

RESOLUCIÓN

AMAZON/APPLE BRANDGATING

S/0013/21

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

Secretaria del Consejo

D^a. María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 12 de julio de 2023

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 de referencia incoado contra varias sociedades pertenecientes a los grupos empresariales AMAZON y APPLE, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).

CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	10
2. LAS PARTES	15
2.1. AMAZON	15
2.1.1. Descripción general.....	15
2.1.2. Modelo de negocio	15
2.2. APPLE	19
2.2.1. Descripción general.....	19
2.2.2. Modelo de negocio	20
3. MERCADOS	23
3.1. Principios	23
3.1.1. Mercado de producto	23
3.1.2. Mercado geográfico.....	26
3.2. Aplicación a este caso	26
3.2.1. Mercado de prestación de servicios de intermediación en mercados en línea ...	26
3.2.1.1. La prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores.....	28
3.2.1.1.1. Los servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores.....	28
3.2.1.1.2. Sustituibilidad de la demanda	29
3.2.1.1.3. Sustituibilidad de la oferta	42
3.2.1.1.4. Ámbito geográfico	45
3.2.1.2. La prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a los consumidores	49
3.2.1.2.1. Alternativas de compra para los consumidores	51
3.2.1.2.2. Ámbito geográfico	56
3.2.1.3. Conclusión sobre los mercados de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea	56
3.2.2. Mercados relacionados con la venta de productos electrónicos	57
3.2.2.1. Fabricación y venta de productos electrónicos.....	58
3.2.2.1.1. Ámbito de producto	58
3.2.2.1.2. Ámbito geográfico	59
3.2.2.2. Distribución mayorista de productos electrónicos	60
3.2.2.2.1. Ámbito de producto	60
3.2.2.2.2. Ámbito geográfico	61
3.2.2.3. Distribución minorista de productos electrónicos	62
3.2.2.3.1. Ámbito de producto	62
3.2.2.3.2. Ámbito geográfico	63
3.2.2.4. Conclusión	63
3.3. Conclusiones respecto a los mercados analizados.....	64
3.4. Cuotas de mercado.....	67
3.4.1. AMAZON	67
3.4.2. APPLE	74

3.5. Mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España	77
3.5.1. La importancia del comercio electrónico o venta en línea en España.....	81
3.5.2. La posición de AMAZON dentro del comercio electrónico en España	83
3.5.3. La venta en línea de productos electrónicos en España	86
3.5.4. La posición de AMAZON en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos en España	88
3.5.5. Conclusión.....	90
4. HECHOS ACREDITADOS	91
4.1. Los contratos entre AMAZON y APPLE.....	91
4.2. Partes implicadas	92
4.3. Las diferentes páginas de AMAZON	93
4.3.1. Las páginas de resultados	93
4.3.2. Las páginas de detalle (<i>Product Detail Page</i> o PDP)	93
4.3.3. Las páginas de la cesta y de tramitar pedido	94
4.3.4. La página de la Tienda APPLE en AMAZON:	96
4.4. Las cláusulas en cuestión del GTA y del ARA 2018.....	97
4.4.1. Cláusulas de exclusión o <i>Brand Gating</i>	97
4.4.2. Cláusulas de publicidad	100
4.4.3. Cláusula de limitaciones al marketing.....	104
4.5. La génesis del GTA y del ARA 2018.....	104
4.5.1. Los problemas detectados	104
4.5.2. Las negociaciones entre AMAZON y APPLE	105
4.5.3. Análisis interno de los contratos por parte de AMAZON	108
4.5.4. Análisis interno de los contratos por parte de APPLE	110
4.6. Implementación del GTA y del ARA 2018.....	114
4.6.1. Entrada en vigor de los acuerdos	114
4.6.2. Comunicación a terceros revendedores	115
4.6.3. Revendedores no autorizados en España.....	115
4.6.4. Lista de revendedores admitidos	116
4.6.5. Las opiniones de los revendedores (no autorizados y autorizados) en España	116
4.6.6. Preparación de la comunicación externa sobre los efectos de los contratos AMAZON/APPLE.....	125
4.6.7. Las ventas de productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España.....	128
4.6.8. Comercio transfronterizo	128
4.6.9. Valoración de los contratos por las partes	130
4.7. Papel de las partes en el mercado	131
4.8. El registro de marcas o <i>Brand Registry</i>	132
5. FUNDAMENTOS DE DERECHO	135
5.1. Competencia para resolver.....	135
5.2. Objeto de la resolución y normativa aplicable.....	135

5.2.1.	Objeto de la resolución.....	135
5.2.2.	Normativa aplicable.....	135
5.2.2.1.	Normativa nacional.....	135
5.2.2.2.	Afectación al comercio entre Estados miembros y aplicación del TFUE ...	135
5.3.	Propuesta del órgano instructor	136
5.4.	Valoración de la Sala de Competencia	137
5.4.1.	Tipificación de las conductas	137
5.4.1.1.	Acuerdo y/o práctica concertada	138
5.4.1.1.1.	Principios.....	138
5.4.1.1.2.	Aplicación a este caso.....	139
5.4.1.2.	Restricción de la competencia.....	139
5.4.1.2.1.	Sobre la aplicación de los reglamentos de exención por categorías... 144	
a.	Ámbito de aplicación temporal de los reglamentos de exención	144
b.	Principios generales de los reglamentos de exención	145
c.	Aplicación a este caso.....	147
5.4.1.2.1.1.	Ámbito de aplicación temporal de los reglamentos	149
a.	Aplicabilidad del RECAV 2010	149
b.	Exenciones del reglamento de verticales.....	154
c.	Alegaciones sobre la aplicación temporal del RECAV y valoración de la Sala ..	162
5.4.1.2.1.2.	Conclusión sobre la aplicación del RECAV 2010	164
5.4.1.2.2.	Las Cláusulas de Exclusión o <i>Brand Gating</i>	164
5.4.1.2.2.1.	Restricción por objeto.....	164
a.	El contenido.....	164
•	Discriminación	166
-	Alegaciones de las empresas	167
•	Limitación o control de la distribución de productos de APPLE en el mercado. 175	
-	Alegaciones de las empresas	177
•	Compartimentación del mercado interior	179
-	Alegaciones de las empresas	182
▪	Otras alegaciones de las partes relativas al contenido de los Acuerdos de Exclusión o <i>Brand Gating</i>	185
-	Sobre la aplicación al presente caso de la Sentencia del TJUE COTY	185
-	Sobre la aplicación al caso de la Sentencia del TJUE MAXIMA LATVIJA	191
b.	Los objetivos.....	194
-	Alegaciones de las empresas	197
c.	El contexto jurídico y económico.....	204
-	Alegaciones de las empresas	208
d.	Conclusión sobre la restricción por objeto	213
5.4.1.2.2.2.	Efectos en el mercado.....	215
5.4.1.2.2.2.1.	Principios.....	215
5.4.1.2.2.2.2.	Aplicación a este caso	216
a.	Reducción del número de vendedores	216
-	Alegaciones de las empresas	218
b.	Los vendedores no autorizados pierden un importante canal de ventas	222
-	Alegaciones de las empresas	226
c.	Concentración de ventas de productos de la marca APPLE en la propia AMAZON	229
-	Alegaciones de las empresas	240

d. Compartimentación del mercado interior	243
- Alegaciones de las empresas	245
e. Efectos en los PVPs de productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España 248	
• Resultados del análisis económico	258
- Todos los productos de la marca APPLE en general	258
- Categorías de productos de la marca APPLE	259
- Productos de la marca APPLE a nivel individual	261
- Conclusiones sobre los efectos en los precios	263
• Alegaciones de APPLE respecto a su derecho de defensa en el acceso a la “sala de datos”	263
• Alegaciones e informe económico complementarios presentados por APPLE tras el acceso a la sala de datos	265
5.4.1.2.2.2.3. Sobre que la DC se habría basado en un escenario contrafactual erróneo por cuanto AMAZON no tuvo otra alternativa a la aceptación de las cláusulas controvertidas	268
5.4.1.2.2.2.4. Conclusión sobre los efectos	269
5.4.1.2.3. Las Cláusulas de Publicidad	270
5.4.1.2.3.1. Restricción por objeto	270
a. El contenido	270
- Alegaciones de las empresas	278
b. Los objetivos	280
- Alegaciones de las empresas	282
c. El contexto jurídico y económico	286
- Alegaciones de las empresas	288
▪ Otras alegaciones de las partes en relación con el objeto restrictivo de las Cláusulas de Publicidad	290
- Sobre la pretendida contradicción con la práctica anterior de la CNMC en el asunto ADIDAS	290
- Sobre la pretendida contradicción con la resolución de la autoridad italiana	291
- Sobre la pretendida ausencia de efectos de las cláusulas de publicidad	292
5.4.1.2.3.2. Conclusión	298
5.4.1.2.4. Las Cláusulas de Limitaciones al Marketing	298
5.4.1.2.4.1. Restricción por objeto	298
a. El contenido	298
b. El objetivo	302
c. El contexto jurídico y económico	303
▪ Otras alegaciones de las empresas en relación con las Cláusulas de Limitaciones al Marketing	305
- Sobre la comparación de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing con una cláusula de no competencia	305
- Sobre el alcance pretendidamente limitado de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing y su ausencia de efectos	306
- Sobre que la duración de la aplicación post contractual de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing estaría objetivamente justificada	308
5.4.1.2.4.2. Conclusión	310
5.4.1.2.5. Conclusiones respecto de las restricciones de competencia	310
5.4.2. Aplicación de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE y de la doctrina de las restricciones accesorias	311
5.4.2.1. Principios de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE	311

5.4.2.2.	Alegaciones de las imputadas y valoración de la Sala en relación con los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.....	313
5.4.2.2.1.	Alegaciones de AMAZON y APPLE.....	313
5.4.2.2.2.	Valoración de las alegaciones sobre las eficiencias y la indispensabilidad de las restricciones.....	315
-	Sobre el incremento de la gama, disponibilidad y rapidez de entrega de los productos APPLE en AMAZON	315
-	Sobre el incremento de ventas de productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España.....	316
-	Sobre la mejora de la presentación de productos APPLE en AMAZON	320
-	Sobre la alegada reducción de productos APPLE falsificados en AMAZON	321
5.4.2.3.	Sobre la doctrina de las restricciones accesorias y su aplicación al presente caso	324
5.4.2.4.	Conclusión	327
5.4.3.	Infracción única y continuada y duración	327
5.4.3.1.	Infracción única y continuada	327
5.4.3.1.1.	Principios	327
5.4.3.1.2.	Aplicación a este caso.....	329
5.4.3.1.3.	Conclusión sobre la existencia de una infracción única y continuada.	331
5.4.3.2.	Duración.....	332
5.4.4.	Culpabilidad y responsabilidad individualizada.....	332
5.4.4.1.	Responsabilidad de las empresas	332
5.4.4.1.1.	Principios	332
5.4.4.1.2.	Aplicación a este caso.....	333
5.4.4.1.2.1.	AMAZON	333
5.4.4.1.2.1.1.	Responsabilidad de la entidad jurídica directamente participante....	333
5.4.4.1.2.1.2.	Alegaciones de AMAZON y valoración de la Sala.....	337
-	Pretendida ausencia de culpabilidad dada su condición de distribuidor al que se habrían impuesto las cláusulas controvertidas	337
-	Sobre la pretendida ausencia de responsabilidad de ASI	341
-	Sobre la pretendida ausencia de participación en la infracción de AEC y ASE	343
5.4.4.1.2.2.	APPLE	344
5.4.4.1.2.2.1.	Responsabilidad de la entidad jurídica directamente participante....	344
5.4.4.1.2.2.2.	Responsabilidad solidaria de la matriz.....	346
5.4.5.	Conclusión de la valoración jurídica.....	346
5.5.	Otras alegaciones	347
5.5.1.	Sobre la pretendida falta de observancia de los principios y garantías del procedimiento sancionador	347
5.5.2.	Sobre la solicitud de vista.....	351
5.5.3.	Sobre la solicitud de práctica de la prueba	351
5.5.4.	Sobre la solicitud de confidencialidad	352
5.6.	Determinación de la Sanción.....	353
5.6.1.	Criterios de imposición de la multa	353
5.6.2.	Multa impuesta	355
5.6.3.	Alegaciones a la sanción impuesta.....	357
5.7.	Prohibición de contratar	364
6.	RESUELVE.....	367

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Contestaciones a los principales requerimientos de información de la DC	11
Tabla 2. Distribución de las ventas en AMAZON en función de los listados de productos.....	18
Tabla 3. Distribución de las ventas en AMAZON en función del importe.....	18
Tabla 4. Distribución mayorista de APPLE	22
Tabla 5. Distribución minorista de APPLE	23
Tabla 6. Distribución minorista de APPLE por canal	23
Tabla 7. Número de visitas anuales a la web de AMAZON España	45
Tabla 8. Número de visitas anuales a la web ALIBABA España.....	46
Tabla 9. Número de visitas anuales a la web eBay España	46
Tabla 10. Submercados dentro del mercado de distribución de productos electrónicos	63
Tabla 11. Cuotas de mercado-ingresos por prestación de servicios básicos	69
Tabla 12. Cuotas de mercado-ingresos por prestación de todos los servicios (básicos y opcionales)	70
Tabla 13. Cuotas de mercado-valor de las ventas generadas por terceros.....	71
Tabla 14. Cuotas de mercado-ingresos por prestación de servicios básicos	71
Tabla 15. Cuotas de mercado-ingresos por prestación de todos los servicios (básicos y opcionales)	72
Tabla 16. Cuotas de mercado-valor de las ventas generadas por terceros.....	72
Tabla 17. Cuotas en el mercado de productos de consumo electrónicos.....	75
Tabla 18. Cuotas en el mercado de fabricación de productos de consumo electrónicos (Teléfonos inteligentes)	75
Tabla 19. Cuotas en el mercado de fabricación de productos de consumo electrónicos (tabletas)	76
Tabla 20. Cuotas en el mercado de fabricación de productos de consumo electrónicos (relojes inteligentes)	76
Tabla 21. Mercados mayoristas nacionales de productos electrónicos	77
Tabla 22. Cuotas de AMAZON en la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores en España	90
Tabla 23. Cuotas de AMAZON en España en la venta en línea	91
Tabla 24. Contenido del documento de 12 de diciembre de 2017	106
Tabla 25. Traducción de la imagen 18 supra	109
Tabla 26. Evolución de las ventas del revendedor I LIKE PHONE TELECOMUNICACIONES	123
Tabla 27. Formulario de respuestas a posibles preguntas frecuentes de revendedores tras la implementación de los acuerdos preparado por AMAZON	126
Tabla 28. Ventas en Amazon.es de vendedores procedentes de otros Estados miembros....	129
Tabla 29. Número total de revendedores oficiales	130
Tabla 30. Notificaciones para la retirada (en cientos de miles).....	134
Tabla 31. Multas propuestas por la DC	136
Tabla 32. Traducción de la imagen previa.....	207
Tabla 33. Extracto del formulario de respuestas a posibles preguntas de terceros vendedores en relación los acuerdos preparado por AMAZON en noviembre de 2018	212
Tabla 34. Cambio en el patrón de ventas de I LIKE PHONE como consecuencia de las Cláusulas de Exclusión	223

Tabla 35. Cambio en el medio electrónico principal para vender productos de la marca APPLE de I LIKE PHONE	224
Tabla 36. Comparativa entre la distribución de las ventas anuales y mensuales de iPhones y iPods entre terceros revendedores y la propia AMAZON como distribuidor de APPLE desde 2013 a 2021.....	239
Tabla 37. Ventas en Amazon.es de vendedores procedentes de otros Estados miembros....	243
Tabla 38. Distribuidores autorizados de APPLE incluidos en el Anexo D del ARA	244
Tabla 39. Impacto de las conductas de AMAZON y APPLE sobre el IPR para distintas ventanas de tiempo, según categoría de productos.....	259
Tabla 40. Resumen de los resultados del análisis del IPR para distintas ventanas de tiempo y para cada producto de APPLE.....	261
Tabla 41. Volumen de negocios total	353
Tabla 42. Volumen de negocios en el mercado afectado	355
Tabla 43. Tipo sancionador	356
Tabla 44. Multa final.....	357

ÍNDICE DE IMÁGENES

Imagen 1. Usuarios de internet que compraron o encargaron bienes o servicios de uso privado en los 12 meses anteriores entre 2004 y 2019.....	52
Imagen 2. Razones por las que los consumidores compran en línea en lugar de hacerlo en tiendas físicas.....	53
Imagen 3. Razones por las que los consumidores compran en tiendas físicas en lugar de en línea.....	54
Imagen 4. Volumen de negocio del comercio electrónico B2C en España	83
Imagen 5. cuota de mercado por tráfico web de los principales mercados en línea en España (años 2018 a 2020)	84
Imagen 6. ingresos por ventas de los principales mercados en línea en España en 2019	85
Imagen 7. Categorías de productos más vendidas en línea	87
Imagen 8. Categorías de productos más vendidas entre los suscriptores de Amazon Prime... 88	
Imagen 9. clasificación de las tiendas en línea más importantes en España en 2021 en el segmento de los productos electrónicos.....	89
Imagen 10. Captura de una página de resultado de AMAZON.....	93
Imagen 11. Captura de una página de detalle de AMAZON.....	94
Imagen 12. Captura de cesta de la compra en la web de AMAZON	95
Imagen 13. Captura de página de tramitar pedido en la web de AMAZON.....	96
Imagen 14. Captura de página de tienda APPLE en la web de AMAZON	97
Imagen 15. Lista de revendedores autorizados a vender en AMAZON tras la entrada en vigor de los acuerdos (Anexo D del ARA 2018)	99
Imagen 16. captura de parte de la lista de palabras clave relativas a productos de APPLE... 102	
Imagen 17. Lista de marcas competidoras identificadas por APPLE.....	103
Imagen 18. Ventas previstas por AMAZON como distribuidor de APPLE en los escenarios con y sin acuerdo (en cientos de miles de euros)	109
Imagen 19. Comparativas de la presentación de productos APPLE entre la situación previa a la firma de los acuerdos y la situación prevista tras su implementación	112
Imagen 20. Notificación a los terceros vendedores afectados por las Cláusulas de Exclusión	115
Imagen 21. Evolución de las ventas en AMAZON de los terceros revendedores afectados por las Cláusulas de Exclusión	119

Imagen 22. Ventas previstas por AMAZON como distribuidor de APPLE en los escenarios con y sin acuerdo en cientos de miles de euros	207
Imagen 23. Distribución de las ventas mensuales de productos de APPLE iPhone, iPad AirPods y Apple Watch en la web de Amazon.es entre terceros revendedores y la propia AMAZON como distribuidor de APPLE desde 2013 a 2021	230
Imagen 24. Distribución de las ventas anuales de productos de APPLE iPhone, iPad AirPods y Apple Watch en la web de Amazon.es entre terceros revendedores y la propia AMAZON como distribuidor de APPLE desde 2013 a 2021	232
Imagen 25. Distribución de las ventas mensuales de productos de APPLE iPod y Beats en la web de Amazon.es entre terceros revendedores y la propia AMAZON como distribuidor de APPLE desde 2013 a 2021	235
Imagen 26. Distribución de las ventas anuales de productos de APPLE iPod y Beats en la web de Amazon.es entre terceros revendedores y la propia AMAZON como distribuidor de APPLE desde 2013 a 2021	237
Imagen 27. Evolución del IPR de productos comercializados antes y después de la aplicación de la limitación a terceros vendedores en la tienda de AMAZON (2017-2020).....	266
Imagen 28. Ejemplo de aplicación de las Cláusulas de Publicidad buscando por la expresión: “apple iphone”	271
Imagen 29. Resultado al buscar por la expresión “Samsung Galaxy s22”	272
Imagen 30. Extracto del listado de palabras clave suministradas por APPLE	294
Imagen 31. Extracto del documento aportado por AMAZON junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución “GTA para Europa Occidental”	342

1. ANTECEDENTES

- (1) El 20 de noviembre de 2020, la Dirección de Competencia (“**DC**”) tuvo conocimiento, a través de la Red de Competencia Europea (*European Competition Network*, “**ECN**”), de la posible existencia de conductas contrarias a la LDC, consistentes en unos potenciales acuerdos anticompetitivos entre los grupos AMAZON y APPLE que podrían afectar a los sectores de la venta minorista en línea de productos electrónicos y de la prestación de servicios de intermediación a terceros vendedores minoristas a través de plataformas/mercados en línea (*marketplaces*) en España.
- (2) El 12 de febrero de 2021, con el objeto de determinar si dichos acuerdos podían constituir indicios de una infracción de la LDC, y/o del TFUE que pudieran justificar, en su caso, la incoación de un expediente sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, la DC acordó la **apertura de oficio de las diligencias previas** de investigación “DP/008/21 – *Brand Gating*”.
- (3) El 30 de junio de 2021, se acordó **incoar formalmente** expediente sancionador (folios 1-3), con número de referencia S/0013/21, acordándose incorporar todo lo actuado en el marco de las actuaciones seguidas bajo las diligencias previas con referencia DP/008/21.
- (4) El 22 de junio de 2022, se adoptó un acuerdo de **ampliación de incoación** para incluir en el expediente a dos sociedades, APPLE INC y AMAZON.COM SERVICES INC (ahora Amazon.com Services LLC).
- (5) El 2 de agosto de 2022, se notificó el **Pliego de Concreción de Hechos (“PCH”)** (folios 6.405 a 6.626) al que los grupos Apple y Amazon presentaron alegaciones respectivamente el 2 y el 14 de septiembre de 2022 (folios 7.377 a 7.523 y 7.707 a 7.853).
- (6) El 8 de agosto de 2022, el grupo Apple solicitó acceso a una sala de datos (*data room*) para acceder a determinada información del grupo Amazon que había sido utilizada por la DC para el análisis de precios realizado en el PCH y que había sido declarada confidencial a petición del grupo Amazon (el grupo Apple había tenido acceso a una versión no confidencial del archivo en el que los precios aportados por el grupo Amazon se habían puesto en rangos de 100 euros) (folios 7.287 a 7.290).
- (7) El 12 de agosto de 2022, la DC adoptó un acuerdo de denegación de la solicitud de acceso a una sala de datos presentada por el grupo Apple (folios 7.321 a 7.322).
- (8) El 30 de agosto de 2022, la Sala de Competencia de la CNMC solicitó informe a la DC sobre el recurso del artículo 47 LDC presentado por el grupo Apple en

relación con la denegación de acceso a una sala de datos solicitada (folio 7.358). Dicho informe fue remitido por la DC el 6 de septiembre de 2022 (folio 7.562).

- (9) El 28 de noviembre de 2022, el Consejo de la CNMC envió a la DC el escrito, por el que el grupo Amazon (en el marco del recurso del artículo 47 LDC presentado por el grupo Apple en relación con la denegación de acceso a una sala de datos) mostraba su no oposición a la constitución de una sala de datos (folios 8.833 y 8.834 a 8.836). La DC envió al Consejo de la CNMC un escrito en el que sostenía que, a la vista del mencionado escrito del grupo Amazon, se podían dar las circunstancias que de manera excepcional justificasen la creación de una sala de datos (folios 8.841 a 8.842).
- (10) El 30 de noviembre de 2022, a la vista de la Resolución del Consejo sobre el recurso presentado por el grupo Apple en relación con la denegación de acceso a la sala de datos solicitada, se notificó a las partes el acuerdo de concesión de acceso a la misma, así como las normas de dicho acceso (folios 8.861 a 8.862 y folios 8.863 a 8.865).
- (11) Los días 13, 14 y 15 de diciembre de 2022, el grupo Apple accedió a la sala de datos habilitada por la DC y el último día elaboró un informe con dos anexos que permanecería en las dependencias de la DC de acuerdo con las normas de acceso a la sala de datos.
- (12) El 23 de diciembre de 2022, el grupo Apple presentó un recurso del artículo 47 de la LDC en relación con las normas de acceso a sala de datos y el 27 de diciembre, la Sala de Competencia solicitó informe a la DC sobre el referido recurso (folios 8.975 a 8.976) que le fue remitido el 2 de enero de 2023 (folios 9.061 a 9.075).
- (13) El 21 de febrero de 2023, el Consejo de la CNMC resolvió inadmitir el recurso del artículo 47 LDC presentado por el grupo Apple en relación con las normas de acceso a sala de datos.
- (14) El 24 de febrero de 2023, conforme al artículo 33.1 del RDC, la DC acordó el cierre de la fase de instrucción de este expediente notificándose ese mismo día a las partes la Propuesta de Resolución.
- (15) Durante la referida fase de instrucción la DC ha realizado, entre otros, los siguientes requerimientos de información:

Tabla 1. Contestaciones a los principales requerimientos de información de la DC

Fecha	Empresa / organismo	Folios	Folios contestación
08/03/2021	Autoridad italiana de competencia	220	31 a 219

Fecha	Empresa / organismo	Folios	Folios contestación
26/05/2021	Grupo Amazon	221 a 227 ¹	330 a 645 y 1.020 a 1.066
28/09/2021		1.091 a 1.115 ²	2.308 a 2.583
25/01/2022		3.111 a 3.116 ³	4.520 a 4.540
23/02/2022		4.469 a 4.471 ⁴	5.953 a 5.961
07/06/2022		5.933 a 5.935 ⁵	6.208 a 6.210
14/07/2022		6.312 a 6.314 ⁶	6.385 a 6.404
15/07/2022		6.324 a 6.328 ⁷	7.348 a 7.352
26/05/2021	Grupo Apple	243 a 248 ⁸	660 a 1012
28/09/2021		1.124 a 1.140 ⁹	2.257 a 2.301

¹ Se hará referencia a este primer requerimiento de información a AMAZON como “**RI I**” o “**RI I AMAZON**”.

² Se hará referencia a este segundo requerimiento de información a AMAZON como “**RI II**” o “**RI II AMAZON**”.

³ Se hará referencia a este tercer requerimiento de información a AMAZON como “**RI III**” o “**RI III AMAZON**”.

⁴ Se hará referencia a este cuarto requerimiento de información a AMAZON como “**RI IV**” o “**RI IV AMAZON**”.

⁵ Se hará referencia a este quinto requerimiento de información a AMAZON como “**RI V**” o “**RI V AMAZON**”.

⁶ Se hará referencia a este sexto requerimiento de información a AMAZON como “**RI VI**” o “**RI VI AMAZON**”.

⁷ Se hará referencia a este séptimo requerimiento de información a AMAZON como “**RI VII**” o “**RI VII AMAZON**”.

⁸ Se hará referencia a este primer requerimiento de información a APPLE como “**RI**” o “**RI I APPLE**”.

⁹ Se hará referencia a este segundo requerimiento de información a APPLE como “**RII**” o “**RI II APPLE**”.

Fecha	Empresa / organismo	Folios	Folios contestación
25/01/2022		3.125 a 3.130 ¹⁰	4.226 a 4.238
23/02/2022		4.488 a 4.495 ¹¹	5.305 a 5.317
07/06/2022		5.942 a 5.946 ¹²	6.177 a 6.179
14/07/2022		6.317 a 6.319 ¹³	6.338 a 6.346
15/07/2022		6.331 a 6.335 ¹⁴	7.340 a 7.342
28/09/2021	Distribuidores de Apple [CONFIDENCIAL] y determinados mercados en línea	1.180 a 1.190; 1.230 a 1.240, y 1.148 a 1.156	-
22/11/2021 ¹⁵		2.648 a 2.659	-
26/11/2021	Vendedores no oficiales de productos Apple	2681 a 2691	2786 a 2804 y 3849 a 3857
18/01/2022	Otros mercados en línea adicionales	3062 a 3064	-

¹⁰ Se hará referencia a este tercer requerimiento de información a APPLE como “**RIII**” o “**RI III APPLE**”.

¹¹ Se hará referencia a este cuarto requerimiento de información a APPLE como “**RIV**” o “**RI IV APPLE**”.

¹² Se hará referencia a este quinto requerimiento de información a APPLE como “**RV**” o “**RI V APPLE**”.

¹³ Se hará referencia a este sexto requerimiento de información a APPLE como “**RVI**” o “**RI VI APPLE**”.

¹⁴ Se hará referencia a este séptimo requerimiento de información a APPLE como “**RVII**” o “**RI VII APPLE**”.

¹⁵ El 22 de noviembre de 2021 se reiteró el requerimiento de información a los distribuidores de APPLE [CONFIDENCIAL] y mercados en línea que no habían contestado.

- (16) Los grupos Apple y Amazon presentaron alegaciones a la Propuesta de Resolución el 30 de marzo y el 4 de abril de 2023 respectivamente (folios 10.309 a 11.292 y 11.296 a 11.963).
- (17) El 5 de abril de 2023, la DC elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución (folios 11.973 a 11.974).
- (18) El 19 de abril de 2023 se acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea o transcurriera el término de 30 días (folios 11.989 a 11.990). El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo del 19 de mayo de 2023 (folios 12.005 a 12.006).
- (19) El 24 de mayo de 2023 se acordó requerir a las sociedades imputadas de los grupos Apple y Amazon que aportasen su volumen de negocios total para el ejercicio 2022, otorgándoles un plazo de 10 días hábiles para contestar al requerimiento (folios 12.016 a 12.019) y poniéndose el acuerdo a disposición de las partes el mismo 24 de mayo. Tratándose la información solicitada de un elemento de juicio necesario para resolver, se acordó asimismo suspender el plazo máximo para resolver hasta la aportación de la información requerida o, en su caso, el transcurso del plazo concedido para su aportación, de conformidad con el artículo 37.1 a) de la LDC.
- (20) El 30 de mayo de 2023, tuvo entrada en la CNMC un escrito de las sociedades del grupo Apple APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LTD y APPLE INC. solicitando una ampliación de 5 días adicionales al plazo de 10 días para contestar al requerimiento de 24 de mayo; ampliación que les fue concedida mediante acuerdo de 31 de mayo de 2023 (folios 12.039 a 12.040), haciéndose extensible a cualquier otro interesado que la solicitase dentro de plazo.
- (21) El 2 de junio de 2023, tuvo entrada en la CNMC un escrito de las sociedades del grupo Amazon AMAZON SERVICES EUROPE S.À.R.L., AMAZON EUROPE CORE S.À.R.L, AMAZON EU S.À.R.L. y AMAZON.COM SERVICES LLC, solicitando, a su vez, una ampliación de plazo de 5 días hábiles adicionales para contestar al requerimiento de información de 24 de mayo de 2023, haciéndoseles automáticamente extensible la ampliación de plazo concedida a las sociedades del grupo Apple mediante acuerdo de 30 de mayo de 2023 en virtud de los términos de dicho acuerdo.
- (22) El requerimiento de información de 24 de mayo sobre volumen de negocios fue contestado el 15 de junio de 2023 por las sociedades del grupo Apple y el 23 de junio de 2023 por las sociedades del grupo Amazon, levantándose la suspensión de plazo con efectos en esta última fecha por acuerdo del Secretario del Consejo de 26 de junio.

2. LAS PARTES

2.1. AMAZON

2.1.1. Descripción general

- (23) El 30 de junio de 2021, se incoó expediente sancionador contra las siguientes 4 sociedades pertenecientes al grupo Amazon:
- AMAZON SERVICES EUROPE S.À.R.L. (“**ASE**”), que presta servicios de intermediación a terceros vendedores, permitiéndoles ofrecer productos para su venta en todas las Amazon Store en la UE, incluyendo www.amazon.es¹⁷
 - AMAZON EUROPE CORE S.À.R.L. (“**AEC**”), que es la entidad responsable de operar los sitios web de las Amazon Store en la UE¹⁸;
 - AMAZON EU S.À.R.L. (“**AEU**”), que se encarga de la venta minorista en todas las Amazon Store de la UE de los bienes físicos que adquiere de los vendedores¹⁹; y
 - AMAZON ONLINE SPAIN, S.L. (“**AOS**”); que presta servicios de publicidad online²⁰.
- (24) El 22 de junio de 2022, se acordó ampliar la incoación con respecto a AMAZON.COM SERVICES, Inc. (“**ASI**”) (ahora AMAZON.COM SERVICES LLC).
- (25) En el PCH, se decidió archivar el presente procedimiento respecto de AOS.
- (26) Se hará referencia a ASE, AEC, AEU y ASI conjuntamente como “**AMAZON**”²¹.

2.1.2. Modelo de negocio

- (27) En cuanto a sus actividades, el grupo AMAZON es un grupo de sociedades que vende, a través de páginas web específicas de distintos países (que funcionan

¹⁶ Contestación al requerimiento de información de fecha 26 de mayo de 2021 (“**RI I AMAZON**”), párrafo 6 (folio 4599).

¹⁷ Contestación al requerimiento de información de fecha 26 de mayo de 2021 (“**RI I AMAZON**”), párrafo 6 (folio 4599).

¹⁸ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 7 (folio 4600).

¹⁹ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 8 (folio 4600).

²⁰ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 9 (folio 4601).

²¹ Para más aclaraciones sobre la responsabilidad de las empresas ver el apartado 5.4.4 de la presente Resolución.

como mercados en línea, mercados de comercio electrónico o *marketplaces*)²², una gran variedad de productos de consumo, a la vez que presta servicios de intermediación a terceros vendedores y fabrica y vende una gama cada vez más amplia de productos propios.

- (28) En este sentido, el grupo AMAZON opera páginas webs específicas en Sur y Norteamérica, Asia, Australia, y Europa (y, en este último continente, en Reino Unido, Alemania, Francia, Italia, España, Países Bajos, Suecia y Polonia)²³. En concreto, el mercado en línea de AMAZON en España (<https://www.amazon.es/>) se lanzó en septiembre de 2011²⁴.
- (29) Aunque originalmente AMAZON era el único vendedor en sus webs o mercados en línea, en los que operaba básicamente como un distribuidor minorista, abrió su web en Estados Unidos a terceros vendedores por primera vez en el año 2000, permitiendo que aquéllos vendieran directamente junto a AMAZON en su mercado en línea²⁵, estrategia que, dado su gran éxito²⁶, fue expandiendo al resto de páginas webs que gestiona²⁷, pasando, por tanto, a prestar también servicios de intermediación a terceros vendedores.
- (30) Después de comenzar a admitir a terceros vendedores en su mercado en línea estadounidense en el 2000 y a expandir dicha estrategia al resto de sus páginas web, en el año 2009, el grupo AMAZON lanzó sus primeras marcas de productos propios *AmazonBasics* y *Pinzon* (de productos para el hogar)²⁸, que ha ido incrementando hasta alcanzar una gama cada vez más amplia de productos propios²⁹ (incluyendo categorías como productos de parafarmacia, café, limpieza

²² Es decir, que las páginas webs de Amazon como, por ejemplo, <http://www.amazon.es> son mercados en línea, mercados de comercio electrónico o *marketplaces*, por lo que serán referenciadas indistintamente de cualquiera de estas tres maneras.

²³ Contestación al requerimiento de información de fecha 23 de febrero de 2022 (“**RI IV AMAZON**”), respuesta a la pregunta 2 (folios 5919-5924).

²⁴ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 2 (folio 4597)

²⁵ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 2 (folio 4597).

²⁶ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 2 (folio 4597).

²⁷ Por ejemplo, cuando el mercado en línea español se lanzó en 2011, estaba ya abierto directamente a terceros vendedores desde su inauguración (ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 2 (folio 4597)).

²⁸ Ver <https://pattern.com/blog/all-you-need-to-know-about-amazons-private-label-brands/>.

²⁹ Ver algunas de las marcas propias comercializadas por AMAZON en la actualidad en <https://www.amazon.com/-/es/b?ie=UTF8&node=17602470011>.

y droguería, productos para bebés, productos de alimentación, de nutrición y deporte, productos electrónicos³⁰, etc.)³¹.

- (31) La importancia de cada uno de estos tres roles (distribuidor minorista –de productos de terceros fabricantes y de sus propias marcas–, prestador de servicios de intermediación a terceros y fabricante), se puede observar en las siguientes tablas³².

³⁰ Dentro de esta categoría, AMAZON fabrica y comercializa, por ejemplo, productos de las siguientes clases: **[CONFIDENCIAL]** (Ver contestación al requerimiento de información de fecha 28 de septiembre de 2021 (“**RI II AMAZON**”), párrafo 86.b), folio 4695).

³¹ Algunas de las marcas propias más conocidas del grupo y los productos que engloban aparecen en el siguiente enlace: <https://www.adslzone.net/esenciales/amazon/marcas-blancas-amazon/>.

³² Las tablas fueron aportadas por el CEO de la compañía, Jeff Bezos, durante su declaración ante el Congreso de los EE.UU de 29 de julio de 2019 y han sido recopiladas por Market Place Plus, y pueden ser consultadas en el siguiente enlace: <https://www.marketplacepulse.com/articles/9-of-amazons-sales-in-clothing-are-from-its-private-label-brands>

Tabla 2. Distribución de las ventas en AMAZON en función de los listados de productos

Categoría	% de listados de AMAZON respecto al total	% de listados de marca propia respecto al total de listados de AMAZON	% de listados de terceros revendedores
Productos electrónicos	4%	<1%	96%
Productos de belleza	4%	<1%	96%
Productos para el hogar	1%	<1%	99%
Ropa	8%	<1%	92%
Libros	34%	<1%	66%
Consumibles	3%	<1%	97%
Juguetes	9%	<1%	91%

Fuente: <https://www.marketplacepulse.com/articles/9-of-amazons-sales-in-clothing-are-from-its-private-label-brands>

Tabla 3. Distribución de las ventas en AMAZON en función del importe

Categoría	% de ventas de AMAZON respecto al total	% de ventas de marca propia respecto al total de ventas de AMAZON	% de ventas de terceros revendedores
Productos electrónicos	43%	3%	57%
Productos de belleza	35%	<1%	65%
Productos para el hogar	33%	4%	67%
Ropa	28%	9%	72%
Libros	74%	<1%	26%
Consumibles	41%	2%	59%
Juguetes	42%	<1%	58%

Fuente: <https://www.marketplacepulse.com/articles/9-of-amazons-sales-in-clothing-are-from-its-private-label-brands>

- (32) La primera tabla se refiere a los listados de productos y la segunda al importe de las ventas en dólares. En ambas tablas, las filas se refieren, en este orden, a los siguientes productos: (i) productos electrónicos; (ii) productos de belleza; (iii) productos para el hogar; (iv) ropa; (v) libros; (vi) consumibles; y (vi) juguetes. Por otro lado, las columnas segunda y tercera se refieren a los listados y/o las ventas realizadas por Amazon (la segunda columna serían los listados totales –en la primera tabla– y ventas totales –en la segunda tabla– realizados directamente por AMAZON) la tercera columna sería el porcentaje de los listados y/o ventas realizados directamente por AMAZON que representarían sus propias marcas respecto al total y la cuarta y última columna se refiere a las ventas realizadas por terceros.
- (33) Así, de acuerdo con la segunda tabla relativa al importe de las ventas, se puede ver cómo salvo por lo que respecta a los libros, **las ventas de terceros vendedores se sitúan en torno al 60% en casi todas las categorías y cómo la mayoría de las ventas corresponden a productos de terceros fabricantes** (de hecho, de las marcas propias de AMAZON de las categorías seleccionadas en la tabla, casi ninguna representaría más del 5% de las ventas directas realizadas por la empresa, con la única excepción de la ropa, que llega casi al 10%).
- (34) No obstante, el lanzamiento de sus propios productos se ha ido intensificando con el tiempo, pasando de comercializar unas 30 marcas propias en 2017 a las más de 100 que comercializa en la actualidad³³, por lo que este rol cada vez adquiere un mayor peso para la empresa.
- (35) Así, AMAZON desempeña actualmente varios roles, que podrían ordenarse (tomando como referencia el importe de las ventas) de la siguiente forma: (i) rol principal de prestador de servicios de intermediación; (ii) rol secundario de distribuidor minorista; y (iii) rol terciario, de fabricante y vendedor de productos de marca propia.
- (36) Por último, las páginas webs de Amazon como, por ejemplo, www.amazon.es, son mercados en línea o *marketplaces*, por lo que serán referenciadas indistintamente de cualquiera de las siguientes tres formas: **Página/s Web/s de AMAZON**, o lo/s **Mercados en línea de AMAZON**, o lo/s **Marketplace/s de AMAZON**.

2.2. APPLE

2.2.1. Descripción general

- (37) El 30 de junio de 2021, se incoó expediente sancionador contra las siguientes 3 sociedades pertenecientes al grupo Apple:

³³ Ver <https://pattern.com/blog/all-you-need-to-know-about-amazons-private-label-brands/>.

- APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LTD (“**ADI**”);
 - APPLE RETAIL SPAIN, S.L. (“**ARS**”); y
 - APPLE MARKETING IBERIA, S.A. (“**AMI**”).
- (38) El 22 de junio de 2022, se acordó ampliar la incoación con respecto a APPLE INC. (“**AINC**”), matriz última del grupo que cuenta con una participación indirecta del **[CONFIDENCIAL]**% en ADI³⁴.
- (39) En el PCH, se decidió archivar el presente procedimiento respecto de ARS y AMI.
- (40) Se hará referencia a ADI y AINC conjuntamente como “**APPLE**”³⁵.

2.2.2. Modelo de negocio

- (41) En relación con sus actividades, APPLE es un grupo de sociedades que fabrica y vende una amplia variedad de dispositivos electrónicos en todo el mundo, entre los que se incluyen iPhone, iPad, Apple Watch, Apple TV, Mac, Beats y una serie de accesorios de la marca Apple, como cables de carga y adaptadores³⁶.
- (42) Además, APPLE es fabricante con un rol dual, en la medida en que fabrica y vende directamente los productos a través de su propia web y de sus tiendas físicas oficiales (además de a través de su red de distribuidores).
- (43) De acuerdo con APPLE³⁷, la organización de su sistema de distribución³⁸, a excepción de **[CONFIDENCIAL]**, distribuidos a través de un sistema de distribución selectivo, se realiza a través de un **sistema de distribución abierto**, en el que los diferentes revendedores se clasifican en:
- Distribuidores Autorizados de Apple (“**AAD**”, por sus siglas en inglés): estos actores operan a nivel mayorista y son designados por el grupo Apple en función de diversos criterios: conocimiento de los productos electrónicos de consumo; equipos y recursos comerciales; capacidades

³⁴ Ver respuesta de APPLE al requerimiento de información de fecha 14 de julio de 2022 (folio CONFIDENCIAL 6343).

³⁵ Para más aclaraciones sobre la responsabilidad de las empresas ver el apartado 5.4.4 de la presente Resolución.

³⁶ Ver respuesta de Apple a la pregunta 8 del RI de fecha 26 de mayo de 2021 (“**RI I APPLE**”) (folios 4261-4262).

³⁷ Los productos Beats incluyen auriculares, altavoces y software de audio. Apple compró a la empresa Beats Electronics en mayo de 2014, y pasó a integrar su catálogo de productos dentro del de la propia Apple (ver nota de prensa oficial sobre la adquisición aquí: <https://www.apple.com/es/newsroom/2014/05/28Apple-to-Acquire-Beats-Music-Beats-Electronics/>).

³⁸ Ver contestación al RI I APPLE (folios 4261-4262).

de distribución, almacenamiento y entrega; solvencia; cobertura territorial; etc.

- Revendedores Autorizados de APPLE (que operan a nivel minorista, los “**AAR**”, *Apple Authorised Resellers*).

Estos revendedores se clasifican en dos bandas (*Tier 1* o *Tier 2*), dependiendo de su nivel de inversión, que dan derecho a distintos niveles de descuentos. Para obtener la calificación de *AAR Tier 2*, entre otros, los revendedores deben: (i) generar unos ingresos mínimos establecidos contractualmente en un número de meses consecutivos, (ii) designar un patrocinador ejecutivo y un equipo de gestión, compartir una cartera de oportunidades de venta y preparar informes específicos; y (iii) cumplir con los requisitos ya sean de formación o a nivel de empresa. Por su parte, para obtener la calificación de *AAR Tier 1*, los revendedores deben invertir y demostrar sus conocimientos y habilidades en el ámbito corporativo y/o de la educación.

- Revendedores Premium de APPLE (que operan a nivel minorista y ofrecen una experiencia premium al cliente, los “**APR**”, *Apple Premium Resellers*).

Para obtener la calificación de *APR*, entre otros, los revendedores deben (i) adherirse a los requisitos del Programa *APR* (por ejemplo, relativos a la ubicación y diseño de la tienda, requisitos de formación adicional del personal, ofertas de servicio al cliente, etc.); y (ii) generar unos ingresos mínimos establecidos contractualmente en un número de meses consecutivos. También se clasifican en dos bandas (*Tier 1* o *Tier 2*), dependiendo de una serie de criterios, lo que da derecho a distintos niveles de descuentos.

- Revendedores Minoristas (que operan a nivel minorista, pero que son comerciantes de gran tamaño, grandes minoristas *online*, etc., y que serán denominados “**Minoristas**”).

Para tener la calificación de minorista, entre otros, los revendedores deben (i) disponer de puntos de venta físicos abiertos a los clientes sin cita previa y/u ofrecer venta online de productos electrónicos de consumo; y (ii) generar unos ingresos mínimos establecidos contractualmente en un número de meses consecutivos.

- Revendedores No Autorizados (que operan en todos los niveles sin tener una relación contractual directa con APPLE, los “**NAR**”, *Non-Authorised Resellers*).

- (44) A los revendedores que firman un acuerdo de distribución con APPLE se les ofrecen descuentos o reembolsos que, además de permitir la competencia directa en precios, los incentivan a reforzar su oferta mediante la formación del equipo de ventas, la logística o el servicio de asesoramiento *in situ*. Estos descuentos se ofrecen a los revendedores oficiales que compran directamente a APPLE, así como a los que compran los productos de APPLE indirectamente a través de los mayoristas. Estos revendedores también tienen acceso a los activos de marketing y materiales promocionales de APPLE³⁹.
- (45) En este sentido, una diferencia entre los APR y los AAR reside en el nivel de descuento que se puede obtener y las exigencias/requisitos que hay que cumplir para obtenerlos que es mayor en el caso de los APR que de los AAR.
- (46) Por otro lado, **a los mayoristas del grupo Apple se les anima continuamente a distribuir los Productos Apple a los AAR y también a los NAR**, incluso con incentivos financieros. Por ejemplo, APPLE concede a los mayoristas descuentos adicionales para que los trasladen a los NAR que buscan cerrar ventas de Productos Apple con clientes corporativos⁴⁰.
- (47) En cuanto a la importancia de los distribuidores de APPLE en relación con la venta de sus productos:
- En primer lugar, a nivel mayorista, la venta directa de APPLE a distribuidores minoristas (que son los que venden al consumidor final) solía ser mucho menor que la venta de APPLE a sus distribuidores mayoristas hasta 2021, aunque la importancia de los mayoristas se ha ido reduciendo con el tiempo, alcanzando actualmente una cuota similar una manera y otra de llegar a los distribuidores minoristas:

Tabla 4. Distribución mayorista de APPLE

Distribución mayorista - España - Todos los productos Apple										
	2017		2018		2019		2020		2021	
	Cuotas (valor)	Cuotas (volumen)								
Vendidos por Apple a minoristas	[10%-20%]	[20%-30%]	[10%-20%]	[20%-30%]	[20%-30%]	[30%-40%]	[30%-40%]	[30%-40%]	[40%-50%]	[50%-60%]
Vendidos por Apple a mayoristas	[80%-90%]	[70%-80%]	[80%-90%]	[70%-80%]	[70%-80%]	[60%-70%]	[60%-70%]	[60%-70%]	[50%-60%]	[40%-50%]
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: Anexo 2 de la contestación de la contestación de APPLE al requerimiento de información de fecha 28 de septiembre de 2021 ("RFI II APPLE") (folio 4,248)

- En segundo lugar, a nivel minorista, la mayoría de las ventas de productos APPLE a consumidor final se realizan a través de los distribuidores oficiales de APPLE (APR, AAR y Minoristas), después a través de la

³⁹ Ver respuesta a la pregunta 8 del RI I APPLE (folios 4261-4262).

⁴⁰ Ver respuesta a la pregunta 8 del RI I APPLE (folios 4261-4262).

propia APPLE y, por último, a través de los distribuidores no oficiales (NAR):

Tabla 5. Distribución minorista de APPLE

Distribución minorista - España - Todos los productos Apple										
	2017		2018		2019		2020		2021	
	Cuotas (valor)	Cuotas (volumen)								
Vendidos por Apple	[30%-40%]	[40%-50%]	[30%-40%]	[40%-50%]	[30%-40%]	[30%-40%]	[30%-40%]	[30%-40%]	[20%-30%]	[20%-30%]
Vendidos por distribuidores oficiales	[60%-70%]	[40%-50%]	[60%-70%]	[40%-50%]	[60%-70%]	[60%-70%]	[60%-70%]	[60%-70%]	[70%-80%]	[70%-80%]
Vendidos por distribuidores no autorizados	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[10%-20%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: Anexo 2 de la contestación al RFI II APPLE (folio 4248)

- (48) Por último, en cuanto a la importancia de los distintos canales de venta dentro de la distribución de productos APPLE se observa cómo la venta en tienda física representaba al principio el principal canal de venta, pero, con el paso del tiempo, se ha igualado bastante su peso en términos de cuota respecto del canal en línea (web propia y *marketplaces*):

Tabla 6. Distribución minorista de APPLE por canal

Distribución minorista APPLE por canal - España - Todos los productos Apple										
	2017		2018		2019		2020		2021	
	Cuotas (VA)	Cuotas (VOL)	Cuotas (VA)	Cuotas (VOL)	Cuotas (VA)	Cuotas (VOL)	Cuotas (VA)	Cuotas (VOL)	Cuotas (VA)	Cuotas (VOL)
Tiendas físicas	[60%-70%]	[50%-60%]	[70%-80%]	[60%-70%]	[70%-80%]	[70%-80%]	[40%-50%]	[40%-50%]	[50%-60%]	[50%-60%]
Canal online	Web propia	[30%-40%]	[40%-50%]	[20%-30%]	[40%-50%]	[20%-30%]	[20%-30%]	[50%-60%]	[50%-60%]	[40%-50%]
	Marketplaces	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: Anexo 3 de la contestación al RFI II APPLE (folio 4249)

3. MERCADOS

3.1. Principios

3.1.1. Mercado de producto

- (49) La definición de mercado relevante trata de determinar los límites de la competencia entre empresas identificando las presiones competitivas inmediatas a las que se enfrentan.
- (50) El concepto de mercado de producto relevante implica que existe una competencia efectiva entre los productos o servicios que forman parte del mismo, debido a que, atendiendo al uso específico de dichos productos o servicios, existe un grado suficiente de sustituibilidad entre ellos.

- (51) Un análisis de este tipo no se puede limitar a examinar las características objetivas de los productos y servicios en cuestión, sino que también debe tener en cuenta las condiciones competitivas y la estructura de la oferta y la demanda.
- (52) En este sentido, las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones competitivas: la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial.
- (53) Desde una perspectiva económica, para la definición del mercado relevante, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los proveedores de un determinado producto⁴¹. Así, la sustituibilidad de los productos o servicios a efectos de la definición del mercado relevante debe evaluarse, principalmente, desde la perspectiva de la demanda de los consumidores.
- (54) Desde esta perspectiva, los factores que pueden tenerse en cuenta son la naturaleza y las características técnicas de los productos o servicios en cuestión, las preferencias de los consumidores, los costes y barreras de cambio, los hechos observados en el mercado, el historial del desarrollo de dichos productos o servicios y también la práctica comercial de la empresa⁴². Además, el hecho de que existan en el mercado empresas independientes especializadas en la fabricación y la venta del producto o servicio es un “*importante indicio*” de la existencia de un mercado distinto para ese producto o servicio⁴³.
- (55) AMAZON reprocha a la DC haber llevado a cabo un análisis desfasado a la hora de definir los mercados por fijarse en las características de los productos, lo que habría dejado de hacerse desde que la Comisión Europea adoptara sus Directrices sobre la Definición de mercado en 1997⁴⁴.
- (56) A lo anterior procede contestar que, además de no ser el único parámetro empleado por el órgano instructor en la definición de los mercados, el análisis de las características objetivas de los productos y los aspectos que los diferencian de otros productos sigue resultando apropiado a efectos de definir un mercado

⁴¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), párrafo 13 (“**Comunicación sobre la definición del mercado relevante**”).

⁴² Caso T-201/04, *Microsoft v Commission*, EU:T:2007:289, párrafo 925. Además, la Comunicación sobre la definición del mercado relevante, párrafos 38 a 43, señala también los siguientes elementos: (i) elementos de prueba de una sustitución en un pasado reciente; (ii) ensayos cuantitativos específicamente concebidos para delimitar los mercados; (iii) opiniones de clientes y competidores; (iv) preferencias de los consumidores; (v) obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos; y (vi) diferentes categorías de clientes y discriminación de precios.

⁴³ Caso T-201/04, *Microsoft v Commission*, EU:T:2007:289, párrafo 927.

⁴⁴ Véase el “Informe Complementario de Brattle” aportado por AMAZON junto con sus alegaciones a la Propuesta de Resolución.

de producto tal y como lo recuerda el TGUE en una sentencia reciente de noviembre de 2021 al señalar que “[d]ebe ser posible distinguir el servicio o producto de que se trate en virtud de características particulares que lo diferencian de otros con los que son escasamente intercambiables. En este contexto, el grado de intercambiabilidad entre productos debe ser analizado de acuerdo con sus características objetivas, así como con la estructura de la oferta y la demanda y con las condiciones competitivas”⁴⁵.

- (57) Por otro lado, la sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en ciertos casos (particularmente, en los casos en los que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata). Existe sustituibilidad por el lado de la oferta cuando los proveedores pueden pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones relativas en precios o condiciones de la demanda. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas.
- (58) La tercera fuente de presión competitiva, la competencia potencial, no se tiene en consideración para la definición del mercado, puesto que las condiciones en que la competencia potencial representará realmente una presión competitiva dependen del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso. En caso necesario, este análisis no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia⁴⁶.
- (59) La existencia de otras presiones competitivas indirectas podrá tenerse en cuenta en el análisis competitivo, pero no formará parte del mercado⁴⁷.

⁴⁵ Ver T-612/17 - Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping); ECLI:EU:T:2021:763; párrafo 471. Traducción propia de “it must be possible to distinguish the service or the good in question by virtue of particular characteristics that so differentiate it from other services or other goods that it is only to a small degree interchangeable with those alternatives and affected by competition from them. In that context, the degree of interchangeability between products must be assessed in terms of their objective characteristics, as well as the structure of supply and demand on the market, and competitive conditions”.

⁴⁶ Comunicación sobre la definición del mercado relevante, párrafo 24.

⁴⁷ Así, como se establece en el párrafo 13 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (“**Comunicación de definición de mercado**”) “para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto”. A su vez, el párrafo 14 establece “Las presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta distintas de las descritas en los puntos 20 a 23 y de la competencia potencial son generalmente menos inmediatas y, en cualquier caso, requieren el análisis de otros factores. Por esta razón, estas

3.1.2. Mercado geográfico

- (60) El mercado geográfico relevante comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios en cuestión, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas⁴⁸.

3.2. Aplicación a este caso

3.2.1. Mercado de prestación de servicios de intermediación en mercados en línea

- (61) Como se ha explicado, AMAZON es un “mercado en línea”, a la vez que presta servicios de intermediación a terceros vendedores, permitiéndoles ofrecer productos para su venta en todas las Amazon Store en la UE, incluyendo www.amazon.es, y fabrica y vende una gama cada vez más amplia de productos propios.
- (62) Los mercados en línea son plataformas de dos caras que sirven de intermediarios entre consumidores (a los que ofrecen la posibilidad de encontrar vendedores y sus ofertas, y de comprar sus productos) y vendedores (a los que ofrecen, entre otros servicios, la posibilidad de listar y vender sus productos en la página web del mercado en línea), facilitando la compra de productos por Internet.
- (63) Los diferentes mercados en línea ofrecen distintos rangos de productos, grados de especialización, tamaño, modelos de negocio, etc. pero tienen en común que sirven, al menos, a dos grupos de usuarios: los consumidores y los vendedores.
- (64) Sin embargo, los servicios, precios, y términos y condiciones ofrecidos difieren considerablemente en cada una de las caras del mercado. Por ejemplo, en relación con los precios, mientras que los vendedores pagan (en la mayoría de

*presiones se contemplan en la fase de valoración del análisis de los asuntos de competencia”. De esta forma, no cabe confundir la determinación de presiones competitivas inmediatas que vendrán dadas por la sustituibilidad por el lado de la demanda con la competencia potencial que de acuerdo con el párrafo 214 de esta comunicación “no se tiene en consideración para la definición de los mercados, puesto que las condiciones en que la competencia potencial representará realmente una presión dependen del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso”. En similares términos se formula el proyecto de nueva Comunicación sobre definición de mercado relevante hecha pública el 8 de marzo de 2022 (“**Proyecto de nueva Comunicación sobre definición de mercado**”) al señalar que “el principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones inmediatas que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia cuando ofrecen ciertos productos en un área determinada”.*

⁴⁸ Comunicación sobre la definición del mercado relevante, párrafo 8.

los casos) una comisión por los servicios que le ofrece el mercado en línea, los consumidores no abonan ningún importe por los servicios de intermediación que les presta el operador que gestiona el mercado en línea. Asimismo, los términos y condiciones impuestos a los vendedores que quieren usar el mercado en línea también difieren considerablemente de los impuestos a los consumidores (de hecho, suelen ser mucho más exigentes en el caso de los vendedores). De esta forma, existen dos grupos diferentes de usuarios en cada una de las caras del mercado en línea que presentan demandas y necesidades distintas.

- (65) Por otro lado, aunque existen mercados en línea especializados en determinados tipos de productos (por ejemplo, ropa, bricolaje, etc.) –que se podrían denominar mercados en línea verticales–, otros, como AMAZON, ofrecen una amplia gama de productos –pudiéndose denominar mercados en línea horizontales–.
- (66) En este sentido, aunque existe una limitada sustituibilidad entre los mercados en línea especializados en determinadas categorías de productos desde la perspectiva de los consumidores y de los vendedores, debido precisamente a los distintos productos vendidos, en la Propuesta de Resolución se consideró que todos los mercados en línea forman parte del mismo mercado con independencia del grado de especialización en uno u otro producto.
- (67) Con base en lo anterior, y como se explicará en detalle a continuación, se estima que las dos caras de un mercado en línea constituyen mercados de producto distintos: la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores es distinta de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a consumidores.
- (68) Tanto APPLE como AMAZON indican que el mercado de intermediación no es relevante. Concretamente, APPLE defiende que los acuerdos objeto del presente expediente no son susceptible de producir efectos en este mercado y AMAZON sostiene que compite con todos los canales de distribución, tanto cuando vende servicios de marketplace a vendedores como cuando vende productos a clientes finales. Asimismo, AMAZON alega que debería haberse tenido en cuenta un mercado más amplio que el definido en la Propuesta de Resolución que incluiría tanto las ventas *online* como *offline*.
- (69) Sin embargo, en tanto que, mediante los acuerdos entre AMAZON y APPLE objeto del presente expediente, se establecen los operadores que quedarán autorizados a vender productos APPLE en amazon.es, así como limitaciones al uso de espacios publicitarios en el mercado en línea de AMAZON, resulta incuestionable que **el mercado en el que AMAZON presta servicios de intermediación a terceros vendedores debe ser objeto de análisis para determinar el carácter restrictivo de los acuerdos controvertidos.**

3.2.1.1. La prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores

- (70) Los vendedores tienen distintos canales de venta a su disposición para llegar a los consumidores: (i) abrir y gestionar una tienda física; (ii) montar y gestionar una página web propia; (iii) utilizar comparadores de precios; y/o (iv) utilizar uno o varios mercados en línea.
- (71) Como se describirá a continuación, cada uno de estos canales tiene diferentes costes de apertura y mantenimiento, número de visitas, perspectivas de rentabilidad a corto y medio plazo, etc. y, por tanto, no se consideran sustitutivos desde la perspectiva de los vendedores.
- (72) En este apartado, se describirán primero los servicios que AMAZON y otros mercados en línea prestan a los vendedores, para compararlos y distinguirlos después de los de los otros canales (i.e. las tiendas físicas, las páginas web propias y los comparadores de precios).

3.2.1.1.1. Los servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores

- (73) Los mercados en línea actúan como intermediarios entre los terceros vendedores y los consumidores, pero no participan en las transacciones comerciales. No son propietarios de los productos comercializados por los terceros vendedores, por lo que no asumen los costes y riesgos habituales de búsqueda, compra, almacenamiento y logística de los productos, que suelen asumir los minoristas. Los mercados en línea no determinan el precio de venta y no celebran contratos de compra directos con los consumidores. En la mayoría de los mercados en línea, los vendedores terceros se encargan de la entrega y asumen la responsabilidad por los productos defectuosos.
- (74) Por otro lado, en muchas ocasiones complementan su función principal (i.e. poner en contacto a consumidores y vendedores), ofreciendo otros servicios como parte de su oferta por defecto o como servicios opcionales adicionales. Los típicos servicios que se suelen ofrecer por defecto son los servicios de pago, de presentación de productos, de gestión de reclamaciones y de resolución de conflictos. En algunas ocasiones, también se pueden incluir otros servicios como servicios de publicidad, de devoluciones, de asesoría legal, contabilidad, etc. Por otro lado, los mercados en línea también pueden ofrecer servicios adicionales a cambio de una contraprestación, como almacenaje, embalaje y entrega de los productos.

3.2.1.1.1. Los servicios prestados por AMAZON

- (75) Los terceros vendedores que abren una cuenta para vender en AMAZON están habilitados para operar con esa cuenta, listar productos y completar transacciones en las Páginas Webs de AMAZON.
- (76) Los terceros vendedores se benefician también de una amplia gama de servicios opcionales, que suelen estar sujetos a costes/tarifas adicionales, como, por ejemplo, servicios de entrega, almacenamiento, devoluciones, gestión de reclamaciones, marketing, integración de datos, software de precios y herramientas de apoyo a la cuenta, así como protección contra el fraude.
- (77) En concreto en España⁴⁹, AMAZON cobra comisiones por la prestación de los siguientes servicios **[CONFIDENCIAL]**.
- (78) Por otro lado, solo en 2019, AMAZON lanzó 150 nuevas herramientas y servicios para los terceros vendedores, lo que demuestra la amplia gama de servicios que ofrece AMAZON a dichos vendedores para llegar, interactuar y, en algunos casos, entregar el producto a los consumidores.
- (79) En contraste, los vendedores que utilizan su propia web tienen que comprar dichos servicios (que se solapan parcialmente en algunos casos). Por ejemplo, existen varias empresas que ofrecen servicios de creación de webs, de pagos en línea, etc. mientras que los mercados en línea ofrecen todos estos servicios de manera conjunta e inmediata.

3.2.1.1.2. Sustituibilidad de la demanda

3.2.1.1.2.1. Venta en mercados en línea frente a operar una web propia

- (80) Desde la perspectiva de un vendedor, los mercados en línea presentan unas propiedades y características que los distinguen de la utilización de una web propia:
- Los mercados en línea proporcionan un alcance inmediato a una gran audiencia de consumidores⁵⁰: en comparación con una web propia, la

⁴⁹ Ver Anexo 01 -iii-v de la contestación al RI II AMAZON (folio 4563).

⁵⁰ Ver <https://comercio.acelerapyme.gob.es/eu/node/657> que señala en relación con los mercados electrónicos que “al anunciar tus productos en este tipo de plataformas online puedes conseguir tener mayor alcance de una manera más rápida y eficaz, ya que cuenta con un mayor nivel de tráfico”. Ver <https://revistaempresarial.com/marketing/e-commerce/tienda-online-propia-vs-ventas-en-marketplaces/> que, entre las ventajas de usar un mercado en línea señala el “Alcance de la audiencia”; o <https://laesquinacreativa.es/tienda-online-marketplace-comparativa/>, que señala que “Estar en Amazon, Ebay o Privalia, supone que nuestros productos tengan un mercado potencial de millones de personas, entre otras

mayor ventaja de vender en un mercado en línea ya establecido es el alcance inmediato a una gran audiencia de consumidores y, por tanto, la generación de un mayor tráfico para los vendedores⁵¹. Además, genera visibilidad⁵², lo que no solo afecta a las ventas presentes, sino que también incrementa la perspectiva de ventas futuras.

AMAZON señala en sus alegaciones que los mercados electrónicos permiten acceder a grandes audiencias y aumentan el tráfico, entre otras razones porque los clientes finales consideran atractivo poder acceder a una amplia selección de productos. La propia AMAZON destaca en su página web dirigida a potenciales nuevos vendedores⁵³ que AMAZON permite llegar a millones de clientes y que los vendedores que usan su plataforma pueden beneficiarse de la logística de AMAZON.

- Los mercados en línea dan acceso instantáneo a un espacio de venta en línea ya operativo y completamente funcional⁵⁴: es decir, ofrecen un acceso inmediato a los vendedores que quieren vender en línea, mientras que establecer y operar una web propia lleva más tiempo (conlleva una serie de pasos como escoger el nombre de dominio, los servidores, el software de proceso de pagos, creación de contenido para la web, etc. así como concluir contratos con varias empresas como las de servicios de pago o servicios logísticos).

cosas por el posicionamiento con el que cuentan los marketplaces en los motores de búsqueda". De acuerdo con el estudio E-Commerce 2022 de IAB el 60% de los compradores en línea en España acuden a mercado en línea como referencia de información de productos. Ver <https://iabspain.es/iab-spain-presenta-el-estudio-de-e-commerce-2022/>

⁵¹ Ver también la "Guía para desarrollar un e-commerce" de abril de 2021 de la Comunidad Autónoma de Navarra que incluye entre las ventajas de vender en un mercado en línea la "Posibilidad de acceder a un tráfico mucho mayor que con una tienda propia, "(página 14).

⁵² Ver <https://ideasparatuempresa.vodafone.es/ventajas-y-desventajas-de-un-marketplace/>

⁵³ Ver https://sell.amazon.es/comienza?ld=SEESSOAdGog-Top-Kwds_11244339266_110293515837_kwd-325818021008_e_469337738154_c_sig-Cj0KCQiAyMKbBhD1ARIsANs7rEE9hC4s7bX2rNPcoUm2knJSfHanrH_ksRoG0Rr_o19XiefSfm3kyhUaAkIbEALw_wcB_asret_&id=go_cmp-11244339266_adg-110293515837_ad-469337738154_kwd-325818021008_devc_ext_prd-&gclid=Cj0KCQiAyMKbBhD1ARIsANs7rEE9hC4s7bX2rNPcoUm2knJSfHanrH_ksRoG0Rr_o19XiefSfm3kyhUaAkIbEALw_wcB

⁵⁴ Ver <https://revistaempresarial.com/marketing/e-commerce/tienda-online-propia-vs-ventas-en-marketplaces/> que, entre las ventajas de usar un mercado en línea señala la "Automatización". Ver también <https://comercio.acelerapyme.gob.es/eu/node/657> que señala "Los clientes compran desde la plataforma donde el mercado en línea administra los métodos de pago y el procesamiento de cualquier pedido, lo que brinda a los vendedores y a los consumidores seguridad tanto en la gestión de compra como en la del pago".

