

Derecho de la competencia y acuerdos de colaboración empresarial. Acuerdos de investigación y desarrollo y acuerdos de especialización*

*Competition law and business
cooperation agreements.
Research and development agreements
and specialisation agreements*

por

DR. D. JOSU J. SAGASTI AURREKOETXEA
Profesor Titular de Derecho Mercantil-Universidad del País Vasco UPV/EHU
Profesor Jean Monnet de la Unión Europea

RESUMEN: El desarrollo de las modalidades de colaboración empresarial y, en concreto, de las «Redes Empresariales» presenta especiales connotaciones en su cohonestación con el Derecho de la Competencia. La configuración jurídico-económica más próxima y ajustada de las «Redes Empresariales» que conlleven Acuerdos de Cooperación Horizontal consiste en la estructura del «Modelo de Contrato Multilateral», dotada de las características de cierto grado de estabilidad, complementariedad e interdependencia. Un acuerdo de coope-

* El presente trabajo es elaborado en el ámbito del Proyecto de Investigación DER 2010-21114 del Ministerio de Ciencia e Innovación «*Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*».

ración horizontal restrictivo de la competencia por objeto y/o efecto puede presentar también, en cambio, efectos positivos para la competencia, a cuyo efecto se regulan los correspondientes reglamentos de exención. En este orden de cosas, se hallan, de una parte, los acuerdos de investigación y desarrollo, que pueden combinar distintas capacidades de investigación que permitan a las partes producir bienes mejores de un modo más económico y acortar el plazo de lanzamiento al mercado de los correspondientes productos. De otra parte, se hallan los acuerdos de especialización, que constituyen una modalidad de los acuerdos horizontales de producción y pueden presentar libertad de forma. En suma, el análisis exhaustivo de los correspondientes reglamentos de exención permite estudiar la compatibilidad de la restricción de la competencia con las «Redes Empresariales» y los Acuerdos de Cooperación Horizontal.

ABSTRACT: The development of the business cooperation forms and, in particular, «the Companies Networks» show special connotations relating to the Competition Law. The closest and most settled to the «Companies Networks» law-economic configuration, which implies The development of the business cooperation forms and, in particular, «the Companies Networks» show special connotations relating to the Competition Law. The closest and most settled to the «Companies Networks» law-economic configuration, which implies Horizontal Cooperation Agreements, lies in the structure of the «Multilateral Contract Model», provided with certain degree of next characteristics: stability, complement and interdependence. An horizontal cooperation agreement, restrictive of the competition by object or by effect, can give, however, positive effects to the competition, resulting in the related exemption regulations are taken. According to this issue, there are, on the one hand, research and development agreements, which allow to combine several research abilities in order to allow the parts to produce better assets cheaper and to reduce the periods to put them into the market. On the other hand, there are the specialisation agreements, which are a type of production horizontal agreements and can show any form. Then, the thorough analysis of the related exemption regulations allow to study the compatibility between the restriction of the competition and the «Companies Networks» and the Horizontal Cooperation Agreements.

PALABRAS CLAVE: Red de negocios. Contrato. «Contratto di rete». Competencia. Colaboración horizontal. Acuerdo. Investigación. Desarrollo. Especialización. «Mercado relevante o de referencia». Producción. Comercialización.

KEY WORDS: Business network. Contract. «Contratto di rete». Competition. Horizontal cooperation. Agreement. Research. Development. Specialization. «Relevant market». Production. Commercialization.

SUMARIO: 0. ABREVIATURAS UTILIZADAS.—I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. «REDES EMPRESARIALES» EN EL «ACQUIS COMMUNAUTAIRE».—III. «REDES EMPRESARIALES» Y ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL: III.1. PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. III.2.— DETERMINACIÓN DE «COMPETIDOR» Y DE «COOPERACIÓN INTEGRADA». III.3.— DETERMINACIÓN DEL «PODER DE MERCADO». III.4.— DETERMINACIÓN DE LA «EXENCIÓN» EX ARTÍCULO 101.3 TFUE.—IV. ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO: IV.1. MODALIDADES DE ACUERDOS Y MERCADOS DE REFERENCIA: IV.1.A. *Mercados de productos existentes*. IV.1.B. *Mercados de tecnologías existentes*. IV.1.C. *Mercados de la innovación*. IV.1.D. *Determinación de las cuotas de mercado*. IV.2. RESTRICCIÓN DE EX ARTÍCULO 101.1 TFUE. IV.3. ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN EX ARTÍCULO 101.3 TFUE.—V. ACUERDOS DE ESPECIALIZACIÓN: V.1. MERCADOS DE REFERENCIA. V.2. RESTRICCIÓN DE EX ARTÍCULO 101.1 TFUE: V.2.A *Régimen general*. V.2.B *Restricción de la competencia por el objeto*. V.2.C *Efectos restrictivos de la competencia*. V.2.D. *«Poder de mercado»*. V.2.E. *Resultado colusorio derivado de «costes comunes»*. V.3. ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE ESPECIALIZACIÓN EX ARTÍCULO 101.3 TFUE.—VI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REGLAMENTOS DE EXENCIÓN REGLAMENTO —UE— Núm. 1217/ 2010, DE 14 DE DICIEMBRE DE 2010 —RDCAID— Y REGLAMENTO —UE— Núm. 1218/ 2010, DE 14 DE DICIEMBRE DE 2010 —RDCAE: VI.1. «RATIO LEGIS» Y PREMISAS. VI.2. ÁMBITO OBJETIVO «POSITIVO» DE APLICACIÓN. VI.3. ÁMBITO OBJETIVO «NEGATIVO» DE APLICACIÓN: VI.3.A. *Ámbito objetivo negativo por el objeto*. VI.3.A.a) *Acuerdos de Investigación y Desarrollo*. VI.3.A.b) *Acuerdos de Especialización*. VI.3.B. *Ámbito objetivo negativo intrínseco o inherente*. VI.4. REQUISITOS O CONDICIONES PARA LA EXENCIÓN. VI.5. CÓMPUTO DEL UMBRAL DE LA CUOTA DE MERCADO Y DE DURACIÓN DE LA EXENCIÓN: VI.5.A. *Determinación del umbral de la cuota de mercado*. VI.5.B. *Determinación de la duración de la exención*.—BIBLIOGRAFÍA BÁSICA O SUMARIA. JURISPRUDENCIA.

0. ABREVIATURAS UTILIZADAS

- AECL: Asociación Europea de Libre Comercio.
- CCDMR: Comunicación de relativa a de Mercado de Referencia a efectos de en Materia de Competencia.
- CdC: Código de Comercio, de 22 de Agosto de 1885.
- DACH: Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de a los Acuerdos de Cooperación Horizontal.
- DATT: Comunicación de relativas a del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Transferencia de Tecnología.

- DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
- DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.
- LMV: Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores.
- RANCT: Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a las Normas sobre Competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.
- RCCE: Reglamento (CE) Núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas.
- RDCAE: Reglamento (UE) Núm. 1218/2010 de, de 14 de diciembre de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos de Especialización.
- RDCAID: Reglamento (UE) Núm. 1217/2010 de, de 14 de diciembre de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo.
- RDLTRLAC: Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.
- RDRTRLAC: Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de Julio.
- RECATT: Reglamento (UE) Núm. 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas Categorías de Acuerdos de Transferencia de Tecnología.
- TCECA: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 18 de abril de 1951.
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La configuración y desarrollo jurídico-económico de las modalidades de colaboración empresarial y, en concreto, de las «Redes Empresariales» presenta especiales connotaciones en su cohonestación con el Derecho de la Competencia, en general, y, en particular, con el Derecho de Defensa de la Competencia.

A este respecto, como cuestión previa, presenta especial importancia la determinación de la noción de la citada modalidad colaborativa entre empresarios, esto es, la de las «Redes Empresariales», las cuales, pudiendo tener un carácter contractual, societario o mixto, están integradas por un conjunto de empresarios jurídicamente independientes, pero vinculados jurídicamente —a través de contratos de colaboración de larga duración o de contratos plurilaterales— y

económicamente —como consecuencia de su interdependencia—, que sostienen generalmente una estructura relacional estable y múltiple, fundada en relaciones de confianza *intuitu personae*, que implica el reparto de las funciones propias de la empresa —producción, distribución, I+D— entre sus miembros, que se comparta la explotación —aunque no necesariamente la titularidad— de uno o varios bienes inmateriales —signos distintivos, tecnología, modelo de empresa— y cuyos miembros sostienen al mismo tiempo relaciones de cooperación y de competencia entre ellos»¹.

Tal y como se ha manifestado, las «Redes Empresariales» se caracterizan por la «interdependencia»², conjugada sobre la coexistencia de cooperación y competencia y bajo el cumplimiento y seguimiento de los principios de buena fe y lealtad³. Ahora bien, no obstante ser más común y reconocida la interdependencia en las diferentes fases de los procesos interno y externo de producción y comercialización, es la concurrencia en el seno de la misma fase o nivel de mercado la que genera particularidades en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia, toda vez que se desarrollan las denominadas «Redes Horizontales», cuyo régimen y necesidad normativa requieren de una regulación propia y diferente al de las «Redes Verticales»⁴, conllevando también una mayor complejidad estructural, relacional, de funcionamiento y normativa.

Pues bien, tal y como deriva de la definición de dicho concepto, de la existencia de conflictos de interés en su seno⁵, mas también de la existencia de relaciones de intercambio entre los miembros de la red —«intrared», que son una característica típica de las mismas⁶—, el Derecho de Defensa de la Competencia resulta directamente aplicable a la realidad jurídico-económica de las «Redes Empresariales», generando una gran diversidad de cuestiones y problemas, especialmente en lo referente a las restricciones, las cuales son consideradas como necesarias⁷.

En este orden cosas, es preciso poner de relieve la necesidad de coordinar los principios que rigen el Derecho de la Competencia, tanto en lo que respecta a la cooperación vertical como a la horizontal, con la estructura y el funcionamiento de las «Redes Empresariales»⁸. A este respecto, cabría destacar, especialmente, las «Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo»⁹ y las «Categorías de Acuerdos de Especialización».

De otra parte, se ha de reseñar también la reiteradamente alegada ausencia de definición y de normativa específica referida a las «Redes Empresariales», tanto en lo referente a las normas de Derecho Internacional Privado, como a las propiamente comunitarias¹⁰ —Reglamento (CE) Núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I)¹¹ y la «Small Business Act»—. Esta última iniciativa contempla de un modo referencial y genérico la realidad de las «Redes Empresariales»¹², si bien considera que el citado tipo societario constituye un instrumento europeo idóneo para favorecer la

capitalización, la inversión y formación permanentes y la interconexión mediante «redes» de las Pequeñas y Medianas Empresas, desarrollando la Red «Enterprise European Network», con el fin de convertirla en una verdadera red europea de información y cooperación¹³. De igual modo, se concibe «fomentar la creación de redes transfronterizas y la cooperación empresarial con empresarios experimentados»¹⁴, poniendo de relieve los nuevos modelos desarrollados por algunos Estados Miembros para favorecer la colaboración entre empresas, como las redes de empresas en Italia, las redes de clusters en Alemania o la Fundación para el Conocimiento y la Innovación en Energía y Tecnología Medioambiental de los Países Bajos, creada en 2008, que constituye una red de ciento sesenta empresas, institutos de investigación y administraciones regionales y locales que cofinancia proyectos que dan lugar a productos y tecnologías ecológicos —aplicaciones inteligentes de energía solar, redes inteligentes, etc.—¹⁵.

Ello no obstante, cabe poner de relieve la existencia de determinadas iniciativas a este respecto¹⁶. De una parte, en el Derecho español se ha incorporado el concepto de «red» en la normativa de Auditoría de Cuentas¹⁷ y también se ha contemplado su previsión en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución¹⁸. De otra parte, el Derecho italiano resulta ser, sin embargo, el primer ordenamiento jurídico que, en el tiempo y con carácter de generalidad, ha elaborado una normativa de Derecho Positivo que regula el «contrato de Red», mediante núm. 122, de 30 de julio de 2010 —artículo 42¹⁹—. Esta normativa conceptúa el «contrato de Red» como el contrato mediante el cual «diversos emprendedores persiguen el objetivo de incrementar, individual o colectivamente, su propia capacidad innovadora y su propia competitividad sobre el mercado y a tal fin se obligan, sobre la base de un programa común de red, a colaborar en los modos y en los ámbitos predeterminados correspondientes al ejercicio de las propias empresas o bien a intercambiarse información o prestaciones de naturaleza industrial, comercial, técnica o tecnológica o bien incluso a ejercitarse en común una o más actividades pertenecientes al objeto de las propias empresas» —artículo 42.2-bis, 4-ter, párrafo primero—.

En suma, la materia específica del presente trabajo —los «acuerdos de investigación y desarrollo» y los «acuerdos de especialización», como modalidades de los supuestos de «colaboración empresarial en red», y su estudio como materia del Derecho de Defensa de la Competencia— constituye un contenido temático absolutamente crucial y determinante, por cuanto que la transferencia de conocimiento y la innovación resultan temas de importancia estratégica, que han de ser especialmente tutelados y amparados²⁰. En este sentido, cabría añadirse que, desde un ámbito económico, productivo y de fiscalidad, resulta imprescindible, además, tomar en consideración un análisis de los costes de inversión y la necesidad de generar sinergias en el ámbito empresarial.

II. «REDES EMPRESARIALES» EN EL «ACQUIS COMMUNAUTAIRE».

El concepto de «Red Empresarial» como entidad económica ha tenido diversa configuración y plasmación en el «acquis communautaire», recibiendo un tratamiento polimórfico, en función de la naturaleza del texto o de la materia en cuyo contenido se recogiere. En todo caso, el uso del citado concepto siempre ha carecido de un enunciado primero y previo que fijare sus términos exactos de contenido y alcance, por lo que cabe manifestar que su determinación no es unívoca y su conceptualización y estructuración resultan polisémicas. Ello, obviamente, genera una notable inseguridad, tanto jurídica, como económico-empresarial.

En este contexto, se recogen las manifestaciones, disposiciones, sectores o ámbitos temáticos más relevantes en los que se contempla el concepto de «red» en la normativa de la Unión Europea en materia del Derecho de la Competencia.

En primer lugar, cabe destacar los apartados 97 y 108 de la Comunicación de la Comisión Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal, donde se hace referencia a los efectos de desestabilización y de facilitación de la colusión que puede presentar la «red», siendo esta concebida de un modo genérico y sin ninguna concreción o especificidad como «los vínculos existentes entre un número considerable de competidores»²¹.

En segundo lugar, se han de mencionar las Reglas de Competencia relativas a los Acuerdos de Transferencia de Tecnología²², que se desglosa, de una parte, en el Reglamento (UE) Núm. 316/2014 de la Comisión de 21 de marzo de 2014, relativo a la Aplicación del Artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos de Transferencia de Tecnología²³, y, de otra parte, en la Comunicación de la Comisión Directrices relativas a la Aplicación del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Transferencia de Tecnología —en lo sucesivo, DATT—²⁴. Por lo que refiere al Reglamento (UE) Núm. 316/2014, se hace mención de las redes paralelas de los acuerdos de transferencia de tecnología —apartado 18 y artículo 7.1²⁵— y de las redes paralelas de acuerdos restrictivos —artículo 6.1.a) y b)²⁶—. En lo atinente a las Directrices se contemplan la mención de red en diferentes ámbitos, tales como las obligaciones de retrocesión —apartado 130²⁷—, el efecto acumulativo de las redes paralelas —apartado 147.1 y 2²⁸—, el no cómputo del efecto acumulativo de las restricciones similares de redes de acuerdos de licencia —apartado 148²⁹—, la exclusión de redes paralelas de acuerdos similares —apartado 149³⁰—, el cómputo de las redes de los acuerdos de licencia —apartado 151³¹—, el cómputo de las redes paralelas de acuerdos de inhibición de la competencia —apartado 153³²—, la no contribución a un efecto acumulativo de exclusión de mercado —apartado 153³³—, los efectos de red en el mercado —apartados 157³⁴ y 180³⁵— y las redes de acuerdos de licenciantes —apartado 229—³⁶.

En tercer lugar, se halla la Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC Núm. 228/05/COL, de 21 de Septiembre de 2005, por la que se adopta una Comunicación titulada «Directrices Relativas a la Aplicación del artículo 53 del Acuerdo EEE a los Acuerdos de Transferencia de Tecnología»³⁷, que contempla la «red» en los impactos negativos de las obligaciones de retrocesión —apartado 110³⁸—, el efecto acumulativo de redes paralelas —apartado 120.1 y 2³⁹—, las redes de acuerdos de licencia —apartados 121 y 125⁴⁰—, las redes paralelas de acuerdos similares o de inhibición de la competencia —apartados 123 y 127, respectivamente⁴¹— y los efectos de red en el mercado —apartados 131 y 152⁴²—.

Finalmente, se han de recoger las menciones de las Directrices Relativas a las Restricciones Verticales⁴³. En este sentido, se contemplan las redes de distribución —apartados 48, 154, 161, 165, 189 y 203—, las redes de distribución selectiva —apartados 56, 58, 176, 177, 179, 187 y 188—, la red de distribuidores que operen en el mismo o en diferente plano de la relación comercial —apartado 58—, redes de reparación y servicio —apartado 59—, los efectos acumulativos de redes paralelas de acuerdos verticales similares —apartados 75 y 79⁴⁴—; las redes individuales de acuerdos verticales —apartado 81—; las redes paralelas de acuerdos del tipo de marca única —apartado 83⁴⁵—; las redes de distribuidores autorizados —apartados 183 y 188—; las redes franquiciadas —apartados 190.b) y 191—. En este contexto, el Reglamento (UE) Núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, Relativo a la Aplicación del Artículo 101, Apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos Verticales y Prácticas Concertadas⁴⁶, se refiere, asimismo, a los efectos anticompetitivos de las redes paralelas de acuerdos verticales —apartados 15 y 16⁴⁷—, así como a la inaplicación del citado Reglamento en los supuestos en que hubiere redes paralelas de restricciones verticales que comprendieran más del cincuenta por ciento de un mercado de referencia —artículo 6⁴⁸—.

III. «REDES EMPRESARIALES» Y ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL

La configuración jurídico-económica más próxima y ajustada de las «Redes Empresariales» que conlleven Acuerdos de Cooperación Horizontal consiste en la estructura del «Modelo de Contrato Multilateral», dotada de las características de cierto grado de estabilidad, complementariedad e interdependencia —esta última, especialmente, de carácter mutuo y no unilateral—; todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de adoptar otras posibles formas jurídicas⁴⁹.

III.1. PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El análisis de la presente materia requiere un estudio de los principios rectores y de análisis y de los criterios jurídicos y económicos —poder de mercado de las partes o la estructura de los mercados— que configuran, estructuran y pautan la aplicación del Derecho de la Competencia —y, en particular, del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [en lo sucesivo, TFUE]— en los casos y en el contexto en los que concurren acuerdos de cooperación horizontal, mas, obviamente, en la medida en que pudieren afectar al comercio entre los Estados Miembros. A tal efecto, esta se ha dotado de que establece las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de los Acuerdos de Cooperación Horizontal —en lo sucesivo, DACH—⁵⁰. Ahora bien, no ha de olvidarse la Comunicación de la Comisión que recoge las Directrices Relativas a la Aplicación del Apartado 3 del artículo 81 del Tratado⁵¹, toda vez que «la Comisión aplicará el presente marco que ofrece orientaciones más detalladas sobre la aplicación de las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 que las recogidas en las Directrices de la Comisión sobre acuerdos de cooperación horizontal», siendo «el marco establecido por tales Directrices aplicable también a los acuerdos contemplados en las directrices específicas de los Acuerdos de Cooperación Horizontal —apartado 5—».

La cooperación horizontal —que puede comprender tanto los bienes como los servicios [denominados en lo sucesivo colectivamente como «productos»]— puede derivar, tanto en los casos en los que el acuerdo se concluya entre competidores reales o potenciales, como también en los supuestos de acuerdos entre no competidores —apartado 1 DACH⁵²—. En base a ello, las «Redes Empresariales» constituyen la figura económico-empresarial propia para la concurrencia de la cooperación horizontal, pudiendo originar beneficios económicos directos de gran magnitud, al tiempo que presentan otras ventajas, tanto en cuanto a ahorro en costes, como en la proyección y avances en la innovación —apartado 2 DACH⁵³—.

Ahora bien, los acuerdos de cooperación horizontal también pueden generar problemas de competencia —apartado 3 DACH [en particular, cuando las autoridades públicas incitan a la empresas a firmar acuerdos de cooperación horizontal para lograr un objetivo de interés público mediante la autorregulación⁵⁴]— y presentar dificultades de determinación por su coincidencia en ciertos elementos comunes con las «concentraciones horizontales», en especial en los que respecta a las empresas en participación⁵⁵. Las «Redes Empresariales» pueden restringir la competencia mediante los acuerdos de cooperación horizontal, bien mediante acuerdos que, por su propia naturaleza y objeto, tuvieren el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101.1 TFUE —en cuyo caso no resulta necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado—, bien mediante acuerdos que tuvieren como efecto sensible, tanto real como

potencial, la restricción de la competencia. En este segundo caso —efectos restrictivos de la competencia—, para que el acuerdo fuera subsumible en el tipo del artículo 101.1 TFUE, el mismo debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable⁵⁶, tanto «ad intra» como «ad extra», por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación, reduciendo la independencia de la toma de las decisiones de las partes⁵⁷; todo ello habiendo de ser cotejado con el contexto jurídico y económico real en el que se daría la competencia sin el acuerdo con todas sus presuntas restricciones; esto es, sin el acuerdo existente —en el caso de que ya se aplicare— o previsto —si aún no se ejecutare— en el momento de la evaluación⁵⁸. En base a ello, ha de velar por una evaluación equilibrada entre los efectos restrictivos de la competencia y los beneficios que pueden proporcionar —apartado 4 DACH—.

Las Directrices se aplican a los tipos más habituales de cooperación horizontal —acuerdos de investigación y desarrollo, acuerdos de producción [incluidos los de subcontratación y especialización], acuerdos de compra, acuerdos de comercialización, acuerdos de estandarización [incluidos los contratos estándar] y los acuerdos de intercambio de información—, con independencia del nivel de integración que impliquen, salvo, obviamente, los acuerdos que constituyeren una concentración a tenor del artículo 3 del Reglamento (CE) Núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas [en lo sucesivo, RCCE] —apartados 5 y 6 DACH—⁵⁹. En todo caso, las Directrices constituyen una orientación adicional específica y un complemento de los Reglamentos específicos de exención de los Acuerdos de Investigación y Desarrollo y de los Acuerdos de Especialización —apartado 8 DACH—, no siendo óbices para, en su caso, la posible aplicación paralela del artículo 102 TFUE y teniendo que ser entendidas, tal y como se ha señalado previamente, en conjunción con las Directrices relativas al apartado 3 del artículo 81 del Tratado —en lo sucesivo, «Directrices Generales»⁶⁰—, toda vez que estas presentan orientaciones generales para la interpretación del artículo 101 TFUE.

Ahora bien, se ha de tener presente que existen ámbitos sectoriales —agricultura, transporte y seguros— excluidos de la aplicación de las citadas Directrices, los cuales se regirán por sus normas sectoriales específicas⁶¹. Por ello, en los Acuerdos de Cooperación Horizontal de las «Redes Empresariales» se han de analizar la naturaleza y el contenido del acuerdo, esto es, el ámbito y el objetivo de la cooperación, la competencia entre las partes⁶² y el alcance de la combinación de sus actividades, puesto que los mismos determinan la tipología de la posible problemática de competencia⁶³—apartado 32 DACH—. A este respecto, resultan especialmente relevantes los acuerdos de intercambio de información estratégica, puesto que aumentan la coordinación de los partícipes de la «Red Empresarial», incidiendo en sus costes comunes⁶⁴.

III.2. DETERMINACIÓN DE «COMPETIDOR» Y DE «COOPERACIÓN INTEGRADA»

La determinación del concepto de «competidor» por parte de las Directrices se realiza en base a un criterio positivo y otro negativo.

De acuerdo con el criterio positivo, el concepto de «competidor» comprende, tanto a los competidores reales como a los potenciales. Así, se considera como competidor real a las empresas que operan en el mismo mercado de referencia. Por su parte, se considera que una empresa es competidora potencial de otra si, de no existir el acuerdo, en caso de un incremento pequeño pero permanente de los precios relativos, es probable que la primera empresa realice en un corto periodo de tiempo⁶⁵ las inversiones adicionales necesarias o los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado de referencia en el que opera la segunda empresa⁶⁶.

Por su parte, en base al criterio negativo, no son competidores —a efectos de las Directrices— las compañías que formen parte de una misma «empresa» a tenor del artículo 101.1 TFUE, ya que este precepto solamente se aplica a los acuerdos entre empresas independientes⁶⁷.

En lo que respecta a la «cooperación integrada», dos son los factores a aplicar para la determinación de su centro de gravedad; de una parte, el punto de partida de la cooperación y, de otra parte, el grado de integración de las distintas funciones que se combinan.

Ahora bien, se establece un principio general negativo —esto es, no atentatorio de la competencia— aplicable a los Acuerdos de Investigación y Desarrollo y de Especialización, que se infiere de la limitada capacidad técnica de los partícipes del acuerdo. Así, los acuerdos de cooperación horizontal entre los competidores que, con arreglo a factores objetivos, no podrían llevar a cabo independientemente el proyecto o la actividad cubierta por la cooperación, debido, por ejemplo, a las limitadas capacidades técnicas de las partes, no producirán por lo general efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101.1 TFUE, a menos que las partes hubieran podido llevar a cabo el proyecto con unas restricciones menos graves⁶⁸. En este orden de cosas, igualmente, cuando la entrada en un mercado fuere bastante fácil se entenderá que un acuerdo de cooperación horizontal no produce efectos restrictivos de la competencia⁶⁹.

III.3. DETERMINACIÓN DEL «PODER DE MERCADO»

La determinación del concepto de «poder de mercado» se efectúa sobre los parámetros de los precios y de los productos o innovación —apartado 39 DACH⁷⁰— y su creación, mantenimiento y fortalecimiento pueden ser resultado, tanto de una mayor capacitación, previsión o innovación, como también de una disminución de la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera

de las partes y terceros —apartado 41 DACH⁷¹—. En todo caso, el concepto de «poder de mercado» es una cuestión de grado, siendo el requerido en los supuestos de determinación de una infracción del artículo 101.1 TFUE por el efecto inferior que el requerido en la determinación de los supuestos del artículo 102 TFUE para definir la existencia de una posición dominante.

Asimismo, el estudio y análisis del «poder de mercado» ha de partir de la situación de las partes en los mercados afectados por la cooperación, habiendo de definirse los mercados de referencia de acuerdo con el método establecido por de relativa a de Mercado de Referencia⁷², si bien en algunos supuestos específicos de mercados —compra o tecnología— podrá encontrarse una orientación adicional en las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal.

En este orden de cosas, cabe manifestar que, atendiendo a la diversidad de los acuerdos de cooperación horizontal y de los efectos que pueden producir en las diferentes situaciones de mercado, resulta imposible determinar un umbral general de cuota de mercado, a partir del cual se pueda presuponer que existe un poder de mercado suficiente como para causar efectos restrictivos de la competencia⁷³.

A este respecto, cabe señalar también que utiliza cuotas de mercado existentes⁷⁴ y, en su caso, datos históricos —si las cuotas de mercado fueren volátiles— y las interpreta de acuerdo con las condiciones de mercado probables⁷⁵, aunque también puede tener presente ciertos acontecimientos futuros —salida, entrada o expansión en el mercado de referencia—.

III.4. DETERMINACIÓN DE LA «EXENCIÓN» EX ARTÍCULO 101.3 TFUE

Un acuerdo de cooperación horizontal restrictivo de la competencia por objeto y/o efecto —artículo 101.1 TFUE— puede presentar también, en cambio, efectos positivos para la competencia —artículo 101.3 TFUE—. Pues bien, los principios, criterios, análisis y parámetros empleados para determinar la aplicación del artículo 101.3 TFUE se hallan establecidos, con carácter principal y previo, en las «Directrices Generales», que, aun cuando no resulten vinculantes, sirven de orientación a los tribunales y a las autoridades de los Estados Miembros —apartado 4 Directrices Generales—, habiendo de recaer la carga de la prueba de lo dispuesto en el citado precepto en la empresa o empresas que invocaren su aplicación —artículo 2 del Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a de las Normas sobre Competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado [en lo sucesivo, RANCT]—.

La aplicación de la exención del artículo 101.3 TFUE, además de tener que cumplir los cuatro requisitos cumulativos que se contemplan en el mismo, en los supuestos de los Acuerdos de Investigación y Desarrollo y de Investigación, coexiste con los respectivos «Reglamentos de Exención por Categorías», los

cuales parten de la premisa de que la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios puede ser fuente de eficiencias sustanciales —apartado 50 DACH—⁷⁶.

IV. ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

Los acuerdos de investigación y desarrollo pueden combinar distintas capacidades de investigación que permitan a las partes producir bienes mejores de un modo más económico y acortar el plazo de lanzamiento al mercado de los correspondientes productos —apartado 51 DACH—.

El análisis de tales acuerdos se realizará en base a las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal, así como al Reglamento (UE) N.º 1217/2010 de, de 14 de diciembre de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —Determinadas Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo —en lo sucesivo, RDCAID⁷⁷—.

IV.1. MODALIDADES DE ACUERDOS Y MERCADOS DE REFERENCIA

Las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal, si bien establecen un epígrafe definitorio de los acuerdos de investigación y desarrollo, no obstante, se ha de criticar y censurar tal enunciado, ya que no constituye su definición, sino la determinación de sus modalidades y contenidos.

Así, los acuerdos de investigación y desarrollo —pudiendo variar tanto en su forma como en su ámbito de aplicación— pueden prever la subcontratación de algunas actividades de investigación y desarrollo, la mejora en común de las tecnologías existentes o una cooperación en cuanto a investigación, desarrollo y comercialización de productos completamente nuevos. A tal efecto, cabe adoptar la forma de acuerdos de cooperación o de empresas controladas conjuntamente —apartado 111 DACH—. En los acuerdos de Investigación y Desarrollo resulta fundamental determinar el centro de gravedad de la cooperación integrada, por lo que es preciso analizar la modalidad del acuerdo de investigación y desarrollo concreto⁷⁸.

Por lo que respecta a la determinación del mercado de referencia, es absolutamente imprescindible determinar los productos, las tecnologías y las actividades de investigación y desarrollo que ejerzan la mayor presión competitiva sobre las partes, pudiendo oscilar las posibles situaciones entre dos extremos: de una parte, las innovaciones que pudieren desembocar en un producto —o una tecnología— que fuere a competir en un mercado de productos —o de tecnologías— existente⁷⁹, y, de otra parte, las innovaciones que pueden desembocar en un producto muy novedoso que creará su propio mercado⁸⁰.

IV.1.A. Mercados de productos existentes

La determinación de los mercados de productos existentes se realiza en función del contenido y del objeto del acuerdo de investigación y desarrollo en relación con el producto: regla esta que puede ser inferida del tenor de las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal.

Así, en los casos en los que la colaboración se refiere a actividades de investigación y desarrollo orientadas hacia la mejora de productos existentes, esos últimos, incluidos sus productos sustitutivos aproximados, constituyen el mercado de referencia afectado por la cooperación —apartado 113 DACH—.

De otra parte, en los supuestos en los que los acuerdos de investigación y desarrollo tuvieran por objeto modificar profundamente un producto existente —o, incluso, lanzar un nuevo producto, que sustituyere los productos existentes—, la sustitución del producto existente podría ser imperfecta o solo producirse a largo plazo. En este caso, puede concluirse que los antiguos y los posibles nuevos productos no pertenecen al mismo mercado de referencia. El mercado de los productos existentes podría, sin embargo, verse afectado si la puesta en común de las actividades de investigación y desarrollo pudiere implicar una coordinación del comportamiento de las partes como proveedores de productos existentes⁸¹ —apartado 114 DACH—.

Finalmente, si los acuerdos de investigación y desarrollo se refieren a un componente importante de un producto final, el mercado de referencia para la evaluación sería, no solamente el mercado de dicho componente, sino también el mercado del producto final existente⁸². No obstante, a efectos de la evaluación, el mercado de los productos finales solo será mercado de referencia si el componente a que se refiere la investigación y desarrollo resulta, técnica o económicamente, un componente esencial de estos productos finales y si las partes del acuerdo de investigación y desarrollo tienen poder de mercado por lo que respecta a tales productos finales —apartado 115 DACH—.

IV.1.B. Mercados de tecnologías existentes

Los mercados de tecnologías incluyen los derechos de propiedad intelectual que se conceden bajo licencia, así como las tecnologías alternativas similares, es decir, otras tecnologías que los clientes podrían utilizar como alternativa. Por ello, cuando se comercializan derechos de propiedad intelectual independientemente de los productos a los que corresponden, también debe definirse el mercado tecnológico de referencia —apartado 116 DACH—.

El método para definir los mercados de tecnologías se basa en los mismos principios que el de la definición del mercado de productos. Así, empezando por la tecnología comercializada por las partes, hay que determinar las otras

tecnologías a las que los clientes podrían cambiar como respuesta a un aumento pequeño, pero constante, de los precios relativos. Una vez determinadas las tecnologías, las cuotas de mercado se pueden calcular dividiendo los ingresos por licencias generados por las partes por los ingresos totales de las licencias de todos los licenciadores —apartado 117 DACH—.

A este respecto, la posición de las partes en el mercado de tecnologías existentes constituye un criterio de evaluación determinante en los casos en los que la colaboración en investigación y desarrollo pretenda mejorar radicalmente una tecnología existente o poner a punto una nueva tecnología destinada a sustituir una tecnología existente. Sin embargo, la cuota de mercado de las partes solo puede tomarse como punto de partida del análisis. En los mercados de tecnologías, debe ponerse especial énfasis en la competencia potencial. En este sentido, si empresas que actualmente no dan licencias sobre su tecnología pueden entrar en el mercado de la tecnología, podrían limitar la capacidad de las partes para subir rentablemente los precios de su tecnología. Este aspecto del análisis también puede tenerse directamente en cuenta al calcular las cuotas de mercado, basándolas en las ventas de los productos que incorporan la tecnología licenciada en los mercados posteriores del producto —apartado 118 DACH—.

IV.I.C. Mercados de la innovación

Los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo pueden afectar, no solo a la competencia en los mercados existentes, sino también en los mercados de la innovación y de los productos nuevos. Tal sería el caso de acuerdos de colaboración en los que la colaboración en investigación y desarrollo se refiere al desarrollo de nuevos productos o nuevas tecnologías que pudieren —si se tratara de productos o tecnologías nacientes— llegar a sustituir a los productos o tecnologías existentes o que estuvieren destinados a un nuevo uso y, por lo tanto, no sustituirán a productos o tecnologías existentes, sino que crearán una demanda completamente nueva. Los efectos sobre la competencia en el ámbito de la innovación son importantes en este tipo de situaciones, pero puede suceder que su evaluación sea insuficiente si el análisis se limita a la competencia real o potencial en los mercados de productos o tecnologías existentes. A este respecto, cabe distinguir dos situaciones, en función de la naturaleza del proceso de innovación en un sector de actividad determinado —apartado 119 DACH—.

En la primera situación, el proceso de innovación está estructurado de tal manera que es posible determinar en una fase inicial los polos competidores de investigación y desarrollo⁸³. En este caso, puede analizarse si, tras el acuerdo, quedará suficiente número de polos de investigación y desarrollo. El análisis se inicia por las actividades de investigación y desarrollo de las partes. A continuación, es necesario definir unos polos competidores de investigación y desarrollo

verosímiles⁸⁴. Un polo de investigación y desarrollo no es un competidor verosímil si no se puede considerar que es un sustituto aproximado de la actividad de investigación y desarrollo de las partes desde el punto de vista, por ejemplo, del acceso a los recursos o de su calendario. Además del efecto directo en la innovación propiamente dicha, la colaboración puede también afectar a un nuevo mercado de productos. A menudo será difícil analizar los efectos en ese mercado directamente, ya que, por su propia naturaleza, el mismo no existe todavía. Por ello, el análisis de estos mercados estará a menudo incorporado implícitamente en el análisis de la competencia en la innovación. Sin embargo, puede ser necesario considerar directamente los efectos en dicho mercado de los aspectos del acuerdo que van más allá de la fase de investigación y desarrollo. Un acuerdo de esta naturaleza que incluya la producción y comercialización conjuntas en el mercado del producto nuevo puede, por ejemplo, evaluarse diferentemente que un acuerdo puro de Investigación y Desarrollo —apartado 121 DACH—.

En la segunda situación, las actividades de innovación en un sector no están estructuradas de manera suficientemente clara para permitir la definición de polos de investigación y desarrollo. En este caso, salvo que existieren circunstancias excepcionales, no pretenderá evaluar los efectos sobre la innovación de una cooperación concreta en innovación y desarrollo y limitará su evaluación a los mercados de productos o tecnologías relacionados con la cooperación en cuestión —apartado 122 DACH—.

IV.I.D. Determinación de las cuotas de mercado

Al igual que la determinación de los mercados de productos existentes, la determinación de las cuotas de mercado se realiza en función del contenido y del objeto del acuerdo de investigación y desarrollo en relación con el producto. En todo caso, el cálculo de las cuotas de mercado, tanto a efectos de las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal, como del correspondiente Reglamento de exención por Categorías de los Acuerdos de Investigación y Desarrollo, debe reflejar la distinción entre los mercados existentes y la competencia en la innovación.

En este sentido, si el acuerdo de investigación y desarrollo solamente se propusiere mejorar o perfeccionar los productos existentes, este mercado incluiría los productos directamente afectados por la innovación y desarrollo. Al inicio de una colaboración en investigación y desarrollo, el punto de referencia es el mercado de productos que pueden mejorarse, substituirse o reemplazarse por los productos en preparación. Así, las cuotas de mercado pueden calcularse sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes —apartado 123 DACH—.

En el supuesto de que el acuerdo de investigación y desarrollo se propusiere sustituir un producto existente, el nuevo producto, si tiene éxito, será un sustituto

de los productos existentes. Así pues, para valorar la posición competitiva de las partes, es de nuevo posible calcular las cuotas de mercado sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes. Por consiguiente, el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de investigación y desarrollo basa la exención de esos supuestos en la cuota de mercado en el «mercado de referencia de los productos susceptibles de ser mejorados, sustituidos o reemplazados por los productos considerados en el contrato» —artículo 1.1.u) RDCAID—. Ahora bien, para poder entrar en el ámbito de aplicación del citado Reglamento, esta cuota de mercado no puede exceder del veinticinco por ciento de los mercados de productos y tecnológico de referencia —artículo 4.2 RDCAID—.

En tercer lugar, si los acuerdos de investigación y desarrollo se propusieren crear un producto que suscitare una demanda completamente nueva, no podrían calcularse las cuotas de mercado en función de las ventas —solamente es posible un análisis de los efectos del acuerdo sobre la competencia en la innovación—. Por lo tanto, el Reglamento de Exención por Categorías de los Acuerdos de Investigación y Desarrollo trata estos acuerdos como si fueran acuerdos entre no competidores y los exime, con independencia de la cuota de mercado, mientras dure la investigación y el desarrollo conjuntos y también cuando los resultados se exploten en común, durante un período adicional de siete años a partir del momento en que los productos o tecnologías se comercialicen por primera vez en el Mercado Interior —artículo 4.2 RDCAID—. Ahora bien, si el acuerdo eliminare la competencia efectiva en la innovación, se le podría privar del beneficio de la exención por categorías⁸⁵. Ello no obstante, transcurrido el período de siete años, la cuotas de mercado pueden calcularse en función del valor de las ventas y se aplicaría el umbral de cuota de mercado del veinticinco por ciento —artículo 4.2 RDCAID—.

Finalmente, en el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas que le corresponde a cada tecnología, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Sin embargo, con frecuencia esta opción es más teórica que real, dada la falta de información clara sobre los cánones o sobre el uso gratuito de licencias cruzadas. Un planteamiento alternativo consiste en calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de bienes o servicios que incorporan la tecnología licenciada en los mercados posteriores de productos. Con este planteamiento se tienen en cuenta todas las ventas, con independencia de que el producto incorpore una tecnología que está patentada⁸⁶. En este mercado la cuota tampoco puede exceder del veinticinco por ciento —con independencia del método de cálculo utilizado— para poder acogerse a los beneficios del Reglamento de Exención por Categorías de los Acuerdos de Investigación y Desarrollo —apartado 125 DACH—.

IV.2. RESTRICCIÓN DE *EX* ARTÍCULO 101.1 TFUE

Los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo pueden presentar múltiples modalidades que conduzcan a la restricción de la competencia, asimismo, de muy diferentes modos⁸⁷. Ahora bien, la determinación de los supuestos restrictivos de la competencia cabe realizarla en base a dos principios, uno positivo y otro negativo.

De acuerdo con el principio positivo, los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo pueden dar lugar a efectos restrictivos de la competencia únicamente si las partes de la colaboración tienen poder de mercado⁸⁸ en los mercados existentes y/o se reduce sensiblemente la competencia en cuanto a la innovación —apartado 133 DACH—.

En función del principio negativo, como premisa general cabe afirmar que los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo que incluyeren la explotación conjunta de los posibles resultados futuros no restringe necesariamente la competencia. Ahora bien, los acuerdos de investigación y desarrollo constituyen una restricción de la competencia «por el objeto» si no se refieren verdaderamente a la investigación y desarrollo conjunta, sino que se utilizan como instrumento para constituir un cartel encubierto, mediante el empleo, por ejemplo, de prácticas prohibidas como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados —apartado 128 DACH—⁸⁹.

Por lo que se refiere a los «efectos» restrictivos de la competencia, con carácter general y previo, cabe señalar que la mayoría de los acuerdos de investigación y desarrollo no están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE. Este es el caso, en primer lugar, de muchos acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo una fase más bien inicial, muy distante de la explotación de sus posibles resultados —apartado 129 DACH—.

En este orden de cosas, en segundo lugar, se ha de atender a los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo entre no competidores, los cuales tampoco dan lugar, en principio, a efectos restrictivos de la competencia⁹⁰. Las relaciones de competencia entre las partes deben analizarse en el contexto de los mercados existentes afectados y/o de la innovación. Si, basándose en factores objetivos, las partes no pueden realizar independientemente la investigación y desarrollo necesarios, debido, por ejemplo, a las capacidades técnicas limitadas de las partes, el correspondiente acuerdo de investigación y desarrollo no tendrá, por lo general, ningún efecto restrictivo de la competencia. Esta observación puede aplicarse, por ejemplo, a las empresas que ponen en común conocimientos, tecnologías y otros recursos complementarios. La cuestión de la competencia potencial debe examinarse desde un punto de vista realista⁹¹.

En tercer lugar, otro de los supuestos a considerar es el de la «externalización» de la investigación y desarrollo que anteriormente hubiere sido interna. En estos supuestos, la investigación y el desarrollo los suelen realizar empresas

especializadas, institutos de investigación o centros académicos, que no se dedican a la explotación de los resultados. Por lo general, este tipo de acuerdos se combinan con una transferencia de conocimientos técnicos y/o una cláusula de suministro exclusivo aplicable a los eventuales resultados, que, debido a la naturaleza complementaria de las partes que cooperan en estas situaciones, no producen efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101.1 TFUE —apartado 131 DACH—.

En cuarto lugar, la colaboración en investigación y desarrollo que no conlleve la explotación conjunta de los posibles resultados mediante la concesión de licencias, la producción y/o la comercialización, no suele producir efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101.1 TFUE. Estos acuerdos puros de investigación y desarrollo solo pueden plantear un problema de competencia si esta se reduce sensiblemente en cuanto a la innovación, dejando únicamente un número limitado de polos competitores de investigación y desarrollo verosímiles —apartado 132 DACH—⁹².

En quinto lugar, los acuerdos que no resultan subsumibles en el ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo por exceder el umbral del veinticinco por ciento de la cuota de mercado combinada de las partes tampoco generan necesariamente efectos restrictivos de la competencia. Ahora bien, cuanto mayor fuere la posición combinada de las partes en los mercados existentes y/o más se restringe la competencia en la innovación, más probable es que el acuerdo de investigación y desarrollo pueda causar efectos restrictivos de la competencia —apartado 135 DACH—.

En sexto lugar, en los casos en los que los acuerdos de investigación y desarrollo se destinaren a mejorar o perfeccionar productos o tecnologías existentes, los posibles efectos derivados se refieren al mercado o mercados de referencia de estos productos o tecnologías existentes. No obstante, los efectos sobre los precios, la producción, calidad y variedad del producto o la innovación en los mercados existentes solo son probables si las partes tuvieren conjuntamente una posición de fuerza, si la entrada en estos mercados fuere difícil y si las actividades de innovación alternativas fueren escasas. Además, si las actividades de investigación y desarrollo solo afectan a un producto intermedio relativamente secundario, incluido en la composición de un producto final, los efectos sobre la competencia en este producto final serán —en el caso de que los hubiere— muy limitados —apartado 136 DACH—.

En séptimo lugar, cabe mencionar los acuerdos de investigación y desarrollo que conlleven un producto o una tecnología totalmente nuevos, lo que originará su propio mercado. En este supuesto resulta escasamente probable que se produzcan efectos sobre los precios y la producción en los mercados existentes. El análisis debe centrarse en las restricciones que puedan afectar a la innovación. Los efectos restrictivos de la competencia podrían surgir, en su caso, cuando

dos o varias de las escasas empresas que desarrollaren el nuevo producto comenzaren a cooperar en una fase en la que cada una de ellas estuviere muy cercana a lanzar ese producto de un modo autónomo⁹³.

Finalmente, los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo también pueden quedar fuera de su Reglamento de Exención por Categorías, independientemente del poder del mercado de las partes. Así sucede, por ejemplo, con los acuerdos que restringen indebidamente el acceso de una parte a los resultados de la colaboración en investigación y desarrollo —artículo 3.2 RDCAID—. El Reglamento de exención por categorías establece una excepción a esta norma general cuando se trata de institutos de investigación, centros académicos o empresas especializadas que prestan la investigación y desarrollo como servicio y que no participan en la explotación industrial de sus resultados —artículo 3.2 RDCAID—. No obstante, los acuerdos fuera del ámbito de aplicación del mencionado Reglamento y que establecen derechos de acceso exclusivos a efectos de explotación, cuando entran en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE pueden cumplir los criterios de exención formulados en el artículo 3.3 RDCAID; en particular, cuando estos derechos de acceso exclusivos son económicamente indispensables en función del mercado, los riesgos y las considerables inversiones necesarias para poder explotar los resultados de la investigación y el desarrollo.

IV.3. ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN *EX ARTÍCULO 101.3 TFUE*

En lo que respecta a las mejoras de eficiencia, muchos acuerdos de investigación y desarrollo, con o sin explotación conjunta de los posibles resultados, obtienen mejoras de eficiencia mediante la combinación de conocimientos y activos complementarios, generando, así, productos mejorados o nuevos y preconizando el desarrollo y comercialización de tecnologías con mayor rapidez; todo ello, además, con reducción de costes. De igual modo, también pueden dar lugar a una mayor difusión del conocimiento, que puede generar una mayor innovación —apartado 141 DACH—⁹⁴. Ahora bien, la eficiencia no ha de ser necesariamente lineal, sino que puede desglosarse en las etapas en las que se divide un proceso de investigación y desarrollo⁹⁵, ni tampoco unidimensional, ya que se pueden generar diversas eficiencias de carácter cualitativo, que, incluso, pueden ser de igual o mayor importancia que las económicas⁹⁶.

En cuanto al carácter indispensable de las restricciones, dicha condición no concurre en los supuestos del artículo 5 RDCAID —«restricciones especialmente graves»—⁹⁷.

En lo atinente al beneficio para los consumidores, resulta muy probable que un acuerdo de investigación y desarrollo obtenga aumentos de eficiencia que beneficien a los consumidores⁹⁸, especialmente en los casos en que dé origen

a la combinación de conocimientos y activos complementarios⁹⁹. Ahora bien, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable resultará que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

Por su parte, en relación al momento de evaluación, esta se realiza en el contexto real en el que se producen los acuerdos restrictivos y en función de los hechos de un momento determinado. A tal respecto, es preciso tomar en consideración las inversiones irrecuperables inicialmente efectuadas por cualquiera de las partes y el tiempo y las restricciones necesarias para efectuar y recuperar una inversión que aumenta la eficiencia. El artículo 101 TFUE no puede aplicarse sin tener en cuenta esas inversiones anteriores. Así, el riesgo al que se enfrentan las partes y las inversiones irrecuperables que deben efectuarse para aplicar el acuerdo pueden llevar, según los casos, a que el acuerdo quede fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE o a que cumpla las condiciones del artículo 101.3 TFUE, durante el período de tiempo necesario para recuperar la inversión. En caso de que la invención resultante de la inversión se beneficiare de cualquier tipo de exclusividad concedida a las partes en virtud de normas específicas de protección de derechos de propiedad intelectual, será poco probable, en general, que el período de recuperación de tal inversión exceda del período de exclusividad establecido con arreglo a dichas normas —apartado 145 DACH—. Ahora bien, existe un caso particular, consistente en que el acuerdo de colaboración restrictivo constituyere un «acontecimiento irreversible»; en tales casos, la evaluación habrá de efectuarse exclusivamente en función de los hechos del momento en que se complete la aplicación del acuerdo¹⁰⁰.

V. ACUERDOS DE ESPECIALIZACIÓN

El estudio de los acuerdos de especialización se realizará de acuerdo con las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal, así como con el Reglamento (UE) Núm. 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de a Determinadas Categorías de Acuerdos de Especialización —en lo sucesivo RDCAE¹⁰¹—.

Los acuerdos de especialización, a diferencia de los acuerdos de investigación y desarrollo que presentan una tipología, naturaleza y régimen propios, constituyen una modalidad de los acuerdos horizontales de producción. Asimismo, a diferencia también de los acuerdos de investigación y desarrollo, en el caso de los acuerdos de especialización las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal sí establecen una definición de las diferentes modalidades que pueden presentar. Así, los acuerdos unilaterales de especialización son acuerdos entre dos partes activas en el mismo o en los mismos mercados de productos, en virtud de los cuales una de ellas acuerda cesar, total o par-

cialmente, la producción de ciertos bienes o abstenerse de producir esos bienes y comprarlos a la otra parte, que acepta producir y suministrar esos productos. Por su parte, los acuerdos de especialización recíproca son acuerdos entre dos o más partes activas en el mismo o en los mismos mercados de productos, en virtud de los cuales dos o más partes se comprometen, sobre una base de reciprocidad, a cesar o a abstenerse de fabricar productos determinados y diferentes y a comprárselos a las otras partes, las cuales se comprometen a suministrárselos —apartado 152 DACH¹⁰²—. En todo caso, los acuerdos de especialización pueden presentar libertad de forma¹⁰³.

V.1. MERCADOS DE REFERENCIA

Los mercados de referencia se determinan en función de la naturaleza de los productos objeto del acuerdo de especialización. Ahora bien, esta tipología de acuerdos también puede tener efectos indirectos en «mercados adyacentes», ascendentes o descendentes, del mercado afectado directamente por la cooperación —los denominados «mercados afectados indirectamente»¹⁰⁴—. En este sentido, resulta probable que los mercados afectados indirectamente sean mercados de referencia si son interdependientes y las partes tienen una posición sólida en el mercado afectado indirectamente —apartado 156 DACH—.

V.2. RESTRICCIÓN DE EX ARTÍCULO 101.1 TFUE

V.2.A. *Régimen general*

Los acuerdos de especialización y, en particular, las empresas partícipes en tales acuerdos pueden llevar a las partes a alinear directamente los niveles y la calidad de la producción, el precio al que la empresa en participación vende sus productos u otros parámetros importantes desde el punto de vista de la competencia, lo cual puede restringir la misma incluso en el caso de que las partes comercializaren los productos independientemente —apartado 157 DACH—.

Asimismo, los acuerdos de especialización también pueden conllevar que los partícipes coordinen su comportamiento competitivo como proveedores, lo que conduciría a precios más altos y a una menor producción, innovación, calidad o variedad de productos; esto es, a un resultado colusorio. Ello puede suceder siempre que las partes tengan poder de mercado y que existan características de mercado conducentes a dicha coordinación, especialmente cuando el acuerdo de especialización incrementa los costes comunes de las partes —esto es, la proporción de los costes variables que las partes tienen en común— en un grado tal que les permita llegar a un resultado colusorio, o si el acuerdo entraña

un intercambio de información comercial confidencial que pueda llevar a un resultado colusorio —apartado 158 DACH—.

Por último, los acuerdos de especialización pueden, además, llevar a la exclusión contraria a la competencia de terceros en un mercado relacionado¹⁰⁵. Estos problemas de competencia pueden materializarse independientemente de que los partícipes del acuerdo sean competidores en el mercado en el que tiene lugar la colaboración. Sin embargo, para que esta clase de exclusión produzca efectos contrarios a la competencia, al menos una de las partes debe tener una posición de mercado sólida en el mercado donde se evalúan los riesgos de exclusión.

V.2.B. Restricción de la competencia por el objeto

Los acuerdos que implican fijar los precios, limitar la producción o repartirse el mercado o los clientes, resulta obvio que restringen la competencia por el objeto. Ahora bien, en el contexto de los acuerdos de especialización ello no se aplica en dos supuestos. De una parte, cuando los partícipes se ponen de acuerdo sobre la producción directamente afectada por el acuerdo de producción —por ejemplo, la capacidad y el volumen de producción de una empresa en participación o la cuantía acordada de productos procedentes de una externalización—, a condición de que no se eliminen los otros parámetros de la competencia o, de otra parte, cuando un acuerdo de especialización —que también contempla la distribución conjunta de los productos fabricados conjuntamente— prevé la fijación conjunta de los precios de venta de tales productos —y solo de ellos—, siempre que la citada restricción fuere necesaria para la producción conjunta; esto es, que en caso contrario las partes carecerían desde el principio de un incentivo para concluir el acuerdo de especialización. En ambos casos el acuerdo relativo a la producción o a los precios no será evaluado separadamente, sino a la luz de los efectos globales de la totalidad del acuerdo de especialización sobre el mercado —apartado 161 DACH—.

V.2.C. Efectos restrictivos de la competencia

Sin perjuicio de que la competencia de las partes en un acuerdo de especialización pueden limitarse de diferentes modos¹⁰⁶, las variables que determinan los efectos probables de los acuerdos de especialización sobre la competencia son las características del mercado en que se aplica el acuerdo, la naturaleza de la colaboración y su cobertura del mercado, así como el producto afectado y la situación que existiría a falta del acuerdo con todas sus supuestas restricciones¹⁰⁷.

En relación con esta materia, resulta determinante el «poder de mercado» de los partícipes del acuerdo, ya que tal poder es lo único que les puede per-

mitir mantener rentablemente los precios por encima del nivel competitivo o mantener rentablemente la producción, la calidad del producto o su variedad por debajo de lo que exigiría la competencia. Asimismo, tal poder de mercado resulta relevante cuando una empresa que ostente dicho poder coopere con un posible nuevo operador¹⁰⁸.

Finalmente, se ha tener en consideración los acuerdos que conjugan las actividades de especialización y comercialización, que entrañan un mayor riesgo de producir efectos restrictivos de la competencia que los medios acuerdos de especialización conjunta. Por su parte, la comercialización conjunta acerca la cooperación al consumidor y generalmente implica la fijación conjunta de precios y ventas, es decir, unas prácticas que conllevan los mayores riesgos para la competencia. Sin embargo, por lo general, los acuerdos de distribución conjunta de productos fabricados conjuntamente tienen menos probabilidades de restringir la competencia que los acuerdos que solo se refieren a la distribución conjunta. Asimismo, un acuerdo de distribución conjunta, que es «necesario» para celebrar inicialmente el acuerdo de especialización conjunta, tiene menos probabilidades de restringir la competencia que si no es necesario para la especialización conjunta —apartado 167 DACH—.

V.2.D. «Poder de mercado»

El acuerdo de especialización, para que produzca efectos restrictivos de la competencia, requiere que los partícipes del acuerdo tengan «poder de mercado» en el mercado en el que se evalúa la restricción de la competencia. El punto inicial del análisis es la cuota de mercado de las partes, seguido del coeficiente de concentración y el número de operadores, así como otros factores dinámicos, tales como el acceso potencial al mercado y la evolución de las cuotas del mercado. Asimismo, para determinar la existencia de «poder de mercado» resulta importante el número y la intensidad de las relaciones entre los competidores presentes en el mercado.

En este sentido, resulta improbable que las empresas tengan «poder de mercado» por debajo de cierto nivel de cuota de mercado. Por lo tanto, los acuerdos de especialización unilaterales o recíprocos y los acuerdos de producción conjunta que incluyan algunas funciones de comercialización integradas, tales como la distribución conjunta, están amparados por el Reglamento de Exención por Categorías de los Acuerdos de Especialización si se concluyen entre partes cuya cuota de mercado conjunta no excede del veinte por ciento en el mercado o mercados de referencia, siempre que se cumplan las demás condiciones para la aplicación del Reglamento de Exención por Categorías de los Acuerdos de Especialización. En cualquier caso, si la cuota de mercado conjunta de las partes

no excede del veinte por ciento es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101.3 TFUE.

Ahora bien, aun cuando las cuotas de mercado de las partes del acuerdo y la concentración del mercado fueren elevadas, los riesgos de efectos restrictivos de la competencia podrían seguir siendo bajos si el mercado es dinámico; es decir, si el acceso al mercado y las posiciones en el mismo cambian frecuentemente —apartado 171 DACH—.

V.2.E. Resultado colusorio derivado de «costes comunes»

Un acuerdo de especialización entre partícipes que posean poder de mercado generará, con toda probabilidad, efectos restrictivos de la competencia si aumenta sus «costes comunes» —esto es, la proporción de los costes variables que los partícipes tienen en común— a un nivel tal que les permita incurrir en un resultado colusorio. A este respecto, los «costes pertinentes» son los costes variables del producto con el que compiten los partícipes del acuerdo —apartado 176 DACH—.

En el caso de que, antes del acuerdo de especialización, los partícipes ya dispusieren en común de una proporción elevada de los costes variables, resulta mayor la probabilidad de que el acuerdo condujere a un resultado colusorio, dado que el incremento adicional —los costes de producción del bien objeto del acuerdo— acentuará la tendencia hacia el resultado colusorio. En cambio, por el contrario, en el caso de que el incremento fuere amplio, el riesgo de un resultado colusorio podría ser elevado incluso aun cuando el nivel inicial de costes fuere bajo.

Los costes comunes aumentan el riesgo de resultado colusorio solamente cuando los costes de producción representan una proporción importante de los costes variables afectados¹⁰⁹. Asimismo, los costes comunes pueden conducir a un resultado colusorio cuando las partes acuerdan producir conjuntamente un producto intermedio que supone una amplia proporción de los costes variables del producto final con el cual las partes compiten en sentido descendente¹¹⁰.

V.3. ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE ESPECIALIZACIÓN EX ARTÍCULO 101.3 TFUE

Las mejoras de eficiencia que pueden presentar los acuerdos de especialización pueden concretarse en forma de ahorro de costes o de mejores tecnologías de producción, permitiendo a los partícipes realizar economías de escala o de alcance, que no podrían lograr individualmente —apartados 51 y 183 DACH—. Asimismo, las mejoras pueden versar sobre la calidad del producto y sobre el aumento de la gama de productos¹¹¹.

En lo que respecta al carácter indispensable de las restricciones, este requisito no presenta un régimen específico¹¹².

En todo caso, los acuerdos de especialización han de beneficiar a los consumidores —precios menores, mejor calidad, mayor variedad—¹¹³. Así pues, las mejoras de eficiencia que solamente benefician a las partes o el ahorro de costes causados por la reducción de la producción o por el reparto del mercado, no constituyen una base suficiente para el cumplimiento de los criterios del artículo 101.3 TFUE¹¹⁴.

Finalmente, el requisito de la no eliminación de la competencia ha de analizarse en el mercado de referencia al que pertenecen los productos objeto de la colaboración y en los posibles mercados afectados indirectamente.

VI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REGLAMENTOS DE EXENCIÓN REGLAMENTO —UE— NÚM. 1217/2010, DE 14 DE DICIEMBRE DE 2010 —RDCAID— Y REGLAMENTO —UE— NÚM. 1218/2010, DE 14 DE DICIEMBRE DE 2010 —RDCAE—

El análisis del Reglamento —UE— Núm. 1217/2010, de 14 de diciembre de 2010 —RDCAID—¹¹⁵ y del Reglamento —UE— Núm. 1218/2010, de 14 de diciembre de 2010 —RDCAE—¹¹⁶ se realizará de un modo conjunto, toda vez que su contenido, *mutatis mutandi*, presenta un alto grado de identidad.

En este orden de cosas y atendiendo a la naturaleza y contenido de los acuerdos objeto de estudio, se ha de tener presente, como principio básico, la compatibilidad de aplicación de los artículos 105.3 y 106 TFUE, sostenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹⁷.

VI.1. «RATIO LEGIS» Y PREMISAS

De una parte, por lo que respecta a la «ratio legis», en el caso de los «acuerdos de investigación y desarrollo», el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea insta a esta a estimular a las empresas, a fin de que lleven a cabo actividades de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad, y a apoyar sus esfuerzos de cooperación —artículo 179.2—¹¹⁸. Asimismo, el Reglamento —CEE— Núm. 2821/71 habilita a la Comisión para aplicar, mediante Reglamento, el artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE que tuvieran como objeto la investigación y el desarrollo de productos, tecnologías o procedimientos hasta la fase de aplicación industrial, así como la explotación de los resultados, incluyendo las disposiciones relativas a los derechos de Propiedad Intelectual. Pues bien, el Reglamento —UE— Núm. 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre

de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo tiene, precisamente, por objeto facilitar la investigación y el desarrollo y proteger eficazmente al mismo tiempo la competencia —apartado 2 RDCAID—¹¹⁹. En lo atinente a los «acuerdos de especialización», el Reglamento —CEE— Núm. 2821/71, asimismo, habilita a la Comisión para aplicar, mediante Reglamento, el artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE que tuvieran como objeto la especialización, comprendiendo los acuerdos necesarios para su realización¹²⁰. En este sentido, se ha de manifestar, a su vez, que los acuerdos de especialización, tal y como se ha manifestado previamente¹²¹, no gozan en las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal —DACH— de un tratamiento autónomo o propio, sino genérico, de subgénero del los acuerdos de producción. Pues bien, en base a ello y con la citada finalidad, es preciso realizar su estudio específico mediante el régimen que contempla el Reglamento (UE) Núm. 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos de Especialización —RDCAE¹²²—.

De otra parte, en lo que respecta a las premisas, denominadas como requisitos, que, a su vez, constituyen, objetivos a cumplir por los Reglamentos, su régimen es común en los casos de los «acuerdos de investigación y desarrollo» y en los «acuerdos de especialización». Así, dichos requisitos son el de garantizar la protección efectiva de la competencia y el de proporcionar una seguridad jurídica adecuada a las empresas. A tal fin, resulta necesario tomar en consideración la necesidad de simplificar la supervisión administrativa y el marco legislativo; todo ello en la mayor medida que fuere posible —apartado 4 RDCAID¹²³ y apartado 3 RDCAE¹²⁴—.

VI.2. ÁMBITO OBJETIVO «POSITIVO» DE APLICACIÓN

Los dos Reglamentos establecen que el artículo 101.1 TFUE no se aplicará a los acuerdos de investigación y desarrollo —artículo 2.1, párrafo primero, RDCAID— y a los acuerdos de especialización—artículo 2.1, párrafo primero, RDCAE—, si bien, en un defecto de técnica legislativa, incurren en una matización que carece de fundamento por su obviedad¹²⁵. El ámbito objetivo de aplicación de tales exenciones, que cabría denominar «exención objetiva positiva por el objeto», mediante el reenvío implícito que se realiza al artículo 1.1.a) RDCAID y al artículo 1.1.a), b), c) y d) RDCAE, deviene, en el caso de los acuerdos de investigación y desarrollo, de mayor extensión que el del Reglamento (CE) Núm. 2659/2000. En consonancia con dicho precepto, el «acuerdo de investigación y desarrollo» comprende «un acuerdo¹²⁶ suscrito entre dos o más partes¹²⁷ que se refiera a las condiciones en

las que estas persigan: i) la investigación y el desarrollo¹²⁸ en común¹²⁹ de productos¹³⁰ o de tecnologías considerados en el contrato¹³¹, así como la explotación en común de sus resultados¹³²; ii) la explotación en común de los resultados de la investigación y el desarrollo de productos o de tecnologías considerados en el contrato efectuados en común en virtud de un acuerdo previamente suscrito por las mismas partes; iii) la investigación y el desarrollo en común de productos o tecnologías considerados en el contrato¹³³, con exclusión de la explotación en común de sus resultados; iv) la investigación y el desarrollo remunerados¹³⁴ de productos o de tecnologías considerados en el contrato, así como la explotación en común de sus resultados; v) la explotación en común de los resultados de la investigación y el desarrollo remunerados de productos o de tecnologías considerados en el contrato efectuados en común en virtud de un acuerdo previamente suscrito por las mismas partes, o vi) la investigación y el desarrollo remunerados de productos o tecnologías considerados en el contrato, con exclusión de la explotación en común de sus resultados». Así, el precepto, además de extender el ámbito de aplicación materialmente a las «tecnologías», formal y categóricamente lo amplía en el contenido de los apartados iv), v) y vi)¹³⁵.

Por lo que respecta al régimen propio diferenciado de los «acuerdos de especialización», estos pueden comprender diferentes modalidades. De una parte, los «acuerdos de especialización unilateral» constituyen acuerdos entre dos partes presentes en el mismo mercado de producto, en virtud del cual una de las partes acepta cesar total o parcialmente la producción¹³⁶ de determinados productos o abstenerse de producir dichos productos y se compromete a comprárselos a la otra parte, la cual se obliga a producirlos y suministrárselos —artículo 1.1.b) RDCAE—¹³⁷. En segundo lugar, los «acuerdos de especialización recíproca» incluyen acuerdo entre dos o más partes presentes en el mismo mercado de producto, en virtud del cual dos o más partes aceptan, sobre una base de reciprocidad, cesar total o parcialmente o abstenerse de producir determinados y diferentes productos, y se comprometen a comprárselos a las otras partes, las cuales se obligan a producirlos y suministrárselos —artículo 1.1.c) RDCAE—¹³⁸. Por último, se hallarían los «acuerdos de producción en común», en virtud de los cuales cada una o más partes se comprometen a producir conjuntamente determinados productos —artículo 1.1.d) RDCAE—¹³⁹. Ahora bien, ello ha de ser ponderado, atendiendo a que los conceptos de «especialización recíproca» y de «especialización unilateral» —que presuponen el mismo mercado de producto¹⁴⁰— no requieren que una parte reduzca su capacidad, siendo suficiente con que redujeren sus volúmenes de producción y, en todo caso, habiendo de garantizarse que ninguna parte abandonare completamente el mercado descendente¹⁴¹. No obstante, el concepto de «producción en común» —que puede conllevar la voluntad de entrar en un mercado de producto a través del acuerdo¹⁴²— no requiere que las partes reduzcan sus actividades de producción individuales más allá del ámbito de aplicación de su previsto acuerdo de producción en común —apartado 7 RDCAE—.

De otra parte, los Reglamentos, mediante la exención, que cabría denominar «exención objetiva positiva por efecto o derivativa», establece que la citada exención se aplicará también a los acuerdos de investigación y desarrollo que contuvieren disposiciones referentes a la cesión de derechos de propiedad intelectual o a la concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual a una o varias partes o a una entidad que las partes designaren para llevar a cabo la investigación y el desarrollo en común, la investigación o el desarrollo remunerados o la explotación en común, siempre que tales disposiciones no constituyeren el objeto principal de dichos acuerdos, pero guardaren relación directa con ellos y fueren necesarias para su aplicación —artículo 2.2 RDCAID y artículo 2.2 RDCAE —¹⁴³.

Finalmente, los «acuerdos de especialización» prevén la «extensión accesoria» de la exención a los supuestos en los que las partes aceptaren una obligación de compra exclusiva¹⁴⁴ o de suministro exclusivo¹⁴⁵, o bien las partes no vendieren independientemente los productos de la especialización, pero los distribuyeren conjuntamente —artículo 2.3 RDCAE —¹⁴⁶.

VI.3. ÁMBITO OBJETIVO «NEGATIVO» DE APLICACIÓN

El ámbito objetivo «negativo» de aplicación contempla los supuestos en los que el Reglamento de exención no se aplicaría. Ahora bien, dicho régimen negativo no resulta único, puesto que cabe diferenciar entre el «ámbito objetivo negativo por el objeto» y el «ámbito objetivo negativo intrínseco o inherente». A este respecto, se ha de tener presente que los Reglamentos en vigor, con grave deficiencia técnica, generadora de, igualmente, una gran inseguridad jurídica, eliminan de sus textos dispositivos, mas no de sus considerandos¹⁴⁷, la previsión que contemplaban los Reglamentos precedentes con respecto de la potestad de la Comisión de retirar el beneficio de la aplicación de los mismos cuando concurrieren efectos incompatibles con lo dispuesto en el artículo 81.3 del Tratado¹⁴⁸. La pervivencia de la citada potestad únicamente en los considerandos de los Reglamentos conllevaría que no pudiera procederse a su aplicación y a su exigibilidad directas e inmediatas al carecer de amparo de derecho positivo, habiendo de proceder, a nuestro juicio, para su aplicación a un reenvío normativo implícito al Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la Aplicación de las Normas sobre Competencia previstas en los Artículos 81 y 82 del Tratado¹⁴⁹.

VI.3.A. Ámbito objetivo negativo por el objeto

Los artículos 5 RDCAID y 4 RDCAE establecen que el régimen de exención del Reglamento no se aplicará a los acuerdos de investigación y desarrollo y a

los acuerdos de especialización, respectivamente, que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tuvieran como objeto¹⁵⁰ «uno» o «cualquiera»¹⁵¹ de los siguientes elementos:

VI.3.A.a) Acuerdos de Investigación y Desarrollo

En primer lugar, la restricción de la libertad de las partes para realizar, independientemente o en cooperación con terceros, actividades de investigación y desarrollo en un campo no relacionado con aquel al que se refiere el acuerdo de investigación y desarrollo o, tras la finalización de la investigación o el desarrollo en común o de la investigación y el desarrollo remunerados, en el campo al que este se refiere o en un campo relacionado con el mismo —artículo 5.a) RDCAID—¹⁵².

En segundo lugar, la limitación de la producción o las ventas —artículo 5.b) RDCAID¹⁵³—, exceptuando los que fijaren objetivos de producción, cuando la explotación en común de los resultados incluyere la producción conjunta de los productos considerados en el contrato —inciso i)—¹⁵⁴; los que fijaren objetivos de ventas, cuando la explotación en común de los resultados incluyere la distribución conjunta de los productos considerados en el contrato o la concesión conjunta de licencias de las tecnologías consideradas en el contrato, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.1, m), incisos i) o ii) RDCAID —inciso ii)—¹⁵⁵; los que establecieren prácticas que supusieren una especialización en el contexto de la explotación —inciso iii)— y los que restringieren la libertad de las partes para producir y vender productos, tecnologías o procedimientos que compitieren con los productos o tecnologías considerados en el contrato durante el período en el que las partes hubieren acordado explotar en común los resultados —inciso iv)—. El vigente precepto amplía los supuestos de hecho con respecto al Reglamento derogado, ya que, de una parte, extiende la previsión del inciso ii) a la concesión conjunta de licencias de las tecnologías consideradas en el contrato y, de otra parte, incorpora los supuestos de los incisos iii) y iv).

En tercer lugar, la fijación de los precios en los casos en los que se vendieren los productos considerados en el contrato o se concedieren licencias de las tecnologías consideradas en el contrato a terceros, exceptuándose la fijación de los precios que se cobraren a los clientes inmediatos o la fijación de los cánones de las licencias aplicables a los licenciatarios inmediatos cuando la explotación conjunta de los resultados incluyere la distribución conjunta de los productos considerados en el contrato o la concesión conjunta de licencias de las tecnologías consideradas en el contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1.m), incisos i) o ii) RDCAID —artículo 5.c) RDCAID¹⁵⁶—.

En cuarto lugar, la restricción del territorio en el que las partes pudieren vender pasivamente los productos considerados en el contrato o conceder licen-

cias de las tecnologías consideradas en el contrato, o restringir los clientes a los que pudieren hacer tales ventas o conceder tales licencias, con la excepción del requisito de conceder a otra una licencia exclusiva de los resultados —artículo 5.d) RDCAID¹⁵⁷—.

En quinto lugar, la prohibición o limitación de la venta activa de los productos o de las tecnologías considerados en el contrato en territorios o a clientes que no hubieren sido asignados en exclusiva a una de las partes en virtud de una especialización en el contexto de la explotación —artículo 5.e) RDCAID¹⁵⁸—. La normativa vigente amplía la base fáctica del tipo legal, por cuanto que, de una parte, incorpora la «limitación» de la venta activa y, de otra parte, elimina cualquier previsión o parámetro temporal.

En sexto lugar, la exigencia a las partes que no satisfagan las demandas de clientes en los territorios respectivos de cada una de ellas, o de clientes repartidos entre las partes en función de una especialización en el contexto de la explotación, que pretendieren comercializar los productos considerados en el contrato en otros territorios del Mercado Interior —artículo 5.f) RDCAID¹⁵⁹—. Este precepto aumenta también el supuesto de hecho de la norma, ya que incorpora el concepto genérico de «cliente», en lugar del más acotado y determinado de «usuario o revendedor».

Finalmente, la restricción de la posibilidad de que los usuarios o revendedores compren los productos considerados en el contrato a otros revendedores en el Mercado Interior —artículo 5.g) RDCAID—. El presente precepto conlleva una deficiencia de técnica jurídica, ya que mantiene el concepto de «usuario o revendedor» presente en la normativa derogada y no la incorporada por la nueva regulación de «cliente»; esto es, los apartados f) y g) constituyen dos fenómenos que se sustentan sobre una misma base subjetiva; pues bien, habiéndose incorporado la nueva terminología —más amplia, conceptualmente considerada— de «cliente», no resulta justificado el mantenimiento de una terminología más delimitada o constreñida. A su vez, el nuevo precepto resulta más genérico, sin contemplar supuestos determinados que pudieren limitar su ámbito de aplicación¹⁶⁰.

VI.3.A.b) Acuerdos de Especialización

En primer lugar, la fijación de los precios de venta de los productos a terceras partes, con excepción de los precios que se cobran a los clientes inmediatos en el contexto de la distribución conjunta¹⁶¹ —artículo 4.a) RDCAE¹⁶²—.

En segundo lugar, la limitación de la producción o las ventas, con excepción de, o bien las disposiciones sobre la cantidad acordada de productos en el contexto de acuerdos de especialización unilateral o recíproca, o la fijación de la capacidad y el volumen de producción en el contexto de un acuerdo de

producción conjunta¹⁶³, o bien las disposiciones que fijaren objetivos de venta en el contexto de la distribución conjunta¹⁶⁴ —artículo 4.b) RDCAE¹⁶⁵—.

Por último, se hallaría el reparto de mercados y clientes —artículo 4.c) RDCAE¹⁶⁶—.

VI.3.B. Ámbito objetivo negativo intrínseco o inherente

El artículo 6 RDCAID establece, a diferencia del Reglamento (CE) núm. 2659/2000 —que los incorpora al ámbito del único régimen existente de exclusión de la aplicación de la normativa de exención [artículo 5]—, un régimen autónomo, propio e individualizado para determinadas obligaciones incorporadas a los acuerdos de investigación y desarrollo. Ello constituye una mejora técnica relevante, toda vez que diferencia los supuestos intrínsecamente excluidos de la aplicación de la normativa de exención¹⁶⁷, de los que «*ab origine*» no resultarían excluidos, mas sí, en cambio, atendiendo a su objeto.

A este respecto, de una parte, se hallaría la obligación de no impugnar, tras la culminación de los trabajos de investigación y el desarrollo, la validez de los derechos de Propiedad Intelectual que poseyeren las partes en el Mercado Interior y que fueren pertinentes para la investigación y desarrollo o bien, tras la expiración del acuerdo de investigación y el desarrollo, la validez de los derechos de Propiedad Intelectual que poseyeren las partes en el Mercado Interior y que protegieren los resultados de la investigación y el desarrollo, sin perjuicio de la posibilidad de poner término al acuerdo de investigación y desarrollo en el caso de que una de las partes impugnare la validez de dichos derechos de Propiedad Intelectual —artículo 6.a) RDCAID—¹⁶⁸.

De otra parte, se contempla la obligación de no conceder licencias a terceros para fabricar los productos considerados en el contrato o para utilizar las tecnologías consideradas en el contrato, salvo que el acuerdo previere la explotación de los resultados de la investigación y el desarrollo en común o de la investigación y el desarrollo remunerados por, al menos, una de las partes y esa explotación se produjere en el Mercado Interior respecto a terceros¹⁶⁹.

VI.4. REQUISITOS O CONDICIONES PARA LA EXENCIÓN

El Reglamento no contempla un régimen general de requisitos o condiciones para la verificación de la exención, sino que procede a determinar un régimen «*ad casum*», toda vez que los requisitos se contemplan en función de la modalidad o tipología de los acuerdos de investigación y desarrollo, si bien se determina un régimen, que cabría calificar como de «común».

Así, en primer lugar, el acuerdo de investigación y desarrollo deberá estipular que todas las partes tendrán «pleno acceso» a los resultados de la investigación y el desarrollo en común o a la investigación o el desarrollo remunerados, incluidos los derechos de propiedad intelectual o conocimientos técnicos que puedan derivarse, con el fin de proseguir la investigación o la explotación, tan pronto como estén disponibles. Cuando, de conformidad con el presente Reglamento, las partes limiten sus derechos de explotación, en especial cuando se especialicen en el contexto de la explotación, el acceso a los resultados a los efectos de su explotación podrá limitarse en consecuencia. Además, los institutos de investigación, los centros académicos o las empresas que ejerzan actividades de investigación y desarrollo como un servicio comercial sin participar normalmente en la explotación de los resultados, podrán acordar limitar el uso de los resultados a ulteriores investigaciones. El acuerdo de investigación y desarrollo podrá prever que las partes se compensen mutuamente por el acceso a los resultados a los efectos de proseguir la investigación o la explotación, sin que esa compensación sea, no obstante, tan alta que impida en realidad ese acceso —artículo 3.2 RDCAID¹⁷⁰—.

En segundo lugar, en los casos en los que el acuerdo de investigación y desarrollo «únicamente previere la investigación y el desarrollo en común o la investigación y el desarrollo remunerados», habrá de conceder a cada una de las partes acceso a cualesquiera conocimientos técnicos preexistentes de las otras partes, siempre que tales conocimientos fueren indispensables para la explotación de los resultados. A este respecto, el acuerdo de investigación y desarrollo podría prever que las partes se compensaren mutuamente por el acceso a sus conocimientos técnicos previos, sin que dicha compensación resultare, no obstante, tan elevada que impidiere, *de facto*, el citado acceso —artículo 3.3 RDCAID¹⁷¹—.

En tercer lugar, «toda explotación en común» solo podrá referirse a resultados que estuvieren protegidos por derechos de Propiedad Intelectual o que constituyeren conocimientos técnicos indispensables para la fabricación de los productos o la utilización de las tecnologías considerados en el contrato —artículo 3.4 RDCAID—. El régimen vigente resulta más amplio y menos restrictivo que el derogado, toda vez que elimina el requisito de su contribución sustancial al progreso técnico o económico¹⁷².

Finalmente, las partes encargadas de la fabricación de los productos considerados en el contrato en virtud de una «especialización en la explotación» estarán obligadas a servir los pedidos de tales productos de las otras partes, excepto cuando el acuerdo de investigación y desarrollo también previere la distribución en común, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1, n), incisos i) o ii) RDCAID, o cuando las partes hubieren acordado que solo la parte encargada de la fabricación de los productos considerados en el contrato podrá distribuirlos —artículo 3.5 RDCAID—. El precepto en vigor se separa del de la norma derogada, por cuanto que, de una parte, modifica la base del tipo legal —«especialización en la producción»— y de, otra parte, amplía los supuestos

de excepción, que la norma derogada limitaba únicamente al supuesto de que el acuerdo también estableciere la distribución en común¹⁷³.

VI.5. CÓMPUTO DEL UMBRAL DE LA CUOTA DE MERCADO Y DE DURACIÓN DE LA EXENCIÓN

La determinación del «umbral de la cuota de mercado» y de la «duración» de la exención constituyen materias interrelacionadas, toda vez que la segunda se halla en función y trae causa de la primera.

A este respecto, resulta criticable la técnica legislativa, ya que los principios de determinación del «umbral de la cuota de mercado» se regulan con posterioridad a la fijación de la duración, si bien en el mismo precepto de la determinación del «umbral de la cuota de mercado» se establecen, asimismo, períodos de aplicación de la exención; en suma, hubiera sido preferible incorporar los apartados d), e) y f) del artículo 7 RDCAID al precepto que contempla únicamente los períodos de duración de la exención.

VI.5.A. Determinación del umbral de la cuota de mercado

En todo caso, los principios y criterios que rigen la determinación del «umbral de la cuota de mercado» son los siguientes. En primer lugar, la cuota de mercado se calculará sobre la base del valor de mercado de las ventas; si no se dispusiere de datos sobre el valor de mercado de las ventas, podrán utilizarse estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado —incluidos los volúmenes de ventas en el mercado— para determinar la cuota de mercado de las partes —artículos 7.a) RDCAID y 5.a) RDCAE—¹⁷⁴. En segundo lugar, la cuota de mercado se calculará sobre la base de datos relativos al año natural precedente —artículos 7.b) RDCAID y 5.b) RDCAE—¹⁷⁵. En tercer lugar, la cuota de mercado de las empresas contempladas en el artículo 1, apartado 2, párrafo segundo, letra e) —derechos o poderes compartidos—, se repartirá por igual entre las empresas que ostentaren los derechos o facultades enumerados en la letra a) de dicho párrafo [derecho de voto, derecho a designar miembros de Consejo de Vigilancia o de Administración o de órganos de representación y derecho a dirigir las actividades de la empresa] —artículos 7.c) RDCAID y 5.c) RDCAE —¹⁷⁶.

VI.5.B. Determinación de la duración de la exención

En el caso de los «acuerdos de investigación y desarrollo», la determinación de la duración de la exención se fija atendiendo a la condición de ser o

no empresas competidoras, en tanto que en los «acuerdos de especialización» la exención se aplicará en tanto en cuanto la cuota combinada de mercado de las partes no excediere del 20% de cualquier mercado de referencia —artículo 3 RDCAE¹⁷⁷—.

Así, en el supuesto de que las partes no fueren empresas competidoras¹⁷⁸, la exención se aplicará mientras se realizare la investigación y el desarrollo. Cuando los resultados se explotaren en común, la exención seguirá aplicándose durante siete años a partir del momento en que los productos o tecnologías considerados en el contrato se comercializaren por primera vez en el Mercado Interior —artículo 4.1 RDCAID—¹⁷⁹.

En cambio, en los casos en los que dos o más partes fueren empresas competidoras, la exención se aplicará durante el período contemplado en el artículo 4.1 RDCAID, solamente si, en el momento de celebrarse el acuerdo de investigación y desarrollo: a) tratándose de los acuerdos de investigación y desarrollo del artículo 1.1. a), incisos i), ii) o iii), la cuota de mercado combinada de las partes en el acuerdo de investigación y desarrollo no excediere del 25% de los mercados de producto y tecnológico de referencia¹⁸⁰; o b) tratándose de los acuerdos de investigación y desarrollo del artículo 1.1. b), incisos iv), v) o vi), la cuota de mercado combinada de la parte financiadora y de todas las partes con las que aquella hubiere subscrito acuerdos de investigación y desarrollo en relación con los mismos productos o tecnologías considerados en el contrato no excediere del 25% de los mercados de producto y tecnológico de referencia —artículo 4.2 RDCAID—.

Sin embargo, no obstante el régimen diferenciado descrito, la normativa también prevé un supuesto «común genérico de prórroga o postposición», que presenta, asimismo, diferentes modalidades de períodos de duración. Así, en principio, una vez finalizado el período contemplado en el artículo 4.1 RDCAID, la exención continuará aplicándose en tanto en cuanto la cuota de mercado combinada de las partes en el mercado de referencia para los productos o tecnologías considerados en el contrato no fuere superior al 25% —artículo 4.3 RDCAID—¹⁸¹.

Ahora bien, con carácter común, tanto para los «acuerdos de investigación y desarrollo», como para los «acuerdos de especialización», concurren determinados supuestos de duración. Así, cuando la cuota de mercado no superare inicialmente el 25% para los «acuerdos de investigación y desarrollo» y el 20% para los «acuerdos de especialización», pero se incrementare *a posteriori* sin exceder del 30% y del 25%, respectivamente, la exención seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepasare por primera vez el umbral del 25% o del 20% —artículos 7.d) RDCAID y 5.d) RDCAE—¹⁸². Igualmente, cuando la cuota de mercado no superare inicialmente el 25% —«acuerdos de investigación y desarrollo»— y el 20% —«acuerdos de especialización»—, pero se incrementare *a posteriori* por

encima del 30 % y del 25%, respectivamente, la exención seguirá aplicándose durante un año natural a partir del año en que se sobrepasare por primera vez el umbral del 30 % o del 20% —artículos 7.e) RDCAID y 5.e) RDCAE—¹⁸³. En todo caso, estas dos últimas ventajas no pueden combinarse de tal manera que excedieren de un período máximo de dos años naturales —artículos 7.f) RDCAID y 5.f) RDCAE—¹⁸⁴.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA O SUMARIA

I. MONOGRAFÍAS

- CAFAGGI, Fabrizio & IAMICELI, Paola & MOSCO, Gian Domenico: *Il Contratto di Rete per la Crescita delle Imprese*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale* Núm. 364, Giuffrè, Milano, 2012.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio: *Intromisión en la Clientela Ajena y Redes de Distribución* (Encroachment), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

II. ARTÍCULOS Y OBRAS COLECTIVAS

- CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales y Small Business Act. ¿Hacia unos Principios Europeos?», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 21-95.
- «Redes Contractuales y Teoría Contractual: Una Agenda de Investigación para un Derecho Contractual Europeo», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 25-71.
- BASARAN, Halil Rahman: «How Should Article 81 EC Address Agreements that Yield Environmental Benefits?», en *European Competition Law Review*. Núm. 9, London, 2006, págs. 479-484.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen: «Coordinación Empresarial en las Redes versus Control Antitrust: Análisis del Nuevo Reglamento CE 330/2010 en Clave de Red», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 531-546.
- COLLINS, Hugh: «Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts», en *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts. International Studies in the Theory of Private Law*, dirigido por CAMPBELL, David & COLLINS, Hugh & WIGHTMAN, John, Hart Publishing, Oxford, 2003, págs. 1-24.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A.: «Los Grupos por Coordinación como Instrumento de Red», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 249-299.
- EMANUELSON, Anna: «Standardisation Agreements in the Context of the New Horizontal Guidelines», en *European Competition Law Review*. Núm. 2, London, 2012, págs. 69-76.

- ESTEVAN DE QUESADA, Carmen: «El Abuso de Dependencia Económica en las Redes de Distribución», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 187-221.
- «Intercambios de Información en las Redes Empresariales: Problemática Antitrust», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 507-529.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «El Concepto de Red en la Reforma de la Ley de Auditoría», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 319-341.
- GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco: «La Aplicación del Principio de Relatividad de los Contratos a las Redes de Distribución», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 97-133.
- IAMICELI, Paola: «Le Reti di Imprese: Modelli Contrattuali di Coordinamento», en *Reti di Imprese tra Regolazione e Norme Sociali: Nuove Prospettive tra Diritto ed Economia*, dirigido por CAFAGGI, Fabrizio, Bologna, 2004, págs. 125-175.
- «Le Reti di Imprese: Modelli Contrattuali di Coordinamento», en *Reti di Imprese tra Crescita ed. Innovazione Organizzativa*, VV.AA., editado por CAFAGGI, Fabrizio & IAMICELI, Paola, Bologna, 2007, pág. 125.
- MALTONI, Marco & SPADA, Paolo: «Il «contrato di rete»: Dialogo tra un notaio e un professore su una leggina recente», en *Rivista di Diritto Privato*, Núm. 4, Bari, 2011, págs. 499-516.
- MARIMÓN DURÁ, Rafael: «Redes Financieras y protección del Cliente», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 161-190.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «Transparencia y Redes Empresariales», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 135-163.
- «Redes de Distribución: Régimen Jurídico de las Inversiones», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 191-225.
- MARTÍN ARESTI, Pilar: «Signos Distintivos y Redes de Distribución», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 547-572.
- PERAL CERDÀ, David: «Redes Empresariales y Grandes Eventos Deportivos», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 573-593.
- POWELL, Walter W.: «Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization», en *Research in Organizational Behavior*, Volume 12, 1990, págs. 295-336.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio:
- «Una Nueva Orientación del Tratamiento Antitrust de la Coordinación Empresarial en las Redes de Distribución», en *Crisis Económica y Política de la Competencia: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia*, Valencia, 2009, págs. 93-104.
- «Del Contrato Bilateral a la Relación de Red», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 9-20.
- «Un Derecho Específico para las Redes Empresariales», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 73-124.

- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La Resolución Unilateral de los Contratos de Distribución en el *Draft Common Frame of Reference*», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 227-245.
- VICIANO PASTOR, Javier: «El Principio de Eficiencia (Defensa de la Competencia) en el Derecho Contractual. Los Límites a la Política Comercial de las Redes de Distribución: ¿Eficiencia o Ineficiencia?», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 479-505.
- WILLIAMSON, Oliver E.: «The Economics of Governance», en *American Economic Review*, Volume 95, Núm. 2, Pittsburgh, Mayo 2005, págs. 1-18.
- ZANELLI, Pietro: «Reti di Impresa: Dall'Economia al Diritto, dall'Istituzione al Contratto», en *Contratto e Impresa*, Núm. 4-5 Luglio-Ottobre, Padova, 2010, págs. 951-970.
- «La Rete è, dunque, della Stessa Natura del Gruppo di Società?», en *Contratto e Impresa*, Núm. 3 Maggio-Giugno, Padova, 2011, págs. 535-545.

JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA

- STJ de 13 de febrero de 1979. [Asunto 85/76].
- STPI de 10 de julio de 1990. [Asunto T-51/89].
- STPI [Sala Primera], de 6 de abril de 1995. [Asunto T-141/89].
- STPI [Sala Cuarta], de 17 de febrero de 2000. [Asunto T-241/97].
- STPI [Sala Quinta Ampliada], de 25 de octubre de 2007. [Asuntos Acumulados T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 y T-98/03].
- STJ [Sala Segunda], de 24 de septiembre de 2009. [Asuntos Acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P].
- STJ [Gran Sala], de 29 de marzo de 2011 [Asunto C-352/09 P].

II. TRIBUNAL SUPREMO

- STS [Sala de lo Civil-Sección 1^a], de 17 de noviembre de 2011 [R. Ar.: RJ 2012\1498].

NOTAS

¹ RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Una Nueva Orientación del Tratamiento Antitrust de la Coordinación Empresarial en las Redes de Distribución», en *Crisis Económica y Política de la Competencia: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia*, Valencia, 2009, págs. 93 y sigs.

Véde, asimismo, CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales y *Small Business Act*. ¿Hacia unos Principios Europeos?», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009,

pág. 22. / «Redes Contractuales y Teoría Contractual: Una Agenda de Investigación para un Derecho Contractual Europeo», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 25 y sigs. COLLINS, Hugh: «Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts», en *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts. International Studies in the Theory of Private Law*, dirigido por CAMPBELL, David & COLLINS, Hugh & WIGHTMAN, John, Hart Publishing, Oxford, 2003, págs. 19 y sigs. ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A.: «Los Grupos por Coordinación como Instrumento de Red», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 249 y sigs. ESTEVAN DE QUESADA, Carmen: «El Abuso de Dependencia Económica en las Redes de Distribución», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 187 y sigs. / «Intercambios de Información en las Redes Empresariales: Problemática Antitrust», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, pág. 507. GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco: «La Aplicación del Principio de Relatividad de los Contratos a las Redes de Distribución», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, pág. 99. IAMICELI, Paola: «Le Reti di Imprese: Modelli Contrattuali di Coordinamento», en *Reti di Imprese tra Regolazione e Norme Sociali: Nuove Prospettive tra Diritto ed Economia*, dirigido por CAFAGGI, Fabrizio, Bologna, 2004, pág. 128. MARIMÓN DURÁ, Rafael: «Redes Financieras y protección del Cliente», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, pág. 162. MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «Transparencia y Redes Empresariales», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, pág. 135. «Redes de Distribución: Régimen Jurídico de las Inversiones», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 192 y MARTÍN ARESTI, Pilar: «Signos Distintivos y Redes de Distribución», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, pág. 547. PERAL CERDÁ, David: «Redes Empresariales y Grandes Eventos Deportivos», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, pág. 574. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: *Intromisión en la Clientela Ajena y Redes de Distribución (Encroachment)*, Aranzadi, Cízur Menor, 2007, pág. 15. «Del Contrato Bilateral a la Relación de Red», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, pág. 9. / «Un Derecho Específico para las Redes Empresariales», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 86 y sigs. ZANELLI, Pietro: «Reti di Impresa: Dall'Economia al Diritto, dall'Istituzione al Contratto», en *Contratto e Impresa, núms. 4-5 Luglio-Ottobre*, Padova, 2010, pág. 951. / «La Rete è, dunque, della Stessa Natura del Gruppo di Società?», en *Contratto e Impresa*, núm. 3, Maggio-Giugno, Padova, 2011, págs. 535-545.

² *Vide*, a este respecto, CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *op. cit.*, pág. 23. IAMICELI, Paola: «Le Reti di Imprese: Modelli Contrattuali di Coordinamento», en *Reti di Imprese tra Crescita ed Innovazione Organizzativa*, VV.AA., editado por CAFAGGI, Fabrizio & IAMICELI, Paola, Bologna, 2007, pág. 125. POWELL, Walter W.: «Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization», en *Research in Organizational Behavior*, Volume 12, 1990, págs. 300 y sigs. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Un Derecho Específico...», *Ob. cit.*, págs. 83 y sigs. WILLIAMSON, Oliver E.: «The Economics of Governance», en *American Economic Review*, Volume 95, Núm. 2, Pittsburgh, Mayo 2005, págs. 1-18.

³ RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Del Contrato Bilateral...», *Op. cit.*, págs. 15 y sigs.

Con respecto de la exigibilidad de cumplimiento de tales principios, *vide* la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil-Sección 1º], de 17 de noviembre de 2011 [R.A.: RJ 2012\1498], en la que se contempla la colisión o conflicto de intereses en el que se hallaban diversos miembros del Consejo de Administración de una sociedad, designados como tales por parte de otra sociedad en virtud de un contrato de distribución comercial y el subsiguiente acuerdo de participación accionarial.

⁴ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, págs. 30 y sigs.

⁵ RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Una Nueva Orientación...», *ob. cit.*, pág. 94: «Las redes implican la existencia de intereses propios de la red en conflicto en su seno: un interés de la red, que, de una parte, es compartido entre los miembros de la red —interés a la creación de valor para la red— y un interés de sus miembros de carácter conflictual —intereses atribuibles a cada uno de sus miembros respecto al reparto del valor creado—».

Vide, asimismo, CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, págs. 30 y sigs. / «Redes Contractuales y Teoría Contractual...», *ob. cit.*, págs. 65 y sigs. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Del Contrato Bilateral...», *ob. cit.*, pág. 11.

⁶ RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Del Contrato Bilateral...», *ob. cit.*, pág. 12.

⁷ RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Una Nueva Orientación...», *ob. cit.*, pág. 103: «Dado que en nuestro caso las restricciones vinculadas a la organización eficiente de la red son necesarias, en general, durante toda la vida del contrato y en ocasiones tras su extinción, tales restricciones deben considerarse proporcionales, en línea de principio, durante toda la duración de la relación contractual de red, sin perjuicio de la posibilidad de prueba de su ausencia de proporcionalidad por quien la alegue».

⁸ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, pág. 94.

Vide, asimismo, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen: «Coordinación Empresarial en las Redes versus Control Antitrust: Análisis del Nuevo Reglamento CE 330/2010 en Clave de Red», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 531-546. ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A.: «Los Grupos por Coordinación...», *ob. cit.*, págs. 278 y sigs. ESTEVAN DE QUESADA, Carmen: «Intercambios de Información...», *ob. cit.*, págs. 507 y sigs. VICIANO PASTOR, Javier: «El Principio de Eficiencia (Defensa de la Competencia) en el Derecho Contractual. Los Límites a la Política Comercial de las Redes de Distribución: ¿Eficiencia o Ineficiencia?», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 479-505.

⁹ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, pág. 24: «Las redes contractuales requieren de un entorno institucional donde puedan surgir relaciones fiduciarias y, también un elevado grado de confianza que pueda permitir el desarrollo de conocimientos innovadores. Estas ofrecen, si están correctamente diseñadas, ventajas comparativas fomentando la producción y la transferencia de conocimientos competitivos. Desde una perspectiva cognitiva las redes contractuales parecen particularmente adecuadas para generar innovación. La densidad de las relaciones permite una mayor intensidad en la producción y en la transferencia de conocimiento entre sus componentes porque la estructura de red proporciona, al mismo tiempo, más incentivos para producir conocimiento innovador y más garantías de oportunismo (por ejemplo, uso privado de los bienes colectivos)».

¹⁰ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales y Teoría Contractual...», *ob. cit.*, págs. 69 y sigs.

Vide SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La Resolución Unilateral de los Contratos de Distribución en el *Draft Common Frame of Reference*», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 227-245.

¹¹ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, págs. 26 y 78 y sigs. Este autor, en términos de dirección de política futura, establece que habría de elaborarse «un proyecto de principios generales europeos sobre redes contractuales, fusionando las dimensiones del Derecho Privado Europeo y del Derecho Internacional Privado», que «deberán proveer de una definición de red contractual»: págs. 93 y sigs.

¹² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Documento COM (2008) 394 Final, de 25 de junio de 2008. —Este documento tan solo contempla el término de «red» en el sentido genérico de redes empresariales: págs. 6 y 15—.

¹³ Dictamen de Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Pensar primero a pequeña escala» — «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas». COM (2008) 394 final (2009/C 182/06), de 14

de enero de 2009 — *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* —en lo sucesivo, *DOCE*—, *C-182, de 4 de agosto de 2009*, págs. 30 y 33—.

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la «*Small Business Act*» para Europa. COM (2011) 78 Final, de 23 de febrero de 2011: pág. 4. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la *Small Business Act* para Europa» COM(2011) 78 final —*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* —en lo sucesivo, *DOCE*—, *C-376, de 22 de diciembre de 2011*, pág. 55—.

¹⁵ Comunicación de la Comisión... COM(2011) 78 Final..., *ob. cit.*, págs. 6 y 27. A este respecto, se menciona el compromiso que asume la Comisión: «La Comisión desea promover nuevas formas de colaboración entre las empresas, en particular entre empresas situadas en diferentes regiones o países. Se trata de un nuevo modelo de colaboración a través de *clusters* y redes empresariales que permita a las empresas unir sus esfuerzos y favorezca la adopción de un enfoque coherente y coordinado para alcanzar un objetivo común sin perder su independencia. La Comisión elaborará un estudio sobre la mejor manera de apoyar a nivel europeo este tipo de colaboración», presentando una nueva estrategia a favor de *clusters* y redes competitivos: *Ibid.*, pág. 16.

Vide, a este respecto, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Política Industrial Integrada para la Era de la Globalización: Poner la Competitividad y la Sostenibilidad en el Punto de Mira. COM (2010) 614 final /4, de 24 de enero de 2011.

¹⁶ *Vide RUIZ PERIS, Juan Ignacio*: «Un Derecho Específico...», *ob. cit.*, págs. 91 y sigs.

¹⁷ Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas [RDLTRLAC]: «Asimismo, a efectos de la aplicación del régimen de incompatibilidades se incorpora el concepto de red, a la que pertenece el auditor o sociedad de auditoría, basado en la unidad de decisión, y en la existencia de relaciones de control y de influencia significativa, de suerte que las personas o entidades que formen parte de esta red que incurran en cualesquiera de los supuestos de incompatibilidad contemplados en esta Ley y en otras disposiciones legales, harán igualmente incompatibles al auditor de cuentas o sociedad de auditoría en relación con la respectiva entidad, con las particularidades establecidas en la Ley. En el ámbito de extensión subjetiva que se regula en este régimen, se incluye también, entre otros, a quienes estén vinculados por determinadas relaciones de parentesco, por cuanto que se considera que en estos casos existen o pueden existir las mismas amenazas a la independencia que pueden darse de igual forma que en el caso del cónyuge del auditor, excluyéndose del alcance de dicha extensión para determinados supuestos.

En este contexto, y dada la especial obligación atribuida al Instituto de Contabilidad y Auditoría de velar por el deber de independencia —soporte fundamental de demostración de la objetividad con que ha de ser verificada la información auditada—, se dota a este Instituto de especiales competencias para recabar información y realizar actividades de investigación o inspección en relación con las personas y entidades que formen parte de la red del auditor—*Exposición de Motivos II*, párrafos 23 y 24—.

«*Artículo 18. Incompatibilidades derivadas de situaciones que concurren en otras personas o entidades de la red a la que pertenece el auditor o sociedad de auditoría*.

1. Se considerará que el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría no goza de la suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones respecto a una entidad auditada, cuando concurran, además de las circunstancias previstas en otras leyes, las contempladas en el artículo 13 en las personas o entidades, excluidas las personas o entidades a que se refiere el artículo anterior, con las que el auditor de cuentas firmante del informe de auditoría o la sociedad de auditoría en cuyo nombre se realice la auditoría formen una misma red.

Se entenderá por red la estructura a la que pertenece un auditor o una sociedad de auditoría que tenga por objeto la cooperación, así como, que tenga claramente por objetivo compartir beneficios o costes, o que comparta propiedad, control o gestión comunes, políticas y pro-

cedimientos de control de calidad comunes, una estrategia empresarial común, el uso de un nombre comercial común, o una parte significativa de sus recursos profesionales.

En todo caso, se entenderá que forman parte de una misma red las entidades vinculadas a las que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio o las entidades que formen parte de una misma unidad de decisión al estar controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, o que estén vinculadas mediante la existencia de influencia significativa en los términos previstos en el artículo 47 del Código de Comercio.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se tendrán en cuenta las siguientes particularidades:

- a) La condición de cargos directivos o el desempeño de puestos de empleo contemplados en el artículo 13.a) ha de afectar o estar relacionada con la elaboración de información significativa contenida en los estados financieros u otros documentos contables de la entidad auditada.
- b) La concurrencia de las circunstancias contempladas en los párrafos b) y c) del artículo 13, se tendrá en cuenta respecto de aquellas personas que, en las entidades vinculadas, posean la condición de socio, administrador, secretario del órgano de administración o apoderado con mandato general y solo se considerará que el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría no goza de la suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones cuando, por razón de la estructura y dimensión conjunta de la sociedad de auditoría y de las entidades vinculadas con esta, pueda existir relación con posibles efectos o influencia en el resultado del trabajo de auditoría.
- c) Lo dispuesto en el artículo 15, a efectos de considerar a una entidad como vinculada a la entidad auditada, será de aplicación general. No obstante, en los supuestos en los que se tenga la condición de cargo directivo, o se ocupen cargos de empleo o supervisión interna previstos en el artículo 13.a), y en los supuestos contemplados en los párrafos b), e), f), g) e i) del artículo 13, no se aplicará en el caso de que se trate de una entidad respecto de la cual la entidad auditada ejerza control o influencia significativa y esa entidad no sea, en términos de importancia relativa, significativa para la entidad auditada».

Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio [RDRTRLAC]:

«Artículo 51. *Incompatibilidades derivadas de situaciones que concurren en otras personas o entidades que pertenecen a la red del auditor de cuentas o sociedad de auditoría.*

1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 18 del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, se entenderá que una entidad o persona forma parte de la misma red que el auditor de cuentas firmante o la sociedad de auditoría en cuyo nombre se realiza la auditoría, cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Formen parte del mismo grupo por concurrir las relaciones de control a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, y de acuerdo con las normas y presunciones contenidas en los artículos 2 y 3 de las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, aprobadas mediante el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.
- b) Cuando estén sometidas o formen parte de la misma unidad de decisión, en los términos previstos en el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en particular, el párrafo 1.º de la Norma de elaboración de las cuentas anuales 13.ª y el apartado 24.5 del contenido de la memoria, así como las normas que se dicten en su desarrollo.
- c) Cuando estén vinculadas por la existencia de control conjunto o influencia significativa en su gestión, de acuerdo con los artículos 4 y 5 de las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas aprobadas mediante el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

2. A los efectos de lo dispuesto en los artículos 18.2, letras a) y b) del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, se estará respectivamente a lo dispuesto en los artículos 49.1 y 50.3, respectivamente».

«Artículo 60. *Informe anual de transparencia*.

2. El informe anual de transparencia deberá publicarse en los tres meses siguientes a la finalización del año natural, en el caso del de auditores de cuentas, o del ejercicio económico en el de sociedades de auditoría. Conforme a lo dispuesto en el artículo 26 del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, el informe anual de transparencia contendrá, al menos, la siguiente información:

b) Cuando la sociedad de auditoría o el auditor de cuentas estén vinculados a las entidades o personas con las que formen una misma red, se deberá incluir una descripción de dichas entidades y personas, así como de las circunstancias, acuerdos o cláusulas estatutarias que regulen dicha vinculación».

«Artículo 79. *Información a remitir por los auditores de cuentas y sociedades de auditoría*.

1. Los auditores de cuentas inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas en situación de ejercientes remitirán al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en el mes de octubre de cada año, y en relación con los doce meses anteriores, la siguiente información:

- a) Razón social y número de registro de la sociedad o sociedades de auditoría con las que está relacionado. Nombre y apellidos o razón social de las personas o entidades que pertenecen a la misma red contempladas en los artículos 50 y 51 o indicación del lugar donde pueda obtenerse públicamente dicha información.
- b) Relación de las entidades auditadas, el plazo de contratación, la fecha de emisión del informe, el auditor de cuentas firmante, el tipo de opinión, las horas y honorarios facturados, distinguiendo:

2. Los que correspondan por servicios prestados a la entidad auditada por las personas y entidades que pertenecen a la red del auditor de cuentas o sociedad de auditoría a que se refieren los artículos 50 y 51.

Vide RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Un Derecho Específico...», *ob. cit.*, págs. 95 y sigs. GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «El Concepto de Red en la Reforma de la Ley de Auditoría», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 319-341.

¹⁸ Proyecto de Ley 121/000138, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, Número 138-1, de 21 de junio de 2011*, págs. 1-11:

«En el ámbito operativo se incluyen tanto la contratación bilateral como la creación de redes»: *Exposición de Motivos III, párrafo cuarto*.

«En relación con la subdistribución, la estructura y el diseño de los diferentes niveles de la red se deja a la libre voluntad de las partes, requiriendo que exista coordinación temporal de los contratos»: *Exposición de Motivos III, párrafo 13*.

«Las redes de distribución en las que un organizador dirige o coordina el reparto de las funciones comerciales entre varios distribuidores repartidos territorial o sectorialmente. En particular, las redes de distribución integradas, en las que un proveedor ejerce un poder de dirección comercial sobre una pluralidad de distribuidores, caracterizada por una marca o método operativo propio»: *artículo 1.2.d*.

«El contrato de distribución autorizada, por el cual el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que este los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada»: *artículo 2.c*.

«Cuando el diseño de una red de distribución, por atribución contractual o situación de hecho, implique la atribución a un proveedor de un poder de dirección comercial sobre una pluralidad de distribuidores coordinados, dicho poder deberá ejercerse bajo los principios de responsabilidad, desarrollo en interés común e información a los partícipes»: *artículo 4.3*.

«En particular, en el supuesto de ingreso en una red de distribución integrada el proveedor que organice y dirija la misma, y decida entablar negociaciones encaminadas a la posible perfección de un contrato de distribución, suministrará información por escrito si así

lo solicita la otra parte»: «Estructura y extensión de la red de distribución que opera bajo la misma marca al tiempo de celebración del contrato», «Titularidad y condiciones de uso de los signos distintivos que identifiquen el establecimiento, actividad, bienes o servicios de la red de distribución» y «Restricciones a la actividad del distribuidor y exigencias de actuación derivadas de su eventual incorporación a la red de distribución»: *artículo 6.2.c), d) y h).*

«El distribuidor que acceda a una red de distribución integrada deberá informar por escrito si así lo solicita la otra parte sobre los siguientes puntos»: *artículo 6.3.*

«La exigencia de entrega de una cantidad de dinero, de la prestación de una fianza o cualquier otro tipo de garantía, como condición para la incorporación a la red de distribución o para la efectividad de determinadas cláusulas contractuales, deberá ser proporcionada y razonable, atendiendo a la previsión de facturación, al objeto del contrato de distribución y a su duración. En este caso, se deberá precisar tanto las prestaciones garantizadas como contrapartida como las obligaciones recíprocas de las partes en caso de que no llegase a celebrarse el contrato»: *artículo 6.4.*

«El proveedor está obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica que sea precisa para promover la mejor distribución de los bienes y servicios objeto del contrato. El distribuidor que pertenezca a una red de distribución integrada comunicará al proveedor las campañas, servicios promocionales y demás actos realizados para promover la mejor distribución de los bienes y servicios objeto del contrato»: *artículo 10.1.*

«Salvo causa de fuerza mayor o caso fortuito, el proveedor que lidere una red de distribución mantendrá a disposición de los distribuidores integrados en el mismo, en las condiciones convenidas de precio, calidad y entrega, el número de unidades de producto o elementos necesarios según el volumen usual de la demanda»: *artículo 11.2.*

«Cuando exista una red de distribución organizada o dirigida por un proveedor con fijación de una política de promoción de la marca e imagen común, el contrato deberá pronunciarse sobre la necesidad de que el distribuidor que pretenda desarrollar una campaña publicitaria sobre los bienes o servicios que comercializa el sistema obtenga previamente la aprobación de quien o quienes determinen contractualmente dichas políticas de marca e imagen. En ausencia de pacto expreso, será necesaria la autorización previa del proveedor para desarrollar la campaña publicitaria. Esta restricción no ha de impedir a los distribuidores la realización de campañas de promoción que cumplan claramente con la imagen del sistema»: *artículo 16.1.*

«No obstante, el proveedor no podrá negar su consentimiento a la cesión total o parcial del contrato de distribución si la empresa cessionaria pertenece a la red de distribución integrada del proveedor o se compromete por escrito a mantener la organización, medios y recursos que el cedente mantenía afectos a la actividad de distribución»: *artículo 18.2.*

«Las modificaciones del contrato que afecten a las redes de distribución integradas, además deberán ser no discriminatorias entre sus miembros»: *artículo 20.2.*

«La venta multinivel constituye una forma especial de comercio en la que un fabricante o un comerciante mayorista vende sus bienes o servicios a través de una red de comerciantes y/o agentes distribuidores independientes, pero coordinados dentro de una misma red comercial y cuyos beneficios económicos se obtienen mediante un único margen sobre el precio de venta al público, que se distribuye mediante la percepción de porcentajes variables sobre el total de la facturación generada por el conjunto de los vendedores integrados en la red comercial, y proporcionalmente al volumen de negocio que cada componente haya creado. A efectos de lo dispuesto en este artículo, los comerciantes y los agentes distribuidores independientes se considerarán en todo caso empresarios a los efectos previstos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre»: *artículo 29.1.*

«En ningún caso el fabricante o mayorista titular de la red podrá condicionar el acceso a la misma al abono de una cuota o canon de entrada que no sea equivalente a los productos y material promocional, informativo o formativo entregados a un precio similar al de otros homólogos existentes en el mercado y que no podrán superar la cantidad que se determine reglamentariamente. En los supuestos en que exista un pacto de recompra, los productos se

tendrán que admitir a devolución siempre que su estado no impida claramente su posterior comercialización»: *artículo 29.3.*

«Asimismo, con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias»: *artículo 30.2.*

Vide RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Un Derecho Específico...», ob. cit., págs. 97 y sigs.

¹⁹ «Legge 30 luglio 2010, númer. 122 Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto-Legge 31 Maggio 2010, númer. 78, recante Misure Urgenti in Materia di Stabilizzazione Finanziaria e di Competitività Economica [Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* númer. 176 del 30 luglio 2010].

Artículo 42. Reti di imprese.

1. *(soppresso dalla legge di conversione)*

2. Alle imprese appartenenti ad una delle reti di imprese riconosciute ai sensi dei commi successivi competono vantaggi fiscali, amministrativi e finanziari, nonché la possibilità di stipulare convenzioni con l'A.B.I. nei termini definiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge númer. 400 del 1988 entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

2-bis. Il comma 4-ter dell'articolo 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, númer. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, númer. 33, è sostituito dal seguente:

«4-ter. Con il contratto di rete più imprenditori persegono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-quater, il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve indicare:

- a) *il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva;*
- b) *l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi;*
- c) *la definizione di un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalità di realizzazione dello scopo comune e, qualora sia prevista l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo; se consentito dal programma, l'esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile. Al fondo patrimoniale comune costituito ai sensi della presente lettera si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615 del codice civile;*
- d) *la durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori e, se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto,*

ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo;

- e) *se il contratto ne prevede l'istituzione, il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune per l'esecuzione del contratto o di una o più parti o fasi di esso, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto come mandatario comune nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto. Salvo che sia diversamente disposto nel contratto, l'organo comune agisce in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento nonché all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza;*
- f) *le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo, nonché, se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma di rete, le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo.*

2-ter. Il comma 4-quater dell'articolo 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, núm. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009 núm. 33, è sostituito dal seguente:

«4-quater. Il contratto di rete è soggetto a iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari».

2-quater. Fino al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2012, una quota degli utili dell'esercizio destinati dalle imprese che sottoscrivono o aderiscono a un contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, commi 4-ter e seguenti, del decreto-legge 10 febbraio 2009, núm. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, núm. 33, e successive modificazioni, al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare per realizzare entro l'esercizio successivo gli investimenti previsti dal programma comune di rete, preventivamente asseverato da organismi espressione dell'associazionismo imprenditoriale muniti dei requisiti previsti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, ovvero, in via sussidiaria, da organismi pubblici individuati con il medesimo decreto, se accantonati ad apposita riserva, concorrono alla formazione del reddito nell'esercizio in cui la riserva è utilizzata per scopi diversi dalla copertura di perdite di esercizio ovvero in cui viene meno l'adesione al contratto di rete. L'asseverazione è rilasciata previo riscontro della sussistenza nel caso specifico degli elementi propri del contratto di rete e dei relativi requisiti di partecipazione in capo alle imprese che lo hanno sottoscritto. L'Agenzia delle entrate, avvalendosi dei poteri di cui al titolo IV del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, núm. 600, vigila sui contratti di rete e sulla realizzazione degli investimenti che hanno dato accesso all'agevolazione, revocando i benefici indebitamente fruiti. L'importo che non concorre alla formazione del reddito d'impresa non può, comunque, superare il limite di euro 1.000.000. Gli utili destinati al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare trovano espressione in bilancio in una corrispondente riserva, di cui viene data informazione in nota integrativa, e sono vincolati alla realizzazione degli investimenti previsti dal programma comune di rete.

2-quinquies. L'agevolazione di cui al comma 2-quater può essere fruita, nel limite complessivo di 20 milioni di euro per l'anno 2011 e di 14 milioni di euro per ciascuno degli anni 2012 e 2013, esclusivamente in sede di versamento del saldo delle imposte sui redditi dovute per il periodo di imposta relativo all'esercizio cui si riferiscono gli utili destinati al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare; per il periodo di imposta successivo l'acconto delle imposte dirette è calcolato assumendo come imposta del periodo precedente quella che si sarebbe applicata in assenza delle disposizioni di cui al comma

2-quater. All'onere derivante dal presente comma si provvede quanto a 2 milioni di euro per l'anno 2011 mediante utilizzo di quota delle maggiori entrate derivanti dall'articolo 32, quanto a 18 milioni di euro per l'anno 2011 e a 14 milioni di euro per l'anno 2013 mediante utilizzo di quota delle maggiori entrate derivanti dall'articolo 38, commi 13-bis e seguenti, e quanto a 14 milioni di euro per l'anno 2012 mediante corrispondente riduzione del Fondo di cui all'articolo 10, comma 5, del decreto-legge 29 novembre 2004, n.º 282, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 dicembre 2004, n.º 307.

2-sexies. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono stabiliti criteri e modalità di attuazione dell'agevolazione di cui al comma 2-quater, anche al fine di assicurare il rispetto del limite complessivo previsto dal comma 2-quinquies.

2-septies. L'agevolazione di cui al comma 2-quater è subordinata all'autorizzazione della Commissione europea, con le procedure previste dall'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea».

Vide, con carácter específico, CAFAGGI, Fabrizio & IAMICELI, Paola & Mosco, Gian Domenico: *Il Contratto di Rete per la Crescita delle Imprese*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale N.º 364, Giuffrè, Milano, 2012. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Un Derecho Específico...», *ob. cit.*, págs. 92 y sigs.

²⁰ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *Ob. cit.*, pág. 95: «Normas específicas deberían ser ideadas para maximizar la transferencia de conocimiento dentro de las redes»...» Dos problemas deben tratarse en los principios sobre redes contractuales europeas: 1) La desproporcionalidad entre inversiones individuales y beneficios, garantizando especial protección a aquellos que mayor inversión específica realizan. 2) La transferencia no autorizada a terceros, externos a la red. Deben adoptarse pactos que puedan asegurar una fuerte vigilancia contra el oportunismo, pero a menudo es dentro del sistema de vigilancia donde el control sobre la transferencia de conocimiento puede ocurrir. Contra ello es importante que los sistemas de protección no hagan rígida la red, reduciendo la flexibilidad y los incentivos. Finalmente, debe diseñarse un específico régimen sobre los secretos comerciales y el DIP a fin de maximizar los incentivos para la producción de la innovación dentro de la red, pero, al mismo tiempo, para generar un fuerte sistema de vigilancia contra el oportunismo y las filtraciones de conocimiento».

²¹ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* —en lo sucesivo, *DOCE*—, C-3, de 6 de enero de 2001:

«97. Por lo que se refiere a la producción conjunta, también pueden desempeñar una función importante los efectos de red, es decir, los vínculos existentes entre un número considerable de competidores. En un mercado concentrado, la creación de un nuevo vínculo puede introducir un factor desestabilizador y facilitar la colusión, aun cuando las partes posean una cuota conjunta de mercado que, aun siendo significativa, no deje de ser moderada.

108. Ejemplo 2: Situación: Dos proveedores, A y B, crean una empresa en participación en el mismo mercado de referencia del ejemplo 1. La empresa en participación fabrica también el 50% de la producción total de las partes. A y B poseen cada una el 15% de un mercado en el que operan otras tres empresas: C, con una cuota de mercado del 30%, D, con un 25% y E, con un 15%. B ya posee una planta de producción común con E.

Análisis: En este caso, el mercado se caracteriza por la existencia de un número muy reducido de empresas y por estructuras bastante simétricas. La empresa en participación crea un vínculo suplementario entre las empresas. La coordinación entre A y B reforzaría, de hecho, la concentración del mercado y vincularía a E con A y B. Es probable que esta cooperación tenga graves consecuencias restrictivas y, como sucede en el ejemplo 1, no es de esperar que mejore mucho la eficiencia».

El citado tenor es reproducido por los apartados homónimos de las Directrices sobre la Aplicabilidad del artículo 53 del Acuerdo EEE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal, del Órgano de Vigilancia de la AELC —*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C-266, de 31 de octubre de 2002—.

²² Comunicación de conformidad con el artículo 5 del Reglamento Núm. 19/65/CEE del Consejo de 2 de marzo de 1965 sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas Categorías de Acuerdos y Prácticas Concertadas, modificado por el Reglamento (CE) Núm. 1/2003 —*Diario Oficial de la Unión Europea* [en lo sucesivo, *DOUE*], C-235, de 1 de Octubre de 2003—.

²³ *DOUE L-93, de 28 de marzo de 2014.*

²⁴ *DOUE C-89, de 28 de marzo de 2014.*

²⁵ «19.- Con objeto de reforzar el control de las redes paralelas de acuerdos de transferencia de tecnología que produzcan efectos restrictivos similares y que abarquen más del 50 % de un mercado determinado, la Comisión podrá, mediante reglamento, declarar el presente Reglamento inaplicable a los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan determinadas restricciones relativas al mercado de que se trate, restableciendo así la plena aplicación del artículo 101 del Tratado a dichos acuerdos».

«Artículo 7.- *No aplicación del Reglamento.*—

1.- Con arreglo al artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 19/65/CEE, la Comisión podrá declarar mediante reglamento que, cuando existan redes paralelas de acuerdos de transferencia de tecnología similares que abarquen más del 50% de un mercado de referencia, el presente Reglamento no se aplicará a los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan restricciones específicas relativas a dicho mercado».

²⁶ «Artículo 6.- *Retirada en casos individuales.*

1. Con arreglo al artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1/2003, la Comisión podrá retirar el beneficio del presente Reglamento si considera que, en un caso concreto, un acuerdo de transferencia de tecnología al que se aplica la exención prevista en el artículo 2 del presente Reglamento produce, no obstante, efectos incompatibles con el artículo 101, apartado 3, del Tratado, y en particular cuando:

- a) se restrinja el acceso al mercado de las tecnologías de terceros, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciatarios el uso de tecnologías de terceros;
- b) se restrinja el acceso al mercado de posibles licenciatarios, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciatarios o porque el único propietario de tecnología que licencie derechos de tecnología relevantes suscriba una licencia exclusiva con un licenciatario que tenga ya actividad en el mercado del producto sobre la base de derechos de tecnología sustituibles».

²⁷ «130. ...El impacto negativo de las obligaciones de retrocesión también puede verse acrecentado cuando se dan en redes paralelas de acuerdos de licencia. Cuando las tecnologías disponibles están controladas por un número limitado de licenciantes que imponen obligaciones de retrocesión exclusiva a los licenciatarios, hay un mayor riesgo de que estas obligaciones tengan efectos anticompetitivos que cuando hay varias tecnologías y solamente algunas de ellas son objeto de licencias que contienen cláusulas de retrocesión exclusiva».

²⁸ «147. Con arreglo al artículo 6 del RECATT, la retirada está justificada cuando:

- 1) se restrinja el acceso al mercado de las tecnologías de terceros, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciatarios el uso de tecnologías de terceros;
- 2) se restrinja el acceso al mercado de posibles licenciatarios, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciatarios, o porque el único propietario de la tecnología que licencia los derechos de la tecnología pertinentes celebre un acuerdo de licencia exclusivo con un licenciatario que ya esté activo en el mercado de producto, sobre la base de derechos de tecnología sustitutiva. Para ser considerados relevantes, los derechos de tecnología deben ser tanto técnica como comercialmente sustituibles para que el licenciatario pueda estar activo en el mercado de producto de referencia».

²⁹ «148. ...Concretamente, la exención por categorías no tiene en cuenta el efecto acumulativo de las restricciones similares de redes de acuerdos de licencia. Los acuerdos de licencia pueden tener un efecto de exclusión de terceros tanto a nivel de licenciatante como a nivel de licenciario. La exclusión de otros licenciatantes puede deberse al efecto acumulativo de redes de acuerdos de licencia que prohibían a los licenciatarios explotar tecnologías competidoras, lo que puede desembocar en la exclusión de otros (posibles) licenciatantes».

³⁰ «149. El artículo 7 del RECATT faculta a la Comisión para excluir de su ámbito de aplicación, mediante reglamento, las redes paralelas de acuerdos similares que cubran más del 50% de un mercado de referencia. Esta medida no va dirigida a una u otra empresa concreta sino a todas las empresas cuyos acuerdos sean objeto del reglamento por el que se declare la inaplicabilidad del RECATT».

³¹ «151. A efectos del cálculo del índice de cobertura del mercado del 50%, se han de tener en cuenta las distintas redes de acuerdos de licencia que incluyen restricciones, o combinaciones de restricciones, que produzcan efectos similares en el mercado».

³² «153. ...Así, por ejemplo, aunque se tendrán en cuenta todas las redes paralelas de acuerdos de inhibición de la competencia a efectos de la determinación del índice de cobertura del mercado del 50%, la Comisión puede restringir el ámbito de aplicación del reglamento de inaplicación a tan solo las obligaciones de inhibición de la competencia que excedan de cierta duración...».

³³ «153. ... En general, cuando la cuota de mercado de los productos que incorporan una tecnología licenciada de un licenciatante individual no excede del 5%, se considera que el acuerdo o la red de acuerdos que cubren la tecnología no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado».

³⁴ «157. ...Así, por ejemplo, si a causa de los efectos de red en el mercado los consumidores prefieren claramente los productos que incorporan la tecnología licenciada, las demás tecnologías que ya estén presentes en el mercado o que puedan introducirse en él en un plazo de tiempo razonable pueden no constituir una verdadera alternativa y, por consiguiente, pueden ejercer una presión competitiva limitada».

³⁵ «180. ... Una vez que los principales operadores del mercado adoptan cierto formato, los efectos de red pueden hacer muy difícil la supervivencia de formatos alternativos....».

³⁶ «229. ...Los efectos de exclusión pueden ser el resultado de acuerdos concluidos por un único licenciatante que tenga un grado significativo de poder de mercado o de la acumulación de acuerdos concluidos por varios licenciatantes, incluso si cada uno de los acuerdos o red de acuerdos está cubierto por el RECATT».

³⁷ *DOUE, L-259, de 4 de octubre de 2007.*

³⁸ «110. ... El impacto negativo de las obligaciones de retrocesión también puede verse acrecentado cuando se dan en redes paralelas de acuerdos de licencia...».

³⁹ «120. Con arreglo al artículo 6 del Recatt, la retirada está justificada cuando:

- 1) se restrinja el acceso al mercado de las tecnologías de terceros, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohibían a los licenciatarios el uso de tecnologías de terceros;
- 2) se restrinja el acceso al mercado de posibles licenciatarios, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohibían a los licenciatarios conceder licencias a otros licenciatarios...».

⁴⁰ «121. ...Concretamente, la exención por categorías no tiene en cuenta el efecto acumulativo de las restricciones similares de redes de acuerdos de licencia. Los acuerdos de licencia pueden tener un efecto de exclusión de terceros tanto a nivel de licenciatante como a nivel de licenciario. La exclusión de otros licenciatantes puede deberse al efecto acumulativo de redes de acuerdos de licencia que prohibían a los licenciatarios explotar tecnologías competidoras, lo que puede desembocar en la exclusión de otros (posibles) licenciatantes....».

«125. A efectos del cálculo del índice de cobertura del mercado del 50%, se han de tener en cuenta las distintas redes de acuerdos de licencia que incluyen restricciones, o combinaciones de restricciones, que produzcan efectos similares en el mercado».

⁴¹ «123. ...Considerando que la Comisión puede no aplicar el RECATT mediante un Reglamento dirigido a los Estados miembros de la CE, el artículo 7, apartado 2, del RECATT permite al Órgano de Vigilancia de la AELC declarar, mediante una recomendación, que, cuando las redes paralelas de acuerdos similares cubren más del 50% de un mercado de referencia de los Estados de la AELC, no se aplicará el RECATT...».

«127. ... Así, por ejemplo, aunque se tendrán en cuenta todas las redes paralelas de acuerdos de inhibición de la competencia a efectos de la determinación del índice de cobertura del mercado del 50%, el Órgano de Vigilancia puede restringir el ámbito de aplicación de la recomendación a tan solo las obligaciones de inhibición de la competencia que excedan de cierta duración...».

⁴² «131. ... Así, por ejemplo, si a causa de los efectos de red en el mercado los consumidores prefieren claramente los productos que incorporan la tecnología licenciada, las demás tecnologías que ya estén presentes en el mercado o que puedan introducirse en él en un plazo de tiempo razonable pueden no constituir una verdadera alternativa y, por consiguiente, pueden ejercer una presión competitiva limitada...».

«152. ...Una vez que los principales operadores del mercado adoptan cierto formato, los efectos de red pueden hacer muy difícil la supervivencia de formatos alternativos...».

⁴³ *DOUE, C-130, de 19 de mayo de 2010.*

⁴⁴ «75. Es posible que no se reúnan las condiciones para acogerse a una exención en aplicación de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 3, en particular si el acceso al mercado de referencia o la competencia en dicho mercado quedan restringidos de modo significativo por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos verticales similares puestos en práctica por proveedores o compradores competidores. Debe considerarse que las redes paralelas de acuerdos verticales son similares si incluyen restricciones que producen efectos similares en el mercado. Esta situación se puede producir, por ejemplo, si en un mercado concreto, determinados proveedores practican una mera distribución selectiva cualitativa mientras que otros proveedores llevan a cabo una distribución selectiva cuantitativa. Tal situación también puede darse cuando, en un mercado concreto, el uso acumulativo de criterios cualitativos excluye a los distribuidores más eficientes. En tales circunstancias, la evaluación debe tener en cuenta las consecuencias contrarias a la competencia atribuibles a cada red concreta de acuerdos. Cuando proceda, la retirada puede afectar solamente a un criterio cualitativo concreto o solamente a las limitaciones cuantitativas impuestas al número de distribuidores autorizados.

79.- El artículo 6 del Reglamento de Exención por Categorías faculta a la Comisión para excluir de su ámbito de aplicación, mediante reglamento, las redes paralelas de restricciones verticales similares en caso de que abarquen más del 50% de un mercado de referencia. Esta medida no se dirige a empresas individuales sino que concierne a todas aquellas empresas cuyos acuerdos se definen en el Reglamento por el que se declara la inaplicabilidad del Reglamento de Exención por Categorías».

⁴⁵ «83. ... Así por ejemplo, mientras que todas las redes paralelas de aquellos acuerdos del tipo de marca única deberán ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el índice de cobertura del mercado del 50%, cabe la posibilidad, sin embargo, de que la Comisión restrinja el ámbito de aplicación del reglamento de inaplicabilidad solo a las obligaciones de no competencia que excedan de una determinada duración...».

⁴⁶ *DOCE, L-102, de 23 de abril de 2010.*

⁴⁷ «15. Para determinar si el beneficio de la aplicación del presente Reglamento debe ser retirado o no en virtud del artículo 29 del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, revisten una especial importancia los efectos contrarios a la competencia que puedan derivar de la existencia de redes paralelas de acuerdos verticales que produzcan efectos similares que restrinjan de forma significativa el acceso al mercado de referencia o la competencia en dicho mercado. Tales efectos cumulativos pueden, por ejemplo, surgir en el caso de acuerdos de distribución selectiva o de obligaciones de no competir».

«16. Con objeto de reforzar la supervisión de redes paralelas de acuerdos verticales que tengan efectos contrarios a la competencia similares y que abarquen más del 50% de un

mercado determinado, la Comisión podrá, mediante reglamento, declarar el presente Reglamento inaplicable a los acuerdos verticales que contengan determinadas restricciones relativas al mercado de que se trate, restaurando así la plena aplicación del artículo 101 del Tratado respecto de dichos acuerdos».

⁴⁸ «*Artículo 6. No aplicación del Reglamento.*— Con arreglo al *artículo 1 bis* del Reglamento núm. 19/65/CEE, la Comisión podrá declarar mediante un Reglamento que, cuando existan redes paralelas de restricciones verticales similares que abarquen más del 50% de un mercado de referencia, el presente Reglamento no se aplicará a los acuerdos verticales que contengan restricciones específicas relativas a dicho mercado».

⁴⁹ *Vide*, a este respecto, CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, págs. 37 y sigs., quien, como criterio de *lege ferenda*, se pronuncia a favor de los modelos de contratos multilaterales y vinculados: pág. 94. Igualmente, en «Redes Contractuales y Teoría Contractual...», *ob. cit.*, págs. 30 y sigs. y 45 y sigs.

⁵⁰ *DOUE C-11, de 14 de enero de 2011.*

«*Apartado 7.* ... las presentes Directrices ayudarán a las empresas a evaluar la compatibilidad de todo acuerdo de cooperación con el artículo 101. Estos criterios, sin embargo, no constituyen una «lista de control» que pueda aplicarse mecánicamente...».

«La evaluación con arreglo al artículo 101 consta de dos fases. La primera, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, evalúa si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados Miembros tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia. Los efectos contrarios a la competencia y los favorables se sopesan exclusivamente en el marco del artículo 101, apartado 3. En caso de que los efectos favorables no compensen una restricción de la competencia, el artículo 101, apartado 2, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho» —*apartado 20 DACH*—.

Vide EMANUELSON, Anna: «Standardisation Agreements in the Context of the New Horizontal Guidelines», en *European Competition Law Review*. Núm. 2, London, 2012, págs. 69-76.

⁵¹ *DOUE C-101, de 27 de abril de 2004.*

⁵² «Por ejemplo, entre dos empresas activas en los mismos mercados de productos pero en mercados geográficos diferentes sin ser competidores potenciales».

⁵³ «Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios...»... pudiendo ser también «un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación».

Vide BASARAN, Halil Rahman: «How Should Article 81 EC Address Agreements that Yield Environmental Benefits?», en *European Competition Law Review*. Núm. 9, London, 2006, págs. 479-484.

⁵⁴ Ello no obstante, «las empresas continúan sujetas al artículo 101 cuando el derecho nacional se limite a fomentar o facilitar su conducta autónoma y anticompetitiva. Dicho de otro modo, el hecho de que las autoridades públicas fomenten un acuerdo de cooperación horizontal no significa que esté permitido en virtud del artículo 101. Únicamente deja de aplicarse el artículo 101 si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o si crea un marco jurídico que excluye toda posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas. En tal situación, la restricción de la competencia no es atribuible, como requiere tácitamente el artículo 101, a la conducta autónoma de las empresas y estas están amparadas frente a las consecuencias de una infracción de dicho artículo» —*apartado 22 DACH*—.

⁵⁵ «El análisis de los acuerdos de cooperación horizontal tiene ciertos elementos comunes con el análisis de las concentraciones horizontales en cuanto a los efectos restrictivos poten-

ciales, en especial por lo que se refiere a las empresas en participación. A menudo existe una separación muy tenue entre las empresas en participación con plenas funciones, que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones, y las que no tienen plenas funciones, que se evalúan de conformidad con el artículo 101. Por consiguiente, los efectos de ambas pueden ser muy similares» —*apartado 21 DACH*—.

⁵⁶ «Es probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia en el mercado de referencia cuando puede esperarse con un razonable grado de probabilidad que, debido al acuerdo, las partes estén en condiciones de incrementar rentablemente el precio o reducir la producción, la innovación, la calidad del producto o su variedad. Esto dependerá de varios factores tales como la naturaleza y contenido del acuerdo, hasta qué punto las partes, individual o conjuntamente, tienen o consiguen cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso del mismo» —*apartado 28 DACH*—.

⁵⁷ «El acuerdo puede tener estos efectos cuando reduce de forma apreciable la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de ellas y terceros. Esto significa que el acuerdo debe reducir la independencia de la toma de decisiones de las partes, ya sea debido a las obligaciones contenidas en el acuerdo que rigen la conducta de mercado de por lo menos una las partes, ya sea influyendo en la conducta de mercado de por lo menos una de las partes produciendo un cambio en sus incentivos» —*apartado 27 DACH*—.

⁵⁸ «Por lo tanto para probar los efectos restrictivos de la competencia reales o potenciales, es necesario tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia de terceros, en especial la competencia real o potencial que habría existido si no hubiera acuerdo. Esta comparación no tiene en cuenta las eventuales mejoras de eficiencia generadas por el acuerdo, pues estas solo se evaluarán de conformidad con el artículo 101, apartado 3» —*apartado 29 DACH*—.

⁵⁹ «Por ejemplo, de las empresas en participación duraderas con todas las funciones de una entidad económica autónoma —“empresas en participación con plenas funciones”»—... «No obstante, al evaluar si existe una empresa en participación con plenas funciones, la Comisión examina si la empresa en participación es autónoma desde el punto de vista operativo. Esto no significa que tenga autonomía con relación a sus empresas matrices por lo que respecta a la adopción de sus decisiones estratégicas»... «Por otra parte, también cabe recordar que si la creación de una empresa en participación a tenor del artículo 3 del Reglamento de Concentraciones tiene por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará con arreglo al artículo 101 del TFUE (véase artículo 2, apartado 4 del Reglamento de concentraciones)».

⁶⁰ *DOCE C-101, de 27 de abril de 2004*.

⁶¹ *AGRICULTURA*: Reglamento (CE) Núm. 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre Aplicación de Determinadas Normas sobre la Competencia a la Producción y al Comercio de Productos Agrícolas —*DOUE L-214, de 4 de agosto de 2006*—.

TRANSPORTE. Reglamento (CE) Núm. 169/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por el que se Aplican las Normas de la Competencia a los Sectores de los Transportes por Ferrocarril, por Carretera y por Vía Navegable —*DOUE L-61, de 5 de marzo de 2009*—; Reglamento (CE) Núm. 246/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la Aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a Determinadas Categorías de Acuerdos, Decisiones y Prácticas Concertadas entre Compañías de Transporte Marítimo de Línea (Consorcios) —*DOUE L-79, de 25 de marzo de 2009*—; Reglamento (CE) Núm. 823/2000 de la Comisión, de 19 de abril de 2000, sobre la Aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a Determinadas Categorías de Acuerdos, Decisiones y Prácticas Concertadas entre Compañías de Transporte Marítimo de Línea Regular (Consorcios) [Texto pertinente a efectos del EEE] —*DOUE L-100, de 20 de abril de 2000*— y las Directrices sobre la Aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los Servicios de Transporte Marítimo —*DOUE C-245, de 26 de septiembre de 2008*—.

SEGUROS: Reglamento (UE) Núm. 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la Aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos, Decisiones y Prácticas Concertadas en el Sector de los Seguros —*DOUE L-83, de 31 de marzo de 2010*—.

⁶² «Estos acuerdos pueden producir la pérdida de competencia entre las partes del acuerdo. Los competidores también pueden beneficiarse de la reducción de la presión competitiva resultante del acuerdo y, por lo tanto, puede resultarles rentable aumentar sus precios. La reducción de esa presión competitiva puede dar lugar a incrementos de precios en el mercado de referencia. Factores tales como el hecho de que las partes del acuerdo tengan cuotas de mercado elevadas, que sean competidores cercanos, que los clientes tengan posibilidades limitadas de cambiar de proveedor, que sea improbable que los competidores aumenten la oferta si suben los precios, y que una de las partes del acuerdo sea una fuerza competitiva importante, son todos ellos pertinentes para la evaluación del acuerdo desde el punto de vista de la competencia» —*apartado 34 DACH*—.

⁶³ «Los acuerdos de cooperación horizontal pueden limitar la competencia de varias maneras. El acuerdo puede:

— ser exclusivo en el sentido de que limita la posibilidad de las partes de competir entre sí o con terceros como operadores económicos independientes o como partes de otros acuerdos competitivos;

— obligar a las partes a aportar unos activos tales que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente; o

— afectar a los intereses financieros de las partes de tal manera que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente. Tanto los intereses financieros en el acuerdo como los intereses financieros en otras partes del acuerdo son pertinentes para la evaluación» —*apartado 33 DACH*—.

⁶⁴ *Apartado 35 DACH*.— «Un acuerdo de cooperación horizontal puede también:

llevar a la divulgación de información estratégica, lo que aumenta la probabilidad de coordinación entre las partes dentro o fuera del ámbito de la cooperación;

lograr unos costes comunes considerables (es decir, la proporción de costes variables comunes a las partes), de tal modo que las partes puedan coordinar más fácilmente los precios de mercado y la producción».

Apartado 36 DACH.— «El alcanzar costes comunes considerables mediante un acuerdo de cooperación horizontal solo puede permitir a las partes coordinar con mayor facilidad los precios de mercado y la producción si las partes tienen poder de mercado, si existen unas características de mercado que conduzcan a semejante coordinación, si el ámbito de cooperación representa una parte elevada de los costes variables de las partes en un determinado mercado y si las partes combinan en gran medida sus actividades en el ámbito de la cooperación. Así puede ocurrir, por ejemplo, si fabrican o compran conjuntamente un bien intermedio importante o si fabrican o distribuyen conjuntamente una parte considerable de su producción total de un producto final».

⁶⁵ La determinación del concepto «corto periodo de tiempo» depende de las circunstancias de hecho del asunto, de su contexto jurídico y económico y, en especial, de si la empresa en cuestión es o no parte del acuerdo. En el primer caso, es decir, cuando se analice si una parte de un acuerdo debe ser considerada un competidor potencial de la otra parte, la Comisión considerará por lo general un «corto periodo de tiempo» un periodo más largo que en el segundo caso, es decir, cuando se analice la capacidad de un tercero para ejercer una presión competitiva sobre las partes de un acuerdo. Para considerar que un tercero es un competidor potencial, la entrada en el mercado debería realizarse con suficiente rapidez de tal modo que la amenaza de la entrada potencial ejerza una presión sobre el comportamiento de las partes y de otros participantes en el mercado. Por estas razones, tanto el Reglamento de exención de los acuerdos de I+D como el de los acuerdos de especialización, consideran que un periodo de no más de tres años es un «corto periodo de tiempo» —*apartado 10, cita a pie de página núm. 3 DACH*—.

⁶⁶ La evaluación conduce a determinar la probabilidad de que una empresa realice las actuaciones necesarias para entrar en el mercado de referencia de otra empresa se ha de basar en hechos realistas, pues no basta con la mera posibilidad teórica de entrar en un mercado.

En este sentido, la Comunicación de la Comisión relativa a la Definición de Mercado de Referencia a efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia [en lo sucesivo, CCDMR] —*Diario Oficial de las Comunidades Europeas C-372, de 9 de diciembre de 1997*— establece, respecto de la *competencia potencial*, que esta «no se tiene en consideración para la definición de los mercados, puesto que las condiciones en las que la competencia potencial representará realmente una presión depende del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso. En caso necesario, este análisis no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantea problemas desde el punto de vista de la competencia» —*apartado 24*—.

⁶⁷ «Cuando una empresa ejerce una influencia decisiva sobre otra empresa, forman una única entidad económica y, por lo tanto, forman parte de la misma empresa. Esto es también aplicable a las empresas hermanas, es decir, las empresas sobre las que ejerce una influencia decisiva la misma sociedad matriz. Por lo tanto, no se considera que sean competidoras incluso aunque operen en los mismos mercados de productos y geográfico de referencia» —*apartado 11 DACH*—.

⁶⁸ *Vide*, en este sentido, *apartado 18* Directrices Generales: «Para evaluar si un acuerdo o parte del mismo pueden restringir la competencia intermarca y/o intramarca debe estudiarse cómo y hasta qué punto el acuerdo afecta o es probable que afecte a la competencia en el mercado. Las dos preguntas siguientes ofrecen un marco útil para efectuar dicha evaluación. La primera pregunta se refiere a la incidencia del acuerdo sobre la competencia intermarca y la segunda a su incidencia sobre la competencia intramarca. Dado que las restricciones pueden afectar a ambos tipos de competencia a la vez, puede ser necesario analizar una restricción a la luz de ambas preguntas antes de poder concluirse si se restringe o no el juego de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 81:

¿Restringe el acuerdo la competencia real o potencial que hubiera existido sin el mismo? Si la respuesta es afirmativa, es aplicable al acuerdo lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81. Para esta evaluación es preciso tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia por parte de terceros. Por ejemplo, cuando dos empresas establecidas en diferentes Estados Miembros se comprometen a no vender productos en sus respectivos mercados, la competencia (potencial) que existía antes del acuerdo se ve restringida. Del mismo modo, cuando un proveedor impone a sus distribuidores obligaciones de no vender productos competidores y esa obligación impide el acceso de terceros al mercado, la competencia real o potencial que habría existido en ausencia del acuerdo se ve restringida. Para evaluar si las partes de un acuerdo son competidores reales o potenciales el contexto económico y legal debe tenerse en cuenta. Por ejemplo, cuando, debido a los riesgos financieros y las capacidades técnicas de las partes es, según factores objetivos, poco probable que cada una de las partes pueda realizar por sí sola las actividades que contempla el acuerdo, se considera que las partes son no competidoras por lo que respecta a esa actividad. Corresponde a las partes presentar pruebas a tal efecto.

¿Restringe el acuerdo la competencia real o potencial que hubiera existido en ausencia de la restricción o restricciones contractuales? En caso afirmativo, es aplicable al acuerdo lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81. Por ejemplo, cuando un proveedor impide a sus distribuidores competir entre sí, se restringe la competencia (potencial) que podría haber existido entre los distribuidores en ausencia de las restricciones. Entre este tipo de restricciones figura la imposición de precios de reventa y las restricciones a las ventas por territorios o clientes entre distribuidores. Sin embargo, en determinados casos puede no ser aplicable el apartado en el caso de que estas sean objetivamente necesarias para la existencia de un acuerdo de ese tipo o naturaleza. Esta exclusión de la aplicación del apartado 1 del artículo 81 únicamente puede efectuarse en función de factores objetivos y externos a los propios interesados, y no según sus puntos de vista y características subjetivas. La cuestión no es si las partes, en su particular situación, no habrían aceptado celebrar un acuerdo menos restrictivo, sino si, dada la naturaleza del acuerdo y las características del mercado, unas empresas que estuviesen

en situación similar no habrían concluido un acuerdo menos restrictivo. Por ejemplo, las restricciones territoriales entre un proveedor y un distribuidor pueden quedar, durante un determinado periodo, fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 cuando sean objetivamente necesarias para que el distribuidor penetre en un nuevo mercado. Del mismo modo, la imposición a todos los distribuidores de la prohibición de vender a determinadas categorías de usuarios finales puede no ser restrictiva de la competencia si es objetivamente necesaria por motivos de seguridad o sanidad o debido a naturaleza peligrosa del producto en cuestión. No bastan los argumentos según los cuales, si el proveedor no hubiera recurrido a una restricción, hubiera optado por la integración vertical. Las decisiones de recurrir o no a una integración vertical dependen de diversos y complejos factores económicos, algunos de los cuales son de índole interna a la empresa interesada».

⁶⁹ «Para considerar que la entrada ejerce una presión competitiva suficiente sobre las partes de un acuerdo, hay que demostrar que es probable, oportuna y suficiente para disuadir o impedir cualquier efecto restrictivo potencial del acuerdo de cooperación horizontal. La existencia de acuerdos puede afectar al análisis de la entrada. La terminación probable o posible de un acuerdo de cooperación horizontal puede influir en la probabilidad de la entrada» —apartado 47 DACH—.

⁷⁰ «Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo unos precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia».

⁷¹ «Por ejemplo, por suponer la exclusión de competidores aumentando sus costes y limitando su capacidad de competir eficazmente con las partes del acuerdo».

⁷² *Apartado 7. CCDMR.*— «Los reglamentos basados en los artículos 85 y 86 del Tratado, especialmente la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento Núm. 17 y la sección 6 del formulario CO relativo al Reglamento (CEE) Núm. 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, ofrecen las definiciones siguientes. El mercado de producto se define como sigue: «El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos».

Apartado 8. CCDMR.— «El mercado geográfico de referencia se define como sigue: «El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas»—.

Apartado 9. CCDMR.— «Así pues, el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico. La Comisión interpreta las definiciones de los punto 7 y 8 (que reflejan la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, así como su propia práctica decisoria) siguiendo las orientaciones definidas en la presente Comunicación».

Vide, a este respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de Febrero de 1979 [Asunto 85/76], especialmente en sus *apartados 49, 51 y 65*.

⁷³ *Apartado 44 DACH.*— «Si las partes tienen una pequeña cuota de mercado conjunta, es improbable que el acuerdo de cooperación horizontal dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, y, por lo general, no será necesario ningún otro análisis. El significado de la expresión “pequeña cuota de mercado conjunta” depende del tipo de acuerdo y se puede deducir a partir de los umbrales de las salvaguardias regulatorias establecidos en diferentes capítulos de las presentes Directrices y, de forma más general, a partir de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible a tenor del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*), («la Comunicación *de minimis*»). Si solo

hay dos partes y una no tiene más que una cuota de mercado insignificante y no posee recursos importantes, normalmente ni siquiera una alta cuota de mercado conjunta podrá considerarse como indicio de un probable efecto restrictivo de la competencia en el mercado... Si hay más de dos partes, entonces la cuota colectiva de todos los competidores cooperadores tiene que ser significativamente superior a la cuota individual del mayor competidor participante».

Ello no obstante, en función de la posición de las partes en un mercado y del índice de concentración de este, será necesario tener en cuenta también otros factores como la estabilidad de las cuotas de mercado en el tiempo, las barreras de entrada, la probabilidad de que se produzcan otras entradas en el mercado y el poder de negociación de los compradores/proveedores —*apartado 45 DACH*—.

⁷⁴ *Apartado 54. CCDMR*.— «Si bien para calcular la cuota de mercado normalmente se parte de las ventas, existen también otros indicadores, según el producto o el sector, que pueden aportar información útil, tales como la capacidad, el número de licitadores, las unidades de flota en la industria aeroespacial, o las reservas existentes cuando se trata de sectores como la minería».

Apartado 55. CCDMR.— «Por experiencia se sabe que tanto el volumen como el valor de las ventas proporcionan información útil. En el caso de productos diferenciados, suele considerarse que el valor de las ventas y la cuota de mercado correspondiente refleja mejor la posición y fuerza relativa de cada proveedor»

⁷⁵ Por ejemplo, si el mercado es de carácter muy dinámico y si la estructura del mercado es inestable debido a la innovación o al crecimiento.

⁷⁶ A este respecto, las Directrices sobre los Acuerdos de Colaboración Horizontal presentan una presunción negativa —y, por consiguiente, contraria a la competencia— sobre los acuerdos que no impliquen la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios, ya que «tienen menos probabilidades de generar mejoras de eficiencia que beneficien a los consumidores. Estos acuerdos pueden reducir la duplicación de ciertos costes, por ejemplo porque se pueden eliminar ciertos costes fijos. Sin embargo, por lo general es menos probable que este ahorro de costes fijos dé lugar a beneficios para los consumidores que el ahorro de, por ejemplo, costes variables o marginales» —*apartado 52 DACH*—.

⁷⁷ *DOUE L-335, de 18 de diciembre de 2010; CC.EE. DOUE L-152, de 11 de junio de 2011*.

⁷⁸ «Por ejemplo, el centro de gravedad de un acuerdo de cooperación horizontal que abarque tanto la I+D conjunta como la producción conjunta de los resultados será por lo general la I+D conjunta, ya que solo habrá producción conjunta si la I+D conjunta tiene éxito. Esto implica que los resultados de la I+D conjunta son decisivos para la posterior producción conjunta. La evaluación del centro de gravedad cambiará si las partes se hubieran dedicado a la producción conjunta en cualquier caso, es decir, con independencia de la I+D conjunta, o si el acuerdo prevé una integración total en el área de la producción y una integración solo parcial de algunas actividades de I+D. En este caso, el centro de gravedad será la producción conjunta» —*apartado 14 DACH*—.

⁷⁹ «Este es el caso de las actividades de investigación y desarrollo orientadas a mejoras o ligeras modificaciones como, por ejemplo, nuevos modelos de un producto. En esta situación, los efectos potenciales afectan al mercado de los productos existentes» —*apartado 112 DACH*—.

⁸⁰ «No obstante, muchos casos se hallan entre estos dos extremos: se trata de situaciones en las cuales las actividades de innovación pueden desembocar en la puesta a punto de productos (o tecnologías) que sustituirán, a largo plazo, a productos (o tecnologías) existentes (por ejemplo, los discos compactos, que sustituyeron a los discos de vinilo). El análisis profundo de estas situaciones podría exigir un estudio de ambas cosas, es decir los mercados existentes y el impacto de los acuerdos sobre la innovación» —*apartado 112 DACH*—.

⁸¹ Por ejemplo, debido al intercambio de información confidencial desde el punto de vista de la competencia relativa al mercado de productos existentes.

⁸² Por ejemplo, si unos fabricantes de automóviles cooperan para la investigación y desarrollo de un nuevo tipo de motor, el mercado del automóvil puede resultar afectado por esta cooperación.

⁸³ «Se entiende por polos competidores de I+D las actividades de I+D orientadas a un nuevo producto o una nueva tecnología, así como los sustitutos de esta I+D, es decir la I+D dirigida a desarrollar productos o tecnologías sustitutivos de los que son objeto de la cooperación en cuestión y que sigan un calendario similar» —apartado 120 DACH—. Este sería, por ejemplo, el caso de la industria farmacéutica.

⁸⁴ La medición de la verosimilitud de los polos competidores debe realizarse atendiendo a los siguientes aspectos: la naturaleza, el alcance y la importancia de otras posibles actividades de I+D, su acceso a los recursos financieros y humanos, a los conocimientos técnicos y a las patentes, otros activos específicos, su calendario y su capacidad de explotar los posibles resultados.

⁸⁵ *Apartado 19 RDCAID*.— «De conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión podrá retirar el beneficio de la aplicación del presente Reglamento, cuando, en un caso específico considere que un acuerdo de investigación y desarrollo al que se aplica la exención del artículo 2 surte, a pesar de todo, determinados efectos incompatibles con lo establecido en el artículo 101, apartado 3, del Tratado».

Apartado 20 RDCAID.— «En virtud del artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, la autoridad de competencia de un Estado Miembro podrá retirar la cobertura del presente Reglamento en su territorio o en una parte de él, cuando, en un caso determinado, considere que un acuerdo al que se aplica la exención establecida en el presente Reglamento produce efectos incompatibles con lo establecido en el artículo 101, apartado 3, del Tratado en su territorio o en una parte de él que presenta todas las características de un mercado geográfico distinto».

Apartado 21 RDCAID.— «Con arreglo al artículo 29 del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, el beneficio del presente Reglamento podrá retirarse, por ejemplo, cuando la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte seriamente la posibilidad de que terceros lleven a cabo actividades de investigación y desarrollo en el campo de que se trate a causa de las limitadas capacidades de investigación alternativas disponibles; cuando, debido a la estructura especial de la oferta, la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte seriamente el acceso de terceros al mercado de los productos o tecnologías considerados en el contrato; cuando, sin razones objetivamente justificadas, las partes no exploten los resultados de la investigación y desarrollo en común frente a terceros; cuando los productos o tecnologías considerados en el contrato no sean objeto, en el conjunto del mercado interior o en una parte significativa del mismo, de una competencia efectiva de productos, tecnologías o procesos considerados como similares por los usuarios a causa de sus propiedades, precio o finalidad, o cuando la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo elimine la competencia efectiva en la investigación y el desarrollo en un mercado particular».

⁸⁶ A este respecto, se ha de tener en cuenta la Comunicación de la Comisión Directrices relativas a la Aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Transferencia de Tecnología —en lo sucesivo, DATT—: «Una vez definidos los mercados de referencia, pueden asignarse cuotas de mercado a las diversas fuentes de competencia del mercado, cuotas que servirán de indicador de la fortaleza relativa de los operadores del mercado. En el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte que le corresponde a cada tecnología del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Pero con frecuencia esta opción es más teórica que real dada la falta de información clara sobre los cánones. Otro método alternativo, que se usa para el cálculo de la salvaguardia regulatoria, tal como se explica en el artículo 8, letra d), del RECATT, consiste en calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de productos que incorporan la tecnología licenciada en los mercados de productos descendentes [para más detalles, véase el punto (85) y sigs.]. En casos individuales que no

pueden acogerse a la salvaguardia regulatoria del RECATT puede ser necesario, si resulta factible, aplicar ambos planteamientos para evaluar con mayor precisión la posición de mercado del licenciatario, además de tener en cuenta otros factores que dan una buena indicación de la posición de mercado relativa de las tecnologías disponibles [para más factores, véanse los puntos (156) y (158) y sigs.]» —*apartado 25*—.

«...En el caso de los mercados tecnológicos, del artículo 8, letra d), de dicho Reglamento se desprende que, tanto para el producto como para la dimensión geográfica del mercado de referencia, la cuota de mercado del licenciatario se calculará sobre la base de las ventas del licenciatario y de todos los licenciatarios de productos que incorporen la tecnología licenciada. Con este planteamiento, el total de las ventas del licenciatario y de los licenciatarios de productos contractuales se calcula como parte de todas las ventas de productos competidores, con independencia de que el producto incorpore una tecnología que es licenciada» —*apartado 86*—.

⁸⁷ «Primero, puede reducir o retrasar la innovación, haciendo que llegue al mercado un número de productos menor o de peor calidad que los que llegarían en caso contrario. En segundo lugar, en los mercados de productos o de tecnología la cooperación en I+D puede reducir perceptiblemente la competencia entre las partes ajena al acuerdo o puede hacer que la coordinación anticompetitiva en estos mercados sea probable, dando así lugar a precios mayores. Solo puede surgir un problema de exclusión del mercado en el marco de una cooperación en la que participe al menos un operador con un poder de mercado significativo (que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante) en una tecnología clave y que dé lugar a una explotación exclusiva de los resultados» —*apartado 127 DACH*—.

«En algunos casos puede haber efectos restrictivos de la competencia en forma de incremento de precios o de reducción de la producción, la innovación, la calidad del producto o de la variedad de mercados existentes y en forma de impacto negativo en la innovación mediante la ralentización del desarrollo. Por ejemplo, si competidores importantes en un mercado de tecnologías existente cooperan con el fin de poner a punto una nueva tecnología susceptible de sustituir, a largo plazo, productos existentes, esta cooperación producirá probablemente efectos restrictivos si las partes tienen un poder de mercado significativo en el mercado existente (lo que les incitará a explotarlo) y si también tienen una posición de fuerza en las actividades de investigación y desarrollo. Es posible que se registren efectos similares si la principal empresa de un mercado existente coopera con un competidor mucho más pequeño, o incluso con un competidor potencial que está a punto de hacer su aparición en el mercado con un nuevo producto o una nueva tecnología que puede amenazar la posición de la empresa existente» —*apartado 139 DACH*—.

⁸⁸ A este respecto, cabe señalar que no hay ningún umbral absoluto por encima del cual quepa suponer que un acuerdo de investigación y desarrollo crea o mantiene poder de mercado y por lo tanto, resulte probable que dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101.1 TFUE —*apartado 134 DACH*—.

⁸⁹ En este mismo sentido, el *apartado 6 RDCAID* expresamente manifiesta que «los acuerdos suscritos con el fin de emprender una investigación en común o de desarrollar en común los resultados de una investigación hasta la fase de aplicación industrial exclusiva no entran en general en el campo de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado. No obstante, en determinadas circunstancias, como cuando las partes acuerdan no llevar a cabo otras actividades de investigación y desarrollo en el mismo ámbito, renunciando así a la posibilidad de obtener ventajas competitivas frente a las demás partes, esos acuerdos pueden entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado, por lo que procede incluirlos en el ámbito del presente Reglamento».

⁹⁰ «Una cooperación en I+D entre no competidores puede, sin embargo, producir efectos de exclusión de conformidad con el artículo 101, apartado 1, si se refiere a una explotación exclusiva de los resultados y si se concluye entre empresas, de las cuales una tiene un grado significativo de poder de mercado (que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante), respecto de una tecnología clave» —*apartado 130, cita pie de página 1, DACH*—.

⁹¹ «Por ejemplo, las partes no podrían considerarse competidoras potenciales por el mero hecho de que la cooperación les permita realizar las actividades de I+D. La cuestión determinante consiste en saber si cada parte dispone independientemente de los medios necesarios en términos de activos físicos, conocimientos técnicos u otros recursos» —apartado 130 DACH—.

⁹² «Esto se aplica muy especialmente a las actividades de I+D destinadas a mejorar ligeramente los productos o tecnologías existentes. Si, en dicho caso, la cooperación en I+D contempla una explotación conjunta limitada a la concesión de licencias a terceros, no es probable que se produzcan efectos restrictivos tales como la exclusión del mercado. En cambio, si la cooperación se extiende a la producción o comercialización conjunta de los productos o tecnologías a los que se incorporarán estas ligeras mejoras, deberá ser objeto de un examen más pormenorizado. Es más probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia en forma de incremento de precios o de reducción de la producción en los mercados existentes si en esta situación intervienen competidores potentes» —apartado 137 DACH—.

⁹³ «Dichos efectos son normalmente resultado directo del acuerdo entre las partes. Incluso un acuerdo puro de I+D puede restringir la innovación. Sin embargo, por lo general es improbable que la cooperación en I+D referente a productos enteramente nuevos dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a menos que solo exista un número limitado de polos alternativos de I+D verosímiles. Este principio sigue siendo válido en gran medida cuando la cooperación abarca la explotación conjunta de los resultados o incluso su comercialización conjunta. En estos casos el problema de la explotación conjunta solo puede producir efectos restrictivos de la competencia cuando entra en juego la exclusión del acceso a tecnologías fundamentales. No obstante, estos problemas no se plantearán si las partes conceden licencias que permitan a los terceros competir de manera efectiva» —apartado 138 DACH—.

⁹⁴ Directrices Relativas a la Aplicación del Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado: «...todas las mejoras de eficiencia alegadas deberán justificarse, de modo que puedan verificarse los puntos siguientes: a) la naturaleza de las eficiencias; b) el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias; c) la probabilidad e importancia de cada eficiencia alegada y d) cómo y cuándo se obtendrá cada supuesta eficiencia... La letra a) permite determinar si las eficiencias alegadas son de carácter objetivo... La letra b) permite comprobar que exista un vínculo causal suficiente entre el acuerdo restrictivo y las supuestas eficiencias. Para que se cumpla esta condición, en general las eficiencias deben ser resultado de la actividad económica que constituye el objeto del acuerdo. Dicha actividad puede consistir, por ejemplo, en la distribución, la concesión de licencias de tecnología, la producción o la investigación y desarrollo conjuntos. No obstante, cuando un acuerdo permita aún mayores mejoras de eficiencia en el mercado de referencia, por ejemplo, por dar lugar a una reducción de los costes en todo el sector, se tendrán en cuenta tales beneficios adicionales» —apartados 51 a 53—.

⁹⁵ Directrices Relativas a la Aplicación del Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado: «El proceso de investigación y desarrollo, producción y distribución puede considerarse como una cadena de valor que puede dividirse en una serie de etapas. En cada etapa de esta cadena, la empresa debe optar entre realizar la actividad por sí sola, realizarla conjuntamente con otra u otras empresas o encomendarla íntegramente a otra u otras empresas» —apartado 61—.

⁹⁶ Directrices Relativas a la Aplicación del Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado: «Los avances técnicos y tecnológicos constituyen un elemento esencial y dinámico de la economía, que aporta importantes beneficios en forma de bienes y servicios nuevos o mejorados. Mediante la cooperación, las empresas pueden crear eficiencias que en ausencia del acuerdo restrictivo hubieran resultado imposibles o solo posibles con considerable retraso o a costes más elevados. Tales eficiencias constituyen una importante fuente de los beneficios económicos contemplados en la primera condición del apartado 3 del artículo 81. Entre los acuerdos que pueden generar eficiencias de esta naturaleza figuran, en particular, los acuerdos de investigación y desarrollo. Un ejemplo sería que A y B crearan una empresa en participación para el desarrollo y, en caso de éxito, la producción conjunta de neumáticos celulares. Si se pincha una célula, las demás no se ven afectadas, lo que elimina el riesgo de que el neumático se

desinfla en caso de pinchazo. Este neumático es, por tanto, más seguro que los tradicionales. Además, no hay necesidad inmediata de cambiar el neumático y, por tanto, de llevar uno de repuesto. Ambos tipos de eficiencias constituyen beneficios objetivos a efectos de la primera condición del apartado 3 del artículo 81» —*apartado 70*—.

⁹⁷ *Vide infra*, págs. 2955 y sigs.

⁹⁸ Por ejemplo, la introducción en el mercado de productos nuevos o mejorados debe compensar cualesquiera incrementos de precios u otros efectos restrictivos de la competencia —*apartado 143 DACH*—. *Vide*, asimismo, *apartado 10 RDCAID*.

⁹⁹ «Las partes de un acuerdo pueden, por ejemplo, tener distintas capacidades de investigación. Si, por otra parte, las cualificaciones y los activos de las partes son muy similares, el efecto más importante del acuerdo de I+D puede ser la eliminación parcial o total de la I+D de una o varias partes. Esto eliminará costes (fijos) para las partes del acuerdo pero será improbable que dé lugar a beneficios que repercutan en el consumidor» —*apartado 143 DACH*—.

¹⁰⁰ «Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de I+D en virtud del cual cada una de las partes acuerda abandonar su propio proyecto de investigación y poner en común sus capacidades con las de la otra parte, desde un punto de vista objetivo puede resultar técnica y económicamente imposible volver a poner en marcha un proyecto una vez que se ha abandonado. La evaluación de los efectos favorables y perjudiciales para la competencia del acuerdo por el que se convenga abandonar los proyectos de investigación individuales debe llevarse a cabo en la fecha en que finalice su aplicación. Si en ese momento el acuerdo es compatible con el artículo 101, por ejemplo porque hay un número suficiente de terceros que cuentan con proyectos competidores de I+D, el acuerdo de las partes de abandonar sus propios proyectos seguirá siendo compatible con el artículo 101, aun cuando posteriormente falten los proyectos de terceros. No obstante, la prohibición del artículo 101 puede aplicarse a otras facetas del acuerdo en relación con las cuales no se plantea la cuestión de la irreversibilidad. Si, por ejemplo, además de la I+D conjunta, el acuerdo contempla la explotación conjunta, el artículo 101 puede aplicarse a esa parte del acuerdo si este, debido a la posterior evolución del mercado, produce efectos restrictivos de la competencia y (ya) no cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3, habida cuenta de las inversiones irrecuperables efectuadas con anterioridad» —*apartado 146 DACH*—.

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

¹⁰¹ *DOUE L-335, de 18 de diciembre de 2010; CC.EE. DOUE L-151, de 10 de junio de 2011*.

¹⁰² *Vide*, como supuesto de tal modalidad, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Primera], de 6 de abril de 1995. [Asunto T-141/89] y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Cuarta], de 17 de febrero de 2000. [Asunto T-241/97].

Con respecto de la normativa y existencia de los acuerdos de especialización en el ámbito del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 18 de abril de 1951 —TCECA—, *vide* Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Quinta Ampliada], de 25 de octubre de 2007. [Asuntos Acumulados T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 y T-98/03] y Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 29 de marzo de 2011 [Asunto C-352/09 P].

¹⁰³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Primera], de 6 de abril de 1995 [Asunto T-141/89]: En este supuesto, el acuerdo de especialización adoptó la forma de un «gentlemen's agreement» —apartados 88 y 96—.

¹⁰⁴ Artículo 2.5, primer inciso, RCCE.— «En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta, en particular:

— si dos o más empresas matrices se mantienen significativamente activas en el mismo mercado que el de la empresa en participación o en un mercado relacionado en sentido ascendente o descendente con dicho mercado o en un mercado próximo estrechamente vinculado a este».

¹⁰⁵ «Por ejemplo, el mercado en sentido descendente que se basa en insumos procedentes del mercado en el que está vigente el acuerdo de producción... Por ejemplo, al lograr un poder de mercado suficiente, las partes que se dedican a la producción conjunta en un nivel superior del mercado pueden subir el precio de un componente clave para un mercado descendente. De este modo, pueden utilizar la producción conjunta para aumentar los costes de sus rivales en sentido descendente y, en último término, expulsarlos del mercado. Esto a su vez aumentará el poder del mercado de las partes en sentido descendente, lo que podrá permitirles mantener unos precios superiores al nivel competitivo o perjudicar a los clientes de algún otro modo» —apartado 159 DACH—.

¹⁰⁶ «Las partes de una empresa en participación de producción pueden, por ejemplo, limitar la producción de dicha empresa en comparación con lo que las partes habrían lanzado al mercado si cada una de ellas hubiera decidido su producción individualmente. Si el acuerdo de producción determina las principales características, esto puede eliminar también las dimensiones clave de la competencia entre las partes y, en último término, dar lugar a efectos restrictivos de la competencia. Otro ejemplo sería el de una empresa en participación que aplique a las partes un precio de transferencia elevado, aumentando así los costes de entrada para las partes, lo que puede dar lugar a unos precios más altos en sentido descendente. Puede que resulte rentable para los competidores aumentar sus precios como respuesta, lo que contribuirá a incrementar los precios en el mercado de referencia» —apartado 174 DACH—.

¹⁰⁷ Por lo tanto, no es probable que los acuerdos de especialización entre empresas que compiten en los mercados en los que se registra la colaboración tengan efectos restrictivos de la competencia si la citada colaboración da lugar a un nuevo mercado; es decir, si el acuerdo permite a las partes lanzar un nuevo bien o servicio que, de lo contrario, basándose en factores objetivos, no podrían haber lanzado, debido, por ejemplo, a sus capacidades técnicas —apartado 163 DACH—.

En todo caso, «factores tales como el hecho de que las partes del acuerdo tengan cuotas de mercado elevadas, que sean competidores cercanos, que los clientes tengan posibilidades limitadas de cambiar de proveedor, que sea improbable que los competidores aumenten la oferta si suben los precios, y que una de las partes del acuerdo sea una fuerza competitiva importante, son todos ellos pertinentes para la evaluación del acuerdo desde el punto de vista de la competencia» —apartado 173 DACH—.

¹⁰⁸ «Por ejemplo, con un proveedor del mismo producto en un mercado adyacente, ya sea geográfico o de producto, el acuerdo puede aumentar potencialmente el poder de mercado de la primera. Esto puede llevar a efectos restrictivos de la competencia si la competencia

real en el mercado de la primera empresa ya es escasa y la amenaza de una entrada es una fuente importante de presión competitiva» —*apartado 166 DACH*—.

¹⁰⁹ «Este no es el caso, por ejemplo, cuando la cooperación se refiere a productos cuya comercialización es costosa. Un ejemplo serían los productos nuevos o heterogéneos cuya comercialización es costosa o con altos costes de transporte» —*apartado 178 DACH*—.

¹¹⁰ «Las partes podrían utilizar el acuerdo de producción para aumentar el precio de este insumo común importante para sus productos en el mercado descendente. Esto debilitaría la competencia descendente y probablemente llevaría a unos precios finales más altos. El beneficio se trasladaría de la fase descendente a la ascendente para compartirlo a continuación en cooperación mediante la empresa en participación» —*apartado 179 DACH*—.

¹¹¹ «Los acuerdos de especialización en la producción suelen contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos cuando las partes tienen conocimientos, activos o actividades que se complementan, ya que pueden concentrarse en la fabricación de determinados productos y trabajar así de forma más eficiente, ofreciendo los productos a precios más ventajosos. Otro tanto puede decirse en general de los acuerdos de especialización en la preparación de servicios» —*Apartado 6 RDCAE*—. *Vide* también *apartado 10 RDCAE*.

¹¹² En este sentido, ejemplos de un carácter «no indispensable» serían la producción fuera de la colaboración impuesta en un acuerdo de producción o la fijación conjunta de precios si el acuerdo de producción tampoco implicare la comercialización conjunta —*apartado 184 DACH*—.

¹¹³ «Cabe esperar, en el supuesto de que exista una competencia efectiva, que los usuarios se beneficien equitativamente de las ventajas resultantes» —*Apartado 6 RDCAE*—. *Vide*, asimismo, *apartado 10 RDCAE*.

¹¹⁴ «...cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia» —*apartado 185 DACH*—.

A este respecto, el *apartado 98* de las Directrices Relativas a la Aplicación del Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado señala que «...un acuerdo de especialización puede permitir a las dos empresas especializarse en la producción de uno de los dos productos y deshacerse de la segunda línea de producción destinada al otro. Al mismo tiempo, la especialización puede permitir a las empresas reducir los costes variables correspondientes a los factores de producción y el almacenamiento. Tan solo estos últimos ahorros tendrán efectos directos en las decisiones de las empresas sobre precios y producción, pues influirán en los costes marginales de producción. La eliminación por cada empresa de una de las líneas de producción no reducirá sus costes variables ni tendrá efectos en sus costes de producción. Así, las empresas pueden tener incentivos directos para transmitir el beneficio a los consumidores en forma de eficiencias de mayor producción y precios más bajos que reduzcan los costes marginales, mientras que no tendrán incentivo alguno de este tipo en relación con las eficiencias de reducción de los costes fijos. Por ello, es más probable que los consumidores reciban una participación equitativa de las eficiencias de costes en caso de reducción de los costes variables que en caso de reducción de los costes fijos».

¹¹⁵ El presente Reglamento entró en vigor el día 1 de Enero de 2011 y expirará el día 31 de diciembre de 2022 —*artículo 9 RDCAID*—, ya que se considera que los acuerdos de investigación y desarrollo suelen ser de larga duración, especialmente cuando la cooperación se extiende a la explotación de resultados —*apartado 22 RDCAID*—.

¹¹⁶ El presente Reglamento entró en vigor el día 1 de enero de 2011 y será aplicable hasta el día 31 de Diciembre de 2022 —*artículo 7 RDCAE*—, a fin de facilitar la celebración de acuerdos de especialización que puedan tener consecuencias de orden estructural para las empresas afectadas —*apartado 16 RDCAE*—.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de julio de 1990. [Asunto T-51/89]: «Por todo ello, este Tribunal estima que, en el sistema de protección de la competencia instaurado por el Tratado, la concesión de una exención, en virtud del apartado 3 del artículo 85, bien sea individual o por categoría, no puede en ningún caso equivaler a la exención de

la prohibición contenida en el artículo 86. Este principio se desprende tanto del tenor literal del apartado 3 del artículo 85, que únicamente permite exceptuar, mediante una declaración de inaplicabilidad, la prohibición de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a que hace referencia el apartado 1 del mismo artículo, como de la sistemática respectiva de los artículos 85 y 86, que son, conviene recordarlo, disposiciones autónomas y complementarias que, en principio, están destinadas a regular situaciones distintas, sujetas a regímenes diferentes. En efecto, mientras que la aplicación del artículo 85 se efectúa en dos etapas, a saber, la comprobación de que existe una infracción al apartado 1 del artículo 85 y luego, en su caso, la exención de la prohibición decretada si el acuerdo, decisión o práctica concertada reúne, no obstante, los requisitos del apartado 3, el artículo 86, debido a la naturaleza misma de su objeto, una explotación abusiva, excluye cualquier posibilidad de que la prohibición sea exceptuada. La exigencia de que, en todos los casos, la Comisión adopte una Decisión de revocación de la exención supondría admitir en realidad, habida cuenta de que esta revocación no tiene carácter retroactivo, que la exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 equivale a la exención de la prohibición de explotar abusivamente una posición dominante. Por las razones que acaban de exponerse esto no es compatible con la naturaleza misma de la infracción sancionada por el artículo 86. Además, a la vista de los principios que regulan la jerarquía de las normas, la concesión de una exención por medio de un acto del Derecho derivado no puede establecer excepciones a una disposición del Tratado, en este caso al artículo 86, salvo que otra disposición del Tratado le autorice a hacerlo:—*apartado 25*—.

¹¹⁸ *Artículo 179.2 TFUE*.— «A tal fin, la Unión estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación con el fin, especialmente, de permitir que los investigadores cooperen libremente por encima de las fronteras y que las empresas aprovechen las posibilidades del mercado interior, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación».

¹¹⁹ Este Reglamento sustituye al Reglamento (CE) Núm. 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la Aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a Determinadas Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo, que expiró el 31 de diciembre de 2010 —*DOUE L-304, de 5 de diciembre de 2000*—.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Primera], de 6 de abril de 1995. [Asunto T-141/89]: De acuerdo con esta Sentencia, los acuerdos de especialización, son, asimismo, susceptibles de exenciones individuales —*apartados 94 y 98*—.

¹²¹ *Vide supra*, pág. 2947.

¹²² Este Reglamento sustituye al Reglamento (CE) Núm. 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la Aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a Determinadas Categorías de Acuerdos de Especialización, que expiró el 31 de diciembre de 2010 —*DOUE L-304, de 5 de diciembre de 2000*—.

¹²³ El *apartado 4 RDCAID* establece que «Por debajo de un determinado nivel de poder de mercado cabe presumir, a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado, que los efectos positivos de los acuerdos de investigación y desarrollo *compensarán* en general cualesquiera efectos negativos sobre la competencia», en tanto que el apartado 5 del Reglamento (CE) Núm. 2659/2000 señalaba que «Por debajo de un determinado nivel de poder de mercado puede presumirse, a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81, que los efectos positivos de los acuerdos de investigación y desarrollo *generalmente excederán* los eventuales efectos negativos sobre la competencia». Así pues, resulta significativa la ponderación mesurada empleada por la normativa en vigor.

¹²⁴ El *apartado 3 RDCAE* establece que «Por debajo de un determinado nivel de poder de mercado cabe presumir, a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado, que los efectos positivos de los acuerdos de especialización *compensarán* en general cualesquiera efectos negativos sobre la competencia», en tanto que el apartado 3 del Reglamento (CE) Núm.

2658/2000 señalaba que «Por debajo de un determinado nivel de poder de mercado, a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81, puede presumirse, en general, que los efectos positivos de los acuerdos de especialización *excederán* los eventuales efectos negativos sobre la competencia». Al igual que en el régimen de los acuerdos de investigación y desarrollo, es idénticamente significativa la ponderación mesurada empleada por la normativa en vigor.

¹²⁵ *Artículo 2.1, párrafo segundo*, RDCAID y *artículo 2.1, párrafo segundo*, RDCAE —«Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado».

¹²⁶ «Acuerdo», un acuerdo, una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada —*artículo 1.1.b* RDCAID, coincidente, excepción hecha de su extensión a las *tecnologías*, con el *artículo 2.1* Reglamento (CE) Núm.2659/2000—. Dicho concepto resulta idéntico también al del *artículo 1.1.e* RDCAE —*artículo 2.1* Reglamento (CE) Núm.2658/2000—.

¹²⁷ *Artículo 1.2* RDCAID [*artículo 1.2* RDCAE]— «A los efectos del presente Reglamento, los términos «empresa» y «parte» incluirán sus respectivas empresas vinculadas.

Por «empresas vinculadas» se entenderá:

a) las empresas en las que una de las partes en el acuerdo, disponga directa o indirectamente: i) de la facultad de ejercer más de la mitad de los derechos de voto; ii) de la facultad de designar más de la mitad de los miembros del Consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o iii) del derecho a dirigir las actividades de la empresa;

b) las empresas que, directa o indirectamente, tengan sobre una de las partes en el acuerdo los derechos o facultades enumerados en la letra a);

c) las empresas en las que una empresa contemplada en la letra b) posea, directa o indirectamente, los derechos o facultades enumerados en la letra a);

d) las empresas en las que una parte en el acuerdo de investigación y desarrollo junto con una o varias de las empresas contempladas en las letras a), b) o c), o en las que dos o varias de estas últimas empresas, posean conjuntamente los derechos o facultades enumerados en la letra a);

e) las empresas en las que los derechos o poderes enumerados en la letra a) sean compartidos por: i) varias partes en el acuerdo de investigación y desarrollo o sus respectivas empresas vinculadas contempladas en las letras a) a d), o ii) una o varias de las partes en el acuerdo de investigación y desarrollo o una o varias de sus empresas vinculadas contempladas en las letras a) a d) y uno o varios terceros».

Este precepto resulta prácticamente coincidente con los *artículos 2, apartados 2 y 3*, Reglamento (CE) núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) Núm. 2658/2000—. A tal respecto, cabría citar que resultaría más correcto el uso de los términos «gestionar» o «administrar» —en lugar del de «dirigir» del apartado a) iii)— y de los términos «titularidad conjunta» —en lugar del de «compartidos» del apartado e)—, ya que tales términos contemplan supuestos de hechos más amplios y resultan más omnicomprensivos de las realidades que constituyen la base fáctica de la tipología jurídica que se desea regular.

Vide, a este respecto, Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Segunda], de 24 de septiembre de 2009. [Asuntos Acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P] —*apartados 79 y 80*—.

¹²⁸ «Investigación y desarrollo», la adquisición de conocimientos técnicos sobre productos, tecnologías o procedimientos, la realización de análisis teóricos, de estudios o de experimentos sistemáticos, incluidas la producción experimental y las pruebas técnicas de productos o de procedimientos, la realización de las instalaciones necesarias y la obtención de los derechos de propiedad intelectual correspondientes» —*artículo 1.1.c* RDCAID—, coincidente, excepción hecha de su extensión a las *tecnologías*, con el *artículo 22.4* Reglamento (CE) Núm. 2659/2000—.

Vide, a este respecto, el *artículo 42* del Código de Comercio —CdC—; el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de

Auditoría de Cuentas [RDLTRLAC] —en particular, los *artículos 15 a 18*, ambos inclusive—; la Ley 24/1988, de 28 de Julio, de Mercado de Valores [LMV] —*artículo 69*—; el Real Decreto 1362/2007, de 19 de Octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un Mercado Secundario Oficial o en otro Mercado Regulado de la Unión Europea —*artículos 23 a 28*, ambos inclusive—; el Real Decreto 217/2008, de 15 de Febrero, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre —*artículo 82*—; el Real Decreto 1820/2009, de 27 de noviembre, por el que se modifican el Real Decreto 361/2007, de 16 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de la participación en el capital de las sociedades que gestionan Mercados Secundarios de Valores y Sociedades que administren sistemas de registro, compensación y liquidación de valores y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre —*artículo único. Dos*—; la Orden EHA/3241/2010, de 13 de diciembre, por la que se aprueba la lista de información a remitir en supuestos de adquisición o incremento de participaciones significativas y por quienes pretendan desempeñar cargos de administración y dirección en Entidades Aseguradoras, Reaseguradoras y en Sociedades cuya actividad principal consista en tener participaciones en dichas entidades; la Circular 5/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a Entidades de Crédito, sobre información que debe remitir el adquirente potencial en la notificación a la que se refiere el artículo 57.1 de la Ley 26/1988, de 29 de Julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y la Circular 5/2010, de 18 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre información que debe remitir el adquirente potencial en la notificación a la que se refiere el artículo 69.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el artículo 45.3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, para la evaluación cautelar de las adquisiciones de participaciones significativas y de los incrementos de participaciones en Empresas de Servicios de Inversión y en Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva.

En este orden de cosas, se ha de tener presente la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que considera que «el artículo 85 del Tratado no se aplica cuando los acuerdos y prácticas concertadas los lleven a cabo empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en calidad de sociedad matriz y de filial, y dichas empresas constituyan una unidad económica en cuyo interior la filial no disfrute de verdadera autonomía para determinar su línea de acción en el mercado. En el presente caso, procede destacar que el control que Arbed ejercía sobre BStG equivalía al porcentaje que ostentaba en el capital social, es decir, el 25,001%, que dista mucho de la mayoría. Por tanto, es forzoso afirmar que tal participación no permite concluir que Arbed y BStG pertenecieran a un grupo dentro del cual constituyan una unidad económica, lo que significaría que un acuerdo restrictivo de la competencia entre estas dos empresas no estaría comprendido dentro del apartado 1 del artículo 85 del Tratado»: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Primera], de 6 de abril de 1995. [Asunto T-141/89] —*apartado 129*—.

«Conocimientos técnicos», un conjunto de información práctica no patentada derivada de la experiencia y los ensayos realizados, que es secreta, esencial y determinada» —*artículo 1.1.i) RDCAID* y *artículo 2.10* Reglamento (CE) Núm.2659/2000, si bien esta última norma emplea el término «substancial» en lugar de «esencial». Asimismo, esta última norma engloba en el citado artículo 2.10 la descripción de las características citadas, en tanto que la norma en vigor las desglosa en diferentes apartados: «secreta», los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles» —*artículo 1.1.j) RDCAID*—; «esencial», los conocimientos técnicos incluyen información importante y útil para la fabricación del producto

o la aplicación de las tecnologías consideradas en el contrato» —*artículo 1.1.k*) RDCAID [el Reglamento (CE) Núm.2659/2000, en lugar de emplear los términos «*importante y útil*», hace uso del término «*indispensable*», lo cual conlleva que la normativa en vigor minore la magnitud cualitativa de la información, aumentando su base o ámbito fáctico o de supuestos de hecho—; «determinada», los conocimientos técnicos se describen de manera suficientemente exhaustiva para que se pueda verificar si se ajustan a los criterios de secreto y esencialidad— —*artículo 1.1.l*) RDCAID—.

«Derechos de propiedad intelectual», los derechos de propiedad industrial, los derechos de autor y los derechos afines» —*artículo 1.1.h*) RDCAID y *artículo 2.9* Reglamento (CE) núm. 2659/2000, si bien la normativa en vigor emplea el término, más correcto y propio, «afines», en lugar del término «*relacionados*» de la normativa derogada—.

¹²⁹ «En común», en el contexto de actividades desarrolladas en el marco de un acuerdo de investigación y desarrollo cuando las tareas correspondientes sean: i) realizadas por un equipo, una entidad o una empresa común; ii) confiadas en común a un tercero, o iii) repartidas entre las partes en función de una especialización en el contexto de la investigación, el desarrollo o la explotación» —*artículo 1.1.m*) RDCAID y *artículo 2.11* Reglamento (CE) núm. 2659/2000—.

«Especialización en el contexto de la investigación y el desarrollo», ambas partes participan en las actividades de investigación y desarrollo cubiertas por el acuerdo de investigación y desarrollo y dividen la labor de investigación y desarrollo de la manera que estimen más adecuada; no se incluye la investigación y el desarrollo remunerados» —*artículo 1.1.n*) RDCAID—.

«Especialización en el contexto de la explotación», las partes se asignan tareas individuales como, por ejemplo, la producción o la distribución, o se imponen restricciones en relación con la explotación de los resultados en relación con determinados territorios, clientes o ámbitos de utilización. Se incluye la hipótesis de que una sola parte produzca y distribuya los productos considerados en el contrato en virtud de la concesión de una licencia exclusiva por las otras partes» —*artículo 1.1.o*) RDCAID—.

¹³⁰ «Un bien o un servicio, incluidos tanto los productos o servicios intermedios como los finales»: *artículo 1.1.d*) RDCAID y *artículo 2.5* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

«Un bien o un servicio, incluidos tanto los productos o servicios intermedios como los finales, a excepción de los servicios de distribución y arrendamiento»: *artículo 1.1.d*) RDCAID y *artículo 2.5* Reglamento (CE) Núm.2659/2000.

¹³¹ «Tecnología considerada en el contrato», una tecnología o procedimiento derivado de las actividades de investigación y desarrollo en común» —*artículo 1.1.f*) RDCAE y *artículo 2.4* Reglamento (CE) Núm. 2658/2000—.

¹³² «Explotación de los resultados», la fabricación o distribución de los productos considerados en el contrato o la utilización de las tecnologías consideradas en el contrato, la cesión de derechos de propiedad intelectual o la concesión de licencias correspondientes a tales derechos y la comunicación de conocimientos técnicos, con el fin de permitir esa fabricación o esa utilización» —*artículo 1.1.g*) RDCAID y *artículo 2.8* Reglamento (CE) Núm.2659/2000—.

¹³³ «Producto considerado en el contrato», un producto derivado de las actividades de investigación y desarrollo en común o un producto fabricado o prestado utilizando las tecnologías consideradas en el contrato» —*artículo 1.1.f*) RDCAID y *artículo 2.7* Reglamento (CE) Núm. 2659/2000—.

¹³⁴ «Investigación y desarrollo remunerados», investigación y desarrollo que una de las partes lleva a cabo y la otra parte se limita a financiar» —*artículo 1.1.p*) RDCAID—.

«Parte financiadora», aquella parte que se limita a financiar investigación y desarrollo sin intervenir propiamente en las actividades de investigación y desarrollo» —*artículo 1.1.q*) RDCAID—.

¹³⁵ Los *apartados i), ii) y iii)* del *artículo 1.1.a*) RDCAID se corresponden, respectivamente, con los *artículos 1.1.a), 1.1.b) y 1.1.c)* del Reglamento (CE) Núm. 2659/2000, salvo en el ámbito referido a las tecnologías.

¹³⁶ «Producción», la fabricación de bienes o la preparación de servicios, incluida la producción por subcontratación» —*artículo 1.1.g*) RDCAE—. Este precepto resulta coincidente

con el de la normativa derogada —artículo 2.5 Reglamento (CE) Núm. 2658/2000—, excepción hecha de la sustitución significativa del concepto «prestación de servicios» por el de «preparación de servicios», que deviene de mayor ámbito aplicativo.

Así, la «preparación de servicios» conlleva «las actividades anteriores a la prestación de servicios a los clientes» —*artículo 1.1.h* RDCAE—

¹³⁷ A este respecto, la normativa en vigor resulta técnicamente mejor elaborada que la derogada —*artículo 1.a* Reglamento (CE) núm. 2658/2000—, eliminando dudas interpretativas respecto de la cesación, toda vez que contempla expresamente que esta sea «total o parcial».

¹³⁸ Este precepto mejora la normativa derogada —*artículo 1.b* Reglamento (CE) núm. 2658/2000— en base al mismo argumento citado de contemplar expresamente que la cesación pueda ser «total o parcial».

A este respecto, cabe señalar que si bien en el caso de los «acuerdos de especialización unilateral» la definición de los mismos dada por las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal —*apartado 152*— y por el Reglamento (UE) Núm. 1218/2010 resulta coincidente, no cabe predicar lo mismo con respecto de los «acuerdos de especialización recíproca», toda vez que las citadas Directrices omiten el carácter «total o parcial» de la cesación.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Primera], de 6 de abril de 1995. [Asunto T-141/89], por su parte, contempla la posibilidad de que el contenido del acuerdo se contemple «directa o indirectamente» —*apartados 118 a 120*—.

¹³⁹ *Artículo 1.c* Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁴⁰ «La naturaleza de los acuerdos de especialización recíproca y de especialización unilateral presupone que las partes desarrollan su actividad en el mismo mercado de producto. No es necesario que las partes operen en el mismo mercado geográfico. Por consiguiente, la aplicación del presente Reglamento a los acuerdos de especialización recíproca y unilateral debe limitarse a aquellos casos en los que las partes llevan a cabo sus actividades en el mismo mercado de producto» —*Apartado 8* RDCAE—.

¹⁴¹ «A fin de garantizar que las ventajas de la especialización se materializarán sin que ninguna parte abandone completamente el mercado descendente, los acuerdos de especialización unilateral o recíproca solo deberán estar regulados por el presente Reglamento cuando establezcan obligaciones de suministro y de compra o de distribución en común. Las obligaciones de suministro y compra podrán ser de naturaleza exclusiva, aunque no necesariamente» —*Apartado 9* RDCAE—.

¹⁴² «Un acuerdo de producción en común puede ser suscrito por partes que ya llevan a cabo actividades en el mismo mercado de producto, pero también por partes que desean entrar en un mercado de producto a través del acuerdo. Así pues, los acuerdos de producción en común deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento independientemente de que las partes lleven ya a cabo actividades en el mismo mercado de producto» —*Apartado 8* RDCAE—.

¹⁴³ A este respecto, el Reglamento (CE) núm. 2659/2000 concretaba, *ad exemplum*, el contenido posible de tales disposiciones «...como la obligación de no realizar independientemente o con terceras partes actividades de investigación y desarrollo en el ámbito objeto del acuerdo o en un ámbito estrechamente relacionado con él durante la ejecución del acuerdo» —*artículo 1.2, párrafo primero*—.

En este sentido también, el Reglamento (CE) núm. 2658/2000 —*artículo 1.2*— contemplaba, junto con la «cesión», la facultad o posibilidad de «uso», que desaparece de la normativa en vigor, más restringida, consiguientemente.

¹⁴⁴ «Obligación de compra exclusiva», la obligación de comprar el producto de la especialización exclusivamente a una parte del acuerdo» —*artículo 1.1.p* RDCAE—.

¹⁴⁵ «Obligación de suministro exclusivo», la obligación de no suministrar a una empresa competidora que no sea parte en el acuerdo el producto de la especialización» —*artículo 1.1.o* RDCAE—.

¹⁴⁶ *Artículo 3* del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁴⁷ Reglamento (UE) núm. 1217/2010:

«De conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión podrá retirar el beneficio de la aplicación del presente Reglamento, cuando, en un caso específico considere que un acuerdo de investigación y desarrollo al que se aplica la exención del artículo 2 surte, a pesar de todo, determinados efectos incompatibles con lo establecido en el artículo 101, apartado 3, del Tratado» —*apartado 19*—.

«En virtud del artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, la autoridad de competencia de un Estado Miembro podrá retirar la cobertura del presente Reglamento en su territorio o en una parte de él, cuando, en un caso determinado, considere que un acuerdo al que se aplica la exención establecida en el presente Reglamento produce efectos incompatibles con lo establecido en el artículo 101, apartado 3, del Tratado en su territorio o en una parte de él que presenta todas las características de un mercado geográfico distinto» —*apartado 20*—.

«Con arreglo al artículo 29 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, el beneficio del presente Reglamento podrá retirarse, por ejemplo, cuando la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte seriamente la posibilidad de que terceros lleven a cabo actividades de investigación y desarrollo en el campo de que se trate a causa de las limitadas capacidades de investigación alternativas disponibles; cuando, debido a la estructura especial de la oferta, la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte seriamente el acceso de terceros al mercado de los productos o tecnologías considerados en el contrato; cuando, sin razones objetivamente justificadas, las partes no exploten los resultados de la investigación y desarrollo en común frente a terceros; cuando los productos o tecnologías considerados en el contrato no sean objeto, en el conjunto del mercado interior o en una parte significativa del mismo, de una competencia efectiva de productos, tecnologías o procesos considerados como similares por los usuarios a causa de sus propiedades, precio o finalidad, o cuando la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo elimine la competencia efectiva en la investigación y el desarrollo en un mercado particular» —*apartado 21*—.

Reglamento (UE) Núm. 128/2010:

«De conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión podrá retirar el beneficio que confiere el presente Reglamento si considera que, en un caso concreto, un acuerdo al que se aplican las exenciones previstas en el presente Reglamento produce, a pesar de todo, efectos incompatibles con las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3, del Tratado» —*apartado 13*—.

«Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, la autoridad de competencia de un Estado Miembro podrá retirar la cobertura del presente Reglamento en su territorio o en una parte de él, cuando, en un caso determinado, considere que un acuerdo al que se aplica la exención establecida en el artículo 2 produce efectos incompatibles con lo establecido en el artículo 101, apartado 3, del Tratado en su territorio o en una parte de él que presenta todas las características de un mercado geográfico distinto» —*apartado 14*—.

«Con arreglo al artículo 29 del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, el beneficio del presente Reglamento podrá retirarse, por ejemplo, cuando el mercado de referencia esté muy concentrado y la competencia sea ya escasa, en especial debido a las posiciones de mercado individuales de otros participantes en él o a los vínculos existentes entre ellos mediante acuerdos de especialización paralelos» —*apartado 15*—.

¹⁴⁸ «Artículo 7. Reglamento (CE) núm. 2659/2000. Supresión.—

Con arreglo al artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 2821/71, la Comisión, de oficio o a petición de un Estado Miembro o una persona física o jurídica que invoque un interés legítimo, podrá retirar el beneficio de la aplicación del presente Reglamento cuando, en un caso específico considere que un acuerdo de investigación y desarrollo al que se aplica la

exención del artículo 1 surte, no obstante, determinados efectos incompatibles con las condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado y, en particular, cuando:

- a) la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte gravemente la posibilidad de que los terceros procedan a la investigación y desarrollo en el campo de que se trate, a causa de las limitadas capacidades de investigación alternativas disponibles;
- b) a causa de la particular estructura de la oferta, la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte gravemente el acceso de terceros al mercado de los productos considerados en el contrato;
- c) las partes, sin razones objetivamente justificadas, no exploten los resultados de la investigación y desarrollo en común;
- d) los productos considerados en el contrato no sean objeto, en el conjunto del mercado común o en una parte significativa del mismo, de una competencia efectiva por parte de productos idénticos o considerados como similares por el usuario a causa de sus propiedades, precio o finalidad;
- e) la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo elimine la competencia efectiva en la investigación y el desarrollo en un mercado particular».

«Artículo 7. Reglamento (CE) núm. 2658/2000. Supresión.—

Con arreglo al artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 2821/71, la Comisión, de oficio o a petición de un Estado Miembro o una persona física o jurídica que invoque un interés legítimo, podrá retirar el beneficio de la aplicación del presente Reglamento cuando, en un caso específico considere que un acuerdo al que se aplica la exención del artículo 1 surte, no obstante, efectos incompatibles con las condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado y, en particular, cuando:

- a) el acuerdo no implique una racionalización sustancial o los usuarios no reciban una parte equitativa de los beneficios resultantes; o
- b) los productos objeto de la especialización no se enfrenten, dentro del mercado común o en una parte significativa del mismo, a la competencia efectiva de productos idénticos o considerados como similares por el usuario a causa de sus propiedades, precio o finalidad».

¹⁴⁹ DOCE L-1, de 4 de enero de 2003.

¹⁵⁰ El tenor literal del precepto los califica como «Restricciones Especialmente Graves».

¹⁵¹ La redacción de los preceptos vigente resulta más correcta y acertada que la contemplada en la normativa derogada —artículos 5.1 Reglamento (CE) núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000—, toda vez que esta no preveía la singularidad, individualidad y autonomía de los elementos objeto del acuerdo, sugiriendo la cumulatividad de los mismos; lo cual no constitúa la realidad ni el espíritu de la norma.

¹⁵² Artículo 5.1.a) Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁵³ Artículo 5.1.c) Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁵⁴ Artículo 5.2.a) Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁵⁵ Artículo 5.2.b) Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁵⁶ Artículo 5.1.d) Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁵⁷ Artículo 5.1.e) Reglamento (CE) núm. 2659/2000: «Restringir la clientela que las empresas participantes hayan de abastecer, al cabo de un periodo de siete años a partir del momento en que los productos considerados en el contrato se comercializaron por primera vez en el mercado común».

Artículo 5.1.f) Reglamento (CE) núm. 2659/2000: «Prohibir las ventas pasivas de productos considerados en el contrato en territorios reservados a otras partes».

¹⁵⁸ Artículo 5.1.g) Reglamento (CE) núm. 2659/2000: «Prohibir la comercialización de los productos considerados en el contrato o proseguir una política activa de venta de los mismos en territorios del mercado común que están reservados a otras partes, transcurrido un periodo de siete años a partir del momento en que los productos considerados en el contrato se comercializaron por primera vez en el mercado común».

¹⁵⁹ Artículo 5.1.i) Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁶⁰ *Artículo 5.1.j*) Reglamento (CE) Núm. 2659/2000: «Exigir dificultar a usuarios o revendedores la obtención de los productos considerados en el contrato de otros revendedores del mercado común y, en particular, invocar derechos de propiedad intelectual o tomar medidas destinadas a impedir a usuarios y revendedores el aprovisionamiento o comercialización en el mercado común de productos lícitamente comercializados en la Comunidad por otra parte o con su consentimiento».

¹⁶¹ «Conjunta», en el ámbito de la distribución, cuando las partes: i) realicen la distribución de los productos mediante un equipo, una entidad o una empresa común, o ii) designen a una tercera parte como distribuidor sobre una base exclusiva o no, siempre que esa tercera parte no sea una empresa competidora» —*artículo 1.1.q* RDCAE—

«Distribución», la distribución incluida la venta de bienes o la prestación de servicios» —*artículo 1.1.r*) RDCAE—.

¹⁶² *Artículo 5.1.a*) Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁶³ *Artículo 5.2.a*) Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁶⁴ *Artículo 5.2.b*) Reglamento (CE) núm. 2658/2000. Este precepto derogado resultaba más amplio que el vigente, puesto que extendía su aplicación también a los supuestos de fijación de objetivos de precios y no únicamente de ventas.

¹⁶⁵ *Artículo 5.1.b*) Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁶⁶ *Artículo 5.1.c*) Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁶⁷ El propio epígrafe del precepto los califica como «Restricciones Excluidas».

¹⁶⁸ *Artículo 5.1.b*) Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁶⁹ *Artículo 5.1.h*) Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁷⁰ El contenido del precepto citado resulta coincidente en parte con el del *artículo 3.2* Reglamento (CE) Núm. 2659/2000, excepción hecha del contenido en cursiva, que, además, incorpora el concepto jurídico indeterminado de «tan pronto como estuvieren disponibles»; todo ello, además, habiendo de tener presente que los resultados de la investigación y el desarrollo no han de ser definitivos o completos, sino que se concibe su consecución por fases o etapas.

¹⁷¹ El contenido de este precepto varía sustancialmente del establecido por el *artículo 3.3* Reglamento (CE) núm. 2659/2000: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, cuando el acuerdo de investigación y desarrollo prevea solamente la investigación y desarrollo en común, cada parte será libre de explotar independientemente los resultados de la investigación y desarrollo en común y cualesquiera conocimientos técnicos preexistentes necesarios para tal explotación. Este derecho de explotación puede limitarse a uno o más ámbitos técnicos de aplicación, cuando las partes no sean empresas competidoras en el momento de la celebración del acuerdo».

¹⁷² *Artículo 3.4* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁷³ *Artículo 3.5* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁷⁴ *Artículos 6.1.a*) Reglamento (CE) Núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁷⁵ *Artículo 6.1.b*) Reglamento (CE) Núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁷⁶ *Artículo 6.1.c*) Reglamento (CE) Núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁷⁷ *Artículo 4* Reglamento (CE) Núm. 2658/2000.

«Sin embargo, cuando los productos fabricados con arreglo a un acuerdo de especialización sean productos intermedios utilizados, total o parcialmente, por una o varias de las partes en la fabricación de determinados productos transformados vendidos posteriormente en el mercado, la exención que confiere el presente Reglamento debe estar, asimismo, supeditada a que la cuota de las partes en el mercado de referencia de esos productos transformados no exceda un determinado nivel. En tal caso, fijarse exclusivamente en la cuota de mercado de las partes para los productos intermedios supondría pasar por alto el riesgo potencial de exclusión del mercado o de un aumento del precio de los factores de producción para los competidores al nivel de los productos transformados. Sin embargo, cuando se supera el

umbral de la cuota de mercado establecido en el presente Reglamento o no se cumplen otras condiciones establecidas por el mismo, no se presume que los acuerdos de especialización entran en el ámbito de aplicación del artículo 100, apartado 1, del Tratado como tampoco que no satisfacen las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3, del Tratado. En tales casos, de conformidad con el artículo 101 del Tratado, es preciso realizar una evaluación individual del acuerdo de especialización» —*Apartado 10 RDCAE*—.

¹⁷⁸ «Empresa competidora», un competidor real o potencial» —*artículo 1.1.r* RDCAID—.

«Competidor real», una empresa que suministra un producto, tecnología o procedimiento susceptible de ser mejorado, sustituido o reemplazado por el producto o la tecnología considerados en el contrato en el mercado geográfico de referencia» —*artículo 1.1.s* RDCAID—.

«Competidor potencial», una empresa que, de no existir el acuerdo de investigación y desarrollo, probablemente realizaría en un período no superior a tres años, sobre una base realista y no como una mera posibilidad, en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios relativos, las inversiones adicionales necesarias u otros gastos de adaptación necesarios para suministrar un producto, tecnología o procedimiento susceptible de ser mejorado o sustituido por el producto o la tecnología considerados en el contrato en el mercado geográfico de referencia» —*artículo 1.1.t* RDCAID—.

Ambos preceptos contemplan una modificación común con respecto del Reglamento (CE) núm. 2659/2000 —*artículo 2.12*—, toda vez que el ámbito de actuación para la consideración de tal condición de «competidor» queda referido al «mercado geográfico de referencia». Asimismo, en el ámbito del «competidor potencial» se establece *ex novo* una delimitación temporal, consistente en «un período no superior a tres años». Finalmente, cabría señalar un defecto de técnica legislativa, por cuanto que la posibilidad de «reemplazar» el producto o la tecnología considerados en el contrato no se prevé para el supuesto del «competidor potencial».

En el ámbito de los «acuerdos de especialización», tales conceptos presentan un tenor literal ligeramente diferente:

«Competidor real», una empresa que desarrolla sus actividades en el mismo mercado de referencia» —*artículo 1.1.m* RDCAE—.

«Competidor potencial», una empresa que, de no existir el acuerdo de especialización, sobre una base realista y no como una mera posibilidad, probablemente realizaría, en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios relativos, en un período no superior a tres años, las inversiones adicionales necesarias u otros gastos de adaptación necesarios para entrar en el mercado de referencia» —*artículo 1.1.n* RDCAE—.

«Mercado de referencia», el mercado de producto de referencia y el mercado geográfico de referencia al que pertenezcan los productos de la especialización y, además, cuando esos productos sean productos intermedios que una o varias de las partes tengan que utilizar forzosamente, total o parcialmente, para la producción de productos transformados, el mercado de producto de referencia y el mercado geográfico de referencia al que pertenezcan los productos transformados» —*artículo 1.1.i* RDCAE—.

«Producto de la especialización», un producto se produce en virtud de un acuerdo de especialización» —*artículo 1.1.j* RDCAE—.

«Producto transformado», un producto en cuya fabricación una o varias de las partes utilizan un producto de la especialización como insumo y que esas partes venden en el mercado» —*artículo 1.1.k* RDCAE—.

¹⁷⁹ *Artículo 4.1* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

La justificación de ello se establece en el «fin de aguardar la estabilización de sus cuotas de mercado, particularmente después de la introducción de un producto completamente nuevo, y garantizar un período mínimo para rentabilizar las inversiones efectuadas» —*apartado 14 RDCAID*—.

¹⁸⁰ *Artículo 4.2* Reglamento (CE) Núm. 2659/2000.

«Mercado Técnológico de Referencia», el mercado de referencia de las tecnologías o los procedimientos susceptibles de ser mejorados, sustituidos o reemplazados por las tecnologías consideradas en el contrato» —*artículo 1.1.v* RDCAID—.

¹⁸¹ *Artículo 4.3* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁸² *Artículos 6.2* Reglamento (CE) núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁸³ *Artículo 6.3* Reglamento (CE) núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁸⁴ *Artículo 6.4* Reglamento (CE) núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

(Artículo recibido el 10-06-2014 y aceptado para su publicación el 30-06-2014)