

RESOLUCIÓN

REDES PARALELAS EXCLUSIVIDADES PLATAFORMAS

(S/0026/20)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 21 de diciembre de 2021

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/0026/20 REDES PARALELAS EXCLUSIVIDADES PLATAFORMAS, tramitado a raíz de la instrucción del expediente de concentración C/1046/19 JUST EAT/CANARY, por supuestas prácticas contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**).

TABLA DE CONTENIDO

I. Antecedentes de hecho	3
II. Las partes	4
1. JUST EAT SPAIN, S.L. (JUST EAT)	4
2. ROOFODS SPAIN, S.L. (DELIVEROO).....	5
3. UBER SYSTEMS SPAIN, S.L. (UBER EATS).....	5
4. GLOVOAPP23, S.L. (GLOVO).....	5
III. Mercado afectado	5
1. Mercado de producto.....	5
2. Mercado Geográfico	7
3. Estructura del mercado	8
IV. Hechos acreditados	9
V. FUNDAMENTOS DE DERECHO	11
PRIMERO. Competencia para Resolver	11
SEGUNDO. Objeto de la resolución y propuesta de la DC	11
TERCERO. Valoración de la Sala de Competencia	12
A. Posible aplicación del artículo 1 de la LDC	12
a. Aplicabilidad de los Reglamentos sobre acuerdos verticales y exención por categorías.....	13
b. Análisis de la posible existencia de redes paralelas de restricciones verticales similares	15
c. Análisis de la contribución de cada empresa al efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales	18
GLOVO	18
UBER EATS.....	18
DELIVEROO	19
d. Conclusión.....	19
B. Posible aplicación del artículo 2 de la LDC	20
VI. RESUELVE	20

INDICE DE TABLAS

Tabla 1. Mercado nacional de plataformas online de pedidos de comida a domicilio	8
---	----------

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 8 de febrero de 2016, tuvo entrada en la CNMC la notificación de la operación de concentración C/730/16 consistente en la adquisición del control exclusivo del Grupo Yamm Comida a Domicilio, S.L., que operaba bajo la enseña “La Nevera Roja” (LNR), por Just Eat PLC. (JUST EAT).
2. Tras el análisis de la operación de concentración, la CNMC consideró que la entidad resultante podría tener la capacidad y el incentivo para excluir del mercado a terceras plataformas online competidoras mediante la utilización de las relaciones de exclusividades formales o *de facto* con los restaurantes. Por este motivo, previa a la autorización de la operación de concentración, la CNMC aceptó el compromiso de JUST EAT de no mantener o establecer ningún tipo de exigencia de exclusividad, total o parcial, en la relación contractual que mantuviese con los restaurantes afiliados a sus plataformas en España, estableciéndose la vigencia de este compromiso durante los **[confidencial]** posteriores a la fecha de la resolución por la que la CNMC autorizase la operación, que fue el 31 de marzo de 2016.
3. Con fecha 20 de junio de 2019, se cerró la vigilancia de la concentración C/730/16 en relación con el cumplimiento de los compromisos, llegándose a la conclusión de que, como consecuencia de los mismos, la competencia efectiva en el mercado no se había visto perjudicada por la operación de concentración.
4. Con fecha de 21 de junio de 2019, tuvo entrada en la CNMC una notificación de la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de JUST EAT, del control exclusivo de CANARY DELIVERY COMPANY, S.L., dando lugar al expediente C/1046/19. Durante la instrucción de esta concentración, la CNMC realizó un test de mercado que reveló la entrada de tres nuevos operadores, siendo éstos ROOFOODS SPAIN, S.L (**DELIVEROO**), UBER SYSTEMS SPAIN, S.L. (**UBER EATS**) y GLOVOAPP23, S.L (**GLOVO**), respecto de los que sí se ha observado la existencia de exclusividades, contractuales o *de facto*, a los restaurantes que podrían implicar restricciones verticales con efecto en la competencia en este sector.
5. De acuerdo con el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de expediente sancionador, la Dirección de Competencia (**DC**) acordó realizar una información reservada (folio 2).
6. Con fechas de 19 de septiembre y de 5 de diciembre de 2019, la CNMC aprobó dos nuevas operaciones de concentración en primera fase, siendo en estos casos JUST EAT la empresa objeto de adquisición, por parte de Take Away

(C/1061/19) y MIH Food Delivery Holdings (C/1072/19), respectivamente. Esta segunda operación se autorizó sujeta a compromisos si bien no se llegó a perfeccionar pues se trataba de OPAs competidoras y tuvo éxito la primera.