- Vender en mercados en línea tiene unos costes iniciales de inversión sustancialmente inferiores⁵⁵: los mercados en línea apenas requieren inversión inicial, más allá del pago de las cuotas establecidas por el operador del mismo.
- Vender en los mercados en línea requiere menos esfuerzos y costes operativos⁵⁶: en los mercados en línea, el operador que lo gestiona es el que se encarga de los aspectos técnicos de la transacción y del proceso de pago⁵⁷; mientras que la actividad de los terceros vendedores consiste principalmente en añadir y modificar los listados de productos y, por último y en su caso, en decidir el uso y la elección de las soluciones publicitarias ofrecidas por el mercado en línea para mejorar la visibilidad y la prominencia de sus productos dentro del propio mercado en línea. Además, desde un punto de vista de costes operativos, se permite a los terceros vendedores, en muchos casos, listar los productos sin incurrir en ningún coste fijo e, incluso, sin un compromiso de realizar ventas.
- Complementariedad entre los mercados en línea y las webs propias⁵⁸: por un lado, los mercados en línea pueden ser efectivos para (i) empezar a poner en marcha un negocio de venta al por menor⁵⁹; (ii) probar la adecuación de las ofertas existentes de un vendedor en relación con las del resto de vendedores⁶⁰; (iii) probar nuevos productos y/o nuevos

⁵⁵ Ver <https://comercio.acelerapyme.gob.es/eu/node/657> que señala en relación con los mercados electrónicos que “Una de sus ventajas principales es la poca inversión que debes realizar para introducir tu negocio en este tipo de plataforma. En cambio, un e-commerce supone una mayor inversión al tener que construir tu negocio online desde cero (...) El mercado en línea puede ayudarte a iniciarte en el comercio online sin necesidad de invertir un gran presupuesto”. Ver también <https://outvio.com/es/blog/marketplace-vs-tienda-online/>, que señala que “El coste inicial de abrir tu propia tienda online es más elevado que la venta en marketplaces”.

⁵⁶ Ver <https://outvio.com/es/blog/marketplace-vs-tienda-/>, que señala que una de las ventajas de los revendedores que optan por utilizar un mercado en línea en lugar de su propia web es el “Menor coste”.

⁵⁷ Ver <https://comercio.acelerapyme.gob.es/eu/node/657> “Este tipo de plataformas ofrece tanto a las empresas que venden sus productos como a los consumidores una gestión de pagos segura.”

⁵⁸ Ver <https://www.synergyweb.es/blog/tienda-online-propia-vs-marketplace-que-interesa-a-negocio-online/>, que señala que: “No hay una solución ideal, por lo que lo más rentable es apostar por diversificar el esfuerzo y la estrategia en ambos canales. Todo dependerá del poder de inversión que tengas y del producto final que vayas a vender”.

⁵⁹ Ver <https://laesquinacreativa.es/tienda-online-marketplace-comparativa/>, que señala que “Si te acabas de lanzar al mundo del ecommerce, [el mercado en línea] es una oportunidad excelente para realizar pruebas de mercado con tus productos”.

⁶⁰ Ver <https://laesquinacreativa.es/tienda-online-marketplace-comparativa/>, que señala que, entre las ventajas de vender en un mercado en línea, se encuentra la posibilidad de “probar el interés o la popularidad que existe en ciertos productos sin necesidad de esperar a definir un negocio completo”.

segmentos de productos⁶¹; (iv) liquidar los artículos no vendidos⁶²; (v) aumentar la visibilidad de la marca y mandar el mensaje a los consumidores que la marca es fiable (incluso con bajas ventas)⁶³; y (vi) llegar a los consumidores que inician sus compras en los mercados en línea⁶⁴ (en particular, en AMAZON).

- (81) Por otro lado, vender a través de una web propia presenta una serie de características diferenciadas. Sin perjuicio de las diferencias ya descritas en cuanto a los costes de establecimiento (creación de web, servidores, servicios de pago, logística, etc.) y riesgos operacionales (generar visibilidad y tráfico a la web, etc.), los sitios webs propios presentan perspectivas diferentes a medio y largo plazo a los mercados en línea. En este sentido, a diferencia de los mercados en línea, que se reservan para sí mismos la gestión de la relación con el consumidor, las webs propias pueden permitir construir una base de clientes fieles, en la medida en que, en esos casos, es el propio vendedor el que tiene el contacto directo con el consumidor⁶⁵ (de hecho, los consumidores recurrentes en la web reducen los costes de generar tráfico).
- (82) En este punto, la propia AMAZON señala en su informe económico sobre definición de mercado que otras vías por las que los vendedores pueden acceder a los consumidores finales, como las tiendas propias en línea, ejercen competencia “indirecta” sobre AMAZON”. Esto es, AMAZON sostiene en sus alegaciones que, para poder acceder a una amplia audiencia, otras alternativas no son sustitutivas de los mercados electrónicos pues precisamente operadores que contaban con tiendas en línea y físicas han visto la necesidad de crear un mercado en línea para aumentar su audiencia.
- (83) Por tanto, uno y otro canal suelen utilizarse como soluciones complementarias por los terceros vendedores, más que como soluciones alternativas.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Ver <https://laesquinacreativa.es/tienda-online-marketplace-comparativa/>, que señala que, entre las ventajas de vender en un mercado en línea, se encuentra la posibilidad de “*deshacerte de stock*”.

⁶³ Ver <https://laesquinacreativa.es/tienda-online-marketplace-comparativa/>, que señala que, entre las ventajas de vender en un mercado en línea, se encuentra la “*Generación de confianza rápida. Eliminamos la barrera de la falta de confianza de los usuarios, dado que van a comprar nuestros productos a través de un sitio web que conocen y en el que confían*”.

⁶⁴ Ver <https://revistaempresarial.com/marketing/e-commerce/tienda-online-propia-vs-ventas-en-marketplaces/>, donde se señala que: “*La mitad de los consumidores buscan productos inmediatamente en los agregadores, es decir, en los marketplaces. Quieren comparar ofertas similares y elegir la mejor*”.

⁶⁵ Ver <https://outvio.com/es/blog/marketplace-vs-tienda-online/>, donde se señala, entre las ventajas de utilizar una web propia, la: “*Conexión con tus clientes*”.

3.2.1.1.2.2. Venta en mercados en línea frente a operar una tienda física

(84) Desde la perspectiva de un vendedor, los mercados en línea presentan una serie de propiedades y características que los distinguen de la utilización de una tienda física (o red de ellas)⁶⁶:

- Los vendedores consideran los canales de venta en línea (*online*) y fuera de línea (*offline*) como distintos y los usan de forma complementaria⁶⁷: la complementariedad de ambos canales se observa en el modelo multicanal (*omni-channel*) que utilizan muchos vendedores, y que hace referencia a los esfuerzos realizados para alcanzar a los consumidores desde múltiples canales de venta.
- Los canales de venta en línea (*online*) y fuera de línea (*offline*) tienen alcances geográficos distintos: las tiendas físicas tienen un alcance geográfico limitado, normalmente delimitado por isócronas de tiempo y/o distancia⁶⁸, mientras que los mercados en línea tendrían un alcance potencialmente global.
- Los canales de venta en línea (*online*) y fuera de línea (*offline*) tienen ratios de crecimiento diferentes⁶⁹: de acuerdo con un estudio reciente⁷⁰ “*en los ocho países bajo estudio [entre los que se incluye a España] se produce un crecimiento del comercio offline (o físico), pero el e-commerce crece a mayor ritmo*”. Este mismo estudio añade que “*las tiendas físicas no organizadas que venden online muestran mayor crecimiento que sus homólogas puramente offline*”. Por otro lado, aunque las tasas de crecimiento en las tiendas físicas son bajas, conforme a un estudio de la Comisión Europea (“**CE**”)⁷¹, el número de tiendas físicas que están considerando empezar a vender en línea dentro de los próximos 12 meses representa más del 18%. En este sentido, las diferentes tasas de

⁶⁶ Estas propiedades y características contestan a las alegaciones de Amazon a la PR, párrafo 40.

⁶⁷ Ver párrafo 190 del European Commission E-commerce Staff Working Document, 2017 (<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017SC0154>).

⁶⁸ Ver, por ejemplo, Case M.3905 - *Tesco / Carrefour* of 22 February 2015. See also Commission decisions M.8710 - *JD / Sonae MC / Balaiko / JDSH / Sport zone* of 17 January 2018, COMP/M.4590 *REWE / Delvita* of 25 April 2007, COMP/M.5047 *REWE / ADEG* of 23 June 2008, COMP/M.4096 *Carrefour/Hyparho* of 4 March 2006.

⁶⁹ El hecho de que ambos mercados crezcan, a pesar de que su ritmo sea diferente nos indica que difícilmente puedan tratarse como sustitutivos. Para que fueran sustitutivos lo lógico sería que ante el crecimiento de uno el otro decreciese, *ceteris paribus*.

⁷⁰ Ver “¿Es el e-commerce bueno para Europa?”, elaborado en 2020 por la consultora Oliver Wyman, que puede ser consultado aquí: <https://www.oliverwyman.com/our-expertise/insights/2021/apr/is-e-commerce-good-for-europe.html>

⁷¹ Ver, Comisión Europea, *Consumer Conditions Scoreboard Consumers at home in the Single Market - Confidence in online shopping, November 2019* https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/consumers-conditions-scoreboard-2019_en_1.pdf

crecimiento sugieren diferentes dinámicas de mercado y diferentes limitaciones competitivas a las que se enfrentan los minoristas en el canal de la venta en línea y fuera de línea.

- La estructura de los costes de inversión inicial y de los costes de explotación, así como las consideraciones sobre la rentabilidad, son fundamentalmente diferentes: las tiendas físicas tienen importantes costes iniciales (de inversión) y de funcionamiento (como los de gestión de inventario, personal, transporte de las existencias desde el almacén del minorista hasta la/s tienda/s física/s, etc.), mientras que las tiendas en línea requieren una menor inversión inicial y tienen una estructura de costes distinta (por ejemplo, los costes de transporte y de entrega son mayores, en la medida en que tienen que ser entregados directamente a los consumidores desde el almacén y, cuanto más rápida sea la entrega, mayor suele ser el coste asociado).

3.2.1.1.2.3. Venta en mercados en línea frente a un comparador de precios

- (85) En el caso de *Google Shopping*, el Tribunal General de la Unión Europea (“**TGUE**”) respaldó la conclusión de la CE de que la venta a través de comparadores de precios constituye un mercado separado, distinto de la venta a través de mercados en línea⁷². La CE basó su conclusión⁷³ en el hecho de que los comparadores de precios solían incluir ofertas de grandes revendedores en línea que querían mantener el control sobre la comercialización de sus productos, mientras que los mercados en línea solían incluir ofertas de pequeños y medianos revendedores, y posiblemente de revendedores no profesionales, que no querían o no podían dedicarse a la venta en línea por ellos mismos. De esta forma, los comparadores de precios y los mercados en línea tienen bases de clientes muy diferentes y, por lo tanto, constituyen mercados distintos en lo que respecta a los terceros vendedores.

3.2.1.1.2.4. Comportamiento multicanal de minoristas

- (86) AMAZON argumenta extensamente, que la distribución minorista en España ha desarrollado la estrategia omnicanal (en línea y fuera de línea) con más intensidad y antes que en otros Estados miembros, destacando casos como el del EL CORTE INGLÉS, CARREFOUR o WORTEN, que han añadido a sus tiendas en línea y física un mercado en línea y han desarrollado estrategias mixtas de compra en línea y recogida en tienda física (conocida por el término anglosajón *click and collect*). En este contexto, indica AMAZON que en España se ha invertido significativamente en agilizar la entrega y en la propia creación de mercados en línea por parte de operadores tradicionales al observar “*que podían ser más competitivos aumentando (...) la selección mediante la creación*

⁷² Ver caso T-612/17 – *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, párrafo 494.

⁷³ Ver decisión AT.39740 - *Google Search (Shopping)*, párrafos 221-222 y 241.

de *marketplaces*”, lo cual a su vez aumenta el tráfico de los sitios web, la interacción con el cliente y la probabilidad de atraerlos pues tienden a ofrecer información más completa sobre productos. Indica AMAZON que se observa que mercados electrónicos puros comienzan a invertir en tiendas físicas y que las tiendas tradicionales también expanden sus estrategias configurando un sector muy dinámico y competitivo.

- (87) AMAZON declara que Ali Express es con mucha diferencia el competidor más fuerte de AMAZON en España. Añade que existe una “competencia indirecta” entre los diferentes servicios que dan acceso a los clientes finales y que en todo caso las barreras de entrada al mercado de mercados en línea serían bajas por lo que cuotas de mercado altas en este mercado serían poco expresivas de poder de mercado.
- (88) Añade que como las comisiones de AMAZON no cambian con suficiente frecuencia corresponde recurrir a encuestas a vendedores. AMAZON aporta los resultados de una encuesta de 2020, basados en la repuesta de 100-500 vendedores en la tienda AMAZON en España a una serie de preguntas. Divide los resultados en cuatro grupos (en función de los ingresos y el porcentaje de los mismos que corresponden a ventas en AMAZON) y subraya que ninguno de los encuestados operaba sólo en la tienda online de AMAZON pues usan muchos canales para llegar al cliente final.
- (89) La encuesta pregunta si ante un aumento de las comisiones de AMAZON de un **[0-10%]** trasladarían ventas a otros canales total o parcialmente y a qué canales lo trasladarían. AMAZON sostiene que según la encuesta si AMAZON aumentase un **[0-10%]** sus comisiones habría un traslado parcial de ventas a otros canales del **[30-40]-[50-60%]** en los vendedores de baja participación en AMAZON y del **[10-20]-[20-30%]** en los de alta participación en AMAZON. Indica que como todos los vendedores pagan la misma comisión los de menor propensión a la sustitución están protegidos por los de mayor propensión.
- (90) Añade que la mayoría trasladaría ventas al menos parcialmente a otros canales de ventas y que sólo el **[10-20]-[20-30]** % trasladaría a otros mercados en línea, lo cual evidenciaría, según AMAZON, que tiendas en línea, físicas y mercados electrónicos son sustitutivos para el cliente final, siendo los competidores más cercanos las tiendas omnicanal que han ampliado su línea de productos a través de ofertas en mercados en línea y han aumentado la comodidad de los envíos. No obstante, la propia AMAZON reconoce que no está claro en qué categoría incluyen los encuestados a estos oferentes omnicanal que cuentan también con mercados en línea.
- (91) AMAZON indica que estos resultados son consistentes con las respuestas de **[CONFIDENCIAL]** que, tras dejar de estar autorizado para vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España, recurrió a su propia tienda en línea y tiendas físicas

- (92) Además de los resultados de la encuesta, AMAZON considera que el hecho de que los vendedores estén presentes en varios canales se deduce también del test de mercado de la CNMC, así como por la encuesta del INE sobre el uso de TIC y Comercio electrónico en las empresas en 2020-2021 y por el Documento de Trabajo de los servicios de la CE sobre el comercio electrónico de 2017. Añade AMAZON que en tanto los vendedores ya tienen acceso a otros canales la sustitución es instantánea.
- (93) Por otra parte, señala AMAZON que las soluciones de comercio electrónico facilitan a los vendedores crear y mantener sus propias tiendas en línea a bajo coste y señala que de acuerdo con EUROSTAT el 87% de los vendedores en línea tiene su propia tienda en línea. En este sentido indica que la diferencia en costes no es tan relevante pues la clave es el comportamiento de sustitución ante variaciones relativas.
- (94) Por último, AMAZON alega que el comportamiento multicanal de los minoristas también constriñe a AMAZON pues si subiera sus comisiones esto podría reducir las ventas en su mercado en línea, particularmente dada la transparencia de estos mercados.
- (95) Sin embargo, ni alternativas como las tiendas físicas y en línea ni las redes sociales ejercen una presión competitiva directa, sino indirecta, sobre los mercados en línea, por lo que no se considera que estos canales de distribución pertenezcan al mismo mercado tal y como defiende AMAZON en sus alegaciones buscando definir un mercado lo más amplio posible en el que su cuota quede diluida.
- (96) Lo anterior no entra en conflicto con el hecho de que muchos vendedores empleen simultáneamente varios canales para llegar al consumidor final, sino que pone de manifiesto que se trata de canales complementarios⁷⁴, y no sustitutivos. En otros términos, el propio hecho de que varios vendedores empleen simultáneamente una combinación de canales para llegar a sus clientes objetivo indica que la relación entre canales no es una de sustitución ya que, como cada canal tiene un coste, si fueran sustitutivos no se esperaría la presencia simultánea de un mismo vendedor en varios canales. Por lo que se refiere a los mercados electrónicos, sus características objetivas, (singularmente su capacidad de dar acceso inmediato a grandes audiencias y el conjunto de servicios asociados), explican que no sean sustitutivos para los vendedores de otros canales como las redes sociales, las tiendas físicas o las tiendas en línea.
- (97) En cuanto al estudio del INE que AMAZON cita, de acuerdo con los resultados de 2020 y del primer trimestre de 2021, el 26,9% de las empresas encuestadas

⁷⁴ Si bien el informe económico aportado por AMAZON cuestiona el uso del término “complementario”, el mismo se emplea de acuerdo con la primera acepción del término recogido en la RAE (que sirve para completar o perfeccionar algo).

(con 10 o más empleados) vendieron en línea. En 2021 (tras un cambio metodológico sobre el concepto de empresa) la cifra ascendió al 31,6%, de los cuales el 15% correspondieron a ventas desde mercados electrónicos y el 84%, a ventas vía web o por aplicación propia. Ello tan solo indica que la mayoría de los vendedores aún no vende en línea y que los que lo hacen tienen mayoritariamente su propia tienda en línea. Estos datos no cuestionan el análisis de sustituibilidad llevado a cabo por la DC.

- (98) Por lo que respecta a la encuesta aportada por AMAZON, corresponde hacer las siguientes observaciones. En primer lugar, como se ha señalado, la definición de mercado se basa fundamentalmente en un análisis de sustituibilidad de servicios o productos desde el punto de vista de la demanda. Para llevar a cabo este análisis de sustituibilidad se puede utilizar como marco conceptual el test de monopolista hipotético (SSNIP por sus siglas en inglés). La actual Comunicación sobre definición de mercado relevante explica este test como concepto o ejercicio mental en sus párrafos 15 y siguientes y señala que trata de analizar si ante determinados incrementos hipotéticos del precio de los productos considerados, el grado de sustitución es tal que haría que tales incrementos de precio no resultasen rentables. A su vez, el Proyecto de nueva Comunicación sobre definición de mercado lo explica en los siguientes términos:

“El criterio teórico que se utiliza para determinar si se han identificado todos los sustitutos suficientemente cercanos es si un monopolio hipotético en el mercado candidato podría ejercer poder de mercado. Esta cuestión puede evaluarse preguntándose si un monopolio hipotético en el mercado candidato consideraría rentable que se produjera un aumento pequeño, pero significativo y no transitorio, del precio («prueba del monopolio hipotético»)»⁷⁵.

- (99) En todo caso, tal y como reconoce la jurisprudencia, no hay obligación de llevar a cabo un análisis empírico en este aspecto⁷⁶. De ahí que no pueda aceptarse la alegación de AMAZON de que sea necesario un análisis empírico de sustitución efectiva. Sin embargo, si trata de abordarse un análisis de este tipo, ha de hacerse correctamente atendiendo a los criterios expuestos en la citada Comunicación.
- (100) En primer lugar, habría que analizar si ante un aumento de precios de entre un 5-10% en los mercados en línea los vendedores usuarios de los mismos dejarían de usarlos para pasar a emplear otros canales como tiendas, etc. AMAZON ofrece ciertos resultados de una encuesta realizada exclusivamente a clientes de AMAZON en los que pregunta si ante un aumento del **[0-10]**% en los precios de AMAZON trasladarían parcial o totalmente ventas a otros canales. Sin embargo, la encuesta adolece de errores metodológicos que dificulta que los resultados puedan ser acogidos como prueba. Dado que, la DC no ha definido

⁷⁶ Sentencia de 11 de enero de 2017 en el asunto Topps Europe/Comisión T-699/14, párrafo 82.

el mercado de prestación de servicios de intermediación a terceros vendedores en el mercado en línea de AMAZON, sino el de intermediación en mercados electrónicos en general, la encuesta aportada no permite extraer conclusiones acerca de la definición de mercado considerada por la CNMC.

- (101) En segundo lugar, los resultados que según el informe económico se extraen de la encuesta realizada a vendedores muestran que más de la mitad de los encuestados no trasladarían ni una sola unidad de ventas a otros canales si AMAZON incrementara de forma permanente sus comisiones un 10%. De hecho, de acuerdo con la Tabla 2 del Informe presentado por AMAZON sobre definición de mercados ante este incremento de precios el porcentaje de clientes que abandonaría completamente AMAZON es **[CONFIDENCIAL]**. Esta capacidad de incrementar unilateralmente los precios, particularmente en un entorno en el que es perfectamente posible aplicar precios distintos a distinto tipo de operador, evidencia el poder de mercado de que disfruta AMAZON; pero no cabe extraer conclusiones a efectos de sustituibilidad por el lado de la demanda entre los servicios de mercado en línea y otros canales como las tiendas físicas o en línea. Por otra parte, en tanto la propia AMAZON reconoce que no está claro si los encuestados consideran a los operadores (como EL CORTE INGLÉS, WORTEN o CARREFOUR) como mercados en línea, tiendas en línea y/o fuera de línea, tampoco cabe extraer conclusiones de estas respuestas.
- (102) En tercer lugar, no puede aceptarse el argumento de AMAZON de que el comportamiento de **[CONFIDENCIAL]** corrobora la sustituibilidad entre canales para los vendedores, pues **[CONFIDENCIAL]** no reaccionó a una subida significativa y no transitoria de los precios de AMAZON, sino que dejó de estar autorizado para vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España como resultado del acuerdo alcanzado entre APPLE y AMAZON.
- (103) Por otro lado, no puede aceptarse la alegación de AMAZON relativa a que las barreras de entrada al mercado de prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores sean bajas y que no cabe deducir poder de mercado de altas cuotas.
- (104) Existen importantísimas economías de red y de escala en estos mercados de dos caras que constituyen barreras de entrada no transitorias, que se ponen de manifiesto en el amplio surtido de productos que ofrece AMAZON, la red logística de almacenamiento y envíos que ha desarrollado y en el elevado número de consumidores que lo emplean. Así, de acuerdo con una encuesta reflejada en ICEX, en España el 64% de los españoles afirma que compra “casi todo” en

AMAZON⁷⁷. Asimismo, según la propia AMAZON⁷⁸ en 2021 más de 13.000 pymes españolas vendieron más de 90 millones de productos en AMAZON que a su vez generó en España 6.000 millones de euros de ingresos brutos.

- (105) Resultan por tanto evidentes las dificultades para que otro operador pudiese superar, alcanzar o incluso acercarse a corto o medio plazo a la posición de AMAZON en la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores, atendiendo al gran volumen de ventas que maneja actualmente (lo que le permite beneficiarse de unos costes operativos relativos bajos), a la escala y alcance de su red logística (replicar dicha red requeriría una inversión financiera y de tiempo considerable), marca y reputación (establecer una marca tan reconocida y confiable lleva tiempo y recursos significantes), así como su capital en materia de datos y tecnología (AMAZON cuenta con capacidades tecnológicas muy avanzadas y muy costosas de desarrollar e implementar).
- (106) Considera AMAZON que definir un mercado amplio sería consistente con los precedentes nacionales que tienden a definir un mercado único que comprenda el canal en línea y fuera de línea (C/109/20, C/557/14, C/492/13, S/DC/0631/18) y con los alemanes (KARDSTADT/KAUFHOF) y franceses (FNAC/DARTY).
- (107) Lo cierto, sin embargo, es que **distinguir el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea en la definición de mercado es consistente con la práctica reciente de otras autoridades de competencia:**
- Por lo que se refiere a la Comisión Europea, pueden citarse los siguientes asuntos:
 - El expediente AT.40462 - *Amazon Marketplace*, en el que, de acuerdo con la nota de prensa, AMAZON tendría “*posición de dominio en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea en Francia y Alemania*”⁷⁹ (énfasis añadido y traducción propia);
 - El expediente AT.40703 - *Amazon Buy Box*, en el que, de acuerdo con la nota de prensa, AMAZON habría abusado “*de su posición de dominio en el mercado de la prestación de servicios de*

⁷⁷Ver información en siguiente enlace: emarketservices.es/emarketservices/es/menu-principal/actualizate/noticias/amazon-shopper-report-new2022916695.html

⁷⁸ <https://www.aboutamazon.es/noticias/inversiones-y-creacion-de-empleo/el-firme-compromiso-de-amazon-con-espana-invirtiendoe-innovando-para-nuestros-clientes-desde-2011>

⁷⁹ Ver nota prensa de 20 de diciembre de 2022 [aquí](#): “[...] *the Commission adopted a Statement of Objections in which it preliminarily found Amazon dominant on the French and German markets, for the provision of online marketplace services to third-party Sellers*”. Confirmado también en la propia decisión de compromisos (ver párrafo 95).

intermediación en mercados en línea en Francia, Alemania y España⁸⁰ (énfasis añadido y traducción propia); y

- En el asunto M.10349 - *AMAZON/MGM*⁸¹, tras analizar posibles efectos conglomerados de la transacción, la Comisión Europea descartó que la misma pudiera afectar a la posición de AMAZON como proveedor de servicios de intermediación en mercados electrónicos.
 - La autoridad de defensa de la competencia alemana también ha determinado⁸² que AMAZON es dominante en relación con el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores.
 - A su vez, la autoridad de defensa de la competencia italiana ha sancionado a AMAZON por abusar de su posición de dominio en el mercado italiano de prestación de servicios de intermediación en mercados en línea⁸³.
- (108) A este respecto, no cabe acoger las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución en cuanto a que algunos de los precedentes que acaban de invocarse resultarían irrelevantes⁸⁴.
- (109) Por lo que se refiere, en particular, a la decisión de la Comisión Europea en los dos primeros expedientes citados en el párrafo anterior, el hecho de que éstos finalizasen mediante la adopción de compromisos por parte de AMAZON en nada resta valor a la definición del mercado que se lleva a cabo en los mismos. Si bien las decisiones de compromisos de la CE no contienen, en general, un análisis jurídico de las prácticas investigadas que pueda equipararse al de las decisiones sancionadoras, dado que los asuntos citados tenían que ver con abusos de posición de dominio por parte de AMAZON, la definición precisa del mercado constituía un requisito previo ineludible para identificar los problemas de competencia que pudieron resolverse mediante la adopción de compromisos. De hecho, basta con fijarse en el apartado relativo a los mercados relevantes de la decisión adoptada en los expedientes AT.40462 - *Amazon Marketplace* y

⁸⁰ Ver nota prensa de 20 de diciembre de 2022 [aquí](#): “In the second investigation, the Commission preliminarily concluded that Amazon abused its dominance on the French, German and Spanish markets for the provision of online marketplace services to third-party sellers”. Confirmado también en la propia decisión de compromisos (ver párrafo 95).

⁸¹ Ver el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_1762

⁸² Nota de prensa de 6 de julio de 2022 disponible en el siguiente enlace: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2022/06_07_2022_Amazon.html;jsessionid=0431C1913A304EE05F6DFD5A9DC70AA5.1_cid371?nn=3591568

⁸³ Ver nota de prensa de 9 de diciembre de 2021 disponible en el siguiente enlace: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/12/A528>

⁸⁴ Párrafos 403 a 409 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

AT.40703 - *Amazon Buy Box*⁸⁵ para constatar que se lleva a cabo un análisis pormenorizado antes de concluir que el mercado en el que AMAZON es dominante corresponde al de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea, definición de mercado que, por otro lado, AMAZON no se ha opuesto. Si no estaba de acuerdo con dicha definición de mercado, podría haber recurrido la decisión y no lo hizo.

- (110) En cuanto al asunto M.10349 - AMAZON/MGM, AMAZON sostiene que “*la decisión se refiere a un sector diferente y no lleva a cabo ningún análisis de definición de mercado sobre la prestación de servicios de intermediación a vendedores*”⁸⁶. Lo cierto, no obstante, es que la decisión evalúa los efectos que la concentración puede tener en este mercado específico al que se hace referencia más de 60 veces a lo largo del documento. Se precisa a este respecto en la decisión que “*la Comisión Europea examina si la entidad fusionada tendrá la aptitud y el incentivo de provechar la posición fortalecida de Amazon en el mercado de suministro minorista de contenido audiovisual dentro del **mercado de prestación de servicios de intermediación en mercados en línea** como resultado de la incorporación del contenido de MGM*”⁸⁷ (traducción propia y énfasis añadido).
- (111) En cuanto a la decisión italiana citada, AMAZON se confunde de asunto ya que reprocha que se hiciera referencia al asunto I842 *Vendita Prodotti Apple E Beats Su Amazon Marketplace*⁸⁸ (por haber anulado esta resolución los tribunales italianos) cuando la decisión citada por el órgano instructor es la adoptada en el marco del procedimiento distinto A528 - FBA AMAZON (que no ha sido anulada). Nótese, en cualquier caso, respecto del asunto I842, en el que también se define el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea, que la anulación de la decisión en cuestión deriva de una vulneración de normas del procedimiento administrativo nacional (cuestión formal y no material) sin que se invalide, en ningún momento, la definición de mercado llevada a cabo por la autoridad italiana en este segundo asunto.
- (112) Tampoco cabe acoger las alegaciones de AMAZON de que la Propuesta de Resolución habría basado sus conclusiones sobre la ausencia de sustituibilidad entre canales en “*fuentes de dudosa fiabilidad*”⁸⁹ y que no se habrían rebatido sus argumentos en cuanto a que los marketplaces, las tiendas en línea y las

⁸⁵ Párrafos 49 a 80 de la decisión de la Comisión Europea en el asunto a Puede consultarse la decisión en su versión original en inglés en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40462

⁸⁶ Párrafo 408 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸⁷ Párrafo 283 de la decisión de la Comisión Europea de 15 de marzo de 2022 en el asunto [M.10349 - AMAZON / MGM](#): “*In the present section, the Commission examines whether the merged entity will have the ability and incentive to leverage Amazon’s strengthened position in the market for the retail supply of AV content into **the market for the provision of marketplace services** as a result of the addition of MGM’s content*” (énfasis añadido).

⁸⁸ Párrafo 409 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸⁹ Párrafos 387 a 388 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

tiendas físicas son sustitutivos más que complementarios. En cuanto a las fuentes empleadas por el órgano de instrucción se incluyen, como se ha visto, datos de organismos como el ICEX y entes públicos cuya fiabilidad no puede calificarse como dudosa y que han llevado tanto a la DC como a esta Sala a alcanzar una conclusión análoga a la de la Comisión Europea. En cuanto al análisis de sustituibilidad en sí mismo, basta con fijarse en el presente apartado de la resolución para constatar que se lleva a cabo un examen pormenorizado de la cuestión y que se atiende a la postura de las imputadas; cosa distinta es que no se coincida con la posición de AMAZON.

3.2.1.1.2.5. Conclusión sobre la sustituibilidad de la demanda

- (113) Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que, desde la perspectiva de la demanda (i.e. de un tercer vendedor), es limitada la sustituibilidad entre la venta a través de un mercado en línea y (i) la creación y gestión de una página web; (ii) la creación y gestión de una tienda física; y/o (iii) el uso de un comparador de precios.

3.2.1.1.3. Sustituibilidad de la oferta

3.2.1.1.3.1. Tiendas físicas (centros comerciales)

- (114) El mejor equivalente a un mercado en línea en un entorno fuera de línea es un centro comercial, que proporciona una vía para que los minoristas vendan productos junto con otros minoristas. Sin embargo, ofrecer servicios de mercado en línea y gestionar centros comerciales requiere conocimientos empresariales diferentes. En comparación con un mercado en línea, por un lado, la gestión de un centro comercial implica una importante inversión inicial en el alquiler de un local y conlleva una limitación en cuanto al número de vendedores que pueden alojarse en el mismo; y, por otro lado, los centros comerciales tienen un alcance geográfico limitado y un potencial también limitado para atraer visitantes y tráfico (sólo de la zona cercana).
- (115) AMAZON considera que lo anterior es erróneo en tanto que hay ejemplos de operadores que han abierto en poco tiempo exitosos mercados electrónicos como WORTEN. No se cuestiona que algunos operadores hayan podido ampliar su oferta incluyendo mercados electrónicos. Pero, a juicio de la DC, lo relevante a efectos de evaluar la sustituibilidad por el lado de la oferta es que el grueso de oferentes esté en condiciones de abordar los considerables cambios e inversiones que comportaría pasar a ofrecer servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores en un plazo breve. Cuando sólo algunos operadores estarían en condiciones de acometer estos cambios no

procede considerar que existe sustituibilidad por el lado de la oferta de acuerdo con el TGUE⁹⁰.

3.2.1.1.3.2. Páginas web

- (116) El funcionamiento de un mercado en línea requiere una inversión y unos conocimientos técnicos diferentes a los de operar una página web propia. Por un lado, a diferencia de las páginas web, los mercados en línea puros no tienen que invertir en la investigación de nuevos productos y no asumen los costes y riesgos de las contrataciones que se llevan a cabo en el mismo. Por otra parte, mientras que los vendedores con una página web propia tienen que invertir en almacenamiento y logística, esto no es necesario en los mercados en línea y, de hecho, muchos de ellos ofrecen servicios de intermediación a terceros vendedores con el componente de almacenamiento, logística y transporte.
- (117) A pesar de estas diferencias, hay ejemplos de vendedores multimarca de gran tamaño, como la propia AMAZON, que comenzaron a ofrecer servicios de intermediación a terceros vendedores, para ampliar la gama de productos disponibles en sus mercados en línea.
- (118) Esto demuestra que algunos vendedores en línea de gran tamaño y con una gran audiencia han podido entrar en el mercado de la prestación de servicios de intermediación a terceros vendedores, principalmente debido a que ya atraen a un número suficiente de consumidores, lo que les otorga una ventaja inicial que les permite superar la mayor barrera de entrada en este mercado (i.e. atraer a un número suficiente de consumidores de manera que los terceros vendedores tengan interés en utilizar dicho mercado en línea). Sin embargo, la mayoría de estos operadores que han añadido funcionalidades de prestación de servicios de intermediación a su propio negocio de venta minorista en línea siguen siendo predominantemente vendedores minoristas y su negocio de prestación de servicios de intermediación a terceros vendedores sigue teniendo un papel complementario⁹¹.

⁹⁰ Ver caso T-446/05 - *Amann & Söhne and Cousin Filterie v Commission*, ECLI:EU:T:2010:165, párrafos 79 y 80: “Así, la sustituibilidad de la oferta supone que la mayor parte de los productores de hilo sean capaces de producir en gran cantidad un hilo específico y uniforme para cada cliente del sector de la industria del automóvil y distribuirlo a corto plazo en todo el EEE. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, tal razonamiento tampoco es defendible. En consecuencia, la Comisión no ha incurrido en error manifiesto de apreciación al declarar que existían dos mercados de producto y geográficos distintos desde el punto de vista de la oferta”.

⁹¹ Ver, por ejemplo, respuesta de El Corte Inglés al requerimiento de información realizado (folio 3590): “El Marketplace de El Corte Inglés es puramente accesorio al catálogo propio”.

3.2.1.1.3.3. Comparadores de productos y servicios

- (119) Los servicios de intermediación a terceros vendedores y los servicios de comparación no funcionan de la misma manera. Por un lado, los servicios de comparación obtienen y seleccionan la información que da respuesta a la búsqueda de un usuario analizando en tiempo real la oferta de la mayor cantidad de vendedores posible y suministrando dicha información a los mencionados usuarios⁹². Por otro lado, los mercados en línea gestionan las listas de productos de los terceros vendedores y permiten la venta directa de los productos en sus webs.
- (120) Además, están sujetos a distintas regulaciones⁹³ y formas de remuneración. Así, mientras que los comparadores suelen ser remunerados mediante lo que se conoce como pago por clic, los mercados en línea suelen cobrar comisiones por sus servicios⁹⁴.

3.2.1.1.3.4. Conclusión sobre la sustituibilidad de la oferta

- (121) AMAZON sostiene que el análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta es innecesario pues existe sustituibilidad por el lado de la demanda. No obstante, en tanto no compartimos las conclusiones de AMAZON sobre la sustituibilidad por el lado de la demanda, se considera oportuno analizar la sustituibilidad por el lado de la oferta.
- (122) Teniendo en cuenta todo lo anterior, desde la perspectiva de la oferta, los proveedores de servicios que ofrecen alternativas a los mercados en línea (como las tiendas físicas, las páginas web de los propios vendedores, o los comparadores de precios) no pueden empezar a prestar servicios de intermediación en un mercado en línea con la suficiente rapidez y facilidad⁹⁵ ante una variación de precios en los productos electrónicos ofrecidos por AMAZON (ver párrafos (57) y (58)). Se concluye que existe una sustituibilidad limitada desde el punto de vista de la oferta entre la creación y el funcionamiento de un mercado en línea, por un lado, y cada una de las siguientes alternativas (i) la creación y explotación de una tienda física (i.e. de un centro comercial, que sería lo equivalente en el mundo fuera de línea a un mercado en línea); (ii) la creación y explotación de una página web propia; y (iii) la creación y explotación de un

⁹² Ver decisión AT.39740 - Google Search (Shopping), párrafo 225.

⁹³ Ver, en concreto, artículo 14 del Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Reglamento sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo).

⁹⁴ Ver decisión AT.39740 - Google Search (Shopping), párrafo 226.

⁹⁵ Ver, además, párrafo 20 de la Comunicación sobre definición de mercado: “[la sustituibilidad de la oferta] requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos”.

servicio de comparación de productos y servicios. Por lo tanto, no puede acogerse la alegación esgrimida por AMAZON de que estas empresas representen una presión competitiva inmediata.

3.2.1.1.4. **Ámbito geográfico**

- (123) A pesar de que los mercados en línea permiten y facilitan las ventas transfronterizas⁹⁶, la mayoría de los mercados en línea se focalizan en los consumidores localizados en el mismo país en el que opera el mercado en línea.
- (124) Por lo que respecta a AMAZON, los idiomas de cada una de sus webs en Europa son los del Estado miembro en el que opera. AMAZON alega que incorpora herramientas tecnológicas tales como un *software* de traducción instantánea⁹⁷. Pese a ello, tal y como muestra la siguiente tabla, la mayor parte del tráfico en su web en España también es doméstico. Por lo tanto, la dimensión geográfica debe considerarse nacional, tal y como había concluido el órgano instructor.

Tabla 7. Número de visitas anuales a la web de AMAZON España

Número de visitas anuales a www.amazon.es y procedencia geográfica de las mismas					
	2017	2018	2019	2020	2021 (hasta Sept 21)
	Porcentaje	Porcentaje	Porcentaje	Porcentaje	Porcentaje
Visitas desde España	[80-90]%	[70-80]%	[70-80]%	[60-70]%	[70-80]%
Visitas desde otros países	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%
Visitas desde países desconocidos	[10-20]%	[10-20]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
Visitas Totales	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: AMAZON⁹⁸

- (125) Lo mismo sucede para otros mercados en línea (que aportaron datos similares en respuesta a requerimiento de información del órgano instructor). Por ejemplo, también es el caso de Alibaba⁹⁹ (que es el segundo mercado en línea más importante en España después de AMAZON por volumen de ingresos y

⁹⁶ Ver Alegaciones a la Propuesta de Resolución de Amazon, párrafo 418. La PR considera que efectivamente los mercados en línea facilitan las ventas transfronterizas, sin embargo, parece no ser un aliciente significativo para la apertura comercial absoluta, pues las ventas se siguen concentrando en el ámbito geográfico contemplado.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ Anexo 01 -iii-v de la contestación al RI II AMAZON (folio 4563 ó (i) 5467 – este último se refiere a la versión no confidencial de este anexo presentada en un escrito de subsanación de errores presentada por AMAZON con fecha 21 de abril de 2020, en relación con este mismo anexo, aunque la subsanación se refería a otra parte del documento y por tanto, las versiones no confidenciales de los datos que se están usando son iguales en uno y otro folio; ó (ii) folio 5511 – que se refiere a otra versión no confidencial presentada con fecha 9 de mayo de 2022 por AMAZON del mismo anexo a solicitud de la DC, pero que al igual que en el caso anterior no afectada a los datos que se están usando).

⁹⁹ Ver respuesta de Alibaba al requerimiento de información realizado (folio 2842). Solo aportaron estos datos para 2020 y 2021.

facturación de terceros) y de Ebay¹⁰⁰ (que es el tercero más importante por volumen de ingresos y facturación de terceros):

Tabla 8. Número de visitas anuales a la web ALIBABA España

Número de visitas anuales a su sitio web en España y su origen geográfico*		
	2020	2021
	Porcentaje	Porcentaje
Visitas desde España	[80 - 90 %]	[80 - 90 %]
Visitas desde otros países	[10 - 20 %]	[10 - 20 %]
Total de visitas	100%	100%

Fuente: ALIBABA (folio 2842)

Tabla 9. Número de visitas anuales a la web eBay España

Número de visitas anuales a su web en España y procedencia geográfica de las mismas					
	2017	2018	2019	2020	2021
	Porcentaje	Porcentaje	Porcentaje	Porcentaje	Porcentaje
Visitas desde España	80% a 90%				
Visitas desde otros países	10% a 20%				
Total visitas	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: eBay (folio 5327)

- (126) Lo anterior se puede explicar por las preferencias de idioma de uno y otro país, por las diferentes necesidades de cada grupo de consumidores y por los anuncios dirigidos al público nacional. Además, también pueden existir requisitos legales distintos en cada país.
- (127) De hecho, el enfoque nacional de los mercados en línea también se ve reforzado por el hecho de que muchos de ellos incluyen la obligación de entrega en el país del mercado en línea, pero no incluyen la obligación de entrega a otros países.
- (128) En efecto, los vendedores de otros Estados miembros que quieren vender en otro necesitan cumplir con los requisitos legales nacionales y operar en el idioma nacional (tanto para la descripción de sus productos como para comunicarse con los consumidores).
- (129) Por lo que respecta a la población de terceros vendedores de AMAZON, mientras que históricamente el origen podría haber sido predominante nacional, en los últimos años cada vez hay más vendedores no nacionales¹⁰¹.

¹⁰⁰ Ver respuesta de eBay al requerimiento de información realizado (folio 5327).

¹⁰¹ De acuerdo con AMAZON [CONFIDENCIAL] (folio 4673).

- (130) No obstante, el país de origen del vendedor tiene poca relevancia para el enfoque geográfico del mercado en línea. Así, mientras que los terceros vendedores no nacionales pueden beneficiarse de los servicios de intermediación ofrecidos por los mercados en línea nacionales, lo hacen para ofrecer sus productos a los consumidores de estos países. Si un posible vendedor de origen no español desea llegar a los consumidores españoles, tiene que seleccionar uno o varios de los mercados en línea orientados a los consumidores españoles y habrá de cumplir con las reglamentaciones nacionales.
- (131) Por lo tanto, se concluye que, incluso si existen mercados en línea que estén abiertos a admitir a terceros vendedores establecidos fuera del foco geográfico de ese mercado en línea, los mercados de prestación de servicios de intermediación a terceros vendedores tienen un ámbito nacional¹⁰² en vista de la fuerte orientación de la mayoría de los mercados en línea hacia los consumidores situados en su respectivo ámbito geográfico (en el caso de los mercados en línea españoles, a los consumidores españoles), dadas las preferencias lingüísticas, la existencia de reglamentaciones nacionales y el origen nacional del tráfico.
- (132) Tales circunstancias concurren también en otros mercados digitales y en línea, y han llevado a definir mercados nacionales. Este argumento es congruente con los señalado por la CE y el TGUE en la decisión *Google Shopping*, que confirmó que tanto el mercado de los comparadores de precios como el de las búsquedas generales son nacionales, debido principalmente a factores relacionados con la compartimentación nacional de dichos mercados, como el idioma y/o la existencia de motores de búsqueda "nacionales"¹⁰³.
- (133) AMAZON alega que la CNMC ha errado al considerar que el mercado es de **dimensión nacional** pues no ha demostrado que las condiciones de competencia en España puedan distinguirse de las zonas vecinas al no haber hecho un análisis de sustitución que demuestre que los vendedores no pueden sustituir mercados en línea entre distintas zonas geográficas. Considera AMAZON que se analiza de forma errónea la ubicación del cliente cuando lo relevante sería la ubicación de los vendedores. Además, según AMAZON no se tiene en cuenta que AMAZON tiene el **[CONFIDENCIAL]** en toda la UE y que cuenta también con un programa logístico paneuropeo. También indica que las barreras lingüísticas pueden solucionarse con traductores instantáneos.
- (134) AMAZON ha alegado que los vendedores de fuera de España están presentes en varios mercados en línea nacionales, como mínimo en varias tiendas AMAZON en Europa y que al vendedor no le importa a qué cliente venda mientras el margen que obtenga sea el esperado. Añade que los vendedores en

¹⁰² Amazon considera que la PR ha definido incorrectamente un mercado nacional para los servicios de intermediación a Vendedores. Alegaciones de Amazon a la PR, párrafo 415 y ss.

¹⁰³ Ver caso T-612/17 – *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, párrafo 53.

la tienda en línea de AMAZON en España “*están bastante dispuestos a distribuir sus productos en muchos países*” si la rentabilidad relativa indicara la necesidad de dicho traslado. Por todo ello sostiene que hay una elevada sustituibilidad entre países.

- (135) Por lo que respecta al ámbito geográfico¹⁰⁴, se considera que procede analizar las condiciones de competencia para determinar si son suficientemente homogéneas en un área y si puede distinguirse de otras por ser apreciablemente distintas. Para ello puede analizarse la presencia de distintos proveedores, la diferencia en las cuotas de mercado, las barreras, los costes y los flujos comerciales. De esta forma, si las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas entre distintos estados corresponde definir un mercado supranacional; si, por el contrario, no lo son corresponde definir un mercado nacional.
- (136) AMAZON ha invocado, para rebatir la definición de mercado de producto, lo que a su juicio son singularidades de los mercados españoles: el esfuerzo que han llevado a cabo ciertos distribuidores por desarrollar mercados electrónicos en el marco de una estrategia omnicanal, que según AMAZON sería muy característico del mercado español, o la importancia relativa de operadores como EL CORTE INGLÉS con una presencia mucho más fuerte en España que en otros Estados miembros. Estas singularidades del mercado español de intermediación precisamente abundan en que las condiciones de competencia no serían lo suficientemente homogéneas con otros países del EEE como para justificar una definición más amplia.
- (137) De hecho, tanto los operadores como las estructuras de mercado varían en distintos países del EEE¹⁰⁵. Así, los datos de Statista muestran que en Alemania en 2022¹⁰⁶, atendiendo al número de visitas, el líder del mercado fue amazon.de ([50-60]%) seguido de ebay.de ([20-30]%) y de otto.de ([0-10]%). Por su parte en Francia¹⁰⁷ en 2021 tuvo más del [50-60]% de visitas mientras que cdiscount.com fue el segundo mercado en línea en número de visitas. A su vez en Italia¹⁰⁸ en 2022 el liderazgo en términos de visitantes mensuales únicos correspondió a amazon, seguido de ebay, subito.it y ManoMano.

¹⁰⁴ Ver párrafos 40 y siguientes del Proyecto de nueva Comunicación sobre definición de mercado.

¹⁰⁵ En este sentido, de acuerdo con el párrafo 28 de la actual Comunicación sobre definición de mercado, las diferencias en cuotas a nivel nacional en distintos Estados miembros pueden dar una primera idea de las dimensiones del mercado geográfico. Además, la mencionada comunicación añade que este análisis ha de complementarse con el estudio del comportamiento de la demanda, como los hábitos de compra o las preferencias de los consumidores.

¹⁰⁶ Ver: <https://www.statista.com/statistics/1256352/germany-leading-marketplaces-visits/>.

¹⁰⁷ Ver: <https://www.statista.com/statistics/1256399/france-leading-online-marketplaces-visits/>

¹⁰⁸ Ver: <https://www.statista.com/statistics/1265117/most-popular-online-marketplaces-italy/>

- (138) Por tanto, se observa que la estructura de la oferta varía entre Estados miembros pues operan distintos mercados en línea en los países y las cuotas de mercado varían sensiblemente. Asimismo, las páginas webs de los distintos mercados en línea se presentan en alemán, francés e italiano, respectivamente, lo que muestra que se orientan a los consumidores de cada país. También en el caso español se observa una estructura de la oferta distinta y que los mercados electrónicos se presentan en español. Todo esto indica que las condiciones de competencia no son lo suficientemente homogéneas entre Estados miembros, ni siquiera entre aquellos que cuentan con una página de AMAZON en sus respectivos idiomas.
- (139) Si bien ciertamente AMAZON es un operador con una elevada cuota en España en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores, este mercado comprende otros mercados en línea distintos de AMAZON y no pueden extrapolarse sin más las políticas de logística paneuropeas de AMAZON al conjunto del mercado para afirmar de modo generalizado que se trata de un mercado supranacional. Así, ha de recordarse la existencia de mercados en línea tanto en España como en varios Estados miembros cuya huella geográfica es predominantemente nacional pues se dirigen fundamentalmente a operadores y consumidores de un concreto Estado miembro en el que su cuota es más relevante. Como se ha señalado *supra*, el que existan vendedores en España que están interesados en vender fuera de España no determina en modo alguno que haya de definirse un mercado supranacional.
- (140) Por otra parte, no pueden obviarse las diferencias culturales, lingüísticas y de preferencias de los consumidores entre Estados miembros, así como las diferencias normativas.
- (141) Finalmente, tal y como muestra el Proyecto de Comunicación sobre definición de mercado, los niveles de precios rara vez son decisivos a efectos de definir el mercado geográfico¹⁰⁹.
- (142) A la vista de lo anterior, hay que concluir que se trata de un mercado nacional.

3.2.1.2. La prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a los consumidores

- (143) Aunque el mercado de producto relevante a efectos del presente expediente es el mercado de prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores, se analizará brevemente también la otra cara del mercado, esto es, la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a los

¹⁰⁹ Párrafo 66 del borrador de Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia de 2022, disponible en el siguiente enlace:
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_6528

consumidores, en la medida en que son dos caras relacionadas entre sí, en las que las condiciones de competencia en una pueden influir en la otra.

- (144) Cuando un consumidor compra en las Páginas Web de AMAZON, puede adquirir un artículo específico directamente de AMAZON en tanto que vendedor directo o de un tercer vendedor. En el caso de que dicho artículo se compre a un tercer vendedor, el consumidor tiene esencialmente dos relaciones jurídicas distintas, una con el tercer vendedor al que le compra el artículo y otra con AMAZON, cubierta esta última por las condiciones generales de uso de la plataforma de comercio electrónico de AMAZON¹¹⁰.
- (145) Además, AMAZON presta una serie de servicios sin coste a los consumidores que usan su mercado en línea. Así, por ejemplo, **[CONFIDENCIAL]**. Además, la llamada Garantía de la A a la Z de AMAZON protege en cierta medida a los consumidores cuando compran artículos vendidos y suministrados por un tercer vendedor en su mercado en línea¹¹¹. Por último, AMAZON **[CONFIDENCIAL]**.
- (146) De acuerdo con el informe de 2021 de ONTSI (Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad)¹¹² “Compras online en España. Edición 2021”¹¹³, entre los sitios más habituales de compra en línea se mantienen los llamados mercados en línea con el 75,6% de uso, aunque, un año más, aumenta el porcentaje de uso de las tiendas en línea de marcas y empresas que pasan del 52,3% de 2019 al 65,2% de 2020. Del 75,6% que compra a través de mercados en línea, un 44,3% lo hace por la variedad de los productos, un 44% por tener unos mejores precios y el 38,3% afirma que porque hay opiniones y otra información útil”.
- (147) De esta forma, se aprecia cómo los mercados en línea (y, en particular, AMAZON) prestan una serie de servicios de intermediación en mercados en

¹¹⁰ Ver punto 12 de las Condiciones de Uso y Venta de AMAZON (que pueden ser consultadas [aquí](#)): “A pesar de que Amazon facilita las transacciones a través de Amazon Marketplace, Amazon no es ni el comprador ni el vendedor de los productos ofrecidos por vendedores externos. Amazon simplemente facilita un espacio donde compradores y vendedores pueden negociar y efectuar sus transacciones. Por consiguiente, el correspondiente contrato que se genera una vez se ha realizado la compra de cualquier producto vendido por un vendedor externo, concierne única y exclusivamente al comprador y al vendedor de dicho producto. Amazon no forma parte de ese contrato, no asume ninguna responsabilidad relacionada con el mismo, ni actúa como representante del vendedor. El vendedor es responsable de la venta de sus productos, así como de ofrecer asistencia en cuanto a las reclamaciones del comprador, o con respecto a cualquier asunto relacionado con dicho contrato entre el comprador y vendedor. No obstante, y debido a que Amazon desea garantizar al comprador un espacio seguro donde realizar sus compras, Amazon ofrece la Garantía de la A a la Z de Amazon, además de cualquier derecho que el consumidor pueda tener por disposición legal o contractual”.

¹¹¹ Ver condiciones en el siguiente enlace web:

<https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=G59PXSUWUFR92NUQ>

¹¹² <https://www.ontsi.es/es/publicaciones/compras-online-espana-2021>

¹¹³ Página 11

línea a los consumidores que son diferentes a los servicios que se prestan a los terceros vendedores.

3.2.1.2.1. Alternativas de compra para los consumidores

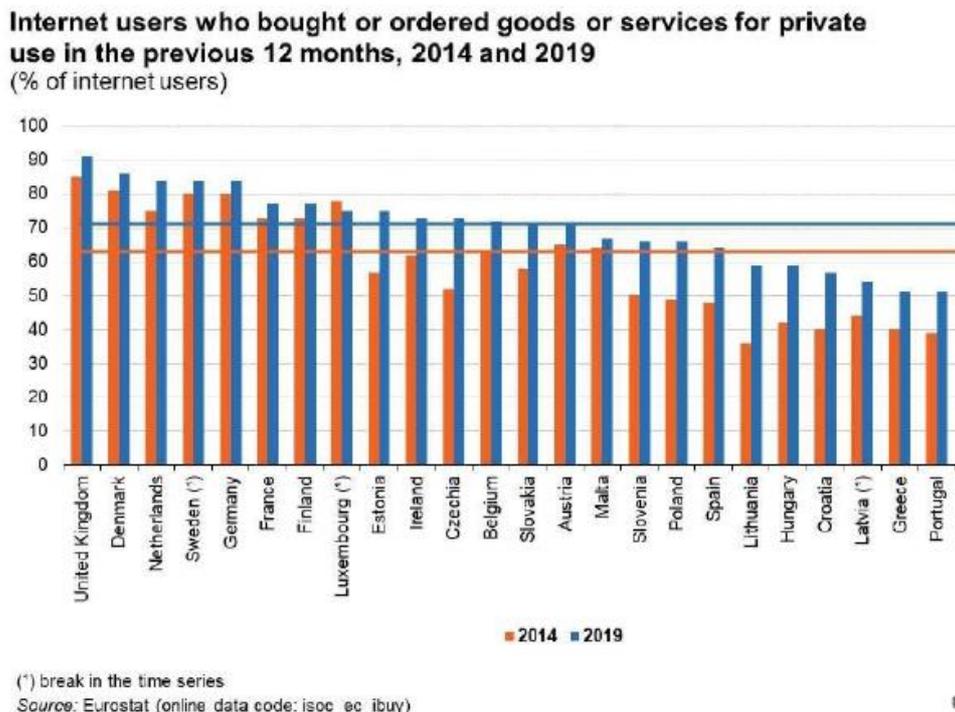
3.2.1.2.1.1. Tiendas físicas frente a compras en línea

- (148) Existen una serie de indicadores que sugieren que los canales en línea (i.e. mercados en línea y páginas web) compiten solo hasta cierto extremo con los canales fuera de línea (i.e. las tiendas físicas), tal y como detalla en el apartado 3.5.
- (149) En primer lugar, se aprecia una tendencia general de los consumidores hacia la compra en línea (“*se produce un crecimiento del comercio offline (o físico), pero el e-commerce crece a mayor ritmo*”¹¹⁴). Esta tendencia también se observa en el siguiente gráfico¹¹⁵ que muestra los usuarios de internet que compraron o encargaron bienes o servicios de uso privado en los 12 meses anteriores entre 2004 y 2019:

¹¹⁴ Ver “¿Es el e-commerce bueno para Europa?, elaborado en 2020 por la consultora Oliver Wyman, que puede ser consultado aquí: <https://www.oliverwyman.com/our-expertise/insights/2021/apr/is-e-commerce-good-for-europe.html>

¹¹⁵ [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/2/2a/Internet_users_who_bought_or_ordered_goods_or_services_for_private_use_in_the_previous_12_months,_2014_and_2019_\(%25_of_internet_users\).png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/2/2a/Internet_users_who_bought_or_ordered_goods_or_services_for_private_use_in_the_previous_12_months,_2014_and_2019_(%25_of_internet_users).png).

Imagen 1. Usuarios de internet que compraron o encargaron bienes o servicios de uso privado en los 12 meses anteriores entre 2004 y 2019



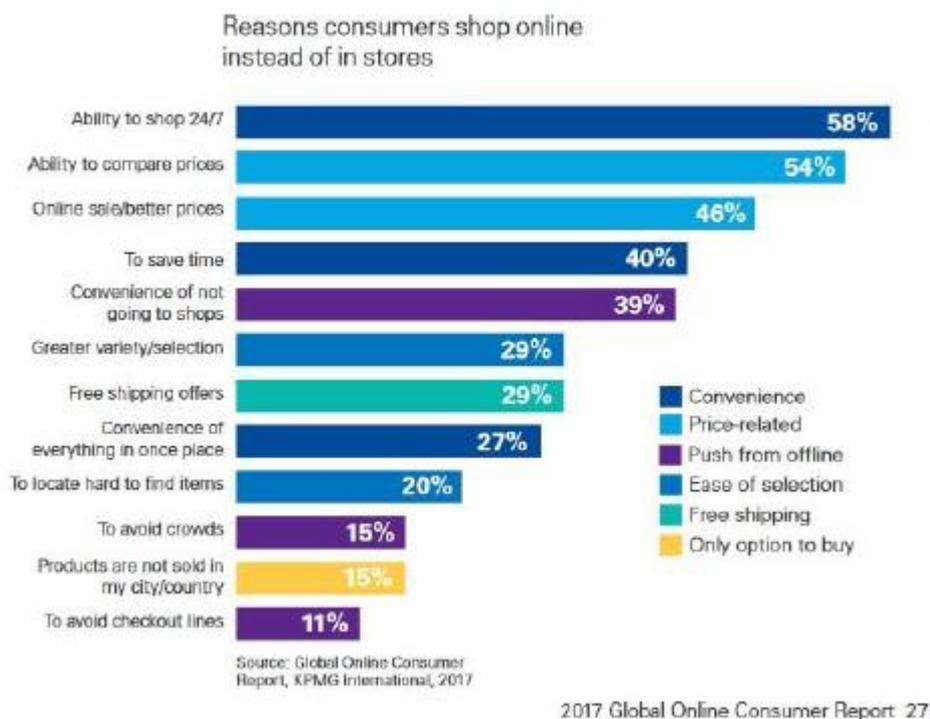
Fuente: Eurostat

- (150) En segundo lugar, a pesar del crecimiento de las ventas en línea, el canal de venta más importante en Europa (y España) sigue siendo la tienda física. Así, de acuerdo con un estudio realizado en 8 países de Europa (entre los que se encuentra España), si bien crece a mayor ritmo que el comercio fuera de línea en todos los países estudiados, el comercio en línea representó el 11% (251.000 millones de euros) del total de ventas en dichos ocho países en 2019, frente al 4% (73.000 millones de euros) en 2010¹¹⁶.
- (151) En tercer lugar, los consumidores consideran que los dos canales de venta tienen características diferentes. En este sentido, aquellos consumidores que prefieren la venta en línea frente a la fuera de línea lo hacen por razones como la posibilidad de comprar en cualquier momento del día, la posibilidad de comparar precios y la consideración de que se pueden obtener mejores precios. Algunos de ellos también consideran que la gama de productos es mayor y se

¹¹⁶ Ver “¿Es el e-commerce bueno para Europa?, elaborado en 2020 por la consultora Oliver Wyman, que puede ser consultado aquí: <https://www.oliverwyman.com/our-expertise/insights/2021/apr/is-e-commerce-good-for-europe.html> (página 3 del resumen ejecutivo).

ahorra tiempo¹¹⁷. Esto puede observarse en el siguiente gráfico del Informe de 2017 de una consultora, que refleja las razones por las que los consumidores compran en línea en lugar de hacerlo en tiendas físicas.

Imagen 2. Razones por las que los consumidores compran en línea en lugar de hacerlo en tiendas físicas



Fuente: Informe de una consultora

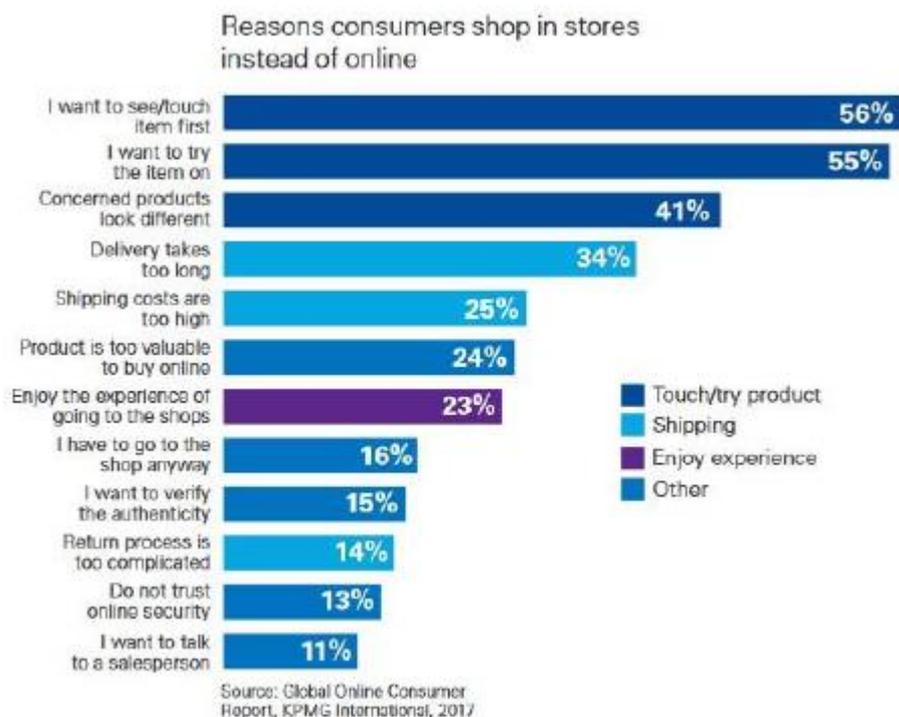
- (152) En esta línea el Informe “Compras online en España. Edición 2021” de la ONTSI¹¹⁸ indica que “el 80,7% compra a través de Internet por comodidad, mientras que el 49,7% de internautas que compran por Internet lo hacen por motivos de rapidez y ahorro de tiempo, el 47,3% por los precios y el 44,2% para evitar aglomeraciones”.
- (153) No obstante, no todos los consumidores quieren realizar sus compras en línea. Entre las principales razones que llevarían a los consumidores a preferir la compra fuera de línea respecto a la compra en línea estarían la necesidad de ver, tocar y sentir el producto en persona, probar los productos, pagar con

¹¹⁷ Estudio de KPMG “*The Truth about online consumers*”, 2017 Global Online Consumer Report, <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2017/01/the-truth-about-online-consumers.pdf> (página 27).

¹¹⁸ <https://www.ontsi.es/es/publicaciones/compras-online-espana-2021>.

seguridad, facilidad para la entrega y devolución de los productos, atención más personal, etc.¹¹⁹, como refleja el siguiente gráfico sobre las razones por las que los consumidores compran en tiendas físicas en lugar de en línea (del citado informe de una consultora).

Imagen 3. Razones por las que los consumidores compran en tiendas físicas en lugar de en línea



Fuente: Informe de una consultora

- (154) Aunque no es necesario alcanzar una conclusión definitiva, estas diferencias y la distinta evolución de las ventas en tiendas físicas y en línea sugieren que, al menos para una determinada proporción de consumidores y para ciertas categorías de productos, entre las que se incluyen los productos de consumo electrónicos como en el presente caso (ver apartado 3.5 para más información en este sentido), debido a las características intrínsecamente diferentes del comercio electrónico y de las ventas en tiendas físicas, estos canales no son totalmente sustitutivos, sino más bien complementarios.

¹¹⁹ Ver Estudio de KPMG “*The Truth about online consumers*”, 2017 Global Online Consumer Report, disponible en <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2017/01/the-truth-about-online-consumers.pdf> (página 29); y el Estudio realizado en 2019 por Eurostat (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Reasons_for_not_buying_over_the_internet_EU-28_2019.png).

3.2.1.2.1.2. Páginas web frente a mercados en línea

- (155) No se ha identificado ningún indicador suficientemente fuerte que sugiera que los consumidores consideran la compra en un mercado en línea como sustancialmente diferente a la compra a través de una página web.
- (156) Sin embargo, para los consumidores que quieren comprar varios artículos (especialmente de poco valor), un mercado en línea en el que pueden realizar todas las compras en una sola transacción puede ser una opción más atractiva que visitar las diferentes páginas web de distintos vendedores.
- (157) En cualquier caso, no es necesario alcanzar una conclusión definitiva en este sentido, por lo que se puede dejar abierta la cuestión de si desde la perspectiva del consumidor los mercados en línea son sustitutivos de las páginas web de los vendedores.
- (158) AMAZON alega que la tienda AMAZON en España compite ampliamente con todo tipo de distribuidores minoristas en línea y fuera de línea para captar clientes finales, pues todos los canales son percibidos como sustitutivos por parte del cliente final. En apoyo de su alegación presenta una encuesta a compradores de productos electrónicos a los que se preguntó qué harían si subiese el precio del producto recientemente comprado un **[0-10]**%. Señala que sólo el **[0-10]-[20-30]**% cambiaría de mercado en línea, que el **[20-30]-[50-60]**% pasaría a la venta en línea (otras webs en línea) y el **[0-10]-[20-30]**% a tienda física. No obstante, reconoce que no está claro en qué categoría incluyen a los operadores omnicanal que también disponen de mercado en línea.
- (159) Se considera que los mercados en línea presentan características propias que los distinguen de otros canales que los consumidores pueden emplear, particularmente la amplitud de la selección que permite comparar productos, como ha puesto también de manifiesto AMAZON en las alegaciones sobre la otra cara del mercado. También el hecho de que AMAZON considere a los minoristas omnicanal que disponen de un mercado en línea como competidores especialmente cercanos apuntaría en este sentido.
- (160) Por otra parte, la encuesta presentada por AMAZON tampoco permite extraer conclusiones definitivas y existen dudas sobre los resultados relativos a los operadores omnicanal, pues como se ha señalado anteriormente la propia AMAZON reconoce que no puede establecerse con claridad si los encuestados han considerado a determinados operadores como mercados en línea o tienda en línea propia o fuera de línea.
- (161) En cualquier caso, como se ha mencionado, no es necesario cerrar esta definición de mercado ni llegar a una conclusión definitiva sobre la posibilidad de definir mercados más amplios.

3.2.1.2.2. **Ámbito geográfico**

- (162) La razón principal para considerar que los mercados en línea en esta cara del mercado (i.e. prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a los consumidores) podrían tener dimensión nacional es el número de visitas nacionales a los mismos respecto al total.
- (163) Así, centrándonos en AMAZON, la mayor parte de sus visitas en España son (como se ha expuesto) de origen nacional, y lo mismo pasa con el resto de mercados en línea más importantes que operan en España.
- (164) Ello es consistente con la práctica decisional de las autoridades de competencia¹²⁰, que en varios precedentes han definido de manera sistemática los mercados en línea como de dimensión nacional o han apuntado a que existen fuertes indicadores en este sentido.
- (165) Asimismo, las divisiones por países y lenguas siguen siendo importantes y las cuotas de mercado de los distintos mercados electrónicos varían por la presencia de mercados electrónicos nacionales junto con otros de carácter más local¹²¹ (ver consideraciones que se han realizado para la otra cara del mercado).
- (166) En cualquier caso, no es necesario cerrar de manera definitiva esta cuestión para esta cara del mercado, bastando con señalar que existen fuertes indicadores que llevarían a considerar también una dimensión nacional en esta cara del mercado.

3.2.1.3. **Conclusión sobre los mercados de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea**

- (167) Como se ha explicado, existen grandes diferencias entre los dos grupos de usuarios de los mercados en línea, esto es, entre los revendedores y consumidores que utilizan estos servicios.
- (168) Las diferentes características entre ambos grupos de usuarios (desde la perspectiva de la demanda y de la oferta) determinan que se puedan considerar dos mercados de producto distintos, uno para cada cara/grupo de usuarios de los mercados en línea.
- (169) En el presente caso, dadas las singulares características de los servicios ofrecidos por los mercados en línea a los terceros revendedores y al análisis de la sustituibilidad de la oferta y la demanda realizado entre las alternativas

¹²⁰ Ver COMP/M.5721 - OTTO/ PRIMONDO ASSETS; COMP/M.8710 - JD / SONAE MC / BALAIKO / JD SH / SPORT ZONE; COMP/M.6543 - AHOLD/ FLEVO; COMP/M.7259 - CARPHONE WAREHOUSE/ DIXONS; COMP/M.4392 - DSGI / FR-INVEST / FGROUPE JV; y COMP/M.5047 REWE / ADEG.

¹²¹<https://www.emarketservices.es/emarketservices/es/menu-principal/actualizate/noticias/once-mercados-lideres-en-europa-new2022908656.html>

disponibles para que los terceros revendedores alcancen a los consumidores, se concluye preliminarmente que **la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores constituye un mercado de producto diferenciado.**

- (170) Por otro lado, dado que las conductas investigadas afectan directamente solo a esta cara del mercado, no se tendrá en cuenta la otra cara del mercado (i.e. la de los consumidores).
- (171) Por último, como se ha explicado, debido a que los mercados en línea tienen como objetivo principal los consumidores locales de cada país en el que operan, se considera que el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores tiene **dimensión nacional.**

3.2.2. Mercados relacionados con la venta de productos electrónicos

- (172) Como se ha expuesto, APPLE es un grupo de sociedades que fabrica, distribuye y vende una amplia variedad de dispositivos electrónicos en todo el mundo, entre los que se incluyen iPhone, iPad, Apple Watch, Apple TV, Mac, Beats y una serie de accesorios de la marca Apple, como cables de carga y adaptadores.
- (173) Tal y como se ha señalado en varios precedentes nacionales¹²², en el mercado de distribución de productos electrónicos¹²³ se distinguen tres tipos de operadores: (i) los fabricantes de tecnología y/o de productos electrónicos que operan bajo su propia marca; (ii) los mayoristas, que compran los productos a los fabricantes y los revenden a los distribuidores minoristas y que prestan además servicios accesorios a sus clientes (servicios de logística, almacenamiento, crédito y marketing); y (iii) los distribuidores minoristas, que compran al fabricante o al distribuidor mayorista los productos y servicios y los revenden a los usuarios finales¹²⁴.
- (174) En relación con lo anterior, APPLE opera en los tres eslabones relacionados con la distribución de productos electrónicos, mientras que AMAZON está presente en el primero, si bien con una posición mucho menos significativa que APPLE, y en la distribución minorista de productos electrónicos.
- (175) A continuación, se analizan cada uno de estos segmentos, desde el punto de vista del ámbito de producto y geográfico.

¹²² Ver C/1120/20 ESPRINET/GTI; C/0762/16 ESPRINET/VINZEO.

¹²³ Que incluyen todos los productos de tecnología de la información (productos IT), de electrónica de consumo, así como los productos móviles y de telecomunicaciones (Ver C/1120/20 ESPRINET/GTI; y C/0762/16 ESPRINET/VINZEO).

¹²⁴ Una distinción similar fue realizada por la autoridad francesa de la competencia en el precedente 20-D-04 de 16 de marzo de 2020 en una investigación contra Apple.

3.2.2.1. Fabricación y venta de productos electrónicos

3.2.2.1.1. Ámbito de producto

- (176) Respecto del mercado de la fabricación y venta de productos electrónicos, en las decisiones de la CE menos recientes se consideró un mercado sin sub-segmentaciones adicionales¹²⁵, pero algunas decisiones más recientes sí que han sub-segmentado el mercado por categorías de productos.
- (177) Así, algunas decisiones han señalado que existe un mercado de ordenadores portátiles distinto del de ordenadores de escritorio¹²⁶. También se ha considerado, aunque se dejó finalmente abierta, la potencial sustituibilidad entre portátiles, tabletas y teléfonos inteligentes¹²⁷.
- (178) En cualquier caso, la concreta definición del mercado de producto, esto es, si es necesario segmentar en función del tipo de producto electrónico o si puede definirse un mercado amplio de fabricación y venta de productos electrónicos, puede dejarse abierta, ya que se adoptará el enfoque del mercado más amplio posible, sin distinguir entre categorías de productos, sin perjuicio de que dicha distinción pueda tenerse en cuenta para hacer determinadas precisiones o analizar los efectos específicos que las conductas de las empresas investigadas hayan podido tener sobre alguna de estas categorías de productos.
- (179) APPLE ha alegado que, en lugar de dejar abierto el mercado de fabricación y venta de productos electrónicos, habría que definir uno por cada categoría de productos por la falta de sustituibilidad por el lado de la demanda.
- (180) Como se abordará a continuación, a la vista de la literalidad de los preceptos cuya infracción se imputa y de la jurisprudencia, no se considera necesario en este caso cerrar las definiciones de mercado por lo que no se requiere definir segmentos más estrechos atendiendo a los distintos tipos de productos electrónicos.
- (181) En segundo lugar, procede destacar que definir mercados estrechos en función de cada concreto producto electrónico como sostiene APPLE no afectaría ni a las conclusiones sobre la aplicabilidad del Reglamento europeo de exención de acuerdos verticales¹²⁸ (**RECAV**) ni al análisis de la relevancia de los productos

¹²⁵ C/0096/08 SONAE / BOULANGER.

¹²⁶ Ver M.4979 - Acer/Packard Bell.

¹²⁷ M.7047 - *Microsoft/Nokia*, párrafos 14 a 21.

¹²⁸ 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 y Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías

que APPLE ofrece. En efecto, la propia APPLE reconoce que no hay una diferencia significativa en las cuotas distinguiendo por productos y obra en el expediente (hoja de cálculo del folio 2.288) información desagregada que muestra que las cuotas de APPLE fueron superiores al 30% en el EEE a lo largo de todo el periodo investigado no sólo en el mercado amplio que englobaría todos los productos electrónicos sino también en múltiples mercados estrechos como, entre otros, para los productos más demandados de APPLE, esto es, en teléfonos inteligentes, tabletas y relojes inteligentes¹²⁹.

- (182) En tercer lugar, este planteamiento supone un cambio de criterio por parte de APPLE, que en su respuesta al segundo requerimiento de información realizado por el órgano instructor en el que se solicitaba información desagregada a nivel producto manifestó que *“respetuosamente considera que las categorías de productos solicitadas no constituyen mercados relevantes a nivel de producto, ya que de lo contrario, se excluirían las presiones competitivas que ejercen otros productos de carácter sustituible”*.
- (183) No obstante lo anterior, aunque se considerará de forma general el mercado de la fabricación y venta de productos electrónicos en el EEE (mercado amplio), se incluirá información también sobre este mercado subsegmentada por tipo de producto (mercados estrechos).

3.2.2.1.2. **Ámbito geográfico**

- (184) La CE ha considerado en varios precedentes¹³⁰ que el mercado es de dimensión Espacio Económico Europeo (“**EEE**”) debido a los bajos costes de transporte en relación con el valor de los productos, a la uniformidad de las características específicas de este tipo de productos, a la cobertura geográfica de los fabricantes y a la uniformidad de los precios.
- (185) APPLE, por su lado, ha alegado que el ámbito geográfico de este mercado es nacional y no el EEE dada la naturaleza de los acuerdos y las cláusulas analizados en el expediente.
- (186) No se han identificado, sin embargo, precedentes en los que se establezca que el ámbito geográfico de los mercados de fabricación y comercialización de productos de consumo electrónico ya sea en sentido amplio (englobando todos los productos electrónicos) o estrecho (distinguiendo por el tipo de producto: teléfonos inteligentes, ordenadores portátiles etc.) fueran nacionales. Antes bien,

de acuerdos verticales y prácticas concertadas a los que se hará referencia indistintamente como RECAV o específicamente como **RECAV 2010** o **RECAV 2022**.

¹²⁹ La decisión de 17 de diciembre de 2020 en el asunto M. 9660 GOOGLE FITBIT que se centraba en dispositivos inteligentes de muñeca también recoge cuotas de mercado que superan este umbral.

¹³⁰ M.2609, HP/Compaq, párrafo 14, Nokia/Trolltech, Nokia/Navteq, Microsoft/Nokia, M.7202, Lenovo/Motorola Mobility párrafos 27 a 29.

los precedentes, (incluso varios de los citados por la propia APPLE), apuntan a un ámbito EEE o incluso superior. Así, en una de las decisiones más recientes citadas por APPLE, que se centraba en dispositivos inteligentes de muñeca, se indica¹³¹ que, de acuerdo con el test de mercado, no hay diferencias significativas en la demanda de distintos países del EEE, si bien sí existen entre distintas regiones (como EEE, Norteamérica China), concluyendo que el ámbito geográfico es al menos el EEE. Además, APPLE no aporta ningún argumento que apunte a que las condiciones de competencia no son lo suficientemente homogéneas a nivel EEE y que corresponda en consecuencia definir mercados de ámbito nacional.

- (187) Sin perjuicio de que no resulte necesario en este caso cerrar una definición de mercado, ha de recordarse que lo relevante para definir un mercado son las presiones competitivas inmediatas a que se enfrentan los operadores para lo cual es preciso, en lo relativo al mercado de producto, hacer un análisis de sustituibilidad tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta y analizar si las condiciones de competencia son homogéneas para determinar su ámbito geográfico.
- (188) Esta Sala concluye que no es necesario cerrar la definición del mercado de producto y que corresponde mantener el análisis de la dimensión geográfica EEE en concordancia con los precedentes mencionados.

3.2.2.2. Distribución mayorista de productos electrónicos

3.2.2.2.1. Ámbito de producto

- (189) Existen varios precedentes nacionales y europeos¹³² que han apuntado a la sub-segmentación de este mercado en tres categorías de productos: (i) la distribución mayorista de productos de IT (incluyendo los servicios relacionados); (ii) la distribución mayorista de productos de electrónica de consumo (incluyendo los servicios relacionados); y (iii) la distribución mayorista de móviles y productos de telecomunicaciones (incluyendo los servicios relacionados).
- (190) Además, dentro de estas tres sub-categorías, los precedentes nacionales y europeos¹³³ han realizado en algunas ocasiones un análisis más segmentado. En concreto, dentro de la distribución de productos IT, en algunos precedentes se han analizado sub-categorías de productos, como, entre otros, la distribución

¹³¹ Ver párrafo 83 de la decisión M. 9660 – GOOGLE FITBIT.

¹³² M.6323 Tech Data Corporation/MuM VAD Business de 27/10/2011; M.6713 Tech Data/Specialist Distribution Group/TETC Metrologie/Best Ware France/SDGBV y C/0762/16 ESPRINET/VINZEO.

¹³³ M. 5099 Arrow Electronics/Logix; M.6323 Tech Data Corporation/MuM VAD Business; M.6713 Tech Data/Specialist Distribution Group/TETC Metrologie/Best Ware France/SDGBV; y C/0762/16 ESPRINET/VINZEO.

mayorista de software, servidores, ordenadores personales, tabletas y libros electrónicos.

- (191) Además, si se atiende al canal de ventas, se puede distinguir entre¹³⁴: (i) ventas directas: aquellas que efectúa directamente el fabricante al consumidor final; y (ii) ventas indirectas (mayoristas): aquellas en las que se produce una intermediación por parte de uno o varios distribuidores y que, a su vez, pueden clasificarse en las ventas Tier 1, que son las que realiza el fabricante directamente al distribuidor minorista, y las ventas Tier 2, que son las que realiza el mayorista al distribuidor minorista.
- (192) En distintos precedentes, la CE se ha planteado si el mercado de distribución mayorista de productos electrónicos incluye tanto las ventas del fabricante al distribuidor minorista (Tier 1) como las ventas indirectas de mayorista a distribuidor minorista (Tier 2), si bien no ha alcanzado una conclusión definitiva al respecto¹³⁵.
- (193) En cualquier caso, tal y como se señaló en el PCH y la Propuesta de Resolución, la concreta definición del mercado de producto puede dejarse abierta, puesto que no afecta al análisis sustantivo que se realizará en la valoración jurídica de los hechos recogidos en el presente documento ni es necesario, como se verá en la valoración jurídica, para determinar la aplicabilidad de los reglamentos de exención por categorías que podrían resultar de aplicación en este caso.

3.2.2.2.2. Ámbito geográfico

- (194) En varios precedentes nacionales¹³⁶ se ha considerado que podía tener dimensión EEE, debido a que la mayoría de los operadores son grandes empresas que operan en todo el EEE, los productos son equivalentes entre los distintos países que forman dicho espacio, los canales de distribución son similares y no hay diferencias importantes en precios entre países ni barreras técnicas al uso de los productos en los distintos Estados del EEE.
- (195) Sin embargo, la CE¹³⁷ ha considerado en varias ocasiones que los mercados de la distribución mayorista de productos electrónicos son nacionales debido a las diferencias lingüísticas, a la organización específica de cada país de las redes de distribución mayorista y minorista, a los circuitos y modos de entrega y a la organización de los servicios posventa.

¹³⁴ Ver C/1120/20 ESPRINET/GTI; y C/0762/16 ESPRINET/VINZEO.

¹³⁵ M.6713 Tech Data/Specialist Distribution Group/TETC Metrologie/Best Ware France/SDGBV; M.6323 – Tech Data Europe/MuM VAD Business; M.5099 - Arrow Electronics/Logix, C/1120/20 ESPRINET/GTI; y C/0762/16 ESPRINET/VINZEO.

¹³⁶ Ver C/1120/20 ESPRINET/GTI; y C/0762/16 ESPRINET/VINZEO.

¹³⁷ M.5099 - Arrow Electronics/Logix y M.6685, Ingram Micro/BrightPoint.

- (196) En todo caso, no es necesario pronunciarse sobre la delimitación exacta del ámbito geográfico relevante de este mercado de producto a los efectos del presente expediente, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis por las razones antes expuestas.

3.2.2.3. Distribución minorista de productos electrónicos

3.2.2.3.1. Ámbito de producto

- (197) Dentro de la distribución minorista en general, los precedentes de las autoridades de competencia han distinguido varias familias de productos: los denominados productos de gama marrón (incluidos los productos fotográficos, de audio, de TV y de juegos, reproductores de DVD, cámaras de video, etc.); los de gama gris (dispositivos informáticos y de comunicación -incluidos equipos y programas informáticos para ordenadores, comunicaciones, accesorios/periféricos-, ordenadores personales, pantallas, teclados, impresoras, software y teléfonos, etc.); y los de gama blanca (grandes electrodomésticos – como aparatos de cocina, campanas, lavavajillas, etc. – y pequeños electrodomésticos – como freidoras, mini hornos, tostadoras, sandwicheras y gofreras, etc.-)¹³⁸.
- (198) Otros precedentes nacionales hacen una clasificación similar, distinguiendo entre: (i) productos de gama marrón; (ii) grandes aparatos electrodomésticos; (iii) pequeños aparatos electrodomésticos; y (iv) dispositivos informáticos y de comunicación¹³⁹.
- (199) Además de distinguir por tipos de productos, la CE, dejando abierta la definición exacta, ha considerado la posibilidad de segmentar el mercado en función del (i) tamaño y tipo de tienda; (ii) canal de distribución (grandes tiendas, tiendas especializadas, minoristas de alimentación) y (iii) de que las ventas sean en línea o en puntos de venta físicos¹⁴⁰.
- (200) En cualquier caso, tal y como se ampliará a continuación, la concreta definición del mercado de producto puede dejarse abierta, puesto que no afecta al análisis sustantivo que se realizará en la valoración jurídica de los hechos recogidos en la presente resolución ni es necesario para determinar la aplicabilidad de los reglamentos de exención por categorías que podrían resultar de aplicación en este caso.
- (201) No obstante, sí se tendrá en cuenta, como se explicará más adelante en detalle, un sub-segmento concreto de la distribución minorista de productos electrónicos

¹³⁸ Ver decisión de la autoridad francesa de la competencia 20-D-04 de 16 de marzo de 2020 en una investigación contra Apple, párrafo 566.

¹³⁹ C/1166/21 MEDIA MARKT SATURN/ACTIVOS WORTEN; y C/0096/08 SONAE / BOULANGER.

¹⁴⁰ M.7997 – Steinhoff International / Darty (ver también C/1166/21 MEDIA MARKT SATURN/ACTIVOS WORTEN).

(i.e. la venta minorista en línea de productos electrónicos en España), en la medida en que dicho sub-segmento es el que se ve afectado por las conductas investigadas.

3.2.2.3.2. **Ámbito geográfico**

- (202) En precedentes nacionales¹⁴¹ y europeos¹⁴², aunque se ha dejado abierta la definición del ámbito geográfico, se ha debatido la posibilidad de que éste tuviera un alcance nacional, regional o local (determinado por una “zona de influencia” alrededor de cada establecimiento).
- (203) En todo caso, no es necesario pronunciarse sobre la delimitación exacta del ámbito geográfico relevante de este mercado de producto a los efectos del presente expediente, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis por las razones antes expuestas.

3.2.2.4. **Conclusión**

- (204) Aunque por las razones apuntadas la concreta definición de mercado puede dejarse abierta, tradicionalmente, dentro del mercado de distribución de productos electrónicos se distinguen tres sub-mercados:

Tabla 10. Submercados dentro del mercado de distribución de productos electrónicos

Mercado de producto	Mercado geográfico
Fabricación y venta de productos electrónicos ¹⁴³	EEE
Distribución mayorista de productos electrónicos	EEE o Nacional
Distribución minorista de productos electrónicos	Nacional, regional o local

¹⁴¹ C-0096/08 – Sonae/Boulangier and N-06091 CCIM / GN Electrodomésticos / R. Castilla / Gestesa / UCASA / Condigesas.

¹⁴² M.7997 – Steinhoff International / Darty; M.6226 – Media-Saturn / Redcoon; M.4392 – DSGI / FR-Invest / F- Group JV; M.4226 – DSGI / Fotovista; M.1482 – Kingfisher / Grosslabor; M.1188 Kingfisher / Wegert / Promarkt; y M.1248 – Kingfisher / BUT.

¹⁴³ Se considerará el mercado amplio (sin subsegmentar por tipo de productos) y también se incluirá información sobre los mercados estrechos (subsegmentados por tipo de productos).

3.3. Conclusiones respecto a los mercados analizados

- (205) En caso de infracciones por objeto del artículo 1 LDC y/o 101 TFUE, según la jurisprudencia europea¹⁴⁴ y nacional¹⁴⁵ no es necesario definir de manera previa y precisa el mercado al no tratarse de un elemento del tipo sancionador, ya que son las propias empresas las que con sus conductas anticompetitivas determinan el ámbito afectado por la infracción¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Párrafo 132 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2004, en el asunto T-44/00 Mannesmannröhren-Werke v Comisión que establece lo siguiente: “*De ello se desprende que la argumentación de Mannesmann según la cual la Comisión no delimitó con precisión el mercado de que se trata carece de pertinencia. En efecto, la obligación de delimitar el mercado en una decisión adoptada en virtud del artículo 81 CE únicamente se impone a la Comisión cuando sin tal delimitación no es posible determinar si el acuerdo en cuestión puede afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, European Night Services y otros/Comisión, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141, apartados 93 a 95 y 105). En principio, si el propio objeto de un acuerdo es restringir la competencia mediante un «reparto de mercados», no es necesario definir con precisión los mercados geográficos de que se trata, puesto que la competencia real o potencial en los territorios afectados se ha visto restringida necesariamente, constituyan o no dichos territorios «mercados» en sentido estricto.*”

Véase también el párrafo 214 de la Sentencia del TGUE de 28 de junio de 2016, Telefónica SA v Comisión: “*Así pues, en el marco del artículo 101 TFUE, apartado 1, no es exigible una definición previa del mercado pertinente cuando el acuerdo controvertido tiene en sí mismo un objeto anticompetitivo, es decir, cuando la Comisión ha podido concluir válidamente, sin previa delimitación del mercado, que el acuerdo en cuestión falseaba la competencia y podía afectar de forma sensible al comercio entre los Estados miembros. En particular, se trata de los acuerdos más graves, expresamente prohibidos por el artículo 101 TFUE, apartado 1, letras a) a e) (conclusiones del Abogado General Bot presentadas en los asuntos acumulados Erste Group Bank y otros/Comisión, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, EU:C:2009:192, apartados 168 a 175). Si el propio objeto de un acuerdo es restringir la competencia mediante un «reparto de mercados», no es, por tanto, necesario definir con precisión los mercados de que se trata, puesto que la competencia real o potencial se ha visto restringida necesariamente (sentencia de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión, T-44/00, EU:T:2004:218, apartado 132).*”

¹⁴⁵ Por todas, ver la reciente sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de diciembre de 2022 (número de recurso 232/2018): “*Por lo tanto, cuando estamos ante un acuerdo que es susceptible de restringir la competencia, no se precisa la definición de los mercados geográficos [...] En estos casos basta con apreciar con cierto grado de aproximación la zona geográfica o mercados afectados, para lo que no se requiere de una concreta definición del mercado de referencia*”.

¹⁴⁶ Véanse, por ejemplo, en este sentido, las Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y Productos relacionados; de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores de saneamiento y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés; de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0486/13 Concesionarios TOYOTA, S/0489/13 Concesionarios OPEL, S/0488/13 Concesionarios HYUNDAI y S/0487/13 Concesionarios LAND ROVER; de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 Concesionarios AUDI/SEAT/VW; de 26 de mayo de 2016, Expte

- (206) APPLE sostiene en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que resulta necesario cerrar la definición¹⁴⁷ de los mercados de cara a evaluar si resulta de aplicación la exención del RECAV¹⁴⁸. Critica, asimismo, el hecho de que la DC cite dos asuntos nacionales que datan de hace casi 20 años y el caso *Google Shopping* de hace seis. Además, a juicio de APPLE, los dos primeros casos harían referencia a la distribución no minorista de determinados productos.
- (207) A lo anterior procede responder que la antigüedad de algunos de los precedentes invocados no permite refutar su utilidad y que, en cualquier caso, y como se expondrá en mayor detalle la exención del RECAV no resulta de aplicación dado que, aunque los acuerdos analizados tienen una dimensión eminentemente vertical, APPLE y AMAZON son empresas competidoras (párrafos (434) a (442))¹⁴⁹.
- (208) Además, si bien en la presente resolución se considerará de forma general el mercado de la fabricación y venta de productos electrónicos en el EEE, donde las cuotas de APPLE fueron superiores al 30% desde 2017 a 2021, aun considerando la subsegmentación por tipo de producto, como alegan las partes que hay que hacer para determinar la aplicación del RECAV, las cuotas de APPLE también serían superiores al 30% en el EEE a lo largo de todo el periodo investigado para los productos más demandados de APPLE, esto es, en teléfonos inteligentes, tabletas y relojes inteligentes. Por tanto, en cualquier definición (tanto amplia como estrecha) del mercado de producto de fabricación y venta de productos electrónicos, incluso distinguiendo por productos APPLE, se superaría el umbral del 30% de cuota de mercado por encima del cual el RECAV¹⁵⁰ no resulta aplicable, por lo que tampoco desde esa perspectiva sería necesario cerrar una definición exacta del mercado de fabricación y venta de productos electrónicos en el que opera APPLE.
- (209) Por su parte, también AMAZON ha criticado que los mercados aguas abajo de distribución minorista de productos electrónicos no se cierren, alegando que es

S/DC/0504/14 AIO; de 21 de noviembre de 2017, Expte. S/DC/0562/15 CABLES BT/MT y de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/16 Electrificación y electromecánica ferroviarias

¹⁴⁷ Asimismo, Amazon discrepa en con la premisa de que no es necesario definir el mercado en los casos en los que se constata la existencia de una infracción “por objeto”. Alegaciones de Amazon a la PR, párrafo 579.

¹⁴⁸ Ver párrafos 125 a 127 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

¹⁴⁹ Ver apartado 6.1.3.2 para una explicación detallada.

¹⁵⁰ Ver folio 2288: en el mercado amplio (que incluye todos los productos de consumo electrónico), se supera en el EEE. En los mercados estrechos (que distingue por tipo de producto), se supera tanto en el EEE como en España, en relojes inteligentes, teléfonos inteligentes y tabletas. Del resto de productos, tanto en el EEE como en España, no se supera en ordenadores (de escritorio y portátiles). Tanto en el EEE como en España, para reproductores multimedia (ipods), dispositivos que permiten reproducir en la TV contenido desde otro dispositivo (Apple TV); auriculares (airPods y Beats); y otros accesorios (cargadores, etc.), APPLE no ha presentado datos.

necesario cerrar las definiciones de los mercados aguas abajo y aguas arriba para analizar la sustituibilidad indirecta. No obstante, este planteamiento no se infiere ni de la normativa, ni de la jurisprudencia, ni de la práctica de las autoridades de competencia. Conviene recordar, asimismo, a este respecto, que la delimitación exacta del mercado o la caracterización de todos sus elementos no resulta imprescindible a fin de acreditar una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE como las que se analizan en el presente Expediente. Así lo ha manifestado la CNMC¹⁵¹ y previamente el TDC y la CNC¹⁵², remitiéndose a jurisprudencia de la Unión¹⁵³, pues dicha delimitación no es un elemento del tipo de la infracción del artículo 1 de la LDC o del artículo 101 del TFUE cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, son anticompetitivos por su objeto¹⁵⁴. Como han señalado el Consejo de la CNC y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, son las empresas las que con sus conductas anticompetitivas determinan el ámbito afectado por la infracción¹⁵⁵

- (210) Por tanto, de acuerdo con las explicaciones realizadas, se considera adecuada la definición de mercado relevante en que se desarrollan realizada por la DC correspondiente al **mercado nacional de prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros revendedores, en el que opera AMAZON.**

¹⁵¹ Resoluciones de la CNMC de 26 de junio de 2014, Expte. S/0445/12 Equipos contra Incendios; de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés; de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12, Rodamientos Ferroviarios; de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 Concesionarios AUDI/SEAT/VW; de 23 de julio de 2015, Expte. S/0482/13 Fabricantes de automóviles; de 26 de mayo de 2016, Expte S/DC/0504/14 AIO y de 21 de noviembre de 2017, Expte. S/DC/0562/15 Cables BT/MT.

¹⁵² Resolución del TDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, Manipulados radiactivos y Resoluciones de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10 Transitarios; de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0287/10 Postensado y Geotecnia; de 8 de marzo de 2013, Expte. S/0329/11 Asfaltos de Cantabria y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler.

¹⁵³ Asuntos T-44/00 Mannesmannröhren-Werke AG v Comisión Europea y T-61/99, Adristica di Navigazione Spa y Sentencia del TPI de 6 de julio de 2000, asunto T-62/98 Volkswagen AG v Comisión Europea.

¹⁵⁴ Véase párrafo 27 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado y párrafo 176 de la sentencia del TG de 28 de junio de 2016 (T-208/13, Portugal Telecom vs Comisión).

¹⁵⁵ Resoluciones de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y Productos relacionados; de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores de saneamiento y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés; de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0486/13 Concesionarios TOYOTA, S/0489/13 Concesionarios OPEL, S/0488/13 Concesionarios HYUNDAI y S/0487/13 Concesionarios LAND ROVER; de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 Concesionarios AUDI/SEAT/VW; de 26 de mayo de 2016, Expte S/DC/0504/14 AIO; de 21 de noviembre de 2017, Expte. S/DC/0562/15 CABLES BT/MT y de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/16 Electrificación y electromecánica ferroviarias.

- (211) Por otro lado, también se tendrán en cuenta los siguientes mercados, aunque en estos casos sin que se haya cerrado la definición de mercado de forma precisa por las razones explicadas *supra*:
- Mercado nacional de prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a los consumidores, en el que opera AMAZON.
 - Mercado de ámbito EEE de fabricación y venta de productos electrónicos, en el que opera APPLE, y, con menor peso relativo, AMAZON; y, aunque no sea necesario determinar si corresponde definir mercados más estrechos en función de concretas categorías de productos electrónicos, se incluirá información en este sentido.
 - Mercado de ámbito EEE o nacional de distribución mayorista de productos electrónicos, en el que opera APPLE.
 - **Mercado nacional de distribución minorista de productos electrónicos, que podría sub-segmentarse en mercados en línea y fuera de línea en el que están presentes tanto AMAZON como APPLE.**

3.4. Cuotas de mercado

- (212) Las cuotas de las partes en los mercados considerados son las siguientes:

3.4.1. AMAZON

- (213) Las cuotas de mercado en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores en España se han calculado desde una doble dimensión (con tres derivadas, como se explica a continuación):
- Sobre la base del volumen de negocios (ingresos) procedente de la prestación de servicios de intermediación a terceros vendedores generado por los principales mercados en línea en España, desde una doble perspectiva:
 - Teniendo en cuenta solo los servicios básicos, esto es, solo los ingresos derivados de la prestación de servicios básicos de intermediación a terceros vendedores (es decir, los importes que los terceros tienen que pagar por hacer uso del servicio principal del mercado en línea, que es, poner en contacto a vendedores y compradores), sin tener en cuenta servicios adicionales opcionales como podrían ser los servicios logísticos (*fulfilment services*), los servicios de gestión de cobro, etc.;
 - Teniendo en cuenta los servicios básicos y adicionales, esto es, una segunda aproximación, incluyendo todos los servicios prestados

(básicos o por defecto, y los adicionales opcionales que dichos terceros vendedores hayan querido contratar); y

- Sobre la base del valor de las ventas generadas por los terceros vendedores en los mercados en línea.

- (214) Debido a que AMAZON indicó en respuesta al requerimiento de información que no disponía de datos sobre el total del mercado ni sobre los operadores presentes en el mismo, ni podía identificar ninguna fuente de datos pública que permitiera conocer dichos datos¹⁵⁶, se procedió a realizar un requerimiento de información a los principales mercados en línea en España para obtener estos datos¹⁵⁷.
- (215) Se considera que esta muestra es suficientemente representativa porque no solo incluye a los principales operadores del mercado (identificados por los propios requeridos y por AMAZON, a los que se les preguntó por este extremo en los requerimientos¹⁵⁸); sino que también incluye a otros operadores más pequeños por mucha diferencia con el resto.
- (216) Así, cada uno de los mercados en línea requeridos ha suministrado su volumen de negocio (servicios básicos y, en su caso, adicionales) y valor de las ventas generadas por terceros en su plataforma – lo que actúa como numerador en el cálculo de las cuotas¹⁵⁹ - y el total del mercado ha sido calculado como la suma de los volúmenes de negocio (servicios básicos y adicionales) y de las ventas generadas por terceros de todos los mercados en línea requeridos – lo que actúa como denominador –.
- (217) Teniendo en cuenta lo anterior, las estimaciones de cuotas de mercado de AMAZON y de los principales mercados en línea en España en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea son las

¹⁵⁶ Ver respuesta a la pregunta 1 del RI II AMAZON (folios 4671 a 4676).

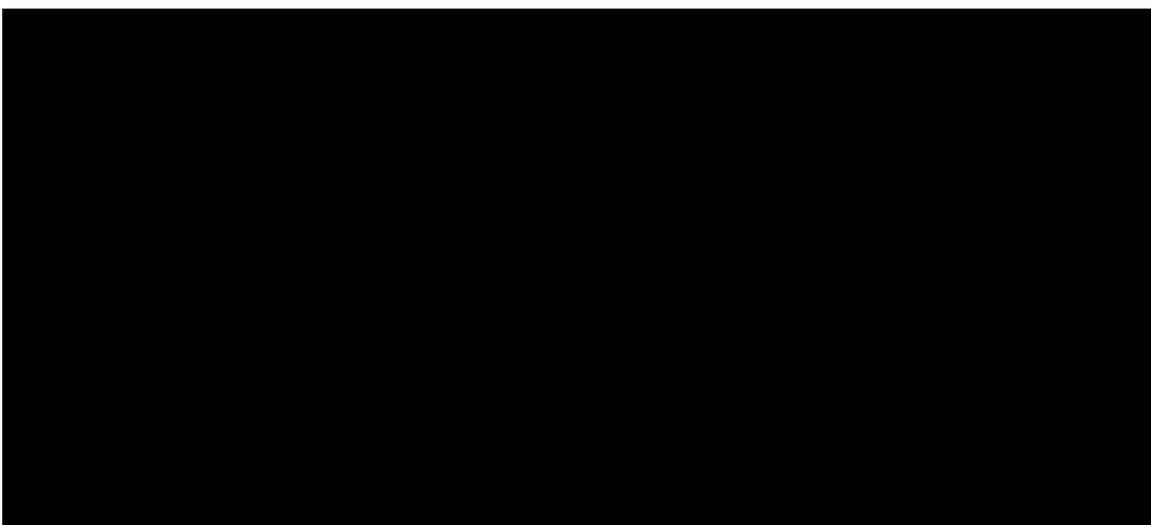
¹⁵⁷ En concreto, se requirió a los siguientes 17 mercados en línea: ALIBABA; ASOS.COM; EBAY; ETSY; FRUUGO.COM; FNAC; MANOCOLIBRI; PC COMPONENTES; PRIVALIA; WORTEN; ZALANDO; MEDIA MARKT; CARREFOUR; EL CORTE INGLÉS (“**ECI**”); DECATHLON; LEROY MERLIN; PUNTO FA. De estos 17, 4 empresas no contestaron al requerimiento (a pesar de varios reiteros): ETSY, FRUUGO.COM; ZALANDO; PUNTO FA; y dos empresas no abrieron o abrirán sus mercados en línea hasta bien entrado 2022 (por lo que no han sido consideradas en la muestra): MEDIA MARKT Y LEROY MERLIN; por lo que se ha contado para la muestra con 11 operadores en total (y AMAZON, que sería el número 12).

¹⁵⁸ Todos fueron requeridos a identificar a sus principales competidores en el mercado.

¹⁵⁹ No se ha recurrido a estimar aquellos datos de los operadores no identificados como parte de la muestra porque de los operadores con mayor volumen de ventas Zalando fue el único que no contestó al requerimiento de información. Sin embargo, siguiendo los datos de este sector en España albergados en Statista, se puede observar que no se identifica como uno de los 4 primeros (<https://www.statista.com/statistics/1236867/leading-online-marketplaces-consumers-penetration-spain/>). Por lo tanto, la variabilidad en la cuota de mercado no se muestra relevante.

siguientes (primero, se expondrá la información relativa a los volúmenes de negocio y valor de las ventas en rangos y, después, las cuotas de mercado que se han calculado a partir de dichos datos aportados por las empresas, también en rangos)¹⁶⁰:

Tabla 11. Cuotas de mercado-ingresos por prestación de servicios básicos



Fuente: elaboración propia a partir de los requerimientos realizados

¹⁶⁰ Para: (i) AMAZON, se han utilizado los datos de la versión no confidencial del Anexo 1 (iii)-(v) presentada a petición de la DC el 9 de mayo de 2022 (folio 5511); y (ii) los restantes mercados en línea, se han utilizado los datos de las versiones no confidenciales elaboradas de oficio, y aceptadas expresa o tácitamente por todos ellos, de los anexos que presentaron dichas empresas a los requerimientos de información que se les hizo en su día (folios 5421 a 5431, un folio para cada uno de los 11 operadores considerados). Por otro lado, los datos de 2021 no se refieren al año completo, sino hasta agosto en el caso de AMAZON (incluido), y en el caso del resto de mercados en línea, hasta agosto incluido, con la excepción de alguno, como Alibaba, que incluyó hasta diciembre. En cualquier caso, la inclusión de más meses en el caso del resto de operadores es más favorable a AMAZON, en la medida en que su cuota se diluye en mayor medida.

Tabla 12. Cuotas de mercado-ingresos por prestación de todos los servicios (básicos y opcionales)



Fuente: elaboración propia a partir de los requerimientos realizados

Tabla 13. Cuotas de mercado-valor de las ventas generadas por terceros

Fuente: elaboración propia a partir de los requerimientos realizados

Tabla 14. Cuotas de mercado-ingresos por prestación de servicios básicos

Cuotas de mercado - ingresos por prestación de servicios básicos					
Empresa	2017	2018	2019	2020	2021
	Cuotas	Cuotas	Cuotas	Cuotas	Cuotas
Amazon	[90-100%]	[80-90%]	[80-90%]	[80-90%]	[70-80%]
Alibaba	0,00%	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[10-20%]
ASOS	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
FNAC	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Manocalibri	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
PC Componentes	0,00%	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Privalia	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Wortem	0,00%	0,00%	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Carrefour	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
ECI	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Decathlon	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	[0-5%]
EBAY	[5-10%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Fuente: elaboración propia a partir de los requerimientos realizados

Tabla 15. Cuotas de mercado-ingresos por prestación de todos los servicios (básicos y opcionales)

Cuotas de mercado - ingresos por prestación de todos los servicios (básicos y opcionales)					
Empresa	2017	2018	2019	2020	2021
	Cuota	Cuota	Cuota	Cuota	Cuota
Amazon	[90-100%]	[90-100%]	[80-90%]	[80-90%]	[80-90%]
Alibaba	0,00%	[0-5%]	[5-10%]	[5-10%]	[10-20%]
ASOS	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
FNAC	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Manocalibri	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
PC Componentes	0,00%	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Privalia	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Wortem	0,00%	0,00%	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Carrefour	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
ECI	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Decathlon	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	[0-5%]
EBAY	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Fuente: elaboración propia a partir de los requerimientos realizados

Tabla 16. Cuotas de mercado-valor de las ventas generadas por terceros

Cuotas de mercado - valor de las ventas generadas por terceros					
Empresa	2017	2018	2019	2020	2021
	Cuotas	Cuotas	Cuotas	Cuotas	Cuotas
Amazon	[80-90%]	[70-80%]	[70-80%]	[70-80%]	[60-70%]
Alibaba	0,00%	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[20-30%]
ASOS	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
FNAC	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Manocalibri	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
PC Componentes	0,00%	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Privalia	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Wortem	0,00%	0,00%	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Carrefour	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
ECI	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Decathlon	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	[0-5%]
EBAY	[0-5%]	[5-10%]	[5-10%]	[0-5%]	[0-5%]
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Fuente: elaboración propia a partir de los requerimientos realizados

- (218) No puede aceptarse la alegación de AMAZON relativa a que para calcular las cuotas de AMAZON en el mercado de intermediación haya que emplear las cuotas de ventas de productos APPLE por parte de AMAZON en el mercado minorista por aplicación de lo dispuesto en las Directrices relativas a la aplicación

del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología (“**Directrices de transferencia de tecnología**”). Como indica el párrafo primero de estas directrices, las mismas versan sobre la concesión de licencias de derechos de tecnología por las que el licenciante autoriza al licenciatarario a explotar determinados derechos de tecnología para la producción de bienes o servicios y los casos en los que tales acuerdos se benefician de una exención de la prohibición del artículo 101.1 TFUE. Resulta evidente que el acuerdo que nos ocupa nada tiene que ver con la transferencia de tecnología.

- (219) Conviene también reproducir el párrafo 25 de las Directrices de transferencia de tecnología en el que se hace referencia al uso excepcional de *proxys* en el cálculo de cuotas a efectos de aplicar el Reglamento de exención sobre licencias de transferencias de tecnologías (énfasis añadido):

*“Una vez definidos los mercados de referencia, pueden asignarse cuotas de mercado a las diversas fuentes de competencia del mercado, cuotas que servirán de indicador de la fortaleza relativa de los operadores del mercado. En el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte que le corresponde a cada tecnología del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Pero con frecuencia esta opción es más teórica que real dada la falta de información clara sobre los cánones. Otro método alternativo, que se usa para el cálculo de la salvaguardia regulatoria, tal como se explica en el artículo 8, letra d), del RECATT, consiste en **calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de productos que incorporan la tecnología licenciada en los mercados de productos descendentes** [para más detalles, véase el punto (85) y ss.]. En casos individuales que no pueden acogerse a la salvaguardia regulatoria del RECATT puede ser necesario, si resulta factible, aplicar ambos planteamientos para evaluar con mayor precisión la posición de mercado del licenciante, además de tener en cuenta otros factores que dan una buena indicación de la posición de mercado relativa de las tecnologías disponibles [para más factores, véanse los puntos (156) y (158) y ss.] (26).”*

- (220) Pues bien, las Directrices de transferencia de tecnología indican que cuando falta información clara sobre cánones en mercados tecnológicos puede usarse como método alternativo una inferencia de las ventas de productos que incorporan la tecnología licenciada. Estos supuestos no son aplicables al caso que nos ocupa, pues ni se trata de mercados tecnológicos según la definición de las propias directrices, ni corresponde estimar ingresos generados por cánones por tecnologías, ni hay una falta de información que conduzca a la necesidad de emplear una aproximación.
- (221) Por lo que respecta a los mercados tecnológicos, de acuerdo con el párrafo 22 de estas directrices “los mercados tecnológicos están integrados por derechos de tecnología licenciada y sus sustitutos, es decir: otras tecnologías

consideradas por los licenciarios intercambiables o sustituibles por los derechos de tecnología licenciada, por razón de sus características, sus cánones o el uso que se prevea hacer de ellos”. AMAZON no licencia tecnologías a terceros que los incorporan a sus productos, sino que presta servicios a terceros vendedores para que estos puedan vender a través de su mercado en línea. Por lo tanto, el mercado en el que AMAZON opera no es un mercado tecnológico a efecto de las Directrices de transferencia de tecnología.

- (222) Por otro lado, de acuerdo con las directrices mencionadas, la posibilidad de calcular las cuotas de acuerdo con una aproximación (*proxy*) sobre las ventas aguas abajo que incorporan la tecnología licenciada sólo procede cuando “*falta información clara sobre los cánones*”. En el presente caso no resulta relevante ningún canon sobre el que falte información, ni el cálculo de las cuotas de mercado de AMAZON en el mercado de intermediación definido presenta dificultad particular.
- (223) Finalmente, el párrafo 67.b) de las Directrices Verticales de 2022¹⁶¹ establece que “*a efectos de la aplicación de los umbrales de cuota de mercado establecidos en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento, la cuota de mercado de la empresa que presta los servicios de intermediación en línea se calcula en el mercado de referencia para la prestación de dichos servicios*”. Por lo tanto, la cuota de AMAZON ha de calcularse en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores.

3.4.2. APPLE

- (224) APPLE señaló en respuesta a un requerimiento de información de la DC que no elabora internamente la información que se le requirió en relación con el mercado de la fabricación y venta de productos electrónicos¹⁶². No obstante, suministró los datos de un consultor externo *International Data Corporation* (IDC), que ofrece información en relación con las ventas de productos de consumo electrónicos clasificados por fabricante de producto, sobre la base de las compras totales realizadas por los consumidores en un mercado determinado.
- (225) De acuerdo con los datos suministrados por APPLE, las cuotas (en valor) de APPLE y sus principales competidores en el mercado de la fabricación y venta de productos electrónicos de dimensión EEE son las siguientes¹⁶³:

¹⁶¹ Que acompañan al Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 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.

¹⁶² Ver párrafo 14 de la contestación al RI II APPLE (folio 4374).

¹⁶³ Como se ha indicado, el rol de AMAZON como fabricante es residual y, en todo caso, su cuota estará incluida dentro de la categoría “otros”.

Tabla 17. Cuotas en el mercado de productos de consumo electrónicos

Cuotas en el mercado de la fabricación de productos de consumo electrónicos - dimensión EEE - Todos los productos					
	2017 [1]	2018	2019	2020	2021
	Cuotas	Cuotas	Cuotas	Cuotas	Cuotas
Apple	[30%-40%]	[30%-40%]	[30%-40%]	[30%-40%]	[30%-40%]
Samsung	[20%-30%]	[10%-20%]	[10%-20%]	[10%-20%]	[10%-20%]
Lenovo	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[10%-20%]
HP	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Dell Technologies	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Xiaomi	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Acer Group	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
ASUS	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Huawei	[10%-20%]	[10%-20%]	[10%-20%]	[0%-10%]	[0%-10%]
OPPO	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Microsoft	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Otros	[10%-20%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
TOTAL	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Anexo 1 de la contestación al RI II APPLE (folio 4247)

- (226) Asimismo, las cuotas de APPLE también fueron superiores al 30% en el EEE no sólo en el mercado amplio sino en múltiples mercados estrechos como en teléfonos inteligentes, tabletas, relojes inteligentes a lo largo de todo el periodo investigado¹⁶⁴ (hoja de cálculo del folio 2288, versión no confidencial en el folio 4247):

Tabla 18. Cuotas en el mercado de fabricación de productos de consumo electrónicos (Teléfonos inteligentes)

Cuotas en el mercado de la fabricación de productos de consumo electrónicos - dimensión EEE - Teléfonos inteligentes										
	2017		2018		2019		2020		2021	
	Valor	Cuotas								
Apple	Confidencial	[40%-50%]	Confidencial	[30%-40%]	Confidencial	[40%-50%]	Confidencial	[40%-50%]	Confidencial	[40%-50%]
Samsung	Confidencial	[30%-40%]	Confidencial	[30%-40%]	Confidencial	[30%-40%]	Confidencial	[20%-30%]	Confidencial	[20%-30%]
Xiaomi	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[10%-20%]
OPPO	Confidencial	[0%-10%]								
OnePlus	Confidencial	[0%-10%]								
Huawei	Confidencial	[10%-20%]	Confidencial	[20%-30%]	Confidencial	[10%-20%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]
Lenovo	Confidencial	[0%-10%]								
realme	Confidencial	[0%-10%]								
TCL	Confidencial	[0%-10%]								
Google	Confidencial	[0%-10%]								
HMD	Confidencial	[0%-10%]								
Otros	Confidencial	[10%-20%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]
TOTAL	41.201,66 €	100,0%	45.580,89 €	100,0%	45.381,40 €	100,0%	42.223,05 €	100,0%	20.625,27 €	100,0%

¹⁶⁴ Del resto de productos, no se supera en el EEE en ordenadores (de escritorio y portátiles). Para reproductores multimedia (ipods), dispositivos que permiten reproducir en la TV contenido desde otro dispositivo (Apple TV); auriculares (airPods y Beats); y otros accesorios (cargadores, etc.), APPLE no ha presentado datos ni a nivel EEE ni a nivel nacional.

Fuente: Anexo 1 de la contestación al RI II APPLE (folio 4247)

Tabla 19. Cuotas en el mercado de fabricación de productos de consumo electrónicos (tabletas)

Cuotas en el mercado de la fabricación de productos de consumo electrónicos - dimensión EEE - Tabletas										
	2017		2018		2019		2020		2021	
	Valor	Cuotas								
Apple	Confidencial	[30%-40%]	Confidencial	[30%-40%]	Confidencial	[40%-50%]	Confidencial	[40%-50%]	Confidencial	[40%-50%]
Samsung	Confidencial	[20%-30%]	Confidencial	[20%-30%]	Confidencial	[10%-20%]	Confidencial	[20%-30%]	Confidencial	[20%-30%]
Lenovo	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[10%-20%]
Microsoft	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[10%-20%]	Confidencial	[10%-20%]	Confidencial	[10%-20%]	Confidencial	[0%-10%]
Huawei	Confidencial	[0%-10%]								
TCL	Confidencial	[0%-10%]								
Dell Technologies	Confidencial	[0%-10%]								
Panasonic	Confidencial	[0%-10%]								
Amazon.com	Confidencial	[0%-10%]								
HP Inc	Confidencial	[0%-10%]								
Archos	Confidencial	[0%-10%]								
Otros	Confidencial	[10%-20%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]	Confidencial	[0%-10%]
TOTAL	8.202,66 €	100,0%	7.580,81 €	100,0%	7.189,88 €	100,0%	8.074,04 €	100,0%	3.981,30 €	100,0%

Fuente: Anexo 1 de la contestación al RI II APPLE (folio 4247)

Tabla 20. Cuotas en el mercado de fabricación de productos de consumo electrónicos (relojes inteligentes)

Cuotas en el mercado de la fabricación de productos de consumo electrónicos - dimensión EEE - Relojes inteligentes										
	2017		2018		2019		2020		2021	
	Valor	Cuotas								
Apple	Confidencial	[50%-60%]	Confidencial	[50%-60%]	Confidencial	[50%-60%]	Confidencial	[50%-60%]	Confidencial	[60%-70%]
Garmin	Confidencial	[10%-20%]	Confidencial	[10%-20%]	Confidencial	[10%-20%]	Confidencial	[20%-30%]	Confidencial	[10%-20%]
Samsung	Confidencial	[10%-20%]								
Google	Confidencial	[0%-10%]								
Fossil	Confidencial	[0%-10%]								
OPPO	Confidencial	[0%-10%]								
LVMH	Confidencial	[0%-10%]								
Suunto	Confidencial	[0%-10%]								
Mobvoi	Confidencial	[0%-10%]								
Huawei	Confidencial	[0%-10%]								
Lenovo	Confidencial	[0%-10%]								
Otros	Confidencial	[0%-10%]								
TOTAL	1.942,57 €	100,0%	2.313,66 €	100,0%	3.087,26 €	100,0%	2.999,52 €	100,0%	1.339,67 €	100,0%

Fuente: Anexo 1 de la contestación al RI II APPLE (folio 4247)

- (227) Por otro lado, APPLE indicó que de los datos IDC no era posible obtener información sobre los mercados mayoristas ni minoristas de venta de productos electrónicos, ni era capaz de identificar ninguna fuente de información pública que proporcionara dicha información¹⁶⁵. Además, sostiene que no puede elaborar o estimar de forma razonable la información solicitada¹⁶⁶.
- (228) No obstante lo anterior, se identificaron, por parte del órgano instructor, las cuotas de los principales distribuidores mayoristas de APPLE en un precedente

¹⁶⁵ Ver párrafo 16(i) de la contestación al RI II APPLE (folio 4374).

¹⁶⁶ Ver respuestas a las preguntas 3-6 de la contestación al RI II APPLE (folios 4376 a 4377).

nacional¹⁶⁷ (que, aunque sin ser exacto, puede dar una idea de la dimensión e importancia de dichos distribuidores de APPLE en el mercado mayorista de distribución de productos electrónicos). Así, uno de los AAR de APPLE señaló en su contestación a un requerimiento de información¹⁶⁸ que los 4 mayoristas de APPLE en España son **[CONFIDENCIAL]**. Pues bien, tres de estas compañías aparecen en el precedente mencionado y disponen de las siguientes cuotas en el mercado de distribución mayorista de productos electrónicos:

Tabla 21. Mercados mayoristas nacionales de productos electrónicos

MERCADOS MAYORISTAS NACIONALES DE PRODUCTOS ELECTRÓNICOS (TIER 1+ 2) (cuotas en valor)						
Operador	Electrónica de consumo		Productos IT		Ordenadores personales	
	2018	2019	2018	2019	2018	2019
ESPRINET	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
GTI	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
ESPRINET+GTI	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
TECH DATA	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
INGRAMICRO	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
ARROW ECS	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
MCR	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%

Fuente: Anexo 1 de la contestación al RI II APPLE (folio 4247)

- (229) No se ha identificado ninguna otra fuente de información que proporcione información más detallada sobre la cuota de APPLE y de sus principales competidores en los mercados de la distribución mayorista y minorista de productos electrónicos en España, con la excepción de las consideraciones que se realizan en el siguiente apartado para la distribución minorista en línea de productos electrónicos.

3.5. Mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España

- (230) Como se ha explicado, los precedentes de las autoridades de competencia han considerado distintas posibilidades de sub-segmentar la distribución minorista y, en el presente caso, aunque no sea necesario cerrar la definición concreta de mercado, se considera que las conductas investigadas afectan a un sub-segmento concreto de la distribución minorista: el de la venta en línea de productos electrónicos.
- (231) En este sentido, conviene indicar que ya algunos de los precedentes mencionados apuntaban a la posible existencia de un mercado de venta

¹⁶⁷ C/1120/20 ESPRINET/GTI.

¹⁶⁸ Ver respuesta de ASSECO SPAIN, S.A. a la pregunta 7 del requerimiento (folio 1650).

minorista de productos electrónicos (i.e. productos informáticos y de comunicación)¹⁶⁹.

(232) Por otro lado, son varios los precedentes en los que las autoridades de competencia de nuestro entorno han sub-segmentado los mercados en función de si el canal de comercialización empleado es en línea o fuera de línea (*online* v. *offline*):

- La CNMC ha diferenciado entre venta en línea y fuera de línea en varias decisiones, entre las que cabe destacar su decisión C/1166/21 - *MEDIA MARKT SATURN/ACTIVOS WORTEN*; además consideró que la prestación de servicios de contratación de taxis a través de un intermediario (ya sea a través de medios tradicionales – radioemisora – o telemáticos), no forma parte del mismo mercado que la contratación directa del taxi en la calle en su decisión C/0802/16 *DAIMLER/HAILO/MYTAXI/NEGOCIO HAILO*; y definió un mercado estrecho de comparación de seguros en línea en su decisión C/1147/20 *BAUER ACIERTO*.
- La autoridad de competencia de Reino Unido ha considerado que los mercados de venta en línea y fuera de línea constituían mercados de productos separados en varias decisiones: (i) *Ladbroke's/Coral*; (ii) *Amazon/The Book Depository*; (iii) *Yoox/Net-a-Porter*; y (iv) *Mapil Bidco/Chain Reaction Cycles*.
- La autoridad de competencia belga consideró en el caso *Boulangier Group*¹⁷⁰ que los mercados de la venta minorista en línea de productos de las categorías marrón, blanco y gris¹⁷¹ constituían un mercado separado de la venta fuera de línea.
- La autoridad checa de la competencia, en su decisión *Rockaway/Netretail*¹⁷², definió un mercado separado para la venta en línea de productos de consumo que, además, sub-segmentó según tipos de productos (electrónicos – y dentro de estos en categorías más estrechas como móviles, etc.-, ropa y zapatos, juguetes, etc.).

¹⁶⁹ Ver C/1166/21 *MEDIA MARKT SATURN/ACTIVOS WORTEN*.

¹⁷⁰ *Boulangier/HTM – Kröfel*, decisión ABC-2019-C/C-40, (2019).

¹⁷¹ De acuerdo con los precedentes mencionados, los productos que integran estas categorías son: gama marrón (productos fotográficos, de audio, de TV y de juegos, reproductores de DVD, cámaras de video, etc.); gama gris (dispositivos informáticos y de comunicación - incluidos equipos y programas informáticos para ordenadores, comunicaciones, accesorios/periféricos-, ordenadores personales, pantallas, teclados, impresoras, software y teléfonos, etc.); y gama blanca (grandes electrodomésticos – como aparatos de cocina, campanas, lavavajillas, etc. – y pequeños electrodomésticos – como freidoras, mini hornos, tostadoras, sandwicheras y gofres, etc.-).

¹⁷² *Netretail Holding B.V./Rockaway Capital SE*, caso S0223/2016/KS), (2016).

- La CE ha diferenciado un mercado separado de venta en línea en varias ocasiones¹⁷³.
- (233) En este caso, las prácticas investigadas afectan a la comercialización de productos electrónicos (i.e. los productos de la marca APPLE¹⁷⁴) en la Página Web de AMAZON en España (i.e. canal en línea¹⁷⁵), por lo que se considera que el mercado afectado es el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España.
- (234) A juicio de APPLE la DC se habría equivocado al distinguir, dentro de la distribución de productos de consumo electrónicos, entre el canal en línea y el canal fuera de línea. Considera APPLE que se trata de una distinción arbitraria que no es consistente con la práctica de la Comisión Europea en decisiones como M.6226 y M.7259 en las que el test de mercado señala que los consumidores consideran sustitutivos la venta en línea y la venta fuera de línea. Considera APPLE que también la decisión de la CNMC en el asunto C/1290/22 señalaría que los canales en línea y fuera de línea para la electrónica de consumo forman parte con toda probabilidad del mismo mercado relevante.
- (235) También señala AMAZON que la Propuesta de Resolución obvia el hecho de que AMAZON opera en un sector muy competitivo y fragmentado, como es el de la distribución minorista. En este sentido, el análisis del SSNIP test aportado en su informe determinaría, a su juicio, que el mercado debe abarcar tanto las ventas en línea como las ventas fuera de línea al ser sustitutivas más que complementarios para los consumidores finales y que ello sería consistente con precedentes recientes de la autoridad de competencia francesa (FNAC/DARTY).
- (236) Tanto APPLE como AMAZON alegan que el órgano instructor no habría sustentado su conclusión en evidencias y que interpreta erróneamente ciertos precedentes o emplea otros no aplicables por ser distintos mercados de producto. Añaden que no hay diferencia a nivel de precio entre ambos canales y que las restricciones competitivas que ejerce el canal fuera de línea sobre el canal en línea son relevantes. Las imputadas alegan que esta delimitación es relevante de cara a considerar la aplicación del Reglamento de verticales pues si no se distingue entre canales la cuota de mercado de AMAZON sería inferior al 30%.
- (237) Por otro lado, la Propuesta de Resolución indica que *“las conductas investigadas afectan a un sub-segmento concreto de la distribución minorista: el de la venta en línea de productos electrónicos”*. AMAZON alega que la Propuesta de

¹⁷³ Ver, por todas, de junio de 2020, la decisión M.9894 – MOBILUX / CONFORAMA FRANCE, párrafo 13.

¹⁷⁴ iPod, Mac, APPLE TV, iPhones, iPads; APPLE Watches; Auriculares APPLE (AirPods y Beats); y otros accesorios.

¹⁷⁵ www.amazon.es.

Resolución delimita de forma excesivamente estrecha un mercado nacional para la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a vendedores pero que, sin embargo, deja abierta la concreta definición de mercado de venta de productos electrónicos¹⁷⁶. A juicio de AMAZON, la PR se contradice en este aspecto, al posteriormente, identificar un subsegmento de la distribución minorista. Sin embargo, las partes no refutan que las conductas investigadas afectan a este concreto segmento de la venta minorista de productos electrónicos, i.e. la venta en línea.

- (238) En relación con los precedentes europeos invocados por APPLE conviene realizar ciertas precisiones:
- Por un lado, la DC recabó evidencias contemporáneas que sustentan su análisis. Se refleja a partir de las mismas (i) que el comercio electrónico pasó de 10.917 millones de euros en 2011 a 16.259 millones en 2014, habiendo alcanzado los 50.382 millones de euros en 2019 y (ii) que los productos electrónicos son una de las categorías más vendidas en línea (párrafo 214 del PCH). En cambio, los datos incluidos en los precedentes comunitarios citados por APPLE resultan obsoletos, pues la decisión de la CE en el asunto M. 6226 data de 2011 y la del caso M. 7259, de 2014, y afectan al comercio electrónico, que es un sector que ha crecido exponencialmente en España en los últimos años tanto a nivel agregado como en el caso específico de los productos electrónicos. Los cambios en los patrones de comportamiento del consumidor y en el comportamiento de los distribuidores minoristas en mercados tan cambiantes como los digitales no pueden ser extrapolados desde precedentes de 2011 y 2014.
 - Por otra parte, el precedente C/1290/22 no es relevante, dado que no versa sobre productos electrónicos sino sobre alimentos para mascotas y en el mismo no se aborda una eventual distinción entre los canales en línea y fuera de línea porque se opta por analizar el mercado estrecho de venta minorista de alimentos dietéticos a través del canal veterinario. Esto es, se analizaba un único y muy especializado canal de distribución, el veterinario, que era el único en el que estaban presentes las partes.
- (239) En cuanto a los precedentes citados por AMAZON, ciertamente en varios pronunciamientos recientes de la autoridad de defensa de la competencia francesa se indica en relación específicamente con el mercado francés que no corresponde distinguir entre el canal en línea y el canal fuera de línea a la vista de la evolución de estos mercados.
- (240) En todo caso ha de destacarse que la mayoría precedentes de otras autoridades dejan abierta la definición de mercado y que precedentes recientes (singularmente la Resolución de la sala de Competencia del Consejo de la

¹⁷⁶ Alegaciones de Amazon a la PR, párrafos 381, 432, 434 y ss.

CNMC de fecha 23 de febrero de 2021 en el caso C/1166/21, referida precisamente al mercado español) dejan abierta la posibilidad de distinguir un mercado diferenciado para productos y servicios en línea y analizan mercados nacionales.

- (241) Al no cerrarse la definición de mercado tampoco se define su ámbito geográfico si bien se expone que se analizará el mercado nacional, lo cual es a su vez coherente con los precedentes citados que han tendido a analizar mercados nacionales aun dejando abierta la definición.
- (242) **Dado que los productos de APPLE son claramente electrónicos y que AMAZON tan sólo ofrece productos en línea, resulta evidente que el análisis de los acuerdos controvertidos debe centrarse en la venta de productos electrónicos en línea en España.**
- (243) Para el análisis de un asunto en el que se imputa una infracción por el objeto relativa a un acuerdo entre APPLE y AMAZON sobre revendedores autorizados a vender productos electrónicos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España y sobre cláusulas relativas a publicidad y marketing en el mismo canal, no es preciso cerrar la definición de este mercado ni llegar a una conclusión definitiva sobre si el mismo ha de incluir o no las ventas fuera de línea junto con las ventas en línea.

3.5.1. La importancia del comercio electrónico o venta en línea en España

- (244) A continuación, se describirán las características de este mercado, así como la posición de las partes en el mismo.
- (245) La importancia del comercio electrónico en España puede apreciarse en los siguientes datos¹⁷⁷:
- En 2019, las ventas realizadas a través de Internet superaron por primera vez los 50.000 millones de euros (de esta forma, el sector crece un 21,4% respecto al año anterior y un 210% en los últimos 5 años)¹⁷⁸;
 - cada comprador gasta una media de 2.076 euros en compras en línea, habiéndose duplicado la cifra desde 2015 (1.016 euros)¹⁷⁹;
 - el número de personas que compran a través de Internet también crece, sumándose 2,6 millones de internautas a la compra en línea hasta los

¹⁷⁷ Ver informe elaborado por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital sobre el comercio electrónico en España en 2020 con datos relativos a 2019, “*El comercio electrónico B2C en España en 2019*”, que puede ser consultado aquí: <https://www.ontsi.es/es/node/15088>

¹⁷⁸ Página 7.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

24,3 millones, lo que supone un crecimiento del 12,2% respecto al año anterior¹⁸⁰;

- el porcentaje de internautas compradores se sitúa en un 76,4% del total de internautas (4,4 puntos porcentuales más con respecto a 2018)¹⁸¹;
- en torno a 17 millones de consumidores compran en mercados en línea de forma habitual¹⁸²;
- 7 de cada 10 internautas prefieren comprar en portales con múltiples vendedores o mercados en línea¹⁸³;
- los usuarios se decantan por comprar en los mercados en línea por la variedad de productos, mejores precios y la presencia de opiniones de otros compradores¹⁸⁴;
- la alternativa preferida por el 40% de los compradores en línea es la compra directa en las webs de los fabricantes o distribuidores¹⁸⁵; y
- sigue existiendo margen de crecimiento (el 74,8% de quienes no habían comprado en 2019, pero sí lo habían hecho en el pasado, afirmó que sí comprarían de nuevo en el futuro; y, entre los internautas que nunca habían comprado online, el 38,3% afirmó que probable o seguramente lo haría en un futuro)¹⁸⁶.

(246) El tamaño y crecimiento del mercado del comercio electrónico puede observarse en el siguiente gráfico:

¹⁸⁰ *Ibidem.*

¹⁸¹ *Ibidem.*

¹⁸² Página 9.

¹⁸³ Página 28.

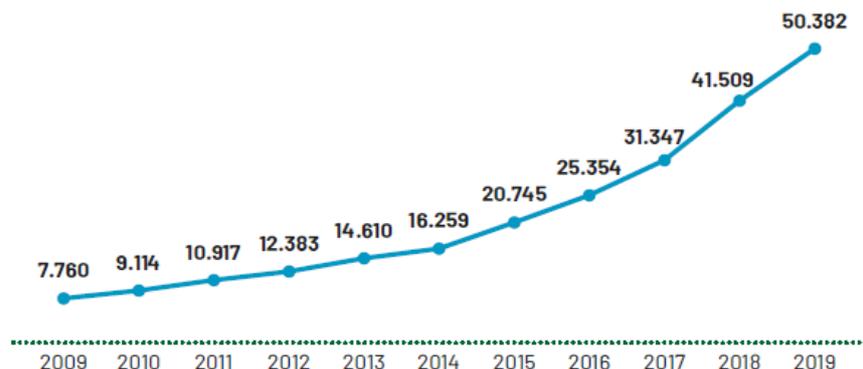
¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ Página 9.

¹⁸⁶ Página 10.

Imagen 4. Volumen de negocio del comercio electrónico B2C en España

FIGURA 3. 1. VOLUMEN DE NEGOCIO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO B2C EN ESPAÑA (EVOLUCIÓN 2009-2019) (MILLONES €)



Fuente: panel hogares, ONTSI (2008-2017), encuesta INE y Encuesta online de comercio electrónico, ONTSI. (2018-2019).

Fuente: Informe del Mineco “El comercio electrónico B2C en España en 2019”.

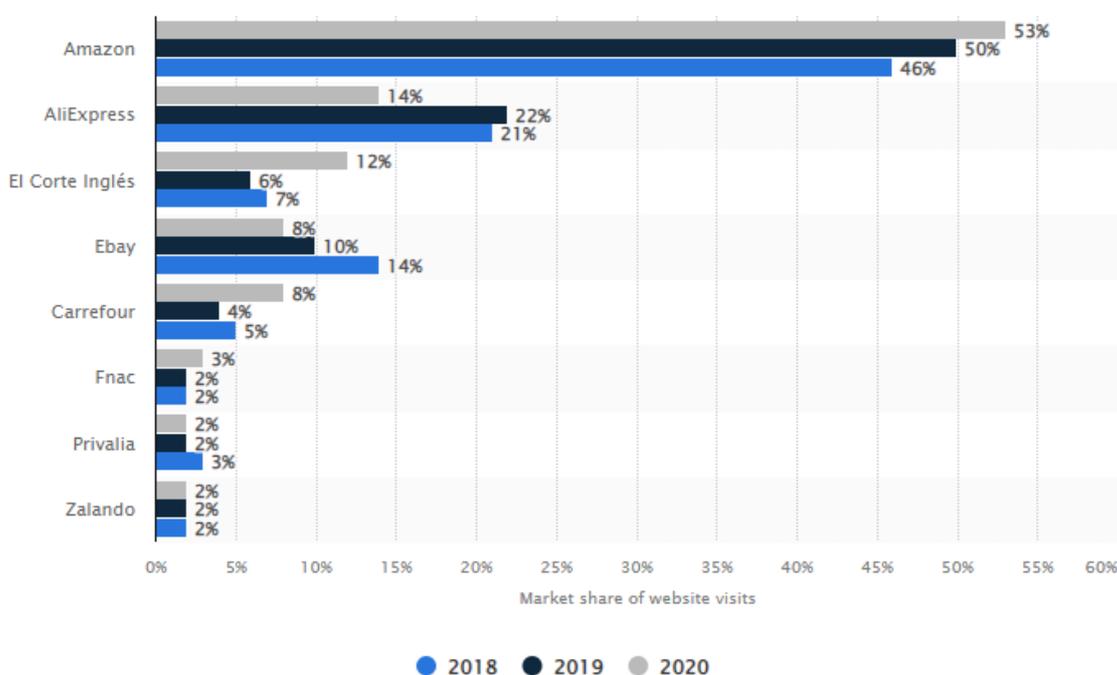
- (247) Esta tendencia ha continuado como muestra el informe “Compras *online* en España. Edición 2021” de la Ontsi. De acuerdo con este informe, la comodidad (80,7 %), seguido de la rapidez en el proceso de compra (49,7 %), los precios (47,3 %) y evitar aglomeraciones (44,2 %) son las principales motivaciones para comprar en línea. Además, la tendencia de crecimiento se mantiene en 2022, donde se espera que el ticket medio del consumidor en línea será de 146,32 €, un 25% más que en 2021¹⁸⁷.

3.5.2. La posición de AMAZON dentro del comercio electrónico en España

- (248) Una vez determinada la importancia del comercio electrónico en España, se muestra a continuación la cuota de mercado por tráfico web de los principales mercados en línea en España (años 2018 a 2020, de manera que también puede apreciarse la evolución de los mismos):

¹⁸⁷ <https://www.elmundofinanciero.com/noticia/104688/empresas/el-ecommerce-esquiva-la-recesion:-el-ticket-medio-del-consumidor-online-sera-de-146.32--en-2022-un-25-mas-que-en-2021.html>

Imagen 5. cuota de mercado por tráfico web de los principales mercados en línea en España (años 2018 a 2020)



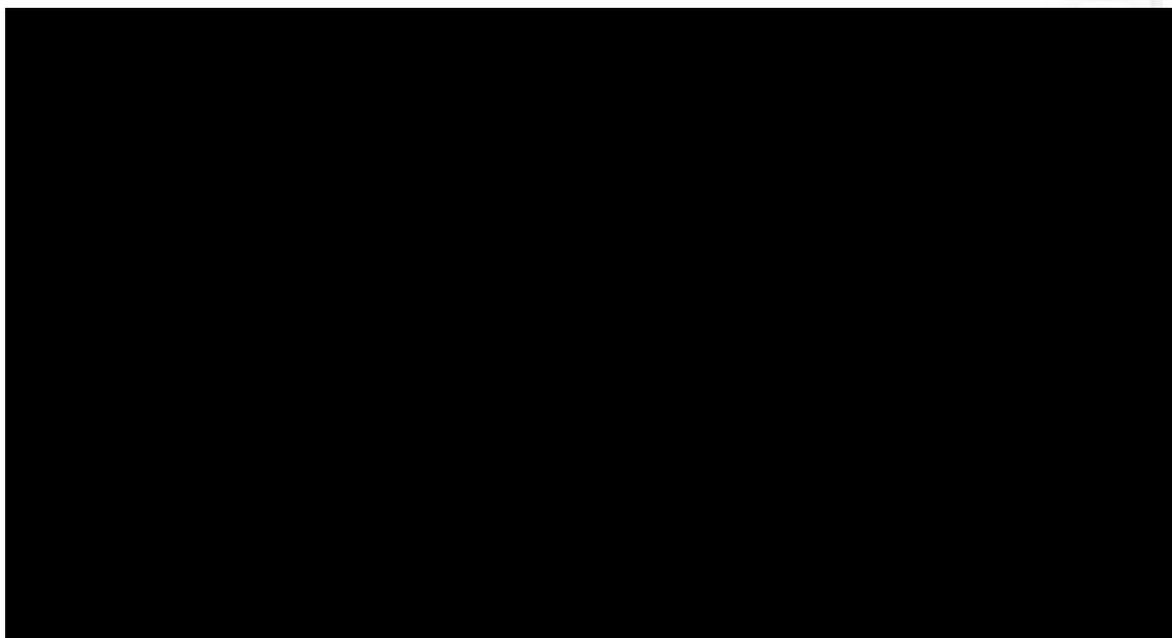
© Statista 2022

Fuente: Statista¹⁸⁸

- (249) Como puede observarse, desde un punto de vista estático, en 2020 (línea gris), AMAZON fue el principal mercado en línea por cuota de mercado en tráfico web en España ([50-60]%), seguido de lejos por el segundo operador, AliExpress ([10-20]%), y el tercero, el Corte Inglés ([10-20]%), teniendo el resto de operadores cuotas inferiores al 10%. Además, desde un punto de vista dinámico, se observa cómo la cuota de AMAZON no ha parado de crecer desde 2018, mientras que, por ejemplo, la de AliExpress ha disminuido con el paso del tiempo.
- (250) Por otro lado, atendiendo a los ingresos por ventas de los principales mercados en línea en España en 2019, la clasificación sería la siguiente:

¹⁸⁸ <https://www.statista.com/statistics/1236881/online-marketplaces-market-share-by-websites-visits-spain/>

Imagen 6. ingresos por ventas de los principales mercados en línea en España en 2019



Details: Spain; Marketing 4 Ecommerce; E-Show Magazine; 2019

© Statista 2022

Fuente: Statista¹⁸⁹

- (251) Como puede observarse, de nuevo, AMAZON es el principal operador del mercado del comercio electrónico en España por ingresos por ventas, seguido de lejos por AliExpress y el resto de empresas.
- (252) De acuerdo con lo anterior, si se tiene en cuenta que el volumen del comercio electrónico en España fue de 50.382 millones de euros en 2019, y que AMAZON realizó unas ventas de **[CONFIDENCIAL]** millones de euros en 2019, la cuota de mercado de AMAZON en el mercado de la venta minorista en línea en España en 2019 fue de un **[10-20]**% (muy alejado del segundo operador, **[CONFIDENCIAL]** que tuvo una cuota del **[0-10]**%)¹⁹⁰.

¹⁸⁹ <https://www.statista.com/statistics/895293/ranking-from-business-from-ecommerce-by-turnover-in-spain/>

¹⁹⁰ Otros estudios indican que, en España, entre el 35 y el 40% de las ventas online se producen en Amazon (ver la referencia a los datos de la agencia Amazing, que se recogen en esta web: <https://www.reasonwhy.es/actualidad/inicio-busqueda-compras-online-amazon-google-marketplaces>).

- (253) De acuerdo con Statista¹⁹¹ en 2022 AMAZON fue el mercado en línea líder en España: casi el **[80-90]**% de los compradores en línea usaron AMAZON, frente al **[50-60]**% que empleó ALIEXPRESS y el **[40-50]**% de EL CORTE INGLÉS. En esta misma línea el informe “Amazon Shopper Report 2022” realizado por Remazing¹⁹² señala que AMAZON es el mercado en línea más conocido de España (lo conoce el 93% frente al 82% que conoce AliExpress y el 64% El Corte Inglés), el 90% de los españoles ha comprado alguna vez en AMAZON.

3.5.3. La venta en línea de productos electrónicos en España

- (254) Dentro del comercio electrónico en España, una de las categorías de productos más vendida es la de productos electrónicos.
- (255) Así, en España, las siguientes categorías de productos son las más vendidas en línea¹⁹³:

¹⁹¹<https://www.statista.com/statistics/1236867/leading-online-marketplaces-consumers-penetration-spain/>

¹⁹²<https://remazing.eu/es/2022/08/08/amazon-shopper-report-2022-conclusiones-clave/>. Informe citado por ICEX.

¹⁹³ Ver informe elaborado por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital sobre el comercio electrónico en España en 2020 con datos relativos a 2019, “*El comercio electrónico B2C en España en 2019*”, que puede ser consultado aquí: <https://www.ontsi.es/es/node/15088>, página 31.

Imagen 7. Categorías de productos más vendidas en línea

TABLA 4. 9. BIENES Y SERVICIOS ADQUIRIDOS POR INTERNET (% Y Nº ABSOLUTO DE INTERNAUTAS COMPRADORES)

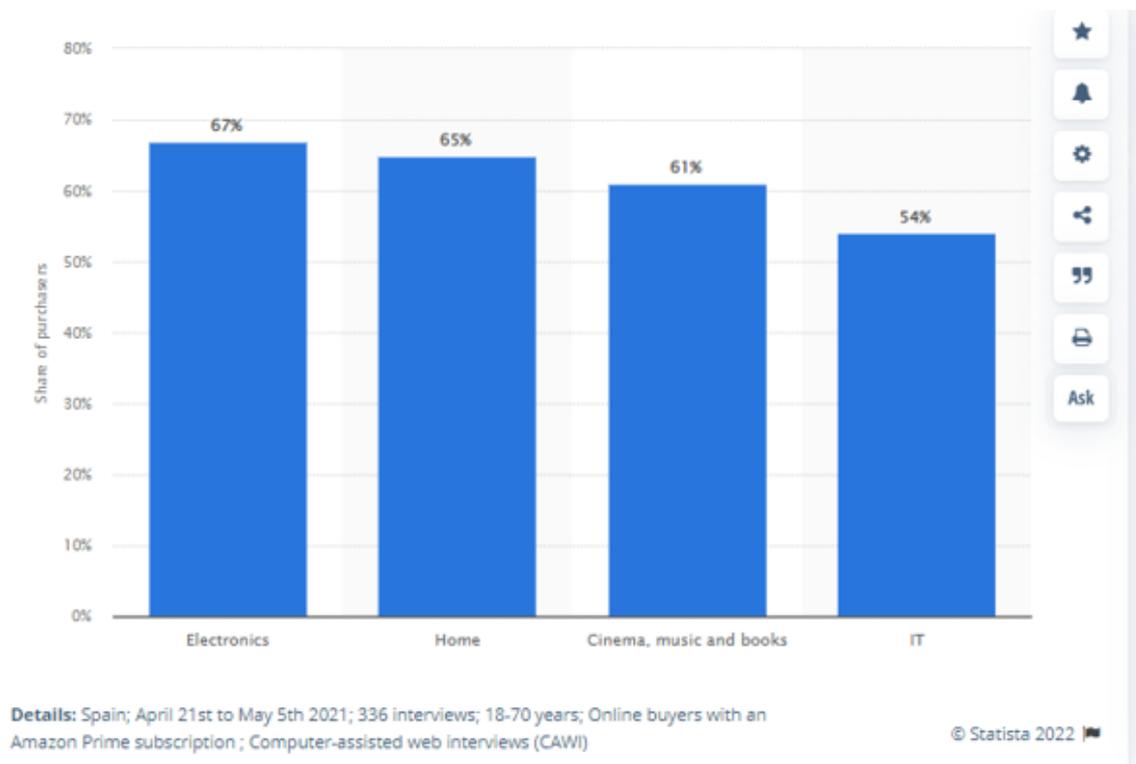
CATEGORÍA DE BIENES Y SERVICIOS MÁS ADQUIRIDOS	PORCENTAJE COMPRADORES	NÚMERO DE COMPRADORES
Ropa, calzado y complementos	59,2	14.364.099
Reserva de alojamiento y paquetes turísticos	52,1	12.646.006
Entradas para espectáculos y eventos (cine, teatro, arte, deportes, ferias, etc.)	49,0	11.892.427
Billetes de transporte (avión, tren, autobús, barco, taxi, metro...)	45,3	10.995.418
Comida a domicilio de restaurantes	38,5	9.332.617
Ocio, restaurantes, servicios personales y experiencias	33,6	8.152.996
Salud y cuidado personal (cosmética, perfumería, farmacia, parafarmacia, etc.)	32,4	7.873.037
Electrodomésticos, muebles, hogar, bricolaje y jardín	30,5	7.393.735
Teléfonos móviles, smartphones y accesorios relacionados	30,3	7.361.930
Deporte y fitness (ropa deportiva, accesorios y otros productos)	24,6	5.967.177
Alimentación, bebidas y productos de limpieza del hogar	23,7	5.753.218
Ordenadores, tabletas, accesorios y otros productos de electrónica (sonido, fotografía y video)	22,6	5.477.793
Juguetes y juegos de mesa	22,2	5.389.242
Libros, cómics, revistas y periódicos en formato físico	20,4	4.947.679

Fuente: Informe del Mineco “El comercio electrónico B2C en España en 2019”

- (256) Así, se puede comprobar cómo los productos electrónicos son una de las categorías de productos más vendidas en línea (con un 30% de compradores y con más de 7 millones de compradores en 2019).
- (257) Lo anterior también se puede comprobar si se atiende a las categorías de productos más vendidas entre los suscriptores de Amazon Prime¹⁹⁴ en España en 2021:

¹⁹⁴ Servicio de suscripción de AMAZON por el que se paga una cuota mensual para acceder a servicios adicionales (como la opción de video bajo demanda) y a ventajas adicionales (como no pagar gastos de envío o plazos de entrega más cortos). Ver aquí: <https://www.amazon.es/amazonprime>.

Imagen 8. Categorías de productos más vendidas entre los suscriptores de Amazon Prime



Fuente: Statista¹⁹⁵

- (258) Como puede observarse, la categoría más vendida corresponde a los productos electrónicos, seguida de cerca por los productos del hogar, por productos de cine música y libros y, por último, de productos de tecnología de la información.

3.5.4. La posición de AMAZON en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos en España

- (259) Si se atiende a las ventas netas, la clasificación de las tiendas en línea más importantes en España en 2021 en el segmento de los productos electrónicos es la siguiente¹⁹⁶:

¹⁹⁵ <https://www.statista.com/statistics/1237015/most-purchased-categories-amazon-prime-members-spain/>

¹⁹⁶ El gráfico solo recoge a los 5 primeros operadores en el mercado (no obstante, la lista completa de operadores que se ha tenido en cuenta puede consultarse aquí: <https://ecommercedb.com/en/ranking/es/consumer-electronics>).

Imagen 9. clasificación de las tiendas en línea más importantes en España en 2021 en el segmento de los productos electrónicos

The screenshot shows the 'ecommerceDB' website interface. At the top, there are navigation links: 'Pricing', 'Stores', 'Markets', 'Marketplaces', 'Reports', and 'News'. The main content area is titled 'Top Online Stores: Electronics & Media in Spain IN 2021'. Below the title is a table with the following data:

#	Online Store	Net Sales	Market Share
1.	amazon.es	> US\$2,500m	35% - 40%
2.	pccomponentes.com	> US\$500m	5% - 10%
3.	elcorteingles.es	> US\$500m	5% - 10%
4.	apple.com	> US\$300m	5% - 10%
5.	mediamarkt.es	> US\$300m	0% - 5%

Below the table, there is a link 'See all Stores' and a footer note: 'Additional information: Show sources'.

Fuente: ecommerceDB

- (260) Como puede observarse, el principal operador en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos en España en 2021 por ventas netas es AMAZON, con una cuota del 35-40%, seguido muy de lejos el segundo operador, PC Componentes, que tendría una cuota del 5-10% (al igual que el segundo y tercer operador, El Corte Inglés y Apple). A partir del quinto operador, Media Markt, las cuotas son todas de entre un 0-5%.
- (261) En este sentido, el informe “Amazon Shopper Report” 2022 citado por ICEX¹⁹⁷ señala que **AMAZON es el lugar de referencia a la hora de buscar productos de electrónica (el 67% usa AMAZON como primera opción de búsqueda). Añade el informe que “la categoría preferida por los compradores españoles en AMAZON es sin duda la electrónica (53%)”**. Por su parte STATISTA¹⁹⁸ señala que en 2021 la categoría de productos más comprada en mercados electrónicos fueron los dispositivos móviles y los accesorios ([50-60]% de los encuestados afirmaron comprar estos productos en mercados electrónicos).

¹⁹⁷<https://www.emarketservices.es/emarketservices/es/menu-principal/actualizate/noticias/amazon-shopper-report-new2022916695.html>

¹⁹⁸<https://www.statista.com/statistics/777802/products-and-services-bought-in-a-marketplace-spain-by-category/>

- (262) La importancia de la venta en línea de productos electrónicos para el consumidor es reconocida por la propia AMAZON, que indica en su Página Web que “*Los productos electrónicos se han convertido rápidamente en artículos de uso cotidiano, y a los clientes les encanta buscar en Internet las últimas ofertas en tecnología. Muchos productos electrónicos son fáciles de empaquetar y enviar, por lo que se adaptan bien a la venta en línea*”¹⁹⁹.

3.5.5. Conclusión

- (263) En los apartados anteriores se ha observado el peso creciente del comercio electrónico o venta en línea en España y, dentro del mismo, de la categoría de los productos electrónicos (al ser una de las principales categorías de productos vendidas en línea), así como que **AMAZON es el principal mercado en línea en España, tanto en el mercado de la venta en línea en general como en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos en particular.**
- (264) A modo resumen y para facilidad de referencia, se incluyen a continuación las estimaciones de cuotas de AMAZON en España que se han ido recopilando:

Tabla 22. Cuotas de AMAZON en la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores en España

Mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores					
AMAZON	Cuotas 2017	Cuotas 2018	Cuotas 2019	Cuotas 2020	Cuotas 2021
Cuotas de mercado - ingresos por prestación de servicios básicos	[90-100%]	[80-90%]	[80-90%]	[80-90%]	[70-80%]
Cuotas de mercado - ingresos por prestación de todos los servicios (básicos y opcionales)	[90-100%]	[90-100%]	[80-90%]	[80-90%]	[80-90%]
Cuotas de mercado - valor de las ventas generadas por terceros	[80-90%]	[70-80%]	[70-80%]	[70-80%]	[60-70%]

Fuente: elaboración propia con datos del apartado 3.4 del PCH

¹⁹⁹ <https://sell.amazon.com.au/blog/selling-electronics-and-electrical-products-online> (traducción libre de “*Electronics have rapidly become everyday items, and customers love looking online to find the latest deals in tech. Many electronic products are convenient to pack and ship, and are therefore well suited to online selling*”).

Tabla 23. Cuotas de AMAZON en España en la venta en línea

AMAZON	
Cuota de mercado en el mercado de la venta en línea en general (por tráfico web, en 2020)	[50-60]%
Cuota de mercado en el mercado de la venta en línea en general (por valor de las ventas, en 2019)	[10-20]%
Cuota de mercado en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos en particular (por ventas netas en 2021)	[30-40]%

Fuente: elaboración propia con base en las fuentes señaladas *supra*

4. HECHOS ACREDITADOS

4.1. Los contratos entre AMAZON y APPLE

- (265) AMAZON se unió por primera vez al programa de revendedor autorizado de APPLE en abril de 2014 mediante la firma de un contrato estándar, también conocido como *APPLE Authorised Reseller Agreement* o Acuerdo de Reventa Autorizada de APPLE ("**ARA 2014**")²⁰⁰.
- (266) De acuerdo con lo previsto en el ARA 2014 (**y sus modificaciones posteriores**): **i) AMAZON no tenía acceso a la selección completa de productos APPLE, sino que solo estaba autorizado a comercializar una selección limitada del rango de productos de marca Apple [CONFIDENCIAL]; y ii) dicha selección no le era suministrada directamente por APPLE [CONFIDENCIAL]**²⁰¹.
- (267) De acuerdo con AMAZON, antes de la firma de los acuerdos a los que se hace referencia a continuación existían en España al menos **[1.150-1.250]** vendedores de productos APPLE²⁰².
- (268) En **2018**²⁰³, AMAZON y APPLE suscribieron **dos** nuevos contratos: **i) un Acuerdo Global de Principios (*Global Tenets Agreement* o "**GTA**")**²⁰⁴

²⁰⁰ Contestación al RI I AMAZON, párrafo 11 (folio 4602).

²⁰¹ Contestación al RI I AMAZON, párrafo 11 (folio 4602) y párrafo 18 (folios 4603-4604).

²⁰² Ver Anexo 17 de la contestación al RI II AMAZON (folios 5190 a 5204). Se dice **[CONFIDENCIAL]**.

²⁰³ Contestación al RI I AMAZON, párrafo 12 (folio 4602) y anexos citados en el mismo.

²⁰⁴ Firmado entre Apple Inc., Amazon.com Services, Inc. (ahora Amazon.com Services LLC), Apple Distribution International Ltd y Amazon EU SARL.

[CONFIDENCIAL] y ii) un nuevo APPLE *Authorised Reseller Agreement* o Acuerdo de Reventa Autorizada de APPLE ("**ARA 2018**")²⁰⁵.

- (269) De acuerdo con AMAZON, los contratos de 2018 solucionaban las limitaciones anteriores: i) AMAZON conseguía acceso a toda la selección de productos APPLE (**[CONFIDENCIAL]**); y ii) AMAZON podía suministrarse directamente de APPLE ²⁰⁶.
- (270) Tras la firma de los mencionados contratos, solo los APR de APPLE estaban autorizados a vender productos de dicha marca en AMAZON (de acuerdo con APPLE, hasta noviembre de 2021, existían **[10-15]** APR en España ²⁰⁷, número que se eleva hasta **[65-70]** si se tiene en cuenta el número total de APRs incluidos en la lista del Anexo **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018).
- (271) Como se explicará más adelante en detalle, tanto el GTA como el ARA 2018 entraron en vigor el 31 de octubre de 2018.

4.2. Partes implicadas

- (272) ADI y AINC, por parte de APPLE, y, ASI y AEU, por parte de AMAZON, son las empresas que firman el GTA²⁰⁸; mientras que, el ARA 2018 es firmado entre ADI y AEU²⁰⁹.
- (273) Por otro lado, por parte de AMAZON, aunque ASI y AEU son las empresas del grupo que firman los contratos (en el caso de ASI, solo el GTA, y, en el caso de AEU, los dos contratos), por un lado, ASE presta servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores²¹⁰; y, por otro lado, AEC es la entidad responsable de operar los sitios web de las Amazon Store en la UE²¹¹.
- (274) Por tanto, las entidades jurídicas que firman, aplican e implementan los contratos son, por parte de APPLE, ADI y AINC y, por parte de AMAZON, ASI, AEU, ASE, y AEC.
- (275) Dichas entidades jurídicas han participado en las conductas investigadas, que se refieren solo a la Página Web de AMAZON en España, desde la entrada en vigor de los contratos (i.e. el 31 de octubre de 2018 hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción).

²⁰⁵ Firmado entre Apple Distribution International Ltd y Amazon EU SARL.

²⁰⁶ Contestación al RI I AMAZON, párrafo 12 (folio 4602).

²⁰⁷ Ver contestación RI I APPLE (folio 4272).

²⁰⁸ Ver hoja de firmas del GTA (folio 6109 o 6081).

²⁰⁹ Ver hoja de firmas del ARA (folio 3995 y 3998; o 3684 y 3687).

²¹⁰ Contestación al requerimiento de información de fecha 26 de mayo de 2021 ("**RI I AMAZON**"), párrafo 6 (folio 4599).

²¹¹ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 7 (folio 4600).

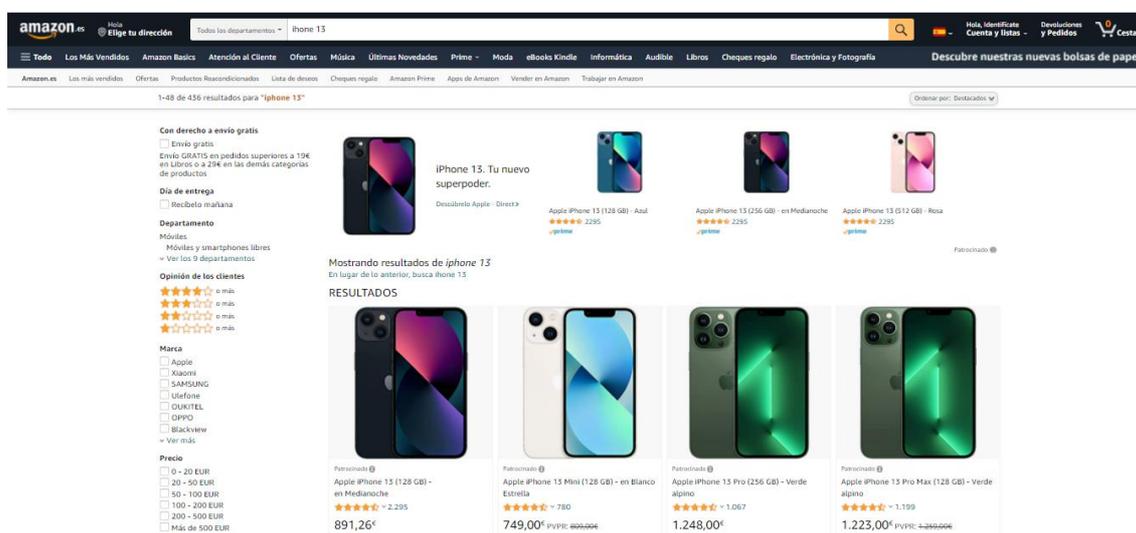
4.3. Las diferentes páginas de AMAZON

- (276) Se explican a continuación las páginas de AMAZON a las que hace referencia el GTA (y se incluyen capturas de pantalla de las mismas para facilitar su comprensión): (i) las páginas de resultados; (ii) las páginas de detalle; (iii) las páginas de la cesta y de tramitar pedido (“*Cart and Check Out*”); y (iv) la página de la tienda APPLE en AMAZON.

4.3.1. Las páginas de resultados

- (277) Las páginas de resultado son las páginas que contienen la información de respuesta a la búsqueda de un consumidor:

Imagen 10. Captura de una página de resultado de AMAZON



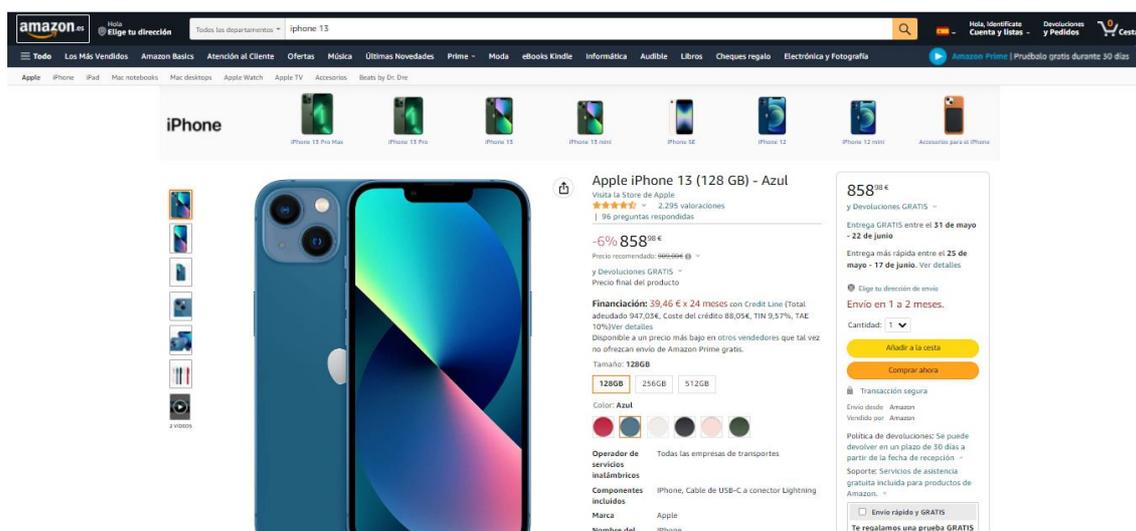
Fuente: www.amazon.es²¹²

4.3.2. Las páginas de detalle (*Product Detail Page* o PDP)

- (278) Las páginas de detalle son las páginas en las que se recoge la información de un producto concreto (es decir, se trataría de la página que aparece cuando se hace clic en algún producto de la lista de resultados de la página de resultado, saldría la siguiente página):

²¹²https://www.amazon.es/s?k=iphone+13&mk_es_ES=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&crd=34IKXEYRBAOYE&srefix=iphone+13%2Caps%2C93&ref=nb_sb_noss_2
(acceso el 9 de mayo de 2020)

Imagen 11. Captura de una página de detalle de AMAZON



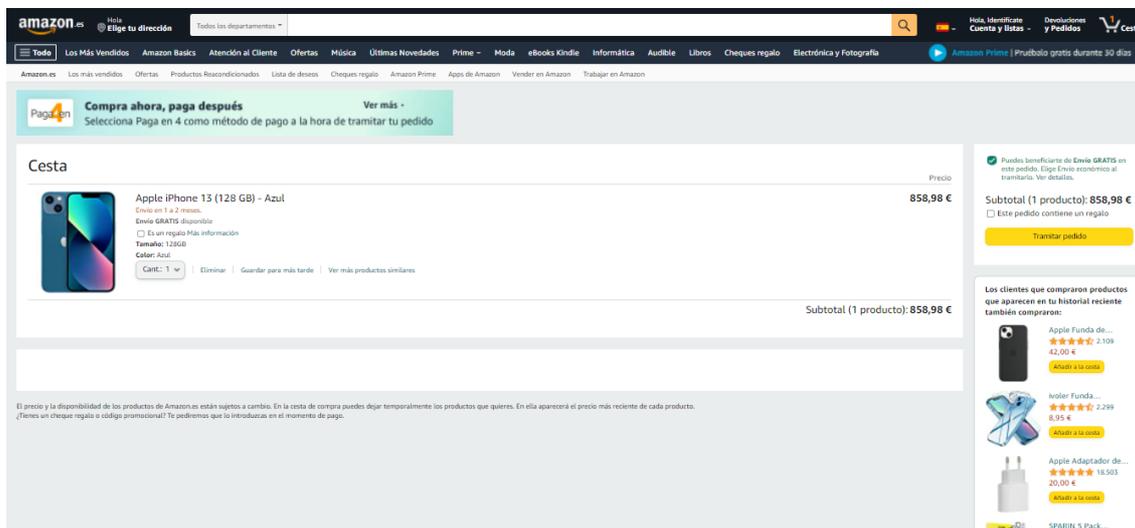
Fuente: www.amazon.es²¹³

4.3.3. Las páginas de la cesta y de tramitar pedido

- (279) Como su propio nombre indica, la página de la cesta de la compra es la página en la que sale la cesta de la compra con todos los productos seleccionados por el consumidor durante su búsqueda. La página de tramitar pedido es la siguiente página, en la que se introduce la dirección de envío y el método de pago, donde aparece un resumen del pedido y el botón de pago que, tras clicarlo, el pedido se realiza y el importe se cobra:

²¹³ https://www.amazon.es/Apple-iPhone-13-128-GB-Azul/dp/B09G9DMQ7M/ref=sr_1_5?_mk_es_ES=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&crd=34IKXEYRBAOYE&keywords=iphone+13&qid=1652086993&sprefix=iphone+13%2Caps%2C93&sr=8-5 (acceso el 9 de mayo de 2020).

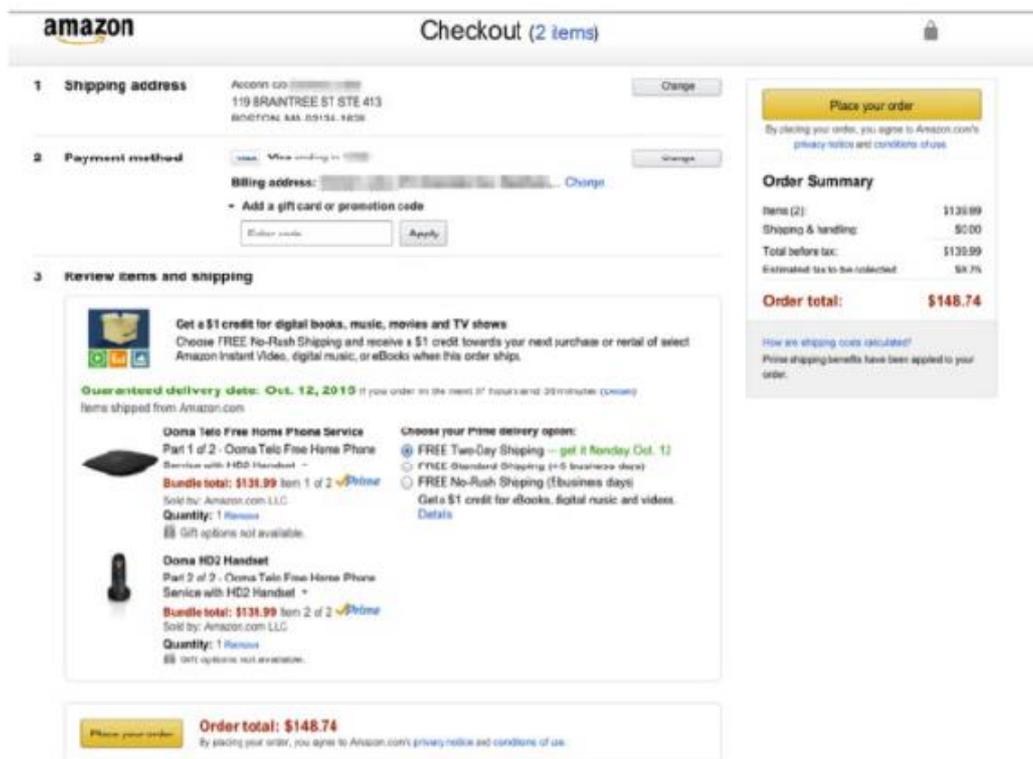
Imagen 12. Captura de cesta de la compra en la web de AMAZON



Fuente: www.amazon.es²¹⁴

²¹⁴ https://www.amazon.es/gp/cart/view.html/ref=dp_atch_dss_cart? (acceso 9 de mayo de 2022).

Imagen 13. Captura de página de tramitar pedido en la web de AMAZON



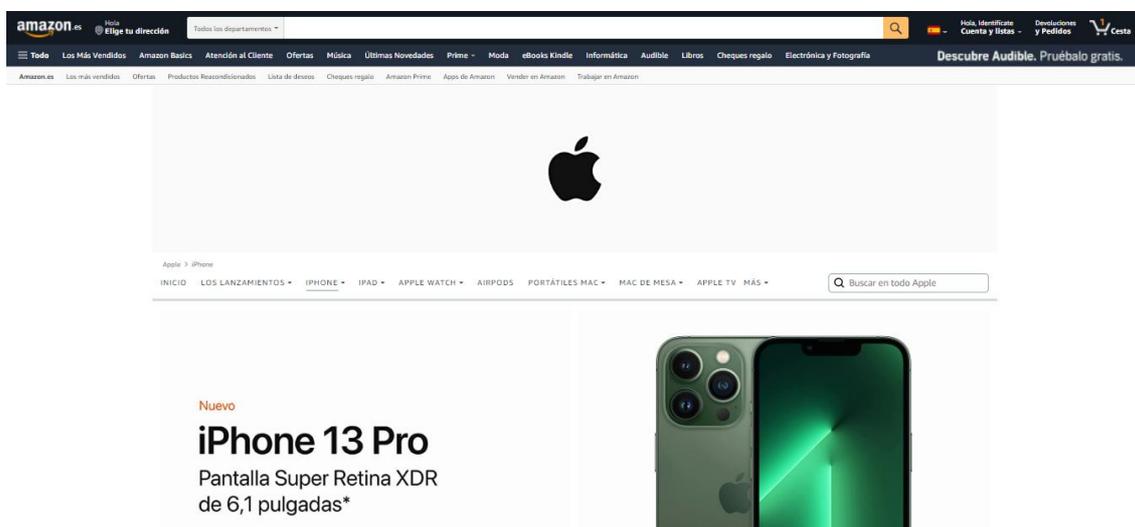
Fuente: Contestación RI II AMAZON, página 25

4.3.4. La página de la Tienda APPLE en AMAZON:

- (280) Es una página específica y temática dedicada a APPLE (como si APPLE tuviera una especie de “tienda en línea” dentro de AMAZON)²¹⁵:

²¹⁵ Basta con poner “tienda APPLE AMAZON” en Google y es el primer resultado que sale.

Imagen 14. Captura de página de tienda APPLE en la web de AMAZON



Fuente: www.amazon.es²¹⁶

4.4. Las cláusulas en cuestión del GTA y del ARA 2018

4.4.1. Cláusulas de exclusión o *Brand Gating*

- (281) En el sector se denomina *Brand Gating* a los acuerdos con determinados fabricantes con la finalidad de evitar, restringir, o, de cualquier otra forma, limitar en la Página Web de Amazon (en el caso de España: <https://www.amazon.es/>): (i) la venta de los productos de dichos fabricantes por parte de terceras empresas (ya sean empresas que compran dichos productos y los revenden online, distribuidores oficiales, no oficiales, etc.); y/o (ii) el número de terceras empresas que pueden vender los productos de dichos fabricantes.
- (282) El GTA contiene en la cláusula **[CONFIDENCIAL]** una estipulación general que puede ser aplicada en cada región (y que es la base del **[CONFIDENCIAL]** al que se hará referencia posteriormente) que estipula que APPLE identificará a una serie de vendedores oficiales que serán los únicos que estarán autorizados para utilizar las Páginas Web de AMAZON (entre ellas, www.amazon.es):

²¹⁶ Ver en el siguiente enlace: https://www.amazon.es/stores/page/9A6BA2A6-4814-4271-9806-A4FBCD6D1702/?_encoding=UTF8&store_ref=SB_A053541824VEO0VMNA8HF&pd_rd_hdr=t&aaxitk=02bfe29cece1937f4760403afae94588&hsa_cr_id=7347886420802&lp_asins=B00F4RASK6%2CB07L77QVKF&lp_query=tienda%20apple&lp_slot=auto-sparkle-hsa-tetris&ref=sbx_be_s_sparkle_ssd_page_0_img&pd_rd_w=FlgRi&pf_rd_p=1aa27132-d4d8-4f6a-aba7-0090113354f6&pd_rd_wg=OEkmY&pf_rd_r=D6TTA44P5ABAX9GJDBT6&pd_rd_r=1df0e889-1e78-4bac-b05f-97a2cbeb9f16 (9 de mayo de 2022).

[CONFIDENCIAL] ²¹⁷ (traducción propia y énfasis añadido).

- (283) Por su parte, el Anexo **[CONFIDENCIAL]** del ARA contiene la lista de distribuidores identificados por APPLE que están autorizados para vender en las Páginas Web de AMAZON (concretamente en las de España, **[CONFIDENCIAL]**):

[CONFIDENCIAL] ²¹⁸ (traducción propia y énfasis añadido).

- (284) Como se explicará más adelante, dicha lista inicial solo incluía a los APR de APPLE como vendedores que podían utilizar las Páginas Web de AMAZON²¹⁹.
- (285) Aunque dicha lista fue modificada el 27 de febrero de 2019²²⁰, solo los APR seguían estando autorizados para vender productos APPLE utilizando las Páginas Web de AMAZON (se incluye a continuación una captura de la mencionada lista modificada en la que se ha subrayado en amarillo la información relativa a España):

²¹⁷ Cláusula 1.b) del GTA: "**[CONFIDENCIAL]**" (folios 4902 y 4903).

²¹⁸ **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018: "**[CONFIDENCIAL]**" (folios 4019 y 4020).

²¹⁹ Ver respuesta a la pregunta 2 del RI I APPLE (folio 4253): "Apple autorizó a [los] APR (incluyendo a todos los APR españoles) a vender Productos Apple en Amazon".

²²⁰ Ver Anexo 10 de la contestación al RI I AMAZON (folio 4646 a 4649).

Imagen 15. Lista de revendedores autorizados a vender en AMAZON tras la entrada en vigor de los acuerdos (**[CONFIDENCIAL]**)

Company Name	Country	Mac	iPhone	iPad	Watch	Beats Wired & Speaker	Beats Wireless	iPod	Apple TV	HomePod	Accessories
[Redacted Content]											

Fuente: contestación al RI I AMAZON (folios 555 y 556)

(286) El **16 de noviembre de 2021**, una vez incoado el expediente, por tanto, y durante el curso de la presente investigación, APPLE (y, en concreto, ADI) presentó un escrito de alegaciones²²¹ en el que comunicaba que a partir de ese momento, se

²²¹ Escrito de alegaciones de APPLE de 16 de noviembre de 2021 (folios 2.590-2.592).

admitiría también al resto de distribuidores autorizados de APPLE ubicados en la Unión Europea (i.e. los APR distintos de los incluidos en la lista del [CONFIDENCIAL], los AAR y los Minoristas) como vendedores autorizados para utilizar las Páginas Web de AMAZON en la Unión Europea, incluida Amazon.es. Añadió que al efecto había enviado comunicaciones a los mencionados distribuidores (copia de las cuales no se anexa al escrito de alegaciones) y que informaría de ello a cualquier nuevo distribuidor.

(287) En resumen, en la Página Web de AMAZON en España (y en el resto de las jurisdicciones europeas en las que existe una web específica de AMAZON: Reino Unido, Italia, Francia, Alemania, Países Bajos, Suecia, y Polonia²²²), desde la entrada en vigor del GTA y del ARA de 2018 (i.e. el 31 de octubre de 2018)²²³ no quedaban autorizados a vender productos de la marca APPLE hasta:

- **al menos el 16 de noviembre de 2021**²²⁴, todos los revendedores oficiales de APPLE menos los APR incluidos en la lista del [CONFIDENCIAL] del ARA 2018 (i.e. los APR de otros Estados miembros distintos de los incluidos en el mencionado [CONFIDENCIAL]; y los AAR y los Minoristas con independencia del Estado miembro de la Unión Europea en el que estuvieran establecidos); y

- **el cierre de la fase de instrucción, todos los revendedores no oficiales (NAR) con independencia del Estado miembro de la Unión Europea en el que estén establecidos.**

(288) Para facilidad de referencia, a la combinación de la cláusula [CONFIDENCIAL] del GTA y al [CONFIDENCIAL] del ARA 2018 se les denominará “Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*”.

4.4.2. Cláusulas de publicidad

(289) La cláusula [CONFIDENCIAL] del GTA establece: (i) que cuando se realice una búsqueda en AMAZON de un producto APPLE, AMAZON solo mostrará anuncios de productos de APPLE en el espacio publicitario superior y en los dos primeros espacios destinados a productos patrocinados en la página de resultados (o en cualquier otro espacio publicitario que aparezca o se cree en los diez primeros resultados de búsqueda); (ii) que cuando se realicen búsquedas en AMAZON por una lista de palabras clave suministradas por APPLE (relacionadas con productos de APPLE), AMAZON no mostrará anuncios en la primera página de resultados ni en las páginas de detalle de AMAZON de

²²² Contestación al requerimiento de información de fecha 23 de febrero de 2022 (“RI IV AMAZON”) (folios 5919-5924).

²²³ Ver indicaciones más abajo en este sentido.

²²⁴ Esta es la fecha de la comunicación a la DC del cambio de política de APPLE. Si bien la habilitación al resto de distribuidores autorizados de APPLE pudo tener lugar con posterioridad, por adoptar el enfoque más conservador, se considerará que la fecha de la comunicación es la fecha en la que se hizo efectivo el cambio.

productos de una serie de marcas competidoras identificadas por APPLE; y (iii) que en las páginas de la cesta y de tramitar pedido (“*Cart and Check Out*”) que contengan productos de APPLE, los anunciantes de productos de las marcas competidoras identificadas por APPLE no pueden pujar por espacios:

[CONFIDENCIAL]²²⁵ (traducción propia y énfasis añadido).

- (290) Se incluyeron una serie de ejemplos de los tres puntos indicados en el primer párrafo de este epígrafe como Anexo 1 del PCH que se adjunta como **Anexo 1** de la presente resolución.
- (291) Por su parte, la cláusula **[CONFIDENCIAL]** establece que, durante el lanzamiento de un nuevo producto de APPLE²²⁶, AMAZON no publicará anuncios de productos de una serie de marcas competidoras identificadas por APPLE – las mencionadas en la cláusula **[CONFIDENCIAL]** anterior - (i) en las páginas de detalle de productos APPLE, (ii) en las páginas de la Tienda Apple en la Página Web de AMAZON; y/o (iii) en los resultados de búsqueda mostrados a los clientes cuando buscan productos APPLE utilizando como término de búsqueda las palabras clave relativas a productos de la marca APPLE – las mencionadas en la cláusula 3.1.(a) anterior:

[CONFIDENCIAL]²²⁷ (traducción propia y énfasis añadido).

- (292) En relación con lo anterior, se incluye a continuación una captura de parte de la lista de palabras clave relativas a productos de APPLE suministrada por APPLE a AMAZON (se incluyen **[10-15]** palabras en el ejemplo, pero la lista tiene **[105-110]** en total en su versión original y **[145-150]** en una adenda de la misma que se realizó posteriormente)²²⁸:

²²⁵ Cláusula **[CONFIDENCIAL]** del GTA: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4907).

²²⁶ **[CONFIDENCIAL]**.

²²⁷ Cláusula **[CONFIDENCIAL]** GTA: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4908).

²²⁸ En la versión original del GTA solo se incluyen **[105-110]** palabras clave (ver la contestación al RI I AMAZON, Anexo 8 (folios 4918-4922)). Sin embargo, AMAZON aportó una versión más actual de dicha lista, que ya incluía los **[145-150]** términos mencionados como Anexo 21 a la contestación al RI I AMAZON (ver folios confidenciales 625-627).

Imagen 16. captura de parte de la lista de palabras clave relativas a productos de APPLE

Global Tenets Agreement
Schedule 1 - Brand Queries

Apple Brand Search Keywords on Amazon

1. apple airpods
2. apple computer
3. apple ear buds
4. apple earphones
5. apple earpods
6. apple headphones
7. apple imac
8. apple imac pro
9. apple ipad
10. apple ipad mini
11. apple ipad pro
12. apple iphone
13. apple iphone 10
14. apple iphone 6
15. apple iphone 6 plus

Expediente: S/0013/21 ID: S8HOKJ - Folio: 4918 Cop

Fuente: contestación al RI I AMAZON (folio 519)

- (293) Por otro lado, también se incluye a continuación un ejemplo de parte de la lista de marcas competidoras identificadas por APPLE²²⁹ cuyos productos, de acuerdo con lo estipulado, AMAZON no puede mostrar cuando se realiza una búsqueda por determinadas palabras clave relativas a productos de APPLE (i.e. la lista de la que se ha aportado un ejemplo arriba) [en la primera columna aparecen las palabras clave relativas a productos de Apple, y, en la segunda columna aparecen hasta 10 marcas competidoras que no podrían aparecer en los resultados – “Brand 1 a 10”, es decir, “Marca 1 a 10”-]:

²²⁹ Anexo 22 a la contestación al RI I AMAZON (folios 629-632 en su versión confidencial salvo para AMAZON y APPLE, y folios 4928-4929, en su versión no confidencial). El cuadro reproduce la versión confidencial de esta respuesta. En la versión no confidencial, se anonimizan las marcas en cuestión y se las sustituye por “Brand n°” y “Competitor n°” respectivamente (es decir, Marca y Nombre del competidor).

Imagen 17. Lista de marcas competidoras identificadas por APPLE

Apple List	Brand 1	Brand 2	Brand 3	Brand 4	Brand 5	Brand 6	Brand 7	Brand 8	Brand 9	Brand 10
homepod**	[Competitor 1]	[Competitor 2]	[Competitor 3]	[Competitor 4]	[Competitor 5]	[Competitor 6]	[Competitor 7]	[Competitor 8]		
apple iphone	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone 10	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone 6	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone 6 plus	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone 6s	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone 6s plus	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone 7	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone 7 plus	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone 8	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone 8 plus	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone se	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone ten	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone x	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone xr	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone xs	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple iphone xs max	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
apple phone	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
iphone	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
iphone 10	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
iphone 6	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]
iphone 6 plus	[Competitor 5]	[Competitor 9]	[Competitor 10]	[Competitor 11]	[Competitor 7]	[Competitor 12]	[Competitor 13]	[Competitor 2]	[Competitor 14]	[Competitor 15]

Fuente: contestación al RI I AMAZON (folio 4928)

- (294) AMAZON²³⁰ ofrece una variedad de servicios publicitarios incluyendo, entre otros, los espacios “productos patrocinados” (*Sponsored Products*) y “marcas patrocinadas” (*Sponsored Brands*). Estos espacios publicitarios en las Páginas Web de AMAZON están disponibles para su compra por los anunciantes (revendedores, marcas, etc.) para la promoción de los productos que son vendidos dentro de la Páginas Web de AMAZON, a fin de alcanzar a los clientes mientras navegan y buscan productos. Los espacios “productos patrocinados” promocionan productos y los espacios “marcas patrocinadas” promocionan marcas. Ambos pueden aparecer en la página de resultados de las consultas de compra y en las páginas de detalle de los productos y son diferentes y distinguibles de los propios resultados de las consultas de compras, en el sentido de que están claramente etiquetados como "Patrocinados" y son fácilmente identificables como anuncios por los clientes.
- (295) Por otro lado, de acuerdo con AMAZON, el porcentaje de consumidores que sólo visitan la primera página de resultados es del 20-30% en general y del 20-30% en España. El porcentaje de aquellos otros que visitan la segunda y siguientes

²³⁰ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 62-64 (folios 4618-4619).

páginas es 70-80% en general y 70-80% en España²³¹. En lo que se refiere al porcentaje de ventas realizadas en la primera página de resultados, el mismo es del 90-100% en general y el 90-100% en España. El porcentaje de ventas realizadas a partir de la segunda página y siguientes es del 0-10% en general y 0-10% en España²³².

- (296) Para facilidad de referencia, a las cláusulas **[CONFIDENCIAL]** junto con la lista de palabras clave de productos de APPLE y la lista de marcas competidoras de APPLE se les denominará las “**Cláusulas de Publicidad**”.

4.4.3. Cláusula de limitaciones al marketing

- (297) La cláusula 3.3 del GTA establece que durante la vigencia del GTA y durante los dos años posteriores, AMAZON no podrá llevar a cabo, sin el previo consentimiento por escrito de APPLE, campañas de marketing y publicidad que: i) estén dirigidas específicamente a clientes que hayan comprado productos APPLE en AMAZON; y ii) fomenten que estos consumidores cambien de un producto APPLE a un producto que no es APPLE; sin perjuicio de que AMAZON pueda dirigir campañas que puedan alcanzar a esos consumidores dentro de audiencias más amplias:

[CONFIDENCIAL]²³³.

- (298) Para facilidad de referencia, a la cláusula **[CONFIDENCIAL]** del GTA se le denominará “**Cláusulas de Limitaciones al Marketing**”.

4.5. La génesis del GTA y del ARA 2018

4.5.1. Los problemas detectados

- (299) AMAZON indica que antes de la firma del GTA y del ARA de 2018, se producían los siguientes problemas en relación con la comercialización de los productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON:
- Falta de suministro de productos APPLE en cantidades adecuadas para satisfacer la demanda de los consumidores: bien por parte de AMAZON (por dos razones: no podía suministrarse directamente de APPLE; y solo podía comercializar **[CONFIDENCIAL]**), bien por parte de los terceros vendedores, que tampoco eran capaces de ofrecer un suministro completo y suficiente de la selección de productos más atractiva²³⁴;

²³¹ Ver contestación al RI II AMAZON, párrafo 81 (folio 4694).

²³² Ver contestación al RI II AMAZON, párrafo 82 (folio 4694)

²³³ Cláusula **[CONFIDENCIAL]** del GTA: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4909).

²³⁴ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafos 18 y 23 (folios 4603-4604, y 4606): **[CONFIDENCIAL]**.

- Presentación deficiente de los productos de APPLE: los terceros vendedores no eran capaces de ofrecer un entorno de ventas atractivo con información completa y precisa sobre los productos APPLE (las ofertas de productos de terceros vendedores derivaban frecuentemente en una presentación deficiente de los productos; p. ej., a menudo, estas ofertas carecían de información de las distintas versiones del producto o utilizaban diferentes estructuras en sus títulos que llevaban a confusión, sin mostrar las variantes de cada producto bajo una misma página descriptiva)²³⁵; y
- Venta de productos falsificados o de imitación: según AMAZON, APPLE justificaba su solicitud [de limitar el número de vendedores] sobre la base de que muchos productos de la marca APPLE ofrecidos por terceros vendedores en Página Web de AMAZON eran falsificados²³⁶.

(300) Por otro lado, APPLE indica que uno de los objetivos principales del GTA y del ARA 2018 fue abordar el gran número productos engañosos, falsificados o peligrosos presentes en la Página Web de AMAZON²³⁷ (APPLE presentó más de **[CONFIDENCIAL]** notificaciones para la retirada de productos a Amazon antes del GTA)²³⁸. Otro problema detectado por APPLE era la presentación deficiente de los productos en la Página Web de AMAZON²³⁹.

4.5.2. Las negociaciones entre AMAZON y APPLE

(301) De acuerdo con AMAZON, “dadas las particularidades de la exitosa marca Apple y su estricto sistema de distribución, el Contrato de Apple **[CONFIDENCIAL]**”²⁴⁰.

(302) Al menos desde **[CONFIDENCIAL]**, tuvieron lugar reuniones entre representantes de ambas compañías y, aunque en la **[CONFIDENCIAL]**, se evidencia que ya era parte de las discusiones que mantenían las compañías. Así se desprende del correo **[CONFIDENCIAL]**. En el mismo se recoge expresamente lo siguiente: “**[CONFIDENCIAL]**”²⁴¹. También el correo interno de AMAZON de 4 de octubre de 2017 se hace referencia a “gating” y a que **[CONFIDENCIAL]**²⁴².

²³⁵ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 18 (folios 4603-4604).

²³⁶ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 19 (folio 4604): **[CONFIDENCIAL]** .

²³⁷ Ver contestación a RI I APPLE, respuesta a pregunta 2 (folio 4253).

²³⁸ Ver contestación a RI I APPLE, respuesta a pregunta 7 (folio 4260).

²³⁹ Ver contestación a RI I APPLE, respuesta a pregunta 3 (folio 4254-4259).

²⁴⁰ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 17 (folio 4603).

²⁴¹ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: “**[CONFIDENCIAL]**” (folios 4719 y 4720).

²⁴² Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4.720).

(303) En una **[CONFIDENCIAL]**, se adjunta un **[CONFIDENCIAL]**^{243 244}:

Tabla 24. Contenido del documento de **[CONFIDENCIAL]**

Elemento a discutir	Petición de APPLE	Consideraciones de AMAZON
[CONFIDENCIAL] ²⁴⁵	[CONFIDENCIAL] ²⁴⁶ .	[CONFIDENCIAL] ²⁴⁷ .
[CONFIDENCIAL] ²⁴⁸	[CONFIDENCIAL] ²⁴⁹ .	[CONFIDENCIAL] ²⁵⁰ .
[CONFIDENCIAL] ²⁵¹ .	[CONFIDENCIAL] ²⁵² .	[CONFIDENCIAL] ²⁵³ .

²⁴³ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia. En concreto, se trata de un documento recabado por dicha autoridad durante las inspecciones realizadas en la sede de AMAZON. Se trata de una **[CONFIDENCIAL]**.

²⁴⁴ Todas las citas de la tabla se refieren al documento interno de AMAZON mencionado en la nota al pie anterior en el que se recoge **[CONFIDENCIAL]**. Se trata de citas literales (traducción propia) pero que se han ordenado de distinta forma a la que aparecen en el documento para extraer solo la información relevante para la investigación y facilitar su lectura.

²⁴⁵ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4736): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁴⁶ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4736): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁴⁷ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4736): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁴⁸ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4736): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁴⁹ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4736): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁵⁰ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4737): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁵¹ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4737): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁵² Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4737): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁵³ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4737): **[CONFIDENCIAL]**.

[CONFIDENCIAL] ²⁵⁴	[CONFIDENCIAL] ²⁵⁵ .	[CONFIDENCIAL] ²⁵⁶ .
[CONFIDENCIAL] ²⁵⁷	[CONFIDENCIAL] ²⁵⁸	[CONFIDENCIAL] ²⁵⁹ .

Fuente: Documentación aportada por la autoridad italiana de la competencia

- (304) A principios de **[CONFIDENCIAL]**, en varios correos electrónicos internos de APPLE se menciona: **[CONFIDENCIAL]**²⁶⁰.
- (305) De acuerdo con AMAZON, frente a la postura de APPLE de admitir en AMAZON solo a los APR, AMAZON intentó negociar **[CONFIDENCIAL]**. En definitiva, AMAZON indica que APPLE solo permitiría que un subgrupo de los revendedores autorizados, elegidos por APPLE, continuasen vendiendo productos APPLE en la Página Web de AMAZON²⁶¹ [los APR]. Así, de acuerdo

²⁵⁴ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4738): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁵⁵ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4738): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁵⁶ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4738): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁵⁷ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4739): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁵⁸ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4739): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁵⁹ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4740): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁶⁰ Documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]**.

²⁶¹ Ver contestación al RI I de AMAZON, párrafo 19 (folio 4604)

con AMAZON esto era una “*conditio sine qua non*” impuesta por APPLE para conceder a AMAZON un suministro completo de todos los productos de APPLE.

- (306) Lo anterior también es reconocido por APPLE que sostiene que **[CONFIDENCIAL]**²⁶².
- (307) También en **[CONFIDENCIAL]**, en una serie de emails internos de AMAZON en los que se recoge el estado de las negociaciones entre APPLE y AMAZON para preparar una reunión entre dichas empresas se dice que APPLE solicita “**[CONFIDENCIAL]**”²⁶³.
- (308) Por último, en **[CONFIDENCIAL]**, en el contexto de la pandemia, se trata con APPLE la activación temporal de un número mayor de revendedores que pudiera hacer uso de las Páginas Web de AMAZON (y no solo los APR como ocurría hasta el momento). En este contexto, en un correo electrónico interno uno de los trabajadores de AMAZON señala **[CONFIDENCIAL]**²⁶⁴ (énfasis propio).

4.5.3. Análisis interno de los contratos por parte de AMAZON

- (309) De acuerdo con AMAZON, la negociación del GTA fue objeto **[CONFIDENCIAL]**²⁶⁵, que se encuentran resumidas en el análisis interno que se utilizó como base de la decisión de AMAZON para concluir la firma del GTA y del ARA 2018²⁶⁶.
- (310) Dicho análisis interno **[CONFIDENCIAL]** comienza con una comparación del impacto económico que tendría la firma de los mencionados contratos con un escenario en el que no se firman, analizándose el impacto en AMAZON (en su papel de revendedor), en los terceros vendedores, y el impacto consolidado. Además, dicho análisis se refiere a las webs de AMAZON en Alemania, Reino Unido, Francia, Italia, y España²⁶⁷. A continuación, se reproduce el análisis interno y seguidamente se facilita una traducción del mismo.

²⁶² Ver contestación al RI I APPLE, párrafo 44 (folio 4381).

²⁶³ Ver documentación aportada por la autoridad italiana de la competencia. Se trata de un correo interno de AMAZON recabado durante las inspecciones a dicha empresa. La frase es una traducción propia de: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4762).

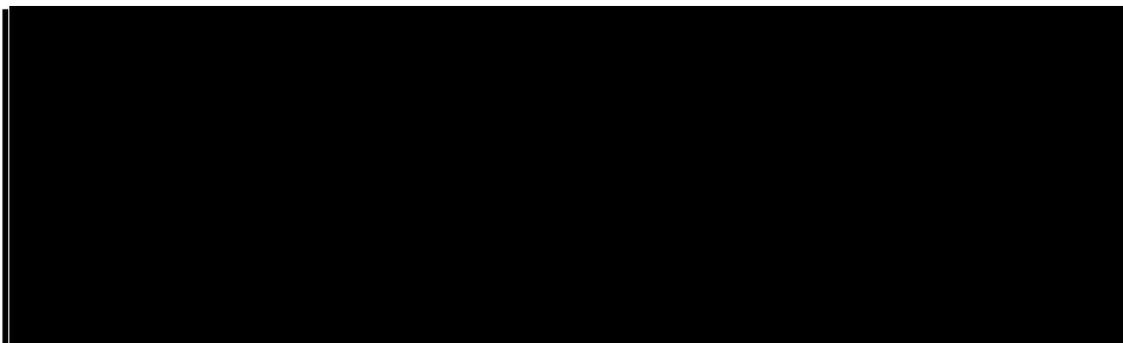
²⁶⁴ Ver documentación aportada por la autoridad italiana de la competencia. Se trata de un correo electrónico interno de AMAZON en el que aparece en copia distintas direcciones de correo electrónico como, entre “**[CONFIDENCIAL]**” (folio 4825).

²⁶⁵ Cuando se le preguntó a AMAZON por los objetivos del GTA y del ARA de 2018 y de cualquier evaluación que se hubiera realizado con posterioridad a la implantación de estos acuerdos sobre cómo y en qué medida los mismos han contribuido a alcanzar los objetivos perseguidos, solo se aportó el documento que se describe a continuación en este apartado.

²⁶⁶ Ver contestación al RI I AMAZON, párrafo 27 (folio 4609).

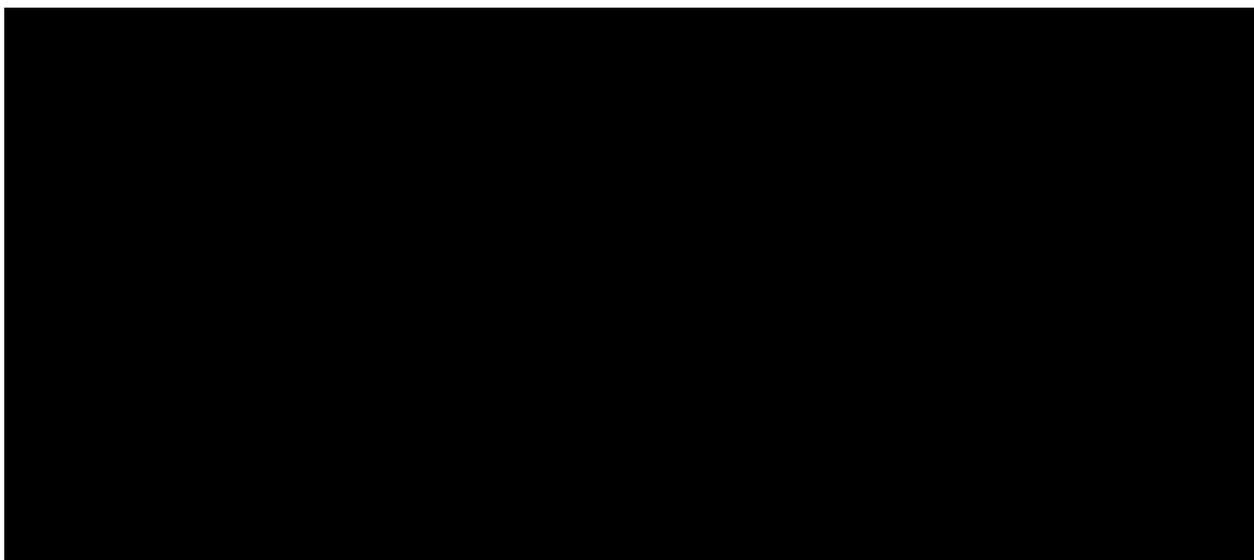
²⁶⁷ Ver contestación a RI II AMAZON, párrafo 33 (folio 4681).

Imagen 18. Ventas previstas por AMAZON como distribuidor de APPLE en los escenarios con y sin acuerdo (en cientos de miles de euros)



Fuente: AMAZON²⁶⁸

Tabla 25. Traducción de la imagen 18 supra



Fuente: traducción propia de la tabla anterior

- (311) La primera columna de la tabla (“Retail”) se refiere a AMAZON (y así se indica en la traducción propia de la tabla), la segunda (“3P”) a los terceros vendedores y la última, a la suma de las dos anteriores (“Consolidated”, “consolidado” en la traducción de la tabla). Las columnas “2020 (no Deal)” y “2020 (with Deal)” hacen referencia a los dos escenarios que se estudian, esto es, sin y con acuerdo (i.e. con la firma del contrato), respectivamente. Por otro lado, la fila “GMS”, se refiere al término del inglés “*Gross Merchandise Sales*”, que hace referencia a las ventas de productos en valor²⁶⁹.

²⁶⁸ Anexo 12 de la contestación al RI AMAZON (folio 4658).

²⁶⁹ Ver nota al pie 18 de la contestación al RI II AMAZON [**CONFIDENCIAL**] (folio 4676).

- (312) De acuerdo con el gráfico anterior: (i) en un escenario sin acuerdo (i.e. sin firmar el contrato), se esperaba que, en 2020, AMAZON realizara unas ventas de cero euros, mientras que los terceros vendedores realizarían unas ventas de entre 600 y 700 millones de euros; en contraposición, (ii) en un escenario con acuerdo (i.e. firmando el contrato), se esperaba que las ventas de AMAZON fueran de entre **[500-1.000]** millones de euros y las de terceros de entre **[0-500]** millones de euros.
- (313) En el mismo informe se indica que los APR y los AAR tienden a poner precios más altos que los NAR, por lo que se sugiere escrutar a revendedores que no vendan en las Páginas Web de AMAZON para evitar una erosión en precios con los mismos²⁷⁰.
- (314) Por otro lado, dicho análisis estudia si AMAZON podría llegar a ser distribuidor Tier 1 de APPLE (clasificación que le otorgaría mejores condiciones de compra), para lo que se indica que habría que cumplir una de las siguientes dos condiciones: i) alcanzar unos ingresos de entre 600 y 700 millones de euros; o, alternativamente ii) que un 10-20% de los ingresos totales provengan de la venta de productos APPLE. AMAZON considera que la segunda condición es más complicada de cumplir que la primera, por lo que se centra en la primera y considera que AMAZON será capaz de alcanzar unos ingresos de entre 600 y 700 millones de euros debido, entre otras razones: “[...] *al tamaño del mercado actual de los terceros vendedores (entre **[200 - 600]** millones de euros, de los que el 90-100% proviene de distribuidores no autorizados de Apple)* [i.e. los NAR]”²⁷¹.
- (315) También se indica que AMAZON pidió **[CONFIDENCIAL]** aumentar el número de revendedores autorizados que podían vender en AMAZON, pero que APPLE **[CONFIDENCIAL]**²⁷².

4.5.4. Análisis interno de los contratos por parte de APPLE

- (316) APPLE, en una presentación interna en la que analizaba el GTA y el ARA 2018, señalaba que los principios que guiaban los contratos eran los siguientes: (i) asegurar que los clientes compren productos auténticos de APPLE; (ii) ser dueños de la presentación de los productos y del *merchandising*; (iii) eliminar los cambios activos (p. ej, la publicidad pagada de productos competidores) del proceso de compra de un producto APPLE; (iv) aprovechar las capacidades de AMAZON para crear una experiencia AMAZON a medida de APPLE; y (v) evitar la inclusión de cualquier otro interés de AMAZON en este acuerdo²⁷³.

²⁷⁰ Ver pregunta y respuesta 7.(iv) de la contestación al RI II AMAZON (folio 4682) y Anexo 12 de la contestación al RI I AMAZON (folio 4658): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁷¹ Anexo 12 de la contestación al RI AMAZON (folios 4659 y 4660).

²⁷² Anexo 12 de la contestación al RI AMAZON (folio 4661): **[CONFIDENCIAL]**.

²⁷³ Ver Anexo 2 de la contestación al RI I APPLE **[CONFIDENCIAL]** (folio 4353).

(317) En concreto, en relación con el GTA, se establece²⁷⁴:

[CONFIDENCIAL]

[...]

Publicidad: cláusula para evitar aproximación a clientes incitando a cambiar a un producto no APPLE”.

(318) También se señala²⁷⁵ que se pasaría de “cientos de revendedores no autorizados” a “Amazon como primer vendedor junto a unos pocos revendedores autorizados”.

(319) A continuación, el informe contiene una serie de imágenes con la entonces situación actual en la Página Web de AMAZON y la situación que tendría lugar tras la firma del contrato²⁷⁶:

²⁷⁴ Ver Anexo 2 de la contestación al RI I APPLE: **[CONFIDENCIAL]** “

• *Marketing advertising: Anti-targeting switcher clause [...]*” (folio 4355).

²⁷⁵ Ver Anexo 2 de la contestación al RI I APPLE: “*Hundreds of unauthorized resellers*”; “*Amazon as 1P along with a few authorized-only resellers [...]*” (folio 4356).

²⁷⁶ Ver Anexo 2 de la contestación al RI I APPLE (folios 4358 a 4362).

Imagen 19. Comparativas de la presentación de productos APPLE entre la situación previa a la firma de los acuerdos y la situación prevista tras su implementación

1. Premium Experience: Gating

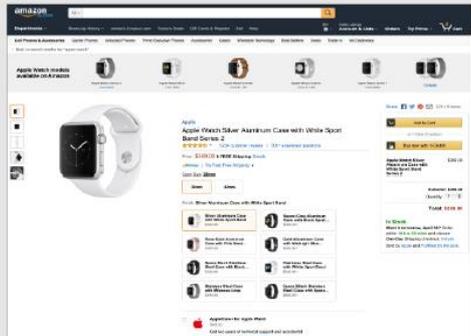
FROM



Current

- Over 1200 unauthorized resellers present and sell Apple products YTD
- Many counterfeits, knock offs

TO



Clean

- Gating unauthorized resellers
- Apple agrees 2 Apple authorized resellers per major LOB, specifically authorized by Apple to sell on Amazon

Privileged — Attorney-Client Communication Apple Confidential — Internal Use Only

2. Product Quality: Counterfeits and Knock offs

Authentic Apple product



✓ Clean

Counterfeit



✗ Proposed terms obligate Amazon to remove within 7 days

Knock off



✗ Proposed terms obligate Amazon to remove within 7 days

Third party product



✓ Clean (third party product)

Privileged — Attorney-Client Communication Apple Confidential — Internal Use Only

3. Digital Guidelines: Search Results

FROM

Current

- Paid ads: Top banners, sponsored search results, and additional display ads may contain competing products

TO

Clean

- Apple ownership of top banner and first page sponsored results at all times

Privileged — Attorney-Client Confidential Amazon Apple Confidential — Internal Use Only

3. Digital Guidelines: Product Detail Page (PDP)

FROM

Current

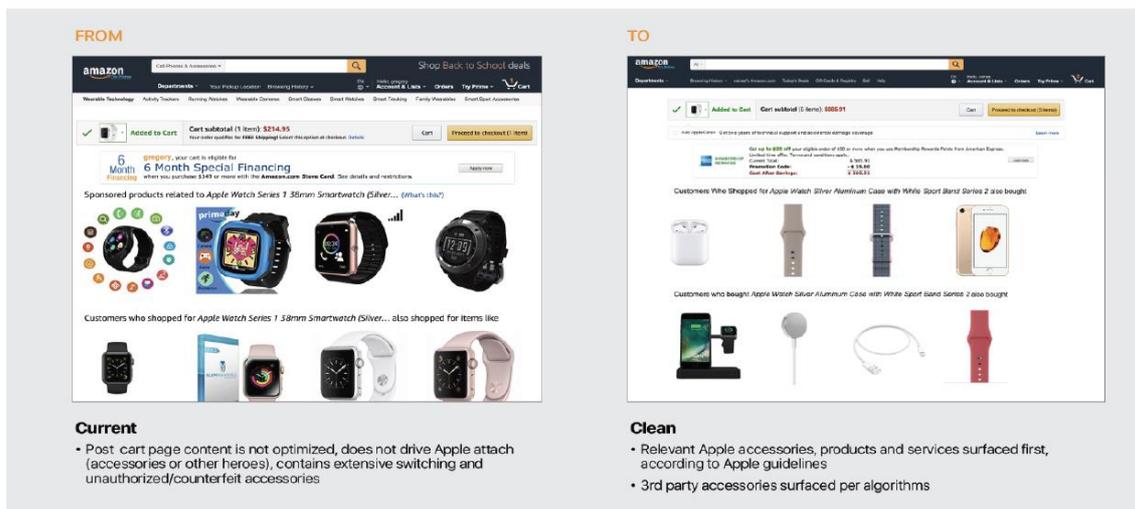
- Product titles, imagery, information and specs are often incorrect and inconsistent with Apple's guidelines

TO

Clean

- Apple PDPs optimized for presentation, product information and conversion
- Deep collaboration with Apple Partner Comms and Interactive Marcom Amazon creating team to focus on Apple

3. Digital Guidelines: Cart/Checkout



Fuente : Contestación al RI I APPLE (folios 4.358 a 4.362)

4.6. Implementación del GTA y del ARA 2018

4.6.1. Entrada en vigor de los acuerdos

- (320) Tanto el GTA como el ARA de 2018 entraron en vigor el día de su firma, el 31 de octubre de 2018²⁷⁷.
- (321) Por otro lado, aunque, como se verá en la comunicación citada en el siguiente apartado, la denegación de acceso a la Página Web de AMAZON a los distribuidores de **APPLE no incluidos en la lista [CONFIDENCIAL] del ARA 2018 se produjo desde el 5 de enero de 2019 (para dejar unos meses de margen a los revendedores que dejarían de estar autorizados para vender en AMAZON para que se deshicieran de su stock de productos - inventario almacenado en centros logísticos de AMAZON²⁷⁸)**, desde la fecha de firma ya se aplicaban los acuerdos (i.e. bajo los acuerdos, no se hubiera podido admitir a ningún revendedor nuevo que no fuera un APR de la mencionada lista del **[CONFIDENCIAL]** ARA 2018).
- (322) Por tanto, las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad, y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing entraron en vigor el 31 de octubre de 2018, con independencia de que, en el caso de las primeras, AMAZON decidiera dejar unilateralmente un periodo de tiempo adicional para

²⁷⁷ Ver antecedentes y estipulación primera del ARA 2018: **[CONFIDENCIAL]** (en ambos casos, ver folio 3995).

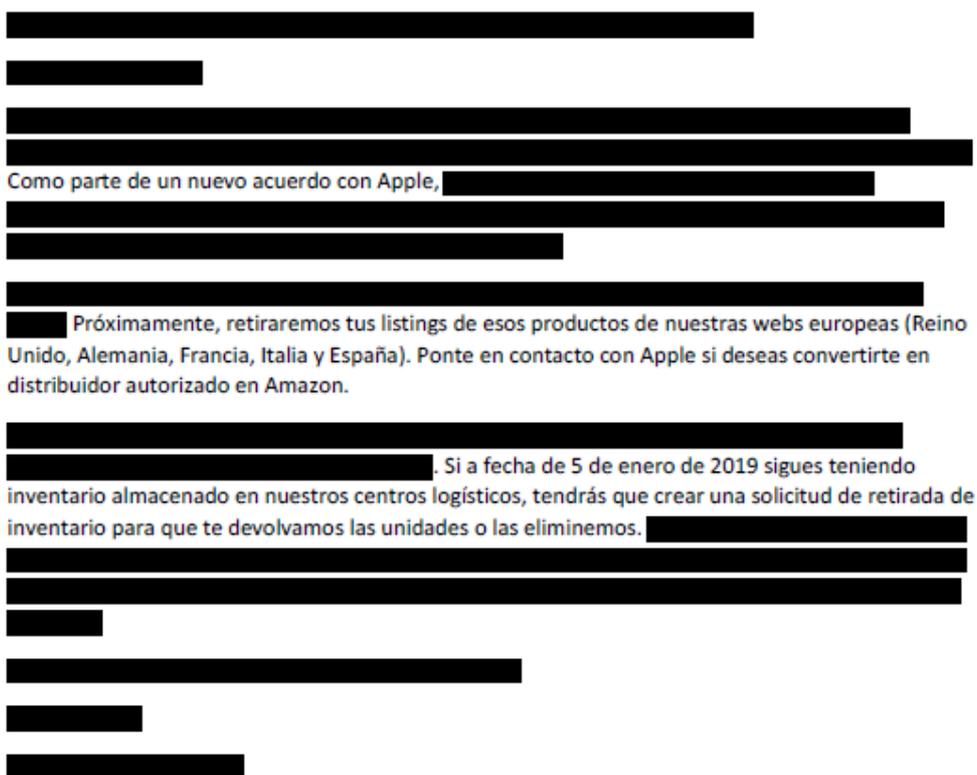
²⁷⁸ Ver contestación al RI I AMAZON, párrafo 40: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4612).

que los vendedores que hasta entonces estaban autorizados para vender en su Página Web se pudieran liberar de las existencias (*stock*) existentes.

4.6.2. Comunicación a terceros revendedores

- (323) En noviembre de 2018, AMAZON remitió una notificación a los terceros vendedores que habían tenido en el pasado al menos una oferta activa de, al menos, uno de los productos nuevos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON²⁷⁹:

Imagen 20. Notificación a los terceros vendedores afectados por las Cláusulas de Exclusión



Fuente: Anexo 15 de la contestación al RFI I AMAZON (folio 4050)

4.6.3. Revendedores no autorizados en España

- (324) AMAZON aportó una lista de los terceros vendedores a los que se les envió la comunicación anterior. En concreto, se envió la comunicación y se denegó el

²⁷⁹ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 40 (folio 4612).

acceso a AMAZON a **[1.150-1.250]** revendedores de productos APPLE en España (incluyendo AAR, Minoristas y NAR)²⁸⁰.

4.6.4. Lista de revendedores admitidos

- (325) Como se ha indicado ya, APPLE solo admitió inicialmente a los APR para vender en la Página Web de AMAZON. En España, en el **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018 aparecen **1[10-15]** APRs²⁸¹, pero en la modificación de dicha lista de 27 de febrero de 2019 aparecen **[10-15]**²⁸². De acuerdo con APPLE, el número de APR españoles autorizados a vender en la Página Web de AMAZON en España es de **[10-15]**²⁸³.
- (326) En noviembre de 2021, APPLE (y, en concreto, ADI) envió una comunicación a la DC en la que decía que todos los distribuidores autorizados de APPLE serían autorizados por APPLE a vender en la Página Web de Amazon. De acuerdo con APPLE, en España existen **[10-15]** AAR²⁸⁴ (también serían admitidos los Minoristas²⁸⁵).

4.6.5. Las opiniones de los revendedores (no autorizados y autorizados) en España

- (327) **En relación con los APR** (únicos autorizados a vender productos de la marca APPLE en AMAZON desde la entrada en vigor del GTA y del ARA 2018 hasta noviembre de 2021): (i) no tienen interés en vender en la Página Web de AMAZON pese a estar facultados para hacerlo (de los 13 APR a los que se les envió un requerimiento de información, los 12 que contestaron manifestaron no tener interés²⁸⁶); (ii) se señalan distintas razones de este desinterés, como que no podían competir con los precios ofrecidos por AMAZON y que, por tanto, solo

²⁸⁰ Ver contestación a RI I AMAZON, Anexo 17 (lista A) (folios 5190-5205).

²⁸¹ Ver contestación a RI I AMAZON, Anexo 9 en el que se aporta el ARA 2018 y, en concreto, el **[CONFIDENCIAL]** y el folio 4020, en el que se identifican los **[CONFIDENCIAL]** APRs mencionados y que se nombran a continuación para facilidad de referencia: **[CONFIDENCIAL]**

²⁸² Ver Anexo 10 de la contestación al RI I AMAZON (folio 4646 a 4649), en el que se identifican a los **[CONFIDENCIAL]** APRs anteriores y se añaden dos más: **[CONFIDENCIAL]**

²⁸³ Ver contestación al RI I APPLE, Cuadro 2 (folio 4272), en el que identifica a **[CONFIDENCIAL]** APRs: **[CONFIDENCIAL]**.

²⁸⁴ Ver contestación al RI I APPLE, Cuadro 2 (folio 4272), en el que se identifican a los siguientes **[CONFIDENCIAL]** operadores: **[CONFIDENCIAL]**

²⁸⁵ El número total de Minoristas en España es, desde noviembre de 2021, es de entre **[CONFIDENCIAL]** (ver folio 5587). Por tanto, cuando se hace referencia al término definido de "Minoristas", en lo que respecta a España, el término se refiere a estos **[CONFIDENCIAL]** operadores.

²⁸⁶ En relación con el número de APRs a los que se les envió un requerimiento, inicialmente se mandó a **[CONFIDENCIAL]** APRs identificados en el **[CONFIDENCIAL]** modificado del ARA 2018. Así, de los **[CONFIDENCIAL]** APRs mencionados; **[CONFIDENCIAL]**.

vendían cuando AMAZON se quedaban sin existencias (*stock*)²⁸⁷, que las comisiones que cobra AMAZON son demasiado altas como para que las ventas resulten rentables en la plataforma²⁸⁸, y/o que el margen entre el precio que les cobra APPLE y las comisiones de AMAZON no hacen rentable la venta²⁸⁹; (iii) todos manifestaron proveerse de fuentes de suministro oficiales; y (iv) ninguno de ellos ha recibido quejas de consumidores o de AMAZON o APPLE por vender productos falsos o de imitación.

- (328) **En relación con los AAR** (no autorizados a vender en AMAZON desde la entrada en vigor del GTA y del ARA 2018 hasta noviembre de 2021): (i) los 14 AAR²⁹⁰ a los que se les envió un requerimiento de información manifestaron que no tienen interés en vender en la Página Web de AMAZON ; (ii) algunos de ellos señalan como la fuente de este desinterés que no es posible competir en precio con AMAZON²⁹¹, y/o que el margen que les queda es muy pequeño como para resultar interesante comercialmente²⁹²; (iii) todos manifestaron proveerse de fuentes de suministro oficiales; y (iv) ninguno de ellos ha recibido quejas de consumidores o de AMAZON o APPLE por vender productos falsos o de imitación.
- (329) Estos datos son consistentes con la información aportada por AMAZON y APPLE en el expediente.
- (330) De acuerdo con AMAZON: (i) *“de los [10-15] vendedores autorizados por Apple tras el GTA [los APR], sólo [CONFIDENCIAL] revendedores autorizados se registraron en la cuenta de Terceros Vendedores en la Amazon Store española. Además [...] sólo [CONFIDENCIAL] de esos Terceros Vendedores han realizado ventas en la Amazon Store de España²⁹³”; y (ii) “por ejemplo, la media anual de unidades vendidas por los Vendedores Autorizados [los APR] desde 2013 hasta 2018 fue [CONFIDENCIAL]²⁹⁴”.*
- (331) De acuerdo con APPLE hay un limitado interés por parte de los AAR en vender productos APPLE en AMAZON (desde la fecha del GTA y del ARA 2018, APPLE ha recibido muy pocas solicitudes en este sentido)²⁹⁵. Concretamente indica que

²⁸⁷ Ver respuesta de [CONFIDENCIAL] (folio 1560).

²⁸⁸ Ver, entre otras, respuestas de [CONFIDENCIAL] (folios 1820-1823, 1288-1290, 2738-2741, respectivamente).

²⁸⁹ Ver respuesta de [CONFIDENCIAL] (folios 1327-1332).

²⁹⁰ Se identifican a continuación los [CONFIDENCIAL] AAR a los que se requirió, así como los folios de sus respuestas: [CONFIDENCIAL].

²⁹¹ Ver contestación de [CONFIDENCIAL] (folios 1547-1548).

²⁹² Ver contestación de [CONFIDENCIAL] (folios 2923-2927).

²⁹³ Ver contestación al RI I AMAZON, párrafo 43 (folio 4613).

²⁹⁴ Ver contestación al RI II AMAZON, párrafo 32 (folio 4681).

²⁹⁵ Ver contestación al RI I APPLE, respuesta a pregunta 4 (folio 4253).

desde marzo de 2020 “solo un AAR se ha interesado por la posibilidad de vender en Amazon, en relación con una cantidad limitada de producto remanente”²⁹⁶.

- (332) Además, de acuerdo con APPLE, los APR y los AAR se suministran de la misma forma²⁹⁷ y, desde la propia APPLE, se anima a los mayoristas a vender a los NAR²⁹⁸. Por otro lado, al operar un sistema de distribución abierto, cualquiera puede comprar y revender productos APPLE a nivel mayorista y/o minorista²⁹⁹.
- (333) A diferencia de los distribuidores/revendedores autorizados anteriores (APR y AAR), en España, los que estaban interesados en el canal de la Página Web de AMAZON eran los revendedores no autorizados o NAR, que son vendedores de productos genuinos y originales que no tienen una relación contractual directa con APPLE (i.e. no son revendedores autorizados por APPLE).
- (334) La propia AMAZON reconoce que la mayoría de las ventas de terceros vendedores provenían durante los años previos a la entrada en vigor del GTA y ARA 2018 de los NAR en las Páginas Web de AMAZON de Alemania, Reino Unido, Francia, Italia y España³⁰⁰ “[...] al tamaño del mercado actual de los terceros vendedores (entre 400 y 500 millones de euros, de los que el 90-100% proviene de distribuidores no autorizados de Apple [i.e. los NAR])”³⁰¹.
- (335) Lo anterior, para el caso específico de España, también se puede comprobar en el siguiente cuadro³⁰²: (i) la columna A contiene las referencias de los productos; (ii) la columna B, los años; (iii) la columna C, el total de las ventas en valor realizada de cada categoría de producto y año; (iv) la D, las ventas realizadas por AMAZON directamente; (v) la columna E, las ventas realizadas por los vendedores listados en el Anexo **[CONFIDENCIAL]**³⁰³, es decir, por todos los revendedores que recibieron la comunicación de AMAZON de que dejaban de estar autorizados a utilizar su Página Web (es decir, todos los revendedores menos los APR incluidos en la lista del **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018), que, en su práctica totalidad eran NAR, en la medida en que, como se ha explicado, los AAR en España no tenían interés en este canal y prácticamente no lo

²⁹⁶ Ver contestación al RI I APPLE, respuesta a pregunta 14 (folio 4265).

²⁹⁷ Ver contestación a RI II APPLE, párrafo 55: “Los AAR y APR en España compran los productos Apple a los Distribuidores Autorizados de Apple (AAD) y/o a terceros no autorizados” (folio 4384).

²⁹⁸ Ver respuesta a la pregunta 8 del RI I APPLE: “A los mayoristas de Apple se les anima continuamente a distribuir los Productos Apple a los AAR y también a los NAR, incluso con incentivos financieros” (folios 4261-4262).

²⁹⁹ Ver contestación a RI II APPLE, párrafo 53 (folio 4384).

³⁰⁰ Ver contestación a RI II AMAZON, párrafo 33 (folio 4681).

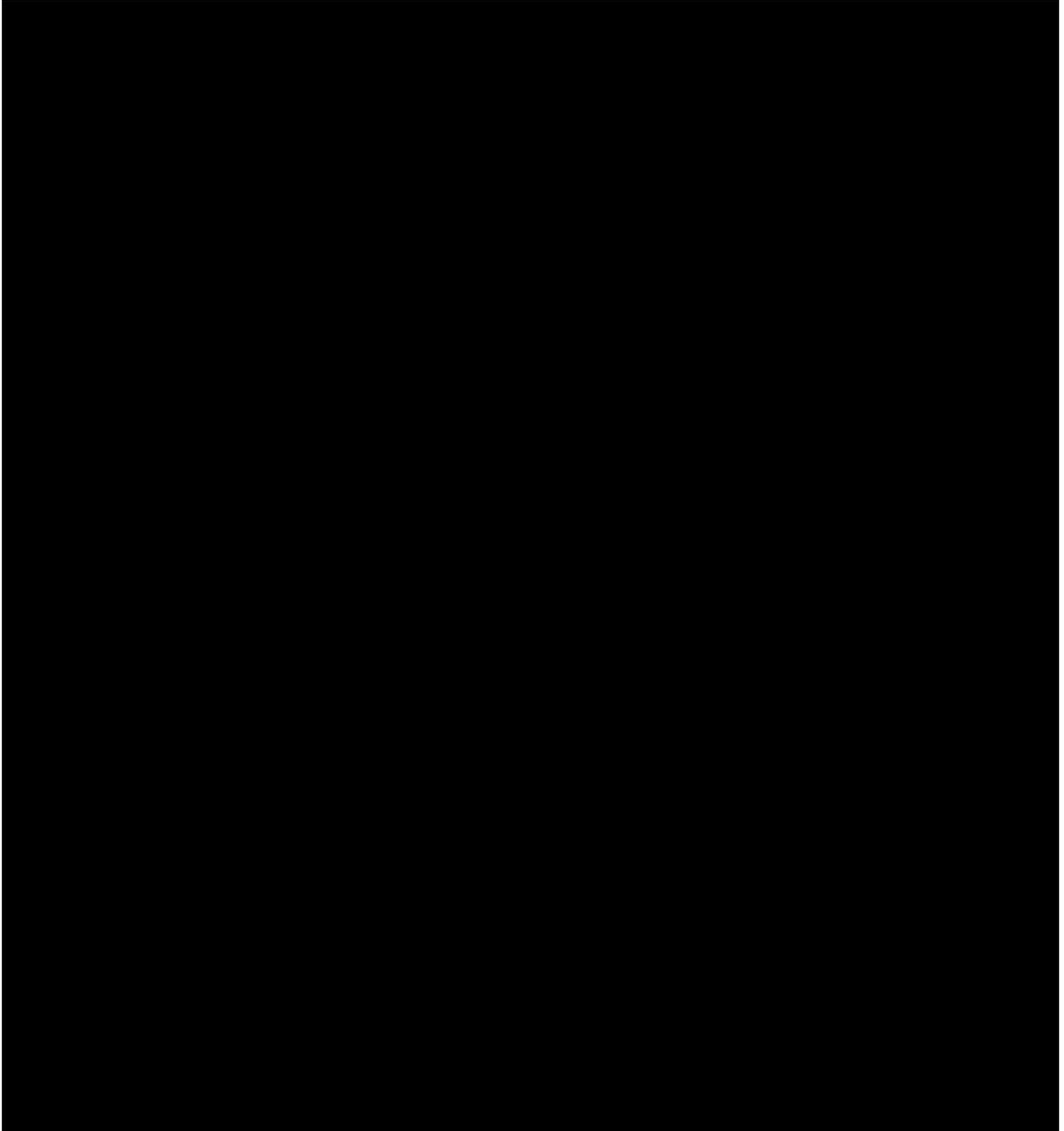
³⁰¹ Anexo 12 de la contestación al RI AMAZON (folios 4659 y 4660).

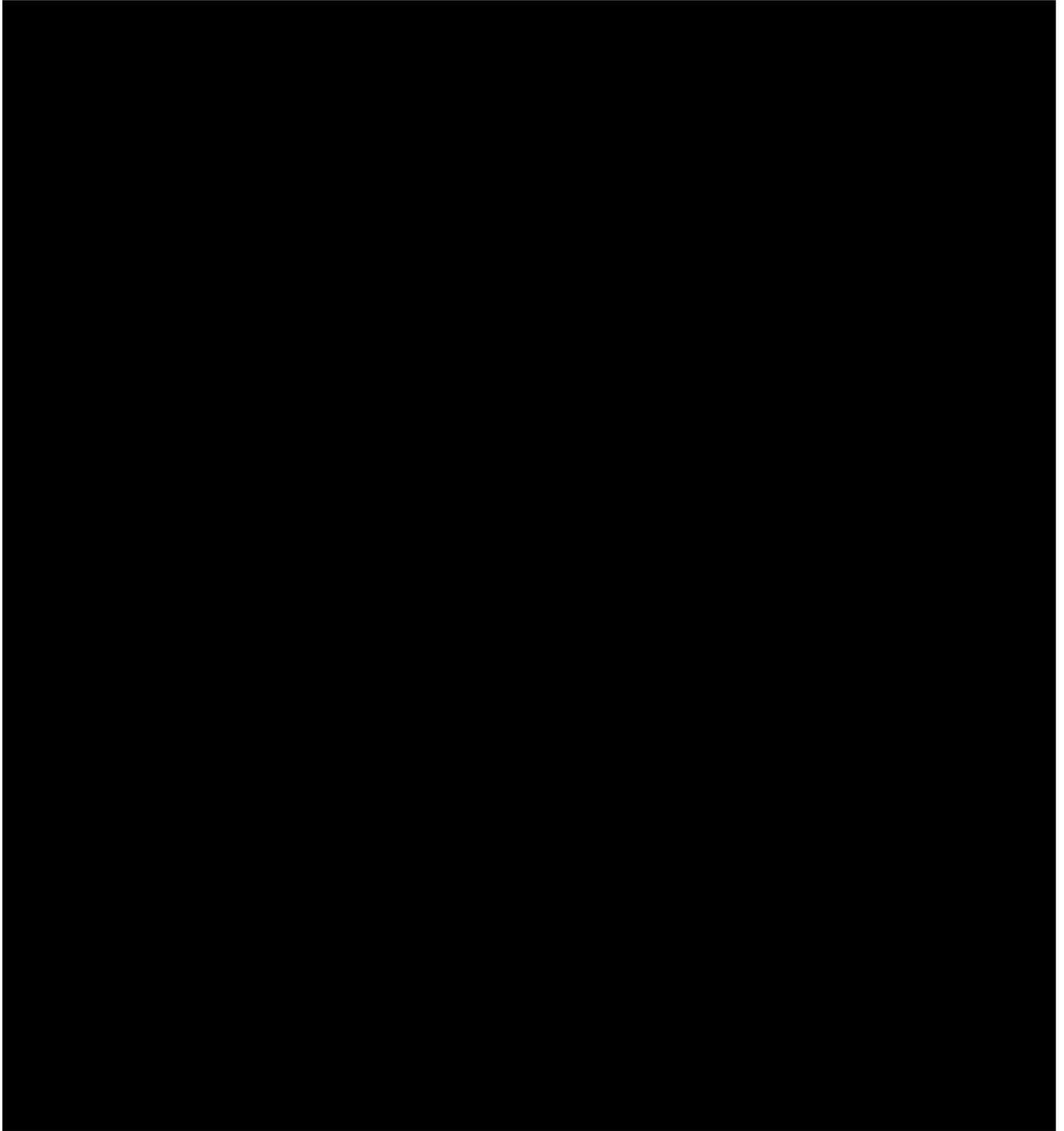
³⁰² Ver contestación a RI II AMAZON, Anexo 16 (folios 5512-5513).

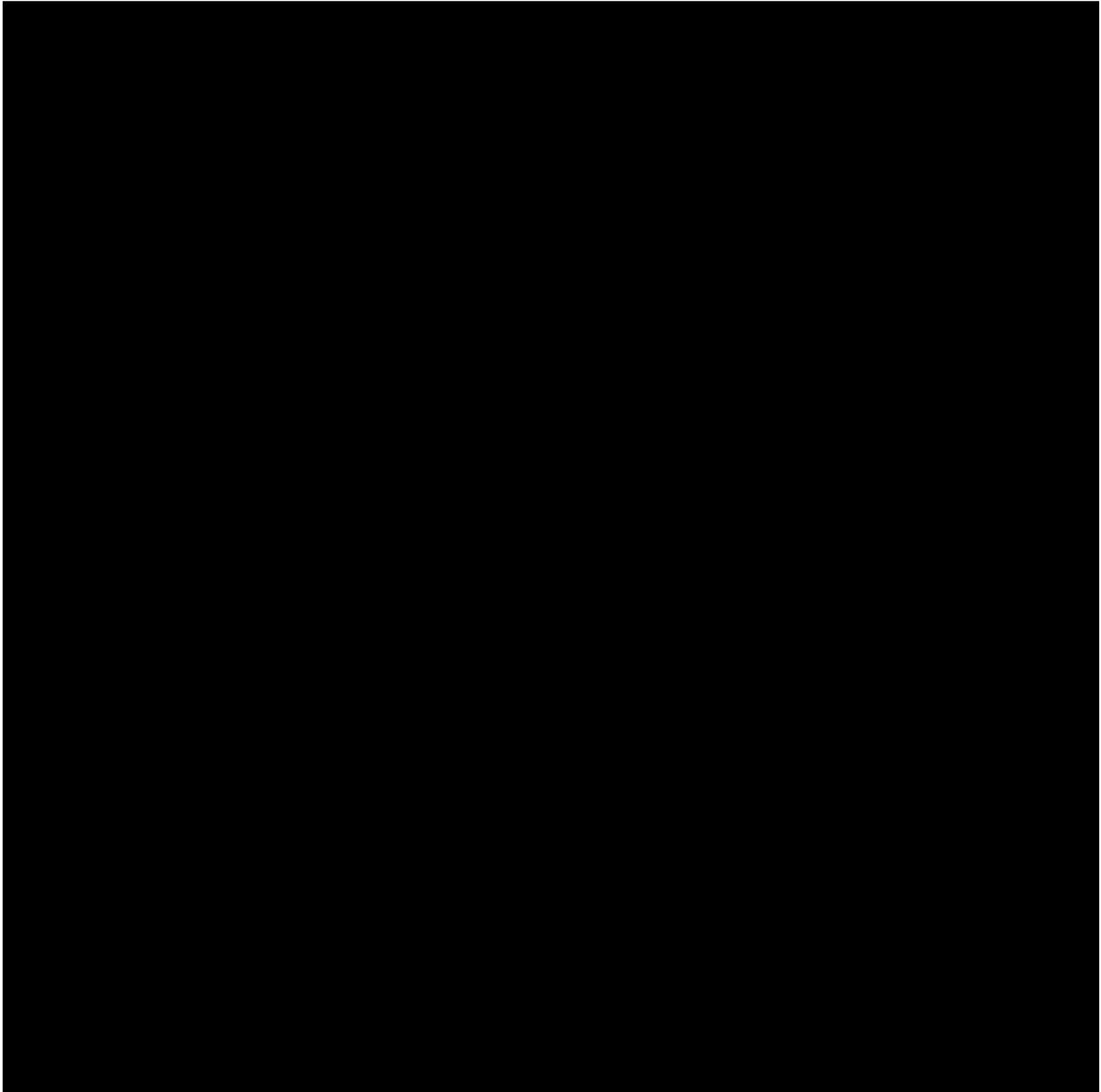
³⁰³ Ver contestación a RI I AMAZON, Anexo 17 (folios 5190-5205).

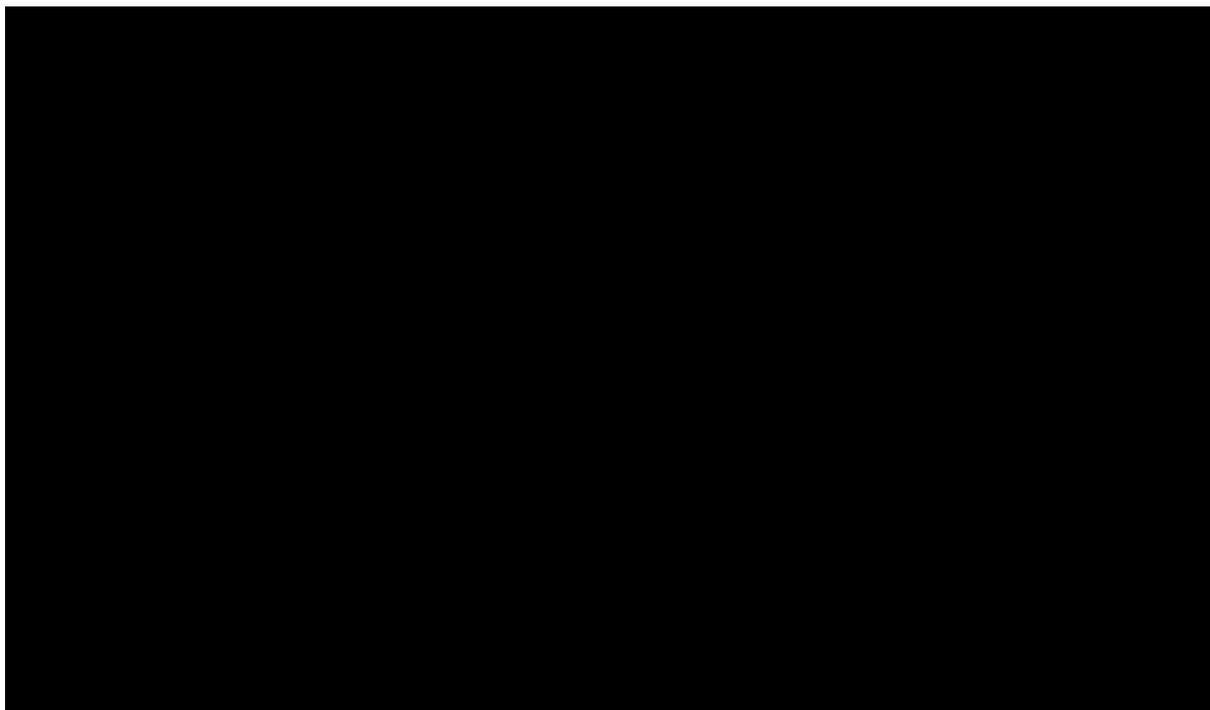
usaban); (vi) la columna F, que contiene las ventas de los revendedores autorizados por APPLE para utilizar la Página Web de AMAZON).

Imagen 21. Evolución de las ventas en AMAZON de los terceros revendedores afectados por las Cláusulas de Exclusión









Fuente: Contestación a RI II AMAZON (folios 5512-5513)

- (336) Como puede observarse, hasta 2018 incluido, de las **[CONFIDENCIAL]**³⁰⁴, y a las que AMAZON no tenía acceso directo, y del resto de productos, **las principales ventas eran realizadas por los NAR (que son los que están en la [CONFIDENCIAL]**, mientras que, el resto de revendedores (columna F³⁰⁵) mostraban **un interés muy limitado (prácticamente no realizaban ventas en la Página Web de AMAZON).**
- (337) **Así, en relación con los NAR** (que, en la actualidad, siguen sin estar autorizados para vender en la Página Web de AMAZON³⁰⁶), se enviaron requerimientos de información a 9 de ellos (los que, de acuerdo con información aportada por AMAZON, facturaron más ventas de productos APPLE en el año anterior a la firma del GTA y del ARA 2018³⁰⁷), de los que respondieron 2 NAR españoles y 2 italianos.

³⁰⁴ Ver contestación al RI II AMAZON, párrafos 20 y 21 (folios 4678 y 4679).

³⁰⁵ La columna F recoge solo a los revendedores autorizados por APPLE a utilizar la Página Web de AMAZON en España (es decir, los APRs), por lo que, en principio, **[CONFIDENCIAL]** podría incluir a otros revendedores oficiales como los AAR. Sin embargo, aunque los AAR pudieran en principio estar también incluidos en **[CONFIDENCIAL]**, como se ha explicado, éstos no tienen interés en este canal, **[CONFIDENCIAL]**.

³⁰⁶ **[CONFIDENCIAL]**.

³⁰⁷ Ver Anexo 18 de la contestación al RI II AMAZON (folio 5514, en el que solo aparecen el nombre de los 10 primeros revendedores por importe de ventas, el resto de nombres fue declarado confidencial).

- (338) De los NAR españoles³⁰⁸: (i) uno de ellos no está interesado y otro sí en vender en la Página Web de AMAZON; (ii) el que no está interesado, no lo está debido a las altas comisiones aplicadas por AMAZON a cada venta; y el interesado, lo está porque “*el Marketplace de Amazon es el comercio electrónico más grande en España con mayor cuota de clientes*”; (iii) uno solo se suministra de fuentes de suministro oficiales y el otro de cualquiera que le ofrezca los productos; y (iv) ninguno de los dos ha recibido quejas de consumidores o de AMAZON o APPLE por vender productos falsos o de imitación.
- (339) En concreto, **[CONFIDENCIAL]** proporciona los siguientes datos sobre sus ventas de productos APPLE desde antes de la firma del GTA y del ARA de 2018 hasta 2021³⁰⁹ (subrayado añadido):

Tabla 26. Evolución de las ventas del revendedor **[CONFIDENCIAL]**

³⁰⁸ Ver respuestas de **[CONFIDENCIAL]** (folios 2789-2792 y 3852-3856, respectivamente).

³⁰⁹ Para las tres primeras tablas ver la versión no confidencial del Anexo 1 de su respuesta (folio 4222) y para la última tabla, ver la versión no confidencial posterior del Anexo 1 de su respuesta (folio 5399).

	Proporción de ventas totales (ingresos) de productos electrónicos de consumo				
	2017	2018	2019	2020	2021
Proporción de ingresos derivados de la venta de productos de la marca APPLE		[40-50%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]
Proporción de ingresos derivados de la venta de productos electrónicos de consumo de otras marcas		[50-60%]	[80-90%]	[80-90%]	[80-90%]
Proporción de ingresos totales derivado de la venta de productos electrónicos de consumo	100%	100%	100%	100%	100%

A) Todos los productos electrónicos

Proporción anual de ventas por canal de ventas (todos los productos electrónicos)								
	2018		2019		2020		2021	
	Cuotas (valor)	Cuotas (volumen)						
Tiendas físicas	[0-10%]	[0-10%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
Canal online	Web propia	[10-20%]	[10-20%]	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]	[10-20%]	[20-30%]
	Marketplaces	[80-90%]	[80-90%]	[60-70%]	[60-70%]	[70-80%]	[70-80%]	[70-80%]
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

B) Solo productos Apple

Proporción anual de ventas por canal de ventas (solo productos de la marca Apple)								
	2018		2019		2020		2021	
	Cuotas (valor)	Cuotas (volumen)						
Tiendas físicas	[10-20%]	[10-20%]	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]	[30-40%]
Canal online	Web propia	[10-20%]	[10-20%]	[60-70%]	[60-70%]	[70-80%]	[70-80%]	[60-70%]
	Marketplaces	[70-80%]	[70-80%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Proporción anual de ventas por canal de ventas (solo productos de la marca Apple)								
	2018		2019		2020		2021	
	Valor	Volumen	Valor	Volumen	Valor	Volumen	Valor	Volumen
Tiendas físicas	[90.000-100.000€]	[100-200]	[100.000-200.000€]	[200-300]	[100.000-200.000€]	[200-300]	[100.000-200.000€]	[100-200]
Canal online	Web propia	[100.000-200.000€]	[100-200]	[400.000-500.000€]	[500-600]	[400.000-500.000€]	[500-600]	[200.000-300.000€]
	Marketplaces	[700.000-800.000€]	[700-800]	[20.000-30.000€]	[0-100]	[0-10.000€]	[0-100]	[30.000-40.000€]
TOTAL	[900.000-1 M€]	[900-1.000]	[600.000-700.000€]	[800-900]	[600.000-700.000€]	[700-800]	[400.000-500.000€]	[400-500]

Fuente: Contestación a RI II AMAZON (folios 5.512-5.513)

- (340) De los NAR italianos³¹⁰: (i) ambos manifiestan interés en vender en la Página Web de AMAZON; (ii) el interés radica en que consideran que es un canal muy importante en Europa para la venta de productos de la marca APPLE; (iii) ambos solo se proveen de fuentes de suministro oficiales; y (iv) ninguno de los dos ha recibido quejas de consumidores o de AMAZON o APPLE por vender productos falsos o de imitación.

³¹⁰ Ver respuestas de [CONFIDENCIAL] (folios 4167-4171 y 4182-4187, respectivamente)

- (341) En concreto, **[CONFIDENCIAL]** indica que: (i) “En 2017 y 2018, el [90-100%] de las ventas en España se realizaron a través de Amazon.es. Los productos de Apple representan el [30%-40%] de las ventas totales”³¹¹; (ii) “En 2017 la facturación derivada de la comercialización de productos de la marca APPLE en España fue de unos [100.000-200.000] euros (no disponemos de información por sub-categorías de productos). En 2018 bajamos a cerca de la mitad, [50.000-100.000] euros³¹²”; y (iii) “Nuestra facturación en España ha sido cero desde 2019”³¹³.
- (342) Por su parte, **[CONFIDENCIAL]** indica que: (i) “Nuestra empresa obtuvo el [90-100%] de su facturación de las ventas a través de la plataforma (amazon.co.it, amazon.es, amazon.de, amazon.fr, amazon.uk). La facturación derivada de la venta de productos de la marca APPLE en los años 2015 - 2016 - 2017 y 2018 representaron aproximadamente el [80-90%] del total de las ventas realizada a través de la plataforma”³¹⁴; (ii) “Nuestra empresa comercializó productos de la marca APPLE a través de la plataforma Amazon.es en los años 2015 ([500.000-1.000.000] euros en ventas); 2016 ([2.000.000-3.000.000] de euros en ventas); 2017 ([8.000.000-9.000.000] de euros en ventas) y 2018 ([9.000.000-10.000.000] de euros en ventas). En estos años, los ingresos por ventas de productos Apple han aumentado de media de forma constante. Lamentablemente, en los años 2019-2020-2021, nuestro porcentaje de ingresos inherentes a las ventas de productos de la marca APPLE es cero³¹⁵”; y (iii) “Habrá [hubo] una gran caída en las ventas a partir de 2019, ya que no es posible vender productos de la marca APPLE en el mercado italiano”³¹⁶.

4.6.6. Preparación de la comunicación externa sobre los efectos de los contratos AMAZON/APPLE

- (343) Una vez firmados el GTA y el ARA 2018, en AMAZON se preparó un cuestionario, de fecha **[CONFIDENCIAL]**, con posibles preguntas por parte de terceros vendedores y las respuestas que habría que darles, por si se realizaban preguntas relacionadas con los mencionados acuerdos.
- (344) En concreto, algunas de las preguntas y respuestas que preparó AMAZON son las siguientes³¹⁷:

³¹¹ Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 14 (folio 4170).

³¹² Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 15 (folio 4170).

³¹³ Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 18 (folio 4171).

³¹⁴ Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 14 (folio 4186).

³¹⁵ Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 11 (folio 4185).

³¹⁶ Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 18 (folio 4187).

³¹⁷ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folios 4799-4802). Se trata de un documento recabado por dicha autoridad durante las inspecciones realizadas en

Tabla 27. Formulario de respuestas a posibles preguntas frecuentes de revendedores tras la implementación de los acuerdos preparado por AMAZON

Potencial pregunta	Respuesta preparada
16. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ³¹⁸	[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ³¹⁹
18. [REDACTED] [REDACTED] ³²⁰	[REDACTED] ³²¹

la sede de AMAZON en Italia. En concreto, se trata de un cuestionario preparado por AMAZON con posibles preguntas por parte de terceros vendedores y las respuestas que habría que darles, por si se realizaban preguntas relacionadas con los acuerdos firmados con APPLE. Todas las citas de la tabla se refieren al mencionado documento y son citas literales (traducción propia) pero que se han ordenado de distinta forma a la que aparecen en el documento para extraer solo la información relevante para la investigación y facilitar su lectura.

³¹⁸ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4800).

³¹⁹ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4800).

³²⁰ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4800).

³²¹ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]**(folio 4800).

  326	  327.
30.       328	    329.

Fuente: autoridad italiana de la competencia (folios 4799-4802)

4.6.7. Las ventas de productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España

- (345) AMAZON, en contestación a un requerimiento, aportó unos gráficos en los que se aprecia la evolución de las ventas de productos de la marca APPLE en su Página Web en España, así como los operadores que las realizan³³⁰.
- (346) Para facilidad de referencia, dichos gráficos se acompañan como **Anexo 2** de la presente resolución.

4.6.8. Comercio transfronterizo

- (347) Como se ha señalado, AMAZON, en contestación a un requerimiento, aportó unos gráficos en los que se aprecia la evolución de las ventas de productos de la marca APPLE en su Página Web en España. En estos gráficos se muestra también el país de origen de los operadores que las realizan (subrayado propio)³³¹:

³²⁶ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4802).

³²⁷ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: “[**CONFIDENCIAL**]” (folio 4802).

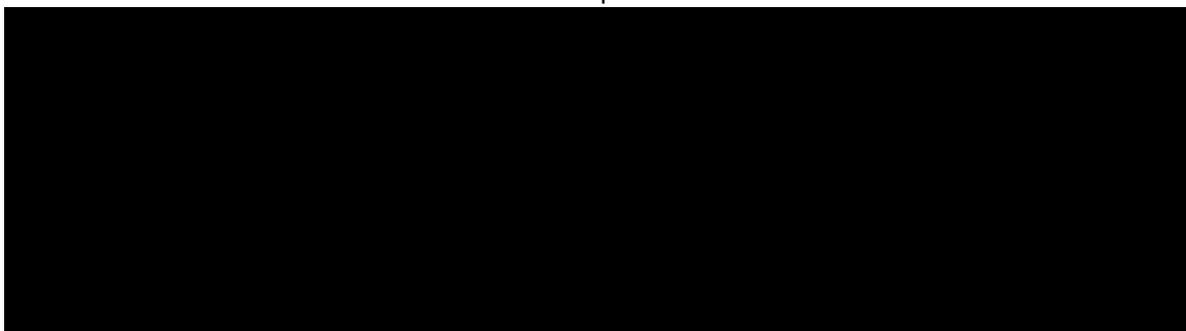
³²⁸ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4802).

³²⁹ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4802).

³³⁰ Ver Anexo 13 de la contestación al RI II AMAZON (folios 4698 a 4706) y Anexo 15 de la contestación al RI II AMAZON (folios 4707 a 4715).

³³¹ Ver Anexo 28 de la contestación al RFI II AMAZON (folio 2562 en su versión confidencial y 5515 en su versión no confidencial).

Tabla 28. Ventas en Amazon.es de vendedores procedentes de otros Estados miembros



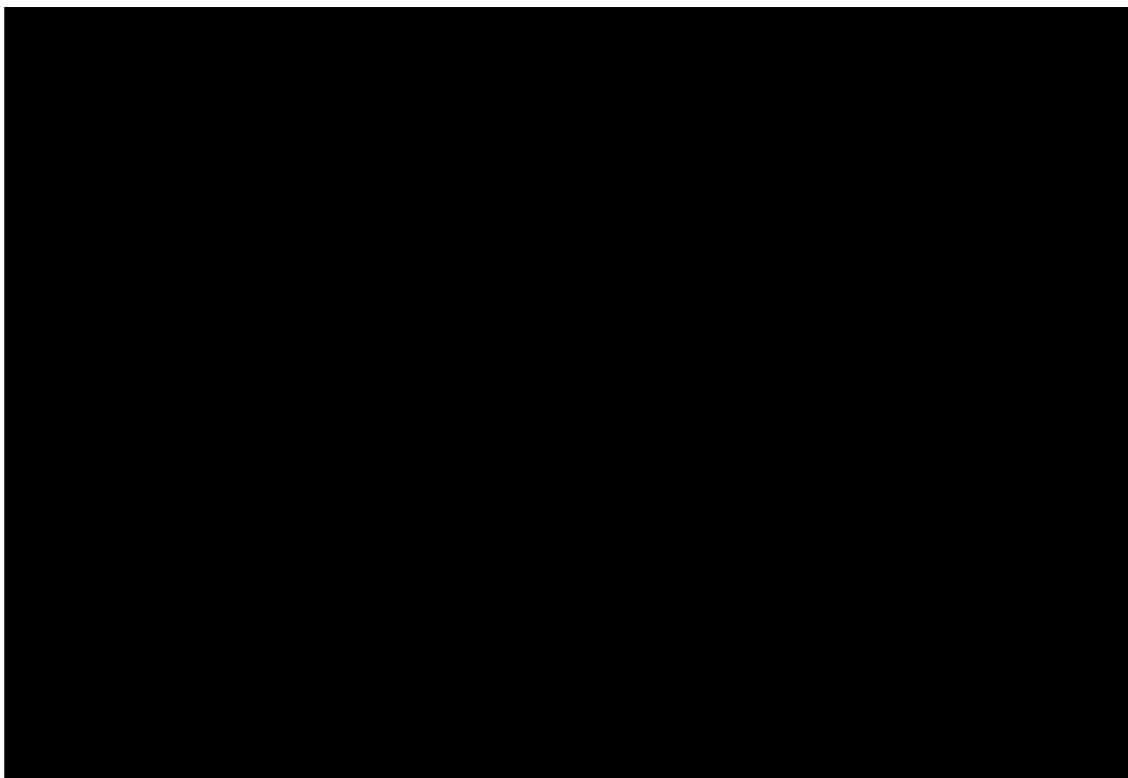
Fuente: Contestación al RFI II AMAZON (folio 2562)

- (348) Por otro lado, APPLE presentó unas tablas en contestación a un requerimiento³³² que recogen: (i) el número total de revendedores oficiales (es decir, de APR, AAR y Minoristas – denominados “Retailers” en la tabla-) de distintas jurisdicciones (aquellas en las que AMAZON dispone de Página Web³³³ y luego una categoría general que recoge el resto de Estados miembros de la UE); y (ii) el número de los mismos que estaban incluidos en el GTA y ARA 2018, es decir, cuántos del total de cada categoría de revendedores estaban autorizados a utilizar las Páginas Web de AMAZON en las distintas jurisdicciones:

³³² Ver el Anexo 1 de la contestación de APPLE al RI IV (folio 5608).

³³³ Con la excepción de Polonia, de la que se desconocía en el momento de realizar el requerimiento a APPLE que AMAZON disponía de tienda en línea.

Tabla 29. Número total de revendedores oficiales



Fuente: contestación de APPLE al RI IV (folio 5608)

4.6.9. Valoración de los contratos por las partes

- (349) De acuerdo con AMAZON, los clientes se han beneficiado de la distribución de productos APPLE por parte de AMAZON tras la conclusión del ARA y el GTA del siguiente modo:
- Existe una mayor selección de productos Apple en la Página Web de AMAZON³³⁴;
 - La calidad de las descripciones de los productos APPLE ha mejorado considerablemente, por ejemplo, al haberse producido un incremento en la calidad de los datos en las páginas de descripción de productos, la inclusión de detalles sobre los atributos de los productos, así como la eliminación de duplicados de páginas que generaban confusión al reflejar únicamente ciertas configuraciones³³⁵; y

³³⁴ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 4 (folios 4598-4599).

³³⁵ Ver contestación a RI II AMAZON, párrafos 28-29 (folio 4680).

- En relación con la venta de productos falsificados o de imitación, AMAZON indica que menos de un **[0-1]** % de los productos APPLE vendidos a través de las páginas web europeas de AMAZON recibían una denuncia por falsificación antes de la firma del GTA y del ARA 2018³³⁶; pero que, tras la firma de dichos acuerdos, lo cual incluye el compromiso de APPLE de utilizar el Registro de Marcas o *Brand Registry* y las protecciones de marca automatizadas disponibles a través de ella, la tasa de denuncias de clientes debido a falsificaciones de productos Apple ha descendido en casi un **[90-100]**% tanto en España como en la UE (desde antes de la firma de los acuerdos hasta el primer trimestre de 2021)³³⁷.

(350) De acuerdo con APPLE, el GTA y el ARA 2018:

- Han permitido ofrecer una experiencia de compra *premium* para los clientes de productos APPLE en la plataforma de AMAZON (tanto de las ventas propias de AMAZON como para las ventas de terceros a través de la Página Web de AMAZON)³³⁸; y
- Han permitido implantar un proceso mejorado para solucionar la venta de productos APPLE no originales y otras prácticas de marketing engañosas³³⁹.

4.7. Papel de las partes en el mercado

(351) AMAZON es el líder en España tanto en el mercado de prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores en España (con cuotas sistemáticamente superiores al **[50-60]**% durante todo el periodo analizado), como en el de la venta minorista en línea de productos electrónicos. A su vez, APPLE ocupa la primera posición en el mercado de la fabricación y venta de productos electrónicos en el EEE, con cuotas de mercado en valor sistemáticamente superiores al 30% durante todo el periodo analizado.

(352) Por un lado, APPLE reconoce el papel principal de AMAZON como mercado en línea en España al hablar de “*la escala y alcance del negocio de Amazon*”³⁴⁰ y “*considerando la magnitud del negocio de Amazon*”³⁴¹ (énfasis añadido en ambos casos).

³³⁶ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 35 (folio 4611).

³³⁷ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 35 (folio 4611).

³³⁸ Ver contestación a RI I APPLE, respuesta a pregunta 3 (folio 4254-4259).

³³⁹ Ver contestación a RI I APPLE, respuesta a pregunta 3 (folio 4254-4259).

³⁴⁰ Ver contestación a RI I APPLE (folio 4253 y 4260).

³⁴¹ Ver contestación a RI I APPLE (folio 4256).

- (353) Por otro lado, la propia AMAZON reconoce el liderazgo de los productos de la marca APPLE: “Dadas las particularidades de la exitosa marca Apple”³⁴²; “los clientes de Amazon buscaban productos de la marca electrónica más deseada del mundo”³⁴³; “la marca APPLE era considerada y sigue siendo considerada como la marca más valiosa y deseada del mundo”³⁴⁴; y “Dadas las particularidades de la exitosa marca Apple y su estricto sistema de distribución, [CONFIDENCIAL]”³⁴⁵.

4.8. El registro de marcas o *Brand Registry*

- (354) De acuerdo con AMAZON, “el propósito del Brand Registry es la identificación de todas las marcas y el establecimiento de protecciones que garanticen que en AMAZON solo se venden productos auténticos. El Brand Gating tiene un propósito diferente, ya que es requerido por marcas que implementan estrictos sistemas de distribución y que insisten en aplicar tales sistemas a las ventas de sus productos en la Tienda AMAZON”³⁴⁶.
- (355) En concreto, indica AMAZON que “los fabricantes de productos de marca que solicitan que sólo se permita ofertar sus productos a los Vendedores aprobados por estos últimos, normalmente operan a través de sistemas de distribución controlados estrictamente, y se preocupan de que revendedores “no autorizados” ofrezcan sus productos”. Añade que su implementación se asemejaría a los canales de distribución selectiva, en los que primarían consideraciones de presentación de marca de alta calidad”³⁴⁷.
- (356) Según la propia AMAZON, precisamente porque la confianza del cliente es difícil de ganar y fácil de perder, la falsificación y otras formas de fraude y abuso implican un riesgo sustancial para la empresa. Es por ello que “el foco principal de AMAZON es el de las herramientas de tecnología preventiva diseñadas para combatir proactivamente el fraude y el abuso a gran escala antes de que afecte al cliente o al socio vendedor, herramientas entre las que se encuentra el Brand Registry”³⁴⁸.
- (357) El Registro de Marcas (Brand Registry) “se lanzó en 2017 y es un servicio gratuito abierto a cualquier titular de marca o brand owner cuyas marcas se vendan en

³⁴² Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 17 (folio 4603).

³⁴³ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 18 (folio 4604).

³⁴⁴ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 22 (folio 4605) y por ejemplo, https://www.interbrand.com/wpcontent/uploads/2018/10/Interbrand_Best_Global_Brands_2018.pdf, página 12. Para 2019 ver <https://www.interbrand.com/best-brands/best-global-brands/2019/ranking/>.

³⁴⁵ Ver contestación a RI AMAZON, párrafo 17 (folio 4603).

³⁴⁶ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 29 (folio 4610).

³⁴⁷ Ver contestación a RI II AMAZON, párrafo 65 (folio 4689).

³⁴⁸ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 31 (folio 4610).

*AMAZON, independientemente de si existe una relación económica directa del Brand Owner con AMAZON*³⁴⁹.

- (358) Para registrarse en el Registro de Marcas, los titulares de marcas deben proporcionar información de su marca y de su compañía, incluyendo las marcas registradas en un país donde el Registro de Marcas de AMAZON esté operando³⁵⁰.
- (359) De acuerdo con AMAZON, el Registro de Marcas “*proporciona potentes protecciones de marca automatizadas que detectan cualquier infracción y protegen de manera proactiva la propiedad intelectual de una marca, sin que sea necesario que la marca tenga que denunciar estas infracciones, todo ello basado en información específica que las marcas proporcionan al Brand Registry (por ejemplo, marcas denominativas e imágenes de sus logos)*”³⁵¹.
- (360) Añade AMAZON que el Registro de Marcas “*también ofrece a las marcas una herramienta llamada "Denuncia una Infracción", que permite a las marcas buscar y denunciar con precisión aquellos productos potencialmente infractores utilizando la tecnología más moderna de búsqueda de imágenes y textos*”³⁵².
- (361) Las marcas incluidas en el Registro de Marcas también reciben más control sobre las fotos, vídeos, textos y otra información en las páginas de detalles de producto de AMAZON asociadas con su marca, de manera que las marcas se pueden asegurar de que la información de su producto es precisa y los clientes pueden tomar decisiones de compra seguras e informadas³⁵³.
- (362) De acuerdo con AMAZON antes de la firma del GTA y del ARA 2018, “*APPLE no utilizaba sistemáticamente el Brand Registry de AMAZON para proteger su propiedad intelectual en la Página Web de AMAZON y, por ello, APPLE era incapaz de beneficiarse completamente de las herramientas de protección de marca de AMAZON*[CONFIDENCIAL]”³⁵⁴.
- (363) Por su parte, APPLE sostiene que “*el Registro de Marcas por sí mismo no es suficiente para resolver los graves problemas del marketplace de Amazon* [CONFIDENCIAL]”³⁵⁵. En este mismo sentido, APPLE indica que “*presentó más de [CONFIDENCIAL] notificaciones para la retirada de productos a Amazon antes del GTA*”³⁵⁶. En este sentido según AMAZON, “*menos de un [0-1]% de los*

³⁴⁹ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 32 (folio 4610).

³⁵⁰ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 33 (folio 4610).

³⁵¹ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 34 (folio 4611).

³⁵² Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 34 (folio 4611).

³⁵³ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 34 (folio 4611).

³⁵⁴ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 35 (folio 4611).

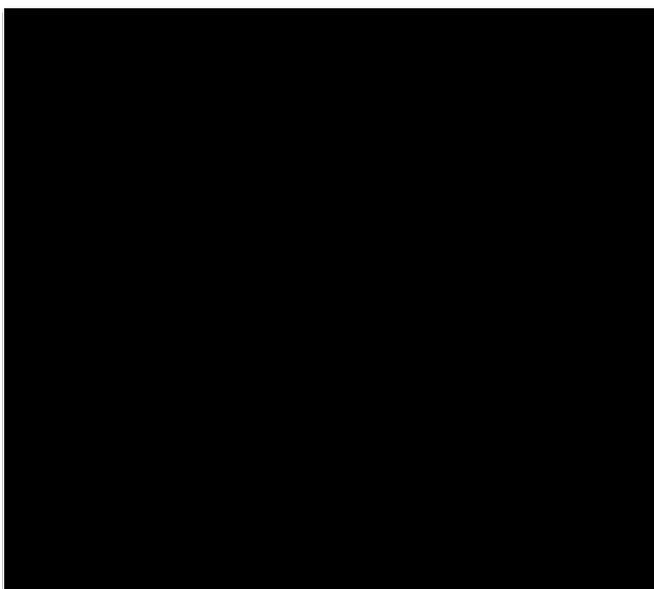
³⁵⁵ Ver contestación a RI I APPLE, respuesta a pregunta 7 (folio 4260).

³⁵⁶ Ver contestación a RI I APPLE, respuesta a pregunta 7 (folio 4260).

*productos APPLE vendidos a través de las páginas web europeas de Amazon Store recibían una denuncia por falsificación*³⁵⁷.

- (364) Además, en relación con las notificaciones de retirada, si se desagrega la cifra por años se observa que el número de notificaciones enviadas en 2016 (antes del GTA y del ARA 2018) es muy similar a la de 2021 (ya con los acuerdos mencionados en vigor):

Tabla 30. Notificaciones para la retirada (en cientos de miles)



Fuente: contestación a RFI II APPLE, página 14 (folio 4382)

- (365) Además del compromiso de APPLE de utilizar el Registro de Marcas o *Brand Registry* y las protecciones de marca automatizadas disponibles a través de ella, según AMAZON, los compromisos mutuos **[CONFIDENCIAL]** han permitido a AMAZON proteger de manera más efectiva todos los derechos de propiedad intelectual de APPLE en las Páginas Web de AMAZON (p. ej. como también se indicó ya, la tasa de denuncias de clientes debido a falsificaciones de productos APPLE – que ya era de menos de un **[0-1]**% - ha descendido en casi un **[CONFIDENCIAL]**% tanto en España como en la UE desde antes de la firma de los acuerdos hasta el primer trimestre de 2021)³⁵⁸.

³⁵⁷ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 35 (folio 4611).

³⁵⁸ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 35 (folio 4611).

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. Competencia para resolver

- (366) 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 (**LCNMC**), 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*”³⁵⁹. 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*” y, según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.
- (367) En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

5.2. Objeto de la resolución y normativa aplicable

5.2.1. Objeto de la resolución

- (368) El **objeto** de la presente resolución consiste en determinar si las empresas imputadas –APPLE y AMAZON– han incurrido en la conducta colusoria prohibida por la normativa de defensa de la competencia que les atribuye el órgano de instrucción en la Propuesta de Resolución.

5.2.2. Normativa aplicable

5.2.2.1. Normativa nacional

- (369) Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, el presente expediente se refiere a una serie de prácticas realizadas durante la vigencia de la LDC por lo que **resulta de aplicación el artículo 1 de la LDC** relativo a las conductas colusorias.

5.2.2.2. Afectación al comercio entre Estados miembros y aplicación del TFUE

- (370) Para determinar si procede analizar las conductas descritas en el ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE es preciso constatar si éstas son

³⁵⁹ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.

susceptibles de afectar al comercio entre los Estados Miembros de la UE (EEMM).

- (371) Los acuerdos analizados (i.e. las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing) afectan a todo el territorio nacional, en la medida en que la Página Web de AMAZON en España tiene alcance nacional.
- (372) A este respecto, se ha considerado en reiteradas ocasiones que si las conductas que se analizan tienen alcance nacional, como es el caso, debe entenderse que son susceptibles de afectar al comercio entre EEMM de manera apreciable³⁶⁰.
- (373) Adicionalmente, y como se observa en el apartado de hechos acreditados, las cláusulas controvertidas han afectado a revendedores de APPLE de otros EEMM que vendían en España a través de Amazon.es. (párrafos (340) a (342) y (347) a (348)), con lo que la afectación de las conductas investigadas al comercio entre EEMM resulta palmaria.
- (374) Por tanto, **resulta asimismo de aplicación el artículo 101 del TFUE.**

5.3. Propuesta del órgano instructor

- (375) La DC ha propuesto a esta Sala que declare la existencia de una **infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE desde octubre de 2018** hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción, de la que serían responsables las sociedades del grupo APPLE: ADI y AINC, junto con las sociedades del grupo AMAZON: ASE, AEC, AEU y ASI.
- (376) Atendiendo a la naturaleza eminentemente vertical de los acuerdos investigados y la redacción de la LDC vigente en el momento de iniciarse las conductas, la DC estima que procede calificar la infracción identificada como grave en el sentido del artículo 62.3 de la LDC. Por tanto, de acuerdo con el artículo 63.2 de la LDC, procedería la imposición de multas de hasta el 5% del volumen de negocios total mundial (VNT) de las sociedades sancionadas.
- (377) Tomando como referencia el VNT de 2021 de las sociedades incoadas la DC propone la imposición de las siguientes multas:

Tabla 31. Multas propuestas por la DC

Grupo	Sociedad	Tipo (%)	Sanción propuesta
-------	----------	----------	-------------------

³⁶⁰ Entre otras, Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de enero de 2014, Expte. S/0404/12 Servicios Comerciales ANEA y de 22 de septiembre de 2014 Expte. S/0428/12 Palés.

APPLE	ADI ³⁶¹	4,10%	128.640.000€
	AINC ³⁶²	2,10%	15.000.000€
AMAZON	ASE ³⁶³	2,10%	2.000.000€
	AEC ³⁶⁴	2,10%	1.000.000€
	AEU ³⁶⁵	3,30%	37.510.000€
	ASI ³⁶⁶	2,10%	10.000.000€

- (378) La DC propone, por otro lado, que se archiven las actuaciones contra las sociedades AOS³⁶⁷, ARS³⁶⁸ y AMI³⁶⁹ por considerar que no ha quedado acreditada su participación en las conductas investigadas.

5.4. Valoración de la Sala de Competencia

5.4.1. Tipificación de las conductas

- (379) Los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE prohíben 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.
- (380) Al efecto, una vez concluida la existencia de un acuerdo entre empresas, se procederá: (i) a establecer si éste es de naturaleza horizontal o vertical, en la medida en que ello determinará el marco de análisis de las restricciones contenidas en el mismo; y (ii) a analizar las restricciones que se hayan identificado en el mismo para determinar si las mismas constituyen restricciones por objeto o por efecto de la competencia y las razones que llevan a una u otra conclusión.

³⁶¹ Apple Distribution International Ltd

³⁶² Apple Inc.

³⁶³ Amazon Services Europe S.À.R.L.

³⁶⁴ Amazon Europe Core S.À.R.L.

³⁶⁵ Amazon EU S.À.R.L.

³⁶⁶ Amazon.com Services, Inc. (actualmente Amazon.com Services LLC)

³⁶⁷ Amazon Online Spain, S.L.

³⁶⁸ Apple Retail Spain, S.L.

³⁶⁹ Apple Marketing Iberia, S.A.

5.4.1.1. Acuerdo y/o práctica concertada

5.4.1.1.1. Principios

- (381) Para que exista una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE es necesario que exista un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más “empresas” en el sentido del Derecho de la competencia.
- (382) De acuerdo con reiterada jurisprudencia, el concepto de acuerdo “*se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades*”³⁷⁰.
- (383) Así, se considera que existe acuerdo cuando varias entidades se asocian en un plan común que limite o pueda limitar su política comercial individual al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado³⁷¹, es decir, cuando existe una concurrencia de voluntades. Por otro lado, no es necesaria la constancia por escrito de dicho acuerdo, ni se requiere que tenga una forma determinada o que se establezcan sanciones contractuales o medidas que aseguren su cumplimiento³⁷².
- (384) Algunos ejemplos de concurrencias de voluntades que se han considerado acuerdos son contratos³⁷³, pactos de caballeros³⁷⁴, simples entendimientos³⁷⁵, acuerdos orales³⁷⁶ o protocolos³⁷⁷.
- (385) Además, también de acuerdo con reiterada jurisprudencia, lo relevante no es la distinción de forma precisa entre las distintas categorías enunciadas en los artículos 1 LDC y 101 TFUE (i.e. acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela), sino la distinción entre comportamiento colusorio y no colusorio³⁷⁸.

³⁷⁰ Ver, por todas, sentencia del TGUE en el caso T-41/69 – *Bayer v. Commission*, ECLI:EU:T:2000:242, párrafo 69, y sentencia del TJUE en el caso C-2/01 P y C-3/01 - *P - BAI and Commission v Bayer*, ECLI:EU:C:2004:2, párrafos 96-103.

³⁷¹ Ver S/0644/18 – *RADIOFÁRMACOS*, página 60.

³⁷² Ver S/0644/18 – *RADIOFÁRMACOS*, página 60.

³⁷³ Ver, por ejemplo, C-591/16 P - *Lundbeck/Comisión*, ECLI:EU:C:2021:243.

³⁷⁴ Ver, por ejemplo, C-41/69 - *Chemiefarma v Commission*, ECLI:EU:C:1970:71.

³⁷⁵ Ver Decisión de la Comisión, de 5 de junio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (Asunto nº IV/32.879 - *Viho/Toshiba*).

³⁷⁶ Ver caso 28/77 - *Tepea BV v Commission*, ECLI:EU:C:1978:133.

³⁷⁷ Ver decisión de la Comisión, de 29 de marzo de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (IV/33.941 HOV-SVZ/MCN).

³⁷⁸ Ver sentencia del TJUE en el caso C-49/92 P - *Comisión/Anic Partecipazioni*, ECLI:EU:C:1999:356, párrafo 112.

- (386) Por último, los artículos 1 LDC y 101 TFUE resultan de aplicación a todos los acuerdos entre empresas que puedan distorsionar la competencia, con independencia de que las partes del mismo sean competidoras o no. Así, “es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 81 CE, apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate” (énfasis y subrayado añadidos)³⁷⁹.

5.4.1.1.2. Aplicación a este caso

- (387) **Las Cláusulas de Exclusión o Brand Gating, las Cláusulas de Publicidad, y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing son acuerdos entre empresas**, en la medida en que constituyen una concurrencia de las voluntades de APPLE y AMAZON sobre la autorización a determinados revendedores para vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON, determinadas restricciones a la publicidad en la Página Web de AMAZON y determinadas restricciones a la capacidad de AMAZON de llevar a cabo campañas de *marketing* a clientes de productos de la marca APPLE, recogidas en un contrato firmado entre ambas partes (el GTA y el ARA 2018), que se ha venido aplicando e implementando desde el 31 de octubre de 2018 hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción.

5.4.1.2. Restricción de la competencia

- (388) El artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE prohíben los acuerdos que tienen por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado.
- (389) No es necesario examinar los efectos restrictivos de la competencia derivados del mismo cuando esté acreditado su objeto contrario a ella³⁸⁰. No obstante, la conjunción disyuntiva “o” se entiende en sentido inclusivo, por tanto, puede haber una restricción por objeto y por efecto³⁸¹.
- (390) Al respecto, la jurisprudencia del TJUE y de los tribunales nacionales muestran que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser calificados de restricción por objeto, ya

³⁷⁹ Ver sentencia TJUE en el caso C-194/14 P - AC-Treuhand/Comisión, ECLI:EU:C:2015:717, párrafo 35.

³⁸⁰ Sentencias del TJUE, de 26 de noviembre de 2015, en el asunto C 345/14 Maxima Latvija, apartados 16 y 17, y de 20 de enero de 2016, C 373/14 P en el asunto Toshiba Corporation/Comisión, apartados 24 y 25.

³⁸¹ Sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2020, en el asunto C-228/18 Budapest Bank.

que, por su propia naturaleza, resultan perjudiciales para el buen funcionamiento del juego de la competencia³⁸².

- (391) De este modo, se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como la fijación horizontal de precios, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que es innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado. En este sentido, la experiencia muestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores.
- (392) Para apreciar si un acuerdo tiene un *grado de nocividad* para la competencia *suficiente* para ser considerado una restricción de la competencia por objeto debe atenderse: (i) al contenido de sus disposiciones; (ii) a los objetivos que pretende alcanzar; y (iii) al contexto económico y jurídico en el que se inscribe (al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados)³⁸³.
- (393) Además, si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo entre empresas, nada impide que las autoridades de la competencia o los tribunales nacionales y de la Unión la tengan en cuenta³⁸⁴.
- (394) En línea con la práctica jurisprudencial citada, para determinar si existe una restricción por objeto de la competencia, **en un primer paso**, se analizará el contenido de las disposiciones del acuerdo y sus objetivos, para tratar de determinar si el acuerdo en cuestión está comprendido, atendiendo al tipo de restricción generada, en la categoría de conducta colusoria cuyo carácter perjudicial esté comúnmente aceptado en base a la experiencia o la normativa.
- (395) En cuanto al contenido, la lista de los tipos de acuerdos previstos en el artículo 101.1 TFUE recoge ejemplos de conductas o limitaciones prohibidas, pero dicha lista no es exhaustiva, de modo que pueden calificarse de restricción “por objeto” estos y otros tipos de limitaciones cuando tal calificación se efectúa conforme a los requisitos derivados de la jurisprudencia³⁸⁵ (i.e. tipos de coordinación entre empresas que revelen un *grado de nocividad* para la competencia *suficiente*).

³⁸² Sentencias del TJUE, de 11 de septiembre de 2014, en el asunto C 382/12 P MasterCard y otros/Comisión, apartados 184 y 185 y de 20 de enero de 2016, en el asunto C 373/14 P Toshiba Corporation/Comisión, apartado 26.

³⁸³ Asunto C-288/18 – *Budapest Bank*, párrafo 51 y jurisprudencia citada.

³⁸⁴ Asunto C-288/18 – *Budapest Bank*, párrafo 53 y jurisprudencia citada.

³⁸⁵ Asunto C-288/18 – *Budapest Bank*, párrafo 54 y 63.

- (396) Por otro lado, no se exige en modo alguno que el mismo tipo de acuerdos haya sido ya sancionado por la CE (o por la autoridad de competencia correspondiente) para que estos puedan considerarse restrictivos de la competencia por objeto³⁸⁶. El “acervo de experiencia” requerido para estimar que una conducta colusoria es apta, por su propia naturaleza, para limitar la competencia, de modo que deba considerarse una restricción de la competencia por el objeto, se refiere al tipo de limitación generada por el acuerdo y no a la forma concreta del acuerdo mediante el que se genera la limitación en cuestión.
- (397) En cuanto a los objetivos, el TJUE “*ya ha declarado que el hecho de que se considere que una medida persigue un objetivo legítimo no excluye que, habida cuenta de la existencia de otro objetivo perseguido por ella y que deba estimarse ilegal, teniendo en cuenta asimismo el contenido de las disposiciones de esa medida y el contexto en el que se inscribe, pueda considerarse que dicha medida tiene un objeto restrictivo de la competencia*”³⁸⁷.
- (398) **En un segundo paso**, se analizará el contexto jurídico y económico en que se aplica el acuerdo para determinar si se dan circunstancias jurídicas o de hecho que permitan concluir si la conducta es concretamente apta para restringir la competencia. En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia, dicho análisis “*puede limitarse a lo que se manifieste estrictamente necesario para concluir que existe una restricción de la competencia por el objeto*”³⁸⁸.
- (399) Por tanto, si tras analizar el contenido, los objetivos y el contexto jurídico y económico se llega a la conclusión de que el acuerdo presenta un grado de nocividad para la competencia suficiente, dicho acuerdo constituiría una restricción por objeto de la competencia que hace que no sea necesario investigar sus efectos en el mercado para que pueda ser sancionado. En caso contrario, sería necesario demostrar los efectos contrarios a la competencia del acuerdo para que el mismo pudiera ser sancionado.
- (400) Atendiendo al contenido, a los objetivos y al contexto jurídico y económico de los acuerdos, y en la medida en que contienen tanto elementos verticales como horizontales y que la relación entre APPLE y AMAZON es compleja, corresponde establecer la naturaleza vertical u horizontal de las eventuales restricciones a la competencia contenidas en tales acuerdos ya que ello determinará el marco de análisis pertinente. Así, en el caso restricciones verticales, resultarán de aplicación los Reglamentos de exención por categorías para determinadas

³⁸⁶ Asunto C-591/16 P – *Lundbeck*, párrafo 130.

³⁸⁷ STJUE en el caso C-67/13 P - CB/Comisión, EU:C:2014:2204, párrafo 70; y C-288/18 – *Budapest Bank*, párrafo 52.

³⁸⁸ STJUE en el caso C-373/14 P - *Toshiba Corporation/Comisión*, EU:C:2016:26, párrafo 29.

restricciones verticales (**RECAV**)³⁸⁹ y las Directrices Verticales³⁹⁰. Por tanto, **con carácter previo** al análisis de la nocividad de las eventuales restricciones **corresponderá determinar su carácter horizontal o vertical y la aplicabilidad o no del citado Reglamento que exenciona ciertas restricciones verticales** aplicando para ello un umbral de cuota de mercado.

(401) Así, si se determina que el acuerdo objeto de análisis es vertical corresponde analizar si se aplican las exenciones previstas en el RECAV para lo cual se realiza la siguiente evaluación³⁹¹:

- En primer lugar, se analiza si las disposiciones del acuerdo objeto de análisis están relacionadas con las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios contractuales, ya que:
 - Si no lo están, a estas restricciones contenidas en un acuerdo vertical no se les aplicaría el RECAV 2010 (ni el RECAV 2022 si resultara de aplicación a las conductas en cuestión), por lo que dichas restricciones tendrán que ser evaluadas de forma individual³⁹².
 - Si lo están, en la medida en que sólo se exencionan las restricciones verticales que cumplen dos condiciones (que las partes no superen un umbral de cuota y que las restricciones en cuestión no sean de las consideradas especialmente graves), habría que continuar el análisis de la siguiente forma:

³⁸⁹ 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 (**RECAV 2010**). Téngase en cuenta que dicha norma fue sustituida por el Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 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 (**RECAV 2022**), que entró en vigor el 1 de junio de 2022, aunque con un periodo transitorio hasta el 31 de mayo de 2023 (cuando se haga referencia al citado reglamento de forma general, sin referirse a una versión concreta del mismo, se empleará, simplemente, el acrónimo **RECAV**).

³⁹⁰ Ver el párrafo 6 de la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN sobre directrices relativas a las restricciones verticales (**Directrices verticales de 2010**). Dichas directrices, han sido sustituidas por unas nuevas que entraron en vigor el 1 de junio de 2022 (**Directrices Verticales de 2022**), ver su párrafo 10 con indicaciones en el mismo sentido.

³⁹¹ Ver, especialmente, párrafo 110 de las Directrices Verticales (y lo mismo se establece en los párrafos 5 a 9 de las Directrices Verticales de 2022).

³⁹² Ver párrafo 26 de las Directrices Verticales: “*el Reglamento de Exención por Categorías no cubre las restricciones u obligaciones que no se refieran a las condiciones de compra, venta y reventa*” (ver también párrafo 61 de las Directrices Verticales de 2022: “*El Reglamento (UE) 2022/720 no se aplica a las restricciones verticales que no estén relacionadas con las condiciones de adquisición, venta y reventa de los bienes o servicios. Por tanto, dichas restricciones deben evaluarse de forma individual [...]*”).

- Se calculan las cuotas de mercado de las partes en el mercado de referencia donde venden y compran los bienes y servicios contractuales³⁹³;
- En el caso de que ni la cuota de mercado del proveedor ni la del comprador superen el umbral de cuota de mercado del 30 % establecido en el artículo 3 del RECAV 2010 (y del RECAV 2022 si resultara de aplicación a las conductas en cuestión), el acuerdo vertical estará cubierto por el puerto seguro establecido en el mismo, siempre que el acuerdo no contenga restricciones especialmente graves en el sentido del artículo 4, ni restricciones excluidas en el sentido del artículo 5 que no puedan separarse del resto del acuerdo, de ambos reglamentos;
- Si la cuota de mercado de referencia del proveedor o del comprador supera el umbral del 30 % o el acuerdo incluye una o más restricciones especialmente graves o restricciones excluidas que no puedan separarse del resto del acuerdo, será necesario evaluar el acuerdo vertical de forma individual conforme al artículo 1 LDC y/o 101 TFUE; y
- En el caso de que el acuerdo vertical entre dentro del ámbito de aplicación de los mencionados artículos, si las partes lo alegan, será necesario examinar si se cumplen las condiciones de los apartados 3 de los mencionados artículos.

(402) Asimismo, si resultan de aplicación, el RECAV 2010 (o el RECAV 2022) y sus correspondientes directrices proporcionan también un marco adecuado para el análisis de si las eventuales restricciones de la competencia lo son por objeto o por efecto. En este sentido, de acuerdo con el párrafo 47 de las Directrices Verticales: *“El artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías contiene una lista de restricciones especialmente graves que conducen a la exclusión de todo el acuerdo vertical del ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías. La inclusión de tal restricción especialmente grave en un acuerdo da lugar a la presunción de que el acuerdo está incluido en el ámbito del artículo 101, apartado 1. También da lugar a la presunción de que es poco probable que*

³⁹³ En este sentido, el párrafo 67.b) de las Directrices Verticales de 2022 introduce una aclaración para el caso de plataformas que prestan servicios de intermediación que *“a efectos de la aplicación de los umbrales de cuota de mercado establecidos en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento, la cuota de mercado de la empresa que presta los servicios de intermediación en línea se calcula en el mercado de referencia para la prestación de dichos servicios [...]”*.

*el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3, por la razón de que no se aplica la exención por categorías*³⁹⁴.

- (403) No obstante, no se exige en modo alguno que el mismo tipo de acuerdos haya sido ya sancionado por la CE (o por la autoridad de competencia correspondiente) para que estos puedan considerarse restrictivos de la competencia por objeto³⁹⁵.

5.4.1.2.1. Sobre la aplicación de los reglamentos de exención por categorías

a. Ámbito de aplicación temporal de los reglamentos de exención

- (404) En caso de resultar de aplicación los reglamentos de exención por categorías relativos a los acuerdos verticales, habrá que tener en cuenta el ámbito temporal de aplicación de los mismos, en la medida en que, como se ha explicado, las nuevas normas de verticales entraron en vigor el 1 de junio de 2022.
- (405) El RECAV 2022 entró en vigor el 1 de junio de 2022 y expira el 31 de mayo de 2034.
- (406) Su artículo 10 establece un periodo transitorio de aplicación: *“La prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará durante el período comprendido entre el 1 junio de 2022 y el 31 mayo de 2023 a los acuerdos ya vigentes el 31 mayo de 2022 que no cumplan los requisitos para la exención establecidos en el presente Reglamento, pero que en dicha fecha sí cumplían las condiciones establecidas en el Reglamento (UE) no 330/2010”*.
- (407) Así, el RECAV 2010 seguía siendo de aplicación durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2022 y el 31 de mayo de 2023, respecto de aquellos acuerdos ya vigentes el 31 de mayo de 2022 que cumplieren las condiciones para la exención estipuladas en el mismo (aunque no cumplieran con las del

³⁹⁴ Y lo mismo ocurre en el párrafo 179 de las Directrices Verticales de 2022: *“Las restricciones especialmente graves en el sentido del artículo 4 del Reglamento (UE) 2022/720 son, en general, restricciones de la competencia por objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado. Las restricciones de la competencia por objeto son tipos de coordinación entre empresas que pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado que determinados tipos de coordinación entre empresas muestran un grado de nocividad suficiente para la competencia como para que se considere innecesario evaluar sus efectos. La constatación de una restricción por objeto requiere una evaluación individual del acuerdo vertical de que se trate. En cambio, las restricciones especialmente graves son una categoría de restricciones establecidas en el Reglamento (UE) 2022/720, de las que se presupone que, en general, causan un perjuicio claro a la competencia. Por tanto, los acuerdos verticales que contengan estas restricciones especialmente graves no pueden beneficiarse de la exención prevista en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) 2022/720”*.

³⁹⁵ Asunto C-591/16 P – Lundbeck, párrafo 130.

RECAV 2022). Si bien en el momento de adopción de la presente resolución se encuentra ya plenamente vigente el régimen del RECAV 2022 (desde el 1 de junio de 2023), se considerará, en aras de la seguridad jurídica y de los derechos de defensa de las imputadas, que resulta aplicable a los acuerdos investigados el RECAV 2010, por haber presentado éstas sus alegaciones a la Propuesta de Resolución durante el periodo transitorio y mantener directa o indirectamente que resulta de aplicación el RECAV 2010³⁹⁶. Debe apuntarse, en cualquier caso, que las conclusiones sobre la valoración jurídica de las conductas investigadas serían exactamente las mismas con independencia de si se aplica el RECAV 2010 o el RECAV 2022 y que nada impide a esta Sala fijarse en las disposiciones de este último o en las Directrices verticales de 2022, a título interpretativo, para determinar si las cláusulas investigadas encajan en el tipo sancionador del artículo 101 del TFUE.

b. Principios generales de los reglamentos de exención

- (408) Para que exista un acuerdo vertical, las partes tienen que operar en distintos niveles de la cadena de producción/distribución y el acuerdo referirse a las condiciones en las que las partes pueden comprar o revender los bienes y/o servicios contractuales.
- (409) Así, resulta pacífico que tanto el párrafo 25.d de las Directrices Verticales de 2010 como el RECAV 2010 establecen respectivamente que solo son acuerdos verticales los que “*se refieren a las condiciones de compra, venta o reventa de los bienes o servicios suministrados por el proveedor o que se refieren a las condiciones de venta por parte del comprador de los bienes o servicios que incorporan tales bienes o servicios*” (énfasis añadido) o “*a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios*”.
- (410) En este sentido, un acuerdo será vertical cuando se cumplan esas condiciones (i.e. exista una conexión directa entre el acuerdo y las mencionadas condiciones de compra y venta), además de la señalada de que las partes operen en distintos niveles de la cadena de producción/distribución. Ahora bien, que un acuerdo sea calificado como vertical no quiere decir que todas y cada una de las cláusulas que lo componen tengan que estar relacionadas con las condiciones de adquisición, venta y reventa de los bienes o servicios. Así, el párrafo 26 de las Directrices Verticales de 2010 establece que “[e]n términos más generales, el Reglamento de Exención por Categorías no cubre las restricciones u obligaciones que no se refieran a las condiciones de compra, venta y reventa”³⁹⁷.

³⁹⁶ Véanse, por ejemplo, el párrafo 39 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución o el párrafo 23 de las alegaciones de APPLE a la Propuestas de Resolución.

³⁹⁷ Y lo mismo establece el párrafo 61 de las Directrices Verticales de 2022, que descarta la aplicación del reglamento de exención por categorías “*a las restricciones verticales que no estén relacionadas con las condiciones de adquisición, venta y reventa de los bienes o servicios [...]*”, y que, además, aclara que éstas “*deben evaluarse de forma individual*”.

Es decir, que podría existir un acuerdo vertical pero que algunas de sus cláusulas, al no estar relacionadas con las condiciones de compra y venta de los bienes y servicios contractuales, requieran un análisis individual (y separado del acuerdo vertical en su conjunto).

- (411) Así, la definición del artículo 1.1.a) del RECAV 2010 referente a “*las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios*”, debe interpretarse a la luz de lo señalado en el párrafo 26 de las Directrices Verticales de 2010: “*el Reglamento de Exención por Categorías no cubre las restricciones u obligaciones que no se refieran a las condiciones de compra, venta y reventa, tales como la obligación que impide a las partes desarrollar actividades de investigación y desarrollo independientes, que las partes puedan haber incluido en un acuerdo vertical de otro tipo*”, de manera que dichas restricciones no cubiertas por el reglamento deben ser analizadas de forma individual³⁹⁸.
- (412) Por otro lado, de acuerdo con el artículo 2.4 del RECAV 2010 (así como del RECAV 2022), la exención prevista en su artículo 2.1 “*no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras*”. Por su parte, el artículo 1, apartado 1, letra c), del RECAV 2010 define una empresa competidora como “*un competidor real o potencial*” (como también hace el RECAV 2022) y, según las Directrices Verticales, “*dos empresas se tratan como competidores reales si realizan actividad en el mismo mercado de referencia*”³⁹⁹.
- (413) Por último, de acuerdo con el artículo 3.1 del RECAV 2010 (que tiene la misma redacción en el RECAV 2022): “*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*”.
- (414) En relación con lo anterior, las Directrices Verticales en su párrafo 93 (énfasis añadido): “**El cálculo de la cuota de mercado debe basarse en principio en cifras de valor de mercado. En caso de que no se disponga de éstas, se**

³⁹⁸ Esta misma idea se incluye en el párrafo 61 de las Directrices Verticales de 2022, que aclaran lo que ya estaba establecido en 2010 al añadir que estas restricciones incluidas en un acuerdo vertical y no relacionadas con las condiciones de compra y venta deben analizarse de manera individual, utilizando, de hecho, el mismo ejemplo de una cláusula de investigación y desarrollo: “*El Reglamento [...] no se aplica a las restricciones verticales que no estén relacionadas con las condiciones de adquisición, venta y reventa de los bienes o servicios. Por tanto, dichas restricciones deben evaluarse de forma individual, es decir, es preciso determinar si entran en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado y, en caso afirmativo, si cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3, del Tratado. Por ejemplo, el Reglamento [...] no se aplica a una cláusula que impida a las partes llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo independientes, aunque las partes lo hayan incluido en su acuerdo vertical [...]*”.

³⁹⁹ Ver párrafo 27.

pueden realizar estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, tales como las cifras de volumen de ventas (véase el artículo 7.a), del Reglamento de Exención por Categorías”.

c. Aplicación a este caso

- (415) Los acuerdos GTA y ARA 2018 presentan elementos verticales y horizontales:
- Por un lado, ambas empresas compiten tanto a nivel fabricación como a nivel distribución de los mismos productos (elemento horizontal), dado que APPLE fabrica y distribuye productos electrónicos; mientras que AMAZON, además de prestar servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores, también distribuye productos en la Página Web de AMAZON y fabrica y vende sus propias marcas en España, entre los que se encuentran productos electrónicos de algunas categorías que compiten directamente con los productos de APPLE⁴⁰⁰.
 - Por otro lado, el GTA y el ARA 2018 son contratos por los que se autoriza a AMAZON a vender productos de la marca APPLE y se regulan las condiciones de compraventa y relaciones entre ambas empresas (elemento vertical).
- (416) Si prevaleciera el elemento vertical y se considera que son acuerdos verticales, podrían resultar de aplicación el RECAV y habría que tener en cuenta que, en virtud de los mismos, cualquier conducta estaría exenta siempre y cuando se cumplieran dos condiciones⁴⁰¹: (i) que las cuotas de mercado de las partes, en los respectivos mercados de compra y venta de los bienes contractuales, fueran inferiores a un 30% (art. 3.1 de los mencionados reglamentos); y (ii) que no existieran cláusulas negras de las previstas en los artículos 4 y 5 de los mencionados reglamentos⁴⁰² (arts. 2.1, 4 y 5)⁴⁰³.
- (417) El artículo 1.(a) del RECAV 2010⁴⁰⁴ define los acuerdos verticales 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”* (énfasis añadido). Por tanto, para que un acuerdo sea calificado como

⁴⁰⁰ [CONFIDENCIAL] [Ver contestación al RI II AMAZON, párrafo 86.b), folio 4695].

⁴⁰¹ Ver párrafos 23 y 47 de las Directrices verticales (y 7 de las Directrices Verticales de 2022).

⁴⁰² Las del artículo 4 hacen que todo el acuerdo pierda el beneficio de la exención (ver párrafo 47 de las Directrices Verticales), mientras que las incluidas en el artículo 5 solo retiran el beneficio de la exención a la cláusula en cuestión (ver párrafo 65 de las Directrices Verticales) (y dicha interpretación permanece inalterada en las Directrices Verticales de 2022, ver párrafos 179 y 246, respectivamente).

⁴⁰³ Los artículos citados son los mismos en el Reglamento 330/2010 y en el Reglamento 2022/720.

⁴⁰⁴ Y también del Reglamento 2022/720, que contiene la misma definición en su artículo 1.a).

vertical tiene que cumplir dos condiciones cumulativas: (i) tiene que ser celebrado entre empresas que, a efectos del acuerdo, operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución; y (ii) referirse a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.

(418) Se considera que en el presente caso se cumplen las condiciones anteriores por las siguientes razones:

- En primer lugar, a efectos del acuerdo, AMAZON y APPLE operan en distintos planos de la cadena de producción y distribución ya que, si se atiende al GTA y al ARA 2018, APPLE es un proveedor de productos y AMAZON es la empresa compradora de dichos productos para revenderlos en su mercado en línea; y
- En segundo lugar, tanto el GTA como el ARA 2018 se refieren, en general, a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios contractuales (en concreto, el ARA 2018 es un contrato por el que se autoriza a AMAZON a vender productos de la marca APPLE y que regula los productos que puede vender, los descuentos a los que tiene derecho en sus compras, etc.).

(419) En conclusión, tanto el GTA como el ARA 2018 constituyen acuerdos verticales a los efectos del RECAV 2010 y las Directrices Verticales⁴⁰⁵.

(420) La calificación del GTA y del ARA 2018 como acuerdos verticales no ha sido puesta en cuestión por las partes⁴⁰⁶.

(421) A continuación, se realizará una explicación previa sobre el ámbito temporal de aplicación del RECAV 2010 y el RECAV 2022, para después explicar por qué no resultan aplicables y, por qué, aunque lo fueran (*quod non*), la exención prevista en los mismos.

⁴⁰⁵ Así como del Reglamento 2022/720 y de las Directrices Verticales de 2022 si fueran de aplicación a las conductas en cuestión.

⁴⁰⁶ Ver párrafo 47 de la versión no confidencial de las alegaciones de AMAZON al PCH (folio 8357) y párrafo 285 de la versión no confidencial de las alegaciones de APPLE al PCH (folio 8616).

5.4.1.2.1.1. **Ámbito de aplicación temporal de los reglamentos**

(422) Según lo expuesto en párrafo (407), procede analizar las disposiciones del GTA y del ARA 2018 a la luz del RECAV 2010 sin perjuicio de que puedan traerse a colación determinadas explicaciones o aclaraciones contenidas en el RECAV 2022 y las Directrices Verticales de 2022 que no supongan cambios sustantivos o nuevas normas (salvo aquellas que resulten de aplicación por ser más favorables para las partes). Se insiste, en cualquier caso, en que, tal y como se explicará, las conclusiones alcanzadas aplicando el RECAV 2010 son las mismas a las que se llegaría aplicando el RECAV 2022 y las directrices que lo acompañan.

a. Aplicabilidad del RECAV 2010

(423) A pesar de que el GTA y el ARA 2018 constituyan acuerdos verticales, no todas sus disposiciones están relacionadas con las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios contractuales. Como se explicaba en los párrafos (408) a (411), las restricciones incluidas en un acuerdo vertical y no relacionadas con las condiciones de compra y venta deben analizarse de manera individual.

(424) En este caso, como se desprende de los hechos (ver párrafos (281) a (298)) y se incidirá más adelante, las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad, y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing –objeto de investigación en el presente expediente– no están relacionadas con las condiciones de adquisición, venta y reventa de los bienes o servicios contractuales (i.e. los productos que APPLE suministra a AMAZON como distribuidor aquella) por lo que se trata de cláusulas contenidas en un acuerdo vertical a las que no resulta de aplicación el RECAV (ya sea en su versión de 2010 o de 2002) y que deben ser analizadas de manera individualizada para determinar si las mismas infringen los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

(425) APPLE ha sostenido que las tres cláusulas están relacionadas con las condiciones bajo las cuales los bienes objeto del contrato son adquiridos, vendidos y revendidos por las siguientes razones⁴⁰⁷: (i) aunque el PCH señala que examinará este punto con más detalle más adelante, éste no brinda ninguna justificación de por qué considera que las mencionadas cláusulas no se relacionan con las condiciones bajo las cuales los bienes se adquieren, venden o revenden; (ii) las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* establecen que solo determinados revendedores pueden revender en AMAZON y que las Directrices Verticales de 2022 reconocen que la prohibición de un mercado en línea se

⁴⁰⁷ Párrafos 288 y 289 de la versión no confidencial de las alegaciones al PCH de APPLE (folios 8616 a 8618). También párrafo 22 de las alegaciones a la PR.

puede beneficiar de la exención⁴⁰⁸; y (iii) las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing son una función natural de las actividades de venta (y reventa) y que las Directrices Verticales de 2022 reconocen que las restricciones a la publicidad en línea pueden beneficiarse de la exención⁴⁰⁹.

(426) Sin embargo:

- El PCH dedica un apartado para cada una de las cláusulas en el que explica en detalle su contenido y por qué este nada tiene que ver con las condiciones bajo las cuales las partes pueden adquirir los bienes o servicios contractuales, sino que más bien está relacionado con límites a la libertad comercial de las partes y de terceros ajenos al GTA y ARA 2018.
- Más concretamente, las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, no afectan a las condiciones en las que las partes del acuerdo pueden adquirir o revender los bienes o productos contractuales, sino a si terceros revendedores de productos de la marca APPLE pueden o no utilizar el mercado en línea de AMAZON.

Si bien las Directrices Verticales de 2022 (citadas por APPLE) reconocen que la prohibición de un mercado en línea se puede beneficiar de la exención: (i) en este caso no se trata de una prohibición de utilizar un mercado en línea impuesta por un fabricante a sus distribuidores, sino de un acuerdo directo entre un fabricante y un mercado en línea (que actúa en su rol de dueño y gestor del mercado en línea, y no como distribuidor), por lo que estas previsiones no resultan de aplicación (véase a este respecto el párrafo (555)); e (ii) incluso si dichas disposiciones resultaran de aplicación (*quod non*), el párrafo 338 de las mismas directrices establece que “(s)in embargo, en los casos en los que un proveedor designa a un operador de un mercado en línea como miembro de su sistema de distribución selectiva o en los que restringe el uso de los mercados en línea por parte de determinados distribuidores autorizados, pero no de otros⁴¹⁰, o en los que restringe el uso de un mercado en línea,

⁴⁰⁸ Párrafo 208 “Las restricciones relativas al uso de determinados canales de venta en línea, como los mercados en línea, o la imposición de normas de calidad para las ventas en línea pueden, en general, beneficiarse de la exención prevista en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) 2022/720, independientemente del tipo de sistema de distribución, siempre que no tengan por objeto impedir de forma indirecta el uso efectivo de internet por parte del comprador para vender los bienes o servicios contractuales a determinados territorios o clientes”.

⁴⁰⁹ Párrafo 21: “Las restricciones relativas a la publicidad en línea pueden acogerse a la exención prevista en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) 2022/720, siempre que no tengan por objeto impedir el uso de un canal publicitario completo por parte del comprador”.

⁴¹⁰ Como ocurre en el presente caso en el que AMAZON es revendedor autorizado, y, inicialmente, los APR y el resto de revendedores autorizados no.

pero este proveedor utiliza dicho mercado en línea para vender los bienes o servicios contractuales, es improbable que las restricciones al uso de dichos mercados en línea cumplan los condiciones de adecuación y proporcionalidad" (énfasis añadido).

APPLE opera un sistema de distribución abierto y, de acuerdo con lo indicado en el apartado de hechos probados (ver párrafo (287)), no quedaban autorizados a vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España:

- hasta al menos el 16 de noviembre de 2021⁴¹¹, todos los revendedores oficiales de APPLE menos los APR incluidos en la lista del **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018 (i.e. los APR de otros Estados miembros distintos de los incluidos en el mencionado **[CONFIDENCIAL]**; y los AAR y los Minoristas con independencia del Estado miembro de la Unión Europea en el que estuvieran establecidos); y
- hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción, todos los revendedores no oficiales (NAR) con independencia del Estado miembro de la Unión Europea en el que estén establecidos.

APPLE ha designado, por tanto, a AMAZON como revendedor que puede vender los productos de la marca APPLE en su mercado en línea, así como inicialmente y hasta noviembre de 2021, solo a un grupo de revendedores autorizados (los APR), dejando fuera a otros revendedores autorizados como los AAR y los minoristas⁴¹². Por estas razones, no se cumplen las condiciones de adecuación y proporcionalidad, en la medida en que sí que se ha permitido que determinados revendedores autorizados e, incluso, el propio mercado en línea (AMAZON), puedan usar el mercado en línea de AMAZON en España, mientras que se le ha prohibido su uso a otro grupo de revendedores que también eran distribuidores autorizados (algunos de los cuales estaban en una situación equivalente a los APR).

- Las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing, (como se explica en el análisis de su contenido) no rigen las condiciones bajo las cuales las partes pueden adquirir los bienes o servicios contractuales, sino que están relacionadas con limitaciones a los anuncios en determinados espacios y de determinadas marcas que no podrán aparecer cuando se realice una búsqueda por determinados términos relacionados con marcas de APPLE, y con la prohibición impuesta a

⁴¹¹ **[CONFIDENCIAL]**.

⁴¹² Desde el 16 de noviembre de 2021, los únicos que no estarían autorizados para vender en el mercado en línea de AMAZON son los NAR.

AMAZON de no aproximarse activamente a clientes que hayan comprado productos de la marca APPLE para ofrecerle los de otros competidores.

De acuerdo con las Directrices Verticales de 2022 (citadas por APPLE), la “*obligación del distribuidor de no utilizar las marcas comerciales o los nombres de las marcas de los proveedores para posicionarse en los motores de búsqueda*”⁴¹³ es una restricción especialmente grave que excluye el beneficio de la exención, y tal previsión tiene un funcionamiento similar a las restricciones analizadas (ver la explicación que se da al analizar el contenido de estas cláusulas en los párrafos (810) a (826)).

- (427) Por su parte, AMAZON argumenta que las cláusulas en cuestión no deben analizarse por separado y que, en cualquier caso, éstas están relacionadas con la compra, venta o reventa de bienes o servicios por tres razones⁴¹⁴:
- (428) En primer lugar, AMAZON alega que considerar de forma aislada las cláusulas verticales es artificial y arbitrario, y “*las Cláusulas de Gating, las Cláusulas de Publicidad y la Cláusula de Marketing*” deben ser analizadas en el contexto del acuerdo vertical. Así, el propósito del RECAV sería favorable a una interpretación amplia de lo que se define por un acuerdo vertical, no requiriendo una conexión directa entre la restricción acordada entre las partes y los bienes o servicios intercambiados entre ellas (párrafo 25.d de las Directrices Verticales).
- (429) No obstante, como se explicó en los párrafos (408) a (411), el párrafo 26 de las Directrices Verticales establece que “[...] *el Reglamento de Exención por Categorías no cubre las restricciones u obligaciones que no se refieran a las condiciones de compra, venta y reventa*”⁴¹⁵. En consecuencia, la existencia de un acuerdo vertical no impediría que algunas de sus cláusulas requirieran un análisis individual (y separado del acuerdo vertical en su conjunto) si no estuvieran relacionadas con las condiciones de compra y venta de los bienes y servicios contractuales. De hecho, el mismo párrafo 26 de las Directrices Verticales contienen un ejemplo en este sentido y establecen que este sería el caso de una “*obligación que impide a las partes desarrollar actividades de investigación y desarrollo independientes, que las partes puedan haber incluido en un acuerdo vertical de otro tipo*”⁴¹⁶.

⁴¹³ Párrafo 206.g) de las Directrices Verticales de 2022.

⁴¹⁴ Párrafos 49 a 55 de la versión no confidencial de las alegaciones al PCH de AMAZON (folios 8357-8360). Par 78, 80, 173, 349 a 352 de la versión no confidencial de las alegaciones a la PR.

⁴¹⁵ Y lo mismo establece el párrafo 61 de las Directrices Verticales de 2022, que descarta la aplicación del reglamento de exención por categorías “*a las restricciones verticales que no estén relacionadas con las condiciones de adquisición, venta y reventa de los bienes o servicios [...]*”, y que, además, aclara que éstas “*deben evaluarse de forma individual*”.

⁴¹⁶ Del mismo modo, las Directrices Verticales de 2022 contienen dos ejemplos en este sentido (ver el mencionado párrafo 61 de las mismas): “*Por ejemplo, el Reglamento (UE) 2022/720 no se aplica a una cláusula que impida a las partes llevar a cabo actividades de investigación*”

- (430) En segundo lugar, AMAZON alega que las cláusulas forman parte intrínseca del acuerdo de distribución, en la medida en que “*las Cláusulas de Gating*” son una disposición vertical relativa a las condiciones de venta de ciertos productos en el contexto de una relación vertical; las Cláusulas de Publicidad están directamente vinculadas a los productos afectados por la relación de distribución regulada en el acuerdo vertical; y la “*Cláusula de Marketing*” se refiere a los clientes que han adquirido los Productos Apple cubiertos por el acuerdo vertical. Sin embargo, como se refleja en el apartado de hechos probados (ver párrafos (281) a (298)) el contenido concreto de cada una de las cláusulas en cuestión no está relacionado con “*las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios*”. Así, el contenido de estas cláusulas afecta a cómo terceros vendedores pueden comercializar productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España, a la publicidad en la Página Web de AMAZON y a la capacidad de AMAZON de llevar a cabo campañas de *marketing* a clientes de productos de la marca APPLE, pero no a las condiciones en las que AMAZON puede adquirir y/o vender dichos productos.
- (431) En tercer lugar, AMAZON alega que no habría habido acuerdo vertical sin las cláusulas en cuestión (APPLE no habría aceptado el acuerdo vertical sin las cláusulas verticales) y que, la propia DC habría reconocido en el PCH que se trata de un acuerdo vertical, por lo que el órgano instructor se contradice al considerar que el RECAV no le sería aplicable. Sin embargo, el hecho de que APPLE hubiera aceptado o no el acuerdo vertical (i.e. GTA y ARA 2018) sin las cláusulas en cuestión está relacionado con el proceso de negociación de las partes y no con si las cláusulas en cuestión regulan o no las condiciones de adquisición, venta y reventa de los servicios concernidos. Por otro lado, el PCH indica simplemente que, si se tratara de un acuerdo vertical, las cláusulas habrían podido, en su caso, quedar exentas **si** se hubieran cumplido dos condiciones (resumidamente, cuotas de las partes inferiores al 30% y que no existan cláusulas negras). No cabe concluir de lo anterior, salvo descontextualizando la cita del PCH⁴¹⁷, a la que se refiere AMAZON, que la DC

y desarrollo independientes, aunque las partes lo hayan incluido en su acuerdo vertical” (énfasis añadido); y “[o]tro ejemplo se refiere a los acuerdos de arrendamiento y arrendamiento financiero. *Aunque el Reglamento (UE) 2022/720 se aplica a los acuerdos de venta y adquisición de bienes con el fin de alquilarlos a terceros, los contratos de alquiler y arrendamiento financiero como tales no están cubiertos por el Reglamento, ya que en ese caso no hay ni venta ni adquisición de bienes*”.

⁴¹⁷ Ver párrafo 55, segundo punto, de la versión no confidencial de las alegaciones de AMAZON al PCH (folio 8360): “*En segundo lugar, a pesar de afirmar que “si prevalece el elemento vertical y se considera que son acuerdos verticales, podría resultar de aplicación el Reglamento 330/2010, y el Reglamento 2022/720, y habría que tener en cuenta que, en virtud de los mismos, cualquier conducta estaría exenta”, y de reconocer que el acuerdo en cuestión es vertical, el PCH llega a la conclusión contradictoria de que el RECV no es aplicable*”. No obstante esta DC lo que sostuvo en el PCH es que “*Si prevalece el elemento vertical y se considera que son acuerdos verticales, podrían resultar de aplicación el Reglamento 330/2010 y el Reglamento 2022/720, y habría que tener en cuenta que, en virtud de los*

hubiese reconocido que la exención del RECAV resultase aplicable a las cláusulas controvertidas.

- (432) Atendiendo a lo anterior, esta Sala estima que el RECAV 2010 no resulta de aplicación a las cláusulas controvertidas, sin que las alegaciones de las partes permitan desvirtuar la conclusión alcanzada a este respecto por la DC (que sería exactamente la misma en caso de haberse aplicado el RECAV 2022).

b. Exenciones del reglamento de verticales

- (433) No obstante, incluso si se aceptara a efectos dialécticos que el RECAV 2010 resultara de aplicación a las cláusulas analizadas (*quod non*), la exención prevista en el artículo 2.1 del mismo no resultaría aplicable al presente caso e idénticas conclusiones se desprenden del análisis de aplicabilidad del Reglamento RECAV 2022 para lo que no viniera cubierto por la disposición transitoria:

- **AMAZON y APPLE son empresas competidoras (reales) en la fabricación y la distribución**

- (434) Como se explicó en el párrafo (412), de acuerdo con el artículo 2.4 del RECAV 2010 la exención prevista en su artículo 2.1 no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras y, como se ha anticipado, tanto AMAZON como APPLE fabrican y distribuyen productos electrónicos, por lo que son empresas competidoras a ambos niveles.
- (435) Si, como se indicó en el mencionado párrafo (412), la definición de empresa competidora comprende incluso la competencia potencial y la jurisprudencia ha tenido en cuenta la competencia potencial para determinar la aplicación del artículo 101 TFUE⁴¹⁸, con más razón se debe tener en cuenta una situación como la presente en la que: (i) AMAZON no es solo un competidor potencial, sino que ya compite a nivel fabricación y distribución con APPLE; y (ii) aunque en la actualidad el rol de fabricante de AMAZON sea menor en comparación con sus otros dos roles, no es menos cierto que el mismo ha ido ganando peso con el tiempo (con el lanzamiento de nuevos productos y un incremento constante de las ventas de productos de marca propia).

*mismos, cualquier conducta estaría exenta **siempre y cuando se cumplan dos condiciones**: (i) que las cuotas de mercado de las partes, en los respectivos mercados de compra y venta de los bienes contractuales, fueran inferiores a un 30% (art. 3.1 de los mencionados reglamentos); y (ii) que no existan cláusulas negras de las previstas en los artículos 4 y 5 de los mencionados reglamentos (arts. 2.1, 4 y 5 de los reglamentos)*" (énfasis añadido).

⁴¹⁸ Ver, por ejemplo, C-591/16 P - Lundbeck/Comisión, ECLI:EU:C:2021:243; y C-307/18 - Generics (UK) y otros, ECLI:EU:C:2020:52.

- (436) En relación con lo anterior, APPLE argumenta que las actividades de fabricación de AMAZON son muy reducidas y que los solapamientos son dudosos y de todos modos tendrían una naturaleza *de minimis*⁴¹⁹.
- (437) Sin embargo, no cabe duda de los solapamientos, dado que AMAZON fabrica y vende sus propios productos en España, incluyendo productos electrónicos de algunas categorías que compiten directamente con los productos de APPLE⁴²⁰. Además de no ser dudosos, en un contexto en el que incluso la competencia potencial es relevante para el análisis, los solapamientos identifican a las partes como competidores reales, pues AMAZON ya fabrica y vende productos que compiten con APPLE. Lo anterior no se ve desvirtuado porque dichas actividades de AMAZON sean mínimas, como alega APPLE, en la medida en que la normativa no solo no contempla un grado o nivel de fabricación mínimo para aplicar o no el mencionado artículo 2.4 de los reglamentos, sino todo lo contrario, se incluye hasta la competencia potencial que por definición se refiere a empresas que ni siquiera compiten todavía en el mercado de referencia, pero que podrían pasar a fabricar los productos en cuestión en un breve periodo de tiempo.
- (438) Asimismo, AMAZON alega que:⁴²¹ (i) las partes no son competidoras, en la medida en que el PCH clasifica los productos marca propia de AMAZON como productos fabricados por AMAZON, cuando este enfoque no estaría reflejado en la normativa y, de acuerdo con el párrafo 27 de las Directrices Verticales “(n) *o debe considerarse fabricante de productos de marca propia al distribuidor que dé especificaciones a un fabricante para producir bienes determinados con el nombre comercial del distribuidor*”, y (ii) en todo caso, incluso si fueran competidoras, no se producen solapamientos respecto a una parte significativa de los productos de APPLE.
- (439) Esta lectura del párrafo 27 de las Directrices Verticales desconoce que se refiere a aquellos casos en los que una empresa compra parte de su producción a un fabricante/productor para revenderla luego bajo su propia marca. El ejemplo típico sería un supermercado que compra parte o toda la producción a un fabricante/productor de un determinado producto para venderlo bajo su propia marca después. En estos casos, al supermercado no se le considerará fabricante a efectos del RECAV.
- (440) Este no es el caso de AMAZON, que diseña sus propios productos⁴²² y externaliza su producción en un tercer fabricante que se limita a ensamblar los

⁴¹⁹ Párrafos 290 a 292 de la versión no confidencial de las alegaciones al PCH de APPLE (folios 8618 a 8619).

⁴²⁰ En concreto, AMAZON fabrica y comercializa, por ejemplo, productos de las siguientes clases: **[CONFIDENCIAL]** (“RI II AMAZON”), párrafo 86.b), folio 4695)

⁴²¹ Párrafos 353 a 355 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁴²² Ver, por ejemplo, la página web sobre el equipo de diseño de productos: <https://www.amazon.jobs/en/teams/ddg>

productos y a producir los bienes que le encargan. De lo contrario, si se aceptara la interpretación que sugiere AMAZON, empresas como APPLE, que diseñan sus productos y externalizan su producción (proporcionan especificaciones a un fabricante para producir bienes determinados con el nombre comercial del distribuidor) nunca serían consideradas fabricantes a los efectos del RECAV, como tampoco lo serían otras empresas como Nike, Sanrio, Guess⁴²³, Inditex etc. que también diseñan sus productos, pero externalizan su producción al menos en parte, dando indicaciones en fábricas de terceros.

- (441) Por último, en cuanto a la alegación de que no se producen solapamientos respecto a una parte significativa de los productos de APPLE procede remitirse a lo señalado en respuesta a idéntica alegación de APPLE en el párrafo (437).
- (442) Por tanto, aun si resultara de aplicación, la exención contemplada en RECAV 2010 tampoco resultaría aplicable a las cláusulas en cuestión suscritas entre AMAZON y APPLE por ser competidoras reales (y la misma conclusión se alcanzaría si se aplicara el RECAV 2022).

- *Las cuotas de mercado de AMAZON y APPLE son en ambos casos superiores al 30% del mercado de referencia*

- (443) Como se ha explicado en el párrafo (413), de acuerdo con el artículo 3.1 del RECAV 2010 bastaría con que la cuota de una de las partes del acuerdo fuera superior al 30% para que se perdiera el beneficio de la exención.
- (444) En el presente caso, las cuotas de ambas partes superan el 30%, lo que determina que no se cumpla la condición establecida en el mencionado artículo 3.1 y se pierda el beneficio de la exención previsto en el artículo 2.1. Así:
- En el caso de AMAZON, sea cual sea la unidad utilizada (volumen de ingresos por prestación de servicios básicos o básicos y complementarios o ingresos generados por terceros), su cuota en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores en España es durante todo el periodo investigado superior a un **[50-60]**% en el escenario más conservador (pasando del **[60-70]**% en los otros dos), es decir, en cualquier caso, muy por encima del umbral del 30%⁴²⁴.

⁴²³ En este sentido, téngase en cuenta que estas empresas han estado sujetas a investigaciones de la CE, que se citan en este PCH, y han sido consideradas fabricantes de bienes.

⁴²⁴ En este sentido, el párrafo 67.b) de las Directrices Verticales de 2022 establece que “a efectos de la aplicación de los umbrales de cuota de mercado establecidos en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento, la cuota de mercado de la empresa que presta los servicios de intermediación en línea se calcula en el mercado de referencia para la prestación de dichos servicios [...]”.

- En el caso de APPLE, según datos aportados por la propia empresa, su cuota en el mercado de la fabricación y venta de productos electrónicos en el EEE es superior a un 30% durante todo el periodo investigado. Además, incluso atendiendo a mercados más estrechos distinguiendo por productos, supera el umbral de cuota de mercado en, entre otros, las categorías de productos más demandados como teléfonos inteligentes, tabletas y relojes inteligentes (ver párrafos (225) y (226)).
- (445) En relación con lo anterior, APPLE alega⁴²⁵: (i) que las cuotas de AMAZON no se deben calcular en el mercado de adquisición de servicios de mercado en línea para determinar la aplicación o no del reglamento (sino en el de compra mayorista de productos electrónicos de consumo en España); (ii) que si se aceptara esta argumentación de la DC “*entonces el [Reglamento 330/2010]*”⁴²⁶ nunca se aplicaría a las prohibiciones de mercado en línea; esto se debe a que, por definición, una prohibición de mercado en línea impide que todos los revendedores usen cualquier mercado en línea, lo que significa que una prohibición de mercado en línea afecta al 100% de dicho mercado de intermediación” cuando “*las prohibiciones de mercado en línea han sido consideradas aptas para la exención [como] se reconoce en las [Directrices Verticales de 2022]*”; y (iii) que APPLE tiene una cuota de mercado media en España inferior al 30% en todas sus categorías de productos vendidos a través de AMAZON; y, en todo caso, debe entenderse razonablemente que la cuota de mercado de APPLE en el EEE está muy por debajo del 30% ya que las cuotas han de estimarse en volumen y no en valor pues considera que al tratarse de bienes heterogéneos la penetración de la marca se captura mejor con cuotas en volumen y estas cuotas reflejarán también la popularidad de una marca para los desarrolladores de software⁴²⁷.
- (446) Las alegaciones de APPLE no pueden prosperar:
- (447) En relación con la primera alegación, conviene tener presente que las Directrices Verticales de 2022 que la propia APPLE cita (en relación con la prohibición de mercados en línea para justificar su siguiente argumento) establecen en su párrafo 67.b) que “*la cuota de mercado de la empresa que presta los servicios de intermediación en línea se calcula en el mercado de referencia para la prestación de dichos servicios*”. Si se tiene en cuenta este mercado, las cuotas de AMAZON superarían el 30%.
- (448) En cuanto a la segunda alegación, APPLE confunde la cuota de mercado afectada por una prohibición (esto es, la cobertura del mercado afectada por la

⁴²⁵ Ver párrafos 293 a 299 de las alegaciones al PCH de APPLE.

⁴²⁶ APPLE se refiere en esta cita al RECAV, que en este caso es el Reglamento 330/2010.

⁴²⁷ Ver página 14 del Informe Económico presentado por APPLE junto a sus alegaciones al PCH (folio 8736): “[...] *las cuotas de mercado calculadas sobre el volumen de ventas (en contraposición al valor) captarían con mayor precisión la penetración en el mercado de una determinada marca*”.

prohibición: “una prohibición de mercado en línea **afecta** al 100% de dicho mercado de intermediación” (énfasis añadido)), con la cuota de mercado que tenga un determinado mercado en línea en dicho mercado. Por ejemplo, si un fabricante impide a sus revendedores utilizar cualquier mercado en línea, los revendedores ven afectado el 100% de su participación en el mercado de intermediación de mercados en línea, pero ello será independiente de la cuota de mercado que tenga cualquier mercado en línea (AMAZON, Alibaba, eBay, etc.) en el mercado de prestación de servicios de intermediación en mercados en línea.

- (449) En lo concerniente a la tercera alegación, el artículo 3 del RECAV 2010 (y del Reglamento 2022/720) establece que “(l)a exención prevista en el artículo 2 se aplicará siempre que la cuota del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales [...]” y, en este caso, el mercado de referencia de APPLE en el que vende los productos contractuales es el de la fabricación y venta de productos electrónicos que, como se ha indicado en el apartado 3.2.2.1, es de dimensión EEE. Así, como se ha expuesto en dicho apartado, la dimensión geográfica del mercado no es nacional como indica APPLE. Por otro lado, de acuerdo con datos aportados por la propia empresa, la cuota de APPLE en el mercado de fabricación y venta de productos electrónicos en el EEE es superior al 30% atendiendo a datos en valor.
- (450) Por otro lado, no puede aceptarse la alegación de APPLE relativa a que las cuotas han de ser analizadas en volumen y no en valor. La práctica de las autoridades de competencia nacionales y europea⁴²⁸ es constante al indicar que, con carácter general, han de calcularse cuotas en valor. De hecho, así lo indican las Directrices Verticales en su párrafo 93 (énfasis añadido): “**El cálculo de la cuota de mercado debe basarse en principio en cifras de valor de mercado. En caso de que no se disponga de éstas, se pueden realizar estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, tales como las cifras de volumen de ventas (véase el artículo 7.a), del Reglamento de Exención por Categorías**”⁴²⁹.
- (451) Frente a lo alegado por APPLE, de acuerdo con la Comunicación de definición de mercado, son precisamente las cuotas en valor las relevantes, en particular, cuando se trata de mercados de productos diferenciados. Concretamente, el párrafo 55 de la Comunicación sostiene que “en el caso de productos

⁴²⁸ Véanse por ejemplo las decisiones de la Comisión Europea de 22 de julio de 1992 en el asunto IV/M. 190 – Nestlé/Perrier, párrafo 40 o de 30 de septiembre de 1992 en el asunto No IV/M214 - Du Pont/ICI párrafo 30.

⁴²⁹ En este sentido se pronuncia también la Comunicación de mercado relevante en su párrafo 54: “Si bien para calcular la cuota de mercado normalmente se parte de las ventas, existen también otros indicadores, según los productos o el sector, que pueden aportar información útil, tales como la capacidad, el número de licitadores, las unidades de flota en la industria aeroespacial, o las reservas existentes cuando se trata de sectores como la minería”.

diferenciados, suele considerarse que el valor de las ventas y la cuota de mercado correspondiente refleja mejor la posición y fuerza relativa de cada proveedor.”

(452) La CNMC ha podido acceder a cuotas en valor y APPLE no aporta ninguna justificación válida de por qué motivo, en los mercados en los que APPLE opera como fabricante, las cuotas en volumen serían las apropiadas:

- En primer lugar, APPLE en sus alegaciones incide reiteradamente en la importancia de su imagen de marca y de la experiencia de compra como elemento diferenciador. Es también conocido el posicionamiento de APPLE en términos de precio en múltiples productos de consumo electrónico y su estrategia de ecosistema cerrado. En este contexto las cuotas en valor aportan una imagen más fiel de la posición relativa de APPLE, pues permiten reflejar precisamente esa mayor disposición al pago que resultaría de una marca percibida como de mayor prestigio. Por lo que respecta a los desarrolladores de apps, en la medida en que los clientes de APPLE tienen con carácter general mayor propensión al gasto⁴³⁰, el acceso a estos clientes, aunque fuesen menos numerosos que los que emplean otros ecosistemas, es desde el punto de vista de negocio más interesante. Esta dimensión no quedaría adecuadamente capturada por las meras cuotas en volumen.
- De hecho, en relación con las estimaciones de cuotas de mercado en valor aportadas, que se basan en datos de IDC, la propia APPLE sostuvo que, a pesar de las limitaciones que pudieran presentar dichos datos, “[...] los datos de IDC se basan en lo que Apple considera estimaciones razonables del mercado de fabricación y venta de productos de consumo electrónicos tanto a nivel del EEE como nacional”⁴³¹.

(453) En relación con las cuotas de mercado, AMAZON alega que el PCH y la Propuesta de Resolución identifican erróneamente los mercados de producto, en el caso de APPLE, indicando que el PCH toma cuotas de fuentes no fiables y, en el caso de AMAZON, señalando que el mercado no debe ser el de prestación de servicios de intermediación (como sugieren las Directrices Verticales de 2022 en su párrafo 67.b), sino el mercado de la compra de productos electrónicos (i.e. el mercado de compras a nivel mayorista). En este sentido, la empresa alega que como es difícil recopilar datos sobre sus compras a nivel mayorista, se puede utilizar como aproximación al mercado de compras a nivel mayorista el mercado de la distribución minorista de productos electrónicos, abarcando canales tanto en línea como fuera de línea, en el que su cuota es inferior al 30%. Para realizar esta aproximación se apoya en las Directrices de Transferencia de Tecnología

⁴³⁰ Según un informe de Finbold, “Durante 2021 los usuarios de iOS gastaron casi el doble en aplicaciones que los de Android” (<https://finbold.com/consumers-spent-40-billion-on-app-store-in-h1-2021/>)

⁴³¹ Ver contestación a RI II APPLE, párrafo 17 (folio 4375).

que indican que “*una forma adecuada de calcular las cuotas de mercado para el mercado aguas arriba es utilizar la cuota de ventas que se genera en el mercado aguas abajo*”. AMAZON también alega que el PCH identifica erróneamente el ámbito geográfico en el que opera AMAZON, que no debería ser nacional sino EEE.

- (454) En relación con la utilización de fuentes no fiables para el cálculo de la cuota de APPLE se recuerda que dicha información fue aportada por la propia empresa que, además, consideró que eran “estimaciones razonables”⁴³² (énfasis añadido).
- (455) En cuanto al mercado de producto de AMAZON, el artículo 67.b de las Directrices Verticales de 2022 no implica un cambio sustantivo; sino que supone una interpretación o aclaración del artículo 3 de los reglamentos⁴³³ (cuya redacción es exactamente igual, tanto en el RECAV 2010 como en el RECAV 2022) a la luz de los desarrollos recientes que se han producido en el mercado del comercio electrónico, por lo que su uso es plenamente válido.
- (456) En este sentido, si los cambios de interpretación que complementan la redacción de un artículo que ya existía previamente no suponen una quiebra del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, con más razón no lo será el de unas líneas directrices interpretativas. En este sentido, el Tribunal Supremo⁴³⁴ ya indicó que un cambio legislativo en la definición de cártel contenido en la disposición adicional 4.2 LDC⁴³⁵, se limitaba “*a aclarar, facilitar la comprensión y perfeccionar la definición de la redacción original de la ley, sin modificar su sentido*”, y más cuando las conductas encajaban “*en el mismo tipo infractor de igual contenido literal*” (i.e. el artículo 1 LDC), por lo que rechazaba los argumentos de las partes que sostenían que se había quebrado el principio de irretroactividad al hacer la CNMC una “*interpretación expansiva del concepto de cártel respecto del contenido de la disposición adicional 4.2 LDC en su redacción original*”.
- (457) En todo caso, aunque se admitiera (*quod non*) que el mercado de referencia para calcular las cuotas es el mercado de compra mayorista de productos electrónicos, no hay justificación para usar como aproximación para su cálculo el mercado de la distribución minorista de productos electrónicos incluyendo todos los canales como sugiere AMAZON, precisamente porque son mercados distintos y la cuota en uno no tiene por qué ser equivalente en el otro. En este

⁴³² Ver contestación a RI II APPLE, párrafo 17 (folio 4375).

⁴³³ “*La exención prevista en el artículo 2 se aplicará siempre que la cuota del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la cuota del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales*”.

⁴³⁴ Sentencia del TS de 17 de mayo de 2021 en el caso S/0482/13 - FABRICANTES AUTOMÓVILES, recurso 2218/2020, ECLI:ES:TS:2021:2021. FD Quinto.

⁴³⁵ Que dejó de contener la palabra “secreto” en la definición de cártel (vigente en el momento de producirse los hechos sancionados) a partir del Real Decreto-Ley 9/2017, y fue aplicada por la autoridad en su decisión.

sentido, no resulta apropiada la cita a las Directrices de Transferencia de Tecnología, como se explica en detalle en los párrafos (218) y siguientes. Por otro lado, respecto al mercado de compra mayorista, AMAZON no aporta ningún dato, limitándose a indicar que es difícil recopilar datos sobre sus compras a nivel mayorista.

- (458) En cualquier caso, con independencia de cuál se considere que es el mercado en el que opera AMAZON, con que una de las partes supere el umbral del 30% es suficiente para que no resulte aplicable la exención, y la cuota de APPLE supera el 30% según datos de la propia empresa.
- (459) En cuanto al ámbito geográfico en el que opera AMAZON, se ha explicado en detalle en el apartado 3.2.1.1.4 que es nacional en el caso de la prestación de servicios de intermediación y, en caso de considerar, como sugiere AMAZON, el mercado de la distribución minorista de productos electrónicos, este también sería nacional como se explica en el apartado 3.2.2.3.2. Por tanto, esta Sala se remite íntegramente a lo señalado en el apartado 3 de la presente resolución.
- (460) AMAZON incurre en contradicción al sugerir que, para el caso del mercado de producto, se puede usar como aproximación del mercado de compra mayorista el de la distribución minorista de productos electrónicos (argumentando que es difícil recopilar datos) sin que eso sea óbice para que, cuando se trata de definir el mercado geográfico, vuelva a sugerir el mercado de compra mayorista, que según AMAZON tiene un ámbito geográfico más amplio que el de la distribución minorista.
- (461) Por último, ha de subrayarse que AMAZON en ningún caso presenta unas estimaciones de cuotas de mercado de la empresa y sus principales competidores en ninguna de las dimensiones alternativas que sugiere, realizando simplemente afirmaciones genéricas del tipo “*rango significativamente inferior al 30%*”⁴³⁶ o “*las cuotas de mercado relevantes están muy por debajo de los umbrales del 30%*”⁴³⁷.
- (462) En conclusión, en caso de que el RECAV 2010 (o el RECAV 2022) resultara de aplicación (*quod non*), esta Sala considera que, en el presente caso, se excede el umbral de cuota de mercado del 30% previsto en el mismo, por lo que no resultaría aplicable la exención prevista en su artículo 2.1. Además, como se ha explicado en el punto anterior, con independencia de las cuotas de mercado, se considera que APPLE y AMAZON son empresas competidoras en la fabricación de determinados productos lo que, en virtud del artículo 2.4 del Reglamento RECAV 2010 (y del RECAV 2022), excluye la aplicación de la exención prevista en el artículo 2.1 del mismo.

⁴³⁶ Ver párrafo 66 de la versión no confidencial de las alegaciones de AMAZON al PCH (folio 8363).

⁴³⁷ Ver párrafo 68 de la versión no confidencial de las alegaciones de AMAZON al PCH (folio 8364).

- **No aplicación de la excepción de la distribución dual**

- (463) Por otra parte, aun si las cuotas de ambas empresas fueran inferiores a un 30% (*quod non*) y dado que son competidoras a nivel distribución y de fabricación, no les sería aplicable la excepción de la distribución dual prevista en el artículo 2.4.a) del RECAV 2010 (y del Reglamento RECAV 2022), que prevén que la exención “*se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y a) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de fabricación*” (énfasis añadido).

- **Conclusión sobre la aplicación de la exención del RECAV 2010**

- (464) A la vista de lo anterior, incluso aunque se aceptara a efectos dialécticos que el Reglamento 330/2010 resulta de aplicación a las cláusulas en cuestión, se concluye que las mismas no estarían cubiertas por la exención contemplada en el reglamento por razón de la condición de competidores de las partes, sus cuotas de mercado, y la condición de fabricante de AMAZON (y las conclusiones alcanzadas serían las mismas de resultar aplicable el RECAV 2022).

c. Alegaciones sobre la aplicación temporal del RECAV y valoración de la Sala

- (465) AMAZON sostiene que: (i) el acuerdo vertical debe ser analizado de acuerdo con el RECAV 2010 y las Directrices Verticales; (ii) el PCH realiza referencias confusas tanto a las normas de 2010 como a las de 2022; y (iii) a pesar de que las normas de 2022 no son aplicables, el PCH “*se refiere exclusivamente al párrafo 61 de las Directrices Verticales 2022 con el objetivo de valorar por separado las cláusulas verticales del resto del Acuerdo Vertical*” y “*se refiere al párrafo 67.b) de las Directrices Verticales 2022 como base a partir de la que calcular las cuotas de mercado de Amazon*”.
- (466) Con respecto a las dos primeras alegaciones, en los párrafos anteriores se ha explicado que las normas que se han aplicado son las de 2010, dando como resultado que el RECAV 2010 no resulta de aplicación y que, aunque resultara de aplicación (*quod non*), la exención contemplada en el mismo no sería aplicable porque: (i) APPLE y AMAZON son competidoras a nivel fabricación; (ii) se supera el umbral del 30%; y (iii) no aplica la excepción de la distribución dual. En cualquier caso, la aplicación de las normas aprobadas en 2022 conduciría al mismo resultado: a las cláusulas en cuestión no se les aplicaría el RECAV 2022 porque no están relacionadas con las condiciones de compra y/o venta de los bienes contractuales.
- (467) Además, en relación con la alegación de AMAZON de que se hacen referencias confusas a las normas de 2010 y 2022, ya se ha aclarado que se aplican las de 2010 y que el resultado sería el mismo aplicando las de 2022. De hecho, es la

propia empresa la que hace referencia a las normas de 2022 cuando lo considera necesario para defender sus intereses, por ejemplo, en relación con las cláusulas de paridad y con las prohibiciones de utilización de mercados en línea.

(468) En relación con la tercera alegación, esta Sala no comparte los argumentos de AMAZON por las siguientes razones:

- En primer lugar, el párrafo 61⁴³⁸ de las Directrices Verticales de 2022 establece que, si una cláusula no está relacionada con las condiciones de compra y venta, debe analizarse fuera del reglamento de manera individual, y pone de ejemplo de cláusula no relacionada con las condiciones de compra y venta una cláusula de I+D. Sin embargo, no es correcto que se cite exclusivamente este párrafo con el objeto de valorar las cláusulas verticales por separado del resto del acuerdo. La referencia al párrafo 61 de las Directrices Verticales de 2022 sucede y complementa a lo establecido en el párrafo 26 de las Directrices Verticales de 2010: *“el Reglamento de Exención por Categorías no cubre las restricciones u obligaciones que no se refieran a las condiciones de compra, venta y reventa, tales como la obligación que impide a las partes desarrollar actividades de investigación y desarrollo independientes, que las partes puedan haber incluido en un acuerdo vertical de otro tipo”*. Es decir, que el párrafo 61 de las Directrices Verticales de 2022 solo aclara lo que ya se previa en las normas de 2010 (incluso, utilizando el mismo ejemplo de una cláusula de investigación y desarrollo).

Así, lo establecido en el mencionado párrafo 61 no es nuevo, sino que ésta ya era la interpretación del artículo 1.1.a del RECAV 2010 (ver párrafo 26 de las Directrices Verticales). Simplemente se aclara dicha interpretación de manera directa en las Directrices Verticales de 2022 para dar más claridad y hacer más practicables las normas (que, de hecho, era uno de los objetivos perseguidos con la reforma⁴³⁹).

En este sentido, ya antes de la reforma de 2022, en 2015, un Tribunal de Düsseldorf consideró que una cláusula de paridad amplia impuesta por una empresa (HRS) a los hoteles podía no estar relacionada con las condiciones de compra o venta y podía no constituir, por tanto, un acuerdo

⁴³⁸ “El Reglamento (UE) 2022/720 no se aplica a las restricciones verticales que no estén relacionadas con las condiciones de adquisición, venta y reventa de los bienes o servicios. Por tanto, dichas restricciones deben evaluarse de forma individual, es decir, es preciso determinar si entran en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado y, en caso afirmativo, si cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3, del Tratado. Por ejemplo, el Reglamento (UE) 2022/720 no se aplica a una cláusula que impida a las partes llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo independientes, aunque las partes lo hayan incluido en su acuerdo vertical”.

⁴³⁹ Ver el “INCEPTION IMPACT ASSESSMENT” de la reforma aquí: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12636-Revision-of-the-Vertical-Block-Exemption-Regulation>

vertical cubierto por el RECAV, aunque finalmente no cerró la cuestión porque la empresa investigada tenía una cuota superior al 30% y, por tanto, el RECAV 2010 no le resultaba de aplicación en ningún caso⁴⁴⁰. Precisamente, para evitar posibles dudas (como la señalada), la reforma de 2022 aclara lo anterior (al añadir que deben analizarse por separado), pero ello no quiere decir que esto no fuera ya así antes de la reforma como parece sostener AMAZON.

- En segundo lugar, aunque el párrafo 67.b) de las *Directrices Verticales de 2022* no tiene un equivalente en las *Directrices Verticales 2010*, no supone un cambio sustantivo, sino una interpretación o aclaración del artículo 3 de los reglamentos⁴⁴¹ (cuya redacción es idéntica en ambas versiones) a la luz de los desarrollos recientes que se han producido en el mercado del comercio electrónico (ver explicaciones en los párrafos (455) a (456)). Es decir, el nuevo párrafo completa la interpretación del artículo 3, para dejar claro que el mercado donde se calculan las cuotas del 30%, en el caso de plataformas, tiene que ser en el de prestación de servicios de intermediación.

5.4.1.2.1.2. Conclusión sobre la aplicación del RECAV 2010

- (469) En conclusión, a las cláusulas objeto de investigación no les resulta de aplicación el RECAV 2010 y, aunque a efectos dialécticos se aceptara que resulta de aplicación, no estarían cubiertas por la exención prevista en el mismo (y las conclusiones serían las mismas si se aplicara el RECAV 2022).
- (470) Por tanto, procede analizar de manera individual si las mencionadas cláusulas resultan restrictivas de la competencia.

5.4.1.2.2. Las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*

5.4.1.2.2.1. Restricción por objeto

a. El contenido

- (471) El **contenido** del acuerdo presenta tanto elementos horizontales como verticales (aunque se considera que, a efectos del acuerdo, prevalece el elemento vertical),

⁴⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Düsseldorf (2015), en el asunto VI - Kart. 1/14 (V). Ver aquí: <https://openjur.de/u/759111.html> (párrafos 171 a 173), en el caso HRS (la empresa no recurrió la sentencia por lo que es firme). En la actualidad, con las nuevas normas este debate está cerrado y se considera que este tipo de cláusulas si están relacionadas con las condiciones de compra y venta, en la medida en la que están cubiertas por el reglamento en determinados casos.

⁴⁴¹ “La exención prevista en el artículo 2 se aplicará siempre que la cuota del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la cuota del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales”.

tal y como se ha expuesto en los hechos probados (ver apartado 4.4.1, párrafos (281) a (288)). Las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* son acuerdos entre AMAZON y APPLE por los que se restringe el número de vendedores (incluidos distribuidores oficiales de APPLE) que pueden vender productos APPLE en las Páginas Web de AMAZON.

- (472) En concreto, en España (y en las otras jurisdicciones en las que existe una web específica de AMAZON en Europa: Reino Unido, Italia, España, Francia, Alemania, Países Bajos, Suecia y Polonia⁴⁴²), hasta el 16 de noviembre de 2021, solo los APR de APPLE identificados en el **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018 estaban autorizados para vender en las Páginas Web de AMAZON.
- (473) Desde la entrada en vigor del GTA y del ARA de 2018 (i.e. el 31 de octubre de 2018), los siguientes revendedores de APPLE pasaban a estar no autorizados para vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España:
- todos los revendedores oficiales de APPLE menos los APR incluidos en la lista del **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018 (i.e. los APR de otros Estados miembros distintos de los incluidos en el mencionado **[CONFIDENCIAL]**; y los AAR y los Minoristas con independencia del Estado miembro de la Unión Europea en el que estuvieran establecidos) al menos el 16 de noviembre de 2021⁴⁴³; y
 - todos los revendedores no oficiales (NAR) con independencia del Estado miembro de la Unión Europea en el que estén establecidos hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción.
- (474) De esta forma, ambas empresas han firmado un **acuerdo cuyo objeto implica:** (i) una **discriminación de acceso a la principal plataforma de comercio electrónico en España** (líder a notable distancia del siguiente operador en términos de tráfico e ingresos) entre revendedores de productos APPLE no basada en criterios objetivos, transparentes, necesarios, proporcionados y justificados⁴⁴⁴, colocando a unos competidores (i.e. los no autorizados para vender productos de la marca APPLE en las páginas web de AMAZON, a los que se les ha cerrado el acceso a esta plataforma) en situación desventajosa frente a otros (i.e. los autorizados); (ii) una **limitación o control de la distribución de productos de APPLE en el mercado**; y (iii) una

⁴⁴² En el **[CONFIDENCIAL]** (ver contestación a RI IV AMAZON, preguntas 2 y 3 – folios 5919-5924).

⁴⁴³ Como se ha indicado supra, esta es la fecha de la comunicación realizada por APPLE. Si bien la habilitación pudo tener lugar con posterioridad, por adoptar el enfoque más conservador, se considerará que la fecha de la comunicación es la fecha en la que se hizo efectivo el cambio.

⁴⁴⁴ Se explicará en mayor detalle a continuación.

compartimentación del mercado interior; en los tres casos **reduciendo la competencia intramarca**⁴⁴⁵ entre productos de la marca APPLE en la principal plataforma de comercio electrónico en España como es la Página Web de AMAZON.

(475) A continuación, se examinarán de manera detallada cada uno de los puntos anteriores:

- **Discriminación**

(476) El artículo 1.1.d) LDC establece que se prohíbe “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”; y, de modo similar, el 101.d) TFUE prohíbe “aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”.

(477) En relación con lo anterior, como se ha descrito previamente, con su conducta, ambas empresas habrían aplicado:

- A terceros contratantes (los revendedores de productos APPLE que han dejado de estar autorizados para utilizar la Página Web de AMAZON en España y los que no han dejado de estarlo).
- Condiciones desiguales (unos pueden vender a través de AMAZON y otros no)
- Para prestaciones equivalentes (la reventa de productos APPLE por parte de revendedores que se integran legítimamente en su sistema de distribución abierto).
- Que habrían colocado a unos competidores (los revendedores no autorizados a utilizar la Página Web de AMAZON en España) en situación desventajosa frente a otros (los revendedores autorizados a utilizar la Página Web de AMAZON en España).

(478) Esta discriminación se lleva a cabo, además, sin basarse en unos motivos objetivos, transparentes, necesarios, proporcionados y justificados (tal y como se analiza en detalle en los párrafos (576) a (602)).

(479) En cuanto a los precedentes nacionales que han considerado que la discriminación entre operadores supone una restricción por objeto del Derecho de la competencia puede citarse el **Expte. 475/99 - Prensa Vizcaya**. En dicho asunto el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”) sancionó por

⁴⁴⁵ La competencia intramarca se refiere, en general, a la competencia entre los productos de una misma marca.

una infracción del artículo 1.1.d) LDC a la Asociación Provincial de Editores y Distribuidores de Prensa y Publicaciones de Vizcaya por, entre otras conductas, discriminar a unos revendedores frente a otros al imponer a algunos de ellos unas condiciones desiguales (i.e. unos requisitos de venta mínima de ejemplares distintos) para prestaciones equivalentes (como condición para suministrarle ejemplares para la venta), lo que tenía la finalidad (i.e. el objeto) y el efecto de reducir la competencia en el sector de la distribución de prensa diaria para su venta en el ámbito territorial de la provincia de Vizcaya⁴⁴⁶.

(480) En este caso se dan circunstancias similares a las que llevaron al TDC a concluir que aquellas condiciones eran restrictivas de la competencia. Las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* suponen la aplicación de condiciones distintas a los revendedores (al excluir a todos los revendedores de productos APPLE, salvo los APR de la lista del **[CONFIDENCIAL]** del ARA, 2018 hasta noviembre de 2021 y mantener hasta el día hoy la exclusión de los NAR) situando en una posición desventajosa a aquellos revendedores que no pueden acceder al canal de venta en línea que vehicula la mayor parte del tráfico web del comercio electrónico en España y de las ventas netas de productos electrónicos en línea en España.

(481) **Se considera que los acuerdos en cuestión encajan en el tipo del 1.1.d) LDC y 101.1.d) TFUE al discriminar a unos operadores frente a otros**, aplicando condiciones desiguales a prestaciones equivalentes y que, como consecuencia, colocan a unos operadores en una posición de desventaja competitiva frente a otros.

- Alegaciones de las empresas

(482) En relación con lo anterior APPLE ha alegado durante la instrucción, así como en su escrito de contestación a la Propuesta de Resolución, que tiene derecho, *prima facie*, a determinar la estrategia de distribución que considere más adecuada para lograr sus legítimos objetivos, basándose en sus derechos de libertad de empresa y de libertad de contratación, de manera que no es posible considerar que existan limitaciones aplicables a un proveedor a la hora de seleccionar a los revendedores de sus productos en el contexto de un sistema de distribución abierto (o **ODS**, por sus siglas en inglés)⁴⁴⁷.

(483) APPLE defiende que seleccionó a los **[60-70]** revendedores que iban a operar en el mercado en línea de AMAZON sobre la base de criterios objetivos y cualitativos, sin aplicar ningún tipo de discriminación. Defiende que se seleccionó a distribuidores APR porque constituyen la primera línea de revendedores, están

⁴⁴⁶ Decisión confirmada por el Tribunal Supremo (ver STS de 12 de enero de 2011, recurso 2245/008).

⁴⁴⁷ Ver párrafo 20 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución y párrafos 148 a 159 de las alegaciones de APPLE al PCH.

comprometidos a realizar inversiones más elevadas y ofrecen una gran experiencia de compra al cliente gracias, entre otras cosas, a unos servicios preventiva y postventa de alta calidad⁴⁴⁸. Sostiene asimismo APPLE, a este respecto, para negar la discriminación entre distribuidores, que los APR son vendedores totalmente diferentes, tanto respecto de los demás revendedores como sobre todo respecto de los NAR, que por definición no han asumido compromisos no pudiendo por tanto garantizar el mismo nivel de calidad y servicio que los APR⁴⁴⁹.

- (484) La selección de estos revendedores en base a criterios objetivos se acreditaría, según APPLE, a partir de pruebas “*muy elocuentes*” obrantes en el Expediente como serían los correos electrónicos de APPLE recogidos en los folios 4389 y 166 a 169⁴⁵⁰. Aporta, asimismo, APPLE, junto con sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, como presunta evidencia adicional de lo anterior, una presentación interna de 18 de noviembre de 2018 en la que se haría referencia a los APR como la **[CONFIDENCIAL]**⁴⁵¹.
- (485) APPLE también afirma que, desde el principio, contaba con un plan consistente en comenzar con la categoría de sus principales revendedores premium para ir ampliando posteriormente la posibilidad de vender a través de AMAZON a otras categorías de distribuidores⁴⁵². En concreto, APPLE mantiene que planeó ampliar el número de revendedores autorizados a vender en AMAZON una vez resueltos los problemas de falsificación e imagen de marca⁴⁵³ de modo que esta ampliación se hiciese de forma progresiva siguiendo un planteamiento de pirámide invertida⁴⁵⁴. Prueba de ello sería que dicha ampliación se llevó a cabo en noviembre de 2021, tal y como APPLE habría anunciado a la DC en mayo de 2021 ya antes de la incoación del Expediente. Esto último constituiría a su vez una prueba de la objetividad y proporcionalidad del planteamiento de APPLE a la hora de idear las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*⁴⁵⁵.
- (486) APPLE alega, asimismo, que las conversaciones con AMAZON a las que la DC hace referencia en la Propuesta de Resolución sobre la ampliación temporal de la lista de revendedores que podían hacer uso de AMAZON durante la pandemia de COVID-19 no harían sino demostrar que APPLE autorizaba el uso de este

⁴⁴⁸ Párrafo 69 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución y párrafo 151 de las alegaciones de APPLE al PCH.

⁴⁴⁹ Párrafo 55 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁴⁵⁰ Párrafo 60 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁴⁵¹ Párrafo 60 y Anexo 2 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁴⁵² Párrafo 21 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁴⁵³ Párrafo 69 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución y párrafo 153 de las alegaciones de APPLE al PCH.

⁴⁵⁴ Párrafo 59 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁴⁵⁵ Párrafo 21 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

mercado en línea a sus revendedores sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios.

(487) Por otro lado, APPLE alega que el precedente PRENSA VIZCAYA citado por la DC carece de relevancia en el presente por los siguientes motivos:

(i) porque se analizaba un acuerdo horizontal entre competidores directos (cuando en el presente caso estamos ante un acuerdo vertical); (ii) porque en el caso PRENSA DE VIZCAYA el cártel abarcaba 95% del mercado mayorista de prensa sin dejar alternativa alguna a los vendedores minoristas, mientras que en el presente caso los NAR siguen pudiendo comprar y revender productos de otras marcas distintas de APPLE a través de AMAZON; (iii) porque en PRENSA DE VIZCAYA los minoristas no disponían de otras vías de comercializar sus productos más que los quioscos mientras que en este caso, los revendedores de APPLE expulsados de AMAZON disponen de más canales); y (iv) porque en PRENSA DE VIZCAYA, los minoristas afectados tenían interés en vender y enviaban cientos de solicitudes, mientras que, en el presente caso, ni APPLE ni AMAZON habrían recibido un aluvión de solicitudes por parte de revendedores de APPLE para que se les concediese acceso al mercado en línea de AMAZON⁴⁵⁶.

(488) AMAZON, por su parte, rechaza que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* puedan equipararse a una restricción por objeto resultante de una discriminación porque ello no estaría respaldado por la jurisprudencia⁴⁵⁷. Su argumentación se centra en rechazar la relevancia del precedente PRENSA DE VIZCAYA invocado por la DC con argumentos similares a los de APPLE. Además de incidir en las diferencias con el presente expediente, reprocha que la DC haya citado esta resolución como único precedente nacional para sostener que las Cláusulas de *Brand Gating* generan una discriminación restrictiva por la competencia por su objeto, cuando, además, según AMAZON, en dicha decisión ni siquiera se habría calificado la conducta sancionada como restrictiva de la competencia por su objeto⁴⁵⁸.

(489) Esta Sala no puede compartir tales alegaciones por los motivos que se exponen a continuación.

(490) Debe subrayarse, en primer lugar, que no se cuestiona el derecho de APPLE a determinar el modelo de distribución que considere más adecuado a sus intereses. El reproche sancionador no deriva de que APPLE se haya decantado por un sistema de distribución u otro, sino de haber alcanzado un acuerdo con AMAZON para que solo algunos de sus distribuidores que legítimamente forman

⁴⁵⁶ Párrafo 65 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución y párrafos 157 y 158 de las alegaciones de APPLE al PCH.

⁴⁵⁷ Párrafos 135 a 139 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁴⁵⁸ Párrafo 136 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

parte del sistema de distribución abierto escogido por la propia APPLE estuviesen autorizados a utilizar su mercado en línea, discriminando indebidamente al resto, en detrimento de la competencia intramarca, en un canal de comercialización particularmente relevante como es el mercado en línea de AMAZON.

- (491) Además, esta Sala no comparte que la selección inicial de los APR autorizados a vender en AMAZON respondiese al objeto de mitigar la degradación de su marca como consecuencia de un problema acuciante de falsificación y pobre presentación de sus productos que fuera específico al mercado en línea de AMAZON. APPLE alega que seleccionó los distribuidores inicialmente designados como los únicos en poder utilizar el mercado en línea de AMAZON por el nivel de inversiones y el soporte ofrecido a los mismos por la propia APPLE. Sin embargo, el nivel de inversiones no está relacionado con la venta o no de productos falsos, y lo mismo puede decirse del soporte. Ninguno de esos criterios está relacionado con la forma de suministro del revendedor, ni hace que sea más o menos probable que se introduzcan productos falsos en el mercado en línea.
- (492) En efecto, buena parte de los revendedores no autorizados a usar el mercado en línea de AMAZON hasta noviembre de 2021 (los AAR y los Minoristas) se suministran de las mismas fuentes que los revendedores a los que sí se autorizaba el uso de este canal (los APR). No puede por tanto considerarse que los APR se encontrasen en una situación diferente a los AAR y los Minoristas desde el punto de vista del riesgo de falsificación. Las diferencias entre este tipo de revendedores y los AAR y los Minoristas radican fundamentalmente en las exigencias que impone APPLE a los APR en lo que respecta a sus tiendas físicas como se infiere de sus propias alegaciones, lo que no tiene incidencia alguna en la venta en línea⁴⁵⁹.
- (493) En cuanto a que la exclusión de los NAR estaría justificada, debe insistirse en que es la propia APPLE la que ha optado por un sistema de distribución abierto en el que pueden operar este tipo de revendedores, de cuya actividad comercial se beneficia, pues, como ha reconocido la propia empresa imputada en contestación a un requerimiento de información de la DC, APPLE anima a sus mayoristas a suministrar productos APPLE a los NAR (párrafo (332)). Si APPLE considerase crucial desvincular sus productos de dichos revendedores para proteger su imagen de marca, no tendría más que optar por un sistema de distribución selectiva en el que solo pudiesen comercializar lícitamente productos APPLE sus distribuidores autorizados.
- (494) De hecho, como se explica más adelante al analizar la sentencia COTY –que APPLE invoca reiteradamente en su defensa (párrafos (546) a (563))–, es la coherencia con la voluntad de vinculación exclusiva de los productos con unos

⁴⁵⁹ Párrafo 59 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

distribuidores que cumplan unos determinados estándares lo que justifica que puedan, en determinadas condiciones, introducirse limitaciones al uso de los mercados en línea (por parte del proveedor a los distribuidores y no como resultado de un acuerdo entre el proveedor y un tercero) en los sistemas de distribución selectiva (lo que no sucede en el presente caso pues ni APPLE opera un sistema de distribución selectiva ni se cumplen el resto de condiciones a las que se hace referencia en la sentencia COTY).

- (495) A mayor abundamiento, debe apuntarse que, entre el 31 de octubre de 2018 y el 16 de noviembre de 2021, solo unos pocos APR se encontraban autorizados para vender a través de AMAZON por lo que se produce, de entrada, una discriminación entre los propios APR que desmiente las afirmaciones de APPLE en cuanto a que ésta sería la única tipología de distribuidores que permitiría garantizar la adecuada comercialización de productos APPLE a través de AMAZON atendiendo a su “naturaleza homogénea”⁴⁶⁰. Lo anterior refleja que lo que pretendía esencialmente APPLE era una limitación cuantitativa del número de revendedores de productos APPLE en AMAZON.
- (496) Por lo que se refiere a las pruebas pretendidamente “*muy elocuentes*” que obrarían en el Expediente a las que se refiere APPLE para tratar de respaldar que la selección de los revendedores autorizados a vender en AMAZON se hizo atendiendo a criterios objetivos, debe apuntarse que los folios citados en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución (4389 y 166 a 169) corresponden a un mismo correo electrónico en el que los únicos “criterios objetivos” que se atribuyen a los APR es que resultan más fáciles de controlar, **[CONFIDENCIAL]**⁴⁶¹. El foco se sitúa, por tanto, en facilitar a APPLE la gestión de su canal de distribución, sin que ello constituya un objetivo legítimo de cara a justificar una discriminación entre revendedores a la hora de acordar con la plataforma de comercio en línea cuáles de ellos podrían hacer uso de la misma para vender sus productos y cuáles no.
- (497) En cuanto a la presentación que adjunta a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, titulada “**[CONFIDENCIAL]**”, se trata de un documento fechado el **[CONFIDENCIAL]**. Es posterior a la adopción del GTA y el ARA 2018 y no permite, por tanto, acreditar que las cláusulas controvertidas se idearan para luchar contra las falsificaciones. Por otro lado, esta presentación se limita a describir determinados efectos esperados de los acuerdos y ni siquiera recoge los motivos que hubiesen podido identificarse a posteriori para concluir por qué debe permitirse utilizar el Marketplace de AMAZON a unos revendedores sí y a otros no.
- (498) Por otro lado, esta Sala considera que no se sostiene la alegación de APPLE en cuanto a que la ampliación del número de revendedores se hizo como estaba

⁴⁶⁰ Párrafo 59 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁴⁶¹ Correo interno de APPLE de 8 de octubre de 2018: **[CONFIDENCIAL]** (Folio 166).

planificada, una vez la experiencia demostró que se podía hacer. Esta ampliación no se realizó hasta el 16 de noviembre de 2021, una vez incoado el presente Expediente. Nótese además que la ampliación afectó a los AAR y a los Minoristas sin que se haya producido ningún cambio objetivo en la relación contractual de APPLE con estos revendedores que justifique dicho cambio de criterio (de hecho, en relación con la falsificación, estos revendedores se siguen suministrando de fuentes oficiales por contrato, lo que ya ocurría en el origen de los acuerdos).

- (499) Sobre la alegación de APPLE de que ya había anunciado a la DC la referida ampliación en mayo de 2021, antes de que se hubiese incoado el Expediente, procede apuntar, por un lado, que, en ese momento, las diligencias previas que precedieron a la incoación se encontraban ya en una fase muy avanzada y que hacía ya cerca de un año que la autoridad de competencia italiana había incoado formalmente un procedimiento sancionador cuyo objeto eran precisamente las cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* que se acabaron sancionando por parte de dicha autoridad⁴⁶².
- (500) Por lo que se refiere al supuesto anuncio, se trata en realidad de una contestación a un requerimiento de la DC que APPLE remitió en junio y en la que no puede entenderse reflejado un plan preconcebido de ampliación progresiva de revendedores autorizados a vender en AMAZON en los términos relatados por APPLE y que tampoco puede considerarse un avance del comunicado de noviembre de 2021. En dicha respuesta, APPLE se limita a afirmar que está “dispuesta a autorizar nuevos AAR para que vendan Productos APPLE en el marketplace de AMAZON” en Europa si se cumplen determinadas condiciones⁴⁶³ (estar dispuesta a autorizar es muy diferente que proceder autorizar según un plan preconcebido de ampliación progresiva de revendedores autorizados a usar AMAZON).
- (501) Llama la atención, por otro lado, que APPLE condicione la autorización de nuevos AAR a vender en AMAZON cuando este tipo de distribuidores tienen una relación contractual directa con AMAZON que les impide vender falsificaciones y la propia APPLE reconoce que es consciente del limitado interés por parte de este tipo de revendedores en vender a través de AMAZON. Los AAR no podían, por tanto, ser la fuente del problema invocado por APPLE para la aplicación de las cláusulas de *Brand Gating* por lo que no hay explicación objetiva para que no se les permitiese hacer uso de AMAZON más allá de la intención de APPLE de reducir el número de revendedores activos en esta plataforma.
- (502) Por lo que respecta a la discusión en torno a la activación temporal de más revendedores durante la pandemia, sorprende que APPLE haya citado unos correos internos de AMAZON (en los que APPLE no aparece ni como emisora ni

⁴⁶² La incoación del expediente sancionador en Italia se acordó el 14 de julio de 2020.

⁴⁶³ En concreto se afirma en dicha contestación al RI de la DC que **[CONFIDENCIAL]**

receptora del mensaje), atribuyéndose lo que se dice en ellos, para justificar que la elección de los APR se realizó en torno a unos criterios objetivos (“*Apple indica que*”, a lo que sigue lo que se dice en la cadena de correos internos de AMAZON)⁴⁶⁴. Ello resulta contradictorio con la posición de APPLE cuando sostiene, en relación con otra cadena de correos interna de AMAZON relativa a las exportaciones, que “*la DC no puede utilizar como prueba de cargo contra Apple manifestaciones internas proporcionadas por otra parte (es decir, Amazon), atribuyéndoselas a Apple*”⁴⁶⁵ o cuando afirma que “*las declaraciones de AMAZON no pueden considerarse suficientes para desestimar los argumentos de defensa de Apple*”⁴⁶⁶.

- (503) Las manifestaciones realizadas en el citado correo no prueban que los criterios fueran objetivos, sino solo que reducían el número de revendedores dentro de sus revendedores oficiales (i.e. los APR). Además, lo que se discute precisamente más adelante en la misma cadena de correos es que cualquier activación temporal podría poner en entredicho la justificación de la defensa legal de la política de *Brand Gating*⁴⁶⁷ y se entiende que se debe a que dejaría vacío de contenido el argumento de que solo se puede luchar contra la falsificación si los únicos autorizados a vender en el mercado en línea son los APR.
- (504) Por último, en relación con el precedente PRENSA DE VIZCAYA esta Sala considera que, sin perjuicio de que las restricciones analizadas no sean totalmente análogas a las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, dicha decisión sí resulta relevante a la hora de analizar el carácter restrictivo de estas últimas, por las siguientes razones:
- Por lo que se refiere a los planteamientos de APPLE en relación con el precedente PRENSA DE VIZCAYA: (i) como se ha explicado, aunque el acuerdo analizado en el presente caso se ha considerado vertical, también presenta elementos horizontales, en la medida en que las partes son competidoras en los mercados de fabricación y distribución de productos electrónicos (párrafos (434) a (442)) y, al mismo tiempo, si bien en PRENSA DE VIZCAYA se analizaba un acuerdo entre competidores, la restricción afectaba a una relación vertical (i.e. al suministro de prensa a los quioscos); (ii) en cuanto a la afirmación de APPLE de que en el caso PRENSA DE VIZCAYA “*el cártel sancionado abarcaba el 95% del mercado de prensa, sin dejar alternativa algún a los vendedores minoristas de prensa*”⁴⁶⁸, esta aseveración no es cierta en lo

⁴⁶⁴ Se trata de un correo electrónico interno de AMAZON aportado por la autoridad italiana de competencia: “[CONFIDENCIAL]” (folio 4825).

⁴⁶⁵ Párrafo 123 de las alegaciones de APPLE al PCH.

⁴⁶⁶ Párrafo 107 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁴⁶⁷ Se trata de un correo electrónico interno de AMAZON aportado por la autoridad italiana de competencia: “[CONFIDENCIAL]” (folio 4825).

⁴⁶⁸ Párrafo 65 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

que respecta a la parte que se ha subrayado pues tal y como precisa claramente el TDC en su resolución, quedaba a salvo “*la posibilidad de que los vendedores que no acepten las condiciones de la Asociación puedan acudir a la sede de las empresas asociados a recoger y pagar directamente los ejemplares que necesiten*”; por otro lado, no se está analizando en el presente caso una negativa de suministro que requiera que se cumpla un requisito de indispensabilidad y, sin perjuicio de que los revendedores de APPLE tengan otros canales de venta a su disposición, la restricción afecta al principal canal de venta en línea de productos electrónicos; (iv) en cuanto a la alegación de que en PRENSA DE VIZCAYA se registraron “centenares de solicitudes” para utilizar el canal que se había restringido, lo que no se habría dado en el presente caso, ello responde a que, en aquel asunto, la asociación infractora decidía uno a uno, tras recibir la correspondiente solicitud de autorización, a qué revendedor incluía en su canal de distribución y a cual no, de ahí el gran volumen de solicitudes que resulta falaz comparar, tal y como hace APPLE⁴⁶⁹, con el número de respuestas de los NAR a los requerimientos de la DC sobre su interés en vender en AMAZON o, en general, con el número de solicitudes de revendedores de APPLE para poder vender a través de este mercado en línea, ya que APPLE determinó, *ex ante*, una lista cerrada de revendedores autorizados a usar AMAZON expulsándose automáticamente al resto; no se estaba por tanto, como en PRENSA DE VIZCAYA, ante un sistema de autorización individual; (iv) por último, con independencia del interés manifestado expresamente por los revendedores de APPLE en vender a través de AMAZON (interés que según APPLE se reflejaría en el número de solicitudes de autorización para vender en AMAZON), es un hecho que los principales revendedores de productos de APPLE en la Página Web de AMAZON en España eran los NAR, que a día de hoy siguen sin poder hacer uso de este mercado en línea. Puede concluirse, en definitiva, que, sin tratarse de asuntos análogos, el precedente PRENSA DE VIZCAYA ilustra un ejemplo de discriminación que se consideró una restricción de la competencia por objeto contraria al artículo 1.1.d) LDC y/o 101.1.d) TFUE con los suficientes paralelismos para estimarse relevante de cara a la valoración jurídica de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* y que respalda la calificación de estas últimas como restricciones por el objeto en el sentido de las citadas disposiciones de la LDC y el TFUE.

- Por lo que se refiere a la alegación de AMAZON de que la decisión PRENSA DE VIZCAYA ni siquiera calificaría la discriminación analizada como una restricción por objeto, tampoco puede resultar acogida por tratarse de una afirmación incorrecta. El TDC calificó el acuerdo como

⁴⁶⁹ Párrafo 65 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

un “*cártel de distribución de prensa*” lo que implica que necesariamente analizó la conducta como restrictiva de la competencia por su objeto.

- (505) En cualquier caso, aunque se admitiera, a efectos meramente dialécticos, que este precedente carece de relevancia para el presente asunto, ello no sería un obstáculo para calificar las conductas investigadas como una restricción de la competencia por objeto sobre la base de que hasta la fecha no se han sancionado, como tales, acuerdos análogos a las Cláusulas de *Brand Gating*. Al contrario de lo que pretenden las imputadas, es doctrina asentada, en palabras del propio TJUE, que “*no se exige en modo alguno que el mismo tipo de acuerdos haya sido ya sancionado por la Comisión para que estos puedan considerarse restrictivos de la competencia por el objeto*”⁴⁷⁰.
- (506) El “acervo de experiencia” requerido para considerar que una conducta colusoria es apta, por su propia naturaleza, para limitar la competencia, de modo que pueda calificarse como restricción por el objeto, no se refiere a la modalidad concreta del acuerdo analizado, sino al tipo de limitación de la competencia que se deriva del mismo. A este respecto, es tal el acervo de experiencia de que resulta anticompetitiva la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, que se incluye como uno de los 4 ejemplos de la lista no limitativa de conductas anticompetitivas del artículo 101 del TFUE.
- (507) No cabe, por tanto, acoger las alegaciones de las imputadas referidas en el presente apartado.
- **Limitación o control de la distribución de productos de APPLE en el mercado**
- (508) El artículo 1.1.b) LDC establece que se prohíbe “(l) la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones”; y, de modo similar, el 101.b) TFUE establece que “limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones”.
- (509) En este sentido, las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* acordadas entre AMAZON y APPLE suponen una limitación de la distribución al restringirse el número de revendedores de productos de APPLE que pueden utilizar el mercado en línea de AMAZON en España.
- (510) La jurisprudencia europea ha confirmado, a este respecto, que los acuerdos que limitan el número de distribuidores restringen necesariamente la competencia. Este es el caso, por ejemplo, de acuerdos que limitan el número de vendedores de productos de un determinado fabricante en un sistema de distribución selectiva. Ha sostenido en este sentido el TJUE que “*es sabido que los acuerdos*

⁴⁷⁰ Asunto C-591/16 P – Lundbeck, párrafo 130.

que constituyen un sistema de distribución selectiva afectan necesariamente a la competencia dentro del mercado común⁴⁷¹ o que “[e]l Tribunal de Justicia ya señaló que los acuerdos que constituyen un sistema de distribución selectiva afectan necesariamente a la competencia dentro del mercado común”⁴⁷².

- (511) Si bien los acuerdos de distribución selectiva pueden, pese a su dimensión restrictiva de la competencia, considerarse compatibles con los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE cuando se cumplen determinados requisitos, esta exención no aplica a las *Cláusulas de Exclusión* o *Brand Gating* que afectan al sistema de distribución abierto de APPLE, como se expondrá en detalle a continuación a la hora de valorar las alegaciones de las partes (párrafos (515) a (524)).

En este mismo sentido, existen precedentes nacionales que han considerado que la limitación y/o control de la distribución supone una restricción por objeto del derecho de la competencia.

- (512) Así, en el Expte. 569/03 - SEMILLAS DE REMOLACHA, el extinto TDC consideró que un acuerdo interprofesional firmado entre varias asociaciones con una estipulación que fijaba y regulaba los puntos de distribución de la semilla de la remolacha (que eran decididos por los firmantes del acuerdo), excluyendo así a distribuidores independientes y a los de otras asociaciones distintas a las firmantes, era fuertemente restrictivo de la competencia, en la medida en que tenía por objeto o podía tener el efecto de restringir la competencia en el mercado de la venta de semillas de remolacha al fijar los puntos de venta para dicho producto, limitando así su distribución, supuesto expresamente contemplado en el punto b) del artículo 1.1 LDC. Entre otras cuestiones, para apreciar la potencialidad del acuerdo para afectar a la competencia se tuvo en cuenta la importancia de los firmantes del acuerdo. No obstante, como el acuerdo fue sustituido por otro carente de cláusulas restrictivas antes del periodo de siembra, el TDC destacó que no se había acreditado efecto alguno del acuerdo pues fue sustituido por otro antes del periodo de siembra y simplemente declaró la existencia de una práctica prohibida, intimando a los firmantes a que no volvieran a incurrir en conductas similares, y sin imponer sanción económica.

- (513) Varias de las circunstancias que concurrían en aquel caso, tales como la restricción del número de revendedores y la aptitud para restringir la competencia en el mercado aguas abajo de venta minorista concurren en el presente Expediente. En este caso, el acuerdo restringe el número de revendedores que pueden ofrecer productos APPLE en el mercado en línea de AMAZON. En tanto la Página web de AMAZON en España es el canal de venta en línea que vehicula la mayor parte del tráfico web del comercio electrónico en España y de las ventas netas de productos electrónicos en línea en España y los productos APPLE tienen una fuerte demanda y un buen posicionamiento de marca, la conducta es

⁴⁷¹ Ver caso 107/82 - AEG-Telefunken AG, ECLI:EU:C:1983:293, párrafo 33.

⁴⁷² Ver caso C-439/09 – Pierre Fabre, ECLI:EU:C:2011:649, párrafo 39.

susceptible de restringir la competencia en el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos.

- (514) Atendiendo a las anteriores consideraciones, **esta Sala entiende que las Cláusulas de Exclusión o Brand Gating encajan en el tipo del 1.1.b) LDC y 101.1.b) del TFUE al limitar y/o controlar la distribución de productos de la marca APPLE en el mercado** y, en concreto, en la principal plataforma de comercio electrónico en España.

- Alegaciones de las empresas

- (515) En relación con lo anterior, APPLE sostiene que al haber optado por un sistema de distribución abierta no está sujeto a ninguna limitación en lo que se refiere a la selección de sus revendedores⁴⁷³. APPLE y AMAZON alegan, a este respecto, que una limitación del número de revendedores no puede ser considerada como una restricción ilegal de la competencia a la luz de los asuntos MAXIMA LATVIJA y COTY⁴⁷⁴ así como del RECAV⁴⁷⁵. APPLE insiste en que la selección de los revendedores autorizados a vender en AMAZON (los APR) se habría realizado de forma objetiva sobre una base cualitativa con el *“objetivo último de abordar y proteger la marca y experiencia de compra del cliente en AMAZON”*⁴⁷⁶.
- (516) Esta Sala no comparte los referidos planteamientos de APPLE y AMAZON por las razones que se exponen a continuación.
- (517) Debe subrayarse que **no se cuestiona la libertad de APPLE para elegir el modelo de distribución que estime más adecuado para sus productos. Lo que se considera contrario a la normativa de competencia en este caso es la existencia de un acuerdo entre dos empresas para impedir a determinados revendedores, que ya forman parte del sistema de distribución de APPLE, por decisión de la propia empresa, utilizar un canal de venta concreto de enorme relevancia, como es el mercado en línea de AMAZON**, sin que dicha limitación de la distribución resulte proporcionada para lograr los supuestos objetivos legítimos invocados (véanse los párrafos (576) a (602)).
- (518) No resulta aceptable, la postura de APPLE según la cual, al haber optado por un sistema de distribución abierto, ya no estaría sujeta a limitaciones a la hora de imponer restricciones a sus distribuidores. La limitación del número de distribuidores supone necesariamente una limitación de la competencia intramarca que solo resulta aceptable en determinados supuestos.

⁴⁷³ Párrafo 67 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁴⁷⁴ Párrafo 67 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución y párrafos 143 a 150 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁴⁷⁵ Párrafos 151 a 155 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁴⁷⁶ Párrafo 67 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

Precisamente, se estima que la distribución selectiva –mediante la que se limita la distribución restringiendo el número de revendedores– puede ser compatible con la normativa de defensa de la competencia cuando se satisfacen determinadas condiciones, lo que en modo alguno permite concluir que en un sistema de distribución abierto esté permitida cualquier limitación del número de revendedores.

- (519) En efecto, de la jurisprudencia del TJUE⁴⁷⁷ se extraen los siguientes principios: (i) los sistemas de distribución selectiva afectan a la competencia; (ii) de acuerdo con el precedente C-439/09 Pierre Fabre, los sistemas de distribución selectiva constituyen “en principio” restricciones por el objeto (i.e. sistemas que limitan el número de revendedores); y (iii) si se cumplen ciertas condiciones, los sistemas de distribución selectiva no se consideran ilícitos. Dichas condiciones han sido desarrolladas jurisprudencialmente y son: (a) que las características del producto demanden un sistema de distribución selectivo (p.e. productos de lujo); (b) que los criterios de selección se apliquen de manera objetiva y no discriminatoria; y (c) sean proporcionales (i.e. no vayan más allá de lo necesario).
- (520) En este sentido, las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* son un acuerdo que, al igual que los acuerdos de distribución selectiva, limitan el número de revendedores. Si sistemas de distribución que limitan el número de revendedores como los selectivos pueden constituir restricciones por objeto, salvo que se cumplan ciertas condiciones, con más razón lo será una limitación del número de revendedores si, como en el presente caso, se opera un sistema de distribución abierto (con la excepción de **[CONFIDENCIAL]**), en el que, por definición, no se considera que la naturaleza de los productos vendidos requiere que estos se asocien exclusivamente a un determinado tipo de revendedores.
- (521) Sobre el rechazo de las alegaciones de las imputadas mediante las que sostienen que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* no pueden considerarse restricciones de la competencia por el objeto a la luz de las sentencias COTY y MAXIMA LATVIJA, así como del RECAV, nos remitimos respectivamente a los párrafos (546) a (575) y (404) a (470) de la presente resolución.
- (522) En cuanto al precedente SEMILLAS DE REMOLACHA tanto APPLE como AMAZON sostienen que carece de relevancia en el presente caso. APPLE apunta que a diferencia de las *Cláusulas de Brand Gating* la restricción analizada por el TDC en SEMILLAS DE REMOLACHA derivaba de un acuerdo horizontal

⁴⁷⁷ Ver también párrafo 39 de C-439/09 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ECLI:EU:C:2011:649: “El Tribunal de Justicia ya señaló que los acuerdos que constituyen un sistema de distribución selectiva afectan necesariamente a la competencia dentro del mercado común (sentencia de 25 de octubre de 1983, AEG-Telefunken/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartado 33) y, **en consecuencia, deben considerarse, en principio, «restricciones por objeto»** (énfasis añadido).

puro y no se dejó alternativa a los distribuidores⁴⁷⁸. AMAZON, añade, por su lado, al igual que hacía respecto del asunto PRENSA DE VICAYA, que, en SEMILLAS DE REMOLACHA, el TDC ni siquiera habría considerado la limitación de la distribución como una restricción por el objeto⁴⁷⁹.

- (523) Por lo que se refiere a las consideraciones sobre la pretendida irrelevancia de la resolución del TDC en el asunto SEMILLAS DE REMOLACHA, debe apuntarse, por un lado, que también este caso presenta elementos horizontales (en la medida en que las partes son competidoras en los mercados de fabricación y distribución de productos electrónicos) y, por otro lado, que en SEMILLAS DE REMOLACHA, la restricción entre competidores afectaba a una relación vertical (i.e. la distribución de semillas), como la propia APPLE reconocía en sus alegaciones al PCH⁴⁸⁰. Otra coincidencia clara es que, en el presente caso, al igual que sucedía en SEMILLAS DE REMOLACHA, también se selecciona a los revendedores sin basarse en criterios objetivos y se les priva de un canal de venta de enorme relevancia (ya se ha visto en el apartado 3.5.2 que el mercado en línea de AMAZON canaliza la mayor parte del tráfico web del comercio electrónico en España y de las ventas netas de productos electrónicos en línea en España).
- (524) En cuanto a la alegación de AMAZON según la cual el asunto SEMILLAS DE REMOLACHA carecería de relevancia por no haberse sancionado una restricción por objeto, cabe señalar que se declaró la existencia de una práctica prohibida sin que el TDC considerase necesario llevar a cabo una verificación de los efectos lo que demuestra la naturaleza de infracción por el objeto de este comportamiento⁴⁸¹. Por tanto, a pesar de que las diferencias entre ambos asuntos, este precedente es un ejemplo de una restricción del 1.1.b) LDC y 101.1.b) del TFUE que resulta pertinente a la hora de analizar las conductas investigadas en el presente caso y que contribuye a respaldar la calificación de las cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* como restricciones de la competencia por su objeto.

- **Compartimentación del mercado interior**

- (525) Es jurisprudencia consolidada de los tribunales europeos que “los contratos cuyo objetivo es la compartimentación de los mercados nacionales con arreglo a las fronteras nacionales o que dificultan la interpenetración de los mercados nacionales deben considerarse, en principio, acuerdos cuyo objeto es restringir

⁴⁷⁸ Párrafo 70 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁴⁷⁹ Párrafo 141 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁴⁸⁰ Ver párrafo 165 de las alegaciones de APPLE al PCH: “*Esto es, se trataba de un acuerdo horizontal, que posteriormente limitaba la distribución de semillas de remolacha*” (folio 8569).

⁴⁸¹ *Justo antes de declarar la existencia de la práctica prohibida el TDC precisa que “no se ha acreditado efecto alguno del acuerdo” (FD 6º).*

la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1⁴⁸² (énfasis añadido).

- (526) Lo anterior también se ha aplicado, específicamente, a contratos de distribución como puede verse a partir del siguiente pronunciamiento del TFUE: “*En el marco de la aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (posteriormente, artículo 85 del Tratado CE, actualmente artículo 81 CE), el Tribunal de Justicia ha declarado que un acuerdo entre productor y distribuidor celebrado para restablecer las divisiones nacionales en el comercio entre Estados miembros puede ser contrario al objetivo del Tratado de realización de la integración de los mercados nacionales mediante el establecimiento de un mercado único. El Tribunal de Justicia ha calificado en numerosas ocasiones los acuerdos cuyo objetivo es la compartimentación de los mercados nacionales con arreglo a las fronteras nacionales o que dificultan la interpenetración de los mercados nacionales – concretamente los que tratan de prohibir o limitar las exportaciones paralelas– de acuerdos cuyo objetivo es restringir la competencia en el sentido del mencionado artículo del Tratado*”⁴⁸³ (énfasis añadido).
- (527) De manera similar, las Directrices Verticales establecen en su párrafo 7 que: “*La evaluación de las restricciones verticales también es importante en el contexto del objetivo más amplio de lograr un mercado interior integrado. [...] No se debería permitir que las empresas volviesen a establecer barreras privadas entre Estados miembros ahora que las estatales han sido eliminadas con éxito las estatales*”; y las Directrices Verticales de 2022, en el mismo sentido, establecen en su párrafo 5 “[...] *El artículo 101 del Tratado también persigue el objetivo más amplio de lograr un mercado interior integrado, que mejore la competencia en la Unión. Las empresas no pueden utilizar los acuerdos verticales para volver a establecer barreras privadas entre Estados miembros ahora que las estatales han sido eliminadas con éxito*”.
- (528) En este sentido, existen varios precedentes recientes de la CE en los que se ha considerado que la restricción de las ventas transfronterizas en acuerdos verticales constituye una restricción por objeto del Derecho de la competencia.
- (529) Por ejemplo, en el caso NIKE⁴⁸⁴, la CE multó a Nike con 12,5 millones de euros por implantar una serie de medidas que de forma directa e indirecta tenían como objetivo restringir las ventas transfronterizas de los revendedores a los que había licenciado sus productos (lo que, de acuerdo con la CE, se trata de una conducta que, por su propia naturaleza, tiene el objeto de restringir la competencia). De acuerdo con la autoridad, gracias a estas medidas, Nike consiguió restaurar las divisiones entre los mercados nacionales y se aseguró la compartimentalización

⁴⁸² Ver asunto C-403/08 y C-429/08 - *Premier League y otros*, EU:C:2011:631, párrafo 139.

⁴⁸³ Ver asunto C-468/06 *Sot. Lélos kai Sia*, ECLI:EU:C:2008:504, párrafo 65.

⁴⁸⁴ Ver AT - *ANCILLARY SPORTS MERCHANDISE* disponible en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40436/40436_949_5.pdf

del mercado interior, frustrando uno de los objetivos del TFUE que es la integración de los mercados nacionales mediante el establecimiento de un mercado interior único⁴⁸⁵.

- (530) Otro caso muy similar es el caso SANRIO⁴⁸⁶, en el que la CE multó a la empresa Sanrio con 6,2 millones de euros por aplicar una serie de medidas directas e indirectas que impidieron a los revendedores a los que había licenciado sus productos realizar ventas transfronterizas (lo que, de acuerdo con la CE, se trata de una conducta que, por su propia naturaleza, tiene el objeto de restringir la competencia). De acuerdo con la autoridad, gracias a estas medidas, Sanrio consiguió restaurar las divisiones entre los mercados nacionales y se aseguró la compartimentalización del mercado interior⁴⁸⁷.
- (531) En el presente caso, el contenido de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* excluye la posibilidad de poder vender productos de APPLE en la Página Web de AMAZON en España por parte de revendedores establecidos en otros Estados miembros desde la entrada en vigor del GTA y del ARA de 2018 (i.e. el 31 de octubre de 2018):
- hasta al menos el 16 de noviembre de 2021⁴⁸⁸, a todos los revendedores oficiales de APPLE menos los APR incluidos en la lista del **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018 (i.e. los APR de otros Estados miembros distintos de los incluidos en el mencionado **[CONFIDENCIAL]**; y los AAR y los Minoristas con independencia del Estado miembro de la Unión Europea en el que estuvieran establecidos); y
 - hasta el cierre de la fase de instrucción, a todos los revendedores no oficiales (NAR).
- (532) Se habrían visto privados de la posibilidad de utilizar las Páginas Webs de AMAZON en Europa para realizar ventas transfronterizas hacia otros Estados miembros y en particular hacia España: (i) ciertos revendedores oficiales (por un lado, los APR establecidos en países distintos de los listados en el Anexo D, y, por otro lado, los AAR y Minoristas con independencia del Estado miembro en el que estén establecidos)⁴⁸⁹; y (ii) los revendedores no oficiales de APPLE (los NAR), con independencia del Estado miembro en el que estén establecidos⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ Ver párrafos 108 a 111 de la decisión.

⁴⁸⁶ Ver CASE AT.40432 - *Character merchandise*.

⁴⁸⁷ Ver párrafos 80 a 83 de la decisión SANRIO.

⁴⁸⁸ Esta es la fecha de la comunicación. Si bien la habilitación pudo tener lugar con posterioridad, por adoptar el enfoque más conservador, se considerará que la fecha de la comunicación es la fecha en la que se hizo efectivo el cambio.

⁴⁸⁹ Desde el 31 de octubre de 2018 hasta el 16 de noviembre de 2021.

⁴⁹⁰ Desde el 31 de octubre de 2018 hasta al menos el cierre de la fase de instrucción.

- (533) Dado que AMAZON es uno de los principales canales de venta de productos electrónicos en España (párrafos (259) a (262)), aunque estos revendedores tuvieran la posibilidad de seguir vendiendo hacia otros Estados miembros a través de otros canales de venta (otros mercados en línea, páginas web propias, etc.), la relevancia de AMAZON como canal hace que la restricción del comercio transfronterizo sea, en cualquier caso, significativa. Las cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* son, por tanto, susceptibles de dificultar la penetración del mercado español en tanto la mayoría de las ventas en línea de productos electrónicos se producen en España a través de amazon.es (por ventas netas) y todos los revendedores que no estén en la lista del [CONFIDENCIAL] del ARA 2018 ven en consecuencia dificultado el acceso al mercado español de la venta minorista en línea de productos electrónicos (y, desde la comunicación de APPLE de noviembre de 2021, solo los NAR).
- (534) Sirva como ejemplo la información aportada por los NAR italianos que se vieron afectados por las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* en España. Según los mismos, el único canal de venta que utilizaban para la comercialización de sus productos en España era AMAZON, por lo que su expulsión de dicho mercado en línea hizo que dejaran de vender en España⁴⁹¹. Nótese, adicionalmente, que la propia APPLE habría apuntado que las cláusulas de Brand Gating buscaban [CONFIDENCIAL] (párrafo (307)).
- (535) En definitiva, las cláusulas de Exclusión o Brand Gating **prevén limitaciones del comercio transfronterizo entre Estados miembros por parte de los distribuidores de APPLE.**

- Alegaciones de las empresas

- (536) En relación con lo anterior, APPLE alega, en primer lugar, que la DC no habría aportado pruebas que respalden que hubo un acuerdo para limitar directa o indirectamente las ventas transfronterizas y que ello quedaría refutado por las propias disposiciones contractuales de los acuerdos analizados recogiendo expresamente en el [CONFIDENCIAL] del ARA 2018 que “*las partes acuerdan que las ventas transfronterizas dentro del Territorio no quedarán restringidas en ningún caso*”⁴⁹².
- (537) Sostiene asimismo APPLE que la limitación de las ventas transfronterizas no tendría sentido desde el punto de vista fáctico y de su política comercial ya que, en lo que se refiere a los NAR, no tiene relación contractual con ellos, por lo que no puede imponerles ninguna restricción y, en lo que se refiere a sus

⁴⁹¹ [CONFIDENCIAL] indica que “*En 2017 y 2018, el [90-100%] de las ventas en España se realizaron a través de Amazon.es*” (folio 4170); y [CONFIDENCIAL] indica que “*Nuestra empresa obtuvo el [90-100%] de su facturación de las ventas a través de la plataforma (amazon.co.it, amazon.es, amazon.de, amazon.fr, amazon.uk)*” (folio 4186).

⁴⁹² Párrafo 71 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

revendedores autorizados (entre los que se encuentran los APR autorizados a vender en AMAZON y los AAR y Minoristas autorizados posteriormente) APPLE reconoce en todos los acuerdos suscritos con ellos que éstos son libres de comerciar en cualquier país de la UE lo que supondría la imposibilidad de considerar que la limitación al mercado en línea de APPLE tenga un objeto geográfico restrictivo⁴⁹³. En cuanto a los efectos transfronterizos acreditados por la DC, APPLE sostiene que ello no basta para concluir la calificación de restricción por objeto y que, en cualquier caso, estos efectos serían similares a la prohibición de ventas activas y pasivas o al uso de mercados en línea en el marco de sistemas de distribución selectiva que ya habría validado la jurisprudencia⁴⁹⁴.

- (538) AMAZON realiza alegaciones similares a las de APPLE sobre esta cuestión⁴⁹⁵. En particular, mantiene una posición muy parecida a la de APPLE en cuanto a que los distribuidores autorizados por esta última a vender sus productos en AMAZON pueden hacerlo en cualquier Amazon Store de la UE, lo que descartaría la restricción transfronteriza. Por otro lado, AMAZON sostiene que la DC habría realizado una interpretación incorrecta de su correo interno citado en los párrafos 387 y 633 de la Propuesta de Resolución⁴⁹⁶ para concluir que APPLE pretendía limitar las importaciones de determinados distribuidores. Por último, AMAZON rechaza que los precedentes SANRIO y NIKE resulten relevantes dado que, en el presente caso, a diferencia de lo sucedido en dichos asuntos, la *Cláusulas de Brand Gating* no prohíben directamente las ventas transfronterizas ni están directamente diseñadas para impedir las.
- (539) Esta Sala considera que las anteriores alegaciones no pueden ser acogidas.
- (540) En cuanto a que las disposiciones del ARA 2018 y los contratos entre APPLE y sus distribuidores autorizados reconocen expresamente la libertad de éstos para realizar ventas transfronterizas, ello tiene un valor estrictamente formal. El TJUE ha negado expresamente que este tipo de menciones permitan descartar el carácter restrictivo de un acuerdo siendo necesario atender al resto de su contenido o a su aplicación *de facto* para concluir sobre la naturaleza anticompetitiva del mismo⁴⁹⁷. En el presente caso, lo cierto es que, desde el momento en el que se impide a dichos distribuidores operar en el mercado en línea de AMAZON, dejan de poder utilizar esta vía de comercialización para vender sus productos de APPLE en otros Estados Miembros. Son de hecho esas

⁴⁹³ Párrafos 72 a 75 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁴⁹⁴ Párrafo 76 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁴⁹⁵ Ver párrafos 156 a 170 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁴⁹⁶ Folio 4762.

⁴⁹⁷ STJUE de 13 de diciembre de 2017 en el asunto C-487/16 P Telefónica/Comisión, ECLI:EU:C:2017:961, párrafo 63. El TJUE descartó que la mención «en la medida permitida por la ley» incluida en el contrato analizado permitiese descartar el carácter anticompetitivo de una cláusula de no competencia.

mismas disposiciones contractuales las que, al limitarse a autorizar el uso de AMAZON únicamente a los revendedores incluidos en el **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018 (que es solo una selección de APR localizados en **[0-1]** Estados miembros) restringen el uso de AMAZON como canal de venta transfronterizo a los APR localizados en otros Estados miembros distintos de los 5 incluidos en la lista, así como a todos los AAR y Minoristas y NAR **[CONFIDENCIAL]**.

- (541) En cuanto a que APPLE no puede impedir las ventas transfronterizas a sus distribuidores no autorizados, al no mantener con ellos una relación contractual directa, lo cierto es que, precisamente a través de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* logra restringir su capacidad comercial al impedirles, indirectamente, hacer uso de este mercado en línea que constituye una vía fundamental para poder ofrecer sus productos en otros Estados miembros.
- (542) En relación con la alegación de que la DC habría malinterpretado un correo electrónico interno de AMAZON para deducir que entre los objetivos de los acuerdos controvertidos estaba el limitar las exportaciones por parte de determinados revendedores, lo cierto es que la literalidad del correo en cuestión deja poco margen a la interpretación pues se afirma textualmente en el mismo que APPLE solicitó a AMAZON **[CONFIDENCIAL]**⁴⁹⁸. No resulta convincente la interpretación alternativa de AMAZON según la cual lo que se pretendía evitar **[CONFIDENCIAL]**⁴⁹⁹. No se aportan otros elementos que reflejen expresamente esa voluntad ni la propia APPLE ha realizado manifestaciones en ese sentido. En cualquier caso, la DC no invoca el correo en cuestión como una prueba de cargo, sino solo como una evidencia adicional de que las Cláusulas de Brand Gating tenían un objeto anticompetitivo. Lo anterior se infiere de la propia aptitud de estas cláusulas para restringir el comercio entre Estados miembros atendiendo a su configuración y a la tipología de los distribuidores excluidos (véanse los párrafos (287) y (531) a (533)). A su vez, esta concreta aptitud de restringir la competencia por su propia naturaleza mediante la limitación de los intercambios entre distribuidores de APPLE y clientes finales situados en otros Estados miembros se ve confirmada por la materialización efectiva de este efecto trasfronterizo tal y como se refleja en los hechos acreditados (apartado 4.6.8) y se expone en el análisis de efectos (párrafos (705) a (723)).
- (543) Sobre la alegación de que los precedentes citados por la DC no son aplicables al presente caso, sin perjuicio de las diferencias existentes entre los supuestos de hecho de dichos asuntos y los de este Expediente, en última instancia ilustran lo mismo, esto es, una restricción del comercio transfronterizo.

⁴⁹⁸ Ver documentación aportada por la autoridad italiana de la competencia. Se trata de un correo interno de AMAZON recabado durante las inspecciones a dicha empresa. La frase es una traducción propia de: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4762).

⁴⁹⁹ Párrafo 163 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

(544) No existe, por otro lado, ningún elemento del tipo del artículo 101 del TFUE que requiera que las medidas que restringen el comercio entre Estados miembros sean directas. De hecho, es muy común en las normas sobre restricciones verticales que se incluyan tanto las medidas directas como las indirectas (ver los múltiples ejemplos que se contienen en las Directrices Verticales; y en las Directrices Verticales de 2022).

(545) Por último, tampoco resulta admisible la alegación de que las restricciones analizadas son parecidas a otras limitaciones validadas por la jurisprudencia. Como se analiza detalladamente en a continuación, las restricciones compatibles con el Derecho de la competencia a las que se refieren las imputadas, únicamente pueden justificarse, con base en la jurisprudencia de la Unión cuando se imponen por el fabricante/proveedor a sus distribuidores autorizados en el marco de un sistema de distribución selectiva, atendiendo, precisamente, a la coherencia existente entre los objetivos perseguidos por tales restricciones y los objetivos perseguidos a la hora de optar por un modelo de distribución selectiva. En este caso, sin embargo, APPLE opera un sistema de distribución abierto y no nos encontramos ante una prohibición del uso de mercados en línea impuesta por un fabricante a sus distribuidores autorizados, por lo que estos argumentos no pueden justificar la limitación al comercio trasfronterizo que se produce.

▪ **Otras alegaciones de las partes relativas al contenido de los Acuerdos de Exclusión o *Brand Gating***

- **Sobre la aplicación al presente caso de la Sentencia del TJUE COTY⁵⁰⁰**

(546) APPLE se refiere en numerosas ocasiones a la Sentencia COTY en su respuesta a la Propuesta de Resolución⁵⁰¹. Concluye, de hecho, la primera alegación de dicho escrito –dedicada a defender la legalidad de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*– afirmando que “*la DC no ha cumplido con su carga de la prueba y no ha logrado demostrar que la limitación Marketplace pueda considerarse una restricción de la competencia por objeto, especialmente a la luz de los principios establecidos en el asunto Coty*”⁵⁰².

(547) Tanto APPLE como AMAZON estiman que las conclusiones del TJUE en la Sentencia COTY, en cuanto a la compatibilidad de la cláusula analizada en dicho asunto con el artículo 101 del TFUE, resultan trasladables al presente caso, apuntando que la cláusula validada por el TJUE sería incluso más restrictiva que

⁵⁰⁰ Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2017 Caso C-230/16, Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH; [ECLI:EU:C:2017:941](#) (**Sentencia COTY**).

⁵⁰¹ Una búsqueda por palabras del término “Coty” en el escrito de alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución devuelve un total de 49 resultados.

⁵⁰² Párrafo 112 de las alegaciones a la Propuesta de Resolución de APPLE.

las cláusulas de *Brand Gating* suscritas por AMAZON y APPLE (por referirse al conjunto de distribuidores y afectar a todos los mercados en línea) y que, en cualquier caso, de acuerdo con la interpretación que ambas imputadas hacen de la Sentencia COTY, las limitaciones al uso de los mercados en línea nunca podrían considerarse como restricciones de la competencia por su objeto⁵⁰³.

- (548) A fin de valorar la pertinencia de estos planteamientos resulta necesario fijarse brevemente en el fallo del TJUE en la Sentencia COTY respecto de aquellas cuestiones que interesan al presente Expediente. En respuesta a la segunda cuestión prejudicial planteada, el TJUE contestó que el artículo 101 del TFUE no se opone necesariamente a una cláusula contractual **entre el fabricante o proveedor y sus distribuidores autorizados en un sistema de distribución selectiva**, que impida a estos últimos hacer uso de plataformas de terceros (como AMAZON) para la venta de los productos de lujo objeto del contrato de distribución. Lo anterior siempre y cuando se cumplan cumulativamente las siguientes condiciones: (i) que la cláusula busque preservar la imagen de lujo de los productos en cuestión; (ii) que se establezca de modo uniforme y se aplique entre los distintos distribuidores de forma no discriminatoria y (iii) que sea proporcionada al objetivo perseguido⁵⁰⁴.
- (549) Para determinar la licitud de este tipo de cláusulas, el TJUE establece, así, un análisis que requiere: (i) determinar si el objetivo de la cláusula controvertida es realmente el de preservar la imagen de lujo y prestigio de los productos de que se trata; (ii) comprobar si la cláusula es objetiva y uniforme y se aplica sin discriminación a todos los distribuidores del sistema de distribución en cuestión y (iii) establecer si atendiendo al contenido de la cláusula y el contexto, la restricción impuesta resulta proporcionada al objetivo perseguido, lo que implica verificar a su vez (a) si la restricción es adecuada para preservar la imagen de lujo y prestigio de los productos objeto del contrato (análisis de adecuación) y (b) si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (análisis de proporcionalidad en sentido estricto).
- (550) La cláusula analizada en el litigio principal se incluía en los contratos entre el proveedor de productos cosméticos de lujo Coty y el conjunto de los distribuidores autorizados en el marco de su sistema de distribución selectiva, originándose el litigio por la negativa de uno de estos proveedores a aceptar la cláusula ya que llevaba a cabo buena parte de las ventas de los productos suministrados por Coty a través de AMAZON.
- (551) Pese a que en ambos casos se analizaba una restricción al uso de mercados en línea, esta Sala estima que, **al contrario de lo alegado por las imputadas, las conclusiones de la Sentencia Coty no solo no pueden aplicarse al presente**

⁵⁰³ Párrafos 42 a 56 de las alegaciones a la Propuesta de Resolución de APPLE y párrafos 143 a 146 de las alegaciones a la Propuesta de Resolución de AMAZON.

⁵⁰⁴ Párrafo 58 de la Sentencia Coty.

caso para defender la licitud de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, sino que respaldan que se trata de restricciones de la competencia por su objeto. Ello, atendiendo a una serie de circunstancias que resultaron determinantes en el análisis del TJUE y no concurren en el presente caso: (1) las cláusulas de *Brand Gating* no se inscriben en un sistema de distribución selectiva y a diferencia de Coty APPLE no persigue que sus productos se asocien exclusivamente a sus distribuidores autorizados; (2) APPLE tiene una relación contractual directa con AMAZON (3) APPLE no tiene inconveniente en que sus productos se vendan en un *marketplace* generalista como AMAZON en el que se comercializan todo tipo de productos ya que la propia APPLE y algunos de sus distribuidores autorizados seguirían vendiendo a través de esta plataforma.

- (552) Por lo que se refiere a la **primera diferencia**, la propia sentencia Coty apunta que el análisis realizado por el TJUE se limita a los sistemas de distribución selectiva:

“Esta cuestión prejudicial se refiere a la licitud, conforme al artículo 101 TFUE, apartado 1, de una cláusula particular de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo y de prestigio”⁵⁰⁵.

- (553) Precisa a este respecto el TJUE que uno de los objetivos perseguidos cuando se recurre a un sistema de distribución selectiva es, precisamente, que los productos objeto del contrato se vinculen exclusivamente a los distribuidores autorizados. Por ello, la prohibición de que los distribuidores autorizados recurrieran a plataformas en línea de terceros, para evitar que se rompiera esta vinculación, resultaba coherente con que Coty, a diferencia de APPLE, hubiese optado por implantar un sistema de distribución selectiva:

*“En lo referente, en primer lugar, a si la prohibición controvertida en el litigio principal resulta adecuada respecto del objetivo perseguido, es preciso manifestar, en primer término, que **la obligación impuesta a los distribuidores autorizados de vender en Internet los productos objeto del contrato únicamente mediante sus propias tiendas en línea y la prohibición que pesa sobre ellos de utilizar otra denominación comercial y de recurrir de forma evidente a plataformas de terceros garantizan de entrada al proveedor que, en el marco del comercio electrónico de dichos productos, éstos se vinculan exclusivamente a los distribuidores autorizados.***

*Pues bien, **al ser precisamente tal vinculación uno de los objetivos perseguidos cuando se recurre a un sistema de este tipo, resulta que la prohibición de la que se trata en el litigio principal supone una limitación coherente, dadas las características propias del sistema de distribución selectiva**”⁵⁰⁶. (Énfasis añadido).*

⁵⁰⁵ Párrafo 38 de la Sentencia Coty.

⁵⁰⁶ Párrafos 44 y 45 de la Sentencia Coty.

- (554) Es evidente que **esta “coherencia” entre la limitación analizada y el sistema de distribución escogido por APPLE no se da en el presente asunto, puesto que APPLE ha elegido implantar un sistema de distribución abierto** en el que operan, legítimamente, distribuidores no autorizados. No puede, por tanto, pretender que las cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* se justifiquen de cara a garantizar que los consumidores vinculen los productos APPLE exclusivamente a sus distribuidores autorizados. Como se ha visto, aunque APPLE no surte directamente a los NAR, anima a sus mayoristas para que provean de productos APPLE a los distribuidores no autorizados (párrafo (332)), lo que refleja que APPLE tiene interés en que dichos operadores comercialicen sus productos pese al pretendido riesgo reputacional que estos podrían suponer para su marca. No cabe, por tanto, invocar dicho riesgo reputacional como eficiencia mediante la que se justificaría la discriminación de los NAR consistente en su exclusión del mercado en línea de AMAZON, a la que también se refieren los asesores económicos de esta última como pretendida eficiencia de las Cláusulas de Brand Gating que permitirían descartar su calificación de restricción de la competencia por el objeto⁵⁰⁷.
- (555) La **segunda diferencia** fundamental es que, al contrario de lo que sucedía en el asunto COTY, **la relación contractual en la que se incluye la limitación controvertida no es entre APPLE y sus distribuidores, sino entre APPLE y AMAZON como mercado en línea**. Pese a lo alegado por APPLE en su contestación a la Propuesta de Resolución en cuanto a que esta distinción no sería más que formal⁵⁰⁸, la realidad es que se trata de una diferencia clave. No cabe, por un lado, comparar una limitación a la libertad de actuación de los revendedores en el marco de la relación fabricante/distribuidor con una limitación que se deriva de un acuerdo con un tercero del que los revendedores ni siquiera son parte. Por otro lado, para valorar la adecuación de la restricción analizada en el caso COTY, el TJUE otorgó especial relevancia a que no existiese relación entre Coty y las plataformas de terceros. Subraya el TJUE a este respecto, al analizar la adecuación de la cláusula controvertida, que la inexistencia de relación contractual entre el proveedor y las plataformas de terceros impedía a Coty exigir a dichas plataformas que cumpliesen con las condiciones de calidad que había impuesto a sus distribuidores autorizados⁵⁰⁹. Este problema no se da en el presente caso puesto que **APPLE tiene una relación contractual directa con AMAZON y puede por tanto exigirle el cumplimiento de determinadas condiciones en la venta de sus productos en el mercado en línea de AMAZON** incluso cuando ésta se lleva a cabo por terceros revendedores.

⁵⁰⁷ El modelo económico que se expone en el Informe de Compass sobre el *Brand Gating* para justificar las eficiencias que pueden derivarse de las Cláusulas de Exclusión se basa, en gran medida, en parámetros del riesgo reputacional para la marca que pueden generar los revendedores excluidos.

⁵⁰⁸ Párrafo 50 de las alegaciones a la Propuesta de Resolución de APPLE.

⁵⁰⁹ Párrafos 47 a 49 de la Sentencia Coty.

- (556) El TJUE se refiere nuevamente a esta circunstancia en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto (i.e. análisis de que la restricción no va más allá de lo necesario para lograr los objetivos legítimos perseguidos):

“En particular, habida cuenta de la inexistencia de relación contractual entre el proveedor y las plataformas de terceros que le permita exigir que éstas cumplan las condiciones de calidad impuestas a sus distribuidores autorizados, no cabe considerar que la autorización concedida a dichos distribuidores de recurrir a tales plataformas a condición de que éstas respondan a las exigencias de calidad predefinidas sea tan eficaz como la prohibición de la que se trata en el litigio principal”⁵¹⁰.

- (557) Tal es la relevancia de esta circunstancia, relativa a la inexistencia de una relación entre el fabricante/proveedor y el mercado en línea, de cara a admitir la compatibilidad con el artículo 101 del TFUE de las cláusulas por las que se limita el uso por los distribuidores de los mercados en línea, que el referido razonamiento del TJUE en la Sentencia COTY se recoge en párrafo 338 de las nuevas Directrices relativas a las restricciones verticales de 2022.

“En los casos en que el proveedor no celebre un acuerdo con el mercado en línea, el proveedor puede no estar en condiciones de verificar que el mercado en línea cumple las condiciones que sus distribuidores autorizados deben cumplir para la venta de los bienes o servicios contractuales. En tal caso, una restricción o prohibición del uso de los mercados en línea puede ser adecuada y no ir más allá de lo necesario para preservar la calidad y garantizar el uso adecuado de los bienes o servicios contractuales”.

- (558) Se infiere, *a contrario*, que, en principio, **cuando, como en el presente caso, existe una relación entre el proveedor y el mercado en línea, la restricción no se justifica y debe considerarse contraria al artículo 101 del TFUE**. En efecto, y dado que APPLE mantiene una relación comercial con AMAZON, puede verificar que esta última haga respetar determinadas condiciones a la hora de comercializar los productos APPLE, más si cabe cuando según la propia AMAZON, APPLE contaría con un significativo poder negociador frente a aquella a la hora de imponerle condiciones ya sea en su condición de distribuidor autorizado de APPLE o en la de gestor de su mercado en línea.

- (559) La **tercera diferencia** que no cabe pasar por alto en el análisis de adecuación de la restricción considerada es que, en el asunto COTY, el TJUE valora positivamente que la limitación analizada en aquella ocasión habría buscado evitar la comercialización de los productos en plataformas generalistas de terceros en las que se vendían todo tipo de artículos para preservar la imagen de lujo de las marcas de Coty:

⁵¹⁰ Párrafo 56 de la Sentencia Coty.

“habida cuenta de que dichas plataformas constituyen un canal de venta para todo tipo de producto, el hecho de que los productos de lujo no se vendan mediante tales plataformas y que su venta en línea se efectúe únicamente en las tiendas en línea de los distribuidores autorizados contribuye a esa imagen de lujo que se ofrece a los consumidores y, de este modo, al mantenimiento de una de las características principales de esos productos buscadas por los consumidores”⁵¹¹.

(560) En el presente asunto, sin embargo, APPLE no ha tenido inconveniente en que sus productos se comercialicen a través de una plataforma generalista como AMAZON en la que se venden todo tipo de productos, puesto que la propia APPLE y otros distribuidores autorizados venden productos APPLE por este canal. Simplemente discrimina a una parte de sus distribuidores al impedirles hacer uso de esta plataforma. Una interpretación *a contrario* de la postura del TJUE en el asunto COTY debería, por tanto, conducir a la conclusión de que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* no se encuentran justificadas.

(561) En este mismo sentido se pronuncian de hecho las nuevas Directrices relativas a las restricciones verticales de 2022 en su párrafo 338 precitado:

*“Sin embargo, en los casos en los que un proveedor designa a un operador de un mercado en línea como miembro de su sistema de distribución selectiva o **en los que restringe el uso de los mercados en línea por parte de determinados distribuidores autorizados, pero no de otros, o en los que restringe el uso de un mercado en línea, pero este proveedor utiliza dicho mercado en línea para vender los bienes o servicios contractuales, es improbable que las restricciones al uso de dichos mercados en línea cumplan las condiciones de adecuación y proporcionalidad**”.* (Énfasis añadido).

(562) En el presente caso se cumplen las condiciones señaladas al final de dicho párrafo relativas a la ausencia de adecuación y proporcionalidad, dado que APPLE autoriza y fomenta que determinados distribuidores, incluido el propio gestor del mercado en línea, vendan productos APPLE a través de este canal.

(563) En definitiva, y en contra de lo que sostienen APPLE y AMAZON, las conclusiones la Sentencia COTY en ningún caso respaldan el planteamiento de que las cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* sean compatibles con el artículo 101 del TFUE. Antes al contrario, los razonamientos del TJUE a la hora de resolver el asunto COTY apuntan, precisamente, a la naturaleza restrictiva por el objeto de dichas cláusulas. Por otro lado, el hecho de que dichos razonamientos se hayan incluido en las nuevas Directrices relativas a las restricciones verticales de 2022, cuyo objetivo es, precisamente, facilitar la interpretación del RECAV, desmiente la tesis del Informe de Compass sobre el

⁵¹¹ Párrafo 50 de la Sentencia Coty.

*Brand Gating*⁵¹² en cuanto a que al concluir que las Cláusulas de Exclusión equivalen a una restricción de la competencia por objeto la Propuesta de Resolución entraría en contradicción con dicho reglamento⁵¹³.

- **Sobre la aplicación al caso de la Sentencia del TJUE MAXIMA LATVIJA**

- (564) Al igual que con el asunto COTY, las imputadas invocan la Sentencia del TJUE de 26 de noviembre en el asunto C-345/14 Maxima Latvija (**Sentencia MAXIMA LATVIJA**)⁵¹⁴ para sostener que las cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* no pueden considerarse restricciones de la competencia por el objeto⁵¹⁵. En particular, APPLE “*considera que los elementos de hecho que concurren en el presente asunto son muy similares a los que se examinaron por el TJUE en el asunto Máxima Latvija*”⁵¹⁶ y que deberían, por tanto, alcanzarse las mismas conclusiones en cuanto a la compatibilidad con el artículo 101 del TFUE de las Cláusulas de Exclusión.
- (565) Para valorar estos planteamientos resulta de nuevo necesario resumir brevemente los antecedentes de hecho y la valoración del TJUE en el asunto MAXIMA LATVIJA. La cuestión prejudicial planteada versaba sobre el posible carácter anticompetitivo de unas cláusulas que la empresa letona Maxima Latvija, dedicada al comercio minorista mediante la explotación de grandes almacenes, había negociado incluir en algunos contratos de arrendamiento de centros comerciales situados en Letonia con sus arrendadores.
- (566) Las cláusulas en cuestión, contenidas en **12 de los 119 contratos de arrendamiento concluidos entre las partes** estipulaban que Maxima Latvija en su condición de “arrendatario de referencia” (gran superficie que, dentro de un centro comercial, ocupa habitualmente la parte más grande o principal de la superficie de ese centro) tenía derecho a denegar o consentir que el arrendador alquilara a terceros arrendatarios los locales comerciales no arrendados a Maxima Latvija.
- (567) La autoridad de competencia letona consideró que dichas cláusulas constituían una restricción de la competencia por su objeto e infringían la disposición nacional equivalente al artículo 101 del TFUE. En el procedimiento judicial de

⁵¹² Informe presentado por AMAZON como Documento número 3 junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución titulado “Análisis Económico de la conclusión de la PR de que el Brand Gating es una restricción de la competencia por objeto” (**Informe de Compass sobre el Brand Gating**).

⁵¹³ Página 8 del Informe de Compass sobre el Brand Gating.

⁵¹⁴ Sentencia del TJUE de 26 de noviembre en el asunto C-345/14 SIA «Maxima Latvija» contra Konkurences padome; [ECLI:EU:C:2015:784](https://eur-lex.europa.eu/eli/cj/oj/2015/784/v001/20151126).

⁵¹⁵ Párrafos 35 a 38 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución y párrafos 31, 129 y 201 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁵¹⁶ Párrafo 35 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

impugnación contra la resolución sancionadora letona, el juez nacional elevó una cuestión prejudicial al TJUE. El alto tribunal europeo concluyó que, atendiendo a las circunstancias del caso, unas cláusulas como las controvertidas no infringían necesariamente el artículo 101.1 del TFUE. Considera el TJUE, para llegar a tal conclusión que, habida cuenta del contexto económico en que se aplicaban tales acuerdos:

“Aun cuando la cláusula controvertida en el litigio principal tuviera el posible efecto de restringir el acceso de los competidores de Maxima Latvija a algunos de los centros comerciales en que dicha sociedad explota una gran superficie, tal circunstancia, suponiéndola demostrada, no implica de manera manifiesta que los contratos que contienen dicha cláusula, por la propia naturaleza de ésta, impidan, restrinjan o falseen el juego de la competencia en el mercado de referencia, es decir, el mercado local del comercio minorista alimentario”⁵¹⁷. (Énfasis añadido).

- (568) APPLE sostiene que, en ambos casos, los acuerdos controvertidos pretenden garantizar que el uso de un determinado canal de venta al por menor por parte de terceros (el espacio correspondiente al centro comercial en el caso MAXIMA LATVIJA y el mercado en línea de AMAZON en el presente caso) esté sujeto a un consentimiento previo, lo cual habría sido validado en términos generales por el TJUE en la Sentencia MAXIMA LATVIJA⁵¹⁸
- (569) Esta Sala no puede compartir la postura de las imputadas. En primer lugar, conviene aclarar que la Sentencia MAXIMA LATVIJA no realiza un pronunciamiento general sobre si un acuerdo entre dos empresas para prohibir a determinados revendedores acceder a un canal de ventas es o no restrictivo de la competencia por su objeto, sino que se refiere tan sólo a la posibilidad de oposición de un arrendatario a que un tercero alquile un local en un centro comercial concreto.
- (570) Por otro lado, para llegar a la conclusión de que este acuerdo de posibilidad de oposición no es una restricción por objeto, y en línea con jurisprudencia consolidada, la sentencia analiza si dado el contenido, el objetivo, y el contexto jurídico y económico de la restricción, la cláusula controvertida reviste una nocividad tal para la competencia, como para ser considerada restrictiva por el objeto. Una vez aclarado lo anterior, corresponde poner de manifiesto las diferencias entre el asunto MAXIMA LATVIJA y el que aquí nos ocupa, pues, tanto en lo que respecta al contenido de las restricciones como al contexto jurídico y económico, existen diferencias de gran calado que impiden sostener que las conclusiones de la Sentencia MAXIMA LATVIJA puedan trasladarse al presente caso para determinar la licitud de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*.

⁵¹⁷ Párrafo 22 de la Sentencia Maxima Latvija.

⁵¹⁸ Párrafo 36 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

- (571) En cuanto a las **diferencias relativas al contenido de los acuerdos**, debe apuntarse, en primer lugar, que, en el caso MAXIMA LATVIJA, **no se trataba de restricciones absolutas**, sino que se requería el consentimiento de Maxima Latvija para alquilar espacios a terceros en ciertos centros comerciales. Por el contrario, en el presente caso, las Cláusulas de *Brand Gating* establecen, de entrada, una restricción absoluta de acceso a amazon.es a todos los revendedores de productos APPLE que no estén en la lista de [10-15] revendedores admitidos (los APR identificados en el [CONFIDENCIAL] del ARA 2018)⁵¹⁹.
- (572) En segundo lugar, la limitación en el caso letón se encontraba **solo en 12 de los 119 contratos concluidos entre las partes** y se refería únicamente al alquiler de espacios en centros comerciales físicos a terceros, por lo que se analizaba la concreta aptitud de 12 cláusulas para restringir la competencia entre distribuidores minoristas de productos alimentarios (esto es, posibles limitaciones de acceso a sólo 12 centros comerciales de todo el país). Por el contrario, en el presente caso, la limitación se aplicaba originalmente **a todos los revendedores oficiales y no oficiales que no estuvieran en la lista de admitidos del [CONFIDENCIAL] del ARA 2018** (lo cual suponía que no estaban autorizados a utilizar el mercado en línea de AMAZON todos los revendedores de productos APPLE salvo [10-15]).
- (573) Por lo que se refiere a las **diferencias relativas al contexto jurídico y económico**, debe destacarse, en primer lugar, como se ha mencionado, en el caso letón la restricción afectaba a **12 de 119 contratos** suscritos entre las partes **en relación con todos los centros comerciales del país** (es decir, que tenía una incidencia muy limitada). Sin embargo, en el presente caso, la restricción afecta: (i) a la **Página Web de AMAZON en España, que es el canal en línea en el que se venden el 35-40%** de los productos de consumo electrónico en España; y a (ii) a **una marca (APPLE) que representa más del 30% de las ventas en valor de productos electrónicos de consumo en el EEE** (y muy similares en España), con mucha diferencia respecto al siguiente competidor (Samsung), y con cuotas singularmente elevadas en ciertas categorías de producto.
- (574) En tercer lugar, si bien en el presente caso el acuerdo se ha considerado vertical por estar su centro de gravedad en la relación suministro-distribución, no cabe obviar que, **a diferencia del caso letón, tanto AMAZON como APPLE, esto es, las dos partes del acuerdo están activas en la fabricación y distribución minorista de productos electrónicos de consumo** (es decir, son competidores tanto a nivel fabricación como distribución, lo que no pasaba en el caso letón).
- (575) En definitiva, frente a las limitaciones de acceso a 12 centros comerciales en Letonia analizados en la Sentencia MAXIMA LATVIJA (de 119 contratos y

⁵¹⁹ Ver contestación al RI I APPLE, Cuadro 2 (folio 4272), en el que identifica a [10-15] APR.

respecto a todos los centros comerciales que existan en el país), las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, incluidas en los acuerdos entre APPLE y AMAZON, tienen una clara y concreta aptitud para restringir la competencia en tanto que suponen una restricción absoluta al uso del mercado en línea de AMAZON en España para vender productos de la marca APPLE al grueso de los revendedores de APPLE (todos los revendedores menos **[10-15][CONFIDENCIAL]** hasta noviembre de 2021 y todos los NAR desde entonces hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción). Se impide así a estos revendedores el acceso (i) a un canal muy conocido y de éxito creciente que alcanza la totalidad del territorio nacional y que vehicula la mayor parte de las ventas en línea de productos de consumo electrónico en España; y (ii) a la marca de productos más demandados de consumo electrónico.

Por todo ello, esta Sala estima que las conclusiones del TJUE en la Sentencia MAXIMA LATVIJA no respaldan los argumentos de las imputadas en cuanto a que debe descartarse el carácter restrictivo por su objeto de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*.

b. Los objetivos

(576) En cuanto a los **objetivos** perseguidos en última instancia por el acuerdo analizado, los hechos y documentos previos y contemporáneos a la firma del mismo permiten concluir que:

- En el caso de **APPLE**, se distinguen **al menos dos objetivos**:
 - **Controlar mejor su canal de distribución**: lo que se infiere tanto de la documentación interna de APPLE como de las respuestas de AMAZON a los requerimientos de información realizados por la DC.

Así, de acuerdo con APPLE: **[CONFIDENCIAL]**⁵²⁰.

En relación con lo anterior conviene traer a colación algunas consideraciones de AMAZON que permiten una mejor contextualización de los objetivos de APPLE a los que acaba de hacerse referencia. AMAZON considera que la limitación al uso de su mercado en línea exclusivamente a distribuidores autorizados que suponen las cláusulas de *Brand Gating* tiene un propósito diferente al Registro de Marcas. Mientras que el Registro de Marcas es una herramienta a la que se acogen todo tipo de marcas a fin de limitar las ventas de falsificaciones, la restricción del tipo *Brand Gating* tiene una naturaleza y un propósito distintos. Las marcas que demandan la aplicación de esta limitación

⁵²⁰ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia, correspondientes a correos internos de APPLE: **[CONFIDENCIAL]**(folio 4389).

normalmente operan a través de sistemas de distribución controlados estrictamente en los que primarían consideraciones de presentación de marca de alta calidad que únicamente pueden lograrse reservando exclusivamente la distribución de sus productos a una serie de distribuidores previamente seleccionados⁵²¹ (i.e. sistemas de distribución selectiva, al contrario que APPLE que opera un sistema de distribución abierto con distintas categorías de distribuidores).

Es decir que, a pesar de operar un sistema de distribución abierto (**[CONFIDENCIAL]**), APPLE utilizó una política propia de fabricantes que persiguen objetivos que únicamente pueden alcanzarse mediante la implantación de un sistema de distribución selectivo.

- **Rebajar sus costes de control sobre la Página Web de AMAZON:** reduciendo el número de revendedores (oficiales y no oficiales) que podían vender en la Página Web de AMAZON, APPLE minoraba sus costes de control sobre dicho canal.

Como se ha señalado, según APPLE, se vendían muchas falsificaciones en AMAZON⁵²² y, en lugar de invertir en la política del Registro de Marcas (que, según AMAZON, es la herramienta adecuada para enfrentar este problema⁵²³), prefirió optar por la vía drástica del *Brand Gating*. Ello porque resultaba más cómodo y más barato que invertir esfuerzos, tiempo y dinero en aplicar dicha política, que, aunque en la mayoría de los casos opera de manera automática⁵²⁴, en otros requiere un esfuerzo de vigilancia por parte

⁵²¹ Ver contestaciones a RI I AMAZON párrafo 29 (folio 4610) y a RI II AMAZON, párrafo 65 (folio 4689).

⁵²² APPLE sostiene que “*el Registro de Marcas por sí mismo no es suficiente para resolver los graves problemas del marketplace de Amazon porque [CONFIDENCIAL]*” (Ver contestación a RI I APPLE, respuesta a pregunta 7 (folio 4260)).

⁵²³ De acuerdo con AMAZON el propósito del Registro de Marcas (*Brand Registry*) es la identificación de todas las marcas y el establecimiento de protecciones que garanticen que en AMAZON solo se venden productos auténticos (Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 29 (folio 4610)).

⁵²⁴ De acuerdo con AMAZON, el Registro de Marcas [*Brand Registry*] proporciona potentes protecciones de marca automatizadas que detectan cualquier infracción y protegen de manera proactiva la propiedad intelectual de una marca, sin que sea necesario que la marca tenga que denunciar estas infracciones (Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 34 (folio 4611)).

de la compañía para detectar los casos que se le escapen a la herramienta⁵²⁵.

De hecho, de acuerdo con la propia AMAZON: (i) APPLE no utilizaba sistemáticamente el Registro de Marcas de AMAZON para proteger su propiedad intelectual; y (ii) las notificaciones de infracción presentadas en nombre de APPLE (por su agente) fuera del Registro de Marcas eran con frecuencia inexactas o inválidas; lo que probablemente incrementó la percepción de APPLE de que en las Páginas Web de AMAZON había un problema de falsificaciones⁵²⁶.

Adicionalmente AMAZON ha sostenido durante la instrucción que: “[...] *el Acuerdo Vertical permitió a Amazon asegurarse la participación de Apple en su Registro de Marcas (Brand Registry), algo a lo que Apple se había opuesto hasta entonces. Esto permitió a Amazon identificar todas las marcas en la Amazon Store, y garantizar que solo se vendieran en ella productos auténticos.*”⁵²⁷ (énfasis añadido).

Conviene apuntar, además, que APPLE también se benefició del incremento sustancial de las ventas mayoristas de sus productos a AMAZON para su posterior comercialización en la plataforma de este operador.

- **AMAZON**, por su parte, tenía por objetivo a la hora de alcanzar el acuerdo, **lograr un suministro completo de todos los productos de APPLE⁵²⁸ (y, entre ellos, los productos más demandados de APPLE, esto es, [CONFIDENCIAL]) y que dicho suministro se hiciera directamente desde la propia APPLE⁵²⁹.**

Además, el que los principales revendedores que vendían productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España dejaran de estar autorizados para utilizar este canal, supuso una **concentración de las ventas de estos productos en la propia AMAZON y, por tanto, un incremento de sus ingresos en su actividad como distribuidor**

⁵²⁵ De acuerdo con AMAZON, el Registro de Marcas [*Brand Registry*] también ofrece a las marcas una herramienta llamada "Denuncia una Infracción", que permite a las marcas buscar y denunciar con precisión aquellos productos potencialmente infractores Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 34 (folio 4611)).

⁵²⁶ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 35 (folio 4611).

⁵²⁷ Ver párrafo 188 de las alegaciones de AMAZON al PCH.

⁵²⁸ Ver contestación al RI II AMAZON, párrafos 20 y 21 (folios 4678 y 4679) y el párrafo 66 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución: **[CONFIDENCIAL]**.

⁵²⁹ Frente a la postura de APPLE de admitir en AMAZON solo a los APR, AMAZON intentó negociar que **[CONFIDENCIAL]** (folio 4604)).

minorista de productos APPLE tal y como había previsto por la propia AMAZON (ver párrafos (309) a (315) del apartado relativo a los hechos acreditados).

(577) **Para alcanzar tales objetivos APPLE y AMAZON persiguieron, o al menos asumieron, al negociar las cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las graves restricciones de la competencia intramarca a las que se aludía previamente, derivadas la limitación del uso del mercado en línea de AMAZON a unos pocos distribuidores de APPLE y la consiguiente expulsión del resto de revendedores que venían utilizando esta plataforma.** Tales restricciones consisten, como se ha visto, en (i) la discriminación entre distribuidores de APPLE que ha colocado a muchos de ellos en una clara situación de desventaja competitiva; (ii) la limitación de la distribución de productos APPLE en el mercado y (iii) la limitación de las ventas transfronterizas entre Estados Miembros (párrafos (474) a (545)).

- Alegaciones de las empresas

(578) Tanto APPLE como AMAZON alegan que no se han tenido en cuenta sus objetivos legítimos a la hora de suscribir los acuerdos y que dichos objetivos justificarían las restricciones previamente expuestas.

(579) APPLE sostiene, por un lado, que los acuerdos controvertidos perseguían los objetivos legítimos de “*combatir las falsificaciones, así como mejorar la experiencia de compra y la seguridad de los consumidores*”, problemas que no habrían sido apreciados adecuadamente por el órgano de instrucción y que justificarían las restricciones derivadas de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*⁵³⁰.

(580) AMAZON, por su parte, sostiene que al suscribir las cláusulas objeto del presente expediente persiguió el objetivo legítimo consistente en obtener acceso directo a la selección completa de productos APPLE para mejorar el atractivo de su mercado en línea⁵³¹.

- Sobre el objetivo de la lucha contra las falsificaciones

(581) Pese a mantener que el objetivo de poner fin al problema de las falsificaciones estaba en el origen de las Cláusulas de Exclusión, APPLE no ha aportado ninguna evidencia concluyente de ello. Es razonable considerar que si este problema hubiese sido tan relevante como sostiene APPLE (hasta el punto de que los acuerdos controvertidos se diseñasen específicamente con el “*principal objetivo*” de abordar “*gravísimos problemas de falsificación y de seguridad*” de

⁵³⁰ Párrafos 78 a 100 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵³¹ Párrafos 171 a 176 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

productos APPLE en el mercado en línea de AMAZON⁵³²), APPLE hubiese estado en disposición de aportar informes o estudios previos sobre esta cuestión, identificado los problemas concretos y valorando alternativas que le llevasen a concluir que la única solución efectiva era cerrar la puerta de AMAZON al grueso de sus distribuidores que operaban en dicho canal.

- (582) APPLE asegura, en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, que proporcionó a la DC, en una fase temprana del procedimiento, pruebas contemporáneas sobre el gran problema de falsificación de productos Apple en AMAZON anteriores al GTA y el ARA de 2018⁵³³.
- (583) Dichas supuestas pruebas corresponderían, en primer lugar, a una serie de informes, no generados internamente sino elaborados por instituciones públicas y privadas y que no se refieren específicamente a APPLE sino, en general, a la cuestión de las falsificaciones en las compras en línea⁵³⁴ así como una serie de artículos de prensa sobre la falsificación de accesorios de APPLE⁵³⁵.
- (584) APPLE Invoca, asimismo, el folio 669 de la contestación al RI I⁵³⁶. Sin embargo, en dicha contestación APPLE se limita a hacer referencia a dos documentos de terceros no elaborados específicamente para APPLE: un informe sobre las imitaciones de cargadores Apple en Reino Unido, en el que ni siquiera se cita AMAZON⁵³⁷, y un artículo de prensa generalista de agosto de 2020 –posterior por tanto a la firma de los acuerdos– sobre la venta de productos electrónicos falsos en AMAZON no centrado en la marca Apple⁵³⁸.
- (585) Otra supuesta “prueba contemporánea” del problema de las falsificaciones que APPLE habría aportado durante una fase temprana del procedimiento corresponde a un correo electrónico interno en el que se hace referencia a dos muestras de productos que no superan los **[CONFIDENCIAL]** artículos⁵³⁹.
- (586) APPLE se refiere, por otro lado, a las “aproximadamente” **[CONFIDENCIAL]** comunicaciones a AMAZON de retirada de producto (“*takedown notices*”) que se habrían producido entre 2013 y 2018⁵⁴⁰, cifra que, como explicó la DC en la Propuesta de Resolución⁵⁴¹ resulta limitada si se tiene en cuenta que cubre 5

⁵³² Párrafo 3 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁵³³ Párrafo 81 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵³⁴ Párrafo 80 y pie de página 80 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵³⁵ Párrafo 80 y pie de página 81 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de resolución.

⁵³⁶ Párrafo 81 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵³⁷ <https://www.electricalsafetyfirst.org.uk/media/1119/counterfeit-and-imitation-apple-chargers.pdf>

⁵³⁸ <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/08/29/amazon-product-liability-losses/>

⁵³⁹ Folio 2296.

⁵⁴⁰ Párrafo 86 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵⁴¹ Párrafo 645 de la Propuesta de Resolución.

años y todas las Páginas Web de AMAZON en el mundo (es decir, menos de **[CONFIDENCIAL]** reclamaciones por año para todo el mundo). Nótese, además, que como reconoce APPLE en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, de esas “aproximadamente **[CONFIDENCIAL]**” notificaciones de retirada de producto, únicamente **[CONFIDENCIAL]** se referirían a España⁵⁴². Señala APPLE que, en cualquier caso, estas cifras infravalorarían el problema dado que simplemente reflejarían una pequeña porción de productos falsificados: aquellos que han sido detectados y han recibido una notificación de retirada por falsificación⁵⁴³. Debemos contestar a lo anterior que el que los consumidores no perciban que han adquirido un producto falso o no reclamen, podría ser esperable en el caso de accesorios de poco valor (como los cargadores o auriculares de cable estándar), no así, salvo excepciones, para el resto de productos de más valor y complejidad técnica como iPhones, iPads, iPods, Apple Watchs, airpods, etc.

- (587) Lo anterior no hace más que confirmar las apreciaciones del órgano de instrucción sobre la falta de informes específicos internos, o encargados por APPLE a terceros, sobre el problema de la venta de productos falsos de APPLE en la Página Web de AMAZON que hubiesen llevado a concluir que la solución a dicho problema pasaba por adopción de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*.
- (588) Para tratar de solventar esta ausencia de pruebas, APPLE incluye, junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución una serie de documentos aportados por primera vez en el marco del presente expediente que, según la empresa imputada, reflejarían la magnitud del problema de la venta de falsificaciones a través de AMAZON. Se trata de (i) una presentación interna de APPLE (anexo 2); (ii) un conjunto de informes internos que estarían basados en tests de compra de productos APPLE en AMAZON (anexos 3 a 7)⁵⁴⁴; (iii) una serie correos electrónicos que reflejarían **[CONFIDENCIAL]** (anexos 8.1 a 8.8)⁵⁴⁵; (iv) correspondencia interna de APPLE sobre esta cuestión (anexo 8.9)⁵⁴⁶; (v) **[CONFIDENCIAL]** (anexo 9)⁵⁴⁷ y (vi) otro correo interno sobre tests de compras llevados a cabo en 2022 (anexo 10)⁵⁴⁸.
- (589) En cuanto al anexo 2 a las alegaciones a la Propuesta de Resolución de APPLE, se trata de una presentación interna titulada “**[CONFIDENCIAL]**”⁵⁴⁹. Este

⁵⁴² Pie de página 86 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de resolución.

⁵⁴³ Párrafo 86 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de resolución.

⁵⁴⁴ Párrafo 82 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵⁴⁵ Párrafos 83 y 84 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵⁴⁶ Párrafo 85 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵⁴⁷ Párrafo 87 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵⁴⁸ Párrafo 96 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵⁴⁹ Folios 10.483 a 10.489.

documento está fechado en **[CONFIDENCIAL]**, por lo que es posterior a la firma de los acuerdos (que se había producido en octubre de ese mismo año) y, por tanto, no constituye un reflejo de que el problema de las falsificaciones estuviese en la génesis de las cláusulas controvertidas.

- (590) Por lo que respecta a las presentaciones de los anexos 3 a 7⁵⁵⁰, se trata de documentos dispersos que se refieren, fundamentalmente, a falsificaciones de accesorios de escaso valor como **[CONFIDENCIAL]**, sin que en ningún caso se analice como solución al problema la restricción al uso del mercado en línea de AMAZON.
- (591) En cuanto a las comunicaciones aportadas en los anexos 8.1 a 8.9 y 9, si bien podrían reflejar, en ciertos casos, **[CONFIDENCIAL]**⁵⁵¹, tampoco se analizan soluciones concretas y APPLE podría haber utilizado el poder negociador que le confería el suministro directo y la ampliación del catálogo de productos como palanca, no ya para incitar a AMAZON a aceptar las cláusulas de Exclusión, sino para que reforzarse las medidas contra la falsificación, así como la colaboración con APPLE sobre esta cuestión.
- (592) Por lo que se refiere al anexo 10⁵⁵², se trata de una comunicación entre APPLE y AMAZON relativa a un test de compra de falsificaciones sobre una muestra reducida de **[CONFIDENCIAL]** productos correspondientes a **[CONFIDENCIAL]** en la web de AMAZON, no ya en España o tan siquiera en el mercado europeo, sino en **[CONFIDENCIAL]** (**[CONFIDENCIAL]**)⁵⁵³.
- (593) Así pues, **el dato más específico mediante el que se ha puesto en contexto la problemática de la falsificación sigue siendo el aportado por AMAZON durante la instrucción de que menos de un [0-1]% de los productos de APPLE vendidos en AMAZON recibían una denuncia por falsificación.** APPLE tacha esta información como “*declaraciones*” realizadas por un tercero que no debieran poder usarse contra APPLE según la jurisprudencia en cuanto al empleo de documentos de terceros como prueba contra una imputada⁵⁵⁴. Lo cierto, sin embargo, es que esta información no constituye un “*rumor*” ni meras “*declaraciones*” de aquellas a las que se refiere la doctrina jurisprudencial citada por APPLE, sino que se trata de un dato objetivo relativo al número de reclamaciones recibidas respecto del total de productos APPLE vendidos a través del mercado en línea de AMAZON. Este indicador permite por tanto una mayor aprehensión del problema desde una perspectiva general que las cifras relativas a comprobaciones dispersas como las que aporta APPLE.

⁵⁵⁰ Folios 10.490 a 10.686.

⁵⁵¹ Por ejemplo, en el correo incluido en el Anexo 8.9, que se reproduce en el párrafo 85 de las alegaciones a la Propuesta de Resolución, puede leerse: **[CONFIDENCIAL]** .

⁵⁵² Folios 11.101 a 11.102.

⁵⁵³ “**[CONFIDENCIAL]**”. (Énfasis y subrayado añadidos).

⁵⁵⁴ Párrafo 90 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

- (594) Debe subrayarse que **ni se ignora ni se pretende negar la existencia de un problema de falsificaciones de productos APPLE en el mercado en línea de AMAZON. No obstante, atendiendo a las anteriores consideraciones, esta Sala estima que no es posible concluir, tal y como pretende APPLE, que las Cláusulas de Excusión o *Brand Gating* se diseñasen exclusiva o principalmente como solución necesaria del mismo.** Es más, los nuevos documentos aportados por APPLE junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, para tratar de acreditar que se habría identificado un problema de falsificación anterior a los acuerdos controvertidos cuya solución más adecuada pasaba por limitar el uso del mercado en línea de AMAZON a unos cuantos revendedores, no vienen más que a reflejar lo contrario. Tales documentos no desmienten que el problema de las falsificaciones, sin ser irrelevante no resultaba tan crítico como lo quiere pintar APPLE (atendiendo al dato de que menos de un **[0-1]**% de los productos de APPLE vendidos en AMAZON recibían una denuncia por falsificación) y confirman, además, que el problema de las falsificaciones afectaba casi exclusivamente a los accesorios de menor valor **[CONFIDENCIAL]**.
- (595) La conclusión de lo anterior es que APPLE no ha logrado desmentir que el principal objetivo de las Cláusulas de Exclusión fuera poder controlar mejor su canal de distribución abierto, mediante la aplicación de restricciones a la competencia intramarca que únicamente se justifican en el marco de un canal de distribución selectiva como es la limitación del uso de un mercado en línea a sus revendedores (véanse, entre otros, los párrafos (517) a (521)). Si bien la lucha contra las falsificaciones podía percibirse como un objetivo secundario o incidental, éste podría haberse alcanzado por medios mucho menos lesivos para la competencia como una mayor presión sobre AMAZON para incrementar la efectividad del Registro de Marcas o herramientas similares (en vez de presionarla para aceptar la inclusión de las Cláusulas de *Brand Gating*) u otras restricciones centradas en el tipo de producto sobre el que recaía casi exclusivamente el problema de las falsificaciones: los accesorios.
- (596) Lo anterior no se ve desmentido por la alegación de APPLE de que las notificaciones de retirada de producto habrían disminuido notablemente tras la introducción de las cláusulas de *Brand Gating*⁵⁵⁵, lo que es perfectamente lógico teniendo en cuenta que se redujo en cerca de un **[90-100]**% el número de revendedores concentrándose masivamente las ventas en un mismo distribuidor (AMAZON). No se pone en duda la efectividad de la medida sino sus verdaderos objetivos y su adecuación y proporcionalidad al fin alegado de la lucha contra el problema de las falsificaciones.

⁵⁵⁵ Párrafo 116 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

- ***Sobre el objetivo de la mejora de la presentación de los productos y la experiencia de compra***

- (597) En relación con el objetivo de mejor presentación de los productos y mejor experiencia de compra invocado por APPLE, la documentación obrante en el expediente pone de manifiesto que las cláusulas en cuestión tampoco eran necesarias para alcanzar el objetivo pretendido y que existían otras medidas para lograr este fin sin necesidad de recurrir al *Brand Gating* considerando: (i) que la presentación mejorada de los productos que se despliega para APPLE tras los acuerdos podría estar disponible para cualquier operador, aunque AMAZON lo reservara a los “vendedores más estratégicos” sin necesidad de vincularla a ninguna política de expulsión de vendedores de su plataforma⁵⁵⁶; (ii) las nuevas estipulaciones establecidas en el GTA sobre la presentación de los productos y que, en ningún caso, están vinculadas con el *Brand Gating*⁵⁵⁷; y (iii) las declaraciones de la propia APPLE que ha sostenido: “En otras palabras, en el Acuerdo, y generalmente en cualquier ARA, *incluso dejando aparte las Limitaciones* (las Cláusulas de Exclusión), *hay muchas disposiciones y mecanismos inspirados claramente en el propósito de preservar la calidad, la marca/imagen y protección de la experiencia del consumidor de los productos Apple*”⁵⁵⁸ (énfasis añadido).
- (598) AMAZON alega, por su parte, que la Propuesta de Resolución no habría tenido en cuenta el “*objetivo legítimo*” de AMAZON al celebrar los acuerdos consistente en obtener acceso a la selección completa de productos y obtener suministro directo de APPLE para “*dar solución a la situación poco satisfactoria existente antes del Acuerdo Vertical*” y “*mejorar la competitividad y el atractivo de la Amazon Store*”⁵⁵⁹. Subraya AMAZON, a este respecto, que en ningún momento tuvo como objetivos discriminar a los revendedores de APPLE o controlar la distribución de productos APPLE⁵⁶⁰. Sostiene AMAZON, en este sentido, que “*no puede entenderse satisfecho el test legal requerido para identificar una restricción “por objeto” si ni siquiera se acredita uno de sus elementos fundamentales: los objetivos de las partes al celebrar el acuerdo*”⁵⁶¹.
- (599) A lo anterior procede contestar, en primer lugar, que los objetivos de las partes a la hora de suscribir los acuerdos controvertidos han sido ampliamente abordados de cara a valorar su carácter restrictivo de la competencia, tanto en

⁵⁵⁶ Ver documentos aportados por la autoridad de competencia italiana y, en concreto, el documento de preguntas y respuestas preparado por AMAZON sobre los acuerdos (folio 4800): **[CONFIDENCIAL]** (folio 4800).

⁵⁵⁷ Ver párrafo 188 de la versión no confidencial de las alegaciones de AMAZON al PCH (folio 8392): **[CONFIDENCIAL]**. (énfasis añadido).

⁵⁵⁸ Ver párrafo 71 de la versión no confidencial de las alegaciones de APPLE al PCH.

⁵⁵⁹ Párrafos 171 a 176 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁵⁶⁰ Párrafo 174 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁵⁶¹ Párrafo 172 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

la Propuesta de Resolución como en esta Resolución; cosa distinta es que AMAZON no comparta las conclusiones de la CNMC al respecto. Es necesario señalar, asimismo, que AMAZON parte de la consideración de que la acreditación de una intencionalidad anticompetitiva constituye un elemento necesario del test mediante el que se establece el objeto anticompetitivo de un acuerdo. Sin embargo, es jurisprudencia asentada que, si bien puede ser tenida en cuenta, la intención de las partes no es un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo⁵⁶². En este caso, resulta evidente que el objetivo inmediato de las Cláusulas de *Brand Gating* es clara y objetivamente la limitación del número de distribuidores de APPLE en el mercado en línea de AMAZON (lo cual constituye un objetivo anticompetitivo), sin perjuicio de la intencionalidad última de ésta a la hora de suscribirlas.

(600) En cualquier caso y como se incide más adelante (ver apartado 5.4.2 relativo a la aplicación de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE), no se considera que para conseguir el suministro directo por APPLE y su catálogo completo de productos a AMAZON a fin de “*dar solución a la situación poco satisfactoria existente antes del Acuerdo Vertical*” y “*mejorar la competitividad y el atractivo de la Amazon Store*” fuera necesario suscribir las cláusulas controvertidas.

- ***Conclusión sobre las alegaciones de las imputadas en relación con los objetivos de las Cláusulas de Brand Gating***

(601) No cabe, en definitiva, acoger las alegaciones de las imputadas mediante las que defienden que el órgano instructor habría concluido erróneamente que las cláusulas de Exclusión tienen un objeto restrictivo de la competencia por no haber tenido en cuenta los pretendidos objetivos legítimos buscados con su implementación.

(602) Conviene recordar a este respecto que, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada, “***el hecho de que se considere que una medida persigue un objetivo legítimo no excluye que, habida cuenta de la existencia de otro objetivo perseguido por ella y que deba estimarse ilegal, teniendo en cuenta asimismo el contenido de las disposiciones de esa medida y el contexto en el que se inscribe, pueda considerarse que dicha medida tiene un objeto restrictivo de la competencia***”⁵⁶³ (énfasis añadido).

⁵⁶² Pueden verse, entre muchas otras, las sentencia del TJUE en los asuntos C-228/18 Budapest Bank (ECLI:EU:C:2020:265) párrafo 53; C-8/08, T-Mobile Netherlands y otros (EU:C:2009:343), párrafos 31, 39 y 43, o C-501/06 P GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros (EU:C:2009:610), párrafo 58.

⁵⁶³ STJUE en el caso C 67/13 P - CB/Comisión, EU:C:2014:2204, párrafo 70; y C-288/18 – Budapest Bank, párrafo 52.

c. El contexto jurídico y económico

- (603) Se han identificado una serie de **circunstancias que inciden en la nocividad del acuerdo y en su capacidad de restringir la competencia** en el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España (donde las conductas investigadas despliegan sus efectos):
- Los siguientes datos demuestran el **poder de mercado de AMAZON** en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en España y **su relevancia como canal de venta en España**:
 - Si atendemos a sus cuotas en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores, en 2021, AMAZON tuvo en España una cuota del **[70-80%]** (por ingresos generados por la prestación de servicios básicos); del **[80-90%]** (por ingresos generados por la prestación de servicios básicos y complementarios); y del **[60-70%]** (por las ventas generadas por los terceros vendedores). En todos los casos se trata de cuotas elevadas que indican que **AMAZON es el principal prestador de servicios de intermediación en mercados en línea entre vendedores y consumidores en España**;
 - Si atendemos a su cuota en el mercado de la venta en línea en general, AMAZON tuvo una cuota en España del **[50-60%]** (por tráfico web en 2020) o del **[10-20%]** (por valor de ventas netas en 2019), en ambos casos a gran distancia del siguiente operador; y
 - Si atendemos a su cuota en el mercado nacional de la venta en línea de productos electrónicos en particular, AMAZON (por ventas netas en 2021) tuvo una cuota del **[30-40%]** (y de nuevo, a gran distancia de los siguientes operadores).
 - La propia APPLE reconoce que el mercado en línea de AMAZON en España resulta determinante al hablar de “*la escala y alcance del negocio de Amazon*”⁵⁶⁴ y “*considerando la magnitud del negocio de Amazon*”⁵⁶⁵ (énfasis añadido en ambos casos).
 - Por su parte, **los productos de APPLE son los productos más demandados de su categoría** (como fabricante, tiene cuotas superiores al 30% en valor en el mercado de la fabricación y venta de productos electrónicos en el EEE, siendo el primer fabricante por cuota de mercado).

⁵⁶⁴ Ver contestación a RI I APPLE (folio 4253 y 4260).

⁵⁶⁵ Ver contestación a RI I APPLE (folio 4256).

- La propia AMAZON reconoce el liderazgo de los productos de la marca APPLE: *“Dadas las particularidades de la exitosa marca Apple”⁵⁶⁶; “los clientes de Amazon buscaban productos de la marca electrónica más deseada del mundo”⁵⁶⁷; “la marca APPLE era considerada y sigue siendo considerada como la marca más valiosa y deseada del mundo”⁵⁶⁸; y “[d]adas las particularidades de la exitosa marca Apple y su estricto sistema de distribución[CONFIDENCIAL]”⁵⁶⁹.*
- (604) Los datos anteriores (las cuotas de AMAZON en los mercados en los que opera, el hecho de que los productos APPLE sean los productos más demandados de su categoría en el mercado – es el primer fabricante de productos electrónicos por cuota de mercado en valor –, y el hecho de que la propia AMAZON reconozca el liderazgo de los productos de la marca APPLE y la propia APPLE de la Página Web de AMAZON) permiten concluir que **tanto AMAZON como APPLE son empresas cuyos comportamientos son aptos para restringir y/o afectar a la competencia atendiendo a su elevado poder de mercado.**
- (605) Por otro lado, como se ha explicado, el contexto jurídico y económico se analiza para determinar si la conducta en cuestión es concretamente apta para restringir la competencia. En relación con lo anterior, las Directrices Verticales de 2022 señalan que:
- *“Los acuerdos verticales relativos a la prestación de servicios de intermediación en línea celebrados por proveedores de servicios de intermediación en línea con esta función híbrida [...] pueden plantear problemas de competencia en general en los mercados de referencia para la venta de los bienes o servicios intermediados”⁵⁷⁰ (énfasis añadido) y que*
 - *“es improbable que se produzcan efectos anticompetitivos apreciables cuando el proveedor de servicios de intermediación en línea no goce de poder de mercado en el mercado de referencia de los servicios de intermediación en línea”⁵⁷¹.*
- (606) En este sentido, como se ha explicado, AMAZON tiene cuotas en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros

⁵⁶⁶ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 17 (folio 4603).

⁵⁶⁷ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 18 (folio 4604).

⁵⁶⁸ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 22 (folio 4605) y por ejemplo, https://www.interbrand.com/wpcontent/uploads/2018/10/Interbrand_Best_Global_Brands_2018.pdf, página 12. Para 2019 ver <https://www.interbrand.com/best-brands/best-global-brands/2019/ranking/>.

⁵⁶⁹ Ver contestación a RI AMAZON, párrafo 17 (folio 4603).

⁵⁷⁰ Ver párrafo 105.

⁵⁷¹ Ver párrafo 108.

vendedores superiores al **[60-70%]**% con independencia de la variable escogida para calcularlas (llegando en algunos casos al **[80-90%]**), por lo que dispone de poder de mercado suficiente como para que sus conductas sean aptas para producir efectos anticompetitivos en el mercado.

- (607) Además, si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo entre empresas, nada impide que las autoridades de la competencia o los tribunales nacionales y de la Unión la tengan en cuenta⁵⁷².
- (608) En este caso, como pone de manifiesto el cuestionario de posibles preguntas a las que se podría enfrentar AMAZON después de la firma del GTA y del ARA 2018 y, especialmente, las respuestas preparadas por la empresa en relación con las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, AMAZON justifica la restricción de cara al público con una explicación que no se corresponde con la realidad (véase párrafo (344)).
- (609) AMAZON considera que se debe trasladar al público la explicación de que es una decisión de selección de productos⁵⁷³ y que no se adopta por problemas de falsificación⁵⁷⁴ (véase párrafo (344)), **[CONFIDENCIAL]**.
- (610) Por tanto, se aprecia una intención, al menos por parte de AMAZON, de ocultar las verdaderas razones detrás de la firma del acuerdo a terceros, lo que se ha tenido en cuenta para valorar su carácter anticompetitivo. De hecho, si las partes hubieran tenido intenciones legítimas, lo esperable sería que no hubiera habido ningún problema en que las explicaciones trasladadas a terceros fueran las verdaderas razones detrás del acuerdo. Lo anterior no se ve desmentido por las alegaciones de AMAZON en cuanto a que las respuestas que se preparan en relación con este tipo de cuestionarios buscan ser sencillas o sobre que no cabe esperar que se den explicaciones sobre la política comercial de la empresa⁵⁷⁵, pues si el verdadero motivo de las cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* hubiese sido el de luchar contra las falsificaciones, se podría haber contestado con la misma sencillez con la que se niega que este sea el fin de las cláusulas sin necesidad de entrar en detalles sobre la política comercial de AMAZON.
- (611) Además, el estudio interno realizado por AMAZON para todas sus webs en Europa sobre el impacto de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* también pone de manifiesto que AMAZON era consciente de que las ventas de los terceros vendedores serían absorbidas por la propia AMAZON y que ello podría

⁵⁷² Asunto C-288/18 – *Budapest Bank*, párrafo 53 y jurisprudencia citada.

⁵⁷³ “*Tomamos decisiones de surtido todo el tiempo, basándonos en los términos y condiciones y en un gran número de otros factores*”.

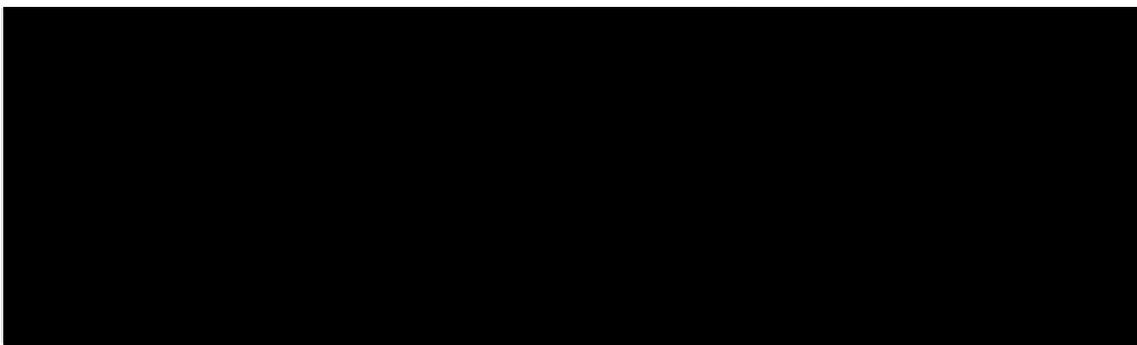
⁵⁷⁴ **[CONFIDENCIAL]**.

⁵⁷⁵ Párrafos 197 a 199 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

favorecerla a fin de mejorar su categoría como distribuidor de APPLE pasando de **[CONFIDENCIAL]**:

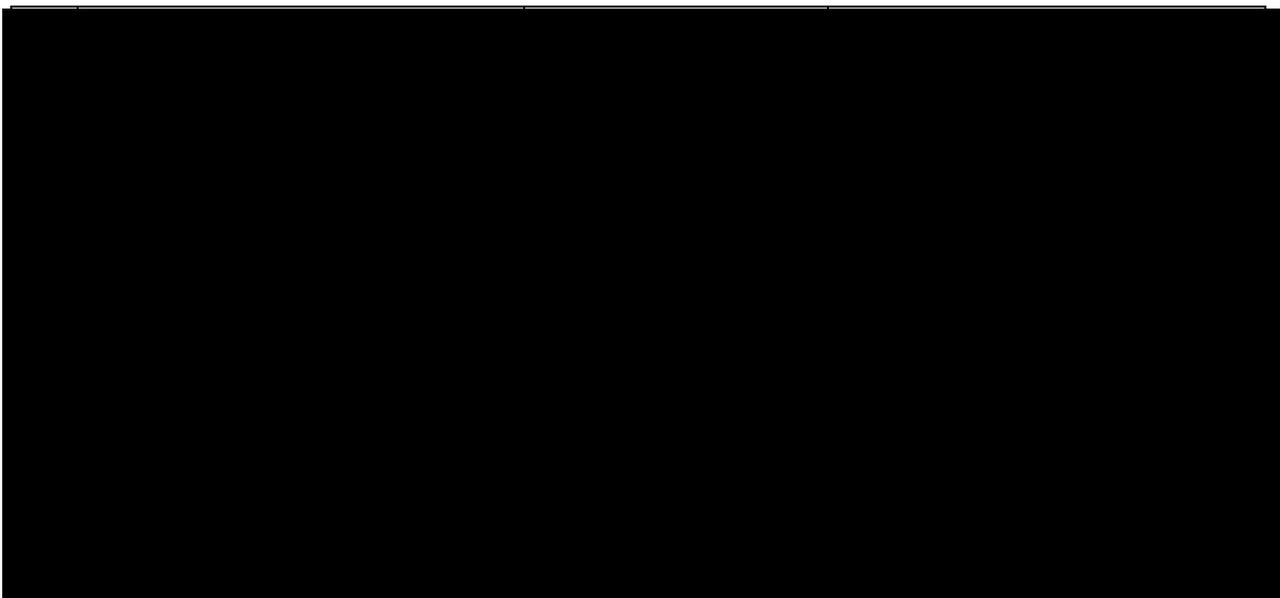
- De acuerdo con el siguiente gráfico: (i) en un escenario sin acuerdo, se esperaba que, en 2020, AMAZON realizara unas ventas de cero euros, mientras que los terceros vendedores realizarían unas ventas de entre **[CONFIDENCIAL]** millones de euros; mientras que, (ii) en un escenario con acuerdo, se esperaba que las ventas de AMAZON fueran de **[CONFIDENCIAL]** millones de euros y las de terceros de entre 0 y 100 millones de euros.

Imagen 22. Ventas previstas por AMAZON como distribuidor de APPLE en los escenarios con y sin acuerdo en cientos de miles de euros



Fuente: AMAZON⁵⁷⁶

Tabla 32. Traducción de la imagen previa



⁵⁷⁶ Anexo 12 de la contestación al RI AMAZON (folio 4658 en su versión no confidencial, y folios 566-578 en su versión confidencial).

Fuente: traducción propia de la tabla anterior

- **Dicho análisis estudia si AMAZON podía llegar a ser distribuidor [CONFIDENCIAL] de APPLE (clasificación que le otorgaría mejores condiciones de compra)**, para lo que se indica que habría que cumplir una de las siguientes dos condiciones: i) alcanzar unos ingresos de entre [CONFIDENCIAL] millones de euros; o, alternativamente ii) que un [CONFIDENCIAL]% de los ingresos totales provengan de la venta de productos APPLE. AMAZON considera que la segunda condición es más complicada de cumplir que la primera, por lo que se centra en la primera y considera que AMAZON será capaz de alcanzar unos ingresos de entre [CONFIDENCIAL]⁵⁷⁷. Es decir, AMAZON daba por hecho que esas ventas se seguirían produciendo, pero esta vez realizadas por la propia AMAZON, que pasaría a absorber dicha facturación de los revendedores no autorizados.

- Alegaciones de las empresas

- (612) En relación con lo anterior, APPLE defiende que la DC no tomó adecuadamente en consideración el problema de la falsificación que APPLE pretendía resolver al suscribir las Cláusulas de Exclusión, como aspecto fundamental del contexto jurídico y económico⁵⁷⁸.
- (613) Este planteamiento no puede ser acogido, por las razones expuestas previamente en los párrafos (581) a (596).
- (614) Por otro lado, APPLE sostiene que el órgano instructor habría ignorado indebidamente, a la hora de analizar el contexto de los acuerdos, la necesidad de tener en cuenta la competencia intermarca (i.e. entre los productos APPLE y los de otros fabricantes de productos electrónicos de consumo) que se habría visto favorecida por las *Cláusula de Brand Gating* al limitar el problema de las falsificaciones, aumentar la oferta de productos APPLE en AMAZON y mejorar la experiencia de compra de dichos productos⁵⁷⁹.
- (615) A lo anterior procede contestar, en primer lugar, que ni los artículos 1 LDC y/o 101 TFUE ni la jurisprudencia nacional o europea prevén que las prohibiciones de estos artículos afecten exclusivamente a la competencia intermarca. En este sentido, como sostiene el TJUE “*en principio, no debe distinguirse donde el Tratado no distingue*”⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Anexo 12 de la contestación al RI AMAZON (folios 4659 y 4660).

⁵⁷⁸ Párrafos 78 a 100 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵⁷⁹ Párrafos 101 a 104 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁵⁸⁰ C-56/64 - Consten y Grundig/Comisión de la CEE, ECLI:EU:C:1966:41, página 423.

- (616) De hecho, la propia circunstancia de que una restricción vertical como la fijación de los precios de reventa, independientemente de la cuota de mercado de fabricante y del distribuidor, sea considerada como una cláusula negra (i.e. consideradas como restricciones especialmente graves) por el RECAV 2010 y 2022 y la extendida práctica de considerar estas restricciones de la competencia por su objeto, es indicativa de que las restricciones de la competencia intramarca quedan indubitadamente incluidas en la prohibición.
- (617) Así, por ejemplo, en el caso GUESS⁵⁸¹ la CE consideró que las restricciones solo afectaban a la competencia intramarca, sin realizar consideraciones sobre la competencia intermarca, y las cláusulas analizadas en las relaciones del fabricante con sus distribuidores se consideraron restricciones por objeto, en un mercado como el de la venta de ropa minorista en el que, siguiendo los argumentos de APPLE, la competencia intermarca también es muy intensa (lo que según ellos descartaría cualquier efecto negativo en los consumidores).
- (618) Según dicha decisión: *“el principal objetivo de Guess era [...] y limitar la competencia intramarca entre distribuidores autorizados”⁵⁸²; “Mediante las disposiciones contractuales y las prácticas mencionadas [...] Guess Europe restringió efectivamente la competencia intramarca y dividió los mercados nacionales de sus productos, en contra de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 101 del Tratado”⁵⁸³; y “las restricciones descritas en el apartado 5.2 formaban parte de la misma estrategia y tenían el mismo objetivo, a saber, restringir la competencia intramarca y repartir los mercados nacionales”⁵⁸⁴.*
- (619) Lo mismo puede decirse del caso NIKE, precitado, en el que la CE consideró que las restricciones impuestas por el fabricante a sus distribuidores eran restricciones por objeto que afectaban a la competencia intramarca: *“las restricciones aplicadas por Nike en toda su red de distribución redujeron la competencia entre los licenciatarios y distribuidores de los productos de Nike, reduciendo la posibilidad de una mayor elección y de precios más bajos para los consumidores”⁵⁸⁵.*

⁵⁸¹ AT.40428 – Guess; que puede ser consultada aquí: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40428.

⁵⁸² Párrafo 55 de la decisión. Traducción libre de “*The primary objective of this part of Guess Europe’s e-commerce strategy was [...] and to limit intra-brand competition by authorised retailers [...]*”.

⁵⁸³ Párrafo 138 de la decisión. Traducción libre de “*By means of the contractual provisions and practices referred to in Section 5.2, Guess Europe effectively restricted intra-brand competition and partitioned national markets for its products contrary to Article 101(1) of the Treaty*”.

⁵⁸⁴ Párrafo 141 de la decisión. Traducción libre de “[...] *the restrictions described in Section 5.2 formed part of the same strategy and served the same aim, namely restricting intra-brand competition and partitioning national markets*”.

⁵⁸⁵ Ver párrafo 132 de la decisión. Traducción libre de “[...] *the restrictions implemented by Nike throughout its distribution network resulted in reduced competition between licensees and*

- (620) En cuanto al argumento de APPLE de que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* habrían generado **una oferta más amplia** de productos APPLE en la web de AMAZON intensificando **la competencia intermarca** de productos electrónicos en el mercado en línea de AMAZON, debe subrayarse que ni la jurisprudencia ni la práctica decisoria de las autoridades de competencia se han pronunciado en el sentido de que cuando una determinada conducta es susceptible de mejorar la competencia intermarca ello compensa automáticamente las restricciones de la competencia intramarca derivadas de dicha medida, permitiendo descartar su calificación como restricción de la competencia por el objeto.
- (621) En este sentido, aun admitiendo que las cláusulas de *Brand Gating* hubiesen incrementado la competencia intermarca mediante la ampliación de la oferta de productos APPLE en el canal de AMAZON, la simple constatación de lo anterior no bastaría para excluir su naturaleza restrictiva por el objeto derivada de la expulsión masiva de distribuidores APPLE de dicho canal y la consiguiente limitación de la competencia intramarca.
- (622) Adicionalmente, la propia APPLE invoca un artículo doctrinal⁵⁸⁶ en el que se sostiene que contraponer los efectos de una reducción de la competencia intramarca a los incrementos de la competencia intermarca atribuibles a la restricción requiere de un análisis de una complejidad inmanejable y que se trata de una investigación que es a menudo innecesaria⁵⁸⁷.
- (623) En cualquier caso, como se aborda en el apartado 5.4.2 relativo a la aplicación de los artículos 101.3 del TFUE y 1.3 de la LDC (párrafos (936) a (1001)), APPLE perfectamente podría haber ampliado el suministro de sus productos a AMAZON, sin la limitación derivada de las cláusulas de exclusión, lográndose el mismo incremento de la oferta o, incluso mucho mayor, al haber seguido operando en AMAZON un gran número de revendedores alternativos (los NAR principalmente) expulsados de este mercado en línea como consecuencia del acuerdo analizado.
- (624) AMAZON alega, por su parte, que la Propuesta de Resolución no examina las condiciones reales del funcionamiento y estructura del mercado dado que se habría (i) ignorado que APPLE es, en última instancia, la única responsable de

distributors of Nike's products, reducing the possibility of wider choice and lower prices for consumers".

⁵⁸⁶ Ver Informe Lear, página 29. El estudio es "The Rule of Reason And The Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision".

⁵⁸⁷ Resumen de la siguiente traducción libre de "*The first, loosely suggested by the Chicago Board of Trade formulation, is to require the trier of fact to balance the reduction in intrabrand competition against the increase in interbrand competition attributable to the restriction [...] Besides requiring a trial of unmanageable complexity to quantify these impacts, this approach calls for an inquiry that is often unnecessary*" (énfasis añadido); páginas 16 y 17 del estudio.

su sistema de distribución⁵⁸⁸; (ii) atribuido una excesiva relevancia al tamaño de AMAZON⁵⁸⁹, y (iii) hecho caso omiso de las numerosas alternativas disponibles para los vendedores, responsabilizando a AMAZON de decisiones comerciales unilaterales adoptadas por éstos⁵⁹⁰.

- (625) A lo anterior procede contestar, en primer lugar, que, si bien APPLE es responsable de su sistema de distribución, AMAZON aceptó e implementó las cláusulas de *Brand Gating* sin que el alegado poder de negociación de APPLE permita considerar que éstas sean fruto de una conducta unilateral impuesta por esta última (véanse a este respecto los párrafos (1023) a (1064) sobre la culpabilidad y atribución de responsabilidad a AMAZON).
- (626) En cuanto a que las continuas referencias al tamaño de AMAZON habrían distorsionado las conclusiones sobre al carácter restrictivo por el objeto de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* debe contestarse que, al contrario de lo que sostiene esta empresa, sí se ha analizado extensamente la gravedad de la conducta en sí misma, lo que no es óbice para tener en cuenta la dimensión de AMAZON y su importancia como canal de distribución minorista en línea como elemento de contexto fundamental del acuerdo. Si el tamaño de los operadores implicados no fuese relevante a la hora de establecer una restricción de la competencia no existirían las conocidas como “*reglas de minimis*” ni se establecería la inaplicabilidad de los reglamentos europeos de exención por categorías a partir de ciertos umbrales de cuota de mercado.
- (627) En relación con lo anterior, la existencia de alternativas al mercado en línea de AMAZON para los distribuidores de productos APPLE tampoco impide concluir que las cláusulas de *Brand Gating* den lugar a una restricción de la competencia por el objeto derivada de la expulsión o la imposibilidad de hacer un uso de un canal de distribución de gran relevancia que difícilmente puede ser reemplazado de forma efectiva.
- (628) AMAZON alega, por último, que el órgano de instrucción habría intentado utilizar erróneamente documentación de AMAZON como prueba de la existencia de una restricción por objeto, sin tener en cuenta su contexto⁵⁹¹. Se refiere en particular a (i) el estudio interno **[CONFIDENCIAL]** citado en los párrafos (309) a (315) y (611); y (ii) al documento que incluye una serie de preguntas y respuestas frecuentes al que se hace referencia en los párrafos (343) a (344).
- (629) En cuanto al primero de estos documentos, en el que se contraponen las ventas de productos APPLE en AMAZON en un escenario contrafactual sin los acuerdos frente al escenario previsible con los acuerdos en vigor, debe recordarse que se

⁵⁸⁸ Párrafos 177 a 179 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁵⁸⁹ Párrafos 180 a 182 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁵⁹⁰ Párrafos 183 a 187 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁵⁹¹ Párrafos 188 a 199 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

aportó por AMAZON junto a la respuesta a una pregunta incluida en un requerimiento de información en la que afirmaba que: "*La negociación del GTA fue objeto de diversas discusiones internas y evaluaciones, que se encuentran resumidas en el análisis interno que se utilizó como base de la decisión de Amazon de concluir el Acuerdo*"⁵⁹². Se trata, por tanto, de un documento relevante para el contexto del acuerdo. El que AMAZON pretenda darle ahora un barniz procompetitivo, incluyendo en su denominación una mención a la "*mejora de la experiencia del cliente*"⁵⁹³, cuando previamente se había venido refiriendo al mismo como "*Apple EU Deal Status October 8, 2018*", tampoco resta validez al uso que se ha hecho de este documento por parte de la CNMC, pues no se ha procedido más que a una exposición objetiva de los datos que figuran en el mismo sin que pueda hablarse de descontextualización.

- (630) Por lo que se refiere al cuestionario con preguntas y respuestas frecuentes AMAZON sostiene que no es razonable utilizarlo como prueba de las verdaderas intenciones de las partes o los objetivos del acuerdo ya que se diseña para ofrecer respuestas sencillas de entender y no explicaciones exhaustivas sobre temas complejos, ni puede pretenderse que se faciliten en el mismo detalles sobre su relación contractual con APPLE⁵⁹⁴. Sin embargo, en ningún momento se ha reprochado que no se ofrezcan respuestas exhaustivas o no se expliciten detalles de la relación comercial entre AMAZON y APPLE. Lo que se ha puesto de manifiesto es la contradicción frontal entre las explicaciones dirigidas a los clientes que se incluyen en este documento y las explicaciones aportadas a la CNMC en el marco del presente Expediente.
- (631) Así, en el caso de la pregunta sobre si las medidas adoptadas tenían que ver con la lucha contra las falsificaciones, en vez de ofrecer una respuesta corta en sentido afirmativo (como hubiese sido esperable de haber sido éste el objetivo de las Cláusulas de Exclusión) se contesta que no es el caso.

Tabla 33. Extracto del formulario de respuestas a posibles preguntas de terceros vendedores en relación los acuerdos preparado por AMAZON en noviembre de 2018

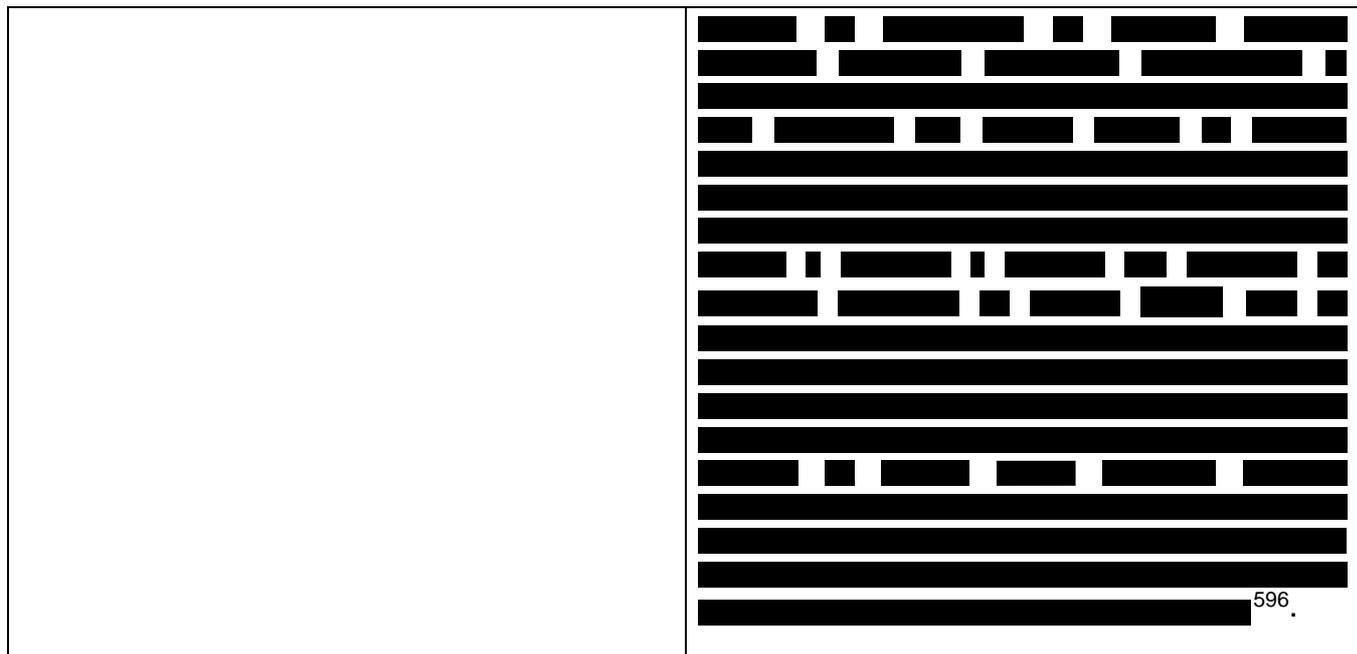
<p>24. [REDACTED]</p> <p>[REDACTED]</p> <p>[REDACTED] 595</p>	<p>[REDACTED]</p> <p>[REDACTED]</p> <p>[REDACTED]</p> <p>[REDACTED]</p> <p>[REDACTED]</p> <p>[REDACTED]</p>
---	---

⁵⁹² Respuesta al RI AMAZON (folio 4.609).

⁵⁹³ Párrafo 188 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁵⁹⁴ Párrafo 198 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁵⁹⁵ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4801).



- (632) En cualquier caso, el análisis que conduce a la conclusión de que las Cláusulas de *Brand Gating* constituyen una restricción de la competencia por el objeto, no se apoya de forma exclusiva y ni tan siquiera preeminente en estos documentos, sino que se tienen en cuenta, simplemente, como un elemento adicional del mismo.
- (633) No cabe, por tanto, acoger las alegaciones de las partes en cuanto a que el órgano de instrucción habría valorado incorrectamente el contexto jurídico y económico a la hora de analizar las cláusulas controvertidas.

d. Conclusión sobre la restricción por objeto

- (634) Atendiendo al análisis del contenido del acuerdo, a sus objetivos, y al contexto económico y jurídico, esta Sala considera que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* presentan un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser calificados de restricción por objeto. Lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones que se realizarán más adelante sobre la existencia de una infracción única y continuada y la contribución de esta conducta a la consecución de un plan que persigue un objetivo común (apartado 5.4.3.1).
- (635) Debemos insistir en que, sin perder de vista que el concepto de restricción de la competencia por el objeto debe interpretarse de forma restrictiva, en modo alguno cabe pretender que el calificar como tal a las Cláusulas de Exclusión o

⁵⁹⁶ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: [CONFIDENCIAL] (folio 4801).

Brand Gating no sea acorde a la jurisprudencia por cuanto supone “*crear una nueva forma de restricción por objeto*”⁵⁹⁷ tal y como sostiene AMAZON. El “acervo de experiencia” al que se refiere la jurisprudencia para poder considerar que una práctica colusoria da lugar a una restricción de la competencia por el objeto no se refiere a la modalidad concreta del acuerdo analizado sino al tipo de limitación de la competencia que se deriva del mismo. En este caso, como se ha visto, las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* dan lugar a una serie de limitaciones anticompetitivas tan arquetípicas que varias de ellas están expresamente recogidas en la lista no limitativa de prácticas anticompetitivas incluida en los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC como son la aplicación de condiciones discriminatorias que colocan a terceros contratantes en situación de desventaja competitiva (apartado 5.4.1.2.2.1) o la limitación de la distribución (apartado 5.4.1.2.2.1). Dado que, como se ha analizado, el contexto económico de las Cláusulas de Exclusión no solo no permite descartar la naturaleza anticompetitiva que se deriva de su contenido, sino que la refuerza (párrafos (603) a (633)), no procede tratar de negar el objeto anticompetitivo de este acuerdo por medio de un análisis económico adicional, tal y como pretende AMAZON con el Informe de Compass sobre el *Brand Gating*⁵⁹⁸. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de invocar eficiencias derivadas del acuerdo en cuestión para tratar de defender la aplicación de la exención prevista en los artículos 101.3 del TFUE y 1.3 de la LDC. Debe recordarse a este respecto, que,

⁵⁹⁷ Párrafo 130 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁵⁹⁸ Véanse, por ejemplo, a este respecto, los párrafos 40 a 51 de las Conclusiones del Abogado General Bobek en el asunto C-228/18 – Budapest Bank del que, por su interés para el presente asunto se reproduce el siguiente fragmento: “47. *Sobre una observación similar, en el asunto Toshiba el Tribunal de Justicia declaró que, en relación con unos acuerdos presuntamente contrarios a la competencia por su objeto, «el análisis del contexto económico y jurídico en el que se inserta la práctica puede limitarse a lo que se manifieste estrictamente necesario para concluir que existe una restricción de la competencia por el objeto». ¿Qué significa esto en la práctica? A mi entender, significa que **la autoridad de defensa de la competencia que aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe comprobar, a la luz de los elementos que obren en los autos, que no se dan circunstancias concretas que puedan arrojar alguna duda sobre la presunta naturaleza dañina del acuerdo. Si la experiencia nos dice que el acuerdo en cuestión pertenece a una categoría de acuerdos que, la mayor parte de las veces, son perjudiciales para la competencia, parece innecesario un análisis detallado del impacto de dicho acuerdo en los mercados afectados. Basta con que la autoridad verifique que dichos mercados y el acuerdo no presentan características especiales que puedan hacer del caso una excepción a la regla basada en la experiencia. Por infrecuente que pueda ser, no se debe despreciar la posibilidad de que un acuerdo realmente pueda presentar tales características, a no ser que se tenga en cuenta el entorno real en que se desarrolle el acuerdo. Por ejemplo, si la competencia en un determinado mercado no es posible y no existe, no hay competencia que pueda sufrir restricciones**”. [...] *Dicho simple y metafóricamente: si parece un pez y huele como un pez, se puede presumir que es un pez. A no ser que, a primera vista, se detecte algo extraño en este pez particular, como, por ejemplo, que no tenga aletas, que flote en el aire o que huela a lirios, no es preciso diseccionarlo con detalle para calificarlo como pez. En cambio, si el pez presenta algo fuera de lo normal, quizá pueda seguir calificándose como pez, pero no sin antes efectuar un examen detallado de la criatura*”. (Énfasis añadido).*

al contrario de lo que se afirma en el referido informe⁵⁹⁹, el que una limitación de la competencia pueda generar eficiencias evaluables de cara a la eventual aplicación de la referida exención de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE en modo alguno impide que se califique como restricción por el objeto⁶⁰⁰. En cualquier caso, