el juego de la competencia y acuerdos que producen ese efecto. El apartado 3 del artículo 81 se aplica a todos los acuerdos que reúnan las cuatro condiciones en él recogidas ⁽²⁶⁾.
21. Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que reduce en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios.
22. La evaluación de si un acuerdo tiene o no por objeto restringir la competencia se basa en una serie de factores. Entre éstos cabe citar, en particular, el contenido del acuerdo y la finalidad que objetivamente persigue. También puede ser necesario examinar el contexto en el cual se aplica (o se aplicará) y la conducta y comportamiento efectivos de las partes en el mercado ⁽²⁷⁾. Es decir, puede ser preciso estudiar los hechos que subyacen al acuerdo y las circunstancias específicas en que se aplica antes de poder concluirse que una restricción particular constituye o no una restricción de la competencia por objeto. El modo en que un acuerdo se aplica en la práctica puede poner de manifiesto una restricción por objeto aun cuando el acuerdo no contemple expresamente disposiciones a tal fin. Las pruebas de que las partes albergan la intención subjetiva de limitar la competencia constituyen un factor importante, pero no son condición necesaria.
23. Los reglamentos de exención por categorías, las directrices y las comunicaciones de la Comisión ofrecen orientaciones no exhaustivas a fin de determinar qué constituye restricción por objeto. En general, la Comisión considera restricciones por objeto aquéllas que se prohíben en los reglamentos de exención por categorías o se enumeran entre las restricciones especialmente graves en las directrices y comunicaciones. En el caso de los acuerdos horizontales, entre las restricciones de la competencia por objeto se incluyen la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto de mercados y clientes ⁽²⁸⁾. En el caso de los acuerdos verticales, la categoría de las restricciones por objeto incluye, en particular, la imposición de precios de reventa mínimos y fijos y las restricciones que establecen una protección territorial absoluta, incluidas las restricciones sobre las ventas pasivas ⁽²⁹⁾.
24. Cuando un acuerdo no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos en la competencia. Deben tomarse en consideración tanto los efectos reales como los potenciales ⁽³⁰⁾. Dicho de otro modo, el acuerdo debe tener efectos anticompetitivos probables. En el caso de las restricciones de la competencia por efecto, no hay presunción de efectos anticompetitivos. Para que un acuerdo sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda preverse que tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad ⁽³¹⁾. Los efectos negativos deben ser sensibles. La prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 81 no se aplica cuando los efectos anticompetitivos observados son insignificantes ⁽³²⁾. Este examen refleja el planteamiento económico que aplica la Comisión. La prohibición del apartado 1 del artículo 81 únicamente se aplica cuando, a partir de un análisis adecuado del mercado, puede concluirse que el acuerdo tiene efectos anticompetitivos probables en el mercado ⁽³³⁾. No basta para alcanzar tal conclusión que las cuotas de mercado de las partes superen los umbrales establecidos en la Comunicación *de minimis* de la Comisión ⁽³⁴⁾. Los acuerdos acogidos a reglamentos de exención por categoría pueden contemplarse en el apartado 1 del artículo 81, aunque no necesariamente. Por otra parte, el hecho de que, debido a las cuotas de mercado de las partes, un acuerdo no pueda acogerse a una exención por categorías no basta en sí mismo para considerar que se le aplica lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 o que no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Es precisa una evaluación individual de los efectos probables del acuerdo.
25. Los efectos negativos sobre la competencia en el mercado de referencia son probables cuando las partes, por separado o conjuntamente, poseen u obtienen cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso del mismo. Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener durante un

periodo de tiempo significativo precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener durante un periodo de tiempo significativo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia. En los mercados con costes fijos elevados, las empresas deben fijar precios claramente por encima de los costes marginales de producción a fin de obtener una rentabilidad competitiva de su inversión. El hecho de que las empresas fijen precios por encima de sus costes marginales no es por tanto en sí mismo señal de que la competencia en el mercado no funciona bien y de que las empresas tienen un poder de mercado que les permite fijar precios por encima del nivel competitivo. Cuando la presión competitiva no es suficiente para mantener los precios y la producción a niveles competitivos, las empresas tienen poder de mercado a efectos del apartado 1 del artículo 81.

26. La creación, mantenimiento y fortalecimiento del poder de mercado puede ser resultado de una restricción de la competencia entre las partes del acuerdo. Puede también serlo de una restricción de la competencia entre cualquiera de las partes y terceros, por ejemplo, por suponer la exclusión de competidores o aumentar sus costes y limitar así su capacidad de competir eficazmente con las partes del acuerdo. El poder de mercado es cuestión de grado. El grado de poder de mercado que generalmente se requiere para determinar que existe infracción con arreglo al apartado 1 del artículo 81 en el caso de acuerdos que restringen la competencia por efecto es inferior al que se requiere para determinar que existe posición dominante a efectos del artículo 82.
27. Para analizar los efectos restrictivos de un acuerdo, en principio es preciso definir el mercado de referencia ⁽³⁵⁾. También debe en principio examinarse y evaluarse, entre otras cosas, la naturaleza de los productos, la posición de mercado de las partes, de los competidores y de los compradores, la existencia de competidores potenciales y el nivel de las barreras a la entrada. Sin embargo, en algunos casos puede que haya que demostrar que hay efectos anticompetitivos directamente, a través del análisis de la conducta de las partes en el mercado. Así, por ejemplo, a veces es posible determinar que un acuerdo ha dado lugar a aumentos de precios. Las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal y las Directrices sobre restricciones verticales configuran un marco detallado que permite analizar, en relación con el apartado 1 del artículo 81, la incidencia de diferentes tipos de acuerdos horizontales y verticales sobre la competencia ⁽³⁶⁾.

2.2.3. Restricciones accesorias

28. En el apartado 18 se establece un marco para el análisis de los efectos de un acuerdo y de cada una de sus restricciones en la competencia intermarca e intramarca. Si, a partir de estos principios, se concluye que la principal operación contemplada en el acuerdo no es restrictiva de la competencia, cabe examinar si cada una de las restricciones que contiene el acuerdo son también com-

patibles con el apartado 1 del artículo 81 por ser accesorias a la operación principal no restrictiva.

29. En Derecho de competencia comunitario el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma ⁽³⁷⁾. Cuando un acuerdo, por ejemplo, de distribución o de empresa en participación, atendiendo a sus aspectos fundamentales, no tiene por objeto o por efecto restringir el juego de la competencia, tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones directamente relacionadas con la realización de la operación y necesarias para la misma ⁽³⁸⁾. Este tipo de restricciones se denominan accesorias. Una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma. Por tanto, el examen de las restricciones accesorias es similar al examen recogido en el apartado 18(2). Sin embargo, el examen de las restricciones auxiliares se aplica en todos los casos en los que la operación principal no sea restrictiva de la competencia ⁽³⁹⁾. No se limita a la determinación de los efectos del acuerdo en la competencia intramarca.
30. La aplicación del concepto de restricción accesorias debe distinguirse de la aplicación de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 81, que se refiere a ciertas ventajas económicas producidas por los acuerdos restrictivos y que contrarrestan sus efectos de restricción de la competencia. La aplicación del concepto de restricción accesorias no implica sopesar los efectos favorables y desfavorables a la competencia. Esto último se reserva al apartado 3 del artículo 81 ⁽⁴⁰⁾.
31. La evaluación de las restricciones accesorias se limita a determinar si, en el contexto específico de la principal operación o actividad no restrictiva, una determinada restricción es necesaria y proporcionada para la realización de dicha operación o actividad. Si, a partir de factores objetivos, puede concluirse que, en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización, la restricción podría considerarse objetivamente necesaria para su realización y proporcionada a la misma ⁽⁴¹⁾. Si, por ejemplo, el principal objeto de un acuerdo de franquicia no restringe la competencia, tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones necesarias para el buen funcionamiento del acuerdo, tales como las obligaciones destinadas a proteger la uniformidad y la reputación del sistema de franquicias ⁽⁴²⁾. Del mismo modo, si una empresa en participación no es en sí misma restrictiva de la competencia, se considera que las restricciones necesarias para la aplicación del acuerdo son auxiliares a la operación

principal y, por tanto, no se les aplica el apartado 1 del artículo 81. Por ejemplo, en el asunto TPS⁽⁴³⁾ la Comisión concluyó que la obligación de que las partes no participaran en empresas activas en la distribución y comercialización de programas de televisión por satélite era auxiliar a la creación de la empresa en participación durante la fase inicial. Por consiguiente, se consideró que la restricción quedaba fuera del apartado 1 del artículo 81 durante un período de tres años. Para alcanzar esta conclusión la Comisión atendió a las grandes inversiones y a los riesgos comerciales que comportaba incorporarse al mercado de la televisión de pago.

2.3. Excepción en virtud del apartado 3 del artículo 81

32. La evaluación de las restricciones por objeto y por efecto con arreglo al apartado 1 del artículo 81 tan sólo representa uno de los aspectos del análisis. El otro, reflejado en el apartado 3 del artículo 81, es la evaluación de los efectos económicos positivos que puedan tener los acuerdos restrictivos.

33. Las normas comunitarias en materia de competencia tienen por objetivo proteger la competencia en el mercado con vistas a un mayor bienestar del consumidor y una eficaz asignación de recursos. Los acuerdos que restringen la competencia pueden tener al mismo tiempo efectos favorables a la misma en forma de mejoras de eficiencia⁽⁴⁴⁾. Tales mejoras pueden comportar un valor añadido por reducir los costes de producción, mejorar la calidad del producto o crear un nuevo producto. Cuando los efectos favorables a la competencia de un acuerdo superan a los restrictivos, el acuerdo es en definitiva beneficioso para la competencia y compatible con los objetivos de la normativa comunitaria en esta materia. Los efectos netos de tales acuerdos consisten en fomentar la propia esencia del proceso competitivo, a saber, obtener clientes mediante la oferta de mejores productos o precios más ventajosos que los que ofrecen los competidores. Este marco analítico se refleja en los apartados 1 y 3 del artículo 81. En este último se reconoce expresamente que los acuerdos restrictivos pueden comportar beneficios económicos objetivos que compensen los efectos negativos de la restricción de la competencia⁽⁴⁵⁾.

34. La aplicación de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se supedita a cuatro condiciones acumulativas, de las cuales dos son positivas y dos negativas:

a) los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;

b) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;

c) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos, y

d) el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Cuando se reúnen estas cuatro condiciones, el acuerdo favorece la competencia en el mercado de referencia por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos más baratos o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de las restricciones de la competencia.

35. El apartado 3 del artículo 81 es aplicable tanto a acuerdos individuales como, mediante reglamentos de exención por categorías, a categorías de acuerdos. Cuando un acuerdo está contemplado en una exención por categorías, las partes en el acuerdo restrictivo quedan exentas de la obligación con arreglo al artículo 2 del Reglamento (CE) n° 1/2003 de demostrar que su acuerdo cumple todas y cada una de las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Únicamente deben demostrar que el acuerdo restrictivo goza de una exención por categorías. La aplicación del apartado 3 del artículo 81 a categorías de acuerdos por medio de reglamentos de exención por categorías se basa en la presunción de que los acuerdos restrictivos contemplados en tal disposición⁽⁴⁶⁾ cumplen cada una de las cuatro condiciones en ella enunciadas.

36. Cuando a un acuerdo individual le es aplicable lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 y no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81, puede retirarse la exención por categorías. Con arreglo al apartado 1 del artículo 29 del Reglamento (CE) n° 1/2003, la Comisión está habilitada para retirar el beneficio de un reglamento de exención por categorías al determinar en un caso concreto que un acuerdo contemplado en un reglamento de exención por categorías produce determinados efectos que resultan incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Con arreglo al apartado 2 del artículo 29 del Reglamento (CE) n° 1/2003, también la autoridad de competencia de un Estado miembro puede retirar la cobertura de un reglamento de exención por categorías por lo que respecta a su territorio (o parte del mismo) cuando éste presente todas las características de un mercado geográfico distinto. En caso de retirada, corresponderá a las autoridades de competencia demostrar que el acuerdo infringe el apartado 1 del artículo 81 y no reúne las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

37. Los tribunales de los Estados miembros no están habilitados para retirar el beneficio de los reglamentos de exención por categorías. Tampoco pueden, al aplicar dichos reglamentos, modificar su ámbito de aplicación y hacerlos extensivos a acuerdos no contemplados en el reglamento de exención por categorías aplicable⁽⁴⁷⁾. Fuera del ámbito de aplicación de los reglamentos de exención por categorías los Tribunales de los Estados miembros tienen el poder de aplicar de manera plena el artículo 81 [por ejemplo el artículo 6 del Reglamento (CE) n° 1/2003].

3. APLICACIÓN DE LAS CUATRO CONDICIONES DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 81

38. El resto de las presentes directrices se dedica a abordar cada una de las cuatro condiciones enunciadas en el apartado 3 del artículo 81⁽⁴⁸⁾. Dado que las cuatro condiciones son acumulativas⁽⁴⁹⁾, cuando no se cumple una de ellas, huelga examinar las otras tres. Por tanto, según cada caso, puede ser conveniente abordar las cuatro condiciones en orden diferente.

39. A efectos de las presentes directrices, se ha juzgado conveniente invertir el orden entre la segunda y tercera condiciones, de modo que el carácter indispensable de las restricciones se aborda antes que la participación de los consumidores en el beneficio. El análisis de dicha participación requiere sopesar los efectos positivos y negativos de un acuerdo sobre los consumidores. El análisis no debe atender a los efectos de ninguna restricción que no haya superado la prueba del carácter indispensable y que, por tal motivo, quede prohibida en virtud del artículo 81.

3.1. Principios generales

40. El apartado 3 del artículo 81 del Tratado sólo se toma en consideración cuando un acuerdo entre empresas restringe el juego de la competencia a efectos del apartado 1. Si se trata de acuerdos no restrictivos, no es preciso examinar sus posibles beneficios.

41. Cuando, en un caso concreto, se haya demostrado la presencia de restricciones de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 81, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3 del mismo. Según el artículo 2 del Reglamento (CE) n° 1/2003, la carga de la prueba de lo dispuesto en el apartado 3 recaerá en la empresa o empresas que invoquen la excepción. Si no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo será nulo de pleno derecho (véase apartado 2 del artículo 81). Sin embargo, esta nulidad automática únicamente se aplica a aquéllas partes del acuerdo que sean incompatibles con el artículo 81, a condición de que sean independientes del acuerdo en su conjunto⁽⁵⁰⁾. Cuando sólo una parte del acuerdo es nula de pleno derecho, incumbe al derecho nacional aplicable determinar las consecuencias para el resto del acuerdo⁽⁵¹⁾.

42. Según jurisprudencia reiterada, las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 son acumulativas⁽⁵²⁾, esto es, para que la excepción sea aplicable deben cumplirse todas y cada una. Si no es así, la aplicación de la excepción conforme al apartado 3 del artículo 81 debe descartarse⁽⁵³⁾. Las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 son, además, suficientes. Cuando se cumplen, la excepción es aplicable y no puede supeditarse a otra condición. Los objetivos de las demás disposiciones del Tratado pueden tomarse en consideración en la medida en que puedan integrarse en las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81⁽⁵⁴⁾.

43. En principio, la evaluación de los beneficios resultantes de los acuerdos restrictivos a la luz del apartado 3 del artículo 81 se lleva a cabo dentro de los límites de cada mercado de referencia al que se refiera el acuerdo. Las normas comunitarias de competencia tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado, y no pueden dissociarse del mismo. Por otra parte, es inherente a la condición de reservar a los consumidores⁽⁵⁵⁾ una participación equitativa en el beneficio resultante que las eficiencias generadas por el acuerdo restrictivo en un mercado de referencia deben ser suficientes para compensar los efectos anticompetitivos producidos por el acuerdo en el mismo mercado de referencia⁽⁵⁶⁾. En principio, los efectos negativos para los consumidores en un mercado geográfico o mercado de productos no pueden compararse ni compensarse con los efectos positivos para los consumidores de otro mercado geográfico o mercado de productos ajeno a aquél. No obstante, cuando dos mercados están vinculados, pueden tomarse en consideración las eficiencias obtenidas en mercados diferentes, siempre y cuando el grupo de consumidores afectado por la restricción y el beneficiario de las mejoras de eficiencia sean sustancialmente idénticos⁽⁵⁷⁾. De hecho, en determinados casos sólo los consumidores del mercado descendente se ven afectados por el acuerdo, en cuyo caso debe evaluarse la incidencia del mismo sobre dichos consumidores. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los acuerdos de adquisición⁽⁵⁸⁾.

44. La evaluación de los acuerdos restrictivos en relación con el apartado 3 del artículo 81 se efectúa en el contexto real en el que se producen⁽⁵⁹⁾ y según los hechos de un momento determinado. La evaluación puede variar en función de modificaciones importantes de los hechos. La excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se aplica en tanto se cumplan las cuatro condiciones, y deja de aplicarse cuando no sea así⁽⁶⁰⁾. Al aplicar el apartado 3 del artículo 81 de conformidad con estos principios es preciso tomar en consideración las inversiones irrecuperables inicialmente efectuadas por cualquiera de las partes y el tiempo y las restricciones necesarias para efectuar y recuperar una inversión que aumenta la eficiencia. El artículo 81 no puede aplicarse sin tener en cuenta esas inversiones anteriores. El riesgo a que se enfrentan las partes y las inversiones irrecuperables que deben efectuarse para aplicar el acuerdo puede de esta

manera llevar, según los casos, a que el acuerdo quede fuera del apartado 1 del artículo 81 o a que cumpla las condiciones del apartado 3 del artículo 81 por el período de tiempo necesario para recuperar la inversión.

45. En algunos casos el acuerdo restrictivo constituye un acontecimiento irreversible. Una vez aplicado el acuerdo restrictivo, no puede restablecerse la situación anterior. En este tipo de asuntos, la evaluación debe efectuarse exclusivamente en función de los hechos del momento de aplicación del acuerdo. Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de investigación y desarrollo en virtud del cual cada una de las partes acuerda abandonar su propio proyecto de investigación y poner en común sus capacidades con las de la otra parte, desde un punto de vista objetivo puede resultar técnica y económicamente imposible volver a poner en marcha un proyecto una vez que se ha abandonado. La evaluación de los efectos favorables y perjudiciales para la competencia del acuerdo por el que se convenga al abandono de los proyectos de investigación individuales debe llevarse a cabo en la fecha en que se complete su aplicación. Si en ese momento el acuerdo es compatible con el artículo 81, por ejemplo, porque hay un número suficiente de terceros que cuentan con proyectos competidores de investigación y desarrollo, el acuerdo de las partes con vistas al abandono de sus proyectos propios seguiría siendo compatible con el artículo 81, aun cuando posteriormente no se llevaran a cabo los proyectos de los terceros. No obstante, la prohibición del artículo 81 puede aplicarse a otras facetas del acuerdo en relación con las cuales no se plantea la cuestión de la irreversibilidad. Si, por ejemplo, además de la investigación y el desarrollo conjuntos, el acuerdo contempla la explotación conjunta, el artículo 81 puede aplicarse a esa parte del acuerdo si, debido a la posterior evolución del mercado, el acuerdo pasa a restringir la competencia y (ya) no cumple las condiciones del apartado 3 del artículo 81 habida cuenta de las inversiones irrecuperables efectuadas con anterioridad (cf. el apartado anterior).

46. El apartado 3 del artículo 81 no excluye *a priori* determinados tipos de acuerdos de su ámbito de aplicación. Por principio, todos los acuerdos restrictivos que reúnan las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 pueden acogerse a la excepción ⁽⁶¹⁾. En cambio, no es probable que las restricciones graves de la competencia cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. En general, este tipo de restricciones se prohíbe en los reglamentos de exención por categorías o se consideran restricciones especialmente graves en las directrices y comunicaciones de la Comisión. Por lo general, los acuerdos de este tipo no cumplen (al menos) las dos primeras condiciones del apartado 3 del artículo 81. Ni crean ventajas económicas objetivas ⁽⁶²⁾ ni benefician a los consumidores ⁽⁶³⁾. Por ejemplo, un acuerdo horizontal de fijación de precios limita la producción, lo que da lugar a una mala asignación de recursos. Además, transfiere valor de los consumidores a los productores, ya que da lugar a un aumento de precios sin contrapartida alguna para los consumidores del mercado de referencia. Por otro lado, en general este tipo de acuerdos tampoco cumple el criterio del carácter indispensable contemplado en la tercera condición ⁽⁶⁴⁾.

47. Toda afirmación de que hay acuerdos restrictivos que se justifican por tener por objetivo garantizar condiciones leales de competencia en el mercado es, por naturaleza, injustificada y debe desestimarse ⁽⁶⁵⁾. El artículo 81 pretende proteger la competencia efectiva garantizando que los mercados se mantengan abiertos y competitivos. Velar por que existan condiciones de competencia equitativas es tarea del legislador en cumplimiento de las obligaciones del Derecho comunitario ⁽⁶⁶⁾, y no corresponde a las empresas regularse a sí mismas.

3.2. Primera condición del apartado 3 del artículo 81: mejoras de la eficiencia

3.2.1. Observaciones generales

48. Según la primera condición del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo restrictivo debe contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Esta disposición sólo se refiere expresamente a los productos, pero se aplica por analogía a los servicios. Se trata de un requisito cuyo objetivo es definir los tipos de mejoras de la eficiencia que pueden tomarse en consideración y ser objeto de posteriores exámenes a efectos de la segunda, tercera y cuarta condiciones del apartado 3 del artículo 81.

49. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos ⁽⁶⁷⁾. Esto significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes ⁽⁶⁸⁾. Los ahorros de costes obtenidos a través del mero ejercicio del poder de mercado por las partes no pueden tomarse en consideración. Por ejemplo, cuando las empresas acuerdan fijar precios o repartirse mercados, reducen su producción y, por tanto, sus costes de producción. Una menor competencia también puede reducir las ventas y los gastos de comercialización. Tales reducciones de costes son consecuencia directa de una reducción de la producción y de su valor. Se trata de reducciones que no fomentan la competencia en el mercado. En particular, no llevan a la creación de valor a través de una integración de activos y actividades. Tan sólo permiten a las empresas interesadas aumentar sus beneficios y, por tanto, son irrelevantes desde el punto de vista del apartado 3 del artículo 81.

50. El propósito de la primera condición del apartado 3 del artículo 81 es definir los tipos de mejoras de eficiencia que pueden tenerse en cuenta y someterse a los exámenes suplementarios de la segunda y tercera condiciones del apartado 3 del artículo 81. El propósito del análisis es determinar qué beneficios objetivos genera el acuerdo y cuál es la importancia económica de las eficiencias. Dado que, para que el apartado 3 del artículo 81 sea aplicable, los efectos procompetitivos derivados del acuerdo deben superar a los anticompetitivos, debe verificarse cuál es el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias y alegadas y cuál es el valor de las mismas.

51. Por lo tanto, todas las mejoras de eficiencia alegadas deberán justificarse, de modo que puedan verificarse los puntos siguientes:
- la naturaleza de las eficiencias;
 - el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias;
 - la probabilidad e importancia de cada eficiencia alegada y
 - cómo y cuándo se obtendrá cada supuesta eficiencia.
52. La letra a) permite determinar si las eficiencias alegadas son de carácter objetivo (cf. apartado 49).
53. La letra b) permite comprobar que exista un vínculo causal suficiente entre el acuerdo restrictivo y las supuestas eficiencias. Para que se cumpla esta condición, en general las eficiencias deben ser resultado de la actividad económica que constituye el objeto del acuerdo. Dicha actividad puede consistir, por ejemplo, en la distribución, la concesión de licencias de tecnología, la producción o la investigación y desarrollo conjuntos. No obstante, cuando un acuerdo permita aún mayores mejoras de eficiencia en el mercado de referencia, por ejemplo, por dar lugar a una reducción de los costes en todo el sector, se tendrán en cuenta tales beneficios adicionales.
54. El nexo causal entre el acuerdo y las eficiencias alegadas debe en principio también ser directo ⁽⁶⁹⁾. Las afirmaciones basadas en efectos indirectos son por lo general excesivamente vagas e imprecisas para poder tomarse en consideración. Existe, por ejemplo, un nexo causal directo cuando un acuerdo de transferencia de tecnologías permite a los concesionarios producir productos nuevos o mejorados, o existe un acuerdo de distribución que permite distribuir productos a más bajo coste o prestar servicios de gran utilidad. Un ejemplo de efecto indirecto sería el caso de que un acuerdo restrictivo permitiese a las empresas aumentar sus beneficios e invertir más en investigación y desarrollo, en beneficio último de los consumidores. Aunque pueda existir un vínculo entre rentabilidad e investigación y desarrollo, por lo general no es lo suficientemente directo para tomarse en consideración en el contexto del apartado 3 del artículo 81.
55. Las letras c) y d) permiten comprobar el valor de las eficiencias alegadas, que en el contexto de la tercera condición del apartado 3 del artículo 81 deben sopesarse con los efectos anticompetitivos del acuerdo (véase el apartado 101). Dado que el apartado 1 del 81 únicamente se aplica en caso de que el acuerdo tenga efectos negativos probables en la competencia y los consumidores (en el caso de las restricciones especialmente graves, estos efectos se dan por supuestos), las eficiencias alegadas deberán justificarse para poder verificarse. Las afirmaciones no justificadas serán rechazadas.
56. En caso de supuestas eficiencias de costes, las empresas que invoquen el amparo del apartado 3 del artículo 81 deben calcular o estimar con la mayor exactitud que sea razonablemente posible el valor (monetario) de las mejoras de eficiencia y describir de qué modo se ha computado el importe. También deben describir pormenorizadamente el método o métodos mediante los cuales se hayan obtenido o se obtendrán las mejoras de eficiencia. Los datos facilitados deben ser verificables de modo que exista un grado suficiente de certeza de que las eficiencias se han materializado o es probable que se materialicen.
57. En caso de eficiencias alegadas en forma de productos nuevos o mejorados u otras eficiencias no basadas en los costes, las empresas que deseen acogerse al apartado 3 del artículo 81 deberán describir y explicar detalladamente la naturaleza de las eficiencias y cómo y por qué constituyen un beneficio económico objetivo.
58. En caso de que las partes no hayan empezado aún a aplicar el acuerdo, deberán justificar sus proyecciones en cuanto a la fecha a partir de la cual las mejoras de eficiencia surtirán efecto de modo que tengan repercusiones positivas de importancia en el mercado.

3.2.2. Distintas categorías de eficiencias

59. Los tipos de eficiencias enumeradas en el apartado 3 del artículo 81 constituyen categorías generales que pretenden abarcar todas las eficiencias económicas objetivas. Existe un considerable solapamiento entre las distintas categorías citadas en el apartado 3 del artículo 81, y un mismo acuerdo puede dar lugar a varios tipos de eficiencias. No es por tanto conveniente trazar distinciones rígidas y definitivas entre las distintas categorías. A efectos de las presentes directrices, se establece una distinción fundamental entre eficiencias de costes y eficiencias de carácter cualitativo que generan valor en forma de productos nuevos o mejorados, mayor variedad de productos, etc.

60. En general, las eficiencias son resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas combinan sus activos a fin de realizar algo que no podrían realizar con la misma eficacia por sí solas, o mediante la cual encomiendan a otra empresa tareas que ésta podrá llevar a cabo con mayor eficacia.

61. El proceso de investigación y desarrollo, producción y distribución puede considerarse como una cadena de valor que puede dividirse en una serie de etapas. En cada etapa de esta cadena, la empresa debe optar entre realizar la actividad por sí sola, realizarla conjuntamente con otra u otras empresas o encomendarla íntegramente a otra u otras empresas.
62. En general, cuando la opción elegida implica cooperación en el mercado con otra empresa, debe celebrarse un acuerdo a efectos del apartado 1 del artículo 81. El acuerdo puede ser vertical, como ocurre cuando las partes operan en niveles diferentes de la cadena de valor, u horizontal, como cuando las partes operan en el mismo nivel de la cadena. Ambas categorías de acuerdos pueden generar mejoras de eficiencia que permitan a las empresas llevar a cabo una determinada tarea a menor coste o con un mayor valor añadido para los consumidores. Este tipo de acuerdos puede también contener o implicar restricciones de la competencia, en cuyo caso puede aplicarse la prohibición del apartado 1 y la excepción del apartado 3 del artículo 81.
63. Los tipos de eficiencias que a continuación se citan son únicamente ejemplos, y la lista no pretende ser exhaustiva.

3.2.2.1. Eficiencias de costes

64. Las eficiencias de costes derivadas de acuerdos entre empresas pueden tener distintos orígenes. Una fuente sumamente importante de reducciones de costes es la creación de nuevas técnicas y métodos de producción. En general, el mayor potencial de reducción de costes se materializa cuando se producen saltos tecnológicos. Por ejemplo, la introducción de la línea de montaje permitió una reducción sumamente sustancial de los costes de fabricación de vehículos de motor.
65. Otra fuente sumamente importante de reducción de costes reside en las sinergias derivadas de la integración de activos. Cuando las partes de un acuerdo combinan sus respectivos activos pueden obtener una configuración de costes y producción que de otro modo resultaría imposible. La conjunción de dos tecnologías existentes y complementarias puede reducir los costes de producción o hacer posible la fabricación de un producto de mayor calidad. Por ejemplo, puede ser que los activos de producción de la empresa A generen una elevada producción por hora pero requieran un insumo relativamente alto de materias primas por unidad de producción, mientras que los activos de producción de la empresa B generan una producción más baja por hora pero requieren insumos de materias primas por unidad de producción relativamente más bajos. Se crean sinergias cuando, al establecerse una empresa de producción en participación que combina los activos de producción de A y B, las partes pueden lograr un nivel (más) alto de producción por hora con un insumo (más) bajo de materias primas por unidad de producción. Del mismo modo, si una empresa ha optimizado una parte de la cadena de valor y otra ha optimizado otra parte de la misma cadena, la combinación de sus actividades puede dar lugar a una reducción de costes. La empresa A puede, por ejemplo, poseer una instalación de producción sumamente automatizada que permite bajos costes unitarios de producción, mientras que la empresa B ha desarrollado un eficaz sistema de tratamiento de pedidos. Este sistema permite adaptar la producción a la demanda de los clientes, lo que permite una entrega oportuna y reduce costes de almacenamiento y obsolescencia. Al combinar sus activos, estas empresas pueden reducir costes.
66. Las eficiencias de costes pueden también ser resultado de economías de escala, es decir, menores costes por unidad de producción debido al incremento de la producción. Por ejemplo, la inversión en equipo y otros activos debe a menudo efectuarse en bloques indivisibles. Si una empresa no puede utilizar todo un bloque, sus costes medios serán mayores que en el caso de que pudiera. Por ejemplo, los costes de explotación de un camión son prácticamente los mismos con independencia de que el camión esté vacío, lleno a medias o completamente lleno. Los acuerdos mediante los cuales las empresas agrupan logísticas pueden permitirles aumentar los factores de carga y reducir el número de vehículos utilizados. Una escala mayor puede también permitir una mejor división del trabajo, que a su vez hará posible reducir los costes unitarios. Las empresas pueden obtener economías de escala en todos los puntos de la cadena de valor, incluida la investigación y el desarrollo, la producción, la distribución y la comercialización. Las economías de aprendizaje constituyen un tipo de eficiencia relacionado con las anteriores. A medida que se adquiere experiencia en el uso de un determinado método de fabricación o en la ejecución de una determinada tarea, la productividad puede aumentar, ya sea porque el método se emplee con mayor fluidez o porque la tarea se lleve a cabo más rápidamente.
67. Otra fuente de eficiencias de costes son las economías de alcance, que se producen cuando las empresas reducen sus costes mediante la fabricación de productos diferentes a través de los mismos factores de producción. Este tipo de eficiencias pueden obtenerse al utilizar los mismos componentes, instalaciones y personal para fabricar distintos productos. Del mismo modo, pueden producirse economías de alcance en la distribución, cuando se distribuyen varios tipos de productos con los mismos vehículos. Por ejemplo, un productor de pizzas congeladas y un productor de verduras congeladas pueden obtener economías de alcance si distribuyen sus productos conjuntamente. Ambos grupos de productos deben distribuirse en camiones frigoríficos y también es probable que haya amplias coincidencias en cuanto a los clientes. Al combinar sus actividades, ambos productores pueden reducir los costes de distribución por unidad distribuida.

68. Del mismo modo, las eficiencias en forma de ahorro de costes pueden ser fruto de acuerdos que permitan una mejor planificación de la producción, reduzcan la necesidad de mantener costosas existencias y permitan una mejor utilización de capacidades. Puede obtenerse este tipo de eficiencias mediante el recurso a compras «justo a tiempo», esto es, a la obligación de que un proveedor de componentes abastezca continuamente al comprador según las necesidades de éste, lo que le evitará la necesidad de mantener importantes reservas de componentes y el riesgo de que queden anticuadas. También dan lugar a ahorro de costes los acuerdos que permiten a las partes racionalizar su producción en todas sus instalaciones.
- 3.2.2.2. Eficiencias cualitativas
69. Los acuerdos entre empresas pueden generar diversas eficiencias de carácter cualitativo que son pertinentes para la aplicación del apartado 3 del artículo 81. En determinados casos, la principal mejora potencial de eficiencia del acuerdo no son las reducciones de costes, sino las mejoras de calidad y otras eficiencias de carácter cualitativo. Así, según el caso, este tipo de eficiencias pueden ser de igual o mayor importancia que las económicas.
70. Los avances técnicos y tecnológicos constituyen un elemento esencial y dinámico de la economía, que aporta importantes beneficios en forma de bienes y servicios nuevos o mejorados. Mediante la cooperación, las empresas pueden crear eficiencias que en ausencia del acuerdo restrictivo hubieran resultado imposibles o sólo posibles con considerable retraso o a costes más elevados. Tales eficiencias constituyen una importante fuente de los beneficios económicos contemplados en la primera condición del apartado 3 del artículo 81. Entre los acuerdos que pueden generar eficiencias de esta naturaleza figuran, en particular, los acuerdos de investigación y desarrollo. Un ejemplo sería que A y B crearan una empresa en participación para el desarrollo y, en caso de éxito, la producción conjunta de neumáticos celulares. Si se pincha una célula, las demás no se ven afectadas, lo que elimina el riesgo de que el neumático se desinflen en caso de pinchazo. Este neumático es, por tanto, más seguro que los tradicionales. Además, no hay necesidad inmediata de cambiar el neumático y, por tanto, de llevar uno de repuesto. Ambos tipos de eficiencias constituyen beneficios objetivos a efectos de la primera condición del apartado 3 del artículo 81.
71. Del mismo modo que la combinación de activos complementarios puede dar lugar a ahorros de costes, la combinación de activos pueden también crear sinergias que permitan eficiencias cualitativas. La combinación de activos de producción puede permitir, por ejemplo, la fabricación de productos de mayor calidad o características nuevas. Así ocurre, por ejemplo, en los acuerdos de licencia y los acuerdos que prevén la producción conjunta de productos o servicios nuevos o mejorados. En particular, los acuerdos de licencia pueden garantizar una difusión más rápida de nuevas tecnologías en la Comunidad y permitir al titular o titulares de licencias ofrecer nuevos productos o utilizar nuevas técnicas de producción que posibiliten mejoras de calidad. Los acuerdos de producción conjunta pueden, en particular, permitir una comercialización más rápida o a menor coste de productos y servicios nuevos o mejorados⁽⁷⁰⁾. Así, en el sector de telecomunicaciones, se considera que los acuerdos de cooperación generan eficiencias por permitir mayor rapidez en la oferta de nuevos servicios globales⁽⁷¹⁾. En el sector bancario, también se ha considerado que los acuerdos de cooperación que permiten mejoras de eficiencia en los pagos transfronterizos crean eficiencias a efectos de la primera condición del apartado 3 del artículo 81⁽⁷²⁾.
72. Los acuerdos de distribución pueden también dar lugar a eficiencias cualitativas. Por ejemplo, los distribuidores especializados pueden ofrecer servicios más adecuados a las necesidades de los clientes, distribuir con mayor rapidez u ofrecer más garantías de calidad en toda la cadena de distribución⁽⁷³⁾.
- 3.3. Tercera condición del apartado 3 del artículo 81: carácter indispensable de las restricciones
73. Según la tercera condición del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo restrictivo no debe imponer restricciones que no sean indispensables para alcanzar las eficiencias creadas por el mismo. Para comprobar el cumplimiento de esta condición es preciso un doble examen. En primer lugar, el acuerdo restrictivo en sí debe ser razonablemente necesario para obtener las eficiencias. En segundo lugar, cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe a la vez ser razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias.
74. A efectos de la tercera condición del apartado 3 del artículo 81, lo decisivo es si el acuerdo es restrictivo o no y si cada una de las restricciones permite probablemente o no realizar la actividad con más eficacia que en su ausencia. La cuestión no es si, de no haber restricción, no se habría celebrado el acuerdo, sino si con el acuerdo o la restricción se generan más eficiencias que sin ellos⁽⁷⁴⁾.

75. El primer examen a efectos de la tercera condición del apartado 3 del artículo 81 exige que las eficiencias sean específicas al acuerdo, esto es, que no exista otra manera económicamente viable y menos restrictiva de alcanzarlas. Al efectuar esta evaluación debe atenderse a las condiciones del mercado y a las realidades comerciales que afrontan las partes del acuerdo. Las empresas que invoquen el apartado 3 del artículo 81 no están obligadas a plantear alternativas de índole hipotética o teórica. La Comisión no efectuará interpretaciones sobre el criterio económico de las partes. Solo intervendrá cuando sea razonablemente claro que hay alternativas realistas y factibles. Las partes tan sólo deben explicar y demostrar por qué resultarían claramente menos eficaces que el acuerdo esas alternativas aparentemente realistas y claramente menos restrictivas.
76. Es de especial importancia determinar si, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, a falta del acuerdo, las partes hubieran podido alcanzar las eficiencias mediante otro tipo de acuerdo menos restrictivo y, en caso afirmativo, cuándo. También podría ser necesario examinar si las partes podrían haber alcanzado esas eficiencias por sí mismas. Por ejemplo, si las supuestas eficiencias consisten en reducciones de costes derivadas de economías de escala o de alcance, las empresas interesadas deben explicar y demostrar por qué no es probable que se obtengan las mismas eficiencias mediante el crecimiento interno y la competencia de precios. Al efectuar la evaluación debe determinarse, entre otras cosas, cuál es la escala mínima de eficacia en el mercado de referencia. Se entiende por escala mínima de eficacia el nivel de producción necesario para reducir al mínimo los costes medios y agotar las economías de escala ⁽⁷⁵⁾. Cuanto mayor es la escala mínima de eficacia en comparación con las dimensiones de cualquiera de las partes del acuerdo, más probable es que las eficiencias se consideren específicas al mismo. En el caso de acuerdos que generen sinergias sustanciales gracias a la combinación de activos y capacidades complementarias, la propia naturaleza de las eficiencias permite suponer que el acuerdo es necesario para su consecución.
77. Estos principios pueden ilustrarse mediante el siguiente ejemplo hipotético:
- A y B combinan en una empresa en participación sus respectivas tecnologías de producción para alcanzar una mayor producción y un menor consumo de materias primas. Se concede a la empresa en participación una licencia exclusiva por sus respectivas tecnologías de producción. Las partes transfieren sus actuales instalaciones de producción a la empresa en participación. Asimismo, se transfiere el personal clave a fin de garantizar que puedan aprovecharse y desarrollarse las economías de aprendizaje existentes. Se calcula que dichas economías reducen los costes de producción en un 5 %. La producción de la empresa en participación es vendida por A y B de manera independiente. En este caso, la condición del carácter indispensable exige evaluar si efectivamente los beneficios podrían lograrse en lo fundamental a través de un acuerdo de licencia, que probablemente resultaría menos restrictivo, pues A y B seguirían produciendo de manera independiente. En las circunstancias descritas, es improbable que esto ocurra ya que, conforme a un acuerdo de licencia, las partes no podrían beneficiarse de la misma manera constante y sin interrupciones de sus respectivas experiencias en la explotación de ambas tecnologías, que permiten considerables economías de aprendizaje.
78. Una vez determinado que el acuerdo es necesario para generar las eficiencias, es preciso evaluar el carácter indispensable de cada restricción de la competencia derivada del mismo. En este contexto debe evaluarse si cada restricción es razonablemente necesaria a fin de generar las eficiencias. Las partes deben justificar sus afirmaciones tanto sobre la naturaleza como sobre la intensidad de la restricción.
79. Una restricción es indispensable cuando su ausencia elimina o reduce sustancialmente las eficiencias derivadas del acuerdo o hace mucho más improbable su obtención. La evaluación de soluciones alternativas debe atender a las mejoras reales y potenciales que aporte a la competencia la eliminación de una determinada restricción o el recurso a alternativas menos restrictivas. Cuanto más restrictiva sea la alternativa, más riguroso será el examen conforme a la tercera condición ⁽⁷⁶⁾. Es improbable que se consideren indispensables las restricciones prohibidas en los reglamentos de exención por categorías o consideradas como restricciones especialmente graves en las directrices y comunicaciones de la Comisión.
80. Para determinar si una restricción es indispensable debe atenderse al contexto real en el que se aplica el acuerdo y, en particular, a la estructura del mercado, los riesgos económicos del acuerdo y sus incentivos para las partes. Cuanto más incierto sea el éxito del producto contemplado en el acuerdo, más necesaria puede resultar una restricción para garantizar que se consigan las eficiencias. Las restricciones también pueden resultar indispensables a fin de alinear los incentivos de las partes y garantizar que éstas concentren sus esfuerzos en la aplicación del acuerdo. Por ejemplo, puede ser necesaria una restricción a fin de evitar problemas de retención cuando una de las partes haya efectuado una inversión sustancial e irrecuperable. Por ejemplo, una vez que un proveedor haya

efectuado una inversión sustancial específica a una relación con vistas a suministrar a un cliente un producto inicial, el proveedor pasa a depender del cliente. Para evitar que posteriormente el cliente aproveche tal dependencia para obtener condiciones más favorables, puede ser necesario imponer la obligación de no comprar el componente a terceros o de comprar un mínimo de componentes al proveedor ⁽⁷⁷⁾.

81. En algunos casos, una restricción puede ser indispensable sólo durante un determinado periodo de tiempo, en cuyo caso la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 81 sólo se aplicará durante dicho periodo. Al efectuar la evaluación debe tenerse en cuenta el periodo de tiempo necesario para obtener las eficiencias que justifican la aplicación de la excepción ⁽⁷⁸⁾. En los casos en que las ventajas no puedan obtenerse sin una inversión considerable, debe atenderse en particular al período de tiempo necesario para rentabilizar adecuadamente tal inversión (véase también el apartado 44).
82. Estos principios pueden ilustrarse mediante los siguientes ejemplos hipotéticos:

P produce y distribuye pizzas congeladas, y posee el 15 % del mercado en el Estado miembro X. Las entregas se efectúan directamente a los minoristas. Puesto que la mayor parte de los minoristas tienen capacidad de almacenamiento limitada, se necesitan entregas relativamente frecuentes, lo que lleva a una baja utilización de capacidades y al uso de vehículos relativamente pequeños. T es un mayorista de pizzas congeladas y otros productos congelados que abastece a la mayoría de los clientes de P. Las pizzas distribuidas por T representan el 30 % del mercado. Los vehículos de la flota de T son más grandes, y la empresa tiene exceso de capacidad. P concluye un acuerdo de distribución exclusiva con T para el Estado miembro X y se compromete a garantizar que los distribuidores en otros Estados miembros no vendan en el territorio de T, ya sea de manera activa o pasiva. T se compromete a ocuparse de la publicidad de los productos, a hacer estudios de las preferencias e índices de satisfacción de los consumidores y a efectuar entregas de todos los productos a los minoristas en el plazo de 24 horas. El acuerdo permite una reducción total de los costes de distribución del 30 %, gracias a un mejor uso de la capacidad y la eliminación de rutas duplicadas. El acuerdo permite asimismo la prestación de servicios adicionales a los consumidores. Las restricciones de las ventas pasivas constituyen restricciones especialmente graves conforme al reglamento de exención por categorías sobre restricciones verticales ⁽⁷⁹⁾ y únicamente pueden considerarse indispensables en circunstancias excepcionales. La posición de T en el mercado y la naturaleza de las obligaciones impuestas ponen de manifiesto que no se trata de un caso excepcional. En cambio, es probable que la prohibición de ventas activas sea indispensable. Es probable que T tuviera menos incentivos para vender y hacer publicidad de la marca P si los distribuidores de otros

Estados miembros pudieran vender activamente en el Estado miembro X y, por tanto, sacar partido de los esfuerzos de T, máxime dado que T también distribuye marcas de la competencia y tiene por tanto la posibilidad de impulsar más las marcas menos expuestas a ese tipo de comportamientos parasitarios.

S es un productor de bebidas carbonatadas sin alcohol que posee el 40 % del mercado. El competidor más próximo posee el 20 %. S concluye acuerdos de suministro con clientes que representan el 25 % de la demanda en virtud de los cuales se comprometen a comprar exclusivamente a S durante 5 años. Con otros clientes que representan el 15 % de la demanda, S celebra acuerdos que les conceden descuentos trimestrales a condición de que sus compras superen una determinada cifra establecida caso por caso. Según S, los acuerdos le permiten prever la demanda con más exactitud y así planificar mejor la producción, reducir los costes de almacenamiento y depósito de materias primas y evitar la escasez de suministro. Dada la posición de S en el mercado y el alcance conjunto de las restricciones, es muy improbable que éstas se consideren indispensables. La obligación de compra exclusiva excede lo necesario para planificar la producción, y lo mismo ocurre con el sistema de descuentos. Puede preverse la demanda por medios menos restrictivos. Por ejemplo, S podría ofrecer incentivos a los clientes que hagan grandes pedidos ofreciendo descuentos por volumen de pedidos u ofrecer rebajas a los clientes que hagan pedidos por adelantado para su entrega en determinada fecha.

3.4. Segunda condición del apartado 3 del artículo 81: participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante

3.4.1. Observaciones generales

83. Según la segunda condición del apartado 3 del artículo 81, debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante.
84. El concepto de «consumidores» engloba a todos los usuarios directos o indirectos de los productos contemplados en el acuerdo, incluidos los productores que utilizan los productos como ímputo, los mayoristas, los minoristas y los consumidores finales, es decir las personas naturales que operan con objetivos que pueden considerarse fuera de su actividad comercial o profesional. Dicho de otro modo, a efectos del apartado 3 del artículo 81 se entiende por consumidores los clientes de las partes del acuerdo y los posteriores compradores. Los clientes pueden ser empresas, como en el caso de los compradores de maquinaria industrial o de productos para una ulterior transformación, o consumidores finales, como, por ejemplo, en el de la compra de helados de consumo impulsivo o de bicicletas.

85. El concepto de «participación equitativa» supone que la participación en los beneficios debe al menos compensar a los consumidores por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia observada con arreglo al apartado 1 del artículo 81. Acorde con el objetivo del artículo 81 de impedir los acuerdos restrictivos de la competencia, el efecto neto del acuerdo debe ser al menos neutro desde el punto de vista de aquellos consumidores que son afectados por el acuerdo de manera directa o con probabilidad consumidores⁽⁸⁰⁾. Si para dichos consumidores la situación empeora de resultados del acuerdo, la segunda condición del apartado 3 no se cumple. Los efectos positivos de un acuerdo deben confrontarse con los negativos y compensar a estos últimos en cada mercado de referencia⁽⁸¹⁾. Cuando así es, el acuerdo no perjudica a los consumidores. Además, la sociedad en su conjunto sale beneficiada, cuando las eficiencias permiten o bien utilizar menos recursos para generar la producción consumida o bien producir bienes de mayor valor, lo que redundará en una asignación más eficaz de los recursos.
86. No es obligatorio reservar a los consumidores una participación en cada una de las eficiencias observadas en relación con la primera condición. Basta que obtengan beneficios suficientes para compensar los efectos negativos del acuerdo restrictivo. En ese caso se reserva a los consumidores una participación equitativa en el conjunto de los beneficios resultantes⁽⁸²⁾. Cuando sea probable que un acuerdo restrictivo dé lugar a precios más altos, los consumidores deben verse plenamente compensados a través de mayor calidad u otros beneficios. De lo contrario, la segunda condición del apartado 3 del artículo 81 no se cumple.
87. El factor decisivo reside en la incidencia global sobre los consumidores de productos del mercado de referencia, y no en miembros individuales de ese grupo de consumidores⁽⁸³⁾. En algunos casos puede ser necesario que pase cierto tiempo para que se materialicen las eficiencias. Entre tanto, puede ser que el acuerdo sólo tenga efectos negativos. El hecho de que la participación del consumidor en los beneficios se produzca transcurrido cierto intervalo no es en sí motivo para descartar la aplicación del apartado 3 del artículo 81. Ahora bien, cuanto mayor sea el intervalo, mayores habrán de ser las eficiencias que permitan compensar la pérdida sufrida por los consumidores hasta el momento de su participación en los beneficios.
88. A la hora de efectuar esta evaluación, debe tenerse en cuenta que el valor de una mejora futura para los consumidores no es el mismo que el de una mejora actual para los consumidores. El valor de ahorrar 100 euros hoy es mayor que el de ahorrar el mismo importe dentro de un año. Así, para los consumidores, una mejora futura no compensa plenamente una pérdida actual de la misma magnitud nominal. Para que sea posible una comparación adecuada entre una pérdida actual para los consumidores y una mejora futura para los consumidores, debe descontarse el valor actual para los consumidores de las futuras mejoras. La tasa de descuento aplicada debe reflejar la tasa de inflación, si la hubiere, y el interés perdido, indicadores de la reducción del valor de las futuras mejoras.
89. En otros casos, el acuerdo puede permitir a las partes obtener las eficiencias con mayor rapidez. En circunstancias de ese tipo es preciso tener en cuenta la probable incidencia negativa sobre los consumidores del mercado de referencia una vez transcurrido el periodo inicial. Cuando gracias al acuerdo restrictivo las partes alcanzan una posición sólida en el mercado, pueden tener la posibilidad de practicar precios significativamente más altos. Para que se cumpla la segunda condición del apartado 3 del artículo 81, los beneficios de un acceso más rápido de los consumidores a los productos deben ser igualmente significativos. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de un acuerdo que permite a dos fabricantes de neumáticos introducir en el mercado con tres años de adelanto un nuevo neumático claramente más seguro pero, al mismo tiempo, al aumentar su poder de mercado, les permite subir los precios en un 5 %. En ese caso, es probable que el acceso más rápido a un producto sustancialmente mejorado compense con creces el aumento de precios.
90. La segunda condición del apartado 3 del artículo 81 contiene una escala móvil. Cuanto mayor sea la restricción de la competencia observada en relación con el apartado 1 del artículo 81, mayores deberán ser las eficiencias y la participación de los consumidores en las mismas. El sistema de la escala móvil supone que si los efectos restrictivos de un acuerdo son relativamente limitados y las eficiencias son sustanciales, es probable que se reserve a los consumidores una participación equitativa en las reducciones de costes. En ese caso, no es en principio necesario un análisis detallado de la segunda condición del apartado 3, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones restantes para la aplicación de dicha disposición.
91. Si, en cambio, los efectos restrictivos del acuerdo son sustanciales y los ahorros de costes relativamente insignificantes, es muy poco probable que se cumpla la segunda condición del apartado 3 del artículo 81. La incidencia de la restricción de la competencia depende de la intensidad de la restricción y del grado de competencia residual tras el acuerdo.

92. Si el acuerdo combina efectos sustanciales tanto anticompetitivos como procompetitivos, es preciso pasar a un análisis detallado. Al ponderar los efectos en este tipo de casos, debe tenerse en cuenta que la competencia constituye un importante factor de eficiencia e innovación a largo plazo. Las empresas no sometidas a verdaderas presiones competitivas —por ejemplo, las que ocupan posiciones dominantes— cuentan con menos incentivos para mantener o aumentar las eficiencias. Cuanto más sustancial sea la incidencia del acuerdo sobre la competencia, más probabilidades habrá de que los consumidores se vean perjudicados a largo plazo.
93. En las dos secciones siguientes se expone con mayor detalle el marco analítico para la evaluación de la participación de los consumidores en las mejoras de eficiencia. En la primera se abordan las eficiencias de costes, mientras que en la segunda se estudian otros tipos de eficiencias, tales como las relativas a productos nuevos o mejorados (eficiencias cualitativas). El marco elaborado en estas dos secciones es de especial importancia para aquellos casos en que no sea de por sí patente que los perjuicios para la competencia son superiores a los beneficios para el consumidor o viceversa ⁽⁸⁴⁾.
94. Al aplicar los principios que a continuación se exponen, la Comisión atenderá al hecho de que, en muchos casos, resulta difícil calcular con exactitud la participación del consumidor en los beneficios, así como otros tipos de repercusión para el consumidor. Únicamente se exige a las empresas que justifiquen sus afirmaciones facilitando estimaciones y otros datos en la medida en que sea razonablemente posible y en función de las circunstancias de cada caso.
- 3.4.2. *Transmisión de las eficiencias de costes y compensación*
95. Cuando los mercados, como ocurre en general, no son perfectamente competitivos, las empresas pueden en mayor o menor medida influir sobre los precios de mercado modificando su producción ⁽⁸⁵⁾. También pueden discriminar entre sus clientes a través de los precios.
96. En determinadas circunstancias, las eficiencias de costes llevan a una mayor producción y a precios más bajos para los consumidores interesados. Si, gracias a las eficiencias de costes, las empresas pueden aumentar la producción e incrementar sus beneficios, puede haber una transmisión de los mismos a los consumidores. A la hora de evaluar en qué medida se transmiten a los consumidores las eficiencias de costes y si hay compensación a efectos del examen según el apartado 3 del artículo 81, es preciso atender en particular a los factores siguientes:
- las características y la estructura del mercado;
 - la naturaleza y magnitud de las mejoras de eficiencia;
 - la elasticidad de la demanda y
 - la magnitud de la restricción de la competencia.
- En principio, debe atenderse a todos los factores. Dado que el apartado 3 del artículo 81 sólo se aplica en caso de que la competencia en el mercado se vea restringida en medida apreciable (v. apartado 24), no puede presumirse que la competencia residual garantice a los consumidores una participación equitativa en los beneficios.
- Sin embargo el nivel de competencia residual en el mercado y el carácter de esta competencia tienen una influencia en la probabilidad de que los consumidores participen en los beneficios.
97. El grado de competencia residual en el mercado y la naturaleza de la misma influyen en la probabilidad de que se transmitan los beneficios. Cuanto mayor sea el grado de competencia residual, más probabilidades habrá de que cada empresa intente aumentar las ventas en reacción a las eficiencias de costes. Si las empresas compiten sobre todo en precios y no sufren limitaciones importantes de capacidad, la transmisión de los beneficios a los consumidores puede ser relativamente rápida. En cambio, si se compite principalmente en capacidad de producción y ésta va adaptándose con cierto retraso, los consumidores tardarán más en participar en los beneficios. La transmisión de beneficios también será probablemente más lenta si la estructura del mercado se presta a colusiones tácitas ⁽⁸⁶⁾. Cuando, en caso de aumento de la producción por parte de una o varias partes del acuerdo, es probable que los competidores tomen represalias, los incentivos para dicho aumento pueden verse limitados, a no ser que la ventaja competitiva que confieran las eficiencias sea tal que para las empresas interesadas suponga un incentivo para apartarse de la política común adoptada por los miembros del oligopolio en el mercado. Es decir, las eficiencias generadas por el acuerdo pueden transformar a esas empresas en «franco-tiradoras» ⁽⁸⁷⁾.

98. La naturaleza de las mejoras de eficiencia también desempeña un papel importante. Según la teoría económica, las empresas maximizan los beneficios mediante la venta de unidades de producción hasta que la renta marginal iguale al coste marginal. Por renta marginal se entiende la variación del total de ingresos que se derivan de la venta de una unidad de producción suplementaria, y por coste marginal la variación del total de costes que se derivan de la producción de dicha unidad. De este principio se desprende que, por regla general, las decisiones en materia de producción y precios que adopta una empresa que maximiza sus beneficios no vienen determinadas por sus costes fijos (costes que no varían en función del ritmo de producción), sino por los variables (costes que varían en función del ritmo de producción). Una vez que se ha incurrido en costes fijos y se ha establecido la capacidad, las decisiones sobre precios y producción vienen determinadas por factores de costes variables y condiciones de demanda. Valga como ejemplo una situación en la que dos empresas producen dos productos cada una en dos líneas de producción que sólo funcionan a la mitad de sus capacidades. Un acuerdo de especialización puede permitir a las dos empresas especializarse en la producción de uno de los dos productos y deshacerse de la segunda línea de producción destinada al otro. Al mismo tiempo, la especialización puede permitir a las empresas reducir los costes variables correspondientes a los factores de producción y el almacenamiento. Tan sólo estos últimos ahorros tendrán efectos directos en las decisiones de las empresas sobre precios y producción, pues influirán en los costes marginales de producción. La eliminación por cada empresa de una de las líneas de producción no reducirá sus costes variables ni tendrá efectos en sus costes de producción. Así, las empresas pueden tener incentivos directos para transmitir el beneficio a los consumidores en forma de eficiencias de mayor producción y precios más bajos que reduzcan los costes marginales, mientras que no tendrán incentivo alguno de este tipo en relación con las eficiencias de reducción de los costes fijos. Por ello, es más probable que los consumidores reciban una participación equitativa de las eficiencias de costes en caso de reducción de los costes variables que en caso de reducción de los costes fijos.
99. El hecho de que las empresas puedan tener incentivos para transmitir al consumidor ciertos tipos de reducciones de costes no implica que la tasa de transmisión sea necesariamente del 100 %. La tasa real de transmisión depende de la medida en que los consumidores reaccionen ante las variaciones de precios, esto es, de la elasticidad de la demanda. Cuanto mayor es el aumento de la demanda debido a una reducción de precios, mayor es la tasa de transmisión. Esto obedece a que, cuanto mayores son las ventas adicionales debidas a una reducción de precios ocasionada por un aumento de producción, más probable es que dichas ventas compensen la pérdida de ingresos ocasionada por la disminución de precios resultante del aumento de la producción. Si no hay discriminación a través de los precios, la reducción de precios afecta a todas las unidades vendidas por la empresa, en cuyo caso la renta marginal es inferior al precio obtenido por el producto marginal. Si las empresas en cuestión están en condiciones de cobrar precios diferentes a clientes diferentes —esto es, si practican la discriminación a través de los precios— la transmisión tan sólo beneficiará a los consumidores sensibles a los precios ⁽⁸⁸⁾.
100. También debe tenerse en cuenta que, a menudo, las mejoras de eficiencia no afectan al conjunto de la estructura de costes de las empresas interesadas. En ese caso, la incidencia sobre los precios al consumidor es escasa. Por ejemplo, si un acuerdo permite a las partes reducir los costes de producción un 6 %, pero los costes de producción tan sólo representan un tercio de los costes a partir de los cuales se determinan los precios, la incidencia sobre el precio del producto será del 2 %, en el supuesto de que se transmita al consumidor el importe total.
101. Por último, y ante todo, hay que sopesar las dos fuerzas opuestas de la restricción de la competencia y las eficiencias de costes. Por un lado, todo aumento del poder de mercado obtenido gracias al acuerdo restrictivo ofrece a las empresas interesadas posibilidades e incentivos para aumentar los precios. Por otro, las eficiencias de costes aquí consideradas pueden ofrecer a las empresas incentivos para bajar los precios, como se explicaba en el apartado 98. Es preciso sopesar ambas fuerzas contrapuestas. A este respecto, cabe recordar que la condición relativa a la participación de los consumidores incluye una escala móvil. Si el acuerdo representa una reducción sustancial de la presión competitiva sobre las partes, para que la transmisión del beneficio sea suficiente se requieren en principio eficiencias de costes extraordinariamente importantes.
- ### 3.4.3. Transmisión de otros tipos de eficiencias y compensación
102. La transmisión del beneficio a los consumidores puede también adoptar la forma de eficiencias cualitativas tales como productos nuevos o mejorados que aporten a los consumidores un valor suficiente para compensar los efectos anticompetitivos del acuerdo, incluidas las subidas de precios.
103. Cualquier evaluación de este tipo implica por necesidad un juicio de valor. Es difícil atribuir valores exactos a eficiencias dinámicas de esta naturaleza. No obstante, el objetivo fundamental de la evaluación sigue siendo el mismo, esto es, determinar la incidencia global del acuerdo sobre los consumidores en el mercado de referencia. Las empresas que reclaman los beneficios resultantes de la aplicación del apartado 3 del artículo 81 deben motivar que los consumidores obtengan beneficios a cambio (véase a este respecto los párrafos 57 y 86).

104. La disponibilidad de productos nuevos o mejorados constituye una fuente importante de bienestar para el consumidor. Siempre que el aumento de valor que produzcan estas mejoras sea superior a cualquier perjuicio ocasionado por el mantenimiento o subidas de precio debidas al acuerdo restrictivo, los consumidores estarán en mejor situación que en ausencia del acuerdo y, en principio, se cumplirá el requisito de la participación del consumidor en el beneficio a efectos del apartado 3 del artículo 81. En aquellos casos en que el efecto probable del acuerdo sea aumentar los precios para los consumidores en el mercado de referencia, debe evaluarse minuciosamente si las eficiencias alegadas crean un valor real para los consumidores en dicho mercado, tal que compense los efectos negativos de la restricción de la competencia.

3.5. Cuarta condición del apartado 3 del artículo 81: no eliminación de la competencia

105. Según la cuarta condición del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. En definitiva, la protección de la rivalidad y del proceso de la competencia goza de prioridad con respecto a las mejoras de eficiencia posiblemente beneficiosas para la competencia que se deriven de acuerdos restrictivos. La última condición del apartado 3 del artículo 81 supone el reconocimiento del hecho de que la rivalidad entre empresas constituye un factor fundamental de la eficiencia económica, incluidas las eficiencias dinámicas en forma de innovación. Es decir, en último término el objetivo del artículo 81 es proteger el proceso de la competencia. La eliminación de la competencia supone la interrupción de este proceso, y las eficiencias a corto plazo se ven superadas por las pérdidas a largo plazo que se derivan, entre otras cosas, de los gastos en que incurre el operador histórico a fin de mantener su posición (búsqueda de rentas), la mala distribución de recursos, la pérdida de innovación y el aumento de los precios.

106. El concepto de eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de referencia, enunciado en el apartado 3 del artículo 81, es un concepto autónomo y específico a esta disposición⁽⁸⁹⁾. Sin embargo, al aplicar este concepto es preciso tener en cuenta la relación entre el artículo 81 y el artículo 82. Según jurisprudencia reiterada, la aplicación del apartado 3 del artículo 81 no puede impedir la aplicación del artículo 82 del Tratado⁽⁹⁰⁾. Por otra parte, dado que tanto el artículo 81 como el 82 tienen por objetivo mantener una competencia efectiva en el mercado, por motivos de coherencia debe interpretarse que el apartado 3 del artículo 81 impide cualquier aplicación de esta disposición a acuerdos restrictivos que constituyan abuso de posición dominante⁽⁹¹⁾ ⁽⁹²⁾. Sin embargo, no todos los acuerdos restrictivos celebrados por una empresa dominante constituyen abuso de posición dominante. Así ocurre, por ejemplo, cuando una empresa dominante se incorpora a una empresa en participación⁽⁹³⁾ que no ejerce

plenas funciones, lo que restringe la competencia pero, al mismo tiempo, implica una sustancial integración de activos.

107. Si se elimina o no la competencia a efectos de la última condición del apartado 3 del artículo 81 es cuestión que depende del grado de competencia que existiera antes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo restrictivo sobre la competencia, esto es, de la reducción de la competencia debida al acuerdo. Cuanto más debilitada se encuentre la competencia en el mercado de referencia, menor será la reducción ulterior necesaria para eliminarla a efectos del apartado 3 del artículo 81. Asimismo, cuanto mayor sea la reducción de la competencia ocasionada por el acuerdo, mayor será la probabilidad de que se elimine la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de referencia.

108. La aplicación de la última condición del apartado 3 del artículo 81 requiere un análisis realista de las distintas fuentes de competencia en el mercado, del nivel de presión competitiva que ejercen sobre las partes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo en dicha presión. Debe atenderse tanto a la competencia actual como a la potencial.

109. Por importante que sean las cuotas de mercado, la importancia de las demás fuentes de competencia efectiva no puede apreciarse exclusivamente en función de las cuotas de mercado. Suele ser necesario un detallado análisis cualitativo y cuantitativo. Debe examinarse la capacidad y los incentivos para competir de los competidores efectivos. Por ejemplo, si hay empresas que afrontan dificultades de capacidad o tienen costes de producción relativamente más elevados, su reacción competitiva se verá forzosamente limitada.

110. Al evaluar la incidencia del acuerdo sobre la competencia también es importante examinar su influencia en los distintos parámetros de la competencia. La última condición para la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 81 no se cumple si el acuerdo elimina la competencia en alguna de sus expresiones más importantes. Así ocurre cuando un acuerdo elimina la competencia de precios⁽⁹⁴⁾ o en la innovación y desarrollo de nuevos productos.

111. La conducta efectiva de las partes en el mercado puede dar una idea de los efectos del acuerdo. Si, tras celebrar el acuerdo, las partes aplican y mantienen sustanciales subidas de precios o adoptan otros comportamientos característicos de un poder de mercado considerable, cabe pensar que no están sujetas a una verdadera presión competitiva y que se ha eliminado la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de referencia.

112. Las relaciones competitivas observadas con anterioridad también pueden ofrecer indicios de los efectos del acuerdo en las futuras. Una empresa puede ser capaz de eliminar la competencia a efectos del apartado 3 del artículo 81 al celebrar un acuerdo con un competidor que ha venido comportándose como «francotirador»⁽⁹⁵⁾. El acuerdo puede modificar sus incentivos y posibilidades de competencia y eliminar así una importante fuente de competencia en el mercado.
113. En caso de productos diferenciados, es decir, de productos diferentes a ojos de los consumidores, la incidencia del acuerdo puede depender de la relación competitiva entre los productos vendidos por las partes del acuerdo. Cuando las empresas ofrecen productos diferenciados, la presión competitiva que los productos ejercen entre sí varía en función del grado de sustituibilidad entre los mismos. Por tanto, debe estudiarse cuál es el grado de sustituibilidad entre los productos ofrecidos por las partes, es decir, qué presión competitiva ejercen entre sí. Cuanto más sean sustitutos cercanos los productos de las partes del acuerdo, mayores serán los probables efectos restrictivos del acuerdo. Es decir, cuanto más sustituibles sean los productos, mayor será la modificación que probablemente supondrá el acuerdo en cuanto a restricción de la competencia en el mercado, y mayor el riesgo de que se elimine la competencia en una parte sustancial de los productos de referencia.
114. Si bien las fuentes de competencia efectiva suelen ser las más importantes por ser las más fáciles de comprobar, también deben tenerse en cuenta las fuentes de competencia potencial. Su evaluación requiere un análisis de las barreras a la entrada para las empresas que aún no compitan en el mercado de referencia. Toda afirmación de las partes sobre la existencia de pocas barreras a la entrada debe justificarse con datos que enumeren las fuentes de competencia potencial, y las partes deben demostrar por qué dichas fuentes suponen una verdadera presión competitiva sobre las partes.
115. A la hora de evaluar las barreras a la entrada y las posibilidades reales de una nueva incorporación a escala significativa, deben examinarse en particular:
- i) el marco reglamentario, a fin de determinar su incidencia en la entrada;
 - ii) los costes de entrada, incluidos los costes irre recuperables; es decir, los costes que no podrán recuperarse en caso de posterior retirada del mercado. Cuanto más elevados sean los costes irre recuperables, mayor será el riesgo comercial para los posibles nuevos operadores;
 - iii) la escala mínima de eficacia en el sector, esto es, la tasa de producción cuando los costes medios se reducen al mínimo. Si la escala mínima de eficacia es grande en comparación con el tamaño del mercado, la incorporación efectiva puede resultar más costosa y arriesgada;
 - iv) las aptitudes competitivas de los nuevos operadores potenciales. El éxito de la incorporación al mercado es especialmente probable cuando los nuevos operadores potenciales disponen de acceso a tecnologías al menos tan rentables como las de los operadores ya presentes o gozan de otras ventajas competitivas que les permitan competir eficazmente. Si los operadores potenciales se hallan en una fase de desarrollo tecnológico igual o inferior que los operadores ya presentes y no poseen ninguna otra ventaja competitiva de importancia, su incorporación resultará más arriesgada y el éxito de la misma más incierto;
 - v) la situación de los compradores y su capacidad de introducir en el mercado nuevas fuentes de competencia. Poco importa que haya compradores fuertes que puedan obtener de las partes del acuerdo condiciones más ventajosas que sus competidores más débiles⁽⁹⁶⁾. La presencia de compradores fuertes tan sólo puede servir para desechar una conclusión preliminar de que hay eliminación de la competencia, cuando sea probable que dichos compradores abran el camino al éxito de nuevas incorporaciones;
 - vi) la reacción probable de los operadores ya presentes ante las tentativas de incorporación al mercado. Por ejemplo, su comportamiento pasado puede haberles granjeado una reputación de agresividad que incida sobre las futuras incorporaciones;
 - vii) las perspectivas económicas del sector, que pueden ofrecer indicios de su atractivo a largo plazo. Los sectores estancados o en crisis resultan menos atractivos de cara a una incorporación que los que se caracterizan por el crecimiento;
 - viii) los antecedentes de incorporaciones al mercado en escala significativa o la ausencia de tales antecedentes.
116. Estos principios pueden ilustrarse mediante los siguientes ejemplos hipotéticos, que no pretenden establecer umbrales:

La empresa A es una cervecera que posee el 70 % del mercado de referencia, incluida la venta de cerveza en cafés y otros establecimientos. En los últimos 5 años, A ha aumentado su cuota de mercado, que era del 60 %. Hay otros cuatro competidores en el mercado, las empresas B, C, D y E, cuyas cuotas de mercado son respectivamente del 10 %, 10 %, 5 % y 5 %. No se ha incorporado ninguna nueva empresa en fecha reciente, y en general los cambios de precios efectuados por A han sido seguidos por sus competidoras. A celebra acuerdos con el 20 % de los establecimientos, que representan el 40 % del volumen de ventas, en virtud de los cuales las partes se comprometen a comprar cerveza únicamente a A durante un período de 5 años. Los acuerdos aumentan los costes y reducen los ingresos de los rivales, que se ven excluidos de los mercados más atractivos. Dada la posición de A en el mercado, fortalecida en los últimos años, la ausencia de nuevas incorporaciones y la posición de por sí débil de los competidores, es probable que se elimine la competencia en el mercado a efectos del apartado 3 del artículo 81.

Los transportistas A, B, C, y D, que colectivamente poseen más del 70 % del mercado de referencia, celebran un acuerdo por el que deciden coordinar sus horarios y tarifas. Tras su entrada en vigor, los precios aumentan entre un 30 % y un 100 %. Existen otros cuatro proveedores, la mayor de los cuales posee el 14 % del mercado de referencia. No ha habido nuevas incorporaciones en los últimos años, y las partes del acuerdo no han sufrido pérdidas importantes de cuotas de mercado tras los incrementos de precios. Los competidores existentes no

han efectuado aumentos significativos de capacidad en el mercado, y no ha habido nuevas incorporaciones. Dada la posición de mercado de las partes y la ausencia de respuesta competitiva a su conducta colectiva, cabe concluir razonablemente que las partes del acuerdo no están sujetas a verdadera presión competitiva y que el acuerdo les ofrece la posibilidad de eliminar la competencia a efectos del apartado 3 del artículo 81.

A es un fabricante de aparatos eléctricos para usuarios profesionales, con una cuota del 70 % de un mercado nacional de referencia. B es un fabricante competidor con una cuota de mercado del 5 % y que ha desarrollado un nuevo tipo de motor más potente y que al mismo tiempo consume menos electricidad. A y B celebran un acuerdo en virtud del cual establecen una empresa en participación para la producción del nuevo motor. B se compromete a conceder licencia exclusiva a la empresa en participación. Ésta combina la nueva tecnología de B con el eficaz proceso de fabricación y control de calidad de A. Hay otro competidor importante que posee el 15 % del mercado. Otro competidor con un 5 % de la cuota de mercado ha sido adquirido recientemente por C, gran productor internacional de aparatos eléctricos competidores, que también posee tecnologías eficaces. C no ha operado hasta ahora en el mercado debido, sobre todo, a que los clientes desean contar con presencia y servicio locales. Gracias a la adquisición, C accede a la organización de servicios necesaria para penetrar en el mercado. Es probable que la incorporación de C garantice que no se elimine la competencia.

(¹) En lo sucesivo, el término «acuerdo» incluirá las prácticas concertadas y las decisiones de asociaciones de empresas.

(²) DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

(³) Todos los reglamentos de exención por categorías y comunicaciones vigentes de la Comisión están disponibles en el sitio Internet de la DG de Competencia: <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition>

(⁴) Véase el apartado 36.

(⁵) Véase la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 291 de 13.10.2000, p. 1), la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 3 de 6.1.2001, p. 2), y la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología, no publicada aún.

(⁶) El concepto de efecto en el comercio entre Estados miembros se contempla en las directrices correspondientes.

(⁷) En lo sucesivo, por «restringir» se entenderá también impedir y falsear el juego de la competencia.

(⁸) Con arreglo al apartado 2 del artículo 81, tales acuerdos son nulos de pleno derecho.

(⁹) El apartado 1 del artículo 81 prohíbe los efectos anticompetitivos tanto reales como potenciales; cf., por ejemplo, el asunto C -7/95 P, John Deere, Rec. 1998 I -3111, apartado 77.

(¹⁰) Véase el asunto T-65/98, Van den Bergh Foods, Rec. 2003 II-... , apartado 107, y el asunto T-112/99, Métropole télévision (M6) y otros, Rec. 2001, p. II-2459, apartado 74, en el que el Tribunal de Primera Instancia consideró que sólo en el marco preciso del apartado 3 del artículo 81 se puede proceder a una ponderación de los aspectos de una restricción que sean procompetitivos o anticompetitivos.

(¹¹) Véase la nota 5.

(¹²) Véase el asunto C-49/92P, Anic Partecipazioni, Rec. 1999, p. I-4125, apartado 116; y los asuntos acumulados 40/73 a 48/73 y otros, Suiker Unie, Rec. 1975, p. 1663, apartado 173.

(¹³) Véase a este respecto el apartado 108 de la sentencia en el asunto Anic Partecipazione, citada en la nota anterior, y el asunto C-277/87, Sandoz Prodotti, Rec. 1990 I-45.

- (14) Véase a este respecto, por ejemplo, el asunto 14/68, Walt Wilhelm, Rec. 1969 p. 1 y, más recientemente, el asunto T-203/01, Michelin (II), Rec. 2003 II-... , apartado 112.
- (15) Véanse los asuntos acumulados T-25/95 y otros, Cimenteries CBR, Rec. 2000, p. II-491, apartados 1849 y 1852; y los asuntos acumulados T-202/98 y otros, British Sugar, Rec. 2001, p. II-2035, apartados 58 a 60.
- (16) Véanse el asunto C-453/99, Courage v Crehan, Rec. 2001, p. I-6297, y el apartado 3444 de la sentencia en el asunto Cimenteries CBR citado en la nota anterior.
- (17) Véanse a este respecto los asuntos acumulados C -2/01 P y C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, Rec. 2004 p. I-... , apartado 102.
- (18) Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados 25/84 y 25/84, Ford, Rec. 1985, p. 2725.
- (19) Véase a este respecto el apartado 141 de la sentencia Bundesverband der Arzneimittel-Importeure citado en la nota 17.
- (20) Véase el asunto 56/65, Societé Technique Minière, Rec. 1966, p. 337, y el apartado 76 de la sentencia John Deere, citada en la nota 9.
- (21) Véanse a este respecto los asuntos acumulados 56/64 y 58/66, Consten y Grundig, Rec. 1966, p. 429.
- (22) Véase a este respecto, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el asunto Elopak/Metal Box — Odin (DO L 209 de 8.8.1990, p. 15), y TPS (DO L 90 de 2.4.1999, p. 6).
- (23) Véase a este respecto la sentencia en el asunto Societé Technique Minière, citada en la nota 20, y el asunto 258/78, Nungesser, Rec. 1982, p. 2015.
- (24) Véase la norma 10 en el apartado 119 de las directrices sobre restricciones verticales citadas en la nota 4, según la cual, entre otras cosas, no es aplicable a las restricciones sobre las ventas pasivas —que constituyen restricciones especialmente graves— lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 por un periodo de dos años en caso de que la restricción vaya asociada a la apertura de nuevos mercados geográficos o de productos.
- (25) Véase, por ejemplo, el apartado 99 de la sentencia Anic Partecipazioni, citada en la nota 12.
- (26) Véase el apartado 46.
- (27) Véanse los asuntos acumulados 29/83 y 30/83, CRAM y Rheinzink, Rec. 1984, p. 1679, apartado 26, y los asuntos acumulados 96/82 y otros, ANSEAU-NAVEWA, Rec. 1983, p. 3369, apartados 23-25.
- (28) Véase el apartado 25 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal citadas en la nota 4 y el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DO L 304 de 5.12.2000, p. 3).
- (29) Véase el artículo 4 del Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 336 de 29.12.1999, p. 21), y las directrices sobre las restricciones verticales citadas en la nota 4, apartados 46 y ss. Véase también la sentencia de 8.2.1990 en el asunto 279/87, Tipp-Ex, Rec. 1990, p. I-261, y la sentencia de 6.7.2000 en el asunto T-62/98, Volkswagen/Comisión, Rec. 2000, p. II-2707, apartado 178.
- (30) Véase el apartado 77 de la sentencia en el asunto John Deere, citada en la nota 9.
- (31) No basta que el acuerdo restrinja la libertad de acción de una o varias partes; véanse los apartados 76 y 77 de la sentencia en el asunto Métropole télévision (M6) citado en la nota 10. Ello es acorde con el hecho de que el artículo 81 tiene por objetivo proteger la competencia en el mercado en beneficio de los consumidores.
- (32) Véase, por ejemplo, el asunto 5/69, Völk, Rec 1969, p. 295, apartado 7. Para más orientaciones sobre el carácter sensible de los efectos, véase la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado (DO C 368 de 22.12.2001, p. 13). La Comunicación define el carácter sensible de manera negativa, es decir, por su ausencia. Los acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación de las normas *de minimis* no tienen necesariamente efectos restrictivos sensibles. Es precisa una evaluación individual.
- (33) Véanse a este respecto los asuntos acumulados T -374/94 y otros, European Night Services, Rec. 1998, p. II-3141.
- (34) Véase la nota 32.
- (35) Véase la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia comunitaria (DO C 372 de 9.12.1997, p. 1).
- (36) Para la referencia del DO, véase la nota 5.
- (37) Véase el apartado 104 de la sentencia en el asunto Métropole télévision (M6) y otros, citada en la nota 10.
- (38) Véase, por ejemplo, el asunto C-399/93, Luttikhuis, Rec. 1995, p. I-4515, apartados 12 al 14.
- (39) Véanse a este respecto los apartados 118 y ss. de la sentencia Métropole television citada en la nota 10.
- (40) Véase el apartado 107 de la sentencia en el asunto Métropole télévision, citado en la nota 10.
- (41) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto Elopak/Metal Box — Odin, citado en la nota 22.
- (42) Véase el asunto 161/84, Pronuptia, Rec. 1986, p. 353.
- (43) Véase la nota 22. La decisión fue confirmada por el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia Métropole télévision (M6) citada en la nota 10.
- (44) Los ahorros de costes obtenidos a través del mero ejercicio del poder de mercado por las partes no producen beneficios objetivos y no pueden tomarse en consideración. Véase el apartado 49.

- (45) Véase, por ejemplo, la sentencia *Consten y Grundig* citada en la nota 21.
- (46) El hecho de que un acuerdo esté exento por categoría no indica en sí mismo que sea aplicable a ese acuerdo en concreto lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81.
- (47) Véase el asunto C-234/89, *Delimitis*, Rec. 1991, p. I-935, apartado 46.
- (48) El apartado 4 del artículo 36 del Reglamento (CE) n° 1/2003 suprime, entre otros, el artículo 5 del Reglamento (CEE) n° 1017/68 por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. No obstante, la práctica decisoria de la Comisión adoptada en virtud del Reglamento (CEE) n° 1017/68 sigue siendo pertinente a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81 al ámbito de los transportes por vía navegable.
- (49) Véase el apartado 42.
- (50) Véase la sentencia en el asunto *Société Technique Minière*, citada en la nota 20.
- (51) Véase a este respecto el asunto 319/82, *Kerpen & Kerpen*, Rec. 1983 4173, apartados 11 y 12.
- (52) Véanse, por ejemplo, el asunto T-185/00 y otros, *Métropole télévision SA (M6)*, Rec. 2002 II-3805, apartado 86; el asunto T-17/93, *MATRA*, Rec. 1994, p. II-595, apartado 85; y los asuntos acumulados 43/82 y 63/82, *VBVB y VBBB*, Rec. 1984, p. 19, apartado 61.
- (53) Véase el asunto T-213/00, *CMA CGM y otros*, Rec. 2003 p. II-..., apartado 226.
- (54) Véase a tal fin, implícitamente, el apartado 139 de la sentencia *Matra*, citada en la nota 53, y el asunto 26/76, *Metro (I)*, Rec. 1977, p. 1875, apartado 43.
- (55) Sobre el concepto de «consumidores», véase el apartado 84, donde se definen como los clientes de las partes y los posteriores compradores. Las propias partes no son «consumidores» a efectos del apartado 3 del artículo 81.
- (56) El examen es específico a un mercado; véase a este respecto el asunto T-131/99, *Shaw*, apartado 163, Rec. 2002, p. II-2023, en el que el Tribunal de Primera Instancia determinó que la evaluación al apartado 3 del artículo 81 debía efectuarse en el mismo marco analítico empleado para evaluar los efectos restrictivos, y el asunto C-360/92 P, *Publishers Association*, apartado 29, Rec. 1995, p. I-23, en el que, habiéndose considerado que el mercado de referencia era más amplio que el nacional, el Tribunal de Justicia determinó que a la hora de aplicar el apartado 3 del artículo 81 no era correcto atender únicamente a los efectos en el territorio nacional.
- (57) Véase el asunto T-86/95, *Compagnie Générale Maritime y otros*, apartados 343 a 345, Rec. 2002, p. II-1011. El Tribunal de Primera Instancia estableció que el apartado 3 del artículo 81 no requiere que los beneficios estén vinculados a un mercado específico y que en determinados casos se deben tener en cuenta los beneficios «en cualquier otro mercado en el que el acuerdo en cuestión tenga efectos beneficiosos, e incluso, en un sentido más amplio, respecto a cualquier servicio cuya calidad o eficacia pudiera ser mejorada por la existencia de dicho acuerdo». Sin embargo, es importante reseñar que en este asunto el grupo de consumidores afectados era el mismo. Este asunto se refería a servicios de transporte multimodal incluido, en particular, un conjunto de servicios de transporte marítimo y por vía navegable prestados a compañías marítimas de toda la Comunidad. Las restricciones se referían a los servicios de transporte por vía navegable, que se consideraban un mercado distinto, mientras que se afirmaba que los beneficios se producían en los servicios de transporte marítimo. Ambos servicios eran requeridos por transportistas que necesitaban un transporte multimodal entre el norte de Europa, el sudeste asiático y Asia oriental. La sentencia en *CMA CGM*, citada en la nota 53, también se refería a una situación en la que el acuerdo, aunque cubría varios servicios diferentes, afectaba al mismo grupo de consumidores, es decir transportistas de barcos con contenedores entre el norte de Europa y el lejano Oriente. En este acuerdo las partes fijaban gastos y sobrepagos sobre el transporte terrestre, portuario y marítimo. El Tribunal de Primera Instancia estableció (véase los párrafos 226 a 228) que en las circunstancias del asunto no había necesidad de definir los mercados relevantes a los efectos de aplicar el apartado 3 del artículo 81. El acuerdo era restrictivo de la competencia por su propio objeto y no habían beneficios para los consumidores.
- (58) Véanse los apartados 126 y 132 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal citadas en la nota 5.
- (59) Véase la sentencia *Ford*, citada en la nota 18.
- (60) Sobre este punto, véase por ejemplo la Decisión de la Comisión en el asunto *TPS* (DO L 90 de 2.4.1999, p. 6). Del mismo modo, la prohibición del apartado 1 del artículo 81 sólo se aplica mientras el acuerdo tenga por objeto o por efecto restringir la competencia.
- (61) Véase el apartado 85 de la sentencia *Matra*, citada en la nota 52.
- (62) Sobre esta condición, véase el apartado 49.
- (63) Véase, por ejemplo, el asunto T-29/92, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties en Bouwnijverheid (SPO)*, Rec. 1995, p. II-289.
- (64) Véase el asunto 258/78, *Nungesser*, apartado 77, Rec. 1982, p. 2015, en relación con la protección territorial absoluta.
- (65) Véase a este respecto la sentencia *SPO*, citada en la nota 63.
- (66) Las medidas nacionales deben, entre otras cosas, cumplir las normas del Tratado relativas a la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales.
- (67) Véase, por ejemplo, la sentencia *Consten y Grundig* citada en la nota 21.
- (68) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Van den Bergh Foods* (DO L 246 de 4.9.1998, p. 1).
- (69) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Glaxo Wellcome* (DO L 302 de 17.11.2001, p. 1).
- (70) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *GEAE/P&W* (DO L 58 de 3.3.2000, p. 16); la Decisión *British Interactive Broadcasting/Open* (DO L 312 de 6.12.1999, p. 1); y la Decisión *Asahi/Saint Gobain* (DO L 354 de 31.12.1994, p. 87).
- (71) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Atlas* (DO L 239 de 19.9.1996, p. 23), y en el asunto *Phoenix/Global One* (DO L 239 de 19.9.1996, p. 57).
- (72) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Uniform Eurocheques* (DO L 35 de 7.2.1985, p. 43).
- (73) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Cégétel + 4* (DO L 88 de 31.3.1999, p. 26).

- (74) Sobre la primera cuestión, que puede ser pertinente en relación con el apartado 1 del artículo 81, véase el apartado 18.
- (75) Las economías de escala suelen agotarse en un momento dado. Posteriormente, los costes se estabilizan y aun más tarde aumentan debido, por ejemplo, a problemas de capacidad y cuellos de botella.
- (76) Véanse los apartados 392 a 395 de la sentencia *Compagnie Générale Maritime* citada en la nota 57.
- (77) Para más detalles, véase el apartado 116 de las Directrices sobre restricciones verticales, citadas en la nota 5.
- (78) Véanse los asuntos acumulados T-374/94 y otros, *European Night Services*, apartado 230, Rec. 1998, p. II-3141.
- (79) Véase el Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 336 de 29.12.1999, p. 21).
- (80) Véase a este respecto la sentencia *Consten y Grundig* citada en la nota 21, en la que el Tribunal de Justicia consideró que las mejoras a efectos de la primera condición del apartado 3 del artículo 81 deben demostrar ventajas objetivas apreciables de carácter tal que compensen las desventajas que puedan ocasionar en el ámbito de la competencia.
- (81) Se recuerda que los efectos positivos y negativos sobre los consumidores se ponderan en principio dentro de cada mercado de referencia (véase el párrafo 43).
- (82) Véase el apartado 48 de la sentencia *Metro (I)* citada en la nota 54.
- (83) Véase el apartado 163 de la sentencia *Shaw*, citada en la nota 56.
- (84) En las siguientes secciones, para mayor facilidad, por perjuicios a la competencia se entienden precios más altos o, también, menor calidad, variedad o innovación de las que existirían de otro modo.
- (85) En mercados perfectamente competitivos, cada empresa se ajusta al precio del mercado. Vende sus productos al precio de mercado, el cual viene determinado por la oferta y la demanda globales. La producción de cada empresa es tan poco representativa que cualquier variación de su producción no afecta al precio del mercado.
- (86) Las empresas incurren en colusiones tácitas cuando, en un mercado oligopolístico, pueden coordinar sus actividades en el mercado sin necesidad de recurrir a un acuerdo de cartel explícito.
- (87) Con este término se designa a las empresas que ejercen presiones sobre el comportamiento de precios de las demás empresas del mercado que de otro modo podrían haber incurrido en colusiones tácitas.
- (88) El acuerdo restrictivo puede incluso permitir a las empresas cobrar precios más elevados a clientes con baja elasticidad de la demanda.
- (89) Véase asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 y T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, apartado 939, Rec. 2003 II-..., y el asunto T-395/94, *Atlantic Container Line*, apartado 330, Rec. 2002, p. II-875.
- (90) Véanse los asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie maritime belge*, Rec. 2000, p. I-1365, apartado 130. Del mismo modo, la aplicación del apartado 3 del artículo 81 no es óbice a la de las normas del Tratado sobre libre circulación de bienes, servicios, personas y capital. Esas disposiciones son aplicables en ciertas circunstancias a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a efectos del apartado 1 del artículo 81; véase al respecto el asunto C-309/99, *Wouters* Rec. 2002 I-1577, apartado 120.
- (91) Véase a este respecto el asunto T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. 1990, p. II-309, y los asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 y T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, Rec. 2003 II-..., apartado 1456.
- (92) Así es como debe entenderse el apartado 135 de las directrices sobre restricciones verticales y los apartados 36, 71, 105, 134 y 155 de las directrices sobre acuerdos de cooperación horizontales citadas en la nota 5 cuando establecen que, en principio, los acuerdos restrictivos celebrados por empresas dominantes no pueden acogerse a una exención.
- (93) Las empresas en participación con plenas funciones, es decir, las empresas en participación que desempeñan con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente, se contemplan en el Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 257 de 21.9.1990, p. 13).
- (94) Véase el apartado 21 de la sentencia en el asunto *Metro (I)*, citada en la nota 52.
- (95) Véase el apartado 97.
- (96) Véase a este respecto el asunto T-228/97, *Irish Sugar*, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 101.
-