7. El 11 de septiembre de 2019, la DC, conforme a lo previsto en el artículo 39.1 de la LDC requirió a DELIVEROO, UBER EATS y GLOVO, así como a la propia JUST EAT información acerca de sus exclusivas (folios 18 a 21).
8. La respuesta al citado requerimiento constan en los siguientes folios: GLOVO (folios 85 a 88); DELIVEROO (folios 92 a 108); JUST EAT (folios 112 a 131); UBER (folios 143 a 152).
9. Tras una reiteración de solicitud realizada el 29 de noviembre con motivo de necesidad de una mayor concreción en las respuestas por parte de los operadores (folios 166 a 180) y dos ampliaciones de plazo (folios 184 a 194 y 210), se recibieron todas las contestaciones a las solicitudes de información entre los días 12 de diciembre de 2019 y 18 de diciembre de 2019, que constan en los siguientes folios: GLOVO (folios 200 a 209); UBER (folios 217 a 221); DELIVEROO (folios 225 a 236).
10. Con fecha 5 de julio de 2019, la DC, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, dictó propuesta de no incoación de expediente sancionador y de archivo de las actuaciones (folios 242 a 259).
11. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**), también con fecha 27 de noviembre de 2020 la DC elevó a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC su propuesta de archivo.
12. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de diciembre de 2021.

II. LAS PARTES

Son partes interesadas en el procedimiento las que se relacionan a continuación.

1. JUST EAT SPAIN, S.L. (JUST EAT)

Con sede social en Madrid, JUST EAT es una sociedad participada al 100% por JUST-EAT Holding, Ltd., que a su vez está íntegramente participada por JUST-EAT P.L.C., sociedad cabecera del grupo, cuyas acciones cotizan en la Bolsa de Londres desde marzo de 2014.

Su actividad principal consiste en el comercio electrónico dedicado a la intermediación de pedidos a domicilio entre restaurantes y usuarios finales. Mediante su plataforma online (web y app) pone en contacto a consumidores finales y restaurantes. También ofrece servicios de restauración y “catering”.

2. ROOFODS SPAIN, S.L. (DELIVEROO)

DELIVEROO es la filial española de una empresa con la misma denominación fundada en Reino Unido en 2013 y tiene su sede en Madrid.

Su objeto social es el comercio al por menor, al por mayor, importación, exportación, almacenamiento y distribución de productos alimenticios y bebidas en general, con o sin establecimiento permanente, incluida la gestión y reparto de comida a domicilio.

3. UBER SYSTEMS SPAIN, S.L. (UBER EATS)

UBER EATS tiene su sede social en Madrid. Es una plataforma *online* fundada por la mercantil estadounidense UBER en 2014.

Su objeto social es dar soporte a otras sociedades del grupo proveyendo servicio *on demand* (a pedido) de solicitudes efectuados mediante aparatos móviles y por internet, siendo su actividad la de otros servicios relacionados con las tecnologías de la información y la informática.

4. GLOVOAPP23, S.L. (GLOVO)

Con sede social en Barcelona, GLOVO es una plataforma española cuya actividad principal es la comercialización y venta a través de internet o cualquier medio telemático de toda clase de productos y servicios, incluyendo restaurantes.

III. MERCADO AFECTADO

1. Mercado de producto

La conducta investigada tiene lugar en el sector de los pedidos de comida a domicilio a través de plataformas *online*, a las que se accede por internet o aplicaciones móviles.

Estos servicios constituyen una actividad de intermediación que, a través de plataformas *online*, pone en contacto a restaurantes (con o sin servicio propio de entrega a domicilio) con personas que quieren que les lleven comida a casa.

Esta actividad ha sido analizada por la CNMC en diversos precedentes¹. En JUST EAT/LA NEVERA ROJA se consideró que el modelo de negocio que desarrollan las plataformas *online* de gestión de pedidos de comida a domicilio se corresponde con dos demandas interdependientes (los restaurantes y los consumidores finales), dando lugar a los llamados mercados de dos caras. Sin embargo, se consideró que cabría diferenciar, entre,

- El mercado de plataformas *online* de gestión de pedidos de comida a domicilio, en el que actuarían como demandantes los restaurantes (que se analizó en detalle). Y,
- El mercado de los servicios de comida a domicilio, en el que actúan como demandantes los clientes finales.

En el primer mercado, las **plataformas *online*** compiten para ofrecer a los restaurantes la gestión de sus pedidos de comida a domicilio, ofreciéndoles un nuevo canal de publicidad y comercialización para la captación de consumidores finales. La autoprestación de servicios de gestión de pedidos de comida a domicilio por parte de los restaurantes no formaría parte de este mercado, si bien es una opción alternativa o complementaria para los restaurantes de cara a actuar como oferentes en el segundo mercado de servicios de comida a domicilio.

No obstante, conviene tener en cuenta que mediante la autoprestación un restaurante difícilmente puede alcanzar las economías de escala y de red (directas e indirectas) que tienen las plataformas online de cara a la captación de clientes finales. No obstante, el fuerte componente local que tienen los servicios de reparto de comida a domicilio, tanto desde el punto de vista de la publicidad como de los sistemas de entrega de los pedidos, puede limitar la importancia de las economías de escala y de red de las plataformas online desde el punto de vista del restaurante y del consumidor final.

En el segundo mercado relativo a **servicios de comida a domicilio**, los oferentes son las plataformas *online* de gestión de pedidos de comida a domicilio, así como los restaurantes que se autoprestan los servicios de gestión

¹ En particular, Resolución de 31 de marzo de 2016 en el expediente C-0730/16 JUST EAT/LA NEVERA ROJA y Resolución de 10 de septiembre de 2019 en el expediente C-1046/19 JUST EAT/CANARY.

de pedidos de comida a domicilio, dado que los consumidores finales en principio los perciben como sustitutivos.

A diferencia de los servicios que prestan directamente los restaurantes, las plataformas ofrecen al consumidor final una cartera de productos y restaurantes más amplia y variada, y muchas veces compiten de forma agresiva a través de importantes descuentos y promociones.

En el primer mercado, el restaurante establece una relación contractual con la plataforma online mediante la cual el primero abonará una comisión al segundo en función del número de pedidos de comida a domicilio que reciba el restaurante a través de dicha plataforma.

En el segundo mercado, las plataformas *online* no suelen cobrar expresamente una comisión al cliente final que hace el pedido, sino que esta comisión suele ser asumida únicamente por el restaurante. En todo caso, no formaría parte de este segundo mercado el consumo directo en los restaurantes, por cuanto el consumo a domicilio de comida preparada responde a un impulso distinto, que lleva a la demanda a adquirir comida preparada de manera rápida y comparativamente barata sin tener que salir de casa.

Posteriormente, a la vista del carácter transaccional de la plataforma y de varios precedentes internacionales sobre plataformas *online* transaccionales que definían un único mercado de dos caras, en el expediente JUST EAT/CANARY, se llevó a cabo un test de mercado. Al no ser concluyente y teniendo en cuenta la existencia de elementos locales importantes, se decidió dejar abierta la definición de mercado de producto y analizar los mercados definidos en el precedente JUST EAT/LA NEVERA ROJA, añadiendo el análisis de los mercados locales de plataformas online de gestión de pedidos a domicilio como mercado de dos caras por el lado de la demanda, los restaurantes y los clientes finales.

2. Mercado Geográfico

En cuanto a la dimensión geográfica del mercado, de acuerdo con el precedente JUST EAT/LA NEVERA ROJA, el mercado de las plataformas online de gestión de pedidos de comida a domicilio tiene un ámbito geográfico relevante nacional, puesto que a través de una única plataforma informática los intermediarios suelen ofrecer sus servicios de gestión de entrega de comida a domicilio a restaurantes que operan en toda España, las campañas publicitarias de estas plataformas tienen un importante componente nacional, y normalmente sus políticas comerciales frente a los restaurantes son fundamentalmente nacionales.

Sin embargo, el segundo mercado se consideró local, pues los consumidores finales sólo pueden hacer pedidos de restaurantes que operen en su localidad y a través de plataformas que presten servicios en su localidad y los restaurantes sólo tienen interés en consumidores de las localidades en las que operan.

En el presente expediente el análisis se centra en el mercado nacional de plataformas online de gestión de pedidos de comida a domicilio, si bien a efectos de esta resolución no resulta necesario cerrar una definición de mercado.

3. Estructura del mercado

A continuación, se recogen las estimaciones de cuotas de mercado de las partícipes en la concentración C/1046/19 JUST EAT/CANARY y de sus competidores en el mercado nacional de plataformas online de gestión de pedidos de comida a domicilio durante los años 2016, 2017 y 2018, haciendo referencia al número y valor de los pedidos de comida a domicilio realizados por estas plataformas y a los ingresos de las plataformas por gestionar estos pedidos.

Tabla 1. Mercado nacional de plataformas online de pedidos de comida a domicilio

Servicio de comida a domicilio	%Nº pedidos			% Valor pedido			% Ingresos		
	2016	2017	2018	2016	2017	2018	2016	2017	2018
JUST EAT CANARY	[confidencial] [80-90]	[confidencial] [70-80]	[confidencial] [50-60]	[confidencial] [80-90]	[confidencial] [70-80]	[confidencial] [40-50]	[confidencial] [70-80]	[confidencial] [50-60]	[confidencial] [30-40]
DELIVEROO	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [10-20]	[confidencial] [10-20]	[confidencial] [10-20]	[confidencial] [70-80]	[confidencial] [10-20]	[confidencial] [20-30]
UBEREATS	0	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]	0	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]	0	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]
GLOVO	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [10-20]	[confidencial] [30-40]	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [10-20]	[confidencial] [20-30]	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [20-30]	[confidencial] [30-40]
OTROS	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]	[confidencial] [0-10]
TOTAL %	100	100	100	100	100	100	100	100	100

TOTAL Nº €	[confidencial]	[confidencial]	[confidencial]	[confidencial]	[confidencial]	[confidencial]	[confidencial]	[confidencial]	[confidencial]
------------	----------------	----------------	----------------	----------------	----------------	----------------	----------------	----------------	----------------

Fuente: Versión confidencial del IP de la concentración JUST EAT/CANARY

La referencia a “otros” engloba a empresas tales como: Resto-in, Aloha 24, Bapobapo, Deliverum, Mooreparto, Llevadoo, WFcomidasdonostia y Zas comida en tu boca. Ninguna de ellas supera el 5% de cuota de mercado.

Tal y como puede apreciarse en la tabla, se trata de un mercado caracterizado por su gran dinamismo, puesto que, si bien en 2016 JUST EAT tenía una presencia claramente preponderante con unas cuotas muy superiores a las de sus competidores, puede observarse como éstas van reduciéndose a medida que las del resto de operadores van volviéndose cada vez más relevantes. Destaca en este sentido la agresiva entrada de GLOVO, segundo operador en el mercado de referencia, con una cuota de mercado que pasa de estar entre el **[confidencial] [0-10]%** en 2016 a alcanzar valores de entre **[confidencial] [30-40]%** en 2018².

IV. HECHOS ACREDITADOS

Los hechos acreditados en el presente expediente relativos a las prácticas investigadas que se exponen a continuación tienen como principal fuente de prueba la contestación a los requerimientos de información realizados a las empresas investigadas. A partir de la información contenida en las respuestas de las empresas, cabe señalar lo siguiente.

1. Existen cuatro operadores significativos en el mercado nacional de plataformas online de gestión de pedidos de comida a domicilio, que son JUST EAT, DELIVEROO, UBER EATS y GLOVO.
2. A excepción de JUST EAT, los tres operadores restantes incorporan en sus contratos cláusulas de exclusividad. JUST EAT adquirió el compromiso de no incluir exclusividades en sus contratos en la operación de concentración C-0730/16 JUST EAT/LA NEVERA ROJA.
3. Las características de las exclusivas varían en función del operador, siendo algunas de carácter implícito y otras explícitas. Estas últimas son aquellas

² Si bien estos son los últimos datos remitidos por los operadores analizados, en un estudio de FINTONIC, de acuerdo con información publicada en la prensa, tras la situación acaecida a raíz de la crisis del COVID-19 se habrían producido grandes cambios alcanzando GLOVO una cuota de **[confidencial] [40-50]%**, seguido de Just Eat con un **[confidencial] [30-40]%**, Uber Eats con un **[confidencial] [0-10]%** y finalmente Deliveroo ostentando un **[confidencial] [0-10]%**.

pactadas de forma expresa en el contrato en el que se recogen los términos y condiciones que regulan las relaciones comerciales entre las partes, mientras que las de naturaleza implícita son aquellas que, a pesar de no aparecer de forma expresa, implican ventajas para los restaurantes como reducciones en el porcentaje de comisión a pagar a la plataforma, inversiones en campañas de marketing, ampliación de zonas de entrega y cobertura o privilegios similares.

4. Las exclusivas llevan aparejadas una reducción del precio de los servicios prestados por las plataformas. Esta reducción en el precio de los servicios a cambio de la exclusividad en los contratos se negocia caso por caso, pero a nivel general suele suponer una reducción de entre el 10-27% de la comisión estándar, que a su vez suele rondar entre el 15-35% en función del operador.
5. En particular, **[confidencial]**.
6. La duración de las exclusivas suele ser de entre 6 y 18 meses, variando la duración de sus prórrogas en función del operador. Sin embargo, en los casos en los que se produce de forma tácita existe posibilidad de oposición de las partes y de abandono en cualquier momento de vigencia de la cláusula sin represalias más allá de la finalización de obtención del beneficio previo, ya sea en forma de aumento de comisión adoptándose la estándar, finalización del posible descuento concedido o de la inversión por parte de la plataforma en la campaña de marketing.
7. Concretamente, **[confidencial]**.
8. Por lo que respecta a las **penalizaciones**, si bien es cierto que algún operador, **[confidencial]** incluye como previsión contractual ciertas penalizaciones de un grado mayor como podría ser dejar de atender pedidos o la baja en la plataforma, de acuerdo con sus respuestas, nunca ha llegado a emplearlas (folio 105). **[confidencial]**.
9. El número de restaurantes que adoptan dichas cláusulas de exclusividad oscila entre **[confidencial]**.
10. En cuanto al porcentaje del total de pedidos que representan los restaurantes que han concluido algún tipo de acuerdo exclusivo con las plataformas, variaría entre **[confidencial]**. El porcentaje de ingresos derivados de los mismos se situó entre **[confidencial]**.
11. La cuota representativa del total del mercado nacional de plataformas afectado por las exclusivas asciende al 10% en 2018.

12. En la siguiente tabla se muestran, para cada una de las plataformas, la proporción de restaurantes que emplean sus servicios con los que tienen un acuerdo exclusivo y los pedidos e ingresos de la plataforma asociados a exclusivas: **[confidencial]**

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia para Resolver

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

En este sentido, el artículo 5.1.c) de la citada Ley 3/2013, de 4 de junio, dispone que a la CNMC compete *“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”*.

Asimismo, el artículo 14.1, letra 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, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”*.

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 de la DC

Esta Sala debe valorar en la presente resolución 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, acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento.

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 RDC 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 a la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo*”.

La DC considera que en el contexto jurídico y económico en que se emite la propuesta de resolución, no se considera que las redes paralelas de acuerdos verticales que contienen exclusividades de los operadores investigados sean susceptibles de tener un impacto significativo sobre la capacidad competitiva de terceros competidores actuales o potenciales ni de restringir la competencia de forma significativa en los mercados afectados. En consecuencia, no se aprecian indicios de que estos acuerdos puedan ser restrictivos de la competencia, ni individualmente ni considerando su efecto paralelo acumulativo.

Por todo ello, propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones contra las citadas empresas, por considerar que no hay indicios de infracción de la LDC.

TERCERO. Valoración de la Sala de Competencia

A. Posible aplicación del artículo 1 de la LDC

El artículo 1 de la LDC prohíbe los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado.

Los contratos firmados entre las plataformas y los restaurantes contienen cláusulas de exclusividad, que constituye una red de acuerdos paralelos. Debe analizarse si la misma constituye una posible restricción de la competencia contraria al artículo 1 de la LDC.

a. Aplicabilidad de los Reglamentos sobre acuerdos verticales y exención por categorías

Los contratos entre las plataformas y los restaurantes que contienen las cláusulas de exclusividad afectarían al mercado de plataformas *online* de gestión de pedidos de comida a domicilio. Independientemente de que para ciertos restaurantes que también presten servicios de comida a domicilio a través de su propia página web pudiera considerarse que exista cierta competencia con las plataformas, cabe considerar que las cláusulas de exclusividad tienen una naturaleza fundamentalmente vertical.

El artículo 1, apartado 1, letra a) del Reglamento (UE) nº 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 de Exención por Categorías), define este tipo de acuerdos como *“los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”*.

El artículo 1.4 de la LDC establece que la prohibición del apartado 1 del mismo artículo no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos de la UE relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 101, del TFUE) a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

Se analiza a continuación si concurren los requisitos para aplicar las citadas exenciones.

El Reglamento de Exención por Categorías establece exenciones a ciertas categorías de acuerdos verticales, siempre que la cuota de mercado del proveedor y del comprador sean cada una del 30% o inferior.

“1. La exención prevista en el artículo 2 se aplicará siempre que la parte del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la parte del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales”.

De los operadores que emplean esta cláusula de exclusividad, considerando los últimos datos disponibles, sólo GLOVO supera este umbral en el periodo investigado.

El artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías contiene una extensa lista de restricciones especialmente graves que conducen a la exclusión de todo el acuerdo vertical del ámbito de aplicación del Reglamento. **Las posibles restricciones que son objeto de las presentes actuaciones no se incluyen dentro del citado listado.**

El artículo 5 del Reglamento de Exención por Categorías señala que tampoco se aplicará la exención a las cláusulas contractuales que contengan las siguientes características:

“a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años.

b) cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios.

c) cualquier obligación directa o indirecta que prohíba a los miembros de un sistema de distribución selectiva vender las marcas de determinados proveedores competidores.”

A efectos del apartado 1, letra a), una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida.

Por tanto, la exclusividad de las cláusulas objeto de análisis podría asemejarse a una cláusula de no competencia de las contempladas en este artículo, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 66 de las Directrices relativas a las restricciones verticales en tanto impiden que los restaurantes empleen los servicios de plataformas competidoras³. No obstante, de acuerdo con las mencionadas directrices: *“en general, las obligaciones de no competencia están exentas en virtud de dicho Reglamento cuando su duración se limita a cinco años o menos y no existen obstáculos que impidan al comprador dar por concluida la obligación de no competencia al final del período de cinco años.”*

Las cláusulas de exclusividad analizadas tienen una duración significativamente inferior a 5 años al ser la de mayor duración de 18 meses. Si bien en dos de ellas se prevé la posibilidad de prórroga, hay que

³ 2010/C 130/01

tener en cuenta que esta posibilidad va acompañada de la potestad de abandono en cualquier momento o bien se prevé de forma genérica salvo oposición de alguna de las partes, por lo que resultaría aplicable la mencionada exención.

El artículo 6 del Reglamento establece que la exención no será aplicable cuando existan redes paralelas de restricciones verticales similares que abarquen más del 50% de un mercado de referencia.

Podría considerarse que en este caso se supera este umbral ya que los operadores que emplean estas cláusulas tuvieron una cuota superior al mencionado, en concreto del [confidencial] en 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien las cláusulas analizadas no constituyen restricciones de carácter más grave (artículo 4 del Reglamento) ni son subsumibles en las categorías de cláusulas no exentas del artículo 5, **podrían considerarse redes paralelas de restricciones verticales similares que abarcan más del 50% de un mercado de referencia, lo cual implicaría que no se encuentran amparadas por el Reglamento de Exención de Categorías.**

Por lo tanto, esta Sala procede a analizar si el uso paralelo de estas cláusulas por operadores que cubren la mayor parte del mercado puede tener un efecto exclusionario, en la medida en que pudiera limitar el acceso al mercado de terceros operadores que verían restringida su capacidad de captar restaurantes, lo cual es necesario para operar en el mercado.

b. Análisis de la posible existencia de redes paralelas de restricciones verticales similares

Sobre la posible existencia de una **restricción de la competencia por el objeto** de las cláusulas, conviene señalar que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, la valoración debe ser siempre caso por caso en atención a su contenido, objetivo y el contexto jurídico y económico para determinar si tienen una nocividad tal que por su propia naturaleza puedan considerarse concretamente aptos para restringir la competencia⁴.

En relación con las restricciones de tipo vertical, la Comisión Europea ha dado ciertas pautas sobre cuáles son las susceptibles de considerarse restrictivas por su objeto. Concretamente en el documento de trabajo “*Guidance on restrictions*

⁴ Véase el párrafo 37 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2020 en el asunto C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal / Budapest Bank y otros.y la jurisprudencia en él citada.

of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice" se indica que generalmente las restricciones que retiran el beneficio de la exención por categorías (restricciones especialmente graves) son las que se consideran restrictivas por su objeto.

En este sentido, ha de destacarse que la posible restricción a la que darían lugar las cláusulas de exclusividad analizadas no se encuentra reflejada en los artículos del Reglamento de verticales que recogen las restricciones especialmente graves (también conocidas como cláusulas negras).

Con respecto a la posible existencia de una **restricción por efectos** de las cláusulas de exclusividad analizadas, ha de destacarse que, de acuerdo con la jurisprudencia europea, estos efectos pueden ser reales o potenciales, pero, en todo caso, suficientemente apreciables⁵.

De cara a determinar la capacidad potencial o real de las cláusulas controvertidas para restringir la competencia de forma significativa en los mercados relevantes es necesario analizar las mismas en el contexto de mercado y dinámica competitiva en el que se producen.

Si bien no se trata estrictamente de exclusivas de larga duración como las que han sido consideradas restrictivas en otros mercados, como el de combustibles de automoción o el de derechos futbolísticos, en los cuales se han considerado restrictivas exclusividades de larga duración de más de 5 y 3 años respectivamente, procede analizar si dado el concreto contexto de estas prácticas, estas exclusivas pueden dar lugar a una restricción de la competencia.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que la **duración** de dichas cláusulas es diversa de unas plataformas a otras, pero reducida (entre 3 y un máximo de 18 meses). Es cierto que ciertos operadores aplican en sus contratos el régimen de prórroga tácita, pero existe plena libertad de abandono de la cláusula sin penalización más allá de la retirada a futuro del beneficio por haber aplicado la exclusiva. Ello implica que el coste de cambio es muy pequeño porque normalmente lo que supone es pasar de la aplicación de una tarifa reducida a la estándar o la retirada de inversiones en campañas de marketing, como ya se explicó previamente.

En segundo lugar, conviene remarcar que la **cobertura de clientes adheridos a este tipo de cláusulas** no excede en ninguno de los casos el 35% del total de

⁵ Véase el párrafo 38 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2020 en el asunto C-228/18 y la jurisprudencia en él citada.

clientes para cada operador, lo cual representa un volumen pequeño con respecto a los que no contratan con esta modalidad.

Asimismo, el hecho de obtener privilegios por aplicar el régimen de exclusividad no siempre es lo suficientemente atractivo como para adherirse a estas exclusividades, puesto que habría que valorar en estos casos el incentivo económico que supone para los restaurantes estar presentes en varias plataformas, maximizando así el número de consumidores finales que puedan acceder a su oferta de servicios. Esto explicaría que la mayoría de los restaurantes muestren preferencia por estar simultáneamente en más de una plataforma (como consecuencia del efecto denominado “multihoming”) y las exclusivas sean empleadas de forma minoritaria.

Por otro lado, el volumen del total del mercado afectado por estas exclusividades **es de aproximadamente el 10%**, no siendo suficientemente elevado como para poder considerar que la práctica analizada sea susceptible de tener un efecto de cierre de mercado apreciable dado el dinamismo del mercado analizado. Nos encontramos ante un mercado cuya cuota expugnable es aproximadamente de 90% por lo que el cierre de mercado que estas cláusulas podrían conllevar es muy pequeño.

En tercer lugar, ha de destacarse que el mercado relevante es un **mercado concentrado pero dinámico**, como muestra la variabilidad de las cuotas de mercados en los últimos años.

A la vista de lo anterior, **no se considera que las cláusulas analizadas tengan aptitud para tener un efecto restrictivo apreciable**. A modo de ejemplo **[confidencial]**.

No obstante, aún si se considerase que pudiera tener tal efecto sería necesario analizar a la vista de los precedentes en qué medida los contratos de cada uno de los operadores contribuyen al posible efecto acumulativo producido por el conjunto de contratos similares.

En este sentido, dos son los criterios cumulativos que tendrían que concurrir para poder apreciar que los acuerdos generen, en conjunto, un cierre de mercado.

En primer lugar, que el mercado analizado sea difícilmente accesible para los competidores que podrían implantarse en este mercado o que podrían ampliar su cuota de mercado. En este caso no parece cumplirse teniendo en cuenta que nos encontramos ante una situación en la que el porcentaje de mercado atacable es de 90%, las exclusivas no son de larga duración y el mercado es dinámico.

En segundo lugar, y también considerando el contexto jurídico y económico, que el contrato de que se trate contribuya de manera significativa al efecto de bloqueo producido por el conjunto de estos contratos, lo cual a su vez dependerá de la posición de las partes contratantes y la duración de los contratos en cuestión.

A este respecto, se procederá a analizar a continuación, las principales características relevantes en relación con cada operador para determinar si efectivamente se cumple el requisito expuesto.

c. Análisis de la contribución de cada empresa al efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales

1. GLOVO

La duración de las exclusividades de este operador es **[confidencial]**.

El porcentaje de restaurantes con los cuales ha pactado cláusulas de exclusividad es del **[confidencial]** sobre la totalidad de restaurantes con los que opera, constituyendo a su vez el porcentaje de pedidos y de ingresos derivados de dichas exclusivas **[confidencial]** del total de pedidos e ingresos respectivamente. Teniendo en cuenta que los ingresos totales en el mercado nacional afectado son **[[confidencial]**, de los cuales **[confidencial]** derivan de las exclusivas, en caso de eliminarse aquellos ingresos obtenidos por esta modalidad de contrato que proceden del operador analizado, que son **[confidencial]**, el porcentaje del mercado nacional de plataformas afectado por las exclusivas pasaría de ser **[confidencial]** a **[confidencial]**. Es decir, la cuota atacable en dicho mercado pasaría de **[confidencial]** a **[confidencial]**, con un incremento en términos absolutos del **[confidencial]**.

De lo anterior procede concluir que la contribución de GLOVO al efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales no es lo suficientemente relevante como para considerar que contribuye de manera significativa a bloquear el acceso al mercado.

2. UBER EATS

UBER EATS presenta un porcentaje de contratos de exclusividad sobre la totalidad de restaurantes con los que opera del **[confidencial]**, siendo el porcentaje de pedidos y de ingresos derivados de estas exclusivas de **[confidencial]**.

Al ser el volumen de ingresos derivados de este tipo de cláusulas registrados por este operador de **[confidencial]**, si se eliminaran estos del volumen total de

ingresos por exclusivas de todas las plataformas sobre el total de ingresos, la cuota vinculada asociada a los ingresos derivados de las exclusivas pasaría de ser **[confidencial]** a **[confidencial]**, lo cual supondría que el grado de libertad del mercado pasaría de ser **[confidencial]** a **[confidencial]**, suponiendo esto un incremento en términos absolutos de **[confidencial]**, lo cual no puede ser considerado como una contribución relevante al efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales.

3. DELIVEROO

En cuanto a DELIVEROO, el porcentaje de restaurantes con los que contrata en régimen de exclusividad del total de restaurantes que usan su plataforma fue en 2018 de **[confidencial]**, siendo a su vez el porcentaje de pedidos e ingresos derivados de las exclusivas en este caso de **[confidencial]** y **[confidencial]**.

Al detraer el volumen de ingresos derivados de clientes con los que se ha acordado una exclusiva, que es de **[confidencial]** del total de ingresos del mercado derivados de las mismas, la nueva cuota vinculada sobre la totalidad de ingresos pasaría a ser de **[confidencial]**, lo cual supondría que el **[confidencial]** del mercado pasaría a ser libre. A tenor de lo anterior puede apreciarse cómo en este caso la variación en la cuota vinculada al analizar los dos escenarios es de **[confidencial]**, similar a lo que ocurre en el caso de GLOVO, por lo que ha de valorarse análogamente.

d. Conclusión

A la vista de lo anterior y habida cuenta del contexto jurídico y económico, no se considera que las redes paralelas de acuerdos verticales que contienen exclusividades por parte de los distintos operadores sean susceptibles de tener un impacto significativo sobre la capacidad competitiva de terceros competidores actuales o potenciales ni de restringir la competencia de forma significativa en los mercados afectados. En consecuencia, **no se aprecian indicios de que estos acuerdos puedan ser restrictivos de la competencia, ni individualmente ni considerando su efecto paralelo acumulativo.**

Como consecuencia de todo lo expuesto, esta Sala considera que en el periodo investigado no existen indicios de infracción del artículo 1 de la LDC, por lo que considera que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, procede la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas a partir de la denuncia presentada.

B. Posible aplicación del artículo 2 de la LDC

El artículo 2 de la LDC establece la prohibición de la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

Para que se produzca un abuso de la posición de dominio, es necesario que exista una posición de dominio de la empresa en el mercado relevante. Esta posición de dominio impone a quien la disfruta la especial responsabilidad de no distorsionar la competencia con su conducta.

A su vez, dos son las notas que han de concurrir en el comportamiento de un operador que disfrute de posición de dominio para que tal conducta pueda ser considerada abusiva. En primer lugar, recurrir a medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos⁶ (en otros términos, medios distintos de los que rigen una normal competencia). En segundo lugar, la conducta debe tener al menos un efecto potencial contrario a la competencia, sin que se requiera la demostración de que la práctica ha causado un efecto real en el mercado⁷.

En el marco de las presentes actuaciones no se aprecian indicios de una posible infracción del artículo 2 LDC. Se trata de un mercado dinámico en el que existen, a día de hoy, cuatro operadores relevantes en el mercado afectado si bien con estructuras y modelos de negocio diversos. En todo caso, en la medida en que no se considera que haya indicios de que la conducta tenga aptitud para restringir la competencia por los argumentos anteriormente esgrimidos, no se considera que la conducta sea susceptible de ser considerada abusiva.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

VI. RESUELVE

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la instrucción del procedimiento de

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de marzo de 2012: “*Por consiguiente, no todos los efectos de exclusión falsean necesariamente la competencia (véase, por analogía, la sentencia TeliaSonera Sverige, antes citada, apartado 43). Por definición, la competencia basada en los méritos puede entrañar la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos eficaces y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, especialmente en cuanto a precios, oferta, calidad o innovación*”. (...)

⁷ Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2012 en el asunto T-336/07 párrafo 268.

concentración C/1046/19 JUST EAT/CANARY, por considerar que en este expediente no hay indicios de infracción del artículo 1 de la LDC.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma 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.