

LIBRO VERDE

SOBRE LAS RESTRICCIONES VERTICALES

EN LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

COMUNITARIA

LIBRO VERDE SOBRE LAS RESTRICCIONES VERTICALES Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA COMUNITARIA

table des matières

	Página
Síntesis preliminar	i-xv
Introducción al Libro Verde y solicitud de comentarios de terceros interesados	1
Cap. I Estructura de la distribución	5
Cap. II Análisis económico de las restricciones verticales y el mercado único	20
Cap. III Procedimientos y marco institucional	33
Cap. IV Normas vigentes en materia de restricciones verticales	41
Cap. V Ventajas del sistema actual	61
Cap. VI Comparación de la normativa comunitaria con las normas de los estados miembros y determinados terceros países aplicables a las restricciones verticales	67
Cap. VII Resultados de la investigación	75
Cap. VIII Opciones	89

LIBRO VERDE SOBRE LAS RESTRICCIONES VERTICALES Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA COMUNITARIA

SÍNTESIS PRELIMINAR

Antecedentes y motivos para la elaboración del Libro Verde⁽¹⁾

1. La creación de un mercado único constituye uno de los principales objetivos de la política de competencia de la Unión Europea. Aunque ya se han realizado progresos significativos en este ámbito, aún habrá que realizar un nuevo esfuerzo si se pretende sacar el mayor partido posible, desde el punto de vista económico, de la integración de los mercados.

2. Para las empresas comunitarias, el mercado único supone la oportunidad de penetrar en nuevos mercados a los que previamente no tenían acceso por la existencia de obstáculos normativos. Esta penetración conlleva una gran inversión en tiempo y dinero, y es muy arriesgada. A menudo, los acuerdos entre los productores que quieren introducirse en un nuevo mercado y los distribuidores locales facilitan este proceso. Una distribución eficaz con un apoyo pre y postventa adecuado es una parte del proceso competitivo que redundará en beneficio de los consumidores.

Sin embargo, los acuerdos entre productores y distribuidores pueden servir asimismo para seguir compartimentando el mercado y excluyendo a empresas recién llegadas que intensificarían la competencia, ejerciendo así una presión a la baja sobre los precios. Los acuerdos entre productores y distribuidores (restricciones verticales) pueden aplicarse en favor de la competencia, para fomentar la integración del mercado y una distribución eficaz, o contra ella, a fin de bloquear la integración y la competencia. Las diferencias de precios que aún subsisten entre Estados miembros pueden impulsar a las empresas tanto a penetrar en nuevos mercados como a erigir barreras contra los nuevos competidores.

3. La política de competencia de la Unión Europea ha venido concediendo particular importancia a las restricciones verticales, consciente de que su estrecha vinculación con la integración de los mercados puede tener efectos tanto positivos como negativos. Aunque la política que se ha venido aplicando en los últimos 30 años en relación con dichas restricciones ha sido eficaz, ha llegado el momento de proceder a su revisión por los siguientes motivos:

- ya se ha aprobado la mayor parte de la legislación para el libre movimiento de productos sobre el mercado único.
- los reglamentos que regulan las restricciones verticales expirarán, y
- se han producido cambios muy importantes en los métodos de distribución que pueden repercutir en la política de competencia.

4. Además, al tratarse del bloque comercial más grande del mundo, la Unión está comprometida en el desarrollo de un comercio internacional justo y abierto. Así como pueden fomentar u obstaculizar la creación de un auténtico mercado único, las restricciones verticales pueden resultar también beneficiosas o perjudiciales para el comercio internacional. Así pues, la política de la Unión en este ámbito tiene una importante repercusión a escala internacional. Nuestra experiencia puede resultar útil a la hora de analizar las barreras de acceso al mercado en terceros países.

5. Esta revisión adoptará la forma de Libro Verde, en el que se tratarán los temas más importantes en opinión de la Comisión ⁽¹⁾. Se propondrán una serie de alternativas (véase a continuación el punto VIII) que

⁽¹⁾ Cada uno de los encabezamientos del presente resumen se corresponde con un capítulo del Libro Verde.

⁽²⁾ El presente Libro Verde no incluye a los vehículos automóviles (que han sido el tema del reciente Reglamento Comunitario (1475/95) y cualquier restricción vertical en las licencias de los derechos de propiedad intelectual (que son el objetivo de ejercicios separados). También hay que tener en cuenta que

servirán de base para emprender una consulta pública de amplio alcance en la que participarán el Parlamento, los Estados miembros, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, así como otros interesados (productores, distribuidores, representantes sindicales y consumidores). Esta consulta permitirá a la Comisión decidir la orientación y la forma que adoptará su futura actuación a la luz de todos los datos recogidos. La revisión y la consulta constituyen la respuesta de la Comisión al reto que supone hacer avanzar este sector clave de la política de competencia hacia el tercer milenio.

I. Estructura de la distribución

6. Resulta difícil formular principios generales o determinar tendencias con respecto al sector de la distribución, debido a la envergadura, diversidad y dinamismo del mismo.

- Envergadura. El sector de la distribución emplea a 22 millones de personas (o sea, un 15,6% del empleo total), representa el 12,9% del valor añadido, y cuenta con 4,5 millones empresas (29,4% del total) (cifras de 1994 para la Europa de los 15).
- Diversidad. La estructura de la distribución varía considerablemente de un sector a otro, no sólo por el grado de concentración o la total ausencia de ésta en el nivel de distribución, sino también por la organización ascendente con el productor (a veces, a través de intermediarios especializados como los mayoristas o los importadores). Además, existen diferencias significativas de estructura y tamaño en los diferentes Estados miembros, incluso en el mismo sector. Por último, existen múltiples sistemas de distribución diferentes (por ejemplo, desde distribuidores exclusivos de un producto hasta supermercados que almacenan unos 30.000 tipos de productos).
- Dinamismo. La distribución es un sector dinámico en el que el ritmo de creación y desaparición de pequeñas empresas es relativamente elevado. La experimentación de nuevas formas de distribución es constante. En determinados sectores, se está evolucionando hacia la concentración y el desarrollo de estructuras oligopolísticas.

7. Todas las empresas tienen que recurrir a la distribución, y el nivel del servicio prestado y su eficiencia son elementos muy importantes en el proceso competitivo de acceso al consumidor. Son muy pocos los productores que distribuyen directamente sus productos al consumidor final; más bien, suelen confiar esta tarea a distribuidores especializados. En algunos sectores, se puede lograr un ahorro considerable mediante la cooperación en la cadena de suministro, práctica que se ha visto facilitada y acelerada mediante la introducción de la tecnología de la información y las técnicas modernas de "just-in-time". Esto significa que, dentro la cadena de suministro, ahora son los consumidores finales quienes solicitan los productos, y la distribución no viene impuesta desde arriba por los fabricantes en función de las necesidades de producción. Este fenómeno ha supuesto un importante ahorro en existencias y una reducción significativa del volumen de bienes no deseados. La competencia entre cadenas de suministro cobra una importancia cada vez mayor.

8. Aunque la distribución es un sector dinámico, el de la UE, en comparación con los de terceros países, se caracteriza por oponer barreras de acceso (por ejemplo, restricción en los horarios de apertura y normas urbanísticas). Ello puede haber acrecentado el poder de mercado de determinados distribuidores en mercados oligopolísticos y tiene repercusiones sobre la política de competencia.

9. Aunque existen ejemplos de distribuidores que han salido de su mercado "de origen" y están surgiendo algunas grandes cadenas a escala europea, el sector de la distribución y, en concreto, su vertiente minorista, tiene aún un carácter eminentemente nacional. La Comisión se pregunta si este carácter nacional de la distribución, unido a la necesidad de integración económica de las cadenas de suministro derivada del

en general, el artículo 85 se aplica a la producción y comercio de productos agrícolas. Sin embargo, el apartado 1 de dicho artículo no se aplica a aquellos arreglos los cuales sean una parte integral de una organización del mercado común.

ahorro que ha supuesto la tecnología de la información, tiene consecuencias en la política de competencia. La Comisión ha insistido siempre en la libertad de los intermediarios para reaccionar ante las diferencias de precios entre Estados miembros y llevar a cabo un comercio paralelo como fundamento de su política de garantizar que los acuerdos de distribución suponen una integración del mercado y no tienen un efecto de compartimentación. Habida cuenta de los cambios que se han producido en la distribución desde el punto de vista estructural y organizativo, la libertad de los intermediarios para llevar a cabo un comercio paralelo ya no basta para garantizar en todos los casos el efecto positivo de las restricciones verticales sobre la competencia y la integración del mercado. En el estudio preliminar para la elaboración del presente Libro Verde (véase el punto VII) se llegó a conclusiones parecidas. La Comisión desearía recibir comentarios y datos sobre este punto y sobre sus repercusiones en las alternativas (punto VIII).

II. Análisis económico de las restricciones verticales y el mercado único

10. El vivo debate entre los economistas con respecto a las restricciones verticales parece haberse calmado un tanto y se está alcanzando un consenso. Las restricciones verticales ya no se consideran en sí mismas perniciosas o favorables para la competencia. Los economistas son ahora más reacios a efectuar declaraciones tajantes. Más bien, prefieren basarse en el análisis de cada caso concreto. Sin embargo, hay un elemento que subsiste: la importancia de la estructura del mercado en la determinación del impacto de las restricciones verticales. Cuanto mayor es la competencia entre marcas, mayor es la posibilidad de que los efectos positivos para la competencia y de eficiencia compensen los efectos anticompetitivos de las restricciones verticales. Los efectos anticompetitivos sólo se producirán cuando la competencia entre marcas sea débil y existan barreras de acceso en los sectores de la producción o la distribución. Además, se sabe que los acuerdos en la cadena de distribución reducen los costes de las operaciones, pudiendo materializar la eficiencia potencial existente en el sector de la distribución. En contraste, en algunos casos, las restricciones verticales crean barreras de acceso u obstaculizan la competencia horizontal en mercados oligopolísticos.

11. Los problemas planteados por las restricciones verticales son aún muy importantes en términos de potenciales beneficios económicos. Las cifras sobre diferencias de precios entre Estados miembros muestran que, aunque se ha producido cierta convergencia de precios, los beneficios potenciales derivados de una mayor integración, aún no se han agotado.

12. Del reciente análisis económico p ueden extraerse además las siguientes conclusiones:

- No se puede considerar que, en sí mismas, las cláusulas concretas de un acuerdo o los diferentes tipos de restricciones verticales sean positivas o negativas para la competencia y la integración.
- La combinación de distintas restricciones verticales no aumenta necesariamente la posibilidad de llegar a un resultado anticompetitivo, pero en circunstancias precisas puede hacer que el resultado sea más favorable.
- El análisis debe centrarse, más que en la forma del acuerdo, en su impacto en el mercado. Por ejemplo, si el acceso se ve impedido por una red de acuerdos o si el acuerdo vertical unido al poder de mercado permite a los productores o distribuidores practicar una discriminación de precios entre Estados miembros.
- Teniendo en cuenta el riesgo que lleva aparejada tanto la penetración en nuevos mercados como una expansión significativa en uno solo (la creación de nuevos flujos comerciales que integran el mercado), habría que conceder un trato más favorable a las restricciones verticales cuando suponen una inversión material o inmaterial significativa. Este trato debería tener una duración limitada.
- La naturaleza de los productos, la necesidad de servicios y de inversión para llevar a cabo una distribución eficaz, así como la necesidad de conocer a los consumidores pueden ser elementos importantes a la hora de determinar las ventajas objetivas derivadas de las restricciones verticales, así como sus efectos anticompetitivos. A continuación, se ofrece una lista de criterios para determinar la eficacia en

la distribución y contribuir así a orientar las decisiones correspondientes. Se solicitan comentarios sobre la utilidad de esta lista.

13. Es evidente que la teoría económica no puede ser el único factor en la concepción de esta política. Por otro lado, la evaluación exhaustiva de cada caso concreto resultaría demasiado cara en términos de recursos y podría conducir a una situación de inseguridad jurídica. Así pues, sirve fundamentalmente para desarrollar una política y unas normas básicas.

III. Actuales procedimientos y marco institucional

14. Las disposiciones del Tratado en relación a las reglas de competencia aplicables a empresas están contenidas en los artículos 85 a 90. En lo que a las restricciones verticales se refiere, es particularmente relevante el artículo 85. Su apartado 1 prohíbe los acuerdos que puedan afectar el comercio y que tengan como objeto o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia, considerándose sin efecto todos aquellos que entren en su ámbito de aplicación (apartado 2), a menos que puedan disfrutar de una exención en virtud del apartado 3 del mismo artículo. Para poder gozar de una exención, entre otras condiciones, el acuerdo no debe eliminar la competencia y las ventajas objetivas que suponga, por ejemplo, en términos de eficiencia, han de superar las desventajas derivadas de la menor competencia. Asimismo, los consumidores deben participar equitativamente de dichos beneficios.

15. Con arreglo a lo previsto en el artículo 87, el Consejo estableció las normas necesarias para la aplicación de los principios fundamentales enunciados en los artículos 85 y 86 del Tratado. Estas normas están contenidas en el Reglamento 17/62, que, entre otras cosas, confiere a la Comisión competencia exclusiva para conceder exenciones en virtud del apartado 3 del artículo 85 y establece un procedimiento de notificación a la Comisión de aquellos acuerdos para los cuales se solicite una exención o una declaración negativa. La entrada en vigor del Reglamento 17/62 originó una "avalancha" de notificaciones -más de 30.000- a principios de la década de los sesenta, la mayor parte de las cuales se referían a acuerdos verticales. Dado que los procedimientos previstos en el Reglamento 17/62 no permitían a la Comisión adoptar muchas decisiones formales (unas 20 por año, en la actualidad) y que la posibilidad de cerrar los casos mediante carta administrativa era también limitada (unos 150 al año), se optó por un planteamiento que permitiese conceder "exenciones por categorías", a fin de ofrecer a las empresas que hubieran celebrado acuerdos verticales la oportuna seguridad jurídica.

16. En virtud de lo dispuesto en el Reglamento 19/65 del Consejo, la Comisión está facultada para adoptar reglamentos de "exención por categorías", en los que se definen determinadas categorías de acuerdos que cumplen generalmente las condiciones del apartado 3 del artículo 85 y quedan, por tanto, exentos. El Reglamento 19/65 del Consejo exige que los reglamentos de exención por categorías de la Comisión especifiquen las condiciones que han de cumplirse, los tipos de acuerdos considerados, las cláusulas restrictivas a las que se aplica una exención y las cláusulas que no deben incluirse.

17. La Comisión ha delimitado diversos tipos de sistemas de distribución y, de acuerdo con las competencias que le han sido conferidas por el Reglamento 19/65 del Consejo, ha aprobado exenciones por categorías en relación con los mismos. Los acuerdos contemplados son los siguientes:

- acuerdos de distribución en exclusiva, con arreglo a los cuales un productor se compromete a recurrir a un solo distribuidor en una determinada zona (Reglamento 1983/83);
- acuerdos de compra en exclusiva, con disposiciones específicas para la cerveza y la gasolina, en los cuales el distribuidor se compromete a adquirir los productos en cuestión a un solo productor (Reglamento 1984/83);
- acuerdos de franquicia, en los que se atribuye al franquiciado un determinado territorio en el que podrá explotar los conocimientos técnicos y los derechos de propiedad intelectual del franquiciador y comercializar el producto o servicio de forma normalizada (Reglamento 4087/88).

Si el acuerdo de distribución en exclusiva, de compra en exclusiva o de franquicia se atiene a las condiciones señaladas en el correspondiente reglamento, no es necesaria su notificación para disfrutar de una exención.

18. Además, la Comisión ha definido un tipo adicional de distribución, a saber, la distribución selectiva, en el que los distribuidores son escogidos en función de los criterios objetivos que impone una distribución eficaz de los productos de que se trate. Los distribuidores seleccionados suelen prestar una serie de servicios pre o posventa y únicamente pueden vender los productos a consumidores finales o a otros distribuidores designados. Dado que la distribución selectiva no planteaba ningún problema de multiplicidad de notificaciones, la política de la Comisión al respecto se ha establecido en decisiones individuales conforme al procedimiento del Reglamento 17/62.

19. Si bien la aplicación del apartado 3 del artículo 85 compete exclusivamente a la Comisión, los tribunales y las autoridades de defensa de la competencia nacionales desempeñan también un papel en este ámbito.

- Los tribunales nacionales pueden aplicar las disposiciones de los apartados 1 y 2 del artículo 85 y el artículo 86. Asimismo, están facultados para interpretar las disposiciones de los reglamentos de exención por categorías, a fin de comprobar si son aplicables a determinados acuerdos. Así, pueden resolver numerosos litigios relacionados con las normas de competencia y los acuerdos verticales. La Comisión puede renunciar a instruir una denuncia si los tribunales nacionales pueden encargarse de ello. Por último, los tribunales nacionales conceden con frecuencia indemnizaciones por daños y perjuicios, adoptar medidas cautelares o dictar órdenes con mayor rapidez que la Comisión.
- Las autoridades de defensa de la competencia nacionales pueden aplicar las disposiciones de los apartados 1 y 2 del artículo 85 y el artículo 86, en tanto la Comisión no haya incoado por su parte un procedimiento en relación con los mismos acuerdos. Siete de los quince Estados miembros han adoptado normas que les permiten hacer uso de estas facultades. A menos que la Comisión haya concedido una exención al amparo del apartado 3 del artículo 85 o que los acuerdos puedan acogerse a una exención por categorías, los Estados miembros pueden aplicar su propia legislación nacional a un acuerdo.

IV. Normas aplicables actualmente a las restricciones verticales

20. Debido a la amenaza que pueden suponer para la integración del mercado y su incierta incidencia en la competencia, la Comisión ha venido aplicando el apartado 1 del artículo 85 con relativa frecuencia a las restricciones verticales. A juicio de la Comisión es importante tanto la competencia dentro de una misma marca como entre distintas marcas.

21. Las normas *de minimis* definen categorías de acuerdos cuyo alcance es demasiado limitado para que tengan un impacto significativo sobre el comercio o la competencia y que quedan, por consiguiente, excluidos del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. Por encima de este umbral, este apartado se aplica prácticamente de forma automática a determinados acuerdos verticales que, por su propia naturaleza, no pueden sino falsear la competencia, y entre los cuales cabe citar los siguientes:

- acuerdos que restringen la libertad de los distribuidores para fijar sus precios de venta (mantenimiento de los precios de reventa);
- acuerdos que establecen una protección territorial absoluta para los distribuidores en exclusiva. Este aspecto es fundamental en la política de la Comisión . Así, no sólo se aplica el apartado 1 del artículo 85, sino que, además, es improbable que se conceda una exención. Si bien se puede atribuir en exclusiva a un distribuidor un determinado territorio para facilitar la penetración en el mercado y hacer que la distribución sea más eficaz, y prohibirle vender o realizar promociones en el territorio de otros distribuidores en exclusiva, la protección no ha de ser absoluta. Siempre debe haber alguna fuente alternativa de suministro. Aun cuando se pueda prohibir a los distribuidores

en exclusiva promocionar activamente el producto fuera del territorio que se les ha asignado, deben tener la posibilidad de satisfacer los pedidos que reciban de otros lugares (ventas pasivas). Los clientes han de gozar de total libertad para recurrir al distribuidor de la UE que deseen, incluso fuera de su zona de residencia, y realizar, por su cuenta o a través de terceros, importaciones de productos para consumo personal. Los intermediarios y demás comerciantes deben tener la posibilidad de abastecerse en cualquier distribuidor y vender en cualquier mercado, atendiendo, en particular, a las diferencias significativas de precios entre Estados miembros (comercio paralelo).

22. Si un acuerdo vertical no entra en el ámbito de aplicación de las normas *de minimis* ni se ajusta a los dos tipos de acuerdos que dan lugar automáticamente a la aplicación del apartado 1 del artículo 85, es necesario un análisis individualizado para comprobar si es aplicable dicha disposición. Este análisis parte del contexto económico real del caso, a fin de evaluar si se restringe de manera sensible la competencia. Aun cuando el acuerdo en sí no entre en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, la competencia puede verse restringida de manera apreciable por el efecto acumulativo de varios acuerdos similares. Éste es el caso, en particular, de las redes de acuerdos de compra en exclusiva, en las que una gran parte de los establecimientos minoristas quedan vinculados en exclusiva a determinados productores. Ello puede cerrar el mercado a nuevos productores o impedir que los fabricantes de otros Estados miembros entren en él.

23. Dado que el apartado 1 del artículo 85 se ha aplicado con frecuencia a los acuerdos verticales, las exenciones por categorías deben ofrecer a las empresas la oportuna seguridad jurídica. Para ello se determinan los tipos de acuerdos de distribución que disfrutan automáticamente de una exención al amparo de lo previsto en el apartado 3 del artículo 85. En primer lugar, los correspondientes reglamentos exponen las razones por las cuales los acuerdos de distribución pueden restringir la competencia y quedar sujetos a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85, así como los motivos generales que llevan a la Comisión a conceder una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 con ciertas condiciones. Uno de los elementos comunes tanto a los tres reglamentos de exención por categorías (distribución y compra en exclusiva (incluidos los acuerdos específicos sobre la cerveza y la gasolina) y franquicia), como a la política en materia de distribución selectiva, es la voluntad imperiosa de no permitir en modo alguno una protección territorial absoluta ⁽¹⁾.

Asimismo, se establecen normas sobre lo que está o no permitido en relación con:

- las restricciones territoriales
- las obligaciones de compra, incluidas las ventas vinculadas
- las obligaciones de venta
- las cláusulas de no competencia y la duración admisible del contrato
- las restricciones de clientela.

Por último, los reglamentos de exención por categorías especifican las circunstancias en las que la Comisión puede retirar el beneficio de la exención.

V. Ventajas del sistema actual

24. La Comisión considera que la política que ha venido aplicando a las restricciones verticales ha sido bastante acertada. Sus ventajas se refieren tanto a los aspectos sustantivos como al procedimiento. Las desventajas y críticas de esta política están delineadas en la sección VII.

- Ventajas sustantivas

⁽³⁾ Cualquier obstáculo a las ventas pasivas o el comercio paralelo constituye una grave infracción de las normas de competencia. Cuando se descubre, este tipo de práctica suele sancionarse mediante una multa.

25. Al recurrir con relativa frecuencia al apartado 1 del artículo 85, el análisis de las restricciones verticales se centra ante todo en las excepciones previstas en el apartado 3 del artículo 85, que hacen posible una evaluación económica completa de las ventajas de los acuerdos y de su impacto sobre la estructura de la competencia y la situación de los consumidores. Este planteamiento ha permitido a la Comisión hallar el justo equilibrio entre la competencia dentro de una misma marca y la competencia entre diversas marcas. La necesidad de este tipo de análisis se deriva del carácter ambiguo de la incidencia que tienen las restricciones verticales en la competencia.

26. Esta política, que garantiza que no haya en ningún caso una protección territorial absoluta dentro de los sistemas de distribución, ha fomentado también la integración de mercados. Así, aun cuando se admitan los efectos positivos para la competencia de la exclusiva territorial, los acuerdos verticales deben seguir dejando abierta la posibilidad de recurrir a otras fuentes de suministro. Los mercados no pueden cerrarse para impedir a los intermediarios aprovechar las diferencias de precios.

27. La política aplicada permite establecer formas nuevas e innovadoras de distribución, puesto que los acuerdos que no puedan acogerse directamente a las exenciones por categorías pueden notificarse por separado.

- Ventajas adjetivas

28. Merced al sistema de notificación, la Comisión ha logrado reunir información acerca de los múltiples tipos de acuerdos verticales, por lo que dispone del material básico para decidir sobre la necesidad y el alcance de las exenciones por categorías. Este tipo de exenciones por categorías ofrecen la seguridad jurídica necesaria en relación con el grueso de los acuerdos verticales que se celebran en la UE y presentan las ventajas de una ventanilla única. Las cartas administrativas han permitido resolver satisfactoriamente los problemas colectivos que se planteaban en casos en los que no se aplicaban directamente las exenciones por categorías. La combinación de estas exenciones y de las cartas administrativas ha liberado recursos en la Comisión, bastante escasos de por sí, para ocuparse de los casos que requieren una atención individualizada, ya sea con vistas a determinar nuevas prácticas que resulten legítimas o para instruir y poner fin a las infracciones graves de las normas vigentes (como, por ejemplo, la obstaculización del comercio paralelo). Finalmente, el papel que desempeñan los tribunales y las autoridades nacionales mejora la eficacia y la rapidez de la actuación en este ámbito.

VI. Comparación del derecho comunitario con la normativa y la política de los Estados miembros y terceros países aplicables a las restricciones verticales.

29. Comparar la legislación y la política de otros Estados miembros y terceros países es de gran utilidad, puesto que facilita una experiencia de la que puede sacar provecho la Unión, además de mostrar la viabilidad o no de determinadas alternativas que se pueden plantear como opciones.

30. Sin embargo, siempre se debería tener presente que la Comisión es el único organismo de tutela de la competencia del mundo que pretende lograr la integración de mercados, además del mantenimiento de un sistema de sana competencia. Ello implica que otros modelos no se adapten necesariamente a la UE.

31. Por motivos de orden analítico, se dividió a los países en dos grupos:

- los que poseen normativas parecidas al artículo 85, con su estructura dividida en dos partes, que incluye una prohibición general y una disposición de exención;
- los que poseen normativas que difieren de la comunitaria en el hecho de que, en términos generales, una infracción se basa en el descubrimiento de algún tipo de abuso.

32. Si se analiza la cuestión, se observa la diversidad de disposiciones por las que se rigen los acuerdos verticales. Sin embargo, se pueden observar determinadas características básicas que comparten todos estos sistemas y que difieren del comunitario.

- En primer término, sostienen que el análisis económico se debería utilizar, en primer lugar, para determinar si existe infracción. Tal es el caso, al menos, de algunos de los Estados miembros con sistemas basados en el comunitario (especialmente Francia e Italia), algunos de los Estados miembros dotados de sistemas que difieren del comunitario (más especialmente Alemania y el Reino Unido) y de terceros países (tanto los Estados Unidos como Canadá);
- En segundo lugar, ni los Estados miembros de mayor peso específico, ni los Estados Unidos o Canadá emplean un sistema de notificación de los acuerdos restrictivos. Ello se debe a su convencimiento de que los instrumentos de ejecución pueden ganar utilidad si se emplean para otros fines, tales como la investigación de denuncias que impliquen restricciones verticales. La ausencia de un sistema de notificación también se ajusta a la premisa de que los acuerdos verticales son *a priori* legales;
- En tercer lugar, sólo se incluye en estos sistemas un reducido número de casos que impliquen restricciones verticales, lo que, una vez más, confirma la idea de que estas restricciones son *a priori* legales.

VII. Resultados de la investigación

33. En el contexto de su iniciativa destinada a hacer acopio de información general para la elaboración del Libro Verde, la Comisión llevó a cabo una serie de entrevistas con fabricantes, minoristas, la industria, las asociaciones comerciales y de consumidores y expertos universitarios. Estas entrevistas no modifican en modo alguno o prejuzgan la consulta abierta que se llevará a cabo una vez que se publique el Libro Verde, sino que simplemente ayudaron a la Comisión a señalar determinadas cuestiones básicas.

34. Los resultados de la investigación confirman las conclusiones sobre la distribución obtenidas a partir de materiales básicos (Sección I anterior). En particular, subrayaban los cambios derivados de la introducción de la tecnología de la información (TI). La información está más concentrada en las manos de los distribuidores, que en la actualidad constituyen un contrapeso más fiable para el poder de los fabricantes.

35. Se hizo gran hincapié en el mercado interior, todavía no completado. Esto es debido no sólo a los obstáculos naturales (por ejemplo, las diferencias de preferencias, lengua, etc) y el tiempo y riesgo que se ha de emplear y correr para superarlos, sino también el carácter incompleto o el funcionamiento deficiente del mercado único.

36. Un gran número de entrevistas plantearon también cuestiones relacionadas con los obstáculos privados de carácter estructural que entorpecen el mercado único y el comercio paralelo. En el transcurso de las entrevistas se evidenció que muchos minoristas no aprovechan las oportunidades de que gozan para explotar las diferencias de precios entre los Estados miembros por temor a deteriorar relaciones ya consolidadas con los fabricantes o a que sean objeto de represalias tales como boicoteos o discriminación de precios. No parece que los grupos de compradores transfronterizos hayan influido de forma significativa en la disminución de las diferencias de precios. Por otra parte, la introducción de la TI y los ahorros logísticos logrados mediante la cooperación estrecha en la cadena de suministro implican que las diferencias de precios han de incrementarse antes de que el comercio paralelo pase a ser rentable, especialmente a la vista del carácter necesariamente incierto y de aleatoriedad de los suministros obtenidos de tal fuente. La TI facilitó a los fabricantes la posibilidad de localizar y paralizar las fuentes del comercio paralelo entre los mercados nacionales. Incluso cuando los distribuidores trataron de abastecerse en otros Estados miembros (más baratos), casi nunca se les permitía y se les volvía a remitir a las filiales nacionales del fabricante o a su agente exclusivo en el territorio en el que el distribuidor en cuestión pretendía importar las mercancías. Todas estas prácticas incrementan la incertidumbre de las importaciones paralelas

y las hacen menos atractivas, con lo que, por sí solas, su función de integración en el mercado puede ser menos efectiva.

37. Se criticó en varias ocasiones la estructura y la aplicación de la política actual de la Comisión en relación con las restricciones verticales y las exenciones por categorías, y se presentaron varias solicitudes de introducción de cambios o adaptaciones ⁽⁴⁾. Las observaciones más frecuentes son las siguientes:

- las exenciones por categorías actuales carecen de flexibilidad, constituyen un corsé demasiado estricto y presentan características muy reglamentarias;
- se hace demasiado hincapié en el análisis de las cláusulas y, sin embargo, no se tiene en cuenta suficientemente la repercusión económica de los acuerdos. Se podría aplicar una política más rigurosa si se adoptasen medidas activas de retirada de las exenciones por categorías;
- el principio de autoridad única es fundamental, tanto como el de seguridad jurídica, que corre el riesgo de perderse si se desechase el régimen de las exenciones por categorías. Las cartas administrativas de compatibilidad no constituyen una solución satisfactoria;
- de mantenerse el régimen de la exención por categorías, éste debería ser más flexible, menos dirigista y con un alcance más amplio. Por ejemplo, una cláusula inadmisibles no debería ser motivo de nulidad de toda la exención, y las exenciones por categorías podrían incluir bienes intermedios, es decir que no se limitasen exclusivamente a los bienes de reventa, como en la actualidad;
- la política de la Comisión debería fomentar, en lugar de discriminar, la pluralidad de sistemas de distribución. Esta multiplicidad puede darse en el caso de que los grupos de compra y las asociaciones de minoristas (o un grupo compuesto por una mezcla de filiales integradas y establecimientos no integrados, tales como los concesionarios de franquicia) intenten lograr los ahorros logísticos que se pueden obtener de la aplicación plena de la TI y de la integración de la cadena de suministro;
- algunos de los entrevistados se plantearon la utilidad de dotarse de normas contra la discriminación de precios, incluso para las empresas que no gocen de posición dominante, para evitar que las filiales integradas establezcan precios distintos en diferentes Estados miembros;
- los puntos de vista sobre la distribución selectiva son muy variados. Algunos de los entrevistados se mostraron satisfechos con su funcionamiento y se consideraba necesario para distribuir determinados productos. Otros consideraron que ocasionaba rigidez en los precios, que quedaban excluidos los establecimientos de rebajas aunque cumplieran los criterios de inclusión en el sistema y que la distribución selectiva se utilizaba para muchos productos, cuando ya no tenía razón de ser. Se denunció la falta de transparencia y objetividad en la aplicación de los criterios de admisión al sistema y la arbitrariedad de que hacían gala los fabricantes.

VIII Opciones

⁽⁴⁾ En muchos aspectos estas observaciones reflejan las presentadas por las organizaciones empresariales: UNICE (Modernising EU competition policy UNICE 1995), BDI (Standortfaktor Wettbewerbspolitik - Reformbedarf auf deutscher und europäischer Ebene, BDI 1995) y CBI (Loosening the strait-jacket CBI proposals for reform of the scope and administration of Article 85. CBI 1995) así como sus asesores legales y abogados (por ejemplo, B. Hawk, "System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law", Common Market Law Review, Vol. 32, N°4, 1995). El argumento principal de estas observaciones reside en que el apartado 1 del artículo 85 presenta una redacción demasiado amplia en el caso de las restricciones verticales, que los reglamentos relativos a las exenciones por categorías han supuesto un corsé muy estricto de carácter normativo y que el funcionamiento actual de las notificaciones individuales y las cartas de compatibilidad es, a la vez, costoso y no ofrece la seguridad jurídica que sería de desear.

38. El Libro Verde desea que se le remitan comentarios sobre las cuatro opciones que figuran a continuación. No se trata de opciones excluyentes, por lo que se pueden combinar elementos específicos de cada una de ellas.

39. Algunas observaciones o cuestiones son comunes para algunas o todas las opciones:

- aunque la Comisión reconoce que la jurisprudencia de los tribunales Comunitarios y su propia política en relación con las restricciones verticales han evolucionado con el tiempo y es probable que sigan haciéndolo, sólo se plantean opciones que se mantienen dentro de las fronteras del artículo 85, tal como lo han interpretado los tribunales europeos, y
- la protección territorial total y el mantenimiento de precios (RPM) que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros no sólo seguirán sujetos al ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, sino que es poco probable que queden exentos,
- las opciones se aplican exclusivamente a los acuerdos verticales de distribución, y no a los acuerdos entre competidores, a pesar de éstos se puedan autorizar para determinadas PYME,
- las opciones se aplican principalmente a los acuerdos verticales para productos destinados a la venta al por menor. Se solicitan comentarios sobre la posibilidad de que las opciones abarquen también a los bienes de producción,
- los procedimientos de no oposición no constituyen una solución adecuada para la tramitación de un elevado número de casos,
- interesa conocer los distintos puntos de vista sobre la utilización de los umbrales de cuota de mercado, ya sea para definir los criterios que se han de reunir para dar derecho a la exención, ya sea como guía para las estructuras de mercado cuando la Comisión pueda retirar el beneficio de dicha exención, y
- en la actualidad se están adoptando medidas destinadas a incrementar los umbrales por debajo de los cuales no es de aplicación el apartado 1 del artículo 85 (Comunicación sobre acuerdos de menor importancia - "de minimis"). Como hipótesis de trabajo, se puede partir de la base del 10%.

OPCIÓN I - MANTENER EL SISTEMA ACTUAL

40. En el anterior punto V se mencionan las ventajas del enfoque actual. Se mantendrían las condiciones especiales para la cerveza y la gasolina.

OPCIÓN II - EXENCIONES POR CATEGORÍAS MÁS AMPLIAS

41. Esta opción consiste en el mantenimiento del enfoque vigente y de las numerosas ventajas que presentan las exenciones por categorías, al tiempo que se da respuesta a las críticas recibidas, tratando de hacerlas más flexibles, de que abarquen un mayor número de situaciones y de que sean menos reglamentistas. Además, esta opción plantea la conveniencia de adoptar un Reglamento de exención por categorías para la distribución selectiva o un procedimiento independiente de arbitraje para los litigios relativos a la admisión a tales sistemas de distribución. También se flexibilizarían los acuerdos especiales relativos a la cerveza y la gasolina.

Se solicitan sugerencias en relación con el tipo de modificaciones que se podrían introducir.

OPCIÓN III - EXENCIONES POR CATEGORÍAS MÁS ESPECÍFICAS

42. Debido a que siguen existiendo diferencias considerables de precios en el mercado único, a que las restricciones verticales pueden ser contrarias a la competencia cuando van unidas a una situación de dominio en el mercado y a que la competencia dentro de cada marca es importante especialmente cuando no es muy fuerte la competencia entre las distintas marcas, esta opción propone que se limiten las exenciones por categorías actuales a las empresas con cuotas de mercado por debajo de un determinado umbral [40%]⁽¹⁾. Entre las sugerencias presentadas sobre el modo de limitar cualquier problema de masa o inseguridad jurídica que pueda plantearse para aquellos casos que superen el umbral se ha de mencionar la siguiente: se concederá exención sólo a condición de que no exista discriminación de precios entre los distintos Estados miembros. Los acuerdos especiales relativos a la cerveza y la gasolina limitarían también el alcance de la exención por encima del umbral del [40%] de cuota de mercado.

OPCIÓN IV - REDUCIR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 85

43. En respuesta a las críticas según las cuales las exenciones por categorías han actuado a modo de corsé y el apartado 1 del artículo 85 se ha aplicado de forma demasiado amplia a las restricciones verticales sin referencia a su contexto económico y de mercado, la presente opción propone que las partes con una cuota de mercado inferior al [20%] introduzcan una presunción rebatible de compatibilidad con el apartado 1 del artículo 85 ("presunción de declaración negativa"). Esta presunción se podría aplicar mediante una comunicación y, posteriormente y a la luz de la experiencia adquirida, en el marco de un reglamento de declaración negativa. Este enfoque sólo se aplicaría a los sectores de abastecimiento de cerveza y gasolina en la medida en que el impacto acumulativo de las redes paralelas no tenga un efecto de compartimentación significativo. La presunción de declaración negativa podría refutarse sobre la base de un análisis que tenga en cuenta factores tales como la estructura de mercado (por ejemplo, oligopolio), obstáculos de acceso al mismo, grado de integración del mercado único o impacto acumulativo de redes paralelas.

44. Por encima del umbral del [20%] existen dos variantes:

- Variante I: exenciones por categorías más amplias descritas en la opción II.
- Variante II: seguir la opción III con exenciones por categorías más amplias hasta un 40% de cuota de mercado, aunque por encima de este límite no se aplicarían las exenciones por categorías o se limitaría su ámbito de aplicación.

Las variantes para la cerveza y la gasolina por encima del [20%] serían las descritas en las opciones II y III para tales sectores.

* * * * *

⁽⁵⁾ Por debajo de este umbral es posible introducir las sugerencias de modificación que figuran en la Opción II.

OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LAS OPCIONES

45. Aunque la Comisión desea entablar consultas y debatir los posibles cambios que se hayan de introducir, se parte de la base de que la orientación y normas actuales serán de aplicación hasta que la Comisión no introduzca modificaciones.

46. Sería útil para la Comisión que los comentarios sobre las opciones se centraran sobre las cuestiones siguientes, que han de ser tenidas en cuenta en su totalidad a la hora de optar por una de ellas.

- Cuestiones substantivas de política de competencia
- ¿Distingue la opción de modo eficaz entre las consecuencias favorables y contrarias a la competencia de los acuerdos? ¿En qué medida facilita la integración de los mercados? ¿En qué medida permite que se introduzcan nuevas formas de distribución? ¿Se benefician suficientemente los consumidores? y ¿Qué actitud se tiene ante la utilización de umbrales de cuota de mercado como guía o norma en la aplicación de las directrices?
- Cuestiones jurídicas y de procedimiento
- ¿En qué medida ofrece la opción seguridad jurídica y una ejecución rápida y eficaz sin provocar la masificación de innumerables notificaciones individuales? y ¿En qué medida hace posible el principio de autoridad única y la descentralización?
- ¿Hasta qué punto puede aplicarse la opción mediante la introducción de cambios en la práctica (por ejemplo, cartas administrativas de compatibilidad) o las normas (por ejemplo, Reglamentos de la Comisión) actuales de la Comisión?, o ¿En qué medida sería necesario introducir nuevos cambios legales sustantivos (por ejemplo, Reglamentos del Consejo)?

En el punto 306 figura la dirección a la que se deberán enviar los comentarios.

INTRODUCCIÓN AL LIBRO VERDE Y SOLICITUD DE COMENTARIOS DE TERCEROS INTERESADOS

I. Importancia de las restricciones verticales para la política de competencia comunitaria

1. La integración de las diferentes economías de los Estados miembros y la creación de un mercado único son objetivos políticos fundamentales de la Unión Europea (artículo 2). Uno de los instrumentos concebidos para lograr la integración del mercado único ha sido el establecimiento de un sistema destinado a evitar el falseamiento de la competencia (artículo 3g). Esta integración basada en una competencia sin perturbaciones es reconocida por todos como una de las claves de la competitividad industrial europea en los grandes mercados mundiales y como un medio de acelerar el crecimiento y crear empleo. Así pues, contrariamente a los que ocurre con la política de competencia de cada uno de los Estados miembros y la de nuestros socios comerciales, la política de competencia comunitaria no sólo tiene que tener en cuenta la necesidad de un sistema de competencia leal, sino que tiene que cumplir asimismo el objetivo de integración del mercado.

2. Para lograr este objetivo de integración, la política de competencia de la UE se ha centrado sobre todo en la relación entre productores y distribuidores y otras relaciones verticales en la cadena de distribución. Los productores mantienen relaciones verticales con los proveedores de componentes o de materias primas en unas cadenas de suministro cada vez más complejas. La mayor parte de los productores recurren asimismo a distribuidores especializados, a menudo con intermediarios especializados (por ejemplo, mayoristas) para llegar al consumidor final. Esta relación vertical y de distribución es necesaria :

-para lograr una distribución eficaz, ya que los distribuidores no siempre tienen los conocimientos o técnicas necesarias y los distribuidores especializados pueden realizar economías de escala o de diversificación mediante la distribución de uno o varios productos simultáneamente, y

-para penetrar en nuevos mercados, ya que la relación con un distribuidor local con un conocimiento específico de los mercados en que se van a lanzar los productos puede incrementar las posibilidades de éxito y reducir los riesgos.

3. Además de fomentar la eficiencia y la integración del mercado, las restricciones verticales plantean problemas en relación con la política de competencia, por ejemplo:

- la organización de un sistema de distribución con distribuidores exclusivos designados a nivel nacional puede facilitar la compartimentación del mercado único en mercados nacionales, o

-si varios productores en competencia vinculan a todos los distribuidores de un territorio determinado mediante contratos exclusivos, ello puede originar barreras a la entrada de nuevos productores en el mercado, puesto que éstos últimos no tendrán acceso al sistema de distribución.

Así pues, las restricciones verticales son centro de atención especial de la política de competencia comunitaria.

II. Ámbito de aplicación del Libro Verde

4. En una economía moderna y compleja, existen diversos sistemas de distribución y de relaciones verticales. A medida que las empresas van recurriendo más a la externalización y a los servicios prestados por especialistas tales como los distribuidores, la cadena logística o de suministro se prolonga.

Por consiguiente, las relaciones verticales pueden estar cobrando una importancia creciente. Sin embargo, a efectos de análisis, la Comisión distingue cuatro tipos de sistema:

- venta en exclusiva, por la cual el productor se compromete a vender únicamente a un distribuidor específico en un territorio determinado,

- compra en exclusiva, mediante la cual el distribuidor se compromete a abastecerse de un producto en concreto recurriendo a un único productor (este es el tipo de distribución utilizado normalmente para la cerveza o la gasolina),
- sistema de franquicia, por el cual se concede al franquiciado un territorio en exclusiva en el que explotar los conocimientos técnicos y los derechos de propiedad intelectual del franquiciador y vender con un formato normalizado,
- distribución selectiva, mediante el cual los distribuidores se eligen en función de una serie de criterios objetivos necesarios para la distribución eficaz del producto, pudiendo vender únicamente a los consumidores finales (a los que además del producto suelen prestar algún servicio) o a otros distribuidores seleccionados que cumplen los criterios objetivos. Este sistema se aplica concretamente a los productos de alta tecnología (electrónica de consumo) o de lujo (perfumes).

5. La Comisión ha elaborado normas específicas para estos cuatro tipos de distribución. Por lo que respecta a los tres primeros tipos, dichas normas se hallan recogidas en tres Reglamentos ⁽¹⁾; la distribución selectiva, por su parte, es objeto de decisiones y prácticas de la Comisión.

6. El presente Libro Verde cubre todas las relaciones verticales dentro de la cadena de distribución, aunque concederá particular importancia a los cuatro tipos de distribución mencionados anteriormente ⁽¹⁾. Dado que casi toda la actividad económica moderna conlleva relaciones verticales, la política de competencia que la Comunidad desarrolla en esta área interesa más que ninguna otra a la mayoría de las empresas. El presente Libro Verde no cubre directamente las cuestiones relacionadas con el poder adquisitivo. Aunque exista cierto solapamiento, es más conveniente tratar dichas cuestiones por separado.

III. Objetivo del Libro Verde

7. El Libro Verde se propone emprender una revisión fundamental de la política aplicada a las restricciones verticales. La actual política ha ido desarrollándose durante treinta años y ha ido evolucionando para poder hacer frente con éxito a los cambios sobrevenidos en dicho periodo. Sin embargo, en este momento, parece necesario emprender una reforma debido a que:

- los tres reglamentos que cubren la compra y la venta en exclusiva (incluidos los acuerdos especiales para la cerveza y las estaciones de servicio) y las franquicias van a expirar y una revisión contribuirá a preparar su renovación introduciendo los cambios que se consideren pertinentes,
- ya ha sido adoptada la mayor parte de la legislación sobre mercado único. Por lo tanto, en el futuro, las barreras privadas (es decir, los acuerdos entre empresas) pueden empezar a cobrar mayor importancia que las públicas como causa de compartimentación del mercado único, y
- se han producido cambios muy significativos tanto en la estructura de la distribución final como en la organización logística (debido, en gran medida, a la aplicación de la tecnología de la información) que pueden tener repercusiones en la política que la Unión aplica a las restricciones verticales.

8. El libro Verde describe la situación económica y jurídica actual en relación con las restricciones verticales, así como los resultados del estudio preliminar. El documento se centrará en la integración del mercado y en cuestiones puramente relacionadas con la competencia. Este ejercicio ha permitido a la

⁽⁶⁾ Reglamentos de la Comisión (CEE) n° 1983/83, 1984/83 (véase asimismo la Comunicación de la comisión 84/c 101/02) y 4087/88. Todos los reglamentos, comunicaciones y otros textos legales fundamentales pueden encontrarse en "legislación sobre competencia en las Comunidades Europeas Vol.1A Normas aplicables a las empresas". Comisión Europea 1994.

⁽⁷⁾ El presente Libro Verde no cubre los vehículos de motor (tratados en un reciente reglamento de la Comisión (1475/95), ninguna relación vertical en la licencia de derechos de propiedad intelectual o sobre agentes comerciales (que son objeto de estudios separados). Asimismo, debe tenerse en cuenta que en general, el artículo 85 se aplica a la producción y al comercio de productos agrícolas. Sin embargo, el apartado 1 de dicho artículo no se aplica a aquellos arreglos que fueran una parte integral de una organización del mercado común.

Comisión determinar una serie de alternativas para la futura presión de la política con respecto a las restricciones verticales (para las medidas alternativas, véase la síntesis preliminar y el capítulo VIII).

IV. Solicitud de comentarios

9. La Comisión ha remitido el Libro Verde al Parlamento, los Estados miembros, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones. El Comisión entablará un diálogo con estos interlocutores y les invitará a expresar su opinión sobre el texto y las alternativas propuestas.

10. Mediante la publicación del Libro Verde, la Comisión invita y anima a los interesados - productores, distribuidores, organizaciones de consumidores y representantes sindicales- a remitir sus comentarios. Se invita, en particular, a los interesados a que remitan sus comentarios sobre las diferentes alternativas, aduciendo sus razones y todos los datos cuantitativos que apoyen la opción preferida. Asimismo, se invita a los interesados a que formulen su opinión sobre la forma más eficaz de aplicar esta opción y los cambios de orden legislativo que traería consigo. La Comisión podría decidir la realización de una auditoría una vez que haya finalizado el plazo de envío de comentarios por escrito, si existe el suficiente interés y si considera que los comentarios enviados demuestran su necesidad de dicha auditoría.

Así, el proceso de consulta con todos los interlocutores socioeconómicos permitirá a la Comisión decidir la orientación y la forma que debe adoptar su política en este ámbito a la luz de todos los datos y opiniones.

11. Más adelante, en el punto 306, se facilita la dirección a la que deberán enviarse los comentarios.

12. Aunque la Comisión tiene gran interés en emprender la consulta y discutir los posibles cambios en su política, es evidente que, mientras no proceda a su sustitución, seguirán siendo de aplicación la política y las normas actuales.

Capítulo I

ESTRUCTURA DE LA DISTRIBUCIÓN

I. Introducción

13. El presente capítulo se propone ofrecer una breve panorámica general del sector de la distribución, y señalar los cambios y tendencias estructurales que pueden revestir interés en relación con la política de competencia sobre restricciones verticales en la Unión Europea ⁽¹⁾. Hay que empezar por reconocer que existen grandes diferencias entre las estructuras de distribución de los distintos Estados miembros y que muchos de los cambios y tendencias en la distribución apuntados en este capítulo son difíciles de evaluar a escala comunitaria, ya que se dan en distinto grado en los diferentes Estados miembros y sectores de distribución, si bien son fundamentales para entender las implicaciones de las restricciones verticales en las relaciones de competencia entre las empresas de la Comunidad y el establecimiento y mantenimiento del mercado único. En este capítulo, el término "distribución" se emplea en su acepción más genérica, de forma que abarque todas las actividades comerciales entre productores y consumidores, entendiendo por consumidores los transformadores, fabricantes o consumidores finales.

14. Las diferencias entre los sectores de fabricación, distribución mayorista y distribución minorista están cada vez más difuminadas. Hoy en día, es frecuente que sea el productor quien asuma parcial o totalmente las tareas correspondientes al subsector de distribución, mientras que algunos minoristas operan tanto en la distribución al por mayor como en la fabricación. Así pues, es sumamente difícil analizar estos sectores de forma independiente o interpretar los datos estadísticos. Estos subsectores se conciben cada vez más como actividades integradas en una única cadena de suministro que va, desde el abastecimiento de materias primas, pasando por la fabricación, hasta la distribución al consumidor final. En este capítulo, los términos "fabricante" y "proveedor" se utilizan como sinónimos para referirse a las empresas que constituyen el primer eslabón en la cadena de suministro de un determinado producto (a los proveedores que se encuentran en eslabones inferiores se les denomina mayoristas o minoristas).

II. Importancia de la distribución

15. La práctica totalidad de los bienes y parte de los servicios pasan del productor al consumidor a través de un proceso de comercio y distribución. La distribución no sólo debe considerarse un sector, sino un proceso o función dentro de la economía que cumple por sí solo una función de valor añadido. A principios de los años noventa, 4,5 millones de empresas (un 29,4% del total) de la Unión Europea llevaban a cabo actividades de distribución, de las cuales 3,4 millones operaban en el sector minorista y 1,1 millones en el mayorista ⁽¹⁾. Este porcentaje varía considerablemente en función de los distintos países, situándose entre el 20% en Dinamarca y Bélgica y el 40% en Grecia ⁽¹⁾. El comercio de la distribución representó aproximadamente 22 millones de puestos de trabajo en la CE en 1994 (15,6% del total de empleos). En 1991, 12,9% de todo el valor agregado en la CE fue generado en este sector, variando, por países de un 10% en Alemania a un 17% en Portugal.

⁽⁸⁾ La DG XXIII de la Comisión ha lanzado una oferta de licitación para la elaboración de un estudio sobre "Estructura y tendencias en los sectores de la distribución de la Comunidad Europea" que deberá estar listo en 1996 (DO C 228, 2.9.95, p.17). Este y otros estudios que se publiquen ulteriormente se tendrán en cuenta durante el proceso de consulta que seguirán a la publicación del presente Libro Verde.

⁽⁹⁾ Ver el anexo estadístico del "Libro verde del Comercio" publicado por la Comisión. COM (96)530 del 20.11.1996

⁽¹⁰⁾ Las definiciones y métodos estadísticos para el procesamiento de datos sobre distribución de la contabilidad nacional varían considerablemente. El sistema armonizado de clasificación (NACE Rev.1) sólo entró en vigor en 1993.

16. La viabilidad a largo plazo de cualquier miembro de la cadena de suministro está cada vez más sujeta a la capacidad de la cadena en su conjunto para competir con las de otros operadores económicos. Por este motivo, los miembros de una cadena pueden tratar de influir en su funcionamiento: se puede lograr el control completo mediante la adquisición de otros miembros de la cadena, es decir, con la integración vertical. Al carecer de los recursos financieros necesarios para vender directamente a los consumidores finales, muchos productores recurren a los mayoristas o minoristas debido, principalmente, a su mayor capacidad para poner a disposición de los clientes los bienes en cuestión. Cuando, como ocurre en la mayoría de los sistemas de distribución, no existe integración vertical en parte o en la totalidad de la cadena de suministro, las relaciones pueden regirse por las restricciones verticales, que constituyen el tema central del presente Libro Verde.

III. Distribución mayorista

Descripción

17. La distribución mayorista es una actividad difícil de definir que parece tener distintos significados en los diferentes Estados miembros. Sus funciones han evolucionado con el tiempo y, en la actualidad, aún coexisten distintos tipos de organizaciones mayoristas en diferentes fases de desarrollo. La clasificación NACE rev. 1 define la distribución al por mayor como entidades que se ocupan "exclusiva o principalmente de la reventa, en su propio nombre, de bienes a minoristas o a otros mayoristas, a fabricantes u otros productores para una transformación posterior, a usuarios profesionales, incluidos los artesanos, u otros usuarios importantes".

18. Los mayoristas compran principalmente a los fabricantes y venden a los minoristas, a los usuarios industriales y a otros mayoristas. Los mayoristas desempeñan diversas funciones de valor añadido tales como la venta y la promoción, la adquisición y acumulación de existencias diversas, división de lotes al por mayor en lotes minoristas, el almacenamiento, el transporte, la financiación, el soporte del riesgo, suministro de información comercial y la prestación de servicios de gestión. A lo largo de la cadena de distribución, las funciones que garantizan el proceso económico pueden ser realizadas por empresas independientes de distribución al por mayor o, en sus fases correspondientes dentro de la cadena de distribución, por las empresas de ventas de los proveedores o los departamentos de adquisición de los compradores. En general, los fabricantes y los compradores recurren a los mayoristas únicamente cuando éstos desempeñan con mayor eficacia una o varias de las funciones de valor añadido mencionadas.

19. El comercio mayorista ha sido descrito por ciertos analistas como una función que, dentro de la cadena de distribución, establece un puente entre las distintas exigencias en materia de espacio, tiempo, volúmenes o precios. En general, la distribución al por mayor sólo deberá estar sujeta a vigilancia con arreglo a las normas comunitarias sobre competencia y restricciones verticales cuando estos "puentes" no estén abiertos a todos los productos (distribución exclusiva) o sólo bajo acuerdos restrictivos (por ejemplo, restricciones de adquisición en exclusiva y restricciones a los consumidores). La existencia de mayoristas parece asimismo importante para el acceso al mercado, en particular, de las pequeñas y medianas empresas. Los mayoristas que no actúan con acuerdos de exclusiva pueden desempeñar un papel muy importante en el logro de precios más ventajosos, en particular, en los sectores donde los minoristas no cuentan con recursos suficientes para realizar actividades de importación y exportación significativas. La escasa información disponible sobre los mayoristas parece indicar que existen empresas para las cuales los mercados extranjeros son más importantes a efectos de abastecimiento que de ventas, aunque, a pesar de ello, facilitan las exportaciones.

Tendencias

20. La economía europea está atravesando por un momento de cambio que está repercutiendo en la cadena de distribución y en la posición del mayorista. La mayor concentración e integración de la distribución al por menor ha modificado la posición de los mayoristas, intermediarios tradicionales entre los fabricantes y las tiendas minoristas. Se puede decir que la cadena de distribución al por menor está absorbiendo las funciones que ejercían los mayoristas, y que es muy probable que esta tendencia continúe. Los avances en la tecnología de la información y en los modernos sistemas de distribución han provocado

cambios en el control de existencias, que ha pasado de los mayoristas a los minoristas (por ejemplo, el acceso a la información en los puntos de venta permite a las grandes cadenas minoristas prever la demanda con gran exactitud y ajustar así sus niveles de existencias y sus plazos de entrega). Otra tendencia ha sido la reducción del número de distribuidores nacionales independientes, especialmente en el sector alimentario, con productores que confían la distribución nacional a filiales enteramente de su propiedad.

21. En algunos casos, los mayoristas tratan de ofrecer a los minoristas servicios adicionales en ámbitos tales como el control financiero y de existencias, el establecimiento de nuevos puntos de venta al por menor, la creación de una imagen común, etc. Algunos mayoristas han creado las denominadas cadenas voluntarias, que suponen un sistema de adquisición centralizada en nombre de sus miembros. Estas cadenas unen a empresas independientes desde el punto de vista jurídico (tanto mayoristas como minoristas) permitiéndoles competir de forma más eficaz con empresas integradas de mayores dimensiones mediante la utilización común de una única cadena de suministro moderna y eficaz.

22. Nuevas empresas tales como las especializadas en almacenamiento y en distribución física han penetrado en el mercado de servicios de distribución para prestar este tipo de servicios a nivel europeo a grandes productores. Estos proveedores de servicios logísticos no participan en el proceso comercial en la misma medida que los mayoristas (es decir, no tienen derechos de propiedad sobre los productos). Dichos especialistas pueden absorber las actividades logísticas de la industria y de los mayoristas porque poseen sus propios sistemas de información y están implantados en toda Europa. A menudo, forman parte de grandes empresas de transporte que desean invertir en la creación de dichos servicios y sus márgenes de beneficios son mucho más pequeños que los obtenidos en el comercio al por mayor.

23. Ante la caída de las tasas de rendimiento del comercio al por mayor y la integración de otros miembros de la cadena de suministro, muchos mayoristas han reestructurado sus actividades en un intento por incrementar su poder adquisitivo, las economías de escala y el valor añadido, reduciendo al mismo tiempo sus costes operativos. Fundamentalmente, se han emprendido tres estrategias. La primera de ellas ha consistido en la creación de la ya mencionada cadena voluntaria, en la que el mayorista ha tratado de desempeñar el papel preponderante, agrupando a pequeños compradores mediante la adquisición centralizada, la prestación de servicios en común e incluso la utilización de un mismo nombre comercial. La segunda estrategia consiste en la diversificación de las operaciones de los mayoristas en otros mercados, en particular, el minorista. La tercera estrategia es el paso, por parte de los mayoristas, del comercio por entregas a los almacenes "cash and carry" (autoservicios mayoristas), en los que los pequeños minoristas reúnen y pagan sus bienes, y a partir de los cuales se realiza el transporte.

24. En algunos sectores, como el farmacéutico, el comercio mayorista europeo ocupa una posición muy sólida, mientras que, en otros, sus funciones se han integrado con las de los proveedores o compradores. Algunos fabricantes están concentrándose en el núcleo de su negocio dejando las demás actividades de la empresa, como por ejemplo la distribución, en manos de especialistas con mayores conocimientos locales, técnicos y logísticos. Parece que muchos mayoristas han incrementado o están incrementando su poder adquisitivo frente a los productores mediante el desarrollo o la extensión de las redes de distribución de comerciantes independientes. El desarrollo por parte del mayorista de servicios que benefician a sus clientes minoristas contribuirá asimismo a lograr más "valor añadido" para sus propias actividades empresariales.

IV. Distribución minorista

Descripción

25. La distribución minorista es un sector complejo y dinámico que abarca a una variada gama de empresas de escala diversa. Su estructura refleja los rasgos culturales de la sociedad a la que sirve, y puede decirse que los avances en materia de reglamentación, sociológicos, económicos y tecnológicos tienen una importante repercusión sobre ella. Entre los factores con más incidencia sobre dicha distribución se encuentran los hábitos de la población y las tendencias sociales asociadas a ellos (por ejemplo, edad, movilidad, desarrollo urbano, y posesión de un coche). Existe una mayor densidad de puntos de venta en los países mediterráneos (en particular, Grecia, Portugal e Italia) que en el norte de Europa, debido a la

gran proporción de empresas familiares y otros pequeños minoristas. En 1992, el sector alimentario representaba el 32% de los 3,8 millones de puntos de venta de la CE, el comercio no relacionado con los alimentos el 58% y el comercio automovilístico el 10%. En los países mediterráneos, donde se da un alto porcentaje de empresarios individuales, el número de puestos de venta locales es casi idéntico al número de empresas. Sin embargo, en el norte de Europa, donde existe mayor concentración, la diferencia entre el número de empresas y el de puntos de venta es cada vez mayor, ya que un número cada vez más reducido de empresas están haciéndose con el control de redes de puntos de venta cada vez mayores. En la Comunidad, el volumen de negocios de las empresas minoristas a precios constantes se incrementó en un 20 % aproximadamente entre 1985 y 1991. El sector minorista es uno de los que genera más empleo en la Comunidad. En 1990, el empleo en el sector minorista en la CE ascendía a 13,3 millones de personas lo que representa el 10% del empleo total.

26. El consumo de las economías domésticas es el factor más determinante de la actividad minorista. En 1990, el consumo en bienes no duraderos, que equivale al gasto minorista, representaba el 53% del consumo total de las familias en la Comunidad Europea. El consumo en bienes no duraderos supera la media comunitaria en Portugal (66,1%), e Irlanda (64,6%). En dichos países, el porcentaje de productos alimenticios alcanza un 40%, frente al 16,6% de Alemania, el 18,4% en los Países Bajos y un poco más del 19% en Bélgica y Francia. El análisis sectorial del consumo de las economías domésticas muestra la persistencia de una gran variedad de formas de vida, clima, cultura y estilos de vida. Los mercados de determinadas categorías de productos (por ejemplo cosméticos, automóviles, productos de lujo) están evolucionando hacia el logro de cierta uniformidad. Las diferencias regionales persisten para productos tales como los alimenticios, la ropa y el calzado. Así pues, el logro de la homogeneidad de los productos a escala comunitaria es un proceso lento; los minoristas deben ser plenamente conscientes de las necesidades y estilos de vida de los consumidores locales.

27. En determinadas circunstancias, las barreras de acceso al mercado en el sector minorista pueden acentuar la vertiente anticompetitiva de las restricciones verticales. Un informe sobre la evolución del empleo efectuado en 1994 por el McKinsey Global Institute incluía un estudio de caso sobre el sector minorista. El estudio constata una menor creación de empleo en Europa en comparación con Estados Unidos y ofrece una serie de soluciones a los responsables del sector. Por lo que respecta al sector minorista, el estudio llega a la conclusión de que "las restricciones en los mercados de productos constituyen las barreras más evidentes a la creación de empleo, y las más fáciles de suprimir. La limitación de horarios de apertura, unas restricciones excesivas en materia urbanística y el derecho de veto concedido a los minoristas ya existentes han limitado la creación de mayor valor, de mayor empleo en el sector minorista y han restringido las posibilidades de compra de los consumidores. Dichas restricciones no han salvado a los minoristas a los que se suponía que debían proteger, como demuestra la rápida desaparición de los pequeños comercios en Francia, Alemania y Japón, sino que, simplemente, han limitado la creación de nuevos empleos, lo que ha conducido, a su vez, a una disminución del empleo, de la renta nacional y del valor ofrecido al consumidor." La tendencia a relajar restricciones sin poner en riesgo objetivos, con un carácter social, de empleo o de planeamiento espacial, observada en los últimos años en los estados miembros, tiene que ser vista positivamente.

28. Para la mayoría de los bienes de consumo, el comercio minorista es el último eslabón de la cadena de distribución entre el cliente y el fabricante del producto. A pesar de ello, son muy pocos los fabricantes que cuentan con sus propios puntos de venta al por menor, prefiriendo dejar esta actividad en manos de minoristas especializados, bien por las economías de escala y diversificación de estos últimos o por su capital y sus conocimientos de ámbito local. En su forma más simple, el comercio al por menor es la actividad a través de la cual los bienes y servicios se ponen a disposición del cliente para su adquisición y consumo. El papel de los minoristas en la cadena de distribución varía en función de las características de los productos o servicios, y del tipo y la naturaleza de sus relaciones comerciales con los demás operadores que participan en ella. El papel tradicional del sector minorista no es el de crear en sí mismo bienes y servicios, y, por lo tanto, las actividades de los minoristas han tendido a reflejar esta función restringida. En la actualidad, la actividad minorista tiende cada vez más a "añadir valor" a los productos y servicios y a hacerlos más atractivos a los ojos de los consumidores. Cada vez son más las cadenas minoristas de alimentación que ofrecen una amplia gama de productos bajo sus propias marcas. Algunas cadenas minoristas están tratando de crear asimismo una marca que se venda fuera de sus tiendas. En los países de

Europa Occidental se observa una mayor integración ascendente, lo que significa que un volumen cada vez mayor de productos de rápida movilidad pasan directamente del proveedor a los comercios minoristas. Esta tendencia tiene su origen en la reducción de los plazos comercialización y transporte y el perfeccionamiento de la tecnología de la información.

29. Aunque los fabricantes ofrecen productos que se comercializan en todos los Estados miembros bajo la misma marca y las cadenas minoristas emprenden cada vez más actividades transfronterizas, la actividad minorista no puede considerarse un fenómeno único y homogéneo a escala internacional. A pesar de estar creciendo en importancia, la internacionalización aún se limita a determinados países y grupos minoristas. A principios de los años noventa, el 75% de las transacciones internacionales en el sector minorista de la alimentación estaban controladas por tres países (Alemania, Francia y el Reino Unido). La idea de que "el comercio minorista es una actividad local" sigue siendo cierta, no sólo por las diferencias culturales, delimitadas geográficamente, sin también debido a las técnicas de organización y venta. Muchos minoristas a escala transfronteriza han tenido que adaptar su oferta para responder a los gustos de los consumidores locales y siguen aplicando condiciones de comercialización basadas en el elemento nacional más que en la idea paneuropea.

Tendencias

30. El comercio minorista es un sector extremadamente dinámico y cambiante, en el que se dan altos índices de creación y desaparición de empresas, sobre todo de las más pequeñas. Aunque en la mayoría de los países, todavía en los años 50, los comercios independientes abastecidos por mayoristas constituían la norma general, progresivamente, las cadenas múltiples han pasado a desempeñar un papel fundamental. En todo el norte de Europa, los grandes minoristas controlan más del 50% de la venta al por menor. Posiblemente con la excepción de Suecia y Finlandia, donde los grupos de comerciantes han garantizado la supervivencia de muchos operadores de pequeñas dimensiones, esta parte de Europa cuenta con la red más desarrollada de tiendas con mayores puntos de venta y que controlan importantes volúmenes de comercio. Esta tendencia a la concentración es más marcada en el sector de la alimentación que en el resto de los sectores. En la mayor parte de los Estados miembros del norte de Europa, los cinco minoristas principales en el sector de la alimentación controlan el 50% del comercio minorista alimentario. En el sur de Europa, el comercio minorista está menos concentrado y prevalecen las pequeñas empresas. En el sector manufacturero, la concentración de la distribución registra la misma tendencia. Esta tendencia también queda patente por el crecimiento de las marcas de minoristas y el declive de las marcas secundarias en determinados Estados miembros ⁽¹⁾.

31. De todos los participantes en la cadena de distribución, el minorista es el que se halla más cerca del consumidor, y cada vez se sirve más de los conocimientos derivados de su posición para desarrollar actividades más adaptadas a la demanda del cliente. Las empresas del sector han reconocido que la percepción que tienen los consumidores de la organización y disposición de la tienda son fundamentales para el comercio minorista y han reaccionado en consecuencia. Por un lado, en algunos segmentos minoristas existe la tendencia de pasar de una oferta minorista general a una oferta más especializada, lo que ocurre particularmente en las tiendas más pequeñas. Con ello, se intentan explotar los segmentos de mercado especializados, determinar cuáles son los posibles clientes y facilitar una oferta que responda a sus necesidades. Por otro lado, muchos consumidores aún consideran adecuada una oferta minorista de gran alcance o más general. El crecimiento y la expansión de las tiendas de alimentación a gran escala (ya sean hipermercados o grandes comercios) constituyen un buen ejemplo de ello. Sin embargo, incluso en el sector de las grandes tiendas, que generalmente se asocian con el comercio minorista a gran escala, se está produciendo una especialización. Las grandes tiendas especializadas están desarrollando muchas líneas de productos (muebles, bricolaje, jardinería, ropa, calzado, discos y juguetes) y varios grandes almacenes están adaptando sus líneas de productos, convirtiéndose en especialistas textiles de gran envergadura.

32. Cada tipo de tienda (por ejemplo, grandes almacenes, hipermercados y tiendas especializadas a gran escala) puede compararse con un producto con un ciclo de vida específico. En Alemania, Francia y el Reino Unido, las tiendas que venden una gran variedad de productos y los autoservicios convencionales

⁽¹⁾ Sobre la cuestión del declive de las marcas secundarias, véase también el capítulo VII.

(supercorretos y minimercados) están experimentando un descenso en su crecimiento. Las tiendas especializadas a gran escala en la periferia y las tiendas de descuento, las cadenas especializadas y las tiendas de conveniencia en el interior de las ciudades están en fase de crecimiento. A medida que el modelo de comercio minorista tradicional desaparece va siendo sustituido por otros. Las nuevas instalaciones suelen ser más modernas y mejor equipadas para los requisitos locales. La fase de desarrollo en que se encuentra un determinado punto de venta no es el mismo en todos los países. El hipermercado se está expandiendo rápidamente en el sur de Europa (España, Italia, Grecia y Portugal) pero su crecimiento ha disminuido en el norte.

33. Además de considerar el marketing un factor fundamental para el incremento de las ventas, la gestión minorista se centra en la estructura de los costes. Por ese motivo, se considera primordial maximizar los beneficios del poder adquisitivo a través de la escala y la eficiencia. La escala está relacionada con el volumen de productos vendidos dentro de una misma gama, el crecimiento de las ventas a través del desarrollo interno, la adquisición o la colaboración. La amplitud de la gama de productos y el número de marcas almacenadas también repercute en el poder adquisitivo, ya que el volumen de ventas se concentra o se dispersa sobre las líneas o marcas. La eficiencia en la toma de decisiones, la centralización y la coordinación de las adquisiciones también crean un mayor poder adquisitivo. Desde la perspectiva de la política de competencia, es importante reconocer que esta eficiencia puede perderse si el minorista se lanza al comercio paralelo o recurre a otras fuentes fuera de la cadena de suministro normal ⁽¹⁾. Aunque los precios de adquisición son importantes, ningún minorista los analiza aislándolos de los costes de transporte, almacenamiento y administración y del impacto del abastecimiento sobre la eficiencia de la cadena de suministro. Los comercios minoristas de alimentación optimizan, en concreto, la gestión del espacio de estantes que es un factor determinante en las decisiones de compra. La gestión de la entrega y distribución a las tiendas y consumidores está estrechamente unida al coste de adquisición, en particular para los minoristas con un volumen de negocios de productos almacenados muy alto. En Europa, existe una clara tendencia hacia la descentralización de la distribución física, en la que los proveedores entregan sus productos a un centro de redistribución en vez de hacerlo directamente a la tienda. A menudo, el proceso conlleva la subcontratación de esta actividad a una tercera empresa de distribución especializada.

34. A fin de mejorar el marketing y el control, es cada vez más importante la gestión de la cadena de suministro. Aunque las condiciones de adquisición aún siguen siendo objeto de negociación entre los proveedores y los minoristas, la naturaleza de estas negociaciones es cada vez más cooperativa. La coordinación de la cadena de suministro ha crecido, reforzada por la mayor información sobre el movimiento de productos y por el creciente poder de los minoristas que consideran sus puntos de venta como una marca. La combinación de actividades, productos y servicios ofrecidos por los minoristas "añade valor" al producto básico y es una forma de diferenciarse de los competidores. El aumento de la publicidad en el sector minorista refleja esta tendencia, como también la refleja el desarrollo de gamas de productos de marca minorista. El papel de la marca minorista ha cambiado, concretamente en el sector de la alimentación. La posición de mercado original de estas marcas alimentarias era una alternativa de menor precio y calidad a las marcas de los productores, pero como estas marcas llevan el nombre del minorista y son exclusivas de un establecimiento concreto se ha revisado su posición, su calidad ha mejorado y cada vez se las asocia más al lanzamiento de nuevos productos. En algunas cadenas minoristas, las marcas privadas ya suponen el 30% del surtido de productos de consumo inmediato

35. Todas estas cuestiones operativas se han visto facilitadas por la introducción de tecnología en el sector minorista, así como por el perfeccionamiento de las técnicas de gestión. En origen, la inversión tecnológica respondía al deseo de lograr una gestión más eficaz de las existencias e iba asociada a una mejora de la productividad. En la actualidad, cada vez son más los minoristas conscientes del potencial de la tecnología de la información como ayuda para la toma de decisiones de gestión en materia de marketing y estrategia. La adopción de normas universales que permiten la identificación de los productos, la transmisión de datos y el procesamiento electrónico ha sido fundamental para la introducción de la tecnología en el comercio minorista. Por ejemplo, sin la existencia de un acuerdo sobre las normas relativas al código de barras, no se hubiera podido invertir en equipos para la identificación de productos tales como

⁽¹²⁾ Para otras posibles pérdidas de eficacia véanse los puntos 41 a 45 del presente capítulo.

el escáner. La inversión en dichas tecnologías ha permitido crear la infraestructura informática en la que se basan las tecnologías de aplicación tales como la transferencia electrónica de fondos desde el punto de venta y el intercambio electrónico de datos. Estas tecnologías de aplicación facilitan una base informática para lograr una mejor gestión de los minoristas y facilitar un contacto directo entre el productor, el proveedor y los sistemas informáticos de venta al público. Asimismo, permiten a los minoristas a gran escala integrar funciones de mayoristas y desarrollar formas de distribución alternativas.

36. Para hacer frente a la competencia de las grandes empresas de distribución, algunas PYME han protegido su cuota de mercado asociándose en una red que les permite acceder a estructuras logísticas más eficaces, adquirir la masa crítica necesaria y realizar economías de escala. Estas redes de asociación de empresas independientes se estructuran básicamente adoptando la forma de cooperativas de consumidores o minoristas, de grupos de compra, de cadenas voluntarias entre un mayorista y diversos minoristas, o incluso de franquicias. La red de franquicias, cuya aparición es más reciente, se está desarrollando rápidamente, en particular, en los sectores no relacionados con la alimentación, a medida que los productores intentan influir en las redes de distribución. El Estado miembro en que está más desarrollado es Francia donde, en 1991, supuso el 8% del volumen de negocios total del comercio minorista. La ventaja principal de la franquicia sobre otros tipos de red es que se da mayor importancia a la transferencia de los conocimientos técnicos de la empresa y al marketing de una imagen más unitaria. Al agrupar bajo un mismo nombre comercial a empresas independientes de diversos tamaños, estos nuevos tipos de red brindan a las PYME la oportunidad de competir de forma más eficaz con las grandes empresas de distribución. En Alemania, la comercialización a través de estas redes muestra una tendencia al incremento y, en 1992, casi el 50% de las ventas en el sector de la alimentación se realizaron por este sistema. En términos de volumen de negocios, algunas de estas redes son comparables con las grandes empresas de distribución (las dos principales redes francesas de minoristas independientes se encuentran entre los 10 grupos minoristas más importantes de Europa).

37. Los grandes minoristas han ido desarrollando estrategias para mantener el crecimiento y el servicio dentro del mercado. Algunas de sus estrategias son las siguientes:

- Búsqueda de un dominio del mercado de productos. Se busca el crecimiento dentro del "núcleo" del mercado de productos existente mientras que las empresas intentan incrementar su cuota de ventas mediante el establecimiento de nuevos puntos de venta, la cooperación con otras empresas que operan en el mercado, o mediante su adquisición.
- Diversificación más allá de las actividades iniciales de la empresa, penetrando en nuevos mercados de productos o mercados asociados.
- Integración vertical que puede incluir actividades tales como funciones de mayoristas, el desarrollo de productos con una marca propia o la publicidad de marca.
- Diversificación geográfica fuera del mercado nacional. Muchos minoristas están comerciando a nivel internacional sirviéndose de una amplia gama de estrategias de penetración en el mercado. Muchos grandes minoristas generan un importante volumen de ventas con sus actividades transcontinentales. El grado de participación en la gestión de las operaciones internacionales van desde la participación financiera en las empresas existentes, hasta la franquicia y el control de la gestión diaria.

Además, los minoristas en el sector de la alimentación están realizando alianzas transfronterizas. Aunque dichas alianzas no parecen haber impulsado la adquisición colectiva de forma significativa, a menudo facilitan el intercambio de información sobre los productores y los precios que aplican, lo que obliga a éstos a justificar las diferencias de precios en los distintos Estados miembros. Todas estas estrategias han permitido a los minoristas influir en cierta medida en la cadena de suministro, convertirse en socios más equilibrados a la hora de negociar y, en algunos casos, actuar como competidores de los proveedores.

38. El comercio minorista no sigue una única tendencia en toda la unión Europea, y no sólo está influido por las fuerzas competitivas dentro del sector en cada uno de los Estados miembros, sino por las distintas costumbres nacionales y las distintas medidas de regulación del tamaño, la localización, los costes laborales, los horarios de apertura y las prácticas comerciales de las tiendas minoristas. Existen tanta diversidad en la estructura de distribución como entre los Estados miembros de la UE. Esta diversidad no sólo se deriva del hecho de que el sector se halla en diferentes estadios de desarrollo en los distintos Estados miembros, sino también de las diferencias culturales y legislativas. Mientras las diferencias en el

plano legislativo pueden desaparecer con el tiempo, es muy probable que las diferencias culturales persistan y continúen restringiendo la expansión orgánica de los distribuidores minoristas fuera de sus territorios nacionales. No obstante, teniendo en cuenta que, en la próxima década, la internacionalización de las diversas formas de comercio minorista aumentará, aunque parta de un nivel tan bajo como el actual, también pueden aumentar las semejanzas entre las formas de comercio minorista y las técnicas de gestión de los diferentes países. A pesar de estas tendencias, el comercio minorista seguirá manteniendo características nacionales muy específicas. En la mayor parte de los países y mercados de productos minoristas, el poder adquisitivo de las grandes organizaciones está creciendo.

39. Aunque sea demasiado pronto para evaluar plenamente la repercusión de estas tendencias y cambios en la política de competencia comunitaria sobre las restricciones verticales, parece que el comercio paralelo y el arbitraje siguen siendo cuestiones importantes, teniendo en cuenta que la distribución minorista aún sigue llevándose a cabo fundamentalmente a escala nacional, y que el abastecimiento de productos se efectúa en términos nacionales.

V. Cambios en la distribución

Gestión y tecnología

40. Los canales de distribución tradicionales formados por fabricantes, mayoristas y minoristas han entrado en declive. Estos canales tradicionales se componían de operadores independientes que actuaban por separado tratando de lograr el mayor nivel de beneficios en detrimento del canal en su conjunto.

41. La naturaleza de la distribución se ha visto transformada en su totalidad por la revolución que ha supuesto la tecnología de la información. Los sistemas informáticos han obligado a las empresas a reevaluar y adaptar sus relaciones comerciales tanto con los clientes como con los proveedores y les ha permitido adoptar unas prácticas comerciales gestionadas con mayor rigor y eficacia. La adopción por parte de sector de producción de los principios del "just-in-time" (JIT) y su extensión a los sistemas de distribución tradicionales ha modificado profundamente la cadena de distribución. El JIT se basa en el principio de que no deben fabricarse productos ni hacerse pedidos de componentes mientras no exista una demanda desde abajo. Combinado con las tecnologías modernas (como los ordenadores, la automatización, el escáner de láser etc.), el JIT ha facilitado el paso de un proceso de "lanzamiento" (cuando los productos se fabrican y almacenan anticipándose a la demanda) a un proceso de "tirón" (cuando la demanda de los consumidores "tira" de los productos hacia el mercado y detrás de los productos el flujo de componentes se ve determinado por esa misma demanda. El inconveniente del sistema de "empuje" es que a menudo los niveles de existencias almacenadas son mayores o menores de lo necesario. La adopción de la técnica "just in time" reduce la tenencia de existencias y fuerza a las empresas a resolver los problemas de ineficacia y los estrangulamientos en la cadena de suministro. El JIT también supone el paso de un gran sistema de transporte a transportes de menor envergadura realizados con mayor frecuencia, un factor que obliga tanto a los proveedores como a los consumidores a tratar de lograr la consolidación (es decir las entregas JIT de una serie de suministros se consolidan en una sola entrega, reduciendo los costes de transporte y otros costes derivados de unas entregas mas pequeñas y frecuentes).

42. La logística de respuesta rápida (LRR), que consiste en el perfeccionamiento del sistema de JIT, es un concepto que se utiliza para describir una captación de la demanda en un tiempo lo más cercano posible al tiempo real y lo más próxima posible al consumidor final. La aplicación de la LRR se ha visto facilitada por el intercambio electrónico de datos (IED), la reposición de existencias eficiente, el código de barras, el escáner de láser, etc. La aplicación más reciente de estos avances al comercio minorista es la llamada respuesta eficaz al consumidor (REC), cuyo objetivo es ofrecer a este último el mayor valor y los mejores servicios posibles, así como una gran variedad de productos a través de la cooperación, con objeto de mejorar la cadena de suministro.

43. La introducción de los sistemas JIT, LRR y REC en la distribución implica el paso de una relación entre productores, mayoristas y minoristas tradicionalmente distanciada, a una relación de

cooperación, en particular, en el ámbito de la logística ⁽¹⁾. Aunque en los Estados Unidos está ya muy desarrollada, en la Unión Europea, la cooperación entre fabricantes de productos y minoristas en la cadena de suministro se halla todavía en su estadio inicial debido a una serie de obstáculos, como, por ejemplo, el tradicional conflicto entre los fabricantes de marca y las grandes cadenas, que prefieren vender productos con la suya propia, o como la diversidad de condiciones comerciales nacionales. Uno de los ejemplos clásicos de cooperación entre un fabricante de marca y un minorista es la "asociación", en Estados Unidos, entre la empresa Procter & Gamble (P&G) y Wal-Mart uno de los minoristas de mayor envergadura de Norteamérica, a través de la cual, el primero recibe datos sobre ventas que provienen directamente de las cajas del segundo. P&G utiliza esta información para adaptar su producción a la demanda de Wal-Mart. Este sistema tiene para el fabricante y el minorista la ventaja de reducir los niveles de existencias mejorando a la vez la oferta de productos al consumidor. Aunque la "asociación" plenamente integrada, del tipo de la existente entre P&G y Wal-Mart, pueda estar aún poco desarrollada en Europa, estamos asistiendo al nacimiento de sistemas logísticos integrados que unen las operaciones de toda la cadena de suministro.

Estructura

44. La distribución en la Unión Europea está atravesando por un importante proceso de reestructuración. Los cambios introducidos incluyen la concentración, la reducción del número de mayoristas tradicionales, la transformación del sector minorista y una tendencia a la diversificación y la internacionalización.

Los cambios pueden resumirse del siguiente modo:

- una concentración lograda a través de la reducción del número de operadores de grandes dimensiones y de unas relaciones verticales más estrechas entre fabricantes, mayoristas y minoristas;
- un desarrollo de las redes de comerciantes independientes, principalmente como reacción a la tendencia a la concentración y al crecimiento de los grandes grupos integrados. En términos generales, los minoristas sin instalaciones de distribución y sin capacidad de eludir al mayorista no pueden competir con los principales grupos de minoristas en términos de precios y servicios;
- una reducción general del número de distribuidores nacionales independientes o de mayoristas tradicionales, teniendo en cuenta que el concepto de comercio mayorista parece tener distinto significado en los diferentes Estados miembros;
- una serie de transformaciones en el sector minorista, con diferencias significativas entre los distintos Estados miembros. Las características más destacadas son la desaceleración del crecimiento de los hipermercados, un mayor recurso al sistema de franquicia y la proliferación de los diversos tipos de venta a distancia;
- una tendencia a la diversificación de las actividades hacia otras áreas de servicio. Además, algunos intentos concretos de internacionalización, aunque de poco alcance, dado que el comercio minorista es un fenómeno eminentemente nacional.

45. Los cambios en materia de gestión y tecnología descritos anteriormente tienen importantes repercusiones en la política de competencia comunitaria sobre restricciones verticales. Dichas restricciones pueden utilizarse para aislar los mercados nacionales, en particular, cuando existen diferencias de precios entre los distintos Estados miembros. Para combatir este aislamiento, la Comisión ha confiado en la aplicación de mecanismos tales como el "comercio paralelo" y el arbitraje. Aunque ya se venía reconociendo que la aplicación del comercio paralelo se ve obstaculizada por medidas públicas (divisas,

⁽¹³⁾ Asimismo, es esencial reconocer la importancia de la integración logística como instrumento de competencia, sobre todo en los mercados mundiales. Esta idea se desprende claramente del estudio encargado en 1993 por la Comisión Europea denominado "The evolving Competitive challenge for the European Automotive Components Industry". Dicho estudio muestra que tanto por lo que respecta a la productividad como a la circulación de existencias, la industria de componentes comunitaria sólo representa un tercio de la japonesa. Una de las principales razones aducidas para explicar esta desventaja competitiva es la "inexistencia de unas auténticas relaciones de asociación a lo largo de la cadena de suministro".

sistemas fiscales, normas técnicas y trámites administrativos diferentes), medidas privadas (acuerdos de no abastecimiento transfronterizo) y aspectos sociales (diferentes lenguas y culturas, y distintas preferencias de los consumidores ⁽¹⁾), ahora se ha demostrado que incluso en los casos en que, teóricamente, el comercio paralelo es posible, la naturaleza intrínseca de los modernos sistemas de distribución puede reducir el ámbito de aplicación de este mecanismo. Aunque el precio sigue siendo un factor significativo, se ha incrementado la importancia relativa de la certidumbre y la eficiencia en el suministro. Al sopesar la posibilidad de lanzarse al comercio paralelo, el mayorista o minorista integrado en una cadena de suministro eficaz no sólo deberá plantearse consideraciones financieras de tipo inmediato tales como el transporte, el almacenamiento, el capital y los costes administrativos, sino consideraciones a corto y medio plazo que tengan en cuenta el impacto que puede tener la operación en la cadena de suministro. Por ejemplo, las ventajas financieras inmediata obtenidas mediante una o varias operaciones de comercio paralelo, pueden desaparecer si el mayorista o minorista tiene que volver posteriormente al canal original de suministro (por ejemplo un importador o fabricante nacional) y experimenta retrasos en la reposición de existencias. Estos retrasos pueden derivarse exclusivamente de la reducción de existencias en aplicación del sistema JIT (es decir, cuando las existencias no se producen ni almacenan anticipándose a la demanda). La adopción de dichos principios y la disminución del número de mayoristas independientes pueden reducir asimismo el nivel de existencias que entran en el mercado de comercio paralelo en primer lugar.

VI. La gasolina y la cerveza

46. Aunque no convenga generalizar, se puede decir que se han experimentado cambios muy importantes en la distribución de la gasolina y la cerveza. El presente Libro Verde no trata dichos cambios de forma pormenorizada, dado que la situación varía de Estados miembros a otros. En algunos (como España y Portugal para la gasolina), se está determinando el impacto de la liberalización de los monopolios estatales (Suecia, Finlandia y Austria para el alcohol). La Comisión desearía recibir testimonios con relación a dichos sectores y, en particular, al de la cerveza, concretamente, sobre la facilidad o dificultad de los productores de un Estado miembro determinado para penetrar en un nuevo mercado. En concreto, resultaría útil analizar si el sistema de contratos de adquisición en exclusiva, que está tan extendido, facilita o dificulta el proceso. A pesar de todas las advertencias anteriores, se pueden realizar algunas observaciones de carácter general.

Gasolina

47. El número de estaciones de servicio se está reduciendo y su tamaño medio está aumentando. Los supermercados e hipermercados también se han introducido en este sector y están aplicando una política de precios agresiva: en la actualidad, controlan una cuota relativamente grande en algunos mercados (que puede llegar al 33%). Ha surgido la gasolina sin marca o con marca propia. Además, otras marcas han logrado penetrar en los mercados nacionales. La inversión necesaria para abrir una estación de servicio ha aumentado considerablemente (debido al aumento de su tamaño, a la preocupación por la protección medioambiental y a mayores instalaciones). Ha crecido la importancia relativa de la parte del establecimiento no relacionada propiamente con la venta de gasolina debido a la aparición de pequeños supermercados que venden una serie de productos de consumo además de accesorios y lubricantes para el automóvil ⁽¹⁾. De hecho, el porcentaje de lubricante vendido a través de las gasolineras se ha reducido como consecuencia del crecimiento de las cadenas o tiendas especializadas en accesorios para el automóvil. Con la excepción de los supermercados, las estaciones de servicio continúan bajo propiedad, alquiler o gestión de pequeñas empresas (a menudo de una sola persona) ligadas a importantes productores de gasolina por contratos de compra en exclusiva. Además, a menudo, la estación y el equipo se financian mediante préstamos de los productores.

⁽¹⁴⁾ Véase asimismo el capítulo II sobre el Mercado Único.

⁽¹⁵⁾ Todas las empresas productoras de combustible están desarrollando un formato normalizado independiente para su cadena de pequeños supermercados.

Cerveza

48. La estructura de producción de la cerveza varía enormemente de unos Estados miembros a otros, y va desde una gran atomización a un estrecho oligopolio e incluso al dominio absoluto. Los productores locales tienden a controlar la mayor parte de las ventas, aunque se ha producido un aumento de la interpenetración de mercados, que se está llevando a cabo de diversas maneras: la importación directa, a través de su propia filial, la producción bajo licencia, la adquisición o la empresa en participación con los productores locales, adquisición de los establecimientos minoristas, a través de mayoristas, mediante la construcción de nuevas instalaciones de producción o mediante acuerdos de distribución con los productores locales.

49. El transporte de cerveza a grandes distancias a fin de poner a disposición existencias recientes no resulta económico. Existe una tendencia, muy marcada en algunos Estados miembros, al crecimiento relativo de la proporción de ventas fuera del establecimiento (a través de los supermercados para su consumo fuera de las instalaciones) en comparación con las ventas dentro del establecimiento (para la consumición dentro de las instalaciones). Los establecimientos de reventa suelen ser propiedad, estar alquilados o gestionados por pequeñas empresas, a menudo unipersonales. Frecuentemente, están vinculados a los productores mediante contratos de adquisición en exclusiva. Además, estos establecimientos minoristas que realizan las ventas para el consumo en su interior se financian a veces mediante préstamos de los productores. La financiación es cada vez más importante, ya que, como se da cada vez más importancia a la creación de un entorno cómodo dentro del establecimiento (valor añadido), ello lleva consigo un aumento de los costes de inversión. Últimamente, han surgido empresas de gestión de establecimientos especializados minoristas que son propietarios de varios de ellos. Estas empresas de gestión negocian con los productores de cerveza para obtener suministros.

VII. Conclusiones y preguntas

50. Con la tecnología de la información como catalizador, se está produciendo un movimiento hacia la sustitución de los canales de distribución convencionales, dirigidos por la oferta, por cadenas de suministro gestionadas profesionalmente y dirigidas por la demanda, en la que los proveedores, fabricantes, mayoristas y minoristas actúan como un sistema integrado y compiten con otros sistemas integrados con objeto de potenciar al máximo la rentabilidad y la respuesta al consumidor. Sin embargo, cabe señalar que la "asociación" entre fabricantes y minoristas en la gestión de la cadena de suministro hasta ahora se ha visto limitada por una serie de obstáculos, entre los que destaca la diversidad de condiciones y prácticas comerciales.

51. Desde el punto de vista de la competencia, es importante señalar que el paso del tradicional distanciamiento a la cooperación puede debilitar las fuerzas competitivas positivas dentro de la cadena de suministro, como por ejemplo, la competencia dentro de la misma marca. Además, existe una mayor posibilidad de dominio de dicha cadena de suministro por parte de uno de sus miembros que en la cadena de distribución tradicional, debido a la imposición de funciones y costes sobre otros operadores de la cadena (en contraste con la situación en que todos los operadores independientes asignan e integran libremente sus actividades con arreglo a una negociación distanciada). Este es un factor muy importante para la política de competencia comunitaria, en particular, cuando la parte responsable de la gestión de la cadena de suministro es una gran empresa y las demás partes son pequeñas y medianas empresas que dependen económicamente de la cadena de suministro, dado que puede producirse un debilitamiento significativo de la competencia dentro de la misma marca, o la denegación del acceso a la cadena de suministro a otros productores en mercados idénticos o similares.

52. La unificación de los sistemas, combinada con la tecnología de la información ha facilitado el paso de un sistema "lanzamiento" a un sistema de "tírón" en la cadena de suministro en varios sectores de distribución. Además, en algunos de ellos, se está produciendo una concentración en ambos extremos de la cadena de suministro, con la desaparición de los intermediarios independientes. Ambos factores parecen haber disminuido considerablemente el alcance del comercio paralelo y el arbitraje incluso cuando existen grandes diferencias de precio entre los Estados miembros. La principal implicación de estos cambios en la política de competencia comunitaria sobre las restricciones verticales es que los modernos sistemas de

distribución pueden hacer irreversible el aislamiento de los mercados nacionales, dado que la distribución minorista aún tiene una orientación nacional. Este fenómeno puede tener implicaciones muy importantes sobre los objetivos de integración de mercados de la UE.

53. Nos ha sido imposible obtener estadísticas fiables sobre el tamaño y la importancia relativa de los distintos canales de distribución utilizados por los fabricantes, en particular, el de distribución en exclusiva, adquisición en exclusiva, distribución selectiva o abierta y franquicia. Tampoco hemos podido recoger información sobre la disminución del número de distribuidores o mayoristas independientes en Europa. La Comisión desearía recibir opiniones (apoyadas por estadísticas) de las partes interesadas respecto del tamaño relativo, la importancia y la accesibilidad de los canales de distribución en Europa. Asimismo, desearíamos observaciones sobre la medida en que los nuevos sistemas o formas de distribución y otros factores descritos en el presente capítulo pueden reforzar el aislamiento de los mercados mediante restricciones verticales.

* * *

Capítulo II

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES Y EL MERCADO ÚNICO

I. Antecedentes

54. En el pasado, el análisis económico de las restricciones verticales ha sido objeto de un apasionado debate entre economistas. A principios de los años 80, se pasó de considerarlas una amenaza para la competencia a la opinión generalizada de que eran inocuas (Escuela de Chicago). En la actualidad, se está llegando a un nuevo consenso, y los economistas son más cautos al valorar el efecto de las restricciones verticales sobre la competencia y más reacios a generalizar, ya que no se puede considerar que estas restricciones sean, por naturaleza, beneficiosas para la competencia ⁽¹⁾. Sin embargo, hay un elemento que merece destacarse. El pensamiento económico actual hace hincapié en la importancia de la estructura del mercado a la hora de determinar el impacto de las restricciones verticales sobre la competencia. Cuanto más agresiva sea la competencia entre diversas marcas, habrá más posibilidades de que los efectos positivos de las restricciones verticales sobre la competencia y la eficiencia superen a los efectos anticompetitivos. Ocurrirá a la inversa cuando la competencia entre diversas marcas sea exigua y existan importantes barreras de acceso.

55. El presente capítulo ofrece algunas de las conclusiones de la actual teoría económica sobre restricciones verticales que puede ser útil para la formulación de la nueva política ⁽¹⁾. En él se examina, asimismo, la relación entre el estadio actual de la integración en el mercado único y las restricciones verticales. Si bien muchas de las barreras administrativas y públicas al comercio han desaparecido, en algunos sectores aún no se ha logrado el auténtico mercado único y persisten diferencias de precios significativas entre Estados miembros. Ello parece indicar que podrían obtenerse todavía mayores ventajas económicas de una mayor integración, y que la importancia de los acuerdos privados (por ejemplo las restricciones verticales) para fomentar u obstaculizar la integración económica ha aumentado en comparación con las barreras públicas.

⁽¹⁶⁾ En particular, un supuesto clave para las colusiones de la Escuela de Chicago era la perfecta competencia a nivel de la distribución. El estudio de McKinsey, citado anteriormente, demuestra que en Europa no ocurre así y señala una serie de barreras importantes de acceso.

⁽¹⁷⁾ Basándose en el artículo de P.Rey y F.Caballero "The implications of the economic analysis of vertical restraints", texto de la Comisión Europea de próxima publicación, DG II, Bruselas. El lector puede consultar asimismo la obra de Dobson y Waterson "Vertical Restraints and Competition Policy", London, 1996 y "Competition Policy and Vertical Restraints", OCDE, París 1994.

II. Interpretación económica de las restricciones verticales

56. Cuando la relación entre el fabricante y el distribuidor va más allá de una mera venta esporádica y aumenta la necesidad de contactos más regulares y estrechos, los contratos y restricciones verticales pueden reducir los costes operativos entre ambos. Esto ocurre, concretamente, cuando la distribución exige el establecimiento de relaciones a más largo plazo que llevan aparejada la división de funciones en las actividades de venta y promoción, así como la transferencia de activos inmateriales tales como el fondo de comercio y los conocimientos técnicos. Ninguna de las partes tiene pleno conocimiento de las actividades de las demás. Cada una tiene distintos intereses y al tratar de materializarlos mediante estrategias independientes no se tienen en cuenta sus posibles repercusiones sobre los intereses de las restantes. Por otro lado, los productores y distribuidores tienen poderes de decisión independientes e individuales sobre los diferentes elementos de la cadena de producción y distribución. En este contexto general, las restricciones verticales pueden contribuir a obtener mejores resultados, no sólo por lo que respecta a los productores y distribuidores, sino a los consumidores y a la eficiencia en general. La coordinación de los productores y distribuidores mediante restricciones verticales puede ayudar a las empresas a incrementar sus beneficios y, bajo determinadas circunstancias, este aumento de la eficiencia puede repercutir en los consumidores. A continuación, se presentan algunos ejemplos.

Restricciones verticales utilizadas para mejorar la eficiencia económica a través de una mayor coordinación entre fabricantes y distribuidores⁽¹⁾

57. Desde el punto de vista de la política de competencia, es mejor distinguir los casos en los cuales las restricciones verticales tienen un efecto absoluto positivo de aquellos casos en los cuales el efecto es negativo. Las restricciones verticales tienen normalmente un efecto positivo sin ambigüedades cuando son propiamente introducidos para resolver problemas de coordinación, mientras que los efectos negativos prevalecen cuando la competencia es débil en el segmento anterior y/o posterior del mercado.

a) coordinación vertical en la fijación de precios

58. Si no hay coordinación, las estructuras verticales pueden dar lugar a precios demasiado elevados, no sólo para los consumidores sino también para los fabricantes y distribuidores. Cuando tienen cierto poder de mercado, tanto el distribuidor como el fabricante aplican márgenes adicionales a sus respectivos costes⁽¹⁾. Este fenómeno de doble fijación de márgenes se deriva del hecho de que cada empresa adopta sus decisiones sobre fijación de precios de forma independiente, sin tener en cuenta la repercusión que éstas pueden tener sobre sus socios dentro de la estructura vertical. Así, puede suceder que el precio sea demasiado alto, es decir, más alto que el que representaría la suma de los beneficios del productor y del distribuidor o distribuidores. Esta situación puede resolverse mediante la fijación, por parte de los productores, de los precios máximos al por menor. Existen otros tipos de restricciones verticales que pueden ayudar a solucionar el problema de la doble fijación de márgenes. Por ejemplo, en los acuerdos de franquicia, suele haber una doble tarifa con un canon fijo y un precio al por mayor. La obligación de adquisición mínima puede resolver asimismo el problema de la doble fijación de márgenes. Sin embargo, estas soluciones alternativas pueden no tener el mismo efecto desde el punto de vista de la competencia.

b) coordinación en la prestación de servicios

⁽¹⁸⁾ Hay otras ganancias de rentabilidad que pueden obtenerse mediante las restricciones verticales, que la política de la Comisión tiene en cuenta en este campo y que se enumeran en el capítulo IV.

⁽¹⁹⁾ El poder de mercado significa que el productor y el distribuidor tienen que hacer frente a curvas de demanda decrecientes o sea, no a la curva de demanda horizontal que se daría de existir una competencia perfecta.

59. La distribución de bienes y servicios exige generalmente la prestación de servicios adicionales por parte de los distribuidores. Estos pueden adoptar la forma de servicios postventa tales como la garantía o el mantenimiento, o de preventa, como la información o la asistencia técnica a posibles compradores ⁽¹⁾.

i) Problemas de apropiación. Si un distribuidor invierte en información preventa a los consumidores o en mejorar sus instalaciones, la demanda de su producto se incrementará y ello redundará en su propio beneficio. Ahora bien, también saldrá beneficiado el fabricante que suministra los productos que él venderá posteriormente, ya que, a su vez, podrá vender más productos al distribuidor. En esa situación, el esfuerzo de ventas del distribuidor será inferior al que podría lograr si obtuviera todos los beneficios derivados de este esfuerzo adicional. Las restricciones verticales pueden ayudar a lograr resultados óptimos dentro de la estructura vertical. Los consumidores se beneficiarán asimismo de estos resultados cuando exista una competencia activa entre diversas marcas. También en este caso, un sistema de franquicia con un canon inicial y un precio al por mayor más bajo puede garantizar que el nivel de esfuerzo de ventas sea mejorado.

ii) Problemas de "free-riding". Cuando diversos minoristas venden la misma marca de un determinado producto en una zona determinada, todos se benefician de las actividades para el fomento de las ventas realizadas por uno de ellos. Por ejemplo, si un minorista invierte en servicios de información al cliente en esa área o anuncia la marca, todos los demás minoristas podrán ahorrar en publicidad aprovechándose de forma gratuita de los servicios prestados por el primero. En esa situación, todos los minoristas tenderán a invertir por debajo de lo normal en dichas actividades. El "free riding" debe solucionarse mediante la asignación de territorios exclusivos por parte del productor. Si se asigna al distribuidor un territorio exclusivo en el que en el que será el único proveedor de una determinada marca, los costes de transporte y operativos reducirán al mínimo los efectos de este fenómeno.

Restricciones verticales que suponen un perjuicio para la competencia

60. Para determinar el impacto de las restricciones verticales sobre la competencia, no sólo hay que tener en cuenta la competencia a nivel de la distribución, es decir, la competencia dentro de la misma marca, sino también aquella entre fabricantes, o sea, entre diversas marcas. La introducción de restricciones verticales puede ser una forma de diluir la competencia ascendente entre fabricantes que no compiten directamente entre sí, sino a través de sus minoristas. En ese caso, se puede hablar de competencia entre "estructuras verticales". Las restricciones verticales pueden restringir la competencia de tres formas distintas, como mínimo.

a) Carteles de fabricación o distribución

61. En determinadas circunstancias, las restricciones verticales tales como el mantenimiento del precio de reventa o los acuerdos de exclusividad territorial tienen como principal efecto la restricción o incluso la eliminación de la competencia dentro de la misma marca. Por ese motivo, los distribuidores pueden estar interesados en celebrar acuerdos con sus proveedores a fin de restringir la competencia a escala minorista. Cuando los distribuidores tengan poder de mercado, posiblemente tendrán interés en celebrar dichos acuerdos si el acceso a la distribución resulta problemático. Las restricciones verticales pueden servir asimismo para poner en vigor acuerdos colusivos entre productores en materia de precios. Por ejemplo, el mantenimiento del precio de reventa puede facilitar la colusión, ya que las reducciones de precios a nivel minorista son más fáciles de detectar. Si todos los minoristas de marcas múltiples respetan los precios establecidos por los productores, los recortes de precios de los mayoristas a fin de romper el cartel no pueden reflejarse en el comercio minorista sin riesgo de ser detectados rápidamente. La imposibilidad de trasladar dichos recortes y el riesgo de represalias por parte de otros miembros del cartel hace que los acuerdos de cartel sean más estables cuando se mantiene el precio de reventa.

b) Las restricciones verticales utilizadas para cerrar mercados

⁽²⁰⁾ En realidad, los economistas tomarían en consideración otros problemas tales como la transmisión de riesgos o problemas de riesgos morales. Para simplificar, dichas cuestiones no se tratarán en el presente documento. En relación con estos problemas, véase la obra de Rey y Caballero, citada anteriormente.

62. Las restricciones verticales pueden servir para obstaculizar el acceso al mercado de otros fabricantes de la competencia, potencialmente más eficientes. Esto puede ocurrir cuando los productores celebran acuerdos en exclusiva con los distribuidores de un determinado producto disponible en una zona específica. Para que se produzca esta obstaculización es necesario que exista algún tipo de barrera de acceso o cualquier otro factor que limite el número de minoristas. Sin embargo, este fenómeno puede darse también si las economías de escala o diversificación son importantes en el comercio minorista, cuando la celebración de acuerdos exclusivos con los minoristas existentes haría más difícil el acceso a los recién llegados sobre todo en la fase de fabricación, ya que éstos deberían soportar costes de distribución más altos que las empresas en cuestión ⁽¹⁾.

63. No obstante, en determinadas circunstancias, las restricciones verticales, a largo plazo, pueden facilitar también el acceso. En la medida en que las restricciones verticales tales como la exclusiva territorial tienden a incrementar los beneficios obtenidos mediante las estructuras verticales, estimularán asimismo el acceso por parte de otros productores y distribuidores potenciales, lo que fomentará la eficiencia a largo plazo.

c) Las restricciones verticales como medio de diluir la competencia entre productores

64. En los mercados oligopolísticos, el establecimiento de las restricciones verticales dentro de las estructuras verticales puede reducir el aún más el grado de competencia entre diversas marcas. Por ejemplo, el comercio en exclusiva a veces permite a los fabricantes aumentar sus márgenes incrementando los precios al por mayor. En ese caso, si el comercio minorista se lleva a cabo en condiciones de no competencia y existen barreras de entrada, los minoristas intentarán reaccionar ante esos precios más altos de los mayoristas incrementando asimismo los precios a los consumidores finales. Como alternativa, además de reducir la competencia dentro de una misma marca, la asignación de territorios exclusivos implementada por más de un productor puede diluir la competencia entre diversas marcas mediante la reducción de los incentivos que los fabricantes pueden obtener fijando precios más bajos que los demás. Así, además de reducir la competencia dentro de la misma marca en los mercados oligopolísticos, las restricciones verticales pueden obstaculizar también la competencia entre diversas marcas ⁽¹⁾.

III. Desarrollo de normas prácticas: competencia dentro de una misma marca y entre diversas marcas

65. Con fines normativos, es necesario plasmar las conclusiones del análisis económico en instrumentos prácticos que sean coherentes con las normas de competencia comunitarias y que al mismo tiempo sean relativamente fáciles de aplicar por las empresas contando con la suficiente seguridad jurídica. El análisis del impacto sobre las restricciones verticales ha revelado la importancia fundamental de un elemento: el grado de competencia entre diversas marcas. La existencia de una estructura de mercado que permita un nivel suficiente de competencia en la producción o la distribución determinará el efecto neto de las restricciones verticales sobre la competencia. Este elemento puede contribuir al desarrollo de una política coherente con el análisis económico que tenga en cuenta el equilibrio entre el análisis de mercado total de cada caso particular y los costes de tal mecanismo de supervisión.

66. Las restricciones verticales tales como la asignación de territorios exclusivos o el sistema de franquicia, establecidas para evitar los efectos negativos del "free-riding", pueden restringir también la competencia entre minoristas de una misma marca. La eficiencia derivada de la introducción de estas restricciones incrementará los beneficios en la estructura vertical. Los consumidores tendrán muchas más

⁽²¹⁾ La misma reflexión es válida para las barreras de acceso establecidas por los distribuidores con relación a los productores, cuando los primeros son lo suficientemente fuertes.

⁽²²⁾ Véase, por ejemplo, el artículo "Exclusive dealing in a spatial model of retail competition", de Besanko y Perry en el International Journal of Industrial Organisation, vol. 12, 1994, páginas 297-329; así como el artículo "The role of exclusives territories in producers competition" mde Rey y Siglitz, en el RAnd Journal of Economics, Vol. 26, n° 3, Otoño de 1995, páginas 431-541.

posibilidades de beneficiarse de este aumento de la eficiencia si la estructura vertical hace frente a una fuerte competencia de otros productores de bienes que pueden considerarse prácticamente sustitutivos del producto en cuestión. Si la estructura vertical cuenta con el suficiente poder de mercado, tendrá menor interés en reducir precios y tenderá a absorber cualquier ganancia de eficiencia en forma de beneficios adicionales. Sin embargo, una estructura de mercado relativamente competitiva puede frenar los efectos potencialmente negativos de las restricciones verticales sobre la competencia.

67. También se plantea la cuestión de los acuerdos con múltiples restricciones verticales. La combinación de diferentes cláusulas dentro de un mismo contrato puede complicar significativamente la valoración económica del impacto de las restricciones verticales sobre la competencia. Un número mayor de restricciones verticales no implica necesariamente un empeoramiento proporcional de su impacto sobre la competencia. Por ejemplo, la introducción de la asignación de territorios exclusivos (con objeto de evitar los problemas de "free-riding") tenderá a reducir la competencia dentro de la misma marca y los minoristas podrían elevar los precios. Además, los problemas de doble fijación de márgenes se agravan con el sistema de exclusiva territorial, ya que éste da más poder de mercado a los distribuidores. Para evitar esta reacción, que se traduciría en la venta de volúmenes menores de producción, los fabricantes pueden combinar la introducción de territorios exclusivos con una restricción vertical adicional tal como límites máximos de precios o las tarifas dobles para evitar problemas de doble fijación de márgenes. En ese caso, la combinación de dos restricciones verticales puede ser positiva para la competencia.

68. Sin embargo, la acumulación de restricciones verticales puede ser asimismo el reflejo de una combinación de motivos que pueden tener efectos negativos sobre la competencia. Si se aplica una determinada restricción vertical para solucionar un problema de coordinación, junto con otra destinada deliberadamente a restringir la competencia, por ejemplo, la creación de un cartel, puede no producirse ningún efecto compensatorio y, desde el punto de vista de la competencia, los resultados no serán mejores.

69. Por estas razones, la valoración de los efectos de los acuerdos en los que se incluyen una serie de restricciones verticales combinadas debe llevarse a cabo teniendo en cuenta los efectos conjuntos de todas las restricciones verticales incluidas en el acuerdo en su contexto comercial. El análisis por separado de las diferentes restricciones verticales no bastaría para lograr una correcta valoración del acuerdo.

IV. Las restricciones verticales y el mercado único

70. El actual proceso de integración del mercado único añade una dimensión adicional al análisis de las restricciones verticales. El programa de 1992 surgió de una convicción muy extendida de que el no lograr la plena realización del mercado único había supuesto para la industria europea grandes pérdidas en costes innecesarios y oportunidades desaprovechadas. El título exacto del informe Cecchini "El coste de la no-Europa"⁽¹⁾ refleja claramente esta convicción. Todavía a mediados de los años 80, a pesar del esfuerzo realizado desde la entrada en vigor del Tratado CEE en 1958, no se habían sabido aprovechar todas las ventajas potenciales brindadas por la plena integración económica de las economías de los Estados miembros. Ahora que se han adoptado una serie de medidas para eliminar los obstáculos que aún persisten para la libre circulación de bienes, servicios y factores de producción, sigue siendo evidente la necesidad de realizar esfuerzos adicionales a fin de lograr el mayor grado de integración posible. Dicha integración ha cobrado mayor importancia en la medida en que un mercado único que brinde a las empresas europeas la posibilidad de realizar economías de escala y diversificación estando sujeto a la vez a una competencia efectiva, se considera el motor de la competitividad en unos mercados mundiales cada vez más competitivos y globales.

71. La competencia es un elemento de vital importancia si se quieren obtener beneficios económicos del mercado único. Dichos beneficios sólo se obtendrán si las empresas compiten más entre sí penetrando recíprocamente en sus mercados. Estos beneficios provienen de:

⁽²³⁾ Véase el resumen en "The Europe Challenge - 1992. The benefits of a single market". Paolo Cecchini Wildwood House 1988

- las eficiencias estáticas, cuando en los países en que se practican precios muy elevados, las presiones competitivas llevan a reducirlos hasta situarlos casi al mismo nivel que en los países donde se practican los más bajos. Los precios pueden reducirse debido a ventajas "naturales" en los costes o a mayores presiones competitivas;

- eficiencias dinámicas, cuando el proceso de incremento de la presión competitiva estimula a las empresas al logro de mayores eficiencias. Quizá, el ejemplo más sencillo sea el de las economías de escala que se obtienen al operar en un mercado más grande, pero también pueden obtenerse importantes beneficios con el simple incremento de la competencia, especialmente, en mercados previamente protegidos por barreras de acceso o que no han sido objeto de una presión efectiva por parte de los competidores.

72. Evidentemente, no todos los mercados cobrarán una dimensión europea. Algunos conservarán un carácter puramente local (por ejemplo, la peluquería) y otros ya han adquirido un carácter global (por ejemplo, el de aeronaves civiles). Sin embargo, para muchos productos, Europa se irá convirtiendo cada vez más en el mercado geográfico de referencia. Aunque ya existen algunos indicios de convergencia de precios de algunos bienes comerciales, aún se pueden obtener beneficios adicionales con una mayor competencia e integración.

73. El Programa del mercado único se basaba en el supuesto de que la supresión de las barreras no arancelarias traería consigo un aumento de la competencia que, a su vez, ejercería una presión sobre los precios. Se esperaba que la presión competitiva causara una reducción de los precios que rebasara los límites permitidos por las economías de escala, lo que implicaría una reducción de los márgenes precio/coste en el conjunto de la economía y, en particular, en aquellos sectores relacionados más directamente con el mercado único. El resultado final de estas presiones competitivas sobre los precios sería un proceso de convergencia de los precios de los bienes en los diferentes Estados miembros, lo que redundaría en beneficio de los consumidores. Estas previsiones se basaban en pruebas empíricas que mostraban la existencia de una importante dispersión de los precios con respecto a un grupo seleccionado de bienes y servicios en toda la Comunidad. En 1985, los precios finales al consumidor variaban sustancialmente de unos países a otros.

74. En la actualidad, los diferenciales de precios siguen siendo muy grandes, sobre todo en ciertos productos. Además, parecen existir grandes diferencias en los distintos Estados miembros por lo que respecta a los precios netos de compra de los distribuidores. Por ejemplo, en el campo de la electrónica de consumo, la diferencia puede alcanzar el 35% para un mismo producto o modelo adquirido al mismo fabricante. A pesar de que persisten importantes diferenciales de precios entre Estados miembros, un reciente estudio llevado a cabo en el marco de la evaluación del mercado único muestra una tendencia hacia la convergencia de precios. El cuadro 1 muestra los índices de dispersión de los precios de los diferentes grupos de productos⁽¹⁾. Se han efectuado dos cálculos de los índices, uno incluyendo los impuestos y otro excluyéndolos, a fin de aislar los efectos de la imposición indirecta. El resultado muestra que, en los bienes y servicios en los que el mercado único ha tenido un impacto real, la dispersión de los precios se ha reducido. Sin embargo, en sectores como la construcción y la energía en los que el mercado único ha tenido una repercusión poco importante, no se ha producido una convergencia de precios. Incluso, en algunos casos, la dispersión ha aumentado. Con toda la cautela que exigen este tipo de comparaciones, el cuadro parece demostrar que el programa sobre el mercado único ha tenido una clara repercusión sobre la convergencia de precios. A pesar de todo, en 1993 aún persistían grandes diferencias de precios.

⁽²⁴⁾ Los precios que aparecen en el cuadro corresponden al comercio minorista. A los fines del presente informe, los precios al por mayor, que serían un indicador más adecuado, desgraciadamente no se hallan a nuestra disposición. No obstante, los precios al por menor bastan para mostrar las tendencias hacia la convergencia de precios y sirven de indicador, si bien imperfecto, de las diferencias de precio que aún existen a escala mayorista.

Cuadro 1**Coefficientes de variación de precios entre países en determinados grupos de bienes seleccionados**

	1980		1985		1990		1993	
	Imp. inclu	Imp. exclu	Imp. inclu	Imp exclu	Imp. inclu	Imp. exclu	Imp. inclu	Imp. excl
EC-6								
Bienes de consumo	15.9	15.7	14.2	14.2	13.5	13.4	12.4	12.6
Servicios	22.7	23.1	23.9	24.6	20.0	20.2	21.3	21.7
Energía	18.4	17.2	12.5	10.4	19.4	18.8	24.3	23.4
Bienes de equipo	10.5	10.5	9.7	9.7	11.6	11.6	12.5	12.5
Construcción	15.7	15.7	11.0	11.0	14.0	14.0	19.1	19.1
EC-9								
Bienes de consumo	19.9	18.8	19.1	17.7	20.3	18.5	18.0	16.6
Servicios	25.2	25.7	25.6	25.2	24.6	23.7	23.4	23.3
Energía	22.1	20.5	16.1	13.3	24.7	22.6	30.6	27.4
Bienes de equipo	13.1	13.1	12.5	12.5	12.2	12.2	12.9	12.9
Construcción	20.1	20.1	14.4	14.4	16.5	16.5	22.4	22.4
EC-12								
Bienes de consumo	26.0	24.2	22.5	21.4	22.8	21.5	19.6	18.4
Servicios	33.0	31.9	33.7	31.5	31.8	30.4	28.6	28.3
Energía	30.8	28.0	21.1	16.9	28.0	26.0	31.7	29.7
Bienes de equipo	18.0	18.0	14.0	14.0	13.1	13.1	14.5	14.5
Construcción	24.4	24.4	22.1	22.1	23.5	23.5	27.4	27.4

Fuente DRI, E de Ghellinck y Horack, Adler y asociados "Study on the Emergence of Pan European Markets". Proyecto de Informe definitivo de febrero de 1996.

75. Sin embargo, las diferencias de precios subsistentes brindan plenas posibilidades de incrementar la competencia que no se verán reducidas de la noche a la mañana, ni siquiera por lo que respecta a los bienes o servicios para los que esté previsto que el mercado geográfico de referencia rebase el ámbito nacional. Esto se debe a que:

- aún quedan por eliminar algunos obstáculos de tipo reglamentario o administrativo, y
- existen otros factores "naturales" (como el idioma, las preferencias o las costumbres locales) que seguirán creando costes (y, por lo tanto, barreras) a la integración del mercado, así como otros factores menos naturales (como las monedas diferentes y fluctuantes).

76. Incluso cuando no existen costes naturales o de otro tipo, el logro de una competencia efectiva a escala europea exige a menudo la penetración de nuevos mercados o el incremento del esfuerzo de ventas, incluso cuando el productor se halla presente en el mercado de otro Estado miembro. Para ello, se suelen necesitar inversiones considerables para crear redes de distribución y acabar con la sólida posición de los operadores que ya estaban en el mercado.

77. Por otro lado, el éxito del mercado único exige la introducción de cambios sustanciales en el sector de la distribución en Europa. A este respecto, cabe mencionar dos cuestiones:

- El estudio llevado a cabo para la elaboración del presente Libro Verde ha demostrado que las modernas técnicas de distribución pueden reducir la posibilidad de los arbitrajistas independientes de influir de forma significativa en los mercados. La Comisión desearía recibir información al respecto.

- La Comisión carece de datos que le permitan determinar la forma en que el proceso de integración se ve obstaculizado por el hecho de que existen muy pocos distribuidores de envergadura europea que se hayan expandido fuera de su propio territorio en comparación con el número de productores que venden regular y significativamente fuera de sus mercados "nacionales". Incluso en los casos en que los distribuidores se han expandido hacia otros mercados, lo han hecho absorbiendo a los distribuidores locales existentes (manteniendo su nombre inicial, su estilo, etc). Además, en conjunto, dichos distribuidores parecen abastecerse localmente, bien debido a las eficiencias inherentes de la cadena de suministro logístico local, bien por la insistencia de los fabricantes en realizar el suministro sólo a través de su filial o distribuidor local en ese Estado miembro. En apariencia, la discriminación de precios por parte de los productores entre diversos Estados miembros sería más difícil si tuvieran que enfrentarse a distribuidores de alcance europeo. La Comisión desearía recibir información al respecto.

78. La experiencia comunitaria muestra que la supresión de las barreras no arancelarias no basta para el pleno desarrollo del comercio paralelo, el arbitraje y los cambios en la distribución en Europa. Para lograr un éxito total de la integración económica es necesario que los productores, distribuidores y consumidores encuentren ventajoso pasar a una nueva situación de mercado y no traten de anular o contrarrestar los efectos de las medidas adoptadas en relación con el logro del mercado único. Desgraciadamente, en muchos casos es probable que tengan incentivos para hacerlo.

79. Los productores de bienes y servicios con poder de mercado pueden aprovecharse de la segmentación resultante de la situación anterior a la realización del mercado interior de 1992, y se sirven del idioma o de otras diferencias para practicar una discriminación de precios transfronteriza. Ello les permite maximizar sus beneficios. Por otro lado, los distribuidores con poder de mercado en su país de origen pueden adoptar medidas para evitar la integración de mercado y ello puede debilitar su posición. Además, en determinadas circunstancias, la discriminación de precios puede mantenerse después de la eliminación de las barreras no arancelarias al comercio, incluso si los productores o distribuidores obtienen menos beneficios tras la eliminación de éstas. Esto puede ocurrir cuando la suma de los beneficios de los productores y distribuidores es mayor en una situación de discriminación de precios que en un contexto de arbitraje e integración de mercados. Por ejemplo, los beneficios suplementarios obtenidos por el fabricante practicando la discriminación de precios pueden ser tan elevados que le lleven a buscar un acuerdo con sus distribuidores a fin de trasladarles una parte de dichos beneficios, a condición de que no lleven a cabo comercio paralelo. En esos casos, ambos tendrán interés en mantener la situación existente antes de la integración y en no emprender un comercio paralelo. Así, existen razones para creer que las empresas pueden tratar de introducir prácticas de este tipo siempre que puedan bloquear o obstaculizar el comercio paralelo y el arbitraje.

Restricciones verticales para facilitar la integración

80. El acceso al mercado no se produce automáticamente tras la supresión de las barreras administrativas y de otro tipo a la integración. La creación de nuevos canales de distribución o la modificación de las redes existentes lleva aparejadas inversiones muy elevadas. Además, la introducción de nuevos productos o marcas en los mercados extranjeros exige inversiones en investigación relacionada con el marketing, publicidad e infraestructura tanto por parte de los fabricantes como de los minoristas locales que a menudo se hallan en una posición poco segura. En el contexto de la integración económica, las diferentes monedas y su posibilidad de fluctuación harán aún más inciertos los resultados de la inversión. Dichos factores tienen un elemento en común: la inversión requerida para la introducción de bienes y servicios nuevos en un mercado "extranjero" es específica para un producto o una marca. En ese sentido, si no logra desarrollar un nuevo mercado, el inversor no podrá recuperar las sumas invertidas a tal fin. En términos económicos, las inversiones necesarias para abrir nuevos canales de distribución se consideran costes "de arranque" o iniciales, esto es, costes que las empresas no podrán recuperar si fracasan y quieren retirarse.

81. Esta irreversibilidad unida a una mayor inseguridad de los productores y los distribuidores a la hora de decidirse a invertir puede llevar a aplazar la idea de penetrar en nuevos mercados o incluso a abandonarla por completo. Las empresas penetrarán efectivamente en el mercado y llevarán a cabo la integración sólo si los beneficios que esperan obtener superan ampliamente los costes irreversibles de acceso. Sin embargo, la introducción de restricciones verticales puede ampliar las circunstancias favorables de acceso. Por ejemplo, la exclusiva puede reducir los riesgos de los distribuidores o facilitar el flujo de información. Por lo tanto, en las circunstancias descritas anteriormente de elevada inversión y riesgo, puede existir la posibilidad, al menos temporal, de conceder un trato más favorable a las restricciones verticales destinadas a facilitar el nuevo acceso o ampliar de forma significativa las posiciones de mercado existentes.

Restricciones verticales para obstaculizar la integración

82. Del mismo modo que pueden facilitar y acelerar la integración del mercado, las restricciones verticales pueden asimismo obstaculizarla. Cabe señalar que este resultado negativo sólo tiene posibilidades de producirse cuando el poder de mercado es grande y existen barreras de acceso. Es poco probable que en un mercado competitivo las restricciones verticales impidan la integración⁽¹⁾.

83. Sin embargo, en determinadas circunstancias, las restricciones verticales pueden obstaculizar la integración del mercado, en particular:

- cuando el acceso al mercado está cerrado por un sistema de adquisición exclusiva o por acuerdos de distribución que restringen la libertad del distribuidor de comercializar productos de la competencia;
- cuando la competencia entre diversas marcas ya es bastante débil, algunas restricciones verticales pueden tener por efecto la reducción de la competencias dentro de la misma marca y entre diversas marcas, dificultando así el proceso de integración.

⁽²⁵⁾

La amenaza de penetración puede tener efectos positivos, incluso cuando no llega a materializarse. Si esta amenaza es verosímil y potencialmente rápida, bastará para atenuar los efectos negativos de los acuerdos de exclusiva territorial sobre los consumidores. Los productores y distribuidores que gocen de tal exclusiva intentarán no ejercer ningún poder de mercado para evitar la penetración.

Así ocurre cuando existen diferencias de precios significativas, que otorgan a los productores el incentivo de continuar practicando una discriminación de precios y manteniendo mercados separados. Las restricciones verticales coordinadas con cierto poder de mercado facilitan el mantenimiento de la discriminación de precios por parte de los productores.

84. La integración puede verse obstaculizada asimismo por los distribuidores con un importante poder de mercado. Si tales distribuidores pueden establecer sus propias instalaciones de producción o representan un porcentaje significativo de las ventas de un productor, pueden insistir en las restricciones verticales obligando así a los productores a no abastecer a los distribuidores que acaben de acceder al mercado. Este poder de obligar a los productores a denegar el suministro es particularmente pernicioso cuando se practica contra los nuevos distribuidores que acaso intenten utilizar un sistema de descuento. En estas circunstancias, las prácticas mencionadas sirven para mantener altos los precios.

V. Conclusiones

85. En el presente capítulo se esbozan las conclusiones a las que ha llegado el reciente análisis económico sobre restricciones verticales. Existen una serie de conclusiones que pueden extraerse:

- i. Es probable que, en los mercados competitivos, los efectos anticompetitivos de las restricciones verticales sean insignificantes. Es incluso más probable que primen los efectos de fortalecimiento de la eficiencia y de beneficio del consumidor. Sólo se producirán efectos anticompetitivos cuando la competencia entre diversas marcas es débil y existen barreras de acceso.
- ii. No se puede considerar que, en sí mismas, las cláusulas individuales o los diferentes tipos de restricciones verticales tengan repercusiones positivas o negativas sobre la competencia o la integración.
- iii. La combinación de varias restricciones verticales no aumenta necesariamente los efectos anticompetitivos, sino que, de hecho, puede hacer que los resultados sean mejores.
- iv. El análisis debe concentrarse más en el impacto en el mercado que en la forma de los acuerdos, por ejemplo, cuando la entrada se ve impedida por la existencia de redes de acuerdos o cuando el acuerdo vertical, unido al poder de mercado, permite a productores y distribuidores aplicar una discriminación de precios entre diferentes Estados miembros.
- v. Teniendo en cuenta los riesgos asociados con el acceso a nuevos mercados o con la expansión significativa de un mercado (es decir, la creación de nuevos flujos comerciales que integran el mercado), habría que pensar en conceder un trato más favorable a las restricciones verticales cuando vayan acompañadas de una inversión material o inmaterial significativa. Este trato más favorable debe tener carácter temporal.
- vi. La naturaleza de los productos, la necesidad de servicios e inversión para llevar a cabo una distribución eficaz y las necesidades y conocimientos de los consumidores pueden ser elementos importantes a la hora de determinar las eficiencias objetivas fomentadas por las restricciones verticales, así como los efectos competitivos de estas últimas. A continuación, el cuadro 2, tomado del trabajo de Dobson y Waterson, ofrece orientaciones sobre los posibles efectos de las restricciones verticales y su posible justificación.

La Comisión deseará recibir comentarios sobre la utilidad que tendría incorporar este cuadro a sus directrices .

86. Aunque las alternativas presentadas en el capítulo VIII tienen en cuenta estas conclusiones, conviene aclarar que la teoría económica no puede ser el único factor en la concepción de la normativa, y ello por diversas razones. En primer lugar, la teoría económica pura sólo constituye una de las fuentes de aquélla. En la práctica, la aplicación de la teoría económica debe realizarse en el contexto de los textos legales existentes y de la jurisprudencia. En segundo lugar, las teorías económicas se basan, necesariamente, en supuestos muy simplificados, obtenidos a menudo en el contexto de modelos teóricos muy depurados que no pueden recoger toda la complejidad de la realidad. Sólo el análisis individual de cada caso permitirá valorar el impacto de las restricciones verticales con cierta exactitud. Por último, el análisis económico concreto de cada caso resultaría muy costoso y podría no estar justificado por los beneficios obtenidos de determinar las situaciones de mercado y las restricciones verticales que suponen un perjuicio para la competencia. En estas circunstancias, la política de competencia debe poder recurrir a normas relativamente simples sin proceder a un análisis económico exhaustivo de cada caso. Los costes en términos de inseguridad para las empresas y los recursos necesarios para emprender este análisis no justificaría los beneficios económicos de este enfoque.

* * * *

Cuadro 2

Importancia del factor de eficiencia para las restricciones verticales con relación a las diferentes condiciones de producción y distribución

<i>Producto/distribución naturaleza</i>	<i>más tendencia a que las restricciones aumenten la eficiencia</i>	<i>menos tendencia a que las restricciones aumenten la eficiencia</i>
Complejidad del producto	muy complejo o técnico	simple o poco técnico
Coste para el consumidor	Caro-gran parte del presupuesto	Barato
Hábitos de compra del	Compra única	Compras repetidas

consumidor		
Tipo de compra	Tienda no de conveniencia	Tienda de conveniencia
Información del consumidor acerca del producto	Conocimiento limitado	Detalles y características muy conocidos
Comparabilidad precio/calidad	Productos muy experimentados o fiables	Productos en fase de prueba
Percepción de la diferenciación del producto	Poco clara-marca débil	Clara-marca fuerte
Posición en el ciclo de vida del producto	Nuevo	Consolidado o maduro
Barreras de acceso en el comercio minorista	Bajas	Altas
Economías de diversificación en el comercio minorista	Insignificantes	Importantes

Capítulo III

PROCEDIMIENTOS Y MARCO INSTITUCIONAL

I. El artículo 85 y el sistema establecido por el Reglamento 17/62

87. El artículo 85 se divide en dos partes, estableciendo, por un lado, una prohibición general, y por otro, una posibilidad de exención.

El apartado 1 del artículo 85 prohíbe, de manera general, los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan "por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". Dicha prohibición se aplica a todas las fases de la cadena de producción y distribución, desde la investigación y el desarrollo a la comercialización al por menor.

Para declarar que un acuerdo, decisión o práctica concertada infringe lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85, la Comisión debe determinar 1) que existe restricción de competencia, 2) que ésta tiene un efecto sensible y 3) que afecta al comercio entre Estados miembros.

La prohibición de alcance general que recae sobre los acuerdos restrictivos viene atenuada por la posibilidad de exención contenida en el apartado 3 del artículo 85, que permite a la Comisión conceder una exención a aquellos acuerdos que, pese a infringir lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85, cumplen las condiciones que en él se fijan. El apartado 3 del artículo 85 establece los motivos por los cuales puede concederse una exención. Para disfrutar de la misma, los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a promover el desarrollo técnico y económico mientras que al mismo tiempo se ofrezca a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante. Además, no deben imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos u ofrecerles la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

88. Conforme a lo previsto en el artículo 87, la Comisión presentó al Consejo una propuesta con las normas de procedimiento para la aplicación de los artículos 85 y 86. Estas normas fueron aprobadas por mayoría cualificada por el Consejo y constituyen el Reglamento 17/62, en el que se dispone que los interesados pueden solicitar a la Comisión una certificación de que la transacción descrita en la solicitud no infringe lo establecido en el apartado 1 del artículo 85, lo que se conoce como "declaración negativa" (art. 2). Además, el Reglamento exige que se notifiquen los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas prohibidos por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado y con respecto a los cuales se solicite una exención al amparo de lo previsto en el apartado 3 del mismo artículo. Las solicitudes de declaración negativa o las notificaciones con fines de exención han de efectuarse con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento 3385/94 de la Comisión.

89. En virtud del Reglamento 17/62, la Comisión cuenta con competencias exclusivas para declarar inaplicable el apartado 1 del artículo 85 y conceder una exención con arreglo al

apartado 3, quedando su decisión sujeta únicamente al control de los tribunales Comunitarios (art.9.1).

90. El Reglamento 17/62 intentaba limitar el número de acuerdos sujetos al requisito de notificación. El apartado 2 de su artículo 4 dispone que dicho requisito no se aplicará cuando:

- 1) las partes procedan de un único Estado miembro y no haya importaciones o exportaciones;
- 2) no participen más de dos empresas y las cláusulas del acuerdo cumplan una serie de requisitos señalados en el artículo; o
- 3) el acuerdo tenga únicamente alguno de los objetivos mencionados⁽¹⁾. Esta disposición dispensa a las partes interesadas de la obligación de notificación, si bien, por su parte, la Comisión sigue teniendo la posibilidad de aplicar el apartado 1 del artículo 85 a tales acuerdos. Desde un punto de vista práctico, ello supone para las empresas la ventaja de que la Comisión puede estudiar tales acuerdos de oficio para determinar si se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 85. En este caso, puede adoptar una decisión a tal fin con efectos retroactivos a partir de la fecha en que se haya celebrado el acuerdo. Además, el apartado 2 del artículo 4 dispone que estos acuerdos podrán ser notificados. La ventaja de tal notificación radica en que, de acuerdo con el apartado 5 del artículo 15 del Reglamento 17/62, la misma provee inmunidad contra la imposición de multas. Si no existe notificación, el apartado 2 del artículo 4 no impide a la Comisión imponer multas por los acuerdos que entren en el ámbito de aplicación de esta disposición.

91. En relación con las solicitudes de declaración negativa o exención individual, la Comisión procede a un examen individualizado de cada caso. El Reglamento 17/62 define las circunstancias que originan la apertura de una investigación por parte de la Comisión, investigación que puede derivarse de una solicitud de declaración negativa (art. 2), una notificación con vistas a obtener una exención individual (art. 4), una denuncia o un

⁽²⁶⁾ Más concretamente, el apartado 2 del artículo 4 señala que la notificación de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas es optativa cuando:

- 1) Sólo participen en ellos empresas de un solo Estado miembro, y esos acuerdos, decisiones y prácticas no afecten a las importaciones ni a las exportaciones entre Estados miembros;
- 2) No participen en ellos más que dos empresas, siempre que esos acuerdos tengan solamente por efecto:

- a) restringir la libertad de formación de precios o condiciones de la transacción de una de las partes en el contrato en el momento de la reventa de mercancías adquiridas a la otra parte contratante, o
- b) imponer al adquirente o al usuario de derechos de propiedad industrial -especialmente patentes, modelos de utilidad, diseños y modelos o marcas- o al beneficiario de contratos que impliquen cesión o concesión de procedimientos de fabricación o conocimientos relativos a la utilización y aplicación de técnicas industriales, limitaciones en el ejercicio de estos derechos.

- 3) Tengan por único objeto:

- a) la elaboración o aplicación uniforme de normas y tipos,
- b) la investigación y el desarrollo en común,
- c) la especialización en la fabricación de productos, incluidos los acuerdos necesarios para su realización,
 - cuando los productos que sean objeto de especialización no representen, en una parte sustancial del mercado común, más del 15% del volumen de negocios realizado con productos idénticos o considerados similares por el usuario en razón de sus propiedades, su precio y su uso, y
 - cuando el volumen de negocios total anual efectuado por las empresas participantes no rebase los 200 millones de unidades de cuenta.

procedimiento de oficio (art. 3), así como de un estudio sectorial (art. 12). El Reglamento señala, asimismo, los poderes de investigación con que cuenta la Comisión, entre los que figuran las facultades de solicitar información (art. 11), realizar inspecciones *in situ* (art. 14) o pedir la asistencia de los Estados miembros para efectuar verificaciones (art. 13). El artículo 19 señala los derechos que pueden hacer valer las empresas en su defensa durante estos procedimientos (incluida la protección de los secretos comerciales), otorgando, asimismo, a terceros el derecho a ser oídos; el artículo 20 impide la divulgación de secretos profesionales.

92. Tras una investigación, la Comisión puede conceder una declaración negativa o una exención, si considera que las actividades en cuestión lo justifican. Por otra parte, puede llegar a la conclusión de que las actividades contravienen a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85, y formular un pliego de cargos. El pliego de cargos consiste en una carta dirigida a las empresas que participen en las actividades que, a juicio de la Comisión, infringen lo establecido en el apartado 1 del artículo 85 y no justifican la concesión de una exención. En dicha carta, la Comisión debe exponer claramente los hechos fundamentales que motivan su objeción. Además, debe indicar los documentos que obran en su poder y que constituyen una prueba de la infracción imputada. La Comisión ha de presentar su evaluación de los hechos y especificar las medidas que se propone adoptar para obtener reparación, tales como multas. La Comisión les permite a las empresas examinar todos los documentos, con la excepción de los documentos internos, aquellos que contengan secretos del negocio u otros documentos confidenciales. El Reglamento 99/63 obliga a la Comisión a fijar en el pliego de cargos un plazo para que las empresas o asociaciones de empresas puedan presentar su respuesta. La respuesta puede consistir en observaciones por escrito, acompañadas de los documentos pertinentes. Los terceros interesados deben tener también la oportunidad de dar a conocer su opinión en un determinado plazo. Los Reglamentos 17/62 y 99/63 exigen que la Comisión ofrezca a todos aquellos que así lo soliciten en sus observaciones por escrito la oportunidad de exponer su punto de vista en una audiencia, debiendo enviarse a las personas que vayan a ser oídas un resumen por escrito. El Reglamento 17/62 dispone que se consulte a un comité consultivo compuesto por representantes de los Estados miembros antes de tomar cualquier decisión con respecto a una solicitud o notificación. Posteriormente, la Comisión puede adoptar una decisión definitiva, que se publica en todos los idiomas oficiales de la Comunidad, especificando la fecha a partir de la cual surtirá efecto.

93. Antes de conceder una declaración negativa o exención, la Comisión ha de publicar un resumen de la solicitud o notificación pertinente en todos los idiomas oficiales de la Comunidad e invitar a los terceros interesados a presentar sus observaciones (art. 19.3). El Reglamento 17/62 exige que, antes de adoptar cualquier decisión con respecto a una solicitud o notificación, se consulte a un comité consultivo compuesto por representantes de los Estados miembros. La Comisión debe publicar la decisión final por la que concede una declaración negativa o una exención en todos los idiomas oficiales de la Comunidad (art. 21.1).

94. En virtud del Reglamento 17/62, cuando la Comisión decide conceder una exención, debe especificar la fecha en que comienza a surtir efecto (art. 6.1), su duración y las condiciones u obligaciones que conlleve (art. 8.1). No pueden imponerse multas por actuaciones que se encuentren dentro de los límites de la actividad descrita en la notificación y que sean posteriores a esta última pero anteriores a la fecha en que la Comisión apruebe su decisión con respecto a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 (art. 15.1.a)).

95. Únicamente se puede adoptar un número limitado de decisiones formales por año en relación con casos sujetos a los artículos 85 y 86. Estas decisiones permiten a la Comisión fijar su postura con respecto a ciertos problemas o sectores, y aclarar los criterios que podrán seguirse posteriormente en relación con acuerdos similares. Las decisiones negativas sirven también para obligar a las empresas a acatar las normas comunitarias de competencia y, en particular, para imponer multas.

96. En la mayor parte de los casos en que se solicita una declaración negativa o una exención individual, la Comisión se limita a declarar mediante una simple carta, conocida como "carta administrativa", i) que, por su parte, no ha lugar a intervenir en relación con un acuerdo en virtud de lo establecido en el apartado 1 del artículo 85 (declaración negativa) o ii) que el acuerdo parece cumplir las condiciones para que se conceda una exención al amparo del apartado 3 del artículo 85. En los casos verticales, este proceso suele llevarse a cabo en un plazo de 18 meses a partir de la recepción de la notificación. Las cartas administrativas constituyen una garantía considerable, si bien no ofrecen una total seguridad jurídica, al limitarse a indicar la postura *a priori* favorable de la Comisión con respecto al caso objeto de examen.

97. Las exenciones, una vez concedidas, pueden renovarse (art. 8.2), revocarse o modificarse con efectos retroactivos, si las circunstancias que las han motivado han cambiado, las partes han incumplido sus obligaciones, la información en que se basan es inexacta, se han obtenido de manera fraudulenta o las partes han abusado de las mismas (art. 8.3).

II. Exenciones por categorías referentes a restricciones verticales

El Reglamento 19/65 y la aprobación de exenciones por categorías

98. El artículo 87 del Tratado de Roma dispone que el Consejo, a propuesta de la Comisión, adopte disposiciones para la aplicación de los artículos 85 y 86, entre las que se incluyen las precisas para "determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 85, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de asegurar una vigilancia eficaz y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo", y para "precisar, eventualmente, respecto de los distintos sectores económicos, el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86".

99. Tras la entrada en vigor del Reglamento 17/62, la Comisión se encontró ante una "avalancha" de notificaciones, muchas de las cuales se referían a restricciones verticales (cerca de 30.000 acuerdos notificados). En consecuencia, para facilitar la labor de la Comisión a la hora de tramitar el elevado número de notificaciones recibidas, el Consejo aprobó, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, el Reglamento 19/65, basándose para ello en las facultades que le confería el artículo 87 del Tratado. El Reglamento 19/65 permitía a la Comisión "declarar, por vía de reglamento, las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 inaplicables a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas". El Reglamento 19/65 señalaba que tales reglamentos habrían de referirse exclusivamente a aquellas categorías de acuerdos en los que sólo participaran dos empresas, que tuviesen por objeto una distribución en exclusiva o una compra en exclusiva de productos para su venta y que llevaran aparejadas limitaciones en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial (art. 1.1). Los reglamentos deben precisar las restricciones o cláusulas que no

pueden figurar en los acuerdos y las cláusulas que deben figurar o las demás condiciones que hayan de cumplimentarse (art. 1.2). Los reglamentos de exención por categorías tienen un período de vigencia limitado (art. 2) y pueden ser derogados o modificados si las circunstancias en que se fundamentan varían. Asimismo, puede retirarse su beneficio en casos concretos si se comprueba que existe incompatibilidad con las condiciones del apartado 3 del artículo 85 (art. 7). Para retirar el beneficio de una exención por categorías, la Comisión ha de seguir todo el procedimiento que lleva a la adopción de una decisión con arreglo al apartado 1 del artículo 85. En la actualidad no existe ningún mecanismo en este contexto que anule la suspensión de las multas, de forma análoga a lo previsto en el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento 17/62.

100. Así pues, el reglamento de exención por categorías constituye un instrumento mediante el cual la Comisión puede declarar exento un tipo de acuerdos similares que, desde el punto de vista de la competencia, tienen presumiblemente más efectos benéficos que nocivos. Un acuerdo del tipo correspondiente que se ajuste a las condiciones establecidas en tal reglamento queda automáticamente exento de la aplicación del apartado 1 del artículo 85, sin necesidad de ser notificado. Los acuerdos que reúnen los requisitos de una exención por categorías disfrutan de la misma consideración legal y ventajas que aquellos a los que se aplica una exención individual.

Reglamentos de exención por categorías de la Comisión aplicables específicamente a las restricciones verticales

101. Los reglamentos de exención por categorías de la Comisión cubren la mayor parte de los acuerdos verticales, esto es, los de distribución en exclusiva (Reglamento 1983/83), compra en exclusiva, con disposiciones específicas para la cerveza y la gasolina (Reglamento 1984/83) y franquicia (Reglamento 4087/88)⁽¹⁾.

102. Todas las exenciones por categorías respecto de restricciones verticales se aplican con independencia de las cuotas de mercado o las ventas de las empresas⁽¹⁾. Los Reglamentos sobre distribución y compra en exclusiva contienen las siguientes disposiciones: una lista exhaustiva de las cláusulas restrictivas que quedan exentas (denominada "lista blanca"); una lista no exhaustiva de cláusulas que normalmente no son restrictivas de competencia y que pueden figurar en los acuerdos; y una lista de las cláusulas restrictivas que se consideran contrarias a la competencia y que no permiten al acuerdo correspondiente acogerse a la exención por categorías (denominada "lista negra").

103. Procedimiento de no oposición

Algunos reglamentos de exención por categorías (incluido, en el contexto de los acuerdos verticales, el referente a las franquicias) contienen un procedimiento de no oposición, al que cabe recurrir cuando se trata de restricciones que no están claramente exentas y tampoco figuran en la lista negra, y que sirve para agilizar la tramitación de las notificaciones. Con arreglo a este procedimiento, si la Comisión no se opone a un acuerdo en el plazo de seis

⁽²⁷⁾ Existen también exenciones por categorías en relación con la distribución y los servicios de venta y posventa de vehículos automóviles (Reglamento 1475/95) y a la transferencia de tecnología (Reglamento 240/96)

⁽²⁸⁾ Algunas exenciones por categorías, incluidas las que se refieren a acuerdos de especialización e investigación y desarrollo, están sujetas a limitaciones en función de las cuotas de mercado.

meses a contar desde la recepción de una notificación completa, se considera que el acuerdo está exento⁽¹⁾. Si la Comisión se opone a un acuerdo, los efectos de la notificación se rigen por lo dispuesto en el Reglamento 17/62. No obstante, los plazos pueden prolongarse si la notificación está incompleta. En 1995, sólo se recurrió en dos ocasiones al procedimiento de no oposición en relación con la exención por categorías aplicable a los acuerdos de franquicia. La Comisión desea recibir comentarios sobre los motivos por los cuales no se ha recurrido de forma más amplia al procedimiento de no oposición.

III. Régimen de los acuerdos de distribución selectiva

104. Existe distribución selectiva cuando un proveedor limita la venta de sus productos a distribuidores seleccionados por él en función de criterios concretos. En general, este método de distribución sólo se emplea en determinados sectores, en particular los que se relacionan con productos de lujo o de alta tecnología.

105. Los acuerdos de distribución selectiva no están amparados por ninguna exención por categorías. La política de la Comisión al respecto queda reflejada en las, aproximadamente, veinte decisiones formales adoptadas en el curso de varios años, las declaraciones de principios publicadas en los informes anuales de competencia de la Comisión y las sentencias de los tribunales Comunitarios.

IV. Función de los tribunales nacionales

106. En virtud del principio de efecto directo, los tribunales de los Estados miembros son competentes, al igual que la Comisión, para aplicar los apartados 1 y 2 del artículo 85 y el artículo 86. Los tribunales, por su parte, no están habilitados para conceder exenciones en relación con prácticas restrictivas que cumplen las condiciones señaladas en dicho apartado 3, siendo la Comisión la única competente en este sentido (Reglamento 17/62, art. 9.1).

107. Todos aquellos que entablen acciones judiciales por infracción de la legislación comunitaria de competencia ante los tribunales nacionales están asistidos por las normas de procedimiento y las vías de recurso contempladas en la legislación nacional. Las soluciones y las normas de procedimiento que apliquen los tribunales nacionales en casos de quebrantamiento del derecho comunitario no pueden ser menos favorables que las que se apliquen a una infracción similar del derecho nacional, entre las que se incluyen medidas cautelares, requerimientos y, en muchos Estados miembros, indemnizaciones por daños y perjuicios.

108. En 1992, el Tribunal de Primera Instancia confirmó la facultad de la Comisión de rechazar las demandas que carezcan de un interés comunitario significativo y que puedan hallar una solución satisfactoria a través de los tribunales nacionales. De acuerdo con esta sentencia, la Comisión está dispuesta a rechazar este tipo de demandas, esperando que ello dé lugar a un aumento apreciable del número de acciones relativas a la normativa comunitaria de competencia entabladas ante los tribunales nacionales.

⁽²⁹⁾ Véase, entre otros, el Reglamento 4087/88, de 30 de noviembre de 1988, art. 6.1.

109. En 1993, la Comisión publicó la "Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE"⁽¹⁾, a fin de ayudar a los tribunales nacionales que tuvieran que hacer frente a tales casos. En ella se define un procedimiento por el que pueden guiarse dichos órganos a la hora de aplicar las normas de competencia de la Comunidad. La Comunicación señala que los tribunales deben respetar las decisiones de exención adoptadas por la Comisión (apdo. 25) y sugiere que pueden también determinar si los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas entran en el ámbito de aplicación de los reglamentos de exención por categorías (apdo. 26).

V. Función de las autoridades nacionales de defensa de la competencia

Aplicación de las normas comunitarias de competencia por las autoridades nacionales

110. Cada uno de los Estados miembros ha designado a una autoridad nacional competente. El artículo 88 del Tratado faculta a las autoridades nacionales para aplicar la normativa comunitaria de competencia. En tanto la Comisión no haya incoado un procedimiento en virtud del artículo 85⁽¹⁾, las autoridades de los Estados miembros son competentes para aplicar el apartado 1 del artículo 85, de conformidad con lo previsto en el artículo 88 del Tratado de Roma (Reglamento 17/62, art. 9.3). No obstante, no pueden conceder una exención basada en el apartado 3 del artículo 85, ni retirar el beneficio de una exención por categorías. Como ya hemos señalado, únicamente la Comisión está facultada para hacerlo. Las exenciones por categorías son, según se ha indicado antes, directamente aplicables, por lo que las autoridades nacionales pueden aplicarlas.

111. Para que las autoridades nacionales puedan aplicar los artículos 85 y 86 y para que prevalezcan las vías de recurso nacionales, son necesarias normas nacionales de habilitación. Ocho Estados miembros han aprobado tales normas⁽¹⁾, mientras que los siete restantes no lo han hecho⁽¹⁾. Las vías de recurso varían considerablemente entre unos Estados miembros y otros, en función de los diversos ordenamientos jurídicos y tradiciones. Así, la situación de las partes depende de las vías de recurso que ofrezca el Estado miembro en el que se entable la acción.

112. La Comisión ha publicado recientemente una Comunicación sobre la aplicación del apartado 1 del artículo 85 (y el artículo 86) por las autoridades nacionales⁽¹⁾. Al igual que la relativa a los tribunales nacionales, esta Comunicación establecerá un mecanismo de información y consulta entre la Comisión y las autoridades nacionales cuando éstas apliquen los referidos artículos o las normas propias de competencia en casos transfronterizos.

⁽³⁰⁾ DO C 39/05 de 13.2.1993.

⁽³¹⁾ El apartado 3 del artículo 9 del Reglamento 17/62 dispone que los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar el apartado 1 del artículo 85 en tanto la Comisión no haya iniciado procedimiento alguno con arreglo a los artículos 2 (declaración negativa), 3 (cese de las infracciones) o 6 (decisión de aplicación del apartado 3 del artículo 85).

⁽³²⁾ Austria, Alemania, Francia, Italia, España, Bélgica, Grecia y Portugal

⁽³³⁾ Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia y Reino Unido.

⁽³⁴⁾ OJ C 262 del 10.9.1996

Aplicación concurrente de la legislación nacional de competencia por las autoridades nacionales

113. En el período transcurrido desde la entrada en vigor del Tratado de Roma, en 1958, todos los Estados miembros han aprobado normas de competencia de algún tipo, o modificado las ya existentes, en relación con las restricciones de competencia y los abusos de posición dominante. En el capítulo VI se estudian las normas de los Estados miembros sobre las restricciones verticales.

114. En general, se aplican las normas nacionales de competencia cuando los efectos de un acuerdo vertical se circunscriben básicamente al mercado de un solo Estado miembro.

115. Las autoridades nacionales de defensa de la competencia están facultadas para aplicar la normativa nacional. En general, pueden realizar investigaciones, adoptar decisiones e imponer sanciones. Sus decisiones administrativas están, en ciertas circunstancias, sujetas a revisión por un tribunal nacional. En algunos Estados miembros, sus atribuciones en materia de investigación son más amplias que las de la Comisión en dos sentidos: en muchos casos, pueden orientar su labor de investigación hacia personas físicas y sancionarlas si se niegan a colaborar, sanciones que pueden, incluso, consistir en penas de cárcel por desacato a una orden judicial; asimismo, cuentan con atribuciones de policía administrativa, incluida la posibilidad de obtener órdenes de registro, que les puede facilitar la tarea a la hora de realizar inspecciones *in situ*.

116. Las leyes de los Estados miembros no pueden aplicarse si entran en conflicto con la legislación comunitaria. Si la Comisión ha adoptado una decisión en la que declara inaplicable el apartado 1 del artículo 85, las autoridades nacionales tienen total libertad para declarar que se ha infringido la normativa de competencia nacional. Sin embargo, si la Comisión concede una exención al amparo del apartado 3 del artículo 85, las autoridades nacionales no pueden tomar medidas en sentido contrario, ni en virtud de la legislación comunitaria, ni en virtud de la legislación nacional.

* * * *

Capítulo IV

NORMAS VIGENTES EN MATERIA DE RESTRICCIONES VERTICALES

I. Condiciones generales de aplicación del artículo 85

117. Como hemos visto anteriormente, los acuerdos de distribución plantean problemas específicos por la ambivalencia que normalmente los caracteriza. Este tipo de acuerdo puede constituir un instrumento adecuado para que algunas empresas logren introducirse en nuevos mercados y comercializar sus productos de manera eficaz. No obstante, también puede servir para dificultar el acceso de terceros a un determinado mercado y perpetuar la compartimentación del mercado común. Esta ambivalencia ha suscitado un animado debate, sobre todo, en torno al momento a partir del cual las restricciones verticales pueden entrar en el ámbito de aplicación del artículo 85.

118. Por su parte, en una de sus primeras sentencias en la materia, el Tribunal de Justicia precisó que el artículo 85 se refería tanto a los acuerdos horizontales como verticales y, en relación con estos últimos, afirmó concretamente que:

si bien la competencia entre productores es generalmente más aparente que entre distribuidores de la misma marca, de ello no se desprende que un acuerdo tendiente a restringir esta última pueda escapar a la prohibición del apartado 1 del artículo 85, por el mero hecho de que pueda intensificar la primera⁽¹⁾.

Para entender este planteamiento, es importante situar las normas de competencia del Tratado CE en su contexto global. De acuerdo con una interpretación teleológica basada en los principios enunciados en el artículo 2 y la letra f) del artículo 3 del Tratado CE, las disposiciones comunitarias en materia de competencia no sólo están destinadas a *proteger la eficacia del sistema económico*, sino que representan además un instrumento para *promover la integración de las economías nacionales*, con vistas al establecimiento de un mercado único. De forma general, este planteamiento lleva, por una parte, a conceder una función autónoma a la evaluación de las condiciones de competencia entre productos de la misma marca. Por otra parte, debido al objetivo de integración de los mercados, todo sistema de distribución en el que exista una protección territorial absoluta se considera, en principio, contrario a uno de los objetivos fundamentales del Tratado y, por tanto, incompatible con las normas de competencia comunitarias. Como veremos detenidamente más adelante, este último elemento reviste especial importancia para la política de competencia de la Comisión, que, en este ámbito, se caracteriza por su resolución firme de combatir los acuerdos que puedan obstaculizar el comercio paralelo y las ventas pasivas fuera de los territorios concedidos.

119. El presente capítulo tiene por objeto recordar las normas contenidas en los citados reglamentos de exención por categorías en el área de distribución, así como los principios aplicables a los acuerdos de distribución selectiva. La complejidad de la materia no permite realizar, en este contexto, un análisis pormenorizado de los casos concretos de aplicación del apartado 3 del artículo 85 a acuerdos no cubiertos por los referidos reglamentos. Tampoco intentaremos, en el presente capítulo, describir de forma exhaustiva la práctica de la Comisión

⁽³⁵⁾ Sentencia de 13 de julio de 1966, *Grundig y Consten/Comisión*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. p. 429.

en cuanto a las condiciones generales de aplicación del apartado 1 del artículo 85 a tales acuerdos. A este respecto, las siguientes observaciones podrán darnos una orientación general.

II. Tipos de acuerdos de distribución

120. En la práctica, la Comisión distingue *cuatro tipos principales de acuerdos verticales*, a saber, los acuerdos de distribución en exclusiva, de compra en exclusiva, de distribución selectiva y de franquicia.

Acuerdos de distribución en exclusiva

121. El Reglamento nº 1983/83 se refiere a un tipo específico de acuerdo de distribución en exclusiva, el más extendido. Con arreglo a su artículo 1, dicho Reglamento se aplica "a los acuerdos en los que sólo participen dos empresas, y en los cuales una parte se comprometa con la otra a entregarle únicamente a ésta determinados productos para su reventa en la totalidad o en una parte definida del territorio del mercado común". En la práctica, este Reglamento engloba la totalidad de los acuerdos de distribución en exclusiva bilaterales relativos a productos terminados y con repercusiones transfronterizas. En cambio, los acuerdos en los que el proveedor designa a más de un concesionario en el territorio contractual no entran en su ámbito de aplicación y deben, por tanto, someterse a un examen individualizado. Los acuerdos relacionados con prestaciones de servicios quedan igualmente excluidos de su ámbito de aplicación. Por otra parte, el Reglamento sólo se refiere a los acuerdos de reventa⁽¹⁾. De forma general, en lo que respecta a los acuerdos excluidos, la práctica decisoria de la Comisión se inspira en una interpretación bastante amplia del apartado 3 del artículo 85.

122. Tal como se deriva de los considerandos 5 a 7, los acuerdos de distribución en exclusiva que reúnen todas las condiciones del Reglamento nº 1983/83 "tienen generalmente como resultado una mejora de la distribución", ya que el productor "no está obligado a mantener múltiples relaciones de negocios con gran número de revendedores" y "el hecho de mantener relaciones únicamente con un revendedor permite solucionar con más facilidad las dificultades que se derivan, en los intercambios internacionales, de diferencias de orden lingüístico, jurídico u otras". Además, los mencionados acuerdos "facilitan la promoción de la venta de un producto y permiten actuar intensivamente sobre el mercado y asegurar la continuidad del abastecimiento, racionalizando la distribución", y "estimulan asimismo la competencia entre productos de diferentes fabricantes"; por otra parte, tales acuerdos representan a menudo el medio más eficaz, e incluso a veces el único, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, de penetrar en un mercado. Finalmente, permiten a los consumidores "procurarse más rápida y fácilmente, en particular productos fabricados en otros Estados".

123. Estas ventajas no se derivan automáticamente de los acuerdos de exclusiva, recíprocos o no, celebrados entre empresas competidoras. De ahí que el Reglamento no se aplique a tales acuerdos, que, en general, han de someterse a un examen individualizado. La única excepción

⁽³⁶⁾ De acuerdo con el planteamiento de la Comisión, el concepto de reventa engloba también aquellos casos en que el revendedor embala o trasvasa los productos que le son suministrados. Además, si el revendedor realiza prestaciones adicionales para mejorar la calidad, la conservación, la apariencia o el sabor de los productos, el valor añadido de tales prestaciones es determinante a la hora de comprobar si el objeto del acuerdo de que se trate es la reventa de los productos suministrados.

a esta norma son los acuerdos no recíprocos en los que las dos partes o una de ellas realizan un volumen de negocios que no supere los 100 millones de ecus. Aparte de esta excepción, los acuerdos de exclusiva entre competidores han de examinarse caso por caso, pudiendo obtener, en determinadas condiciones, una exención individual⁽¹⁾.

Acuerdos de compra en exclusiva

124. El Reglamento nº 1984/83 se refiere únicamente a los acuerdos de *compra exclusiva* celebrados entre dos empresas con fines de reventa. Estos acuerdos se caracterizan por el compromiso del revendedor de no adquirir los productos objeto del contrato a proveedores que no sean la otra parte contratante (o un tercero designado por éste). El proveedor puede abastecer a otros revendedores del mismo nivel de distribución en la misma zona de venta y, por su parte, el revendedor no está sujeto a restricciones territoriales en sus ventas. Ahora bien, a la obligación principal de compra exclusiva va unida con frecuencia una obligación complementaria de no competir, a través de la cual el revendedor se compromete a no fabricar o distribuir productos competidores de los productos objeto del acuerdo. En su tercer considerando, el Reglamento nº 1984/83 señala que "los acuerdos de compra exclusiva de las categorías definidas en el presente Reglamento pueden quedar comprendidos en el ámbito del apartado 1 del artículo 85", añadiendo que "esto es particularmente lo que ocurre cuando forman parte de un conjunto de acuerdos similares que, conjuntamente, pueden afectar el comercio entre Estados miembros". Tales acuerdos vinculan al revendedor a un único proveedor y pueden, en ciertos casos, dificultar sensiblemente el acceso al mercado de terceros. Por consiguiente, las restricciones antes mencionadas son de vital interés para el derecho de la competencia, debido sobre todo a las repercusiones que conllevan para la competencia entre marcas.

125. No obstante, cabe añadir que los acuerdos de compra exclusiva que se ajustan a las condiciones enunciadas en el Reglamento nº 1984/83 suponen ventajas económicas que justifican una apreciación favorable desde la óptica del apartado 3 del artículo 85. En particular, y tal como se desprende de los considerandos 5 a 7, los acuerdos de compra exclusiva pueden contribuir a mejorar la producción y distribución de los productos, ya que permiten a las partes contratantes planificar con mayor exactitud y antelación la producción y la venta de sus productos, limitar los riesgos de fluctuación de los mercados y reducir los costes de producción, almacenamiento y comercialización. La celebración de tales acuerdos constituye con frecuencia el único medio de que disponen las pequeñas y medianas empresas para introducirse en el mercado y estimular así la competencia. Además, los citados acuerdos facilitan la promoción de las ventas y permiten actuar de forma intensiva sobre el mercado, puesto que, por regla general, el proveedor contribuye a mejorar la estructura de la red. Por su parte, los consumidores se benefician de dichos acuerdos, al disfrutar de un abastecimiento continuo y poder procurarse los productos correspondientes con mayor facilidad. Sin embargo, esta valoración positiva se subordina a que los acuerdos no dificulten de forma significativa el acceso de otras empresas al mercado. Así, en un caso reciente⁽¹⁾, la Comisión se

⁽³⁷⁾ Véase, por ejemplo, la Decisión relativa al asunto *Moosehead/Whitbread*, DO L 100 de 20.4.1990, p. 15. En el asunto *Carlsberg/Interbrew* (véase XXIV Informe sobre la política de la competencia, p. 419), la aprobación del acuerdo por la Comisión estaba subordinada a que las funciones relacionadas con la determinación del precio, las medidas publicitarias y la disposición de los productos no fuesen ejercidas discrecionalmente por el concesionario.

⁽³⁸⁾ Decisión *Langnese-Iglo GmbH* de 23.12.1992, DO de 26.7.1993, p. 1.

vio obligada a retirar el beneficio de la exención por categorías por el efecto de exclusión de los acuerdos.

Al igual que en el caso de los acuerdos de distribución en exclusiva, las ventajas antes señaladas no se derivan automáticamente de los acuerdos de compra en exclusiva, recíprocos o no, celebrados entre empresas competidoras. El Reglamento sólo se aplica a los acuerdos no recíprocos en los que las dos partes o una de ellas realicen un volumen de negocios no superior a 100 millones de ecus. Los demás acuerdos entre competidores han de examinarse por separado.

Compra en exclusiva de cerveza y de las gasolineras

126. Al margen de las consideraciones antes formuladas en relación con los acuerdos de compra exclusiva en general, los acuerdos relativos a la cerveza o las gasolineras están sujetos a disposiciones específicas. En general, en este tipo de acuerdos, "el proveedor concede al revendedor ventajas económicas y financieras particularmente importantes pagándole sumas a fondo perdido, u otorgándole o facilitándole préstamos en ventajosas condiciones, concediéndole un terreno o locales para la explotación del despacho de bebidas o de la estación de servicio, poniendo a su disposición instalaciones técnicas u otros equipamientos o efectuando otras inversiones en beneficio del revendedor..." (considerando 13). "Las ventajas económicas y financieras que el proveedor concede al revendedor facilitan notablemente la instalación o la modernización de establecimientos de bebidas o de estaciones de servicio, así como su mantenimiento y explotación; (...) la obligación de compra exclusiva y la prohibición de competencia llevan al revendedor a centrar sus esfuerzos de venta en los productos contemplados en el acuerdo con todos los medios a su alcance; (...) tales acuerdos llevan a las partes contratantes a una larga cooperación que les permite mejorar la calidad de los productos y del servicio a la clientela prestados por el revendedor; (...) permiten una planificación a largo plazo de las ventas y, por consiguiente, una organización rentable de la producción y de la distribución; (...) bajo la presión de la competencia entre productos de marcas diferentes, los interesados se ven obligados a adaptar de modo permanente el número y las características de los establecimientos de bebidas y de las estaciones de servicio a los deseos de la clientela" (considerando 15). Para obtener estas ventajas objetivas, la distribución exclusiva de cerveza y de productos petrolíferos ha de circunscribirse a los locales designados. Ello diferencia este tipo de acuerdo de los demás acuerdos de compra en exclusiva, en los que no hay limitación alguna a determinados locales. Por tanto, para proteger la libertad comercial del revendedor y garantizar el acceso a la distribución al por menor de otros proveedores, se imponen restricciones temporales y se define estrictamente la gama de productos que pueden incluirse en el acuerdo. Cabe señalar que los acuerdos de suministro de cerveza celebrados por los pequeños fabricantes quedan fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85⁽¹⁾.

Acuerdos de distribución selectiva

127. Los contratos de distribución selectiva incluyen generalmente un compromiso recíproco de las partes, en virtud del cual el fabricante se compromete a abastecer únicamente a revendedores que reúnan una serie de requisitos profesionales o técnicos y los distribuidores

⁽³⁹⁾ Apdo. 40 de la Comunicación de la Comisión relativa a los Reglamentos (CEE) nº 1983/83 y 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, DO C 121 de 13.5.1992.

autorizados, por su parte, se comprometen a no vender o adquirir los productos a mayoristas o minoristas no integrados en la red oficial. El recurso a un sistema de distribución selectiva suele estar relacionado con la naturaleza del producto.

128. Basándonos en la práctica administrativa de la Comisión y en la jurisprudencia del Tribunal, podemos distinguir tres tipos de distribución selectiva, cada uno de ellos caracterizado por la naturaleza más o menos restrictiva de los criterios de autorización aplicados⁽¹⁾.

- i) Las redes basadas únicamente en la aplicación de criterios *cualitativos*. Este tipo de selección parte de criterios objetivos, mediante los cuales se definen el nivel de capacitación profesional que el distribuidor o su personal de venta han de poseer, así como las condiciones técnicas y funcionales que todo punto de venta autorizado debe reunir. En el plano jurídico, la Comisión viene recurriendo, desde sus primeras decisiones en la materia, a la "regla de la razón" "rule of reason", con arreglo a la cual la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 85 no afecta, en principio, a tales sistemas de distribución cuando la selección de los revendedores se atenga a los tres requisitos siguientes⁽¹⁾. En primer lugar, los criterios objetivos de carácter cualitativo deben responder a la naturaleza de los productos considerados (*principio de necesidad*)⁽¹⁾. En segundo lugar, no deben imponer exigencias desproporcionadas con respecto al objetivo perseguido, esto es, el mantenimiento de un comercio

⁽⁴⁰⁾ Dado que la distribución selectiva no se contempla en ningún reglamento de exención por categorías, los comentarios sobre esta forma de distribución contenidos en el presente capítulo se basan en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del TPI, así como en las decisiones adoptadas por la Comisión. Los asuntos más destacables en los que se han pronunciado el Tribunal de Justicia y el TPI son los siguientes: *Metro I*, de 25.10.1977, as. 26/76, Rec. 1977, p. 1875; *L'Oréal*, de 11.12.1980, as. 31/80, Rec. 1980, p. 3775; *Lancôme*, de 10.7.1980, as. 99/79, Rec. 1980, p. 2511; *Salonia*, de 16.6.1981, as. 126/80, Rec. 1981, p. 1574; *Demo-Studio Schmidt*, de 11.10.1983, as. 210/81, Rec. 1983, p. 3045; *AEG/Telefunken*, de 25.10.1983, as. 107/82, Rec. 1983, p. 3151; *Binon*, de 3.7.1985, as. 243/83, Rec. 1985, p. 2034; *Ford Werke II*, de 17.9.1985, as. 25 y 26/84, Rec. 1985, p. 2725; *ETA/DK Investment*, de 10.12.1985, as. 31/85, Rec. 1985, p. 3933; *Metro II*, de 22.10.1986, as. 75/84, Rec. 1986, p. 3076; *Vichy*, de 27.2.1992, as. T-19/91. En cuanto a las decisiones de la Comisión, véase *Kodak*, DO L 147 de 7.7.1970, p. 24; *Omega*, DO L 242 de 5.11.1970, p. 22; *Bayerische Motoren Werke*, DO L 29 de 3.2.1975, p. 1; *SABA I*, DO L 29 de 3.2.1976, p. 19; *Junghans*, DO L 30 de 2.2.1977, p. 10; *Krups*, DO L 120 de 13.5.1980, p. 26; *Hasselblad*, DO L 161 de 12.6.1982, p. 18; *AEG/Telefunken*, DO L 117 de 30.4.1982, p. 15; *Ford Werke*, DO L 327 de 24.11.1983, p. 31; *Murat*, DO L 348 de 10.12.1983, p. 15; *SABA II*, DO L 376 de 31.12.1983, p. 41; *IBM Personal Computer*, DO L 118 de 5.4.1984, p. 24; *Grohe*, DO L 19 de 23.1.1985, p. 17; *Ideal Standard*, DO L 20 de 24.1.1985, p. 38; *Grundig*, DO L 233 de 30.8.1985, p. 1; *Ivoclar*, DO L 369 de 31.12.1985, p. 1; *Villeroy & Boch*, DO L 376 de 31.12.1985, p. 15; *Vichy*, DO L 75 de 21.3.1991, p. 57; *Yves Saint Laurent Parfums*, DO L 12 de 18.1.1992, p. 24; *Givenchy*, DO L 236 de 19.8.1992, p. 11.

⁽⁴¹⁾ No obstante, esta conclusión general debe matizarse en ciertos casos particulares en que el mercado afectado es tan rígido y está tan estructurado, debido al efecto acumulativo de las múltiples redes de distribución selectiva, que el elemento de competencia inherente a tales sistemas resulta insuficiente para mantener una competencia efectiva. En tales casos, el sistema de que se trate podría entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, por lo que habría de examinarse a la luz de lo previsto en el apartado 3 del mismo artículo.

⁽⁴²⁾ A este respecto, la Comisión ha mostrado hasta ahora una actitud globalmente favorable frente a las redes de distribución que operan en el sector de los productos técnicamente muy complejos, de determinados productos específicos (por ejemplo, los productos de la prensa) y de ciertos artículos de lujo.

especializado que pueda garantizar la venta, en condiciones óptimas, de los productos contractuales (*principio de proporcionalidad*). En tercer lugar, los criterios de selección cualitativos han de ser iguales para todos los revendedores y aplicarse sin discriminaciones (*principio de no discriminación*).

- ii) Las redes a las que sólo pueden acceder los revendedores que, además de cumplir ciertos criterios cualitativos, están dispuestos a adquirir compromisos adicionales, *de carácter promocional*, escapan a la "regla de la razón" y quedan sujetas a la prohibición del apartado 1 del artículo 85. No obstante, como estas obligaciones complementarias permiten concentrar la distribución en los puntos de venta más eficaces, mediante un reparto más racional de los costes ligados a la difusión de los productos y la asistencia a los centros de venta autorizados, tales redes pueden, en general, acogerse a una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85.
- iii) Las redes en las que el fabricante limita el número de revendedores en función de criterios puramente *cuantitativos* (basados, por ejemplo, en el potencial de compra de una región) entran, en principio, en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. En la actualidad, la Comisión sólo admite la posibilidad de conceder una exención en casos sumamente excepcionales⁽¹⁾.

Acuerdos de franquicia

129. El Reglamento n° 4087/88 engloba los acuerdos mediante los cuales una empresa, el cedente o franquiciador, concede a otra, el concesionario o franquiciado, como contrapartida de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia, con el objeto de comercializar determinados tipos de productos y/o servicios. A su vez, el concepto de franquicia designa, en este contexto, un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual (marcas, denominaciones comerciales, rótulos, diseños y modelos, derechos de autor, conocimientos técnicos ("*know-how*") o patentes) que son explotados para la reventa de los productos o la prestación de los servicios al consumidor final. Una red de franquicia se caracteriza por tres elementos fundamentales: i) la utilización de una denominación o un rótulo común y una presentación uniforme de los locales; ii) la transmisión por el franquiciador de determinados conocimientos técnicos; iii) la prestación constante por el franquiciador de asistencia comercial o técnica.

130. El Reglamento n° 4087/88 parte del principio de que las "cláusulas esenciales para la protección de la identidad común y la reputación de la red o para impedir que el "*know-how*" y la asistencia prestados por el franquiciador puedan beneficiar a terceros competidores" (considerando 11) no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. El apartado 2 del artículo 3 de dicho Reglamento enumera concretamente una serie de obligaciones que no se ven afectadas por tal prohibición, a saber: i) seguir los cursos de formación organizados por el franquiciador; ii) aplicar los métodos comerciales concebidos por éste; iii) cumplir las normas del franquiciador en cuanto al material y a la presentación de los locales y/o medios de transporte objeto del contrato; iv) permitir al franquiciador efectuar los controles necesarios para comprobar que se respetan las anteriores normas; v) no cambiar la ubicación de los locales objeto del contrato sin el consentimiento del franquiciador; vi) no ceder los derechos y obligaciones resultantes del contrato sin su consentimiento; vii) no

⁽⁴³⁾ Véase, por ejemplo, el Reglamento n° 4075/95 en materia de distribución de vehículos automóviles.

divulgar el "know-how", incluso tras la expiración del acuerdo, en tanto no se considere del dominio público; viii) comunicar y ceder al franquiciador bajo licencia no exclusiva las mejoras resultantes de la explotación del "know-how"; ix) no utilizar el "know-how" cedido por el franquiciador con fines que no sean la explotación de la franquicia; x) informar al franquiciador de toda violación de los derechos de propiedad industrial e intelectual cedidos e interponer las acciones legales pertinentes.

131. Con todo, tales acuerdos pueden contener cláusulas restrictivas de la competencia, tales como la concesión en exclusiva de un territorio a los franquiciados o la obligación para éstos de no vender o utilizar en sus prestaciones de servicios productos competidores. Estas restricciones entran, en principio, en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, si bien, en determinadas condiciones, pueden disfrutar de una exención. En el Reglamento n° 4087/88 se sopesan las desventajas inherentes a las posibles restricciones de competencia con los efectos positivos de estos acuerdos. Se admite que éstos pueden mejorar la distribución, "puesto que dan a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que puede favorecer la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, aumentando así la competencia entre marcas. También permiten que los comerciantes independientes puedan establecer instalaciones más rápidamente y con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del franquiciador. Por tanto, tienen la posibilidad de competir de forma más eficaz con grandes empresas de distribución" (considerando 7). Además, para los consumidores, la franquicia combina las ventajas derivadas de una red de distribución coherente y homogénea (garante de una calidad constante de los productos o servicios) con la existencia de comerciantes autónomos personalmente interesados en el buen funcionamiento de su negocio (considerando 8).

132. El Reglamento n° 4087/88 no se refiere ni a los acuerdos de franquicia en los que participan más de dos empresas, ni a los acuerdos de franquicia industrial y al por mayor o los acuerdos entre competidores⁽¹⁾.

III. Evaluación de las principales restricciones verticales

133. A continuación se clasificarán y examinarán sistemáticamente en relación con cada tipo de acuerdo las diferentes restricciones verticales, conforme al siguiente orden: a) cláusulas que conceden una protección territorial a las partes; b) obligaciones del distribuidor en materia de abastecimiento, incluidas las cláusulas sobre ventas vinculadas; c) obligaciones del distribuidor en materia de venta, incluidas las cláusulas que afecten a su política de precios; d) cláusulas de no competencia impuestas al revendedor; e) cláusulas que restringen la clientela a la que puede abastecer el distribuidor.

Restricciones territoriales

Acuerdos de distribución en exclusiva

⁽⁴⁴⁾ En cambio, el Reglamento n° 4087/88 abarca los acuerdos de *franquicia principal*, mediante los cuales el franquiciador concede al franquiciado principal, como contraprestación de una compensación financiera, el derecho de explotar una franquicia con el objeto de celebrar acuerdos de franquicia con terceros (los franquiciados).

134. La protección territorial conferida al distribuidor exclusivo puede variar entre unos casos y otros, dependiendo del rigor de las cláusulas destinadas a preservar la exclusividad. En este contexto, el planteamiento que vienen siguiendo la Comisión y el Tribunal consiste en establecer una distinción en función de que dichas cláusulas tengan por objeto o efecto conceder al distribuidor una protección territorial absoluta o sólo relativa.

135. El Reglamento nº 1983/83 contempla dos supuestos en los que existe *protección territorial absoluta*. El primero de ellos se verifica cuando "los usuarios puedan comprar en el territorio concedido los productos contemplados en el contrato únicamente al concesionario exclusivo, y no existan fuentes alternativas de abastecimiento fuera del territorio concedido" (art. 3.c)). En la letra d) del artículo 3 se enuncia el segundo supuesto, que se produce cuando una de las partes obstaculiza las importaciones paralelas en el territorio concedido. El uso de los derechos de propiedad industrial para impedir las importaciones de "productos contemplados en el contrato, regularmente marcados o puestos en el comercio", constituye un ejemplo típico (art. 3.d.1)). En la práctica, la Comisión ha definido una serie de restricciones particulares que obstaculizan el comercio paralelo, tales como las que afectan a la validez de la garantía del fabricante⁽⁴⁵⁾ o a "servicios esenciales" que van unidos al suministro del producto⁽⁴⁶⁾. Determinadas prácticas de diferenciación de los productos o los precios en función del mercado geográfico de destino pueden también entrar en este supuesto⁽⁴⁷⁾. Estas restricciones territoriales quedan generalmente sujetas a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85, sin que, en principio, esté justificada la concesión de una exención individual al amparo del apartado 3 de dicho artículo. Por las mismas razones, la Comisión se opone sistemáticamente a los acuerdos de distribución en exclusiva que incluyen *restricciones a la reexportación* del producto hacia Estados miembros de la UE⁽⁴⁸⁾. Así, por ejemplo, sería contrario a lo dispuesto en el artículo 85 supeditar la concesión de una rebaja a que los productos objeto del contrato no se reexporten a otros Estados miembros⁽⁴⁹⁾. Asimismo, la Comisión ha considerado incompatibles con las exigencias del apartado 3 del artículo 85 ciertas medidas destinadas a garantizar una mayor protección del concesionario exclusivo, a través de una *política de*

⁽⁴⁵⁾ Véase, en particular, la Decisión *Zanussi* (DO L 322 de 16.11.1978), así como la postura adoptada por la Comisión en los asuntos *Matsushita Electrical Trading Company* (XII Informe sobre la política de la competencia, 1982, apdo. 77), *Ford Garantie Deutschland* (XIII Informe sobre la política de la competencia, 1983, apdos. 104 a 106), *Fiat* (XIV Informe sobre la política de la competencia, 1984, apdo. 70) y, de forma general, las consideraciones enunciadas en el *XVI Informe sobre la política de la competencia* 1986, apdo. 56.

⁽⁴⁶⁾ Véase a este respecto el apdo. 45 del *XIX Informe sobre la política de la competencia* relativo al caso *AKZO Coatings*.

⁽⁴⁷⁾ Este tipo de práctica se examinó con motivo de la Decisión *Zera/Montedison*, de 22.6.1993 (DO L 272 de 4.11.1993, p. 28)

⁽⁴⁸⁾ La jurisprudencia a este respecto es muy abundante. En relación con casos recientes, véanse, en particular, la decisión de prohibición (DO L 222/28, 1987), confirmada punto por punto por el Tribunal de Justicia (asunto C-277/87, Rec. 1990, p. 45), en el asunto *Sandoz*; la decisión de imposición de multa en el asunto *Tipp-Ex* (Decisión de 10.8.1987, DO L 222/1), confirmada por el Tribunal (asunto C-279/87, Rec. 1990, p. 261); las dos decisiones de imposición de multa adoptadas en 1991 en los asuntos *Viho/Toshiba* (Decisión de 5.6.1991, DO L 287 de 17.10.1991, p. 39) y *Gosme/Martel* (Decisión de 15.5.1991, DO L 185 de 11.7.1991, p. 23); las decisiones de imposición de multa adoptadas en 1992 en los asuntos *Netwitt/Dunlop/Slazenger International* (Decisión de 18.3.1992, DO L 131 de 16.5.1992), *Viho/Parker Pen* (Decisión de 15.7.1992, DO L 233, p. 27) y *Ford Agricultural* (Decisión de 15.12.1992, DO L 20, p. 1).

⁽⁴⁹⁾ Véanse las Decisiones *Pittsburgh Corning Europe/Formica Belgium/Hertel* (DO L 72 de 5.12.1972, p. 35) y *Sperry New Holland* (DO L 376 de 31.12.1985, p. 26).

diferenciación de precios en detrimento de los exportadores paralelos⁽¹⁾. Dentro de la misma línea, la Comisión estima que las condiciones de venta con arreglo a las cuales los compradores han de pagar el *precio del país de destino del producto*, en lugar del precio aplicado en el país del vendedor, pueden también constituir una infracción del artículo 85⁽¹⁾.

136. Por el contrario, la *protección territorial relativa* se caracteriza por el hecho de que, con independencia de su intensidad, permite que subsista la posibilidad, para los consumidores, de obtener los productos objeto del contrato de fuentes distintas del concesionario exclusivo y, para los intermediarios, de importar paralelamente tales productos al territorio concedido. Más concretamente, el distribuidor exclusivo disfruta de una protección territorial relativa si el acuerdo de concesión se limita a establecer:

- la obligación del proveedor de entregar determinados productos únicamente al concesionario exclusivo (Reglamento nº 1983/83, art. 1) y "de no entregar a los usuarios en el territorio concedido los productos contemplados en el contrato" (Reglamento nº 1983/83, art. 2.1);
- la obligación del concesionario "de no hacer ninguna publicidad de los productos contemplados en el contrato, no abrir ninguna sucursal ni tener ningún almacén para su distribución fuera del territorio concedido" (Reglamento nº 1983/83, art. 2.2.c)).

137. En este caso, el proveedor sólo puede prohibir a sus concesionarios que lleven a cabo una política de venta activa fuera del territorio concedido. Ello implica que los concesionarios están expuestos a la competencia *indirecta* de los demás concesionarios exclusivos, puesto que éstos pueden abastecer a los consumidores o intermediarios situados fuera del territorio concedido siempre que no hagan nada para estimular tales pedidos (*ventas pasivas*). Este sistema de protección territorial relativa disfruta de la exención por categorías concedida por el Reglamento nº 1983/83.

Acuerdos de compra en exclusiva

138. La exención otorgada por el Reglamento nº 1984/83 sólo se refiere a la obligación de compra en exclusiva, durante un tiempo limitado y *sin concesión de un territorio de venta*. Concretamente, el apartado 1 del artículo 2 señala que "no se le podrá imponer al proveedor ninguna otra restricción de competencia aparte de la obligación de no vender él mismo en la zona de venta principal del revendedor y a ese nivel de distribución los productos contemplados en el contrato o productos competidores". Ello significa que, si el acuerdo está incluido en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, el proveedor ha de tener la posibilidad de abastecer a otros comerciantes establecidos en la zona de venta principal del revendedor y de operar por sí mismo en un nivel distinto de distribución en dicha zona. Como contrapartida, para acogerse a la exención por categorías, el acuerdo de compra en exclusiva no debe imponer al revendedor restricciones territoriales a la hora de llevar a cabo su política de ventas. El revendedor debe, pues, disfrutar de total libertad a la hora de captar *activamente* clientes fuera de su zona de venta principal.

⁽⁵⁰⁾ Véase, en particular, la Decisión *Distillers* de 22.12.1977 (DO L 50 de 22.2.1978, p. 16), confirmada por el Tribunal en su sentencia *Distillers Company Ltd./Comisión* (asunto 30/78, Rec. 1980, p. 2229), que, no obstante, descartó la aplicabilidad del apartado 3 del artículo 85 en este caso debido a la falta de notificación con arreglo al Reglamento 17/62. Véase también el asunto *Johnny Walker Red Label*, XVII Informe sobre la política de la competencia (1987), apdo. 65.

⁽⁵¹⁾ Véase la Decisión *Kodak* (DO L 147 de 7.7.1970, p. 24).

139. Con arreglo a lo previsto en el artículo 16, si el proveedor concede al revendedor un territorio exclusivo de venta, el Reglamento nº 1984/83 no es aplicable y el acuerdo ha de examinarse a la luz de lo dispuesto en el Reglamento nº 1983/83.

Compra en exclusiva de cerveza y de las gasolineras

Si bien no pueden imponerse restricciones territoriales al revendedor a la hora de llevar a cabo su política de ventas, el acuerdo debe indicar claramente los locales a los que se extienden sus efectos. No obstante, el revendedor puede desarrollar libremente actividades competidoras en otros locales.

Acuerdos de distribución selectiva

140. Cuando la admisión a una red de distribución selectiva se basa en criterios *cuantitativos*, se garantiza a cada uno de los revendedores una *protección territorial análoga a la que se deriva de la concesión de un territorio exclusivo de venta*. Como hemos visto antes, un sistema de este tipo queda, sin lugar a dudas, sujeto a la prohibición del apartado 1 del artículo 85 y, normalmente, no cumple las condiciones de exención previstas en el apartado 3 del mismo artículo.

141. Por otra parte, el proveedor no puede imponer a sus distribuidores autorizados la obligación de no suministrar, dentro del mercado común, los productos objeto del contrato a consumidores finales en razón de su lugar de residencia. Tampoco puede imponer a tales distribuidores obligaciones que puedan llevar a una compartimentación de los mercados. En particular, el fabricante debe permitir a sus distribuidores abastecerse dirigiéndose a cualquier miembro de su red de distribución (agentes exclusivos, mayoristas y/o minoristas autorizados) dentro del mercado común. Además, debe dejarles la posibilidad de vender los productos contractuales a cualquier otro miembro de la red instalado en algún país de la Comunidad. En otras palabras, para conceder una declaración negativa o una exención, la Comisión exige que los contratos de distribución selectiva no obstaculicen las *entregas cruzadas entre distribuidores autorizados, con independencia de que éstos estén establecidos en el mismo Estado miembro o en países comunitarios distintos*⁽¹⁾.

Acuerdos de franquicia

142. Las redes de franquicia que comporten restricciones territoriales entran generalmente en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 y sólo pueden acogerse a la exención otorgada por el Reglamento nº 4087/88 *si tales restricciones no confieren una protección territorial absoluta*.

⁽⁵²⁾

En la medida en que puede verse afectado el comercio entre Estados miembros, la Comisión exige también que puedan realizarse ventas cruzadas entre miembros autorizados de redes establecidas en la UE y miembros establecidos en los países con los que se haya creado una zona de libre comercio u otros países terceros.

143. El Reglamento prevé la posibilidad de que el franquiciador conceda al franquiciado un *territorio exclusivo de venta*, considerando exentas una serie de obligaciones cuyo objeto es limitar las actividades del franquiciador dentro del territorio concedido y las del franquiciado fuera de dicho territorio⁽¹⁾.

144. Por el contrario, el Reglamento no se aplica si las partes contratantes impiden, directa o indirectamente⁽¹⁾, a los consumidores obtener los productos o servicios objeto del contrato en razón de su lugar de residencia, o si se valen de las diferencias existentes en las especificaciones de los productos o servicios en los diversos Estados miembros para compartimentar los mercados. Además, también para prevenir la compartimentación del mercado, el Reglamento n° 4087/88 especifica que los acuerdos *no deben restringir las entregas cruzadas*, tanto entre los miembros de la red de franquicia como entre éstos y los miembros de otras redes que haya podido crear paralelamente el mismo franquiciador⁽¹⁾.

Obligaciones en materia de abastecimiento

Acuerdos de distribución en exclusiva

145. El Reglamento n° 1983/83 declara exenta la obligación de *compra en exclusiva*, es decir, "la obligación de comprar los productos contemplados en el contrato, para su reventa, únicamente a la otra parte" (art. 2.2.b)), siempre que esta obligación se imponga "únicamente para el período de duración del acuerdo" (considerando 8).

146. Las cláusulas sobre ventas vinculadas no se consideran incompatibles con el apartado 3 del artículo 85.

147. Asimismo, la letra a) del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento n° 1983/83 enumera, a título indicativo, otras obligaciones en materia de abastecimiento que pueden imponerse al distribuidor exclusivo. Se trata concretamente de cláusulas por las que se obliga al concesionario a comprar *cantidades mínimas* o *surtidos completos* de productos contractuales. En principio, estas obligaciones no se clasifican entre las restricciones

⁽⁵³⁾ Se trata concretamente de "la obligación del franquiciador, en una zona determinada del mercado común, el territorio contractual, de:

- no conceder el derecho de explotar la franquicia o parte de ella a terceros,
- no explotar por sí mismo la franquicia ni comercializar por sí mismo los productos o servicios objeto de la franquicia con arreglo a una fórmula similar,
- no suministrar por sí mismo a terceros los productos del franquiciador" (art. 2.a)).

Por otra parte, el franquiciado puede estar sujeto a la obligación "de abstenerse, fuera del territorio objeto del contrato, de buscar clientes a los cuales vender los productos o prestar los servicios objeto de la franquicia" (art. 2.d)). Asimismo, la letra b) del artículo 2 declara exenta "la obligación del franquiciado principal de no concluir acuerdos de franquicia con terceros fuera de su territorio contractual".

⁽⁵⁴⁾ En lo que respecta a las restricciones indirectas, cabe señalar que, con arreglo a lo previsto en la letra b) del artículo 4 del Reglamento, cuando el franquiciador obliga al franquiciado a ofrecer una *garantía* por los productos de aquél, esta obligación puede disfrutar de la exención por categorías, siempre que se aplique igualmente a los productos vendidos en el mercado común por otros miembros de la red franquiciada o por otros distribuidores que ofrezcan una garantía similar.

⁽⁵⁵⁾ Letra a) del artículo 4. Un ejemplo de distribución paralela es la coexistencia de una red de franquiciados con una red de distribuidores autorizados. Véase a este respecto la Decisión *Charles Jourdan* (DO L 35 de 7.2.1989, p. 11).

prevenidas en el apartado 1 del artículo 85. No obstante, no deben formularse o aplicarse de modo que se conviertan en restricciones de competencia no autorizadas⁽¹⁾. Así, el compromiso de comprar cantidades mínimas podría tener, en la práctica, el mismo efecto que una cláusula de no competencia, por lo que podría resultar necesario examinar si el acuerdo puede o no, en el contexto económico en el que va a aplicarse, obstaculizar considerablemente el acceso al mercado de los proveedores competidores. Si es así, el acuerdo no cumple ya las condiciones para una exención, aun a título individual.

Acuerdos de compra en exclusiva

148. La obligación de *compra en exclusiva* representa el elemento fundamental de los acuerdos a los que se refiere la exención por categorías prevista en el Reglamento nº 1984/83. En virtud de su artículo 1, su ámbito de aplicación se limita a los acuerdos mediante los cuales el revendedor accede a cubrir todas sus necesidades de productos contractuales dirigiéndose a la otra parte contratante⁽¹⁾. En algunos casos, los acuerdos de suministro parcial requieren una exención individual, que, en general, no se deniega si no existen otras restricciones incompatibles con el apartado 1 del artículo 85. En cambio, el Reglamento se aplica también a los acuerdos que contienen una *cláusula inglesa*, es decir una cláusula que permite al revendedor comprar los productos considerados a otros proveedores cuando los precios y condiciones de estos últimos son más ventajosos que los de la otra parte contratante⁽¹⁾. El revendedor queda igualmente liberado de su compromiso de compra en exclusiva en el supuesto de que la otra parte se halle en la imposibilidad de realizar la entrega.

149. La exención por categorías no es aplicable a las *ventas vinculadas*, es decir, cuando "el compromiso de compra exclusiva se refiere a varios productos que no tengan vinculación entre sí, ni por su naturaleza ni por los usos comerciales" (art. 3.c)). Ello significa que, para poder acogerse a la exención por categorías, los acuerdos deben referirse "a un solo producto o surtido de productos" (considerando 11), especificados "con su marca o con su denominación"⁽¹⁾. Además, para que pueda considerarse que los productos contractuales pertenecen a un mismo surtido, debe existir entre ellos una vinculación de carácter técnico (por ejemplo, accesorios o piezas de repuesto) o comercial (por ejemplo, productos destinados al mismo uso) o derivada de los usos comerciales (productos que suelen ofrecerse conjuntamente). De la práctica decisoria de la Comisión se desprende que, si el acuerdo afecta de forma significativa a la competencia en el comercio entre Estados miembros, las cláusulas sobre ventas vinculadas no pueden, en general, disfrutar de una exención individual.

⁽⁵⁶⁾ Véase, en particular, la Comunicación relativa a los Reglamentos (CEE) nº 1983/83 y 1984/83, de 22 de junio de 1983 (DO C 101 de 13.4.1984, p. 2), apdo. 19. En algunos casos, por ejemplo, el compromiso de comprar cantidades mínimas podría tener, en la práctica, un efecto equivalente al de una cláusula de no competencia.

⁽⁵⁷⁾ Apdo. 35 de la Comunicación relativa a los Reglamentos (CEE) nº 1983/83 y 1984/83. En otras palabras, si la obligación de compra se refiere únicamente a una parte de las necesidades del revendedor, el acuerdo no puede acogerse a la exención por categorías y requiere un examen individual.

⁽⁵⁸⁾ Véase apdo. 35 de la Comunicación relativa a los Reglamentos (CEE) nº 1983/83 y 1984/83. La Decisión *BP Kemi-DDSF* (DO L 286 de 14.11.1979, p. 32), en la que la Comisión consideró restrictiva de la competencia una cláusula inglesa, debe interpretarse atendiendo a las circunstancias particulares del caso, por lo que no está en contradicción con la regla general que figura en dicha Comunicación.

⁽⁵⁹⁾ Apdo. 36 de la Comunicación relativa a los Reglamentos (CEE) nº 1983/83 y 1984/83, de 22 de junio de 1983 (DO C 101 de 13.4.1984, p. 2).

150. En lo que respecta a la duración, la letra d) del artículo 3 del Reglamento dispone que la exención no se aplicará "cuando se celebre el acuerdo por una duración indeterminada o por una duración superior a los cinco años". Las decisiones adoptadas por la Comisión confirman la severidad de su planteamiento en relación con los acuerdos de compra en exclusiva de larga duración o de duración indefinida.

151. Asimismo, el Reglamento nº 1984/83 contiene una lista indicativa de otras obligaciones en materia de abastecimiento que, en principio, son compatibles con lo establecido en el apartado 1 del artículo 85. Se trata principalmente de las cláusulas por las que se exige al revendedor que adquiera *cantidades mínimas y/o surtidos completos*. Su evaluación a efectos del Reglamento nº 1984/83 no difiere sustancialmente de la de los acuerdos de distribución en exclusiva.

Compra en exclusiva de cerveza y de las gasolineras

En lo que respecta a la cerveza, sólo puede obligarse al revendedor a comprar con carácter exclusivo al proveedor determinadas cervezas o determinadas cervezas y otras bebidas especificadas en el acuerdo. No obstante, el distribuidor puede comercializar libremente otro tipo de cervezas, aparte de las contempladas en el acuerdo, siempre y cuando estén en botellas, latas u otros pequeños envases. Asimismo, el distribuidor debe disfrutar de una total libertad a la hora de adquirir bienes y servicios, excluyendo las bebidas especificadas en el acuerdo. En cuanto a las gasolineras, sólo puede obligarse al revendedor a comprar con carácter exclusivo al proveedor determinados carburantes para vehículos de motor derivados del petróleo o estos carburantes y otros combustibles especificados en el contrato. Asimismo, puede obligársele a utilizar en la gasolinera los lubricantes del proveedor, en el supuesto de que éste haya contribuido a financiar un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase de vehículos de motor. Por lo demás, no puede imponerse al distribuidor la obligación de comprar ningún otro producto.

Acuerdos de distribución selectiva

152. Para ser compatibles con el apartado 1 del artículo 85, o para poder acogerse a una exención en virtud del apartado 3 del mismo artículo, los acuerdos por los que se cree una red de distribución selectiva no deben incluir cláusulas de *compra en exclusiva*. La imposición de tal obligación a los distribuidores impediría las entregas cruzadas entre los miembros de la red y conduciría a una compartimentación del mercado.

153. Por el contrario, la Comisión admite que el proveedor imponga a los distribuidores autorizados la obligación de comprarle *directamente cantidades mínimas* de productos contractuales, siempre que el importe correspondiente se mantenga por debajo de un tope razonable, con el objeto de evitar que el proveedor consiga, a través de tal obligación, el mismo resultado que con una cláusula de compra en exclusiva. Con esta salvedad, los acuerdos de distribución selectiva que incluyen la mencionada obligación entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, pero pueden disfrutar de una exención en virtud del apartado 3 del mismo artículo.

154. Las cláusulas por las que los distribuidores autorizados se comprometen a comprar y almacenar *surtidos representativos de la gama de productos contemplada en el contrato*

pueden, dependiendo de las circunstancias, bien quedar excluidas del ámbito de aplicación de la prohibición enunciada en el apartado 1 del artículo 85 (en concreto, cuando tal obligación no va unida a otras obligaciones de carácter promocional), bien disfrutar de una exención.

Acuerdos de franquicia

155. Los acuerdos de franquicia no deben imponer a los franquiciados obligaciones de compra en exclusiva. A este respecto, la letra a) del artículo 4 del Reglamento nº 4087/88 precisa que la exención por categorías se aplicará siempre que "el franquiciado sea libre de obtener los productos objeto de la franquicia de otros franquiciados; si dichos productos se distribuyeran a través de otra red de distribuidores autorizados, el franquiciado deberá tener libertad de proveerse de estos distribuidores".

156. En cambio, las cláusulas por las que los franquiciados se comprometen a adquirir *cantidades mínimas*, *planificar sus pedidos con antelación* y mantener existencias con un *surtido mínimo* de productos no se consideran restricciones de competencia, en tanto no rebasen lo estrictamente necesario para mantener la identidad común y la reputación de la red (art. 3.1.f)).

Obligaciones en materia de ventas

Acuerdos de distribución y de compra en exclusiva

157. La *imposición de un precio de venta* al distribuidor constituye una infracción del apartado 1 del artículo 85 que, de acuerdo con la actual jurisprudencia, no justifica la concesión de una exención (véase considerando 8 de los Reglamentos nº 1983/83 y 1984/83). En este contexto, es indiferente que sea un precio fijo o un precio mínimo o máximo. Además, de las decisiones adoptadas por la Comisión se desprende que toda limitación de la libertad de actuación del distribuidor en materia de descuentos o publicidad en sus operaciones promocionales recibe la misma consideración. La única práctica comúnmente admitida en materia de precios es la comunicación por el proveedor a sus distribuidores de una lista de *precios recomendados*, que, en la medida en que no va unida a instrucciones o medidas adicionales vinculantes, no se ve afectada por la prohibición del apartado 1 del artículo 85.

158. El artículo 85 se aplica igualmente a los acuerdos por los cuales el concesionario exclusivo se compromete a cobrar *precios diferenciados* a determinadas categorías de clientes (por ejemplo, importadores paralelos o consumidores establecidos fuera del territorio concedido).

159. Este tipo de acuerdos impone normalmente al distribuidor diversas *obligaciones de carácter promocional*. Por ejemplo, se le puede exigir que realice un volumen de negocios mínimo, que haga publicidad, que mantenga una red de ventas, que cumpla unos requisitos mínimos en materia de existencias, que preste a la clientela el oportuno servicio y garantía, que cuente con personal competente desde el punto de vista técnico, o que venda los productos contractuales exclusivamente con la marca y la presentación prescrita por el proveedor. En principio, el apartado 1 del artículo 85 queda al margen de tales obligaciones⁽¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Véase el apartado 3 del artículo 2 del Reglamento nº 1983/83. No obstante, esta apreciación se subordina a que las mencionadas obligaciones no se expresen ni apliquen "de modo que revistan el carácter de restricciones de competencia no autorizadas" (apdo. 19 de la

Compra en exclusiva de cerveza y de las gasolineras

No puede imponerse al revendedor ninguna obligación ni en relación con sus precios de venta, ni en lo que respecta a actividades específicas de venta. Si bien el distribuidor está obligado a vender únicamente en los locales especificados, puede promocionar libremente su negocio sin restricciones territoriales ni de otro tipo.

Acuerdos de distribución selectiva

160. El proveedor no puede, en modo alguno, exigir a sus distribuidores que apliquen un determinado precio al por menor, ya sea un precio fijo o un precio mínimo o máximo. Asimismo, cabe generalmente descartar que la Comisión conceda una exención con respecto a cláusulas que restrinjan la libertad del distribuidor autorizado para determinar los descuentos que se propone otorgar a sus clientes. Por otra parte, el artículo 85 prohíbe que el proveedor deniegue la autorización a distribuidores que cumplan los oportunos requisitos, por sospechar que aplican una política de precios bajos.

161. La Comisión admite que el proveedor haga a sus distribuidores autorizados *recomendaciones de precios*, siempre que no vayan seguidas por instrucciones vinculantes o unidas a medidas que obliguen o inciten a los minoristas a acatar tales recomendaciones. Si se cumple esta condición, las recomendaciones de precios no se consideran restricciones de competencia.

162. Como ya hemos señalado, las *obligaciones de carácter promocional* con arreglo a las cuales el distribuidor autorizado debe realizar un volumen de negocios mínimo razonable, garantizar cierta rotación anual de existencias y/o colaborar en las operaciones de promoción organizadas por el proveedor se consideran, generalmente, compatibles con el apartado 3 del artículo 85.

Acuerdos de franquicia

163. El Reglamento nº 4087/88 deniega el beneficio de la exención por categorías si "el franquiciado está sometido a restricciones relativas a la fijación de sus precios"⁽¹⁾. Este principio se aplica a cualquier forma de *imposición de los precios de venta* (precios fijos, mínimos o máximos). Por el contrario, el franquiciador puede "recomendar precios a los franquiciados cuando esto no esté prohibido por las legislaciones nacionales y a condición de que ello no dé lugar a prácticas concertadas para la aplicación efectiva de tales precios" (considerando 13) entre el franquiciador y los franquiciados o entre estos últimos. Cabe añadir que, en un caso concreto, la Comisión exigió la supresión de una cláusula que prohibía al franquiciado aplicar precios que pudieran resultar perjudiciales para la imagen de marca de los productos contractuales. Esta obligación fue sustituida por la indicación de un precio máximo recomendado que el franquiciado podía tener en cuenta en sus campañas promocionales y publicitarias⁽¹⁾.

Comunicación de la Comisión relativa a los Reglamentos (CEE) nº 1983/83 y 1984/83, de 22 de junio de 1983, DO C 101 de 13.4.1984, p. 2).

⁽⁶¹⁾ Considerando 13; véase también el artículo 5.e).

⁽⁶²⁾ Decisión *Pronuptia*, DO L 13 de 15.1.1987, p. 39. En materia de precios impuestos y recomendados, véanse también las Decisiones *Yves Rocher* (DO L 8 de 10.1.1987, p. 49),

164. Con arreglo al Reglamento nº 4087/88, las *obligaciones de carácter promocional* impuestas a los franquiciados quedan, en general, excluidas del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, si se limitan a lo estrictamente necesario para preservar la identidad común y la reputación de la red. La letra f) del artículo 3 menciona expresamente a este respecto las cláusulas por las cuales el franquiciado se compromete a realizar un volumen de negocios mínimo, a ofrecer en venta un surtido representativo de la gama de productos contractuales y a prestar a la clientela el oportuno servicio y la garantía.

165. Tampoco se ven afectadas por la prohibición del apartado 1 del artículo 85 determinadas cláusulas propias de los acuerdos de franquicia que limitan las actividades comerciales del franquiciado con vistas a *proteger los conocimientos técnicos cedidos*. En cambio, la exención por categorías no es aplicable si el franquiciador prohíbe al franquiciado impugnar la validez de los derechos de propiedad industrial o intelectual que formen parte de la franquicia (art. 5.f)).

Cláusula de no competencia

Acuerdos de distribución en exclusiva

166. La exención por categorías se aplica a los acuerdos en los que el concesionario se comprometa a "no fabricar ni distribuir productos competidores de los contemplados en el contrato" (art. 2.2.a)). Ahora bien, esta obligación no puede imponerse por un período superior a la duración del acuerdo⁽¹⁾. Asimismo, la Comisión debe velar por que, a través de la cláusula de no competencia, los acuerdos no provoquen, en el contexto económico en el que se inscriben, un efecto de exclusión significativo.

Acuerdos de compra en exclusiva

167. El apartado 1 del artículo 2 del Reglamento nº 1984/83 dispone que, aparte de la obligación de compra en exclusiva, "no podrá imponerse al revendedor ninguna otra restricción de competencia excepto la obligación de no fabricar ni vender productos competidores de los productos contemplados en el contrato". Para garantizar "el acceso de terceras empresas a las diferentes fases de la distribución" (considerando 11), la exención por categorías sólo es aplicable a esta restricción si la duración del acuerdo no excede de cinco años (art. 3.d)). Las decisiones adoptadas confirman que la inclusión de una cláusula de no competencia en acuerdos de compra en exclusiva de larga duración o de duración indefinida constituye, en general, un impedimento para la concesión de una exención individual⁽¹⁾.

Compra en exclusiva de cerveza y de las gasolineras

En lo que respecta a la cerveza, puede imponerse al revendedor la prohibición de comercializar cervezas y otras bebidas suministradas por terceros que sean del mismo tipo que las contempladas en los acuerdos. Si el acuerdo se refiere únicamente a determinadas cervezas

Computerland (DO L 222 de 10.2.1987, p. 12) y *Service Master* (DO L 332 de 3.12.1988, p. 38).

⁽⁶³⁾ Apdo. 18 de la Comunicación relativa a los Reglamentos (CEE) nº 1983/83 y 1984/83, de 22 de junio de 1983 (DO C 101 de 13.4.1984, p. 2).

⁽⁶⁴⁾ Decisión *Schöller* de 23.12.1992, DO de 26.7.1993.

(y otras bebidas), su duración no puede exceder de 10 (5) años. En lo que se refiere a los productos petrolíferos, puede exigirse que el revendedor no comercialice carburantes suministrados por otras empresas. La duración del acuerdo no puede ser superior a diez años. No obstante, tanto en el caso de la cerveza como en el de los carburantes, en el supuesto de que los locales o instalaciones explotados por el revendedor pertenezcan al proveedor, el contrato puede seguir vigente mientras el revendedor no cese su actividad. Además, en el caso de la cerveza, y únicamente cuando el establecimiento sea propiedad del proveedor, el revendedor puede comprar a terceros bebidas contempladas en el acuerdo, excepto cerveza, si las condiciones que ofrecen dichas empresas son más favorables que las del proveedor o si las bebidas son de marcas distintas de las que ofrece éste.

Acuerdos de distribución selectiva

168. Para ser compatibles con el artículo 85, los contratos de distribución selectiva no pueden contener cláusulas de no competencia.

Acuerdos de franquicia

169. Pueden imponerse al franquiciado dos tipos de obligaciones de no competencia: la primera se refiere a los *productos competidores* de los contemplados en el acuerdo de franquicia y la segunda, al ejercicio de *actividades comerciales competidoras*.

170. En relación con la primera, el Reglamento establece una distinción entre los productos objeto de la franquicia y las piezas de repuesto y/o los accesorios de los mismos. La letra e) del artículo 2 declara exenta "la obligación del franquiciado de no fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los productos del franquiciador que sean objeto de la franquicia", pero no hace extensiva la exención a las restricciones que se apliquen a las piezas de repuesto y los accesorios fabricados por competidores del franquiciador. Asimismo, el Reglamento establece una distinción entre los productos objeto de la franquicia y los demás. En lo que respecta a esta última categoría, el franquiciador puede obligar al franquiciado a "vender, o utilizar en el marco de la prestación de servicios, exclusivamente productos que cumplan las especificaciones mínimas objetivas de calidad establecidas por el franquiciador" (art. 3.1.a)), a fin de mantener la identidad común y la reputación de la red. Además, puede limitar las posibilidades de elección del franquiciado a los productos fabricados por el franquiciador o por terceros designados por él, "cuando resulte impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad debido a la naturaleza de los productos objeto de la franquicia" (art. 3.1.b)).

171. En cuanto al segundo aspecto, la letra c) del artículo 3 dispone que la obligación impuesta al franquiciado de "no ejercer, ni directa ni indirectamente, un comercio similar en un territorio donde pudiera competir con un miembro de la red franquiciada, incluido el franquiciador" no es óbice para la aplicación de la exención por categorías, siempre que resulte necesario para proteger los derechos de propiedad industrial e intelectual del franquiciador o la identidad común de la red. Esta obligación no puede imponerse por más de un año tras la expiración del contrato.

Restricciones en materia de clientela

Acuerdos de distribución en exclusiva

172. Según se señala en el considerando 8 del Reglamento nº 1983/83, las disposiciones contractuales "que limiten la libertad del concesionario exclusivo (...) de elegir a sus clientes no pueden quedar eximidas con arreglo al presente Reglamento". En lo que respecta a las restricciones basadas en criterios territoriales (lugar de residencia del comprador), la exención por categorías sólo es aplicable, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, si el distribuidor puede satisfacer los pedidos realizados por iniciativa propia por compradores desde fuera del territorio concedido (ventas pasivas). En cuanto a las restricciones de clientela basadas en otro tipo de criterios, el Reglamento nº 1983/83 se refiere a aquellas que obligan al concesionario a abastecer únicamente a revendedores autorizados que formen parte de una red de distribución selectiva establecida sólo a partir de criterios objetivos de carácter cualitativo⁽¹⁾. Aparte de esta excepción general, las restricciones de clientela no pueden disfrutar sino de una exención individual y en circunstancias específicas⁽¹⁾.

Acuerdos de compra en exclusiva

173. Las observaciones formuladas en relación con los acuerdos de distribución en exclusiva se aplican, *mutatis mutandis*, a los acuerdos de compra en exclusiva, inclusive en los sectores de la cerveza y las gasolineras. Sin embargo, dado que no suele recurrirse a este tipo de acuerdo para el abastecimiento de las redes de distribución selectiva, la excepción antes señalada con respecto a la obligación de vender únicamente a minoristas autorizados tiene, en este contexto, escasa incidencia.

Acuerdos de distribución selectiva

174. Como ya hemos indicado, la integridad de un sistema de distribución selectiva supone que los distribuidores autorizados se comprometan a vender los productos contractuales únicamente a los consumidores finales o a otros miembros de la red del proveedor. Al margen de esta restricción, este tipo de acuerdo es incompatible con el artículo 85 si contiene cláusulas que restrinjan la clientela del distribuidor autorizado en función de criterios territoriales (como, por ejemplo, el lugar de residencia del consumidor) o de criterios no basados en requisitos objetivos de carácter cualitativo⁽¹⁾.

Acuerdos de franquicia

175. El mantenimiento de la coherencia de la red franquiciada justifica que se imponga al revendedor la obligación de vender los productos objeto del acuerdo únicamente a los consumidores finales (sin limitaciones, no obstante, en función de su lugar de residencia), a

⁽⁶⁵⁾ Apdo. 20 de la Comunicación relativa a los Reglamentos (CEE) nº 1983/83 y 1984/83, de 22 de junio de 1983 (DO C 101 de 13.4.1984, p. 2).

⁽⁶⁶⁾ Así, en un caso, la Comisión consideró compatible con el artículo 85 la prohibición impuesta a los mayoristas de vender a los consumidores finales, ya que esta limitación se ajustaba a las exigencias fijadas por la legislación nacional en materia de separación de las funciones de mayorista y minorista (Decisión *SABA I*, DO L 28 de 3.2.1976, p. 19). En otro caso, la Comisión consideró conforme con el artículo 85 la obligación impuesta a distribuidores cuyas adquisiciones disfrutaban de una franquicia fiscal de vender exclusivamente a compradores que operasen al amparo del mismo régimen (Decisión *The Distillers Company Ltd./Avitailleurs*, DO L 233 de 4.9.1980, p. 43).

⁽⁶⁷⁾ Véanse las Decisiones *Grohe*, DO L 19 de 23.1.1985, p. 17; *Ideal Standard*, DO L 20 de 24.1.1985, p. 38.

los demás franquiciados y a los revendedores que formen parte de otras redes de distribución abastecidas por el franquiciador (por ejemplo, una red paralela de distribución selectiva). Esta restricción no se ve afectada por la prohibición del apartado 1 del artículo 85, siempre que se limite a lo estrictamente imprescindible para proteger los *conocimientos técnicos* cedido bajo licencia, y la identidad común y la reputación de la red (art. 3.e) del Reglamento nº 4087/88). Todas las demás restricciones en materia de clientela entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 y no pueden ampararse en lo dispuesto en el Reglamento (considerando 13).

IV. Circunstancias en que puede retirarse el beneficio de la exención por categorías

176. Los tres reglamentos de exención que se vienen examinando fijan las condiciones en las que la Comisión puede retirar el beneficio de la exención por categorías a acuerdos que, desde un punto de vista formal, se ajustan a las disposiciones de dichos textos.

177. Concretamente, el artículo 6 del Reglamento nº 1983/83 dispone que se retire tal beneficio cuando: "a) los productos contemplados en el contrato no se hallen sometidos, en el territorio concedido, a la competencia efectiva de productos idénticos o que el usuario considere similares por razón de sus propiedades, de su precio y de su uso; b) el acceso de otros vendedores a las diferentes fases de distribución en el territorio concedido se vea considerablemente obstaculizado; c) en razón de circunstancias distintas de las mencionadas en las letras c) y d) del artículo 3, los intermediarios o los usuarios no puedan procurarse los productos contemplados en el contrato dirigiéndose a distribuidores establecidos fuera del territorio concedido, en las condiciones que esos distribuidores practiquen normalmente en el mercado; d) el concesionario exclusivo: 1) sin razón objetivamente justificada, excluya de la entrega en el territorio concedido a categorías de compradores que no puedan abastecerse de otro modo en condiciones equitativas, en lo que se refiere a productos contemplados en el contrato, o les aplique precios o condiciones de venta diferentes; 2) venda los productos contemplados en el contrato a precios excesivos". El artículo 14 del Reglamento nº 1984/83 contiene disposiciones similares, que, por un lado, establecen normas idénticas a las que figuran en las anteriores letras a) y b) y, por otro, precisan que la Comisión puede retirar el beneficio de la exención por categorías cuando el proveedor, sin motivos objetivamente justificados, "1) excluya de la entrega a categorías de revendedores que no puedan abastecerse con otros proveedores en condiciones equitativas en lo que se refiere a los productos contemplados en el contrato, o les aplique precios o condiciones de venta diferentes; 2) aplique, respecto de un revendedor ligado por el compromiso de compra exclusiva, precios o condiciones de venta menos favorables con relación a los que aplique a otros revendedores que se hallen en la misma fase de distribución". Finalmente, con arreglo a lo previsto en el artículo 8 del Reglamento nº 4087/88, la retirada del beneficio de la exención por categorías puede estar justificada cuando el acceso al mercado pertinente se vea restringido "por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos similares" o cuando los productos o servicios contemplados en el contrato no estén sometidos a una competencia efectiva en una parte sustancial del mercado común. Asimismo, la Comisión puede retirar el beneficio de la exención por categorías si se impide a los consumidores finales obtener, directamente o a través de intermediarios, los productos o servicios considerados en razón de su lugar de residencia, o en caso de que se aprovechen las diferencias de especificaciones de los productos o servicios para aislar los mercados. Por último, podrán adoptarse las mismas medidas si los franquiciados establecen prácticas concertadas en materia de precios de reventa o si el franquiciador abusa de su derecho a inspeccionar los locales y medios de transporte del

franquiciado o a denegar las solicitudes de desplazamiento de los locales presentadas por los franquiciados.

* * * *

Capítulo V

VENTAJAS DEL SISTEMA ACTUAL

178. En el presente capítulo se presentan las ventajas del sistema actual, sus desventajas y críticas son delineados en el capítulo VII (Resultados de la investigación)

179. La política de competencia de la Comunidad tiene básicamente dos objetivos: promover la integración de las economías de los Estados miembros en un solo mercado interior, y establecer y mantener una competencia efectiva en toda la Comunidad. En muchos casos, algunos tipos de acuerdos entre empresas contribuyen a lograr tales objetivos, ya que mejoran la eficacia de la distribución sin perjudicar al objetivo de integración de los mercados comunitarios. Si dichos acuerdos están sujetos a la prohibición del apartado 1 del artículo 85, el apartado 3 del mismo artículo les permite acogerse bien a una exención individual, bien a una exención por categorías.

I. Consideraciones sustantivas

180. Defensa de la competencia y fomento de los acuerdos benéficos para la misma
Los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas sólo contravienen a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 si tienen un efecto "sensible" sobre el comercio entre Estados miembros. Según el Tribunal de Justicia, para evaluar si se da esta circunstancia, es necesario estudiar el contexto jurídico y económico del acuerdo y el efecto acumulativo de otros similares.

El principio de la apreciabilidad está destinado a excluir del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 los acuerdos que no resultan significativos desde el punto de vista económico. No obstante, la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia excluye expresamente de su ámbito de aplicación cualquier acuerdo "cuando, en un mercado pertinente, esté restringida la competencia por el efecto acumulativo de redes de acuerdos paralelos similares establecidas por varios productores o negociantes".

Al evaluar posibles prácticas restrictivas, debería comprobarse ante todo que la estructura competitiva de los mercados no se vea afectada. En sus decisiones, la Comisión ha demostrado reiteradamente su disposición a tomar en consideración factores económicos tales como la eficiencia y los intereses de los consumidores. Su objetivo es proteger la competencia en todos los eslabones de la cadena de producción y distribución, tanto entre distintas marcas como dentro de una misma marca. Al llevar a cabo este análisis, la Comisión se basa en lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85, en virtud del cual los acuerdos que eliminen la competencia no pueden disfrutar de una exención.

El análisis económico desempeña un papel importante en la aplicación de las normas de competencia comunitarias a las restricciones verticales, tal como se ha puesto de manifiesto en varias resoluciones recientes de los Tribunales Comunitarios, en las que se establece la necesidad de evaluar el efecto acumulativo de las redes paralelas⁽¹⁾. A este respecto, en su sentencia *Langnese*⁽¹⁾, el Tribunal de Primera Instancia afirmó recientemente que:

⁽⁶⁸⁾ *Delimitis/Henninger Brau AG*, [1991] Rec. I-935, y *Langnese-Iglo GmbH /Comisión*, T-7/93 (8.6.1995).

⁽⁶⁹⁾ Sentencia *Langnese* de 8.6.1995, asunto T-7/93.

Para saber si los contratos de compra exclusiva están comprendidos en la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, es necesario examinar si el conjunto de los acuerdos similares celebrados en el mercado de referencia y de los demás elementos del contexto económico y jurídico en el que se inscriben los contratos de que se trata pone de manifiesto que dichos contratos tienen como efecto acumulativo cerrar el acceso de nuevos competidores nacionales y extranjeros a este mercado. Si no fuera así, los contratos individuales que constituyen el haz de acuerdos no pueden perjudicar el juego de la competencia a efectos del artículo antes citado. Por el contrario, si resulta que el mercado es difícilmente accesible, es necesario analizar a continuación en qué medida contribuyen los acuerdos controvertidos al efecto acumulativo producido, dado que sólo están prohibidos los contratos que contribuyen de forma significativa a una posible compartimentación del mercado.

181. Integración de mercados

Con arreglo al sistema actual, los acuerdos de distribución en exclusiva que prohíben las ventas pasivas del distribuidor fuera del territorio concedido no pueden acogerse a una exención. De este modo queda preservado el objetivo de integración de los mercados y se protege la libertad de las partes en un acuerdo de distribución de abastecer a terceros comerciantes que realizan un comercio paralelo, contribuyendo a la supresión de las diferencias significativas de precios entre los Estados miembros.

182. Ventajas para los consumidores

Con arreglo al apartado 3 del artículo 85, para que una práctica restrictiva pueda disfrutar de una exención, los consumidores han de obtener una parte equitativa de los beneficios resultantes de la misma. Los reglamentos de exención por categorías aluden expresamente a las ventajas que los consumidores pueden obtener a raíz de las diversas prácticas exentas. Los acuerdos de distribución en exclusiva en general ofrecen a los usuarios una parte equitativa de la ventaja resultante, ya que éstos se benefician directamente de la mejora de la distribución y su situación en el plano económico o en materia de abastecimiento queda mejorada, puesto que pueden procurarse más rápida y fácilmente, en particular, productos fabricados en otros Estados. Sin embargo, es claro que en casos individuales, las ventajas a los consumidores deben ser demostradas de manera concreta antes de que se conceda una exención por categoría.

Todos aquellos que se consideren perjudicados por un acuerdo contrario a la competencia cuentan con la oportuna protección dentro del actual sistema. El Tribunal de Justicia declaró que, puesto que las prohibiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 tienen, por su propia naturaleza, un efecto directo en las relaciones entre individuos, dichos artículos otorgan a los interesados un derecho directo que los tribunales nacionales deben salvaguardar⁽⁷⁰⁾. Como el apartado 1 del artículo 85 surte efecto directo, los interesados pueden interponer un recurso ante un tribunal nacional. Asimismo, pueden plantear cuestiones relacionadas con el apartado 1 del artículo 85 al presentar un recurso ante un tribunal nacional, aun cuando éste se base principalmente en otras disposiciones, por ejemplo el derecho de obligaciones o la normativa sobre franquicias. Además, pueden presentar una demanda a la Comisión⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ BRT/Sabam, [1974] Rec. 51, apdo. 16.

⁽⁷¹⁾ No obstante, en la sentencia *Automec/Comisión*, Rec. 1992 II-2223, se confirma que la Comisión puede discrecionalmente rechazar una demanda si considera que carece de un

183. Otros objetivos (fomento y protección de las PYME)

La Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia (DO C 368 de 23.12.1994, p. 20) permite ofrecer a las pequeñas y medianas empresas la oportuna seguridad jurídica, sin que tengan que notificar los acuerdos. Además, muchas de las disposiciones de los reglamentos de exención por categorías redundan en beneficio de las PYME. Por ejemplo, el Reglamento nº 1983/83 no se aplica a los acuerdos de distribución en exclusiva entre competidores, "excepto si una de las partes, por lo menos, realizase un volumen total de negocios anual que no supere los 100 millones de ECUS".

184. Libertad para definir las características y los pormenores de un sistema de distribución

Las partes pueden elegir entre solicitar una exención individual o estructurar sus acuerdos de tal modo que cumplan los requisitos de una exención por categorías. Aquellos que prefieran no ajustarse a los criterios establecidos por los reglamentos de exención por categorías pueden elaborar los acuerdos como lo deseen, sin que ello les impida acogerse a una exención individual.

II. Consideraciones formales

185. El Reglamento 17/62 (art. 4.1) establece un sistema de notificación al que las partes de un acuerdo deben atenerse cuando deseen obtener una declaración negativa o una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85. El propio Reglamento 17/62 intentaba reducir el número de acuerdos sujetos al requisito de notificación en el apartado 2 de su artículo 4, en el que se limitan los tipos de transacciones sujetas a tal obligación. Con todo, tras su adopción, la Comisión tuvo que hacer frente a una avalancha de notificaciones, muchas de las cuales se referían a restricciones verticales (cerca de 30.000 acuerdos notificados). La Comisión decidió adoptar dos tipos de medidas. En primer lugar, la Comisión adoptó reglamentos de exención por categorías, que declaran exenta una categoría de acuerdos similares cuyas ventajas, desde el punto de vista de la competencia, se consideran mayores que sus inconvenientes, y que engloban muchos de los casos. En segundo lugar, decidió hacer frente a los casos restantes mediante decisiones individuales o cartas administrativas. Esta política ha resultado satisfactoria y ha permitido reducir considerablemente el enorme número de notificaciones acumuladas.

186. Las decisiones formales resultan inadecuadas para hacer frente a un gran número de casos individuales. Ni los procedimientos establecidos en el Reglamento 17/62 ni los recursos de que dispone la Comisión le permiten adoptar un elevado número de decisiones⁽⁷²⁾. Las decisiones sirven para definir una determinada política, establecer un procedimiento, poner fin a las infracciones graves de las normas (por ejemplo, la imposición de obstáculos al comercio paralelo) y sancionar (multar) a sus autores. Las exenciones por categorías⁽⁷³⁾ y las cartas administrativas permiten a la Comisión resolver la mayor parte de los casos.

187. La Comisión puede retirar el beneficio de una exención por categorías, lo cual confiere a este instrumento una gran flexibilidad. Para ello, la Comisión ha de seguir todo el

interés comunitario significativo, siempre que existan las oportunas vías de recurso a nivel nacional.

⁽⁷²⁾ En promedio, la Comisión adopta unas 20 decisiones anuales y recibe 250 notificaciones.

⁽⁷³⁾ Incluidas las disposiciones en materia de no oposición.

procedimiento hasta la adopción de una decisión con arreglo al apartado 1 del artículo 85. En la práctica, esto ocurre muy raras veces.

188. Eficacia del sistema de notificación

El sistema de notificación representa para la Comisión una fuente constante de información sobre las transacciones que se llevan a cabo, incluidos los acuerdos verticales. Una parte sustancial de las decisiones de la Comisión tiene su origen en una notificación, lo que significa que la Comisión ha tenido conocimiento de muchas de las disposiciones contractuales que requieren un cuidadoso examen a través de las notificaciones. Asimismo, constituyen el material básico para que la Comisión pueda determinar si es necesaria una exención por categorías y cuál ha de ser su alcance.

A la hora de adoptar una decisión con respecto a las notificaciones individuales, la Comisión puede recurrir a una disposición que permite a terceros interesados presentar sus observaciones tras la publicación de una comunicación obligatoria en el Diario Oficial.

El sistema de exención es bastante flexible, puesto que las exenciones se conceden por un tiempo limitado y pueden renovarse. El proceso de renovación permite a la Comisión volver a estudiar la estructura competitiva del mercado considerado. La Comisión puede retirar el beneficio de una exención individual si se modifican las condiciones o se descubren nuevos hechos.

189. Aplicación rápida y eficaz

Pese a que sólo es posible adoptar decisiones formales en un número limitado de casos, la Comisión dispone de varios instrumentos para lograr que los procedimientos sean rápidos y eficaces:

- el Reglamento 17/62 (art. 4.2) limita el número de casos que han de notificarse;
- los reglamentos de exención por categorías, y, en su caso, los procedimientos de no oposición, abarcan el grueso de los acuerdos verticales;
- las cartas administrativas constituyen un instrumento fundamental, ya que ayudan a la Comisión a hacer frente al gran número de notificaciones que recibe.

190. Seguridad jurídica

Las decisiones de exención individual ofrecen una total seguridad jurídica en toda la Comunidad. Las exenciones por categorías también proporcionan una completa seguridad jurídica para aquellos acuerdos que se ajustan estrictamente a lo previsto en los reglamentos. Las declaraciones negativas ofrecen una seguridad jurídica, pero, aunque ello sea sumamente excepcional, las autoridades o los tribunales nacionales pueden considerar que un acuerdo que ha sido objeto de una declaración negativa infringe, no obstante, las disposiciones nacionales. Esto no puede ocurrir si se ha concedido una exención.

El procedimiento de no oposición previsto en algunos reglamentos de exención por categorías es el sistema que permite obtener mayor seguridad jurídica en el menor plazo posible y con un mínimo de trámites administrativos.

Las cartas administrativas ofrecen considerables garantías, pero no una total seguridad jurídica. Existen varios motivos por los cuales a las empresas les basta la carta administrativa. En primer lugar, indica la opinión en principio favorable de la Comisión y su intención de no seguir adelante con el procedimiento, al menos en un futuro inmediato. Es improbable que la

Comisión revoque una carta administrativa o adopte una decisión en sentido contrario, a menos que se modifiquen sustancialmente las circunstancias. Las condiciones en las cuales la Comisión puede retirar el beneficio de una exención anteriormente concedida son, de hecho, las mismas⁽⁷⁴⁾.

En segundo lugar, una carta administrativa significa que la Comisión se compromete extraoficialmente a adoptar una decisión formal si las circunstancias lo exigen.

En tercer lugar, una carta administrativa disuade a terceros de impugnar un acuerdo, si bien, en varios casos, lo han hecho tras descubrir nuevos elementos. Por ejemplo, el Tribunal de Primera Instancia consideró que, como el análisis provisional de las condiciones del mercado efectuado por la Comisión y en el que se basaba la carta administrativa se había modificado lo suficiente a raíz de la entrada de nuevos competidores, y puesto que existían obstáculos para el acceso al mercado de los que la Comisión no era consciente en la fecha en que expidió la carta administrativa, estaba justificado que la Comisión iniciara de nuevo el procedimiento tras la expedición de una carta administrativa⁽⁷⁵⁾.

Por último, pese a que este tipo de documentos no tenga carácter vinculante, ningún tribunal o autoridad nacional ha adoptado hasta ahora una resolución que fuese en contra de la postura reflejada en alguno de ellos. Las cartas administrativas ejercen una fuerte influencia, ya que indican que la Comisión ha evaluado el acuerdo. Así, un tribunal nacional puede tener que decidir sobre la legalidad de un acuerdo en relación con el cual la Comisión ha expedido una carta administrativa en la que declara que merece una exención; en tal caso, los tribunales "pueden tener en cuenta estas cartas como un elemento de hecho"⁽⁷⁶⁾.

La seguridad jurídica que proporciona una carta administrativa es aún mayor si se ha publicado una comunicación, con arreglo a lo previsto en el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento 17/62, que no ha suscitado observaciones negativas de terceros.

191. Consistencia

El actual sistema contribuye a una aplicación consistente y uniforme del artículo 85 en relación con las restricciones verticales en toda la Comunidad. El Reglamento 17/62 atribuye a la Comisión la función de autoridad central de defensa de la competencia, al conferirle competencias exclusivas para declarar inaplicable el apartado 1 del artículo 85 mediante la concesión de una exención al amparo de lo previsto en el apartado 3 del mismo artículo, quedando su decisión sujeta únicamente a la revisión del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia. Una vez se ha concedido una exención, ésta tiene carácter vinculante en

⁽⁷⁴⁾ El artículo 8 del Reglamento 17/62 permite a la Comisión retirar el beneficio de una decisión de exención:

"a) si la situación de hecho cambiare en relación con un elemento esencial de la decisión,

b) si los interesados infringieren una carga que conlleve la decisión,

c) si la decisión reposare sobre indicaciones inexactas o se hubiera obtenido fraudulentamente, o

d) si los interesados abusaran de la exención de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado que se les haya otorgado en la decisión".

⁽⁷⁵⁾ *Langnese-Iglo GmbH/Comisión*, T-7/93 (8.6.1995), apdos. 38-40.

⁽⁷⁶⁾ Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, 93/C 39/05, 13.2.1993, apdo. 25.a).

toda la Comunidad y ni los tribunales ni las autoridades de defensa de la competencia nacionales pueden declarar con posterioridad que el acuerdo infringe las normas comunitarias de competencia. De esta forma, las decisiones que requieren complejas evaluaciones económicas o que implican la búsqueda de un equilibrio entre la política de competencia y otras políticas comunitarias, y que pueden tener amplias repercusiones en toda la Comunidad, son adoptadas por las autoridades competentes a nivel comunitario.

192. Ventanilla única/descentralización

El actual sistema establece, en lo que respecta a las restricciones verticales, una "ventanilla única" a la que las empresas pueden recurrir para obtener una exención al amparo del apartado 3 del artículo 85. Las autoridades y los tribunales nacionales pueden desempeñar un papel importante a la hora de determinar si se aplican las exenciones por categorías y de hacer frente a las denuncias y las restricciones de competencia que no pueden quedar exentas.

* * * *

Capítulo VI

COMPARACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA CON LAS NORMAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DETERMINADOS TERCEROS PAÍSES APLICABLES A LAS RESTRICCIONES VERTICALES

193. En el presente capítulo se compara la normativa y políticas comunitarias con las normas de los Estados miembros y determinados terceros países, tanto sustantivas como procesales, aplicables a las restricciones verticales⁽¹⁾. En él se pone de manifiesto que, en general, los Estados miembros y los terceros países objeto de estudio hacen mayor hincapié que la Comisión en el análisis económico del mercado a la hora de determinar si una restricción vertical determinada es constitutiva de infracción. Además, como ninguna de estos países pretende lograr una integración de mercados, no ofrecen protección frente a las importaciones paralelas, como es el caso de la Comunidad.

I. LEGISLACIÓN SUSTANTIVA

Estados miembros con una normativa similar al artículo 85

194. Las legislaciones de nueve Estados miembros (Bélgica, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, España y Suecia) siguen la orientación de la Comunidad, con normas nacionales que se asemejan a la estructural binaria del artículo 85, que consta de una prohibición general y de una disposición de exención. Estas legislaciones se rigen por el sistema de clasificación de la Comunidad relativo a las restricciones verticales, incluidas las restricciones territoriales y no territoriales, y aplican criterios similares para analizar la existencia o no de infracción (por ejemplo, posición de mercado de las partes, efectos de compartimentación, consecuencias en la competencia para una misma marca o entre las distintas marcas). En aquellos casos sobre los que ya se han pronunciado los tribunales o autoridades nacionales en aplicación de estas legislaciones, es frecuente observar la influencia del derecho comunitario. El mantenimiento de precios (RPM) está prohibido en Francia y España, aunque se permite la existencia de precios recomendados. En Italia, el RPM no es ilegal, sino que se analiza en cada caso. Tres de los Estados miembros que disponen de normas similares al artículo 85 (Irlanda, España y Suecia) han adoptado exenciones por categorías nacionales. En todos los casos las exenciones nacionales por categorías corresponden, en mayor o menor medida, a las comunitarias. Sólo dos de estos Estados miembros (España y Suecia) han adoptado la norma "de minimis". Francia e Italia han indicado que no disponen de dicha

⁽⁷⁷⁾ La información que se ofrece en el presente capítulo procede de tres fuentes.

La primera ("Survey of the Member State National Laws Governing Vertical Distribution Agreements") fue elaborada por la DG IV en 1995 y publicada en 1996 por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Esta publicación consta de información básica sobre los sistemas nacionales aplicables a los acuerdos verticales de distribución.

La segunda ("Proceedings of the European Competition Forum") se refiere al Foro organizado por la DG IV en la primavera de 1995, al que asistieron representantes de cada una de las autoridades nacionales de los Estados miembros, entre otros. Estuvo compuesto por tres grupos de reflexión: distribución exclusiva, distribución selectiva y dependencia económica de los suministradores de grandes grupos de distribución. Las actas fueron publicadas conjuntamente en 1996 por John Wiley and Sons LTD y por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Lorraine Laudati publicó un resumen en la Newsletter nº5 Vol.1 verano de 1995 de la DG IV.

La tercera ("Surveys of the Member States' Powers to Investigate and Sanction Violations of National Competition Laws") elaborada en 1994 y publicada en 1996 por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas se utilizó con relación a determinadas cuestiones de procedimiento relativas a las notificaciones. Aunque se ha hecho todo lo posible por comprobar la exactitud de las informaciones que figuran en el presente capítulo en relación con los Estados miembros y terceros países, representa la opinión de la Comisión y no refleja necesariamente los puntos de vista de los Estados miembros o los terceros países.

norma, porque prefieren llevar a cabo un análisis detallado del mercado y de la posición de las partes en el mismo.

195. Varios Estados miembros que disponen de normativas similares al artículo 85 indicaron que su aplicación de la legislación nacional por la que se rigen los acuerdos restrictivos difiere de la aplicación que la Comisión realiza del artículo 85. Por ejemplo, la autoridad italiana lleva a cabo un análisis motivado (*rule of reason analysis*) tanto para determinar la existencia de restricciones, como para establecer la conveniencia de la concesión de exenciones, basándose principalmente en el análisis económico, especialmente en la repercusión económica del acuerdo en el mercado de referencia. Entre otros factores, se tienen en cuenta el acceso al mercado, la posición de las partes en el mismo, la vigencia del acuerdo y las consecuencias acumulativas de la red de sistemas de distribución. En sus comentarios la autoridad italiana señaló lo siguiente:

Lo que se ha de considerar restricción de competencia en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 del Tratado y en las correspondientes disposiciones nacionales dista mucho de ser una cuestión resuelta.

Si se sigue un enfoque tradicional y legalista, se puede considerar que el artículo 85 prohíbe *algunas cláusulas* de los acuerdos verticales. No obstante, existe la opinión cada vez más generalizada de que se debería interpretar que el apartado 1 del artículo 85 prohíbe los acuerdos verticales sólo en el caso de que tengan una repercusión económica que restrinja la competencia en el mercado. En especial, en numerosas sentencias el Tribunal de Justicia de la UE ha dictaminado que el carácter restrictivo de un acuerdo vertical en el sentido de lo dispuesto en el apartado 1 del Artículo 85 sólo se puede considerar en referencia a su contexto económico y jurídico. Si se evalúa la cuestión desde un punto de vista económico, existe un amplio consenso en torno a la opinión de que el análisis del carácter potencialmente restrictivo (en términos de competencia) de un acuerdo vertical no se debe limitar exclusivamente a sus aspectos formales.

196. En Francia, la legalidad de los acuerdos de distribución se evalúa con referencia a las cláusulas contractuales y a la forma en que se aplican en el contexto económico en el que opera el sistema de distribución. Este método se utiliza independientemente de la posibilidad de que las cláusulas de exclusiva figuren en un contrato aislado o en una red de contratos.

La autoridad francesa estima que su interpretación difiere de la de la Comisión, puesto que, con arreglo a la práctica francesa, la exclusiva en las ventas o en las compras no restringe, en sí misma, la competencia. Por consiguiente, su actitud en relación con los sistemas de distribución es favorable, al considerar que contribuyen a la eficacia económica y se ajustan, por lo general, a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 o a la normativa nacional equivalente, salvo en el caso de que vayan acompañados de cláusulas que puedan ser perniciosas para la competencia. La autoridad determina la existencia de restricciones partiendo de un análisis económico, que tenga en cuenta la mayor competencia que, por lo general, genera este tipo de sistemas. El efecto de compartimentación y acumulación de una red de acuerdos son dos criterios básicos a la hora de determinar la existencia de restricciones de competencia. La autoridad francesa considera que un grado de competencia permanente es una razón de que no se detecten determinadas restricciones, lo que contrasta con el enfoque adoptado por la Comisión, que lo considera una condición para la concesión de exenciones.

197. Si, después de esta evaluación inicial, la autoridad francesa llega a la conclusión de que existe una restricción considerable de la competencia, se planteará si está justificado conceder una exención. En esta fase, su análisis es más estricto que el de la Comisión.

[Los contactos más recientes entre las autoridades de los Estados miembros, especialmente los celebrados en Bruselas la primavera última, [en el Foro Europeo de Competencia] pusieron de manifiesto que varios países [con normativas similares al artículo 85] estiman que los acuerdos verticales pueden tener, en determinados casos, consecuencias favorables sobre la competencia.

Los acuerdos verticales quedan prohibidos en virtud de lo dispuesto en la Ley de competencia de 1986 sólo en el caso de que tengan por objeto o efecto un resultado potencialmente contrario a la competencia, a menos que produzcan el suficiente beneficio económico. La disposición sobre abuso de posición dominante se basa en las mismas condiciones.

Estados miembros con normativas distintas al artículo 85

198. Las legislaciones aplicables a las restricciones de competencia de los 6 Estados miembros restantes (Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania, los Países Bajos y el Reino Unido) no guardan ningún parecido con la normativa comunitaria. La determinación de infracción se basa, por regla general, en el descubrimiento de algún tipo de abuso:

- en Austria;
- en Dinamarca, si se puede ejercer una "influencia dominante";
- en Finlandia, si el acuerdo afecta a la formación de los precios, disminuye la eficacia, impide o dificulta la actividad de un tercero, o es incompatible con un acuerdo internacional vinculante de forma irreconciliable con una competencia adecuada y efectiva;
- en Alemania, si las restricciones ocasionan consecuencias negativas para la competencia (para los acuerdos de distribución exclusiva, los acuerdos de compra exclusiva y los sistemas de distribución selectiva) o exceden del ámbito de aplicación de los derechos de licencia (para los acuerdos de licencia);
- en los Países Bajos, si las restricciones son contrarias al interés general;
- en el Reino Unido, si son contrarias al interés general.

199. El sistema de clasificación de las infracciones varía considerablemente en estos países, aunque todos ellos disponen de una normativa para luchar contra el mantenimiento de precios. De este grupo, Austria es el único país que ha adoptado exenciones por categorías, que guardan similitud con las de la Comunidad.

200. En la actualidad, cinco de estos países (todos salvo Finlandia) se plantean la posibilidad de introducir reformas en la normativa nacional de competencia que podrían acercarla a la legislación comunitaria.

201. La autoridad alemana estima que una organización restrictiva de la distribución no pone necesariamente en peligro una competencia viable, pero que podría hacerlo si fuese unida a un cierto grado de dominio del mercado. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en la legislación alemana, en principio se pueden autorizar los acuerdos de distribución y compra exclusivas, aunque siempre que queden bajo la supervisión de las autoridades de competencia para evitar abusos.

202. En el Reino Unido, no es la legislación por la que se rigen los acuerdos la que regula los de distribución y de compra exclusivas, sino más bien la normativa que permite a las autoridades investigar caso por caso si una empresa o un grupo de empresas alcanza un umbral de cuota de mercado del 25% mediante una red de acuerdos verticales. En este caso, se emplea un análisis motivado que exige mantener un equilibrio entre las consecuencias que las restricciones verticales producen en la competencia, tanto a nivel de fabricación como de venta al por menor, y los beneficios que puede reportar una mayor eficacia. A la hora de realizar este análisis, se consideran pertinentes dos condiciones estructurales básicas:

- imperfecciones del mercado, tanto en la sección anterior como en la posterior del mismo, que generen un poder de mercado individual o colectivo de importancia en el medio a corto plazo;
- uso generalizado de restricciones verticales en un mercado de productos determinado, que afecten a una parte importante de las ventas totales del mercado sin antecedentes significativos de acceso al mismo.

Las autoridades del Reino Unido consideran menos probable que las mejoras logradas en el capítulo de la eficiencia sean mayores cuando el producto sea simple o carezca de elementos técnicos, barato, sujeto a compras repetitivas, se venda en establecimientos de conveniencia y cuando la información de que dispone el consumidor esté al alcance del gran público, la importancia de la marca sea grande, el producto esté consolidado, los obstáculos de acceso al mercado minorista sean elevados, así como las economías de escala en la venta al por menor. Aunque el mantenimiento de precios (RPM) es ilegal, se autoriza, no obstante, si el Tribunal de Prácticas Restrictivas dictamina que la inaplicación de un RPM mínimo produciría un claro perjuicio al público. En los últimos tiempos se han llevado a cabo estudios en profundidad sobre cuestiones relacionadas con las restricciones verticales en los sectores de la cerveza, la gasolina, las bebidas carbónicas, los automóviles y los helados.

Terceros países (Estados Unidos y Canadá)

- Estados Unidos

203. La normativa de competencia estadounidense sólo pretende velar por el bienestar de los consumidores, es decir, que su objetivo no es fomentar la integración de los mercados. Básicamente las restricciones verticales se rigen por lo dispuesto en el artículo 1 de la Sherman Act ⁽⁷⁸⁾, en el que se establece que es ilegal todo contrato, combinación en forma de consorcio o de cualquier otro tipo, o conspiración, que restrinja el comercio entre los diversos Estados o con terceros países.

204. En 1977, el Tribunal Supremo dictaminó en el asunto *GTE Sylvania*⁽⁷⁹⁾ que las restricciones verticales que no afecten a los precios han de ser objeto de análisis motivado, en el que se establezca la posibilidad de que tales restricciones "fomenten la cooperación entre las distintas marcas haciendo posible que el fabricante logre una distribución más eficaz de sus productos". En caso de que el fabricante no goce de una posición fuerte en el mercado, por regla general se considera que los acuerdos de distribución que contengan restricciones verticales que no afecten a los precios son lícitas porque fomentan un suministro eficaz y estable de bienes y servicios al consumidor e incrementan la competencia entre las diferentes marcas al potenciar la capacidad de los fabricantes en un determinado sector para competir entre sí por aumentar su clientela. Además, en términos generales, se considera que los riesgos de estas restricciones para la competencia no son elevados, dado que el interés de los fabricantes consiste en lograr una distribución eficaz con objeto de lograr el máximo de ventas a los consumidores, por lo que, para mantener precios bajos, les interesa enormemente fomentar la competencia dentro de la propia marca entre los distribuidores.

205. La realización de un análisis motivado implica definir el mercado de referencia, determinando la posición de mercado del demandado y otros muchos factores que se emplean para comprobar si las restricciones afectan negativamente a la competencia en el mercado en el que compiten las diferentes marcas, y las motivaciones que determinan un objetivo legítimo y la necesidad que tiene la restricción de alcanzarlo. Aunque corresponde al demandado rebatir la alegación del demandante, es éste, en último término, el que ha de convencer al tribunal de que la restricción, teniendo en cuenta todos los factores, tiene consecuencias contrarias para la competencia. También se ha de considerar la posibilidad de que existan alternativas menos restrictivas que la objeto de análisis, con el fin de lograr el objetivo legítimo.

206. Los tribunales de los Estados Unidos son, por lo general, más cautos en relación con las consecuencias contrarias a la competencia de las restricciones entre las distintas marcas y pueden solicitar un análisis en profundidad del mercado, en el que se investigue "tanto el alcance de la partición como las justificaciones comerciales del comprador y el vendedor" ⁽⁸⁰⁾. El grado en que se prive a fabricantes que compiten entre sí de

⁽⁷⁸⁾ En determinadas circunstancias, se puede aplicar a las restricciones verticales lo dispuesto en el artículo 2 de la Sherman Act y en el artículo 3 de la Clayton Act.

⁽⁷⁹⁾ *Continental TV v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977).

⁽⁸⁰⁾ *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 236-37 (1st Cir. 1983).

mercados para sus productos o en que se prohíba a los distribuidores utilizar proveedores alternativos son factores fundamentales a la hora de analizar estas restricciones.

207. En Estados Unidos no existe la norma "de minimis". El mantenimiento de precios (RPM) es ilícito en el marco de su normativa. No obstante, la prohibición no abarca a las recomendaciones de precios al por menor.

- Canadá

208. El Tribunal de la Competencia está facultado para prohibir los acuerdos de venta y vinculación exclusivas que puedan generar exclusiones en el mercado al estar implicado un gran proveedor de un determinado producto o ser muy comunes en un mercado determinado, con lo que quepa la posibilidad de que la competencia se resienta sustancialmente. El término "restricción de mercado" se define como una condición que el proveedor impone al cliente, por la que exige a este último que suministre cualquier producto exclusivamente en un mercado determinado. El Tribunal podrá prohibir esta restricción en el caso de que exista la probabilidad de que perjudique sustancialmente a la competencia en relación con el producto, como es el caso cuando la realiza un gran proveedor de un producto o está muy generalizada en relación con el mismo. Por último, el Tribunal podrá obligar a un proveedor a vender a un cliente determinado que pueda verse sustancialmente afectado por la imposibilidad de obtener suministros adecuados, siempre que esté dispuesto y sea capaz de satisfacer las condiciones habituales de venta. Las restricciones a la competencia entre las distintas marcas se consideran de forma más estricta que las que afectan a la competencia dentro de una misma marca. Aunque no es de aplicación la norma "de minimis", las autoridades no conceden excesiva prioridad a los casos en los que las repercusiones económicas no son muy elevadas.

II. SISTEMA DE NOTIFICACIÓN

Estados miembros que disponen de una normativa similar al artículo 85

209. En seis de los Estados miembros que poseen normativas similares al artículo 85 (Bélgica, Grecia, Irlanda, Portugal, España y Suecia) se contempla la obligación de notificar los acuerdos restrictivos, análoga a la que existe en la Comunidad, es decir, que sólo es preceptivo notificar si se solicita una exención y/o una declaración negativa. No obstante, de todos ellos, sólo Bélgica y Suecia disponen de las mismas normas en relación con la inmunidad frente a la imposición de multas tras la notificación. En Grecia o Portugal no se contempla dicha inmunidad y la legislación irlandesa no prevé esta posibilidad.

210. Francia e Italia no exigen la notificación de los acuerdos restrictivos. En Italia existe un sistema de notificación voluntaria, mientras que en Francia no existe un sistema de notificación para tales acuerdos y las autoridades competentes emplean otros medios para detectar infracciones.

la normativa francesa se basa en un postulado opuesto al que sostiene la prohibición a priori de los acuerdos o la cooperación comercial en las relaciones verticales. Esta es la razón de que no dispongamos de un sistema de notificación obligatorio. La introducción de tal sistema no nos parece necesaria, puesto que consideramos que los acuerdos verticales son a priori lícitos.

Estados miembros con normativas que difieren del artículo 85

211. Aunque en Finlandia existe un sistema de notificación similar al de la Comunidad, sin embargo, no se contempla la inmunidad frente a la imposición de sanciones.

En Alemania las restricciones verticales están sometidas, por lo general, a un control que evite los abusos, por lo que no han de ser notificadas; únicamente se exige la notificación de aquellas restricciones que limiten la

libertad de fijar precios o de establecer condiciones comerciales, que, a pesar de estar prohibidas en su mayoría, pueden acogerse a una exención.

En Austria, Dinamarca, los Países Bajos y el Reino Unido es obligatoria la notificación de los acuerdos restrictivos, independientemente de que se disponga o se pretenda lograr una exención o declaración negativa. Con la notificación se pretende facilitar a las autoridades la información necesaria que les permita determinar la posible existencia de abusos.

En Luxemburgo no existe un sistema de notificación para los acuerdos restrictivos.

Terceros países

212. Ni Estados Unidos ni Canadá disponen de un sistema de notificación de acuerdos restrictivos.

III. NÚMERO DE CASOS PRESENTADOS

213. Por lo general, los Estados miembros de ambos grupos han presentado un número moderado de casos anuales por infracciones de la legislación aplicable a las restricciones verticales. Sin embargo, en varios Estados miembros no se dispone de datos o cabe pensar que no sean comparables como consecuencia de las diferencias existentes en sus sistemas o métodos de registro. Una indicación aproximada del abanico de actividad nos la da el hecho de que en algunos Estados miembros (Bélgica y Austria) no se haya presentado caso alguno, mientras que en Alemania se registraron unos 25 en un año.

214. Durante la década de los 80 las autoridades federales de defensa de la competencia pasaron por alto casi por completo las restricciones verticales en los Estados Unidos. Sin embargo, las autoridades estatales interpusieron algunas acciones por infracción de la cláusula de mantenimiento de precios al por menor (RPM). En años más recientes, tanto las autoridades federales como las estatales, en ocasiones conjuntamente, han interpuesto acciones por casos de RPM, a pesar de lo cual es reducido el número de acciones interpuestas en relación con otros tipos de restricciones verticales. En los últimos años, se han interpuesto algunas acciones en el sector sanitario, que constituye una prioridad política, en la que están implicados principalmente los mercados locales y en el caso de que sea probable detectar un dominio significativo en el mercado.

215. Da la impresión de que las normas no se aplican de forma muy estricta en relación con las restricciones verticales en Canadá.

V. CONCLUSIONES

216. En los Estados miembros y los terceros países aquí analizados se detecta una diversidad considerable en las medidas empleadas en relación con los acuerdos verticales. Sin embargo, es posible señalar algunos aspectos básicos en los que coinciden estos sistemas y otros en los que difieren sistemáticamente del comunitario. En primer lugar, sostienen que el análisis económico debe emplearse, en primer término, para determinar la existencia de infracción. Así es, al menos, en algunos de los Estados miembros que disponen de sistemas basados en el comunitario (especialmente Francia e Italia), en algunos de los Estados miembros con sistemas que difieren del mismo (más especialmente Alemania y el Reino Unido) y en los terceros países (tanto Estados Unidos como Canadá).

217. En segundo lugar, algunos Estados miembros, Estados Unidos y Canadá carecen de sistema de notificación de los acuerdos restrictivos. Ello se debe a su convencimiento de que los medios de tutela se pueden emplear mejor de otro modo, como es investigando denuncias relativas a las restricciones verticales. La

ausencia de un sistema de notificación se ajusta también a la premisa de que los acuerdos verticales son a priori lícitos.

218. En tercer lugar, en estos sistemas sólo se interpone un número reducido de casos relativos a restricciones verticales, lo que refuerza también la idea de que estas restricciones son a priori lícitas.

* * * *

Capítulo VII

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

I. Finalidad y metodología

219. En el contexto de la elaboración del Libro Verde, se tomó la determinación de llevar a cabo una investigación basada en entrevistas. Se mantuvieron contactos con varias decenas de fabricantes, minoristas (también mayoristas y agentes de importación-exportación) y asociaciones, tanto a nivel europeo como nacional. Además, se llevaron a cabo una serie de entrevistas con centros de investigación o expertos con conocimientos específicos de mercadotecnia o técnicas de distribución en los diversos sectores industriales. La mayoría de las entrevistas se centraron en el ámbito de los bienes de consumo, fuesen productos alimenticios o no. Esta lista de entrevistas no fue totalmente representativa, dado que, por razones de carácter logístico, ha sido mucho más numerosa en el Benelux, así como en las zonas vecinas del norte de Francia, Alemania Occidental y el sur del Reino Unido.

220. La inmensa mayoría respondió favorablemente a nuestra sugerencia. Los contactos se celebraron entre junio y agosto de 1994. Los debates previstos con algunas de las asociaciones empresariales resultaron ser verdaderas mesas redondas de discusión en las que participaron un elevado número de directivos y otros representantes empresariales procedentes de un amplio espectro de sectores industriales. Aunque la Comisión intentó lograr el máximo equilibrio entre los diferentes grupos y partes, con objeto de disponer de la gama más amplia posible de puntos de vista, es evidente que no se puede considerar que los resultados de estas entrevistas sean representativos a efectos estadísticos. La Comisión desea que recibir observaciones sobre los resultados de tales entrevistas, especialmente en caso de que se tenga la impresión de que la muestra geográfica o de sectores no es representativa.

221. Muchas de las cuestiones planteadas por los interlocutores se referían específicamente a la industria o al sector. Otras, como la relativa a la relación de poder entre los fabricantes y los minoristas o el problema del comercio paralelo, se debatieron en la práctica totalidad de los encuentros. Todas las reuniones se celebraron informalmente, sin que se levantara acta de las mismas. Por consiguiente, la mayoría de los interlocutores no tuvo reparos en utilizar un lenguaje franco, en revelar datos sensibles y en apoyar sus puntos de vista con hechos concretos de su experiencia o incluso basados en información confidencial. Las páginas que figuran a continuación incluyen un resumen de las conclusiones básicas, aunque no se hace mención de datos específicos de las empresas.

II. Cambios producidos en la sociedad y en la demanda de los clientes

222. Se ha producido un cambio notable en la dinámica de la clientela, debido a una mayor polarización por lo que se refiere a las rentas y a una población que envejece. La saturación del mercado ha tenido como consecuencia que se generen nuevas y más complejas estructuras de la demanda de clientes concretos. Los cambios demográficos afectan a la estructura de la venta, lo que ha conducido básicamente a una concentración en términos de propiedad y mercados. Por lo que se refiere a los bienes de consumo inmediato, los consumidores compran con menor frecuencia y prefiere hacer todas sus adquisiciones a la vez en lugar de acudir a varios mercados. Se considera que la diferenciación creciente que existe en la demanda de los consumidores es una de las razones principales del éxito experimentado por los nuevos establecimientos especializados. Así, por ejemplo, los fabricantes de mobiliario expanden su actividad al ámbito de la decoración y de otros accesorios. Se ha señalado al sector de la impresión como prototipo en el que se podía observar la proliferación y especialización de los productos ofrecidos a la clientela.

III. Cambios tecnológicos

223. La tecnología de la información (TI) y especialmente la lectura electrónica de códigos, utilizada cada vez más para el control de existencias, han dado un enorme empuje a los sistemas "just-in-time" y modificado el equilibrio de la información. Estas nuevas tecnologías, junto con las tarjetas de fidelidad, hacen posible que en la actualidad los minoristas definan las estrategias tradicionales de mercadotecnia sin que tengan que depender de la información facilitada por el fabricante. La gestión de la información hará posible que se controlen las entregas "just-in-time", incluso cuando se trate de una amplia gama de productos (hipermercados), que se reduzcan los costes de almacenaje y se mejore la productividad mediante el pedido automático de mercancías. Por lo general, se piensa que será escasa la repercusión que la introducción de la tecnología de la información pueda tener en la reducción de costes. Sin embargo, habida cuenta de que los márgenes en la distribución son muy escasos, cualquier reducción de costes puede tener consecuencias significativas en la rentabilidad.

224. Las empresas de venta por correo y a distancia emplean cada vez más el audio y video texto, el disco compacto interactivo (CD-I), el CD-Rom y la televisión interactiva para distribuir sus productos. Se dice que el sistema de telecompra puede pasar a ser un instrumento de enorme importancia en la distribución de productos al por menor. Algunos interlocutores eran bastante optimistas en relación con los proyectos actuales de demostración de distribución mediante televisión interactiva, aunque no podían determinar quiénes entre los grandes minoristas, los fabricantes o incluso los canales de televisión y las empresas de medios de comunicación iban a ser los principales beneficiarios de la tecnología de la información. Algunos manifestaron su inquietud ante la posibilidad de que los instrumentos de TI puedan ser monopolizados por los fabricantes o los minoristas. Se dijo que los avances en televisión interactiva no constituirían una amenaza para las actividades perfectamente consolidadas de las empresas de venta por correo, puesto que aquella se centraba principalmente en los segmentos anteriores del mercado, mientras que supuestamente estas últimas se decantan más bien por actividades posteriores del mismo.

225. Otra tendencia reciente se refiere al desarrollo del transporte interno y de las infraestructuras logísticas. La posibilidad de contar con infraestructuras propias de transporte permitió a los grandes distribuidores racionalizar sus entregas y los suministros internos a las redes, al tiempo que reducían costes. Estas nuevas mejoras han ocasionado también cambios importantes en la forma de comercialización de productos. Por ejemplo, a menudo sucede que los productos sólo se empaquetan en el último minuto, de tal forma que se puedan introducir en las etiquetas determinadas promociones de mercadotecnia.

IV. Estructura de la distribución

226. Muchos interlocutores señalaron que el sistema de distribución de los años 60 y 70 se caracterizó por su fragmentación y desorganización, totalmente dependiente de la industria y confrontado a menudo con precios obligatorios de venta y/o boicoteos. Poco a poco, la función de distribución se ha emancipado del sector de la fabricación y, actualmente, constituye una industria por sí misma. Los distribuidores hacen acopio de información y disponen de sus propios datos sobre cómo y dónde se venden los productos y pueden asesorar a sus proveedores sobre la demanda de los consumidores.

227. Hasta ahora, la distribución y especialmente la distribución de productos alimenticios había seguido una estrategia orientada al volumen. La introducción de TI y de métodos de distribución "just-in-time" hará que vayan surgiendo progresivamente nuevas funciones logísticas, tales como la de agrupación de pedidos. Algunas pequeñas empresas ya se están especializando en entregas a domicilio, especialmente en el sector de las bebidas y los alimentos congelados.

228. Se ha producido una fragmentación del formato del comercio minorista y una proliferación de distintos tipos de establecimientos. Junto a la tienda tradicional de ultramarinos, surgen supermercados, nuevas tiendas de descuento, clubes de tiendas y autoservicios mayoristas. Los tipos principales entre los que se ha de distinguir son el "clásico", el pequeño comercio al por menor, los almacenes urbanos, las tiendas de rebajas, las cadenas especializadas y las nuevas formas de distribución, tales como las empresas de comercialización directa (de

pedido por correo, empresas de tramitación de pedidos a distancia, imprentas y empresas de edición, telecompra y pequeñas agencias especializadas). Por ejemplo, las empresas de comercialización a distancia ya gozan de una buena implantación en el ámbito de los ordenadores, los libros y los discos. El bancario es un ámbito de crecimiento. El éxito de las técnicas de comercialización directa parece depender del producto. Por ejemplo, mientras el 75% de los seguros de automóviles contratados en los Países Bajos se venden por teléfono, los planes de pensiones se siguen suscribiendo mediante entrevistas personales.

229. Las empresas de tramitación de pedidos procesan y se ocupan de la propia gestión de los pedidos en nombre del fabricante. No adquieren los productos, no se ocupan de las existencias y no fijan el precio que se aplica al consumidor final. Por lo general, las empresas de pedido por correo se ocupan de servir los pedidos en el propio establecimiento. Las agencias especializadas ofrecen el servicio a empresas más pequeñas. Este nuevo sector ofrece la posibilidad de llevar a cabo ventas de ensayo de nuevos productos de forma mucho más barata que la distribución de los productos a los mercados al por menor. Esta posibilidad es importante, puesto que unos dos tercios de las nuevas introducciones de productos fracasan.

230. En algunos sectores ya no existe la separación clásica entre fabricante, agente, almacenista y minorista. En la actualidad, los grandes minoristas se abastecen directamente de los fabricantes. Si tomamos como ejemplo el sector de las bebidas, en algunos Estados miembros más del 60% de los vinos se adquiere en supermercados.

231. Algunos sectores, como el de productos farmacéuticos, aún no han experimentado un proceso de integración vertical apreciable. En otros sectores, como el de las bebidas, los fabricantes han aplicado una política de integración vertical y se han hecho con los importadores nacionales exclusivos.

232. Era opinión generalizada que la tecnología de la información ha tenido como consecuencia que los minoristas tiren de los productos hacia abajo en la cadena de suministro, en lugar de ser los fabricantes quienes los empujen en esa dirección. También hay acuerdo en que, en la actualidad, existe una concentración a ambos extremos de la cadena de suministro y que han desaparecido numerosos intermediarios/almacenistas, factor que puede incrementar los obstáculos de acceso para los fabricantes. No existía una opinión compartida sobre si la desaparición de los almacenistas había ocasionado el declive de la exclusividad. Algunos interlocutores señalaron que la concentración producida en el sector de venta al por menor había obligado a los fabricantes a buscar nuevas salidas, por ejemplo, las ventas en las tiendas de las estaciones de servicio.

V. Relaciones entre fabricantes y minoristas

233. Aunque es evidente que el equilibrio de poder se ha decantado hacia los minoristas en los últimos años, da la impresión de que saber si es el fabricante o el minorista quien puede dictar las condiciones que rijan su relación mutua depende en gran medida de la posición de una marca específica en un segmento de mercado definido. Los fabricantes dependen cada vez más de los distribuidores y de los minoristas de ultramarinos para hacer llegar sus productos a los consumidores. Habida cuenta de que el espacio disponible para nuevos productos es limitado, surgen conflictos entre el número cada vez mayor de nuevos productos que ahora se lanzan al mercado y el objetivo de los minoristas de lograr el máximo rendimiento. Este conflicto ha hecho que los minoristas soliciten comisiones de venta (lo que constituye soborno) o regímenes de descuento que a menudo superan los posibles ahorros de coste de los fabricantes. Dada la escasez de espacio disponible para la inclusión de nuevos productos, los que no se encuentren en posiciones de privilegio correrán un riesgo creciente de ser eliminados y sustituidos por las propias marcas de los grandes minoristas. Como consecuencia de ello, en muchos segmentos del mercado, no se ha tenido en cuenta la posición de los proveedores situados en las dos primeras posiciones y para otros resulta cada vez más difícil acceder al mercado.

234. Algunos interlocutores estimaron que tres eran los tipos de empresas con posibilidades de sobrevivir a largo plazo: los grandes fabricantes con una amplia gama de productos que invierten en I+D y que llevan a cabo el lanzamiento de nuevos productos líderes, los fabricantes de "marca propia" (por ejemplo, los que fabrican productos vendidos por minoristas con sus respectivas marcas) y operadores de mercados cautivos. Por otra

parte, los fabricantes de segundo nivel (los que producen marcas situadas en las posiciones tercera y cuarta) se encuentran cada vez más empareados entre marcas líderes y otras inferiores de grandes minoristas, por lo que a menudo no tienen más opción que convertirse en subcontratistas y producir con la marca de un minorista.

235. En opinión de algunos investigadores independientes, la capacidad de los minoristas para desarrollar nuevas marcas no es ilimitada. Mientras que los fabricantes pueden concentrar investigación y desarrollo y costes en la concepción y diferenciación de productos en su área específica de actividad en el mercado, los minoristas, en cambio, necesitan garantizar la disponibilidad de un amplia gama de productos mediante su red. Por todas estas razones, sólo pueden lograr ventas limitadas por producto. En consecuencia, es poco probable que la mayoría de los minoristas alcancen la magnitud necesaria para invertir en marcas, dado que los costes de investigación y desarrollo son demasiado elevados y los costes de comercialización de cada producto han de ser amortizados en un amplia red de distribución geográfica.

VI. Mercado único, comercio paralelo

236. Muchos de los entrevistados señalaron que el marco legal establecido por la Comunidad no ha funcionado adecuadamente como vehículo capaz de conducir a la integración de mercados en forma de ajustes de precios. Los obstáculos que se presentan al comercio paralelo siguen siendo numerosos y complejos. Algunos interlocutores eran de la opinión de que la política de competencia hacía que las empresas tuviesen que pagar el precio de la integración europea de mercados. Se alegó que se debería permitir a las empresas cobrar lo que los mercados puedan soportar. Por otra parte, otros estimaron que la distinción entre ventas activas y pasivas era obsoleta, especialmente desde la introducción de TI en el mercado.

En la Unión Europea siguen existiendo diferencias significativas de precios y, a veces, incluso en los mismos productos fabricados por la misma empresa. Estas diferencias se deben a los costes de transporte, los obstáculos normativos y las relaciones entre los fabricantes y los distribuidores en los distintos Estados miembros. Los distribuidores gozan de gran poder en determinadas zonas (Francia, Alemania) y se encuentran más fragmentados en otras (Grecia, sur de Italia). Aunque las diferencias de precios son importantes en el sector no alimentario, son aún más significativas en el de productos alimenticios. Durante las entrevistas, se puso claramente de manifiesto que muchos minoristas no aprovechan las oportunidades de explotar diferencias de precios entre los Estados miembros por miedo a que se deterioren sus relaciones a largo plazo con los fabricantes o, quizás, a que se les apliquen medidas de represalia tales como boicoteos o discriminación de precios. No parece que los grupos transfronterizos de compra hayan tenido un impacto significativo.

Obstáculos de carácter logístico y otras restricciones naturales

237. En algunos mercados, los costes de transporte son simplemente demasiado elevados como para que el comercio paralelo alcance un volumen significativo, con lo que se evita que los productos crucen la frontera. Por otra parte, existen desfases enormes en cuanto a preferencias nacionales y gustos locales de los consumidores, que no parece vayan a desaparecer rápidamente. Como los consumidores muestran actitudes divergentes y demandan cualidades diferentes, también existen enormes diferenciaciones de productos y técnicas diferentes de distribución.

Algunas de las diferencias de precios se deben al hecho de que los fabricantes operan sobre la base de instalaciones separadas de fabricación con sus estructuras específicas de costes. En la medida en que los fabricantes se van abasteciendo cada vez más a nivel europeo, se acercan entre sí las estructuras de costes de las respectivas filiales industriales. Ello, a su vez, contribuirá a que se reduzcan las diferencias de precios. En algunos productos en los que el comercio entre Estados miembros se lleva a cabo con facilidad, se ha experimentado una convergencia de precios como consecuencia de las presiones competitivas.

Mientras que se puede decir que muchos mercados de fabricantes poseen una estructura de oferta y demanda unificada a nivel europeo, los mercados de bienes de consumo a nivel del comercio minorista se encuentran

mucho más fragmentados por las fronteras nacionales. Se pueden observar enormes diferencias en el comportamiento de la clientela.

Obstáculos normativos

238. Diversas exigencias nacionales siguen aislando los mercados e impiden el comercio paralelo. Por ejemplo, siguen siendo muy diferentes los requisitos de etiquetado, que a menudo se deben básicamente a consideraciones de carácter ambiental. Por otra parte, difieren las condiciones de empaquetado y codificación. Asimismo se hizo referencia a la importancia creciente de las normas nacionales sobre cuestiones tales como la publicidad y la mercadotecnia.

Es frecuente la utilización de marcas registradas para compartimentar un mercado en fronteras nacionales. Por otra parte, se alega la dificultad de lograr el mismo registro de marcas en todo el territorio europeo debido a la existencia de diferentes derechos anteriores sobre los diferentes registros nacionales y también a las diferencias culturales. Sin embargo, las marcas son muy valiosas en la lucha contra la falsificación y a la hora de evitar la competencia desleal.

239. Incluso en el caso de las empresas de comercialización directa y de pedidos por correo, siguen siendo importantes los obstáculos al comercio. En muchos países los monopolios postales crean problemas de fiabilidad. Además, existen otros obstáculos como las cuestiones de derechos de autor, unas normas fiscales poco definidas, los tipos de cambio y los gastos que conllevan las transferencias de dinero. La realización de campañas de publicidad en varios Estados resulta complicada y los productos de consumo se han de adaptar a unas preferencias locales muy específicas. La demanda posee un componente marcadamente nacional, por lo que es posible vender un producto en un país por razones diferentes a las que se comercializa en otro.

En algunos sectores, como el de los productos farmacéuticos, parece difícil que se reconozca la misma marca en distintos Estados miembros, a pesar de que muchas empresas aplican una política de marcas registradas a nivel mundial.

Obstáculos de carácter privado

240. Muchos fabricantes no están convencidos de que los avances en eficiencia que se logren mediante la formulación y presentación de un único producto para todos los Estados miembros compensen las pérdidas que genere la reducción en la capacidad de establecer precios diferenciados entre los mercados nacionales como consecuencia del comercio paralelo. Así pues, muchos minoristas alegan que un número elevado de fabricantes obstaculizan el comercio paralelo siempre que pueden. Las cantidades disponibles mediante exportaciones paralelas siempre han sido demasiado escasas para que pudieran ser consideradas como fuente fiable de suministro.

241. En numerosas entrevistas, los representantes del sector de la distribución acusaron a los fabricantes de pretender compartimentar el mercado en la Comunidad. Alegaban que tales estrategias se llevaban a la práctica mediante un uso abusivo de la explotación de los derechos de propiedad intelectual y la aplicación de sistemas de distribución selectiva. Por ejemplo, en el sector de la electrónica de consumo, se alegó que los fabricantes/distribuidores exclusivos no aplican el principio de la "garantía europea". Contar con fuentes paralelas de suministro de los productos de electrónica de consumo es relativamente sencillo, si tales productos están destinados a ser comercializados con el nombre comercial del distribuidor, mientras que se deniegan los suministros si el minorista, sin ser miembro del sistema de distribución selectiva, desea venderlos con el nombre comercial del fabricante. Por otra parte, se alegó que, en el mercado de la electrónica de consumo, el servicio de asesoría al cliente y postventa, inherente al sistema de distribución selectiva, sólo puede justificarse en el caso de que se trate de productos más sofisticados de gama alta.

En muchos casos las solicitudes de compra transfronteriza se remiten a la correspondiente filial nacional del fabricante. La inmensa mayoría de los interlocutores procedentes del sector minorista indicaron que no estarían interesados en el comercio paralelo, por miedo a que se deterioren sus relaciones a largo plazo con los fabricantes. Introducirse en el comercio paralelo sin el conocimiento del fabricante resultaba cada vez más difícil, si no imposible. Las redes de distribución controladas por ordenador con conexión en línea con los fabricantes ha facilitado la posibilidad de seguimiento y contribuido a hacer más transparente la distribución.

242. Algunos grandes minoristas se abastecen en el mercado mundial y están en condiciones de superar cualquier intento de compartimentación del mercado, sin correr el riesgo de sufrir pérdidas por rebajas o tener incertidumbre sobre la continuidad de los suministros. Algunos interlocutores pusieron implícitamente en tela de juicio la distinción entre ventas activas y pasivas. Dado que la mayoría de los consumidores carecían de la confianza suficiente para llevar a cabo transacciones transfronterizas, como consecuencia de la falta de servicio postventa y de las dificultades para interponer acciones legales contra minoristas extranjeros, se alegó que la permisibilidad de las ventas pasivas no era más que una operación de maquillaje ante la exclusividad territorial. En algunos sectores, los vendedores parecen desaconsejar las ventas transfronterizas solicitadas por determinados clientes.

Los fabricantes también pueden utilizar números de identificación que sigan la pista a las fuentes de comercio paralelo. Se señalaron casos en los que los proveedores se habían visto obligados a compensar a distribuidores nacionales exclusivos que habían resultado perjudicados por el comercio paralelo.

243. En algunos casos, los grandes grupos multinacionales de productos alimenticios mantienen mercados nacionales compartimentados. Cabe la posibilidad de que un fabricante fije precios diferentes para sus productos en diferentes países, dependiendo, por ejemplo, de que su marca sea líder u ocupe un segundo lugar en dicho país. Estas diferencias de precios se mantienen obligando a los minoristas a adquirir los productos de la filial local del fabricante en condiciones locales. Ésta parece ser un cuestión que preocupa a muchos distribuidores.

VII. Expansión y mundialización del mercado

244. Da la impresión de que la expansión a nuevos territorios depende en gran medida de la ventaja diferencial que puedan explotar los distribuidores. Se pueden dar ejemplos de intentos fallidos para introducirse en el mercado norteamericano, al tiempo que las mismas compañías lograban establecerse en otras partes de Europa, América Latina o el Sudeste Asiático.

245. Se señaló que, en la actualidad, un número elevado de minoristas encontraba sumamente difícil penetrar en nuevos mercados mediante la apertura de nuevos puntos de venta utilizando sus propias marcas comerciales. Da la impresión de que en cada mercado nacional existe una fidelidad bastante asentada del consumidor a las cadenas nacionales de distribución. Por otra parte, en algunos casos las normativas nacionales por las que se rige el comercio pueden representar un obstáculo para los recién llegados.

246. La adquisición de los minoristas locales parece ser el método más utilizado para ampliar las redes de distribución más allá de las fronteras nacionales. La concentración en el nivel de la distribución ha obligado a retirarse del mercado a un número bastante importante de pequeños minoristas especializados. Esta tendencia se ha venido observando especialmente durante la década de los 80. Sin embargo, sigue habiendo espacio para que se introduzcan nuevas empresas, especialmente en el ámbito de la venta a distancia (pedidos por correo, ventas mediante vídeo, etc). Además, en determinados mercados específicos (tales como el de joyería) pueden coexistir los sistemas de distribución a pequeña y gran escala.

247. Por lo que se refiere a la segunda fuente de abastecimiento de los distribuidores, se observó el rápido desarrollo que está adquiriendo el abastecimiento fuera de la Comunidad, a medida que los suministros, especialmente los procedentes de Extremo Oriente, son cada vez más fiables en términos de calidad y

continuidad. Sin embargo, los contingentes de importación en la Comunidad, especialmente en el sector textil, siguen impidiendo la plena explotación de tales fuentes de suministro.

VIII. Cuestiones jurídicas

Marco normativo general

248. Todos los interlocutores coincidieron en señalar que la intervención gubernamental, incluido el control realizado por las autoridades de competencia, se debía circunscribir al mínimo estrictamente necesario. Algunos interlocutores temían una posible proliferación de competencias que diera lugar a que las diversas autoridades nacionales estableciesen mecanismos paralelos de control, además del que ya ejerce la Comisión. Por otra parte, otros interlocutores se mostraron a favor de una aplicación más rigurosa de la legislación y, en particular, de que aumentase el número de casos a los que la Comisión debía retirar el beneficio de la exención por categorías en determinadas circunstancias.

Algunos interlocutores estiman que las exenciones por categorías constituyen una respuesta adecuada a la inseguridad jurídica ocasionada por la ausencia de normas generales por lo que se refiere a la aplicación de los principios del artículo 85. Algunos de ellos expresaron su temor a que el abandono del sistema de exención por categorías pudiese generar un nuevo espacio de incertidumbre.

249. Una serie de interlocutores criticaron el énfasis puesto por la Comisión en el análisis de cláusulas. Alegaron que las consecuencias en el mercado se dejarían sentir especialmente en el análisis de la competencia. Se sugirió la conveniencia de considerar válidos todos los acuerdos verticales, incluidas todas sus cláusulas. La Comisión sólo debería intervenir en el caso de que, tras algún tiempo, se detectaran repercusiones graves para la competencia. Se alegó que sólo una minoría de los sistemas de distribución tenían repercusiones negativas y que la inmensa mayoría eran legítimas, puesto que, por regla general, los acuerdos de distribución contribuyen a regular la relación y casi nunca ocasionarían problemas de competencia. Se consideró que el enfoque adoptado por las Directrices estadounidenses era de utilidad, aunque algunos interlocutores señalaron su falta de seguridad jurídica.

250. Muchos de los interlocutores criticaron los actuales reglamentos de exención por categorías por su falta de flexibilidad. Se alegó que las notificaciones resultaban extremadamente onerosas para las empresas y que consumían gran número de recursos internos. Especialmente las pequeñas y medianas empresas que no disponían de departamentos propios de asesoría jurídica tenían a menudo problemas para interpretar estas normas. Se solicitó a la Comisión que redactase una nueva normativa de forma más comprensible o que publicase interpretaciones uniformes que incorporasen la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia.

251. En términos generales, se cree que las exenciones por categorías actúan a modo de corsé. En algunos sectores industriales, se tiene la impresión de que la Comisión considera las exenciones por categorías como directrices para la autorización en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85, en lugar de analizar estrictamente por sus propios méritos las solicitudes de autorización individual. No obstante, aunque no parece muy preocupante la inquietud que genera la conformidad con las exenciones por categorías, sin embargo, la alarma es más generalizada por lo que se refiere al coste y tiempo invertidos en solicitudes de autorización y la imposibilidad de obtenerla con rapidez, en el caso de que un acuerdo no se encuadre exactamente en el marco de una exención por categorías. Se tiene la impresión de que las cartas administrativas de compatibilidad no resultan satisfactorias para la industria. Si fuese necesaria la existencia de las exenciones por categorías por motivos de eficacia administrativa y seguridad jurídica, deberían disponer de un ámbito de aplicación más reducido e incluir criterios claros que exijan prueba evidente del beneficio del consumidor.

252. La práctica totalidad de los interlocutores con formación jurídica se mostraron a favor del principio de eliminación de aquellas cláusulas que queden fuera del ámbito de aplicación de una exención por categorías. Se consideró inaceptable que la existencia de una disposición que quedase fuera de la exención por categorías

podiese ocasionar que la totalidad del acuerdo perdiese el beneficio de la exención por categorías. Se sugirió la conveniencia de que se aplicasen nuevas exenciones por categorías a productos intermedios y de que se modificasen los Reglamentos 1983/83 y 1983/84 con el fin de abarcar la distribución de productos por parte de competidores, puesto que, en muchos casos, las filiales nacionales de fabricantes que compiten entre sí constituyen supuestamente el único modo viable para poder acceder a los mercados. En este contexto, podría ser de utilidad la introducción de umbrales de cuota de mercado.

Grupos compradores/Asociaciones de minoristas

253. La cuestión más importante que plantearon los pequeños y medianos minoristas era cómo lograr la supervivencia a largo plazo. Su principal mensaje consistía en solicitar un entorno de igualdad de condiciones con relación a sus principales competidores, las grandes cadenas integradas de comercio al por menor. Entre otras cosas, se consideró esencial la capacidad para sacar provecho de determinados conceptos de franquicia, siendo la asociación la que actúa como franquiciador en relación con sus miembros. Se hizo un llamamiento a la Comisión, en su calidad de autoridad de defensa de la competencia, para que salvaguardase la pluralidad de formas de distribución. El único modo de apoyar de cierta manera a las pequeñas y medianas empresas sería establecer un marco jurídico que permitiese la existencia de asociaciones de minoristas independientes.

254. Se reconoció que el apartado 1 del artículo 85 podía abarcar muchas de las obligaciones incluidas en tales cooperativas (obligaciones de compra para determinados miembros, etc). Sin embargo, se alegó la conveniencia de que se lleve a cabo una evaluación global basada en aspectos económicos, que se decantase definitivamente a favor de estas formas de cooperación. Un mecanismo del tipo del establecido en el apartado 3 del artículo 85, basado en condiciones ideales en una exención por categorías, desbrozaría el camino para dar seguridad jurídica a tales asociaciones.

255. Se alegó que una política de competencia que favoreciese a tales asociaciones de minoristas podría ser de capital importancia para la supervivencia de los pequeños minoristas en el sur de Europa (Italia, Portugal, Grecia), donde el proceso de concentración del sector minorista es menos avanzado. Se alegó que el conjunto actual de normas presentaba incongruencias importantes. Mientras que determinadas obligaciones son perfectamente aceptables en las relaciones verticales, cláusulas similares que imponen las cooperativas a sus miembros están prohibidas como consecuencia de su carácter horizontal. Aunque las restricciones de competencia presentan carácter vertical en un caso, y horizontal en el resto, parecería que ambas formas de cooperación contribuyen al logro del mismo fin.

256. Se considera que la imposibilidad de fijar una estrategia uniforme de precios es la desventaja más importante que sufren las asociaciones de minoristas en relación con sus principales competidores, los minoristas integrados. Mientras que los minoristas de mayor tamaño pueden publicar folletos y demás material de mercadotecnia con precios fijos, las asociaciones de minoristas sólo pueden operar con recomendaciones no vinculantes de precios. No obstante, se observa que la situación es muy diferente en cada Estado miembro. Algunos de nuestros interlocutores, especialmente los del sector alimentario, sostuvieron que el componente de precios era mucho más importante para su actividad que otros aspectos de su planificación estratégica. Por ejemplo, se consideraba esencial la calidad para aplicar un precio determinado en el mercado.

257. Otro problema es la imposibilidad de las asociaciones de minoristas de garantizar ventas en sus negociaciones con los fabricantes, lo que les coloca en desventaja competitiva en relación con sus competidores integrados. Sin embargo, no era tan evidente la necesidad de que existiese un entorno de igualdad de oportunidades en éste ámbito, es decir, que asista a las asociaciones el derecho a imponer a sus miembros cantidades fijas de productos. Algunos interlocutores llegaron a señalar que un número elevado de miembros se opondría a tales sistemas contractuales.

Restricciones de precios

258. Aunque formalmente está prohibido el mantenimiento de precios al por menor (RPM), muchos interlocutores estimaron que las recomendaciones no vinculantes de precios seguirían siendo útiles para los fines previstos. Se alegó que en los nuevos productos innovadores de alta tecnología se debería permitir el mantenimiento de precios hasta que se consolidase y se diese a conocer el producto. Podría servir de umbral un plazo de cinco años o el hecho de que se alcanzase una determinada cuota de mercado. De no ser así, los agentes no invertirían en servicios de preventa, por lo que el lanzamiento de los productos sería más lento.

259. Varios interlocutores mencionaron el ejemplo de Estados Unidos, donde no sólo es ilegal el mantenimiento de precios sino también el establecimiento de precios discriminatorios, y ello para todas las empresas, no sólo para las dominantes. Algunos llegaron incluso a alegar la necesidad de establecer una disposición jurídica similar a la Robinson-Patman Act de los Estados Unidos, por la que los precios ofrecidos por los fabricantes han de aplicarse a la totalidad de la clientela. Otros equipararon la actitud europea en relación con la protección territorial absoluta al negativo ejemplo ofrecido por las autoridades estadounidenses en relación con el establecimiento de precios discriminatorios. Los interlocutores abogaron por que los fabricantes y minoristas publicasen listas de precios con descuentos que estuviesen directamente relacionados con la eficacia y la mercadotecnia en el interior del establecimiento.

Distribución exclusiva / Compra exclusiva

260. En relación con la política que practica la Comisión respecto de la distribución exclusiva (Reglamento 1983/83 y 1983/84), salvo las observaciones más generales que ya se han mencionado anteriormente, el número de comentarios fue relativamente escaso. Algunos interlocutores mostraron su preocupación por el hecho de que el régimen actual de exenciones por categorías se basaba en un sistema de distribución al por mayor que ya no existía. Se adujo que la exclusividad ya no constituía una cuestión que mereciese el mismo grado de interés por parte de la Comisión. Otros sugirieron la conveniencia de llevar a cabo una actualización periódica de las comunicaciones correspondientes.

Distribución selectiva

261. Por lo general, se estima que la distribución selectiva sólo es importante en un reducido número de productos. Los productos que más se mencionan en este contexto son los cosméticos, las prendas de vestir, los licores y el champaña, aunque también los productos farmacéuticos. En muchos casos, los fabricantes han ampliado los criterios de su red de distribución selectiva para dar cabida también a los grandes almacenes de carácter emblemático ("Weltstadtwarenhaus"), aunque quedan fuera otros establecimientos en los que se alegó que el personal de ventas presentaba un grado de cualificación equivalente.

262. No obstante, el abanico de puntos de vista expresados sobre esta cuestión era extremadamente amplio y variado. En términos generales, los interlocutores procedentes de los sectores afectados estaban de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia (asuntos del perfume). Estos criterios contribuían a garantizar la imagen del producto así como el servicio postventa y otros de carácter técnico. Algunos interlocutores plantearon la conveniencia de que estos criterios se incorporasen en una exención especial por categorías sobre distribución selectiva.

263. Por otra parte, los representantes de las tiendas de rebajas y de las empresas de pedidos por correo se manifestaron en contra del argumento del "free-rider" (aprovechamiento del esfuerzo ajeno), que, desde su punto de vista, se alegaba frecuentemente para justificar la distribución selectiva en relación con productos que requieren un contacto escaso o nulo entre el comprador y el agente, una vez ultimada la venta (por ejemplo, las bicicletas). Por otra parte, se ha producido un descenso en el nivel de conocimientos técnicos especializados que se requieren para instalar y explotar muchos de los productos vendidos mediante las redes de distribución selectiva. Por consiguiente, a menudo se exige a los distribuidores escogidos un servicio escaso o nulo en

relación con las ventas. Por último, las tiendas de rebajas y las empresas de pedidos por correo alegaron ser capaces de prestar un nivel de servicio similar al ofrecido mediante las redes de distribución selectiva.

264. Los grandes distribuidores excluidos del sistema de distribución selectiva pretenden, en determinados casos, abastecerse de la sucursal principal, para lo cual se enzarzan ocasionalmente en batallas jurídicas. A menudo, los tribunales nacionales han abierto la posibilidad de obtener estos productos de forma lícita en el mercado paralelo y proceder a su distribución. No obstante, en determinados casos, una vez que el minorista había logrado, mediante la decisión de un tribunal, acceder a un producto previamente reservado a otro canal de distribución, los distribuidores habían dejado de fabricar dicho producto y lo habían sustituido por un producto similar al que no se aplicaba la decisión del Tribunal. Cuando el mercado es verdaderamente competitivo, no se considera que la distribución selectiva plantee problemas. Mientras se sigan criterios objetivos en la selección de los distribuidores, sin que se discrimine entre sus diferentes categorías, no parece que la mayoría de los interlocutores plantee grandes problemas por el momento. No obstante, era incontestable que estas condiciones no siempre se cumplían.

265. Algunos interlocutores criticaron, sin embargo, los sistemas de distribución selectiva por constituir una fórmula de mantenimiento de precios artificialmente elevados. Según los representantes de asociaciones de consumidores, el argumento esgrimido por los fabricantes de que garantiza una mayor variedad y un mejor servicio a los clientes era, en muchos casos, una falacia cuyo fin es controlar el flujo de mercancías e imposibilitar el acceso a nuevos competidores. El resultado sería contar con una menor variedad al alcance de los consumidores. Se detectaron problemas específicos en relación con los perfumes, los automóviles, los productos eléctricos y los hornos microondas.

Acuerdos de franquicia

266. Hace 10 años la mayoría de las redes de franquicia eran "puras", es decir, la red estaba compuesta en su totalidad por franquiciados. Los "sistemas mixtos" de reciente creación abarcan tanto a las filiales integradas como a los franquiciados en los mismos sistemas. A menudo, los sistemas integrados puros pasan a ser mixtos una vez que se produce la expansión fuera de la base inicial, con los riesgos que lleva aparejados la introducción en nuevos mercados. Asimismo, se alegó que estos sistemas mixtos eran muy eficientes, puesto que permitían la expansión en formatos más flexibles, especialmente en otros Estados miembros. No obstante, en determinados sistemas mixtos, como los supermercados, la posibilidad de competir entre varias marcas dependía básicamente de la TI centralizada. Se puso de manifiesto que, siempre que se utilizaban sistemas informáticos centralizados (pedido, almacenaje, entregas ofrecidas mediante información de código de barras en tiempo real), los franquiciados ya no disponían de plena libertad para adquirir sus productos donde deseaban, o establecer los precios que consideraban más convenientes. En algunos casos se señaló que los franquiciados habían pasado a disfrutar de una situación similar a la de los agentes, mientras que las mercancías seguían siendo propiedad del franquiciador.

267. En términos más generales, parece que el de la franquicia es un sector muy dinámico en el que continuamente llegan al mercado nuevas formas de innovación. Los interlocutores insistieron en que no se deberían introducir rigideces a esta innovación adoptando un enfoque excesivamente normativo. No parece que la exención por categorías actual haya obstaculizado demasiado este proceso, aunque se alegó que, en ocasiones, había generado inseguridad jurídica.

IX. Cerveza y gasolina

268. Tanto los fabricantes como los distribuidores se mostraron, por lo general, satisfechos con el funcionamiento de las exenciones por categorías para la cerveza y la gasolina y subrayaron la eficacia que representan las restricciones verticales en estos sectores. Por lo que se refiere a la cerveza, también se hizo hincapié en que los acuerdos con los productores locales constituían a menudo la fórmula más eficaz para introducirse en el mercado de otro Estado miembros y distribuir y competir con eficacia. Todos subrayaron la

necesidad de lograr una mayor seguridad jurídica y continuidad con un mínimo de cambios, ante el elevadísimo número de contratos existentes en el sector (del orden de cientos de miles). Con todo, en determinados aspectos, se puso de relieve la divergencia existente entre fabricantes y distribuidores a la hora de comentar algunas cuestiones más específicas del Reglamento.

269. Entre estos comentarios figuraban los siguientes:

- La redacción del apartado 1 del artículo 85 es demasiado amplia.
- Los reglamentos y las directrices deben ser más simples y flexibles para que no produzcan un encorsetamiento normativo.
- Se debe permitir acuerdos con una mayor vigencia.
- Los minoristas solicitaron una mayor protección frente a los fabricantes y a la rescisión arbitraria de arrendamientos financieros y contratos. Se criticó el hecho de que los fabricantes impongan objetivos de ventas excesivamente ambiciosos.
- En un Estado miembro, los servicios de la Comisión comunicaron a los fabricantes que no estaban incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento, alegando lo que según éstos últimos, no era más que un elemento puramente de carácter técnico. No obstante, habían recibido una carta administrativa de compatibilidad que ellos interpretaban en el sentido de que estos acuerdos eran merecedores de que se les aplicase una exención en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85. Desgraciadamente, esta carta administrativa resultó inadmisile ante los tribunales y provocó inseguridad jurídica.

* * * *

CAPÍTULO VIII

OPCIONES

I. INTRODUCCIÓN A LAS OPCIONES

270. En el presente capítulo se establecen una serie de opciones extraídas del análisis llevado a cabo en el Libro Verde.

271. El interés básico de la Comisión consiste en fomentar y preservar unos mercados integrados y competitivos en la Comunidad Europea y aplicar una política de competencia eficiente y efectiva, con el fin de velar por los intereses de los consumidores y reforzar la competitividad de la industria, prestando especial atención a las PYME.

272. Todos aquellos que deseen presentar observaciones no deben considerarse limitados por las opciones que figuran a continuación en la Sección II. Estas opciones se pueden combinar de diferentes maneras y queda abierta la posibilidad de presentar otras ideas.

273. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que sigue siendo de aplicación el artículo 86 y que la Comisión no contempla ninguna otra solución que vaya más allá de los límites impuestos por el artículo 85, tal como lo interpretan los tribunales Comunitarios. La modificación del Tratado no se contempla como opción.

274. En la Sección III se plantean una serie de cuestiones sobre las que la Comisión *tendría especial interés en recibir comentarios*.

II. DESCRIPCIÓN DE LAS OPCIONES

Observaciones y cuestiones más habituales

275. Las observaciones y preguntas que figuran a continuación son de relevancia para todas o algunas de las opciones.

276. Se mantendría la política que considera violaciones graves de las normas de competencia el mantenimiento de los precios y los obstáculos al comercio paralelo. Se propone que sean considerados contrarios al apartado 1 del artículo 85, siempre que el acuerdo, la práctica concertada o la decisión de que se traten puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Además, es poco probable que puedan acogerse a las exenciones establecidas en el apartado 3 del artículo 85.

277. Las diferentes opciones se refieren exclusivamente a los acuerdos de distribución vertical y no abarcan los acuerdos horizontales entre competidores. Sin embargo, las actuales exenciones por categorías permiten una excepción para los acuerdos no recíprocos entre competidores en los que una de las partes alcance un volumen de negocios no superior a los 100 millones de ecus. Se propone el mantenimiento de esta excepción. *Se agradecería se enviasen comentarios sobre si esta cifra se considera adecuada.*

278. Se plantea la conveniencia de incluir en otros reglamentos un procedimiento de no oposición similar al incluido en el Reglamento sobre los acuerdos de franquicia (4087/88). *Sería de gran interés recibir comentarios sobre esta cuestión y sobre la forma en que se pudiera mejorar el procedimiento.* La Comisión no dispone de recursos para investigar un número muy elevado de casos en el marco de un procedimiento de no oposición y es consciente de que las notificaciones, incluso en los procedimientos de no oposición, pueden ser costosas para las

empresas. Por consiguiente, estos procedimientos de no oposición no constituyen una solución apropiada para un elevado número de notificaciones.

279. Aunque el Libro Verde se centra principalmente en las restricciones verticales sobre la distribución, se ha sugerido que también se debe prestar atención a otras relaciones verticales de la cadena de suministro (por ejemplo, las relacionadas con los bienes de producción no destinados a su reventa). Estas relaciones verticales que no engloban a la distribución plantean a menudo cuestiones diferentes a ella. *Sería de gran interés recibir comentarios* sobre aspectos de política de la competencia de los acuerdos verticales no relacionados con la distribución y especialmente:

- si la Comunicación sobre la subcontratación ⁽¹⁾ constituye un marco adecuado para ellos;
- si tales acuerdos, siempre que estén comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, son tan poco frecuentes que la Comisión puede ocuparse de ellos individualmente, y
- si las diferentes opciones que figuran continuación se pueden aplicar adecuadamente a tales acuerdos y, en caso de respuesta afirmativa, hasta qué punto.

280. La Comisión está elaborando una revisión de su Comunicación sobre acuerdos de menor importancia a los que, por regla general, no se aplica el apartado 1 del artículo 85. Esta es la Comunicación conocida generalmente como *de minimis*. Como hipótesis de trabajo, se puede considerar que el apartado 1 del artículo 85 no se aplica a las restricciones verticales entre partes cuya cuota del mercado de referencia sea inferior al 10%, salvo por lo que se refiere al mantenimiento de precios y a la protección territorial absoluta, en relación con los cuales no es posible establecer umbrales de cuota de mercado.

OPCIÓN I - Mantenimiento del sistema actual

281. La Opción I consiste en mantener el sistema actual (incluidos los acuerdos especiales para la cerveza y la gasolina).

OPCIÓN II - Exenciones por categorías más amplias

282. En ocasiones se sugiere que las actuales exenciones por categorías son demasiado limitadas. La Opción II mantendría el sistema actual, introduciendo algunas modificaciones en las disposiciones de los Reglamentos sobre exenciones por categorías. No se introducirían cambios procesales significativos. Las exenciones por categorías se aplicarían de forma más amplia de lo que ha sido la norma hasta ahora, mediante la ampliación de su ámbito de aplicación a diferentes cláusulas que se mencionan posteriormente, con lo que ganarían en seguridad jurídica. Se reduciría el número de casos que tendrían que notificarse. La Comisión podría llevar a cabo algunos de estos cambios merced a la facultad que ya le otorga el Reglamento 19/65 del Consejo, mientras que otros requerirían su modificación. A continuación figuran algunos de los cambios sugeridos. Sería de gran interés recibir comentarios sobre su pertinencia y otros posibles cambios.

283. Una o varias de las sugerencias que figuran a continuación podrían tomarse como medidas para ganar flexibilidad en general:

- las exenciones por categorías abarcarían no sólo las cláusulas enumeradas sino también a otras que sean similares o menos restrictivas;
- la inclusión de cláusulas prohibidas no implicaría necesariamente la denegación del beneficio de la exención para el resto del acuerdo;

⁽⁸¹⁾ Comunicación de la Comisión referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85. (DO C 1, 3.1.1979).

- la exención por categorías podría aplicarse a aquellos acuerdos celebrados entre más de dos partes;
- se podría promulgar una exención por categorías o una comunicación de la Comisión sobre distribución selectiva.

284. Entre las medidas específicas destinadas a lograr una mayor flexibilidad se podrían incluir una o varias de las que figuran a continuación:

- se podría ampliar el ámbito de aplicación de las exenciones por categorías para la distribución exclusiva y la compra exclusiva, de forma que abarcasen a los servicios o permitiesen al distribuidor transformar o procesar los productos objeto del contrato; se podría permitir a los distribuidores que añadiesen un valor significativo modificando la identidad económica de los productos sin dejar de acogerse a la exención por categorías;
- se podría ampliar la exención por categorías para acuerdos de compra exclusiva de forma que abarcase tanto el suministro parcial como exclusivo;
- se podría ampliar la exención por categorías para acuerdos de franquicia de forma que abarcase el mantenimiento del precio máximo como excepción del principio general según el cual no se eximiría al mantenimiento de precios;
- Las asociaciones de minoristas independientes podrían beneficiarse de los reglamentos de exenciones por categoría, siempre que fueran pequeñas y medianas empresas ⁽¹⁾ y que la cuota de mercado de dichas asociaciones se mantenga bajo un umbral determinado.
- se podría establecer un procedimiento de arbitraje para aquellos distribuidores a los que se haya denegado el acceso a una red de distribución selectiva.

285. Con arreglo a esta opción, se mantendrían en vigor las disposiciones especiales del Reglamento nº 1984/83 para la cerveza y la gasolina con ciertos cambios para lograr una mayor flexibilidad en su aplicación. Una posibilidad sería la de limitar el requisito consistente en especificar las cervezas de venta obligatoria al tipo de cerveza de que se trate, en lugar de identificar cada una de las marcas concretas, como lo exige lo dispuesto en el Reglamento en vigor. Ello ofrece al fabricante la posibilidad de añadir o sustituir marcas de un tipo de cerveza que el arrendatario se haya comprometido a vender, en lugar de tener que celebrar un nuevo acuerdo con el arrendatario para tales cambios, como exige el Reglamento. Por lo que se refiere a la gasolina, cabe plantearse qué hacer con aquellas formas de distribución distintas de la compra exclusiva en relación con productos vendidos en pequeños supermercados que forman parte de estaciones de servicio. Por otro lado cabe preguntarse si está justificado seguir obligando al proveedor a ofrecer o financiar equipo de lubricación para poder acogerse a una exención por exclusividad de suministro de lubricantes.

OPCIÓN III - Exenciones por categorías más específicas

286. Esta opción hace hincapié en los objetivos de integración de mercados que pretende lograr la política comunitaria de la competencia. Se considera que la protección territorial y las restricciones verticales son un factor que contribuye de forma significativa al mantenimiento de grandes diferencias de precios entre los Estados miembros. Es evidente que muchos mercados se concentran cada vez más en los niveles de producción y distribución, mientras que las restricciones verticales pueden compartimentar mercados y presentar obstáculos de acceso. El valor añadido por la distribución es, en sí mismo, un elemento importante. La competencia en el interior de las marcas puede desempeñar una función importante a la hora de fomentar la competencia en mercados en los que la existente entre las diferentes marcas no sea feroz.

287. Las actuales exenciones por categorías se aplican sin ningún tipo de límites de cuotas de mercado, pero podrían modificarse de forma que sólo se aplicasen en el caso de que cada una de las partes posea menos, por ejemplo, de un 40% de cuota del mercado de referencia en el territorio del contrato. No se concederían exenciones por categorías por encima de dicho umbral, al menos para las restricciones siguientes:

⁽⁸²⁾ Acorde con la recomendación de la Comisión del 3 de abril de 1996 con respecto a la definición de pequeñas y medianas empresas, OJ nº L107 del 30.04.1996

- protección contra ventas activas procedentes de fuera del territorio;
- protección contra la agencia exclusiva (prohibición para vender productos o servicios competidores).

288. En relación con esta opción, también sería de desear que se enviaran comentarios sobre la pertinencia de adoptar un reglamento de exención por categorías para los acuerdos de distribución selectiva, siempre que tales acuerdos entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. En el caso de que se adoptase tal reglamento, sólo sería de aplicación en el caso de que el fabricante o distribuidor no posea, por ejemplo, más del 40% de la cuota del mercado de referencia o una cifra inferior en un mercado oligopolístico.

289. Las sugerencias efectuadas en la Opción II podrían aplicarse a los acuerdos que se sitúen por debajo del umbral de cuota de mercado.

290. Cabe la posibilidad de que las partes alberguen dudas sobre la definición correcta de un mercado determinado y sobre el cálculo de su cuota de mercado, lo que podría llevarles a notificar acuerdos a la Comisión en busca de seguridad jurídica. También se producirían notificaciones de acuerdos cuando las partes posean cuotas de mercado superiores al umbral.

291. La Comisión desea recibir estimaciones del número y tipo de casos que pudieran ser notificados y observaciones que indiquen si este problema podría resolverse si se ofrecen unas directrices en las que se expliquen las circunstancias en que la Comisión concedería exenciones en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85. Entre los posibles motivos de exención podría figurar la condición de que no exista una discriminación significativa de precio en detrimento de los clientes.

292. En consonancia con la norma general anterior, no se ofrecería protección frente a los acuerdos exclusivos de suministro de cerveza a aquellos fabricantes con una cuota superior, por ejemplo, al 40% en un mercado nacional determinado. Sin embargo, una alternativa específica para este sector podría consistir en limitar el margen de exclusiva ya sea a un porcentaje determinado del consumo total de cerveza de un establecimiento específico (por ejemplo, 3/4 obligatorio; 1/4 libre), ya sea a determinados envases (por ejemplo, venta obligatoria de barril; botellas y latas libres). Otra alternativa podría ser la de limitar el ámbito de la exclusiva sólo a la cerveza. Por lo que se refiere a los centros de envasado, habría que plantearse si, en aquellos casos en los que el suministrador disponga de una cuota de mercado superior a un porcentaje determinado, por ejemplo, el 40%, se debería reducir en plazo contractual máximo permitido por la exención.

OPCIÓN IV - Exenciones por categorías con una disposición que especifique las circunstancias económicas en las que se aplica el apartado 1 del artículo 85

293. La idea que articula esta opción es la de que el análisis económico de las restricciones verticales debe llevarse a cabo mediante instrumentos jurídicos que ofrezcan a las empresas un grado elevado de seguridad jurídica. Los criterios económicos diseñados para determinar las condiciones de mercado en las que se aplicaría el apartado 1 del artículo 85 podrían perfilarse, en primer lugar, en el marco de una nueva comunicación de la Comisión para, posteriormente y a la luz de la experiencia adquirida, integrarse en el marco de un reglamento sobre declaraciones negativas.

294. Esta opción establecería un trato más flexible de las relaciones verticales relativas a los acuerdos entre partes que no dispongan de un poder significativo de mercado. Se reducirían las supuestas consecuencias restrictivas de las exenciones por categorías y el énfasis en la clasificación jurídica de las diferentes formas de distribución.

295. En cuanto a las partes que posean una cuota de mercado inferior, por ejemplo, al 20% en el territorio del contrato, existiría una presunción refutable de compatibilidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo

85 ("*presunción de declaración negativa*"). Dicho de otro modo, en tales circunstancias las restricciones verticales no entrarían, por regla general, en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. Esta presunción abarcaría todas las restricciones verticales, con excepción de aquellas relacionadas con precios mínimos de reventa, obstáculos al comercio paralelo o ventas pasivas o las incluidas en acuerdos de distribución entre competidores.

296. La Comisión podría refutar esta presunción de declaración negativa basándose en un análisis de mercado que tenga en cuenta factores tales como los siguientes:

- la estructura de mercado (por ejemplo, oligopolio);
- los obstáculos de acceso;
- el grado de integración del mercado único, valorado sobre la base de indicadores tales como el diferencial de precios que existe entre los Estados miembros y el nivel de penetración de mercado en cada Estado miembro de productos importados de otros Estados miembros, o
- el impacto acumulativo de las redes paralelas.

297. Los acuerdos que, en base a este análisis de mercado, se demuestre que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 podrían acogerse a una exención por categorías si satisfacen las condiciones necesarias (véanse a continuación las variantes I y II). La presunción de declaración negativa podría aplicarse mediante una comunicación de la Comisión y, posteriormente y a la luz de la experiencia adquirida, en el marco de un reglamento de declaraciones negativas que requeriría un nuevo reglamento de habilitación del Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 87 del Tratado.

298. Para los casos con una cuota de mercado superior, por ejemplo, al 20% y para los que posean una cuota inferior al 20% que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, se podrían plantear las dos posibilidades siguientes:

Variante I

299. La exención por categorías mencionada en la Opción II podría abarcar a todos los casos que superen la cuota de mercado del 20% (exención por categorías ampliada).

Variante II

300. La exención por categorías mencionada en la Opción III abarcaría a todos los casos que se sitúen por encima del 20% de cuota de mercado (por ejemplo, imposibilidad de aplicación de la exención por categorías a determinadas restricciones por encima del 40% de cuota de mercado).

Cerveza y gasolina

301. La presunción de inaplicabilidad del apartado 1 del artículo 85 descrita anteriormente sólo se aplicaría a los acuerdos de suministro exclusivo de cerveza y gasolina en la medida en que el impacto acumulativo de las redes paralelas no produzca un efecto de excesiva compartimentación.

III. SUGERENCIAS EN RELACIÓN CON LAS CUESTIONES QUE SE PUEDEN PLANTEAR EN LAS OBSERVACIONES

302. Aunque quienes deseen remitir sus observaciones pueden plantear cualquier cuestión relativa a las restricciones verticales y no están obligados a circunscribirse a las opciones anteriormente enumeradas, sin embargo, sería *útil* para la Comisión que las observaciones pudieran referirse tanto a cuestiones sustantivas

como a cuestiones de procedimiento e instrumentos jurídicos. Así pues, lo que figura a continuación podría servir de guía para estructurar las observaciones en estos dos ámbitos:

303. Cuestiones sustantivas

Eficacia - Se debería tener en cuenta la eficacia de las medidas destinadas a diferenciar las restricciones contrarias a la competencia de las que no lo son, junto con los costes de su aplicación. A modo de ejemplo digamos que los costes pueden ser elevados si un conjunto de medidas estrictas identificase la totalidad de las restricciones contrarias a la competencia, aunque sea de una severidad extrema.

Integración de mercados - Se debería fomentar la integración de mercados.

Innovación y libertad empresarial - Las medidas aplicadas deberían ser lo suficientemente flexibles para dar cabida a la introducción por parte de fabricantes y distribuidores de nuevas formas de distribución (a veces impuestas por la necesidad de introducir nuevas tecnologías). No deberían imponer costes obligatorios injustificados de distribución.

Consumidores y PYME - Las medidas adoptadas deberían permitir a los consumidores obtener una parte equitativa de los beneficios y ser compatibles con otros objetivos, especialmente el fomento de las PYME, a las que se debería alentar a que desarrollen sus actividades cuando se enfrenten a actores más potentes en el proceso de producción-distribución.

Poder de mercado - Cabe la posibilidad de que las medidas adoptadas hayan de establecer distinciones entre las diferentes empresas, dependiendo de su poder de mercado. Por esta expresión se entiende, en este contexto, un grado de influencia sobre precios y producción inferior a la que posee una empresa dominante (artículo 86), aunque suficiente para que los acuerdos entre tales empresas queden sujetos al ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 por su clara repercusión sobre la competencia. Uno de los sustitutos del poder de mercado que evita el análisis individual (imposible de llevar a cabo en gran número de casos) es un umbral expresado en términos de cuota de mercado. Se desea recibir comentarios sobre las consecuencias que tendría la introducción de umbrales de cuota de mercado, ya sea:

- como condición para quedar exento en el marco de una exención por categorías (p.e., ésta no se aplica por encima de una determinada cuota de mercado);
- como condición para un procedimiento de no oposición en una exención por categorías (p.e., por encima de una determinada cuota de mercado, las partes han de solicitar la exención mediante el procedimiento de no oposición);
- como directriz en una exención por categorías que indique un nivel por debajo del cual sea poco probable que la Comisión retire el beneficio de la misma, o
- como indicación del nivel por debajo del cual se presume que, por lo general, los acuerdos verticales son compatibles con el apartado 1 del artículo 85 y por encima del cual se les aplican las disposiciones de exención por categorías.

Los comentarios sobre la utilización de los umbrales de cuota de mercado deberían abordar especialmente las cuestiones de procedimiento enumeradas más adelante y en particular su repercusión sobre la seguridad jurídica y su capacidad para enfrentarse al problema de multiplicidad de notificaciones. En el caso de que en una opción se faciliten cifras específicas de cuota de mercado, también se debería comentar la pertinencia o no de tales cifras.

304. Cuestiones de procedimiento e instrumentos jurídicos

Seguridad jurídica - Las medidas adoptadas deben ofrecer seguridad jurídica.

Masificación - Las medidas deberían lograr una aplicación acelerada y eficaz, sin que ello implique recibir un número ingente de notificaciones.

Subsidiariedad - Las iniciativas que se tomen deberían mantener un equilibrio entre el principio de autoridad única y/o la descentralización en favor de las autoridades y los tribunales nacionales.

Procedimientos - La Comisión desea recibir comentarios sobre la conveniencia de que unas determinadas medidas se lleven a la práctica con arreglo a los procedimientos en vigor o de que se introduzcan cambios, especialmente en lo relativo a:

- las cartas administrativas de compatibilidad,
- los procedimientos de no oposición, o
- la retirada de la exención concedida en el marco de las exenciones por categorías ⁽¹⁾.

La Comisión desea recibir comentarios sobre la magnitud de las modificaciones que se han de introducir en las normas y reglamentos en vigor, y especialmente sobre la posibilidad de que una opción se pueda aplicar introduciendo cambios en las prácticas vigentes que resulten relativamente fáciles de ejecutar, como es el caso de la comunicación de minimis, o cambios en la práctica administrativa que se especifiquen en una comunicación de asesoría administrativa de la Comisión que se actualice regularmente y en la que figuren las medidas básicas a adoptar, especialmente las circunstancias económicas en que se aplica el apartado 1 del artículo 85, al tiempo que se garantiza una seguridad jurídica adecuada. Por otra parte, algunas opciones exigen la introducción de modificaciones en los tres Reglamentos de exención por categorías (1983/83, 1984/83 y 4087/88).

305. La Comisión reconoce que ninguna medida que se aplique a las restricciones verticales puede lograr simultáneamente y en la medida deseada todos los objetivos sustantivos ni ajustarse a la totalidad de los aspectos de procedimiento. Por ello, las iniciativas que se tomen han de lograr el mejor equilibrio posible, teniendo en cuenta los objetivos de la política de competencia en el contexto global del Tratado.

⁽⁸³⁾ NB. La retirada de la exención en el marco de las actuales exenciones por categorías ha de seguir los procedimientos establecidos en el Reglamento 17/62, lo que no es viable en un gran número de casos.

306. **Se ruega envíen sus comentarios antes del 31.07 de 1997**

por correo a:

Libro Verde sobre las restricciones verticales
Dirección General de Competencia
Comisión Europea (C 150)

Rue de la Loi / Wetstraat 200
1049 Bruselas
Bélgica

o correo electrónico:

dirección de X400:

S=vertical-restraints; O=DG4; P=CEC; A=RTT; C=BE

dirección Internet:

vertical-restraints @ dg4.cec.be

307. **Copias extra**

Este libro verde se encuentra disponible en todos los lenguajes de la comunidad en el World Wide Web, Europa server, <http://europa.eu.int/comm/dg04/dg4home.htm>

* * *