

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/0541/14, IAG

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 10 de mayo de 2018.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición señalada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente S/DC/0541/14, IAG, tramitado ante la denuncia formulada por parte de eDREAMS ODIGEO, S.A., contra INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP, S.A., por supuestas conductas restrictivas de la competencia contrarias a los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
II. LAS PARTES.....	5
1. Denunciante.....	5
2. Denunciado.....	5
III. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO	6
1. Mercado afectado.....	6
2. Las agencias de viajes online y su modelo de negocio	7
3. Marco normativo (Normativa IATA)	8
IV. HECHOS DENUNCIADOS	10
1. Los nuevos T&Cs adicionales de IAG	10
2. Cláusulas denunciadas por ODIGEO	11
FUNDAMENTOS DE DERECHO	22
PRIMERO.- Competencia para resolver	22
SEGUNDO.- Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor.....	22
TERCERO.- Valoración de la Sala de Competencia.....	24
1. Sobre la presunta infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE	24
2. Sobre la presunta infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE	28
HA RESUELTO	29

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 19 de noviembre de 2014, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) denuncia (folios 1 a 74 y anexos 75 a 469), presentada por eDREAMS ODIGEO, S.A. (ODIGEO), contra INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP, S.A. (IAG), por una supuesta infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistentes en la imposición por parte de IAG, de términos y condiciones (T&Cs) restrictivos de la competencia.
2. Según ODIGEO, IAG estaría infringiendo el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE al incluir en su acuerdo comercial con ODIGEO una serie de términos y condiciones (T&Cs) adicionales que suponen:
3. Una fijación del precio mínimo de reventa, impidiendo a ODIGEO ofrecer a sus clientes mejores precios (cláusula 3(c)).
4. Una barrera a la venta y distribución de billetes electrónicos por condicionar dicha actividad a la autorización previa de IAG (cláusulas 3(h) (2) y (4), cláusula 10(b)), exigiendo el cumplimiento de una serie de condiciones para comercializar y redistribuir los productos British Airways/Iberia (BA/IB) a través de internet y páginas web de marca blanca, así como la realización de actividades de Brand Bidding.
5. Un trato discriminatorio a ODIGEO por obligarle a desviar el tráfico de sus usuarios hacia los sitios web de IAG, a través de la cesión de la titularidad de los datos de sus clientes (cláusula 8 (b)) y de la inclusión en su página web de un enlace a las webs de las aerolíneas de IAG (condiciones para comercializar a través de internet).
6. Asimismo, ODIGEO señala que IAG estaría aprovechando su posición de dominio en varias rutas de vuelo y, por tanto, su posición de socio indispensable, para introducir de manera unilateral estos nuevos T&Cs, lo que infringiría los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE (folios 2 a 5, 7, 20 y 33 a 60).
7. **[confidencial]^{1,2,3}**.
8. Con fecha 2 de febrero de 2015, en el marco de la información reservada y de acuerdo con el artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Competencia de la CNMC (DC) solicitó a IAG información relativa a los T&Cs adicionales (folios 490-493). La respuesta a la solicitud de información efectuada tuvo entrada en la CNMC el 23 de febrero de 2015 (folios confidenciales 514 a 544, 739 a 762, 545 a 738, 763 a 781)

¹ [confidencial]

² [confidencial]

³ [confidencial]

aportando el 9 de abril de 2015, versión censurada del escrito de respuesta (folios 848 a 868).

9. Con fecha 10 de febrero de 2015, IAG solicitó el traslado de una copia de la denuncia interpuesta por ODIGEO y, de forma subsidiaria, de todos los elementos objetivos contenidos en la misma, para proteger su derecho de defensa (folios 503 a 505). La DC contestó con fecha 13 de febrero de 2015, manifestando que la solicitud cursada el 2 de febrero de 2015 contenía los elementos objetivos incluidos en la denuncia y relacionados con los hechos denunciados, referidos a los términos y condiciones redactados por IAG y, en definitiva, conocidos por ésta, sin que procediese la remisión de copia de la denuncia. Por otra parte, las actuaciones se encontraban en fase de información reservada por lo que, en caso de incoación del correspondiente expediente sancionador, IAG podría, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 31 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), acceder al expediente y obtener copia individualizada de los documentos que integrasen el mismo (folios 506 a 508).
10. Con fecha 4 de marzo de 2015, ODIGEO aportó documentación complementaria (folios 810 a 827).
11. Con fecha 24 de marzo de 2015, IAG aportó, como información complementaria, una nueva versión de su proceso de autorización para las agencias de viaje (folios confidenciales 831 a 839).
12. Con fecha 24 de julio de 2015, la DC solicitó a ODIGEO información relativa al impacto de estos T&Cs adicionales en su modelo de negocio (folios 869 a 871). La respuesta tuvo entrada en el registro de la CNMC el día 4 de septiembre de 2015 (folios confidenciales 967 a 975 y folios 976 a 984).
13. Asimismo, con fecha 24 de julio de 2015, la DC solicitó a IAG información sobre la aplicación del uso secuencial de billetes, las condiciones exigidas para la comercialización online de billetes y servicios complementarios al vuelo, así como sobre la propiedad y titularidad de los datos de los pasajeros (folios 872 a 876). La respuesta tuvo entrada en el registro de la CNMC el día 3 de septiembre de 2015 (folios 881 a 882, 964 a 965 y folios confidenciales 883 a 963), aportando el 11 de septiembre de 2015 versión censurada del escrito de respuesta (folios 995 a 1014), según lo dispuesto en el acuerdo de confidencialidad de la DC de fecha 10 de septiembre de 2015 (folios 986 a 987).
14. Con fechas 22 de septiembre y 22 de diciembre de 2015, IAG aportó documentación complementaria consistente en las traducciones de determinados anexos incorporados al expediente (folios confidenciales 1017 a 1042 y folios 1043 a 1068).
15. Con fecha 5 de julio de 2017, la DC elevó al Consejo de la CNMC escrito proponiendo la no incoación de expediente y el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por ODIGEO, por considerar que no hay indicios de infracción de la LDC.

16. El Consejo de la CNMC en Sala de Competencia deliberó y adoptó la presente Resolución en su reunión 10 de mayo de 2018.

II. LAS PARTES

1. Denunciante

1.1. eDreams Odigeo, S.A. (ODIGEO)

eDreams es una agencia de viajes online, fundada en el año 1999, que cuenta con la autorización de la International Air Transport Association (IATA)⁴ para la emisión y venta de billetes de avión a través de su página web y centros de atención al cliente.

Tras su fusión con Go Voyages y la adquisición en el año 2011 de Opodo⁵, surge eDreams Odigeo, grupo de agencias de viaje online con sede en Barcelona que cotiza en el IBEX-35⁶.

ODIGEO ofrece viajes en vuelos chárters, vuelos regulares, vuelos de aerolíneas de bajo coste, hoteles, cruceros, servicios de alquiler de vehículos y seguros de viajes a través de sus cinco marcas: Opodo, Go Voyages, eDreams, Travellink y Liligo. Presente en 43 países, su actividad se concentra principalmente en los países del Espacio Económico Europeo (EEE)⁷ (folios 10 y 11).

2. Denunciado

2.1. International Airlines Group, S.A.

IAG es una compañía de aerolíneas, matriz de British Airways Plc (BA), de Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. (IB) y de Vueling Airlines S.A. (Vueling), constituida el 8 de abril de 2010 como resultado de la fusión de British Airways PIC e Iberia Líneas Aéreas de España, S.A.⁸, que cotiza en el IBEX-35 y en la London Stock Exchange (folio 848).

Las actividades de IAG se centran principalmente en tres áreas: el transporte aéreo de pasajeros y mercancías, el mantenimiento de aviones y la asistencia en aeropuertos. Sus productos se comercializan a través de su página web, agencias de viaje (online y offline), centros de atención telefónica y oficinas (folios 11 a 12 y 848 a 849).

IB/BA mantienen una relación comercial con la casi totalidad de las agencias de viaje en España, mediante el contrato general de IATA o contrato específico de distribución (folio 851).

⁴ IATA: asociación internacional que tiene como finalidad facilitar la cooperación entre aerolíneas, promoviendo la seguridad, fiabilidad, confianza y economía en el transporte aéreo en beneficio económico de sus accionistas privados. <http://www.iata.org/Pages/default.aspx>

⁵ Opodo fue constituida en el año 2000 por nueve aerolíneas europeas antes de ser adquirida por Amadeus.

⁶ Decisión Axa/Permira/Opodo/Go Voyages/eDreams, de 30 de mayo de 2011 (Caso COMP/M.6163).

⁷ El EEE está formado por los 28 países integrantes de la UE y los miembros de la AELC siguientes: Islandia, Liechtenstein y Noruega.

⁸ Caso M.5747 Iberia/British Airways, de 14 de Julio de 2010.

III. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

1. Mercado afectado

El mercado afectado por los hechos analizados en este expediente sería, de acuerdo con los precedentes comunitarios⁹, el mercado de distribución online de vuelos de ocio, en el que las agencias de viaje online (en adelante AVOs), entre las que figura ODIGEO, y las páginas web de las aerolíneas compiten por ofrecer a los consumidores las mejores ofertas de vuelos.

De conformidad con la Comisión Europea, el mercado de distribución online de vuelos de ocio constituye un mercado separado del mercado amplio de servicios aéreos prestados por agencias de viajes, debido al desarrollo y grado de consolidación que tienen estos servicios de distribución online con respecto a otros servicios que prestan las agencias¹⁰.

Los mismos precedentes concluyen que el mercado geográfico relevante es nacional puesto que los clientes normalmente reservan los billetes desde su lugar de residencia (folios 23 a 26).

Por otro lado, la Comisión concluyó en el caso Virgin/BA¹¹ que el mercado de servicios de agencia de viajes en avión se hallaba verticalmente relacionado con el mercado del transporte aéreo, mercado que la Comisión ha definido tradicionalmente en base a los denominados “punto de origen/ punto de destino” (mercado O&D), es decir, por rutas concretas¹² (folios 25 y 26).

ODIGEO afirma que en el año 2012 tuvo en España un 31,2% de cuota de mercado en las ventas de vuelos realizadas por AVOs, descendiendo hasta el 5,4% si se incluyen las ventas realizadas por las páginas web de las aerolíneas¹³ (folio 27).

A efectos de analizar la actuación de IAG, siguiendo la Decisión de la Comisión en el caso Virgin/BA, la Dirección de Competencia, en la propuesta elevada a esta Sala, ha considerado necesario valorar la posición del grupo aéreo en el mercado nacional de distribución online de vuelos de ocio, ámbito en el que IAG ha introducido los T&Cs discutidos por ODIGEO.

⁹ Decisión del caso Axa/Permira/Opodo/Go Voyages/eDreams, de 30 de mayo de 2011 (Caso COMP/M.6163).

¹⁰ Decisión de Axa/Permira/Opodo/GoVoyages/eDreams, de 30 de mayo de 2011. Según la Comisión Europea, las razones que justifican esta decisión son dos: i) el “*market test*” realizado por la Comisión, que estableció que la venta de vuelos online era la actividad más consolidada de todos los productos de viajes de ocio; y ii) el hecho de que los vuelos son un producto bastante estandarizado, lo que determina que el mercado de vuelos online estuviera mucho más desarrollado que el de otros productos de viaje de ocio.

¹¹ Caso IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways, de 14 de Julio de 1999 (párrafo 80).

¹² Esta definición de mercado se basa en la sustituibilidad de la demanda, según la cual los consumidores consideran la combinación de un punto de origen y un punto de destino determinados como un mercado en sí mismo, incluyendo todos los aeropuertos que sean sustituibles (Caso M.5747 Iberia/British Airways, de 14 de Julio de 2010).

¹³ Datos del informe de 2012 de PhocusWright “European Online Travel Overview, Ninth Edition”. El porcentaje del 31,2% de ODIGEO se ha calculado incluyendo AVOs cuyo negocio también se centra en hoteles y paquetes vacacionales (Booking) y sin contar a las páginas web de las aerolíneas.

De conformidad con IAG, **[confidencial]** [20-30%] de las ventas de billetes de avión que realizaron las agencias de viaje en España en 2013 se correspondieron con billetes BA/IB, porcentaje que se sitúa igualmente por debajo del 30% **[confidencial]** si solo se tiene en cuenta el total de ventas realizadas por las agencias online¹⁴ (folios confidenciales 517 a 518 y 524)¹⁵. Por otra parte, su cuota en el mercado vertical de transporte aéreo de pasajeros con origen y/o destino España se situó en un **[confidencial]** [20-30%] en el año 2014¹⁶.

2. Las agencias de viajes online y su modelo de negocio

Tradicionalmente, según ODIGEO, las aerolíneas han venido distribuyendo sus billetes de vuelo a través de las agencias de viajes con establecimiento físico, vendiendo de forma directa un porcentaje muy pequeño a través de sus oficinas de venta en ciudades/aeropuertos y “call centers”. Los servicios de intermediación que la agencia de viajes prestaba entre la aerolínea y el cliente eran retribuidos con el pago de una comisión en base al precio de venta del billete por parte de la compañía aérea.

El desarrollo de internet ha generado un cambio en el modelo de negocio de las agencias de viaje en los últimos años. La aparición de nuevos canales y herramientas de compra online han propiciado una mayor independencia de los consumidores en sus decisiones de compra, reduciéndose el número de intermediarios físicos, fomentando una mayor competencia entre las agencias de viajes (online y offline) y entre las AVOs y las páginas web de las aerolíneas (folios 13 a 18).

De acuerdo con ODIGEO, a medida que el mercado de la distribución online de vuelos de ocio se ha ido consolidando, la comisión abonada por las aerolíneas a las agencias de viajes se ha reducido progresivamente hasta llegar a ser casi nula. Esta situación ha llevado a las AVOs a reinventarse y prestar un servicio con mayor valor añadido que el que ofrecen las propias aerolíneas, con el fin de justificar el cobro de una comisión a sus usuarios en forma de tasa o comisión de servicio por billete emitido. Concretamente, las AVOs ofrecen a sus usuarios:

- i. Un producto único y diferenciado como son los “paquetes dinámicos” (combinaciones de vuelos o packs donde se combina la tarifa aérea con un hotel y/u otros servicios como el alquiler de coches).
- ii. Mejores tarifas de billetes de avión aplicando descuentos o proporcionando información sobre billetes de ida/vuelta, aun cuando el usuario únicamente busque un vuelo de solo ida.

¹⁴ Incluye agencias puras (agencia que solo comercializan online) y agencias mixtas (agencias que comercializan tanto online como offline).

¹⁵ Estimaciones de IAG a partir de datos del “*Billing and Settlement Plan*” (método de liquidación de billetes entre agencias y compañías aéreas) y de sus propios datos. En este sentido, IAG afirma que BSP recoge únicamente las ventas realizadas a través de los sistemas de reserva GDS (“*Global Distribution Systems*”), lo que excluye las ventas efectuadas por las agencias sobre las compañías de bajo coste de forma que estas cuotas de IB/BA estarían sobredimensionadas.

¹⁶ Estimaciones basadas en datos MIDT (“*Marketing Information Data Tapes*”) y datos OAG (“*Official Airline Guide*”).

- iii. Más opciones de compra en aerolíneas, itinerarios y aeropuertos de salida/llegada.
- iv. Un sistema de “ventanilla única” que permite a los consumidores comparar y/o reservar todas las opciones de vuelo (folios 13 a 18).

Actualmente, la compra del billete se produce en un entorno de “autoservicio”. Este nuevo modelo exige que las páginas web informen del precio del producto de forma clara al cliente, de tal manera que éste pueda realizar la elección con información correcta y actual, tal y como ha sido señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la sentencia de 15 de enero de 2015 dictada en el asunto C-573/13. Air Berlin v Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände (folios 852 a 853), así como en la sentencia de 6 de julio de 2017 (asunto C-290/16, Air Berlin v Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände).

De conformidad con IAG, las AVOs son una parte importante de la distribución de los productos IB/BA, representando un **[confidencial]** [70-80%] de los ingresos de IAG en España y un **[confidencial]** [60-70%] de su volumen de ventas global. Basándose en esta afirmación, IAG manifiesta que las agencias aportan un valor añadido a las compañías de su grupo, en tanto en cuanto ofrecen al consumidor una gran variedad de productos y servicios, así como servicios de comparación de la oferta que las compañías aéreas no ofrecen, cubriendo necesidades de los consumidores que IB/BA no pueden prestar (folio confidencial 530 y folio 859).

3. Marco normativo (Normativa IATA)

En líneas generales, de acuerdo con ODIGEO, las relaciones comerciales entre aerolíneas y agencias de viajes vienen reguladas por los “Acuerdos Estándar de Agencia de Viajes” de la IATA (en adelante ACUERDOS IATA), los cuales se complementan con una serie de cláusulas adicionales suscritas bilateralmente por las partes, y que generalmente hacen referencia a cuestiones como el pago de comisiones, los incentivos por la venta de billetes, o a cuestiones de apoyo en temas de marketing (folios 18 y 19).

En relación con los denominados ACUERDOS IATA, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, estuvieron sujetos a una exención individual por la Comisión Europea que ya no está en vigor desde la adopción del Reglamento 1/2003, estando sometidos desde ese momento al sistema de autoevaluación (folios 18, 19 y 545 a 707). ODIGEO ha indicado que lleva vendiendo billetes de IAG desde hace más de 15 años, estando dicha relación comercial regulada por los citados ACUERDOS IATA (folio 20).

Dentro de estos ACUERDOS IATA, la Resolución 818g¹⁷ (“Normas para Agencias de Venta de Pasaje”) establece los requisitos que una agencia de viajes debe cumplir para comercializar los billetes de las aerolíneas. En primer lugar, la agencia de viajes (“Agente”)¹⁸ debe ser autorizada por la propia IATA, lo que supone satisfacer una serie de criterios objetivos en materia de registro/licencia, personal, solidez financiera, locales, seguridad e historial comercial/buena reputación (folio 852). En segundo lugar, el agente

¹⁷ <http://www.iata.org/services/accreditation-travel/travel-tourism/Pages/resolutions.aspx>

¹⁸ En los ACUERDOS IATA, el término “Agente” se emplea para denominar a los intermediarios que venden y distribuyen los billetes, mientras que las aerolíneas reciben el nombre de “transportista”.

acreditado debe obtener el nombramiento de la aerolínea (“Transportista”) para poder actuar como su representante (folios 852 y 570 a 605).

Una vez obtenido el nombramiento de la aerolínea, la agencia de viajes quedará integrada en la lista de “Agentes IATA” y su relación con el transportista vendrá regulada por la Resolución 824¹⁹ (“Contrato de Agencia de Ventas de Pasaje”) (folio 852), en virtud de la cual:

- i. “Todos los servicios vendidos de conformidad con el presente Contrato, lo serán en representación del Transportista y en cumplimiento de los manuales de tarifas, condiciones de transporte e instrucciones escritas de éste según le hayan sido entregados o dadas al Agente. El Agente no variará ni modificará en ningún caso los términos y las condiciones que se expresen en cualquier Documento de Tráfico que se utilice para servicios prestados por el Transportista, y el Agente cumplimentará estos documentos de la manera que el Transportista ordene” (artículo 3.2) (énfasis añadido).
- ii. “Los documentos de tráfico depositados por el transportista son y continúan siendo propiedad exclusiva del transportista hasta que sean debidamente emitidos y entregados de conformidad con una transacción a tenor del presente contrato; de manera similar, las placas de identificación entregadas en depósito al Agente son de propiedad exclusiva del transportista en todo momento (...)” (artículo 6.1) (énfasis añadido).
- iii. “Inmediatamente después de que el Agente reciba dinero por transporte aéreo de pasaje o servicios auxiliares específicos vendidos a tenor de este contrato, se emitirá un Documento de Tráfico, respondiendo el Agente de la remisión al Transportista del importe pagadero con respecto a dicho Documento de Tráfico; todas las sumas de dinero cobradas por el Agente por el transporte y los servicios auxiliares vendidos a tenor de este contrato, incluida la remuneración aplicable que el Agente tenga derecho a reclamar de acuerdo con el presente, son propiedad del Transportista y deberán ser conservadas por el Agente en depósito para el Transportista o en representación de éste hasta que al Transportista se le rinda cuenta de ellas satisfactoriamente y se efectúe su liquidación” (artículos 7.1 y 7.2) (énfasis añadido) (folios 615 a 617).

Actualmente, IAG complementa los ACUERDOS IATA que mantiene con las AVOs que redistribuyen sus productos con una serie de términos y condiciones (T&Cs) adicionales. Según la compañía aérea, estos T&Cs se aplican a todas las agencias a nivel mundial y tienen por finalidad garantizar que las agencias de viaje online informen de manera completa a los consumidores sobre los productos IB/BA a través de un servicio posventa racional y eficiente, reforzando de esta forma la imagen de marca IAG en el mercado (folios confidenciales 526 a 529, 531 a 534, 537 y 538 y folios 858 a 861 y 865). Los T&Cs adicionales denunciados por ODIGEO serán objeto de análisis a continuación.

¹⁹ <http://www.iata.org/services/accreditation-travel/travel-tourism/Pages/resolutions.aspx>

IV. HECHOS DENUNCIADOS

1. Los nuevos T&Cs adicionales de IAG

Con fecha 13 de agosto de 2014, IAG comunicó por correo electrónico a ODIGEO unos nuevos T&Cs adicionales a los ACUERDOS IATA, que entrarían en vigor en un plazo de 30 días desde la fecha de dicha comunicación (folios 75 a 127). Si bien el plazo inicial de adhesión se fijó para el 19 de octubre de 2014, la versión inicial de estos T&Cs ha sufrido varias modificaciones, dando lugar a varias comunicaciones entre las partes (folios 5, 12, 128 a 131, 132 a 139, 144 a 156, 190 a 215, 259 a 261 y 317 a 323)²⁰.

De acuerdo con IAG, los nuevos T&Cs son términos y condiciones de aplicación general dirigidos a todos los agentes a nivel mundial, con independencia de si estos mantienen acuerdos comerciales específicos con BA/IB²¹. La finalidad de estos T&Cs es el establecimiento de unos estándares mínimos de calidad sobre las AVOs que comercialicen sus productos BA/IB, de forma que se evite la aplicación de prácticas fraudulentas por parte de los agentes que puedan dañar la imagen y reputación de la marca IAG (folios 853 a 855, 859 y 860). Los T&Cs están especialmente enfocados a las siguientes cuestiones:

- La información facilitada sobre el producto que están comprando los usuarios.
- El conocimiento del precio del producto desde el primer momento.
- Los servicios incluidos y las opciones adicionales disponibles.
- El conocimiento de los cargos por emisión que se les van a aplicar a los compradores.
- El nivel razonable de servicio y atención al cliente recibido.

Según IAG, estos T&Cs deben contar, en España, con la aceptación expresa de las agencias y adaptarse a las especificidades de la legislación nacional donde radiquen las oficinas de cada agente²² (folios 854 y 860).

Para la compañía aérea, los nuevos T&C complementan las disposiciones del contrato IATA relativas a la necesidad de informar debidamente al consumidor acerca de los

²⁰ [confidencial].

De acuerdo con IAG, organismos y tribunales también han reaccionado a la aplicación de estas prácticas prohibidas. En Europa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 15 de enero de 2015 relativa al caso Air Berlin, afirmaba lo siguiente: *“en el marco de un sistema de reserva electrónica, el precio final que deba pagarse ha de precisarse cada vez que se indiquen los precios de los servicios aéreos, incluida la primera vez que aparezca en pantalla”* (folio 853). En España once AVOs (entre ellas ODIGEO) fueron denunciadas, con fecha 27 noviembre de 2014, por la Organización de Consumidores y Usuarios al no informar del precio completo de los billetes desde el inicio de la contratación y por cobrar suplementos adicionales. En los Países Bajos la *Authority for Consumers & Markets* (ACM) ya ha advertido formalmente a ODIGEO sobre este tipo de prácticas (folios 852 a 853).

²¹ [confidencial].

²² En lo que respecta a agentes con oficinas en España, los T&Cs se regirán de acuerdo con la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, y con la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación (folio 854).

productos de IB/BA, de forma que éste tenga una óptima percepción de los productos y servicios de la aerolínea (folio 859).

En España, la versión final de los T&Cs adicionales al contrato comercial entre IBERIA y ODIGEO fue suscrita el **[confidencial]**.

Para ODIGEO, sin embargo, algunas de las cláusulas recogidas en los T&Cs repercuten en los competidores de IB/BA en la venta de billetes aéreos en los mercados del EEE, reduciendo la competencia en perjuicio de los consumidores (folio 135).

El análisis de ODIGEO parte de la base de que la relación existente entre IAG y las AVOs es la de un distribuidor independiente, y no la de agente. En este sentido, ODIGEO señala que la sentencia de 17 de diciembre de 2003 del Tribunal de Primera Instancia, relativa a la Decisión de la Comisión en el caso Virgin/BA²³ establece que las agencias de viajes son intermediarios independientes que ejercen una actividad autónoma de prestación de servicios. En consecuencia, a juicio de ODIGEO, las agencias asumen riesgos comerciales y financieros derivados del negocio de la venta online de billetes de vuelo²⁴. Por tanto, las cláusulas que rigen la relación entre IAG y ODIGEO se habrían de analizar a la luz del Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en adelante, Reglamento 330/2010), así como de las Directrices Relativas a las Restricciones Verticales (folios 29, 30 y 37).

2. Cláusulas denunciadas por ODIGEO

2.1. Cláusula 3 (c): [confidencial]

[confidencial]

Según ODIGEO, la cláusula 3(c) de los T&Cs supone una fijación del precio mínimo de reventa de los billetes BA/IB, de acuerdo con el artículo 4.a) del Reglamento 330/2010 (folios 37 a 39).

En concreto, según ODIGEO, la citada cláusula impide a la AVO informar a sus clientes sobre la forma de obtener mejores tarifas, con independencia de que se correspondan o no con sus búsquedas iniciales, obligándole a cumplir con el principio del uso secuencial del cupón (en adelante USC)²⁵ según el cual un billete no es válido si el pasajero no usa todos los vuelos que lo componen en secuencia. Bajo la amenaza de emisión de notas

²³ Asunto T-219/99 (párrafo 93)

²⁴ ODIGEO afirma que soporta riesgos financieros sobre las ventas, riesgos derivados de las inversiones específicas destinadas al mercado, y riesgos vinculados a otras actividades relacionadas con el marketing y comercialización del producto (folios 30 y 31).

²⁵ Como ejemplos del uso no secuencial de los billetes, IAG menciona i) “*Throwaway Tickets*”: el billete de ida y vuelta se vende como billete de solo ida, desechando la vuelta; ii) “*Back to Back Tickets*”: dos billetes de ida y vuelta se combinan usando tan sólo una parte de cada uno; y iii) “*Hidden City Tickets*”: un pasajero no tiene intención de realizar el viaje desde el origen o hasta el destino indicado en el billete sino en un aeropuerto intermedio (folios 861 a 862).

de cargo (en adelante, ADM)²⁶ en caso de incumplimiento del USC, IAG impide a ODIGEO ofrecer precios más reducidos combinando distintos trayectos, con independencia de que algún segmento del viaje no se utilice. Según ODIGEO, la cláusula tampoco permitiría a la AVO ofrecer a sus clientes un billete comprado a la compañía aérea en un mercado fuera de Europa donde el precio anunciado puede ser más barato que el precio del mismo billete ofrecido a ciudadanos europeos, señalando, en apoyo de su tesis, la presunta retirada de la placa de BA y de IB en EEUU para la venta de billetes, después de que ODIGEO llevara a cabo esta práctica (folios 34, 35 y 979).

Respecto al cumplimiento del USC, ODIGEO cita dos sentencias comunitarias que han obligado a las aerolíneas a no cobrar notas de cargo a pasajeros/agencias de viaje por billetes no usados en su totalidad:

- i. La sentencia del Tribunal de Apelación de Frankfurt, de 10 de noviembre de 2008, relativa a la emisión de notas de cargo por parte de Lufthansa a su agencia de viajes por incumplimiento del USC. El Tribunal afirmó que el USC no estaba recogido en los ACUERDOS IATA ni en el acuerdo comercial entre las partes. Sin embargo, este acuerdo bilateral sí recogía el hecho de que agencia actuaba de parte del consumidor por lo que su compromiso de ofertarle tarifas de vuelo más baratas era congruente. Además, no existía perjuicio económico para la aerolínea puesto que los billetes reservados a través de la agencia, con independencia del USC, le fueron abonados (folios 36 y 465 a 468).
- ii. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, de 22 de marzo de 2012, relativa a la denuncia particular contra IBERIA sobre la cancelación del trayecto de vuelta por incumplimiento del USC. La sentencia establece, en primer lugar, que los pasajeros desconocían la cláusula de USC, al no figurar en las condiciones generales del contrato de transporte entre IB y los pasajeros afectados. En segundo lugar, en caso de que hubiera existido dicha cláusula, y siendo aceptada por los pasajeros, hubiera resultado abusiva, puesto que una vez abonado el billete a la aerolínea, el pasajero se convierte en propietario del mismo (folios 35 a 36 y 454 a 464).

IAG, por su parte, sostiene que el cumplimiento de la cláusula 3(c) no restringe la libertad de ODIGEO para fijar precios y descuentos de billetes, combinar tarifas de distintas compañías aéreas (indicando en su caso la existencia de riesgos a los pasajeros), vender servicios complementarios al vuelo o aplicar los cargos de emisión que consideren (folio confidencial 986 y folios 861 y 1005). La finalidad de la cláusula es, por el contrario, evitar el uso fraudulento y la manipulación de los productos IB/BA, aplicándose por igual a todo el EEE y a todos los canales de ventas de billetes IB/BA (folio 861). De esta forma, las AVOs como ODIGEO deben comercializar y distribuir los billetes electrónicos de IAG de acuerdo con la Resolución IATA 824, en concreto:

- i. Reconociendo que la aerolínea es la propietaria del billete puesto que al liquidar el importe del billete es la que soporta el riesgo comercial y financiero de la venta (artículos 6.1, 7.1 y 7.2 de dicha Resolución);

²⁶ Las notas de cargo al agente (en inglés “Agency Debit Memo”) sirven para notificar al agente que, a menos que exista una justificación, éste le adeuda a la línea aérea emisora la cantidad consignada en el ADM por la razón indicada.

- ii. No manipulando los términos y condiciones del billete como es la venta de billetes que incumplen el USC (artículo 3.2 de dicha Resolución) (folios 616 a 617, 856 a 857, 860 a 864, 996 a 998 y 1005).

En relación con el USC, en el año 2009 la Resolución 830a (“Consecuencias por infracciones contra procedimientos de emisión de billetes y reservas”) introdujo en su articulado la prohibición de vender billetes con origen y destino ficticios, permitiendo a la aerolínea aplicar notas de cargo en caso de incumplimiento (artículo 1.12 de dicha Resolución) (folio 623). De conformidad con IATA, *“la exigencia de un uso secuencial y completo de los segmentos de un vuelo permite una mayor conectividad y competencia, para el beneficio del público”*²⁷ (folios 862, 779 y 1057).

Para explicar la importancia del USC en el mercado, IATA parte del hecho de que las aerolíneas compiten entre sí por la comercialización de billetes con un mismo origen/destino (y no de segmentos individuales) a través de la prestación de vuelos directos e indirectos (más competitivos). Por otro lado, en un mismo vuelo regular es fácil encontrar pasajeros que, en función de las condiciones de compra de cada billete (clase de billete, fecha de reserva, tipo de tarifa, promociones asociadas, número de escalas, etc.) hayan pagado distintas tarifas. De esta forma, existe una segmentación del mercado que permite a cada pasajero adquirir el producto al precio al que realmente está dispuesto a pagar, incentivando la competencia y el uso eficiente de la capacidad del avión. En el caso de que una aerolínea decida incumplir el USC comercializando un segmento de vuelo que cubra el trayecto que desee realizar el pasajero distorsionará el funcionamiento del mercado por el siguiente motivo: ese segmento forma parte de un vuelo con un origen y destino diferentes al trayecto del pasajero, de manera que dos mercados diferentes entrarían a competir entre sí (folios 779 a 780 y 1057 a 1058)²⁸.

Relacionado con el USC y con la imposibilidad de adquirir un billete BA/IB más barato en un mercado fuera de Europa, se encuentra la importancia del sentido del vuelo. De acuerdo con IATA, en rutas internacionales la tarifa de un sentido del vuelo no siempre es igual que la tarifa en el sentido opuesto. A modo de ejemplo, IATA explica que un vuelo entre Bruselas-Lisboa en verano suele tener una demanda elevada en el mercado belga, al contrario que un vuelo Lisboa-Bruselas en el mercado portugués. Por este motivo, la aerolínea que preste esta ruta deberá ofrecer una rebaja del precio o algún incentivo para potenciar su venta, evitando de esta forma desequilibrios direccionales. En este contexto, si los pasajeros belgas pudieran utilizar el producto más económico

²⁷ IATA's Position Paper: “*Coupon sequence and use*” (folios 778 a 781 y 1056 a 1059).

²⁸ La IATA expone un ejemplo sobre las consecuencias de no cumplir con el USC: un viajero que desea cubrir la ruta Bruselas-Lisboa puede encontrar un billete Londres-Bruselas-Lisboa a un precio inferior por las presiones competitivas existentes entre los vuelos directos e indirectos que cubren dicha ruta. En líneas generales, para ser competitivos, el precio de los vuelos indirectos no puede ser superior al de los vuelos directos. Desde el punto de vista de la demanda, la ruta Bruselas-Lisboa y la ruta Londres-Lisboa constituyen dos mercados diferentes con un precio distinto. Si el viajero decide usar el segmento Bruselas-Lisboa del vuelo indirecto Londres-Bruselas-Lisboa, la aerolínea que oferta ese vuelo indirecto podría dejar de prestarlo ya que la pérdida de demanda e ingresos experimentada en el vuelo directo Bruselas-Lisboa no se compensará con los ingresos obtenidos por la prestación del vuelo indirecto Londres-Bruselas-Lisboa, teniendo un incentivo para favorecer el vuelo directo frente al indirecto. De esta forma se reduciría el número de vuelos indirectos, afectando a las presiones competitivas del mercado y a los precios de los servicios de vuelo (folios 779, 780, 1057 y 1058).

Lisboa-Bruselas-Lisboa (empleando solo la vuelta del billete) en sustitución del producto Bruselas-Lisboa-Bruselas o del producto Bruselas-Lisboa, las compañías aéreas acabarían subiendo precios para corregir esos desequilibrios direccionales o, en el caso de que la competencia no lo permitiera, abandonando el mercado, lo que perjudicaría al consumidor. Además, los billetes unidireccionales en rutas internacionales (Bruselas-Lisboa) suelen ser más flexibles que los billetes más económicos de ida y vuelta (Lisboa-Bruselas-Lisboa) al tratarse de productos diferentes, con precios distintos, pertenecientes a mercados diferentes (folios 780 a 781 y 1058 a 1059).

En línea con lo anterior, con fecha 14 de julio de 2005, en el denominado “Asunto Potter²⁹”, la Comisión Europea rechazó iniciar una investigación en base a la denuncia de dos pasajeros contra BA por obligarles a cumplir el USC, al no contar con indicios suficientes que demostrasen que el objeto o efecto del USC fuese la restricción de la competencia en el mercado comunitario (folios 862, 763 a 777, 1003 a 1005 y 1043 a 1055). En su archivo la Comisión hizo referencia a:

- i. La investigación de la extinta Office of Fair Trading (OFT) del Reino Unido sobre el texto de IATA “Prácticas Recomendadas 1724” en el año 2000, donde recomendaba a la IATA que “clarificara el contenido de su modelo de condiciones de transporte para asegurar que los pasajeros fueran plenamente informados de sus obligaciones sin cuestionar las condiciones sobre el uso, aceptando que los billetes de distintas configuraciones pueden constituir productos diferentes, cada uno con su propio precio” (folio 1048).³⁰
- ii. Las conclusiones obtenidas en la consulta realizada por la propia Comisión en el año 2002 sobre contratos entre aerolíneas y pasajeros³¹, donde se recoge la siguiente afirmación: “las autoridades nacionales, con una excepción, aceptan que las restricciones sobre el uso de cupones sean legítimas y contribuyen a la existencia de una amplia elección de tarifas, pero recalcan que los consumidores deben ser conscientes de ello” (folios 1048 y 1049)³².
- iii. La Decisión de la Oficina General de Contabilidad de los Estados Unidos en el año 2001 sobre las reglas aplicables a los billetes vendidos por las aerolíneas, según la cual “las normas sobre el uso secuencial estaban relacionadas con el comportamiento económico razonable de las aerolíneas y no con ningún tipo de práctica anticompetitiva” (folio 1049)³³.

²⁹ Comunicación de la Comisión de 14 de julio de 2005 en el asunto COMP/A.38763/D2 “*Sequential use of coupons*”.

³⁰ Bajo la Directiva 93/13 CE sobre condiciones abusivas de contratación (contratos de compañías aéreas), la OFT revisó el texto de IATA “*Prácticas Recomendadas 1724*”, según el cual un billete no será válido si todos los cupones no se utilizan de forma secuencial.

³¹ Documento de consulta de la Comisión Europea sobre contratos entre las aerolíneas y los pasajeros, publicado por la DG de Energía y Transporte y la DG de Salud y Protección de los Consumidores (21 de junio de 2002).

³² Resumen de las respuestas al documento de consultas de la Comisión Europea sobre contratos entre las aerolíneas y los pasajeros (febrero de 2013).

³³ Informe “*Aviation Competition: Restricting Airlines Ticketing Rules Unlikely to Help Consumers*” de julio de 2001.

Todo lo anterior justifica, a juicio de IAG, que las condiciones generales de transporte de IB/BA incluyan el requisito de USC de todos los vuelos del billete y eviten así que las agencias ofrezcan productos de IAG manipulados, sin que dicha política afecte a la competencia en el mercado (folio 863).

No obstante, sin perjuicio de lo ya expuesto, IAG reconoce que las condiciones de transporte de IBERIA han sido cuestionadas por la OCU. En concreto, su política de cancelación de vuelos por incumplimiento del USC³⁴ ha sido declarada de “desproporcionada” por la Audiencia Provincial de Madrid³⁵. En este sentido, la compañía se encuentra en proceso de modificación de dichas condiciones de transporte. Así, ante la complejidad que supone un reajuste de las tarifas en el caso de uso no secuencial de los cupones, alternativa aplicada por algunas compañías ante situaciones de cancelación del segmento restante del trayecto, IAG valora la posibilidad de aplicar mejor un mecanismo ex ante con el objetivo de que las agencias de viaje ofrezcan el producto de IBERIA más adecuado a los pasajeros, desincentivándoles de utilizar fraudulentamente el sistema de reservas (folios 997 y 998).

2.2. Cláusula 3 (g): [confidencial]

[confidencial]

Inicialmente, según ODIGEO, la cláusula 3(g) incluía en un segundo apartado la siguiente afirmación:

[confidencial]

A juicio de la denunciante, este segundo párrafo contenía una cláusula de nación más favorecida³⁶ sobre los niveles tarifarios por servicio de las agencias, de forma que al igualarse sus comisiones no tendrían incentivos a competir en el mercado. A pesar de haber sido eliminada posteriormente de su contrato comercial con IAG, la denunciante considera la posibilidad de que la totalidad de la cláusula haya sido aceptada por otras AVOs, lo que daría lugar a una red de acuerdos paralelos (folios 50 y 51).

De acuerdo con IAG, la finalidad de la cláusula 3(g) es lograr que las AVOs ofrezcan de forma aséptica, imparcial y completa los productos y servicios de IAG (folio 861).

IAG reconoce que la primera versión de los T&C incluía una cláusula de nación más favorecida (folio 861). Sin embargo, dicha cláusula se ha eliminado de forma que, en la última versión de T&C que IAG ha aportado³⁷, la nueva cláusula 3(g) ya no está relacionada con ninguna cláusula de nación más favorecida, ni dará lugar a acuerdos

³⁴ Ello implica que IBERIA cancela el segmento de vuelta cuando el pasajero no ha utilizado el segmento de ida.

³⁵ Caso 207/2015, OCU vs Iberia, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de Julio de 2015, que confirma la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el caso 254/2012 de 20 de febrero de 2012.

³⁶ En un acuerdo comercial internacional, las cláusulas de nación más favorecida establecen que cualquier mejor tratamiento concedido a una parte debe hacerse extensivo a todas las demás partes. En un contexto de acuerdos verticales, la negociación de las partes por establecer un precio de producto al menos igual al de las competidoras conduce a que el precio entre distribuidores se iguale en el mercado.

³⁷ Versión final en castellano de los T&Cs publicada el **[confidencial]** (folios confidenciales 522 y 742 a 762).

paralelos entre los competidores de ODIGEO (folios 861 y 1006 y folios confidenciales 533 a 534, 747 y 896).

2.3. Cláusula 3 (h) (2) y (4): [confidencial]

La primera de la cláusula establece que:

[confidencial]

Por su parte, la Cláusula **10 (b): [confidencial]**

[confidencial]

ODIGEO considera que ambas cláusulas constituyen una restricción de sus ventas pasivas, de acuerdo con el artículo 4.c) del Reglamento 330/2010.

Teniendo en cuenta los ACUERDOS IATA y, en concreto, la Resolución IATA 818g sobre los requisitos que un agente debe cumplir para comercializar billetes de los transportistas, ODIGEO considera que sus relaciones comerciales con IAG ya encajan en un sistema de distribución selectiva de forma que no necesita cumplir unos criterios adicionales que le autoricen a comercializar y redistribuir los productos BA/IB (folios 32 a 33 y 570 a 605).

En consecuencia, ODIGEO señala que, de acuerdo con el párrafo 56 de las Directrices relativas a las Restricciones Verticales, *“el distribuidor autorizado debería gozar de plena libertad para anunciarse y vender con ayuda de internet. Por tanto, la Comisión considera restricción especialmente grave cualquier obligación que disuada a los distribuidores autorizados de utilizar internet para llegar a un mayor número y diversidad de clientes imponiendo criterios para las ventas en línea que no sean globalmente equivalentes a los criterios impuestos para las ventas en establecimientos físicos”*. Según ODIGEO, este enfoque ha sido empleado por la jurisprudencia comunitaria y por otros países de la Unión Europea³⁸.

A la vista de lo anterior, en relación con la cláusula **3 (h) (2) y (4)**, ODIGEO considera que la obtención de una autorización adicional para distribuir y comercializar billetes BA/IB por internet a través de enlaces a terceros y/o canales distintos de las propias

³⁸ Sentencia de octubre de 2011 sobre el asunto C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS /Président de l'Autorité de la Concurrence: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que una cláusula que prohibiese a los distribuidores autorizados la venta por internet constituía una restricción de la competencia por objeto.

Expediente de 15 de octubre de 2013 del Bundeskartellamt B7-1/13-35, Sennheiser sobre las restricciones a la venta online a través de Amazon Marketplace: el fabricante de auriculares Sennheiser se vio obligado a cambiar los términos de sus contratos de distribución online por impedir a su red de distribución selectiva la venta de productos Sennheiser a través de la plataforma online Amazon.

Caso Skyscanner en el Reino Unido: el Tribunal de Apelación de Competencia concluyó que la extinta OFT no había prestado demasiada atención al papel relevante de los motores de meta búsqueda como Skyscanner hoteleras a la transparencia en el mercado de reservas hoteleras.

oficinas del agente (meta buscadores³⁹ y páginas web de Marca Blanca⁴⁰) limitaría significativamente sus ventas online en un mercado donde la mayoría de los clientes visitan su página web a través de buscadores ⁴¹ y meta buscadores (folios 39 a 45).

Respecto a la **cláusula 10 (b)**, ODIGEO explica que las AVOs rivalizan por aparecer en la primera página de los buscadores, compitiendo para ello por un espacio entre los enlaces patrocinados o los resultados de búsqueda pagados (por ejemplo, Google Adwords⁴²) mediante técnicas de Brand Bidding⁴³. En este caso concreto, sin una autorización previa, IAG no permitiría a ODIGEO utilizar términos de búsqueda como “BA”, “IB” y las denominadas “Marcas de IB”, impidiendo a la AVO aparecer en las primeras posiciones de las páginas de los buscadores. Por ese motivo, ODIGEO considera que una menor visibilidad en los resultados de búsqueda repercutirá en su capacidad competitiva en el mercado de distribución online de vuelos de ocio (folios 45 a 48 y 979 a 980).

De conformidad con IAG, algunas cláusulas incluidas en los T&Cs (cláusula 3 (j)⁴⁴ referida a la venta online en general, cláusula 3 (h) (2) y (4) y cláusula 10 (b)) tienen como objetivo garantizar que, mediante la venta y redistribución online, el pasajero acceda a una información completa, correcta y actualizada de los productos BA/IB de forma que el servicio prestado por las AVOs a los clientes repercuta de manera positiva en la imagen de marca de IAG (folios confidenciales 526 a 529, 531 a 534, 537 a 538 y folios 858 a 859, 860 a 861 y 865).

Para ello es necesario que aquellas AVOs que comercialicen y redistribuyan los productos BA/IB a través de Internet (en concreto, vía buscadores, meta buscadores, Brand Bidding⁴⁵ y páginas web de Marca Blanca) obtengan una nueva autorización por parte de IAG, lo que exige previamente el cumplimiento de una serie de condiciones adicionales -párrafos (66) a (81) de la propuesta de archivo de la DC-. A juicio de la compañía aérea, algunas de estas condiciones ya las cumplen per se las AVOs, debido a su naturaleza online y actividad (folios 860, 861 y 864).

³⁹ Un meta buscador (Meta Search Engine) es un sistema que localiza información en los motores de búsqueda más usados. Al carecer de una base de datos propia usa la de otros buscadores, mostrando una combinación de las mejores páginas que ha devuelto cada uno. Los comparadores de precios como Trivago son un ejemplo de meta buscador.

⁴⁰ Página Web de Marca Blanca: página web que lleva la marca de un tercero pero que emplea, mediante acuerdo, el motor de búsqueda y venta de una agencia de viajes, de forma la página web del tercero se considera una “marca blanca”.

⁴¹ Un motor de búsqueda es un sistema informático que busca archivos almacenados en servidores web. Google o Yahoo Search son ejemplos de buscadores.

⁴² Google Adwords es un sistema de publicidad online donde los anunciantes pagan a Google por cada clic que un usuario realice en su anuncio.

⁴³ Brand Bidding: consiste en utilizar como palabras clave en anuncios de Google Adwords las marcas de los competidores. Esta práctica está permitida por Google desde 2008, siempre y cuando la marca competidora no aparezca en el texto del anuncio.

⁴⁴ En concreto, la cláusula 3 (j) establece lo siguiente: **[confidencial]**.

⁴⁵ De acuerdo con IAG, el ámbito de aplicación de la cláusula 10 (b) afecta a cualquier nombre que contenga parcial y/o totalmente de la marca IBERIA.

IAG aclara que todos los permisos mencionados en las cláusulas 3(h) (2) (4) y 10 (b) se materializan en un solo permiso (folio confidencial 896).

Tal y como se ha mencionado, las **cláusulas 3(h) (2) y (4) y 10(b)** de los T&Cs establecen para la venta y redistribución online de los productos IB/BA por parte de las AVOs una autorización de IAG sujeta al cumplimiento previo de una serie de **condiciones**⁴⁶ adicionales. A juicio de ODIGEO, estas condiciones resultan desproporcionadas y, por tanto, anticompetitivas (folios 48, 51 y 52).

Para IAG, sin embargo, se trata de condiciones objetivas, no discriminatorias y proporcionadas, cuyo cumplimiento por parte de las agencias garantizarán al cliente el acceso a una información completa, correcta y actualizada de los productos IB/BA (folio 864). Concretamente, el cumplimiento de estas condiciones concederá a los agentes una acreditación de manera instantánea, sin mayor dilación y sin necesidad de renovación posterior, para comercializar y distribuir billetes electrónicos IB/BA⁴⁷.

Según IAG, varios de estos requisitos exigidos a las AVOs para la comercialización y redistribución de productos IB/BA mediante internet y páginas web de marca blanca (**condiciones 1.1, 2.2 y 3.2, respectivamente**) ya las cumplen *per se* las agencias online. Es el caso de la identificación requerida para actividades de venta online concedida en virtud de los ACUERDOS IATA. Otro ejemplo es la provisión de soluciones tecnológicas para hacer frente a incrementos repentinos de la demanda que puedan bloquear el funcionamiento del sitio web, criterios recogidos en los apartados de redistribución de productos BA/IB y realización de actividades de Brand Bidding (**condiciones 3.3 y 4.3, respectivamente**).

En relación a los criterios que resultan novedosos para ODIGEO (**condiciones 1.8 y 1.9, y condiciones 2.3 y 2.4**), IAG afirma que la compañía aérea ofrece a la AVO alternativas y cierta flexibilidad, facilitado de esta forma el cumplimiento de las mismas⁴⁸ (folios confidenciales 533, 756, 833 y 896 y folio 1006).

A continuación se analizan estas condiciones:

Condiciones 1.8 y 1.9 para comercializar a través de internet

Las condiciones señalan lo siguiente:

[confidencial]

ODIGEO considera que el cumplimiento de estas dos condiciones discrimina a las AVOs al obligarles a redirigir su tráfico a las páginas web de IB/BA, eliminado de esta forma competencia en el mercado ya que los pasajeros reservarán sus billetes en aquellos canales online que les facilite el proceso completo de compra (folios 51 a 52).

ODIGEO ha llevado a cabo todos los pasos necesarios para asimilar la plataforma tecnológica de IBERIA para la venta de servicios complementarios al vuelo, con la

⁴⁶ Estas condiciones se agrupan en 4 categorías: **[confidencial]**.

⁴⁷ De acuerdo con IAG, con fecha **[confidencial]**.

⁴⁸ Es el caso, por ejemplo, **[confidencial]**.

consiguiente inversión en recursos (económicos y de tiempo) que supone. No obstante, la implementación de estos procesos técnicos se limita a los servicios que la AVO encuentra disponibles en los Sistemas de Distribución Global (GDS en inglés⁴⁹) y, por tanto, a aquellos servicios que la aerolínea pone a disposición de las AVOs a través de estos sistemas (folios 980 a 981).

En relación con BA, sus servicios complementarios al vuelo no se encontraban, en el momento de la presentación de la denuncia, en los GDS por lo que las AVOs debían incluir el enlace a su página web de manera obligatoria (folio 981).

IAG, por su parte, considera los servicios complementarios al vuelo una prestación fundamental de los productos IB/BA que añaden valor a la experiencia del pasajero en su viaje. Los servicios complementarios al vuelo de IBERIA se encuentran disponibles en los mismos GDS, plataforma a la que todos los agentes tienen acceso como suscriptores, de forma que no es necesario llevar a cabo ninguna adaptación a una plataforma tecnológica específica, ni obtener una licencia/autorización, o realizar pagos por distribuir este tipo de servicios⁵⁰ (folios 1011 a 1012). Por lo tanto, los agentes tienen acceso directo a esta información y pueden vender estos servicios complementarios directamente, sin interferencia alguna por parte de la compañía aérea (folios 1011 a 1012).

En este sentido, la propia compañía destaca que en los últimos años IBERIA ha realizado mejoras técnicas de tal forma que las AVOs pueden ofrecer a los clientes servicios complementarios a sus vuelos (folio confidencial 903).

Para aquellas AVOs que quieran empezar a distribuir este tipo de servicios complementarios, IAG les ofrece cierta flexibilidad y facilidades durante el proceso de autorización, como puede ser un periodo de adaptación, bastando inicialmente un compromiso de cumplimiento de los requisitos o que el periodo de adaptación empiece a contar desde la puesta a disposición de los GDSs de la información de los servicios complementarios (folios confidenciales 528 y 831).

Condiciones 2.3 y 2.4 para comercializar mediante páginas web de Marca Blanca

[confidencial]

Con carácter previo a los nuevos T&Cs, ODIGEO contaba con una sola acreditación para sus propias páginas online y sus páginas web de Marca Blanca, puesto que el motor de reservas era el mismo. Según ODIGEO, estas dos nuevas condiciones le exigen un número IATA para ventas online y un número IATA por cada página web de Marca

⁴⁹ Global Distribution System (GDS): base de datos que almacenan y actualizan de forma instantánea grandes cantidades de información sobre la oferta de toda una amplia gama de empresas turísticas a nivel mundial. Estos sistemas acceden en tiempo real a disponibilidades, características y precios para obtener información y realizar reservas de vuelos, hoteles, coches de alquiler y otros servicios. Los principales GDS son Amadeus, Galileo, Sabre y Worldspan.

⁵⁰ De acuerdo con IAG, el único requisito es la actualización de las páginas web de las AVOs, actividad habitual en el desarrollo del modelo de negocio de las plataformas online.

Blanca, lo que genera una serie de costes añadidos para la AVO (folios 48 a 49 y 976 a 977).

De acuerdo con IAG, la obtención de dos números IATA independientes por parte de las agencias online tiene como finalidad la obtención de información sobre las ventas de sus productos IB/BA a un nivel más desagregado y concreto. Además, IAG manifiesta que la justificación de estas condiciones se basa en la necesidad de asegurar que la comercialización de sus productos se realiza desde páginas web de contenido seguro (folio confidencial 904). Asimismo, la compañía aclara que **[confidencial]**.

En este sentido, a juicio de IAG, las agencias de viajes que ya cuenten con un número IATA no les resultará difícil obtener un segundo número de identificación al solicitar la apertura de una sucursal. Los criterios para su apertura son relativamente sencillos, destacando dos: i) el contrato entre la agencia de viajes y el GDS debe cubrir el punto de venta de la sucursal; ii) la sucursal debe contar con personal competente y autorizado⁵¹. La autorización IATA de sucursal es de carácter indefinido y automático, y permite verificar que los puntos de venta adicionales (offline u online) no son negocios ficticios (folio 1013). No obstante, como alternativa al número IATA adicional, las AVOs tienen la posibilidad de emplear el denominado GDS Office ID, número de identificación que tiene los usuarios corporativos del GDS (folio 1013)⁵².

IAG añade que, en las páginas web de Marca Blanca, la empresa que finalmente realice la venta del billete será siempre la AVO y así deberá constar en dicha página web y en los correos de confirmación de la reserva o venta para que el consumidor sepa en todo momento con quién está contratando el servicio (folio 865). Ello permitirá a la compañía aérea conocer, aprobar y actualizar con qué páginas web contratan de manera independiente las AVOs, puesto que esta vinculación entre el tercero y los productos IB/BA influye en la percepción de los consumidores sobre IAG (folios confidenciales 537 a 538 y 904 a 906⁵³).

2.4. Cláusula 8 (b): Titularidad y uso de los datos (título confidencial)

[confidencial]

Esta cláusula, a juicio de ODIGEO, obliga a la AVO a ceder la titularidad de los datos de sus usuarios a IAG, lo que limita su capacidad para realizar actividades de *Customer Relationship Management*⁵⁴ y, por tanto, para atraer clientes a su plataforma. De esta forma, la citada cláusula supone, a su juicio, una nueva restricción a las ventas online de ODIGEO (folios 49 a 50).

⁵¹ "IATA Travel Agent Application Guide" (página 4)
http://www.iata.org/sites/fmc/Files/spain_pax_application_guide_eng.pdf

⁵² El denominado GDS Office ID es un identificador alfanumérico para un usuario corporativo del GDS, normalmente una agencia de viajes.

⁵³ De acuerdo con IAG, el agente debe **[confidencial]**.

⁵⁴ *Customer Relationship Management*: consiste en la creación de grupos cerrados, la oferta de incentivos a clientes frecuentes, hacer las visitas nuevas a la página más fáciles y eficientes, etc.

IAG, por su parte, considera que cláusula 8 (b) debe ser interpretada de manera conjunta con la cláusula 9 (b) de los T&Cs adicionales, para lo cual establece como punto de partida la necesidad de diferenciar dos tipos de datos:

- i. Datos de IBERIA: información de la compañía elaborada, desarrollada o recopilada por IBERIA, a la cual hace referencia la **cláusula 8 (b)** de los T&Cs. En virtud de la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos⁵⁵ y la jurisprudencia nacional y comunitaria⁵⁶, la información recopilada por la compañía constituye una base de datos. Teniendo en cuenta, además, que esta base de datos no está protegida ni por derechos de autor ni por derecho sui generis, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en el asunto Ryanair vs PR Aviation BV⁵⁷, según IAG, la citada Directiva 96/9 no se opone a que IBERIA, en este caso, establezca cláusulas contractuales sobre las condiciones de utilización de esta base de datos (folios 1006 a 1011).
- ii. Datos Personales: información personal del pasajero a la que hace referencia la **cláusula 9(b)** de los T&Cs⁵⁸ y que se encuentra regulada por la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁵⁹. Dicha Directiva define el concepto de “responsable del tratamiento” de datos personales en base al aspecto personal, la posibilidad de un control plural y los elementos esenciales para diferenciarlo de otros agentes⁶⁰. De acuerdo con IAG, en el caso concreto de las agencias de viajes que envían datos personales de sus clientes a las compañías aéreas para la confirmación de la disponibilidad de asientos y la emisión de los documentos de viaje⁶¹, el Grupo de Trabajo sobre Protección de

⁵⁵ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l26028>

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>

⁵⁶ Sentencias del Tribunal Supremo núm. 572/2012 de 9 de octubre de 2012 y núm. 630/2012 de 30 de octubre, y sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 15 de enero de 2015 en el asunto Ryanair vs PR Aviation BV.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 15 de enero de 2015 en el asunto Ryanair vs PR Aviation BV <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=161388&doclang=ES>

⁵⁸ Cláusula 9(b) de los T&Cs: **[confidencial]**.

⁵⁹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1995-81678>

⁶⁰ El artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE define como responsable del tratamiento de los datos personales a “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que solo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales”.

⁶¹ Esta transferencia de datos viene respaldada por motivos de seguridad y posibilidades de cancelación/retraso del vuelo, en virtud de lo contenido en el artículo 4 de la Resolución IATA 830d (“Procedimientos de Reservas para Agentes Acreditados de Venta de Pasajes”): “Los Miembros y las Aerolíneas del BSP deberán de disponer de datos de contacto suficientes de los pasajeros como para poder avisarles proactivamente en caso de alteraciones o problemas en los vuelos. Así pues, el Agente debe comunicar los datos de contacto en nombre del pasajero introduciendo en el Registro de Nombres de Pasajeros (RNP) el número de teléfono móvil y la dirección de correo electrónico del pasajero, aunque respetando en todo momento las directivas y normativas aplicables de protección de datos. Los datos de contacto deben introducirse en el RNP de conformidad con las

Datos, creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, en su dictamen 1/2010 sobre responsabilidad del tratamiento y encargado del tratamiento, concluyó que la agencia de viajes y la compañía aérea son dos “*responsables del tratamiento distintos, cada uno de los cuales estará sujeto a las obligaciones en materia de protección de datos que correspondan a su propio tratamiento de datos personales*”⁶².

No obstante, esta regulación no afecta, a juicio de IAG, a los derechos que tienen las propias agencias en las relaciones con sus clientes, como queda recogido en la **cláusula 8(d)** de los T&Cs: **[confidencial]**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia para resolver

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, compete a la CNMC “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.

Así mismo el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor

Corresponde a esta Sala en el presente expediente determinar si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para, tal como propone la DC, resolver no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones realizadas hasta el momento sobre los hechos denunciados.

Resulta por tanto necesario proceder a valorar la existencia o ausencia de indicios de infracción a la luz de los artículos 1 y 2 de la LDC, en la conducta de IAG denunciada por ODIGEO tal y como propone la DC o si, por el contrario, en dichas actuaciones pudieran

Resoluciones que rigen los procedimientos de reservas. Los Miembros y las Aerolíneas del BSP deberán utilizar estos datos de contacto exclusivamente para enviar notificaciones relativas a la operativa, como cancelaciones de vuelos, cambios de horarios, etc. y en ningún caso podrán utilizarlos con fines de ventas y marketing” (folio 623).

⁶² Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de “responsable del tratamiento” y “encargado del tratamiento” (página 21) http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_es.pdf

apreciarse indicios de infracción de la LDC que motiven la incoación del expediente sancionador.

El artículo 49.1 de la LDC dispone que la DC incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. Sin embargo, en el número 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la DC, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas, cuando considere que no hay indicios de infracción.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, estipula que: *“1. Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación [actual Dirección de Competencia] le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo”*.

Así pues, el objeto del presente expediente es analizar si los nuevos T&Cs (en la última versión en castellano aportados por IAG) adicionales a los acuerdos comerciales suscritos entre IAG y ODIGEO son restrictivos de la competencia. En concreto, la Sala de Competencia debe pronunciarse sobre si las cláusulas denunciadas por ODIGEO contienen indicios que permitan concluir que las mismas constituyen o suponen, i) una fijación del precio mínimo de reventa; ii) el establecimiento de barreras a la venta y distribución de billetes electrónicos; y iii) un trato discriminatorio a ODIGEO.

La Dirección de Competencia, teniendo en cuenta las cuotas de IAG, considera que los nuevos T&Cs establecidos por el Grupo entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 330/2010, sin que, atendiendo a su concreto contenido, se aprecien indicios de que los mismos contienen restricciones prohibidas por dicho Reglamento. Asimismo, la Dirección de Competencia considera que no existe posición de dominio de IAG por lo que no puede hablarse de abuso por parte de IAG en los términos del artículo 2 de la LDC ni del artículo 102 del TFUE por lo que tampoco considera acreditado que IAG haya actuado de forma abusiva imponiendo dichos T&Cs.

En consecuencia, la Dirección de Competencia propone la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones. No obstante, sin perjuicio de esta valoración, la Dirección de Competencia manifiesta que en caso de que observe conductas similares a las analizadas en este expediente llevadas a cabo, así mismo, por otras compañías aéreas, podrá proceder al análisis conjunto de dichas conductas y de las desarrolladas por IAG, en el marco de las denominadas “redes paralelas”, con el fin de determinar el impacto que las mismas puedan tener en las condiciones de competencia en el mercado.

TERCERO.- Valoración de la Sala de Competencia

1. Sobre la presunta infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE

El artículo 1.1 de la LDC *“prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, consistan en:*

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) (...)*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) (...).”*

Por su parte, el artículo 4.a) del Reglamento 330/2010 establece que la exención prevista en el artículo 2 del mismo Reglamento no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto *“la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.”*

La Dirección de Competencia, en la propuesta de archivo elevada a esta Sala, excluye la existencia de indicios de infracción del artículo 1 de la LDC en las conductas de IAG investigadas referidas a cuatro prácticas: a) presunta fijación del precio mínimo de reventa; b) existencia de cláusula de nación más favorecida; c) presunta restricción de las ventas pasivas y d) presunta restricción de las ventas online y presunto trato discriminatorio.

La Sala de Competencia coincide con el análisis efectuado por el órgano de investigación.

- a) Presunta fijación del precio mínimo de reventa;

En relación con la presunta fijación del precio mínimo de reventa contenida en la cláusula 3(c) denunciada por ODIGEO, y al margen de la licitud o no conforme a la normativa de consumo de las consecuencias de su incumplimiento, la Dirección de Competencia señala que el cumplimiento del principio USC es obligatorio desde el año 2009, tras su incorporación por la IATA en su Resolución 830a motivado por su contribución al funcionamiento eficiente y competitivo del mercado, tal y como ha señalado la propia IATA, las autoridades nacionales de la Unión Europea y la Oficina General de Contabilidad de Estados Unidos.

La Dirección de Competencia considera que las sentencias aportadas por ODIGEO relativas al incumplimiento del USC no cuestionan el USC en sí, sino más bien la

aplicación de una obligación que hasta entonces no constaba en los ACUERDOS IATA ni en los acuerdos comerciales entre aerolínea y agencia, lo cual fue subsanado por IATA en el año 2009 a través de la Resolución 830a ya mencionada. Asimismo dichas sentencias sancionan el hecho de que las aerolíneas no informasen con antelación a los pasajeros sobre la obligatoriedad del mismo, como aconsejaban hacer las propias autoridades nacionales, aplicando medidas abusivas sobre pasajeros o agentes en caso de incumplimiento del USC. Como señala la Dirección de Competencia, IAG no solo ha reconocido la desproporcionalidad de sus medidas sancionadoras sino que ha valorado distintas soluciones, algunas de ellas aplicadas por otras compañías aéreas, que lleven de manera eficiente a los agentes a cumplir con el USC.

Por otra parte, las Directrices relativas al Reglamento 330/2010 aluden, en su párrafo 48, a una fijación directa de precios de reventa, restricción que no plantea dudas en el caso de que la cláusula fije directamente el precio de reventa. El citado apartado indica que esa misma restricción se puede conseguir con medios indirectos. Sin embargo, en consonancia con la Dirección de Competencia, la Sala considera que no ha quedado acreditado que la cláusula 3(c) de los T&Cs de IAG suponga una restricción a la competencia en el sentido del artículo 4.a) del Reglamento 330/2010 en tanto que **[confidencial]** y no supone una fijación del precio mínimo de reventa. Su objeto es que la AVO oferte al usuario el billete de vuelo que éste exactamente busca, y no un producto distinto de menor precio. De lo anterior no se puede, además, deducir que el cumplimiento del USC conduzca a una fijación directa o indirecta de precios, máxime cuando la denunciante no ha hecho referencia a un impedimento de modificar precios.

En este sentido, la obligatoriedad del cumplir con el USC no limita, en principio, la capacidad de ODIGEO de competir en el mercado puesto que, tal y como ha reconocido la propia denunciante, las AVOs comercializan un producto diferenciado al de las aerolíneas. De forma que, a diferencia de éstas, las agencias de viaje son capaces de ofrecer a sus clientes una mayor variedad de itinerarios y aeropuertos, productos únicos como son los denominados “paquetes dinámicos”, o la posibilidad de comparar distintas ofertas sobre un mismo producto.

Finalmente, tal y como señala la Dirección de Competencia, dado que la cláusula 3(c) no presenta indicios de constituir una cláusula negra en el sentido del artículo 4.a) del Reglamento 330/2010, la Sala considera que no es necesario determinar quién es el propietario del billete y, por tanto, la naturaleza de la relación existente entre IAG y ODIGEO, acuerdo de agencia o acuerdo de distribución selectiva (párrafos (33), (41) y (46)).

Por lo que respecta a la afirmación de ODIGEO relativa a que la cláusula 3(c) prohíbe ofrecer a clientes un billete comprado a la compañía aérea en un mercado fuera de Europa, la Dirección de Competencia entiende que de la redacción de la citada cláusula no se puede extraer automáticamente esta conclusión, en la medida en que la cláusula limita la venta de billetes que no se ajusten a las necesidades reales del cliente, pero no contiene una restricción de ventas pasivas como parece denunciar ODIGEO, ni tampoco ésta ha acreditado, más allá de su genérica afirmación y de la referencia a la situación experimentada en EEUU, que la cláusula tenga, directa o indirectamente dicho efecto.

b) Existencia de cláusula de nación más favorecida;

En relación con la posible existencia de una cláusula de nación más favorecida, tal y como señala la Dirección de Competencia, la investigación realizada ha confirmado la eliminación, en el término 3(g), de la cláusula de nación más favorecida en todos los contratos que IAG tiene suscritos con las AVOs. En consecuencia, esta Sala considera que no existe riesgo de un acuerdo de redes paralelas entre competidores, con el consecuente alineamiento de precios.

c) Presunta restricción de las ventas pasivas

Siguiendo lo dispuesto en el párrafo 52 de las Directrices relativas a las restricciones verticales, tener una página web se considera, en líneas generales, una venta pasiva puesto que constituye un modo razonable de permitir a los clientes llegar al distribuidor. Sin embargo, es posible que el proveedor necesite niveles mínimos de calidad para el uso del sitio de internet con objeto de revender sus bienes, del mismo modo que el proveedor puede necesitar mínimos de calidad para un establecimiento o para vender por catálogo o para publicidad y promoción en general. En relación con la posibilidad de que los proveedores establezcan requisitos de calidad para las páginas web a través de las cuales se comercializan sus productos, el TJUE ha establecido en su reciente sentencia de 6 de diciembre de 2017⁶³, en contra de lo afirmado por la denunciante en su escrito de 19 de noviembre de 2014, que no es contraria al artículo 101.1 del TFUE una cláusula que prohíba a los distribuidores autorizados de un sistema de distribución selectiva utilizar plataformas de terceros para vender en internet los productos objeto del contrato, si con dicha cláusula se protege el objetivo que motiva el sistema de distribución selectiva, y se aplica de manera no discriminatoria y proporcionada al objetivo perseguido, de acuerdo con las propiedades de los productos vendidos.

En este caso, respecto a la presunta restricción de ventas pasivas, la Dirección de Competencia señala que las cláusulas 3 (h) (2) (4) y 10 (b) suponen para las AVOs la necesidad de obtener una autorización adicional de IAG para la venta y distribución por internet de los billetes BA/IB. Para obtener esta autorización la AVO debe cumplir previamente una serie de condiciones adicionales.

En relación con estas condiciones, algunas de las cuales las AVOs ya cumplen por su propia naturaleza, tienen por finalidad, según IAG, ofrecer un servicio más transparente al consumidor de forma que éste conozca en todo momento aspectos necesarios para la adquisición del servicio como es el precio final del producto. De hecho, la obligación de mostrar el precio final del producto se recoge en el artículo 23 del Reglamento (CE) nº 1008/2008, respecto del cual el TJUE ha interpretado que los precios desglosados de los billetes, así como el precio de todos los servicios adicionales que se ofrezcan, deben aparecer en todas las fases de la contratación electrónica⁶⁴. Otras condiciones se refieren a cuestiones posteriores a la venta del billete, de forma que el servicio de venta y

⁶³ Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2017, en el asunto C-230/16 Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH.

⁶⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 2015, en el asunto C-573/13. Air Berlin v Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, y de 6 de julio de 2017, en el asunto C-290/16, Air Berlin v Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände.

redistribución de billetes IB/BA sea lo más completo y eficiente posible para el consumidor (párrafos (64) y (68)).

Respecto a las condiciones nuevas (condiciones 1.8, 1.9, 2.3 y 2.4), IAG proporciona facilidades para su cumplimiento, introduciendo cierta flexibilidad en los procesos tecnológicos para la prestación de servicios complementarios al vuelo, así como alternativas para el uso correcto de las páginas web de Marca Blanca, sin limitar la capacidad de elección y decisión de las AVOs para contratar con terceros.

La Dirección de Competencia igualmente destaca, que la inclusión por parte del agente de un enlace a IBERIA para la prestación de servicios complementarios al vuelo no es obligatoria sino subsidiaria (condiciones 1.8 y 1.9) puesto que la AVO puede prestar dichos servicios por sí misma, a través de un GDS.

En relación con la autorización, tal y como señala la Dirección de Competencia, el cumplimiento de estas condiciones implica la obtención de una acreditación única e ilimitada en el tiempo que las AVOs obtienen sin mayor dilación, y que les permitirá comercializar y vender los productos BA/IB a través de Internet de manera indefinida (cláusulas 3 (h) (2) y (4) y 10 (b)).

En virtud de lo anterior, la Sala considera, teniendo en cuenta la información disponible, que las condiciones que establece IAG para poder vender y redistribuir sus billetes no contradicen, en principio, lo dispuesto en el Reglamento ni en sus Directrices, al no constituir una prohibición absoluta de las ventas por internet, y no restringir, de este modo, sus ventas pasivas.

En consecuencia, esta Sala, a la luz de la información obrante en el expediente, considera que no hay indicios de que la autorización contenida en las cláusulas 3 (h) (2) y (4) y 10 (b), y sometida al cumplimiento de las condiciones señaladas, restrinjan la competencia en el sentido del artículo 4.c) del Reglamento 330/2010 en tanto en cuanto, que no impide a las AVOs vender online los productos de IAG.

d) Presunta restricción de las ventas online y presunto trato discriminatorio.

Por lo que se refiere a la presunta restricción de las ventas online y al presunto trato discriminatorio, derivados de las cláusulas relativas a la titularidad y uso de los datos, la Dirección de Competencia considera que la interpretación de las cláusulas 8(b) y 9(b) debe realizarse de forma conjunta. Así, sobre la base de la normativa y jurisprudencia comunitarias, IAG permite el acceso y uso de los “Datos de IBERIA” a las agencias únicamente para actividades circunscritas a la relación principal-agente (cláusula 8(b)) y establece dos responsables distintos del tratamiento de los “Datos Personales” (cláusula 9 (b)) (párrafo (84)). Dentro de este tipo de información, puesto que las AVOs recopilan información identificativa del pasajero, IAG reconoce que adquieren derechos sobre la misma, lo que les permitirá llevar a cabo actividades de publicidad y promoción de sus productos y servicios en base a los mismos (párrafo (85)).

A la vista de lo anterior, la Sala de Competencia considera que no hay indicios de que las cláusulas 8(b) y 9(b) de los T&Cs contradigan lo dispuesto en el Reglamento 330/2010 al no restringir, en este caso, las ventas de las AVOs puesto que son responsables del tratamiento de los datos personales recopilados de sus usuarios y, por tanto, tienen capacidad para determinar la finalidad y medios de dicho tratamiento.

Tal y como ha reconocido IAG, las AVOs suponen un canal importante de venta y redistribución de sus billetes, por lo que no parece razonable, en términos de estrategia comercial, imponer unos T&C que limiten la capacidad de estas AVOs, puesto que ello supondría un menoscabo para los propios intereses de IAG.

En cuanto al presunto trato discriminatorio, ODIGEO no ha señalado en qué medida se produce el mismo, máxime teniendo en cuenta que los T&Cs son de aplicación general y sistemática a nivel global.

A la vista de todo lo anterior, la Sala considera que en el presente expediente no ha quedado acreditada la existencia de indicios de infracción por parte de IAG a través de los T&Cs denunciados.

2. Sobre la presunta infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE

El artículo 2.1 de la LDC prohíbe *“la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”*.

La infracción de dicho artículo 2 requiere el cumplimiento de dos condiciones de manera cumulativa: i) que el infractor ostente una posición de dominio en el mercado en que desarrolla su actividad; y ii) que su comportamiento sea abusivo de dicha posición. De tal manera que, la declaración de una infracción del referido artículo 2 exige acreditar la simultaneidad de dos elementos: (1) la posición de dominio en el mercado por parte de una empresa y (2) su uso abusivo de esa posición. En consecuencia, si no se cumple alguno de los dos requisitos no puede valorarse la conducta como un abuso de posición de dominio en el mercado.

En primer lugar, debe determinarse si IAG ostenta posición de dominio en el mercado en el que opera y si, en caso afirmativo, habría cometido un abuso de posición de dominio al imponer estos T&Cs adicionales a las relaciones comerciales que mantiene IAG con ODIGEO.

De acuerdo con el apartado 14 de la Comunicación de la Comisión sobre Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, *“(…) unas cuotas de mercado bajas son generalmente un buen indicio de una falta de poder de mercado importante. Según la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominación si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia es inferior al 40%. Sin embargo, puede haber casos concretos por debajo de este umbral en los que los competidores no estén en condiciones de ejercer una presión efectiva sobre la conducta de una empresa dominante, por ejemplo cuando aquéllos se enfrenta a importantes limitaciones de capacidad”*.

Tal y como expone la propuesta de archivo elevada por la Dirección de Competencia, la Sala considera que la investigación desarrollada y el análisis de mercado incluido en la misma no amparan la consideración de la existencia de una posición de dominio por parte de IAG. Por tanto, no existiendo posición de dominio, no puede hablarse de indicios de abuso en los términos del artículo 2 de la LDC ni del artículo 102 del TFUE por parte de la empresa denunciada, IAG, que aconsejen la continuación de las actuaciones de investigación, todo ello sin perjuicio de lo ya señalado respecto a la valoración de los nuevos T&Cs desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia.

Para alcanzar esta conclusión la Dirección de Competencia señala que, de acuerdo con la información aportada al expediente por las partes, no puede establecerse que IAG ostente posición de dominio o tenga la condición de socio indispensable para las agencias de viaje.

A este respecto, tal y como señala el órgano instructor, debe subrayarse que la cuota de IAG en el mercado de servicios prestados por las agencias de viaje en el sector de transporte aéreo no supera el 30%. Por otra parte, a diferencia de lo que sucedía en el expediente Virgin/BA de 1999, en el momento actual operan en el mercado una pluralidad de compañías aéreas por cuyos servicios compiten tanto las agencias de viaje tradicionales como las AVOs. La Dirección de Competencia no considera probable que la distancia entre IAG y sus competidores sea similar a la que se apreció en el citado expediente Virgin/BA y que justificó la consideración de que BA ostentaba la condición de socio indispensable. A ello hay que añadir, que el grupo IAG no tiene una cuota superior al 30% en el mercado vertical de transporte aéreo, sin que el hecho de que la empresa denunciada tenga una posición relevante en rutas concretas implique, a juicio del órgano instructor, que tenga la condición de socio indispensable para las agencias de viaje.

A la vista de lo anterior, en ausencia de otros elementos acreditativos adicionales y sin perjuicio de la posible incoación de procedimiento sancionador en caso de aparición de nuevos indicios de conductas prohibidas relacionadas con el caso, esta Sala de Competencia estima adecuada la propuesta de la DC y considera que deben archivar las actuaciones seguidas en relación con las conductas investigadas.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Competencia de la CNMC en el expediente S/DC/0541/14, IAG, como consecuencia de las denuncias presentadas por eDreams Odigeo, S.A. por considerar que no existen indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ni del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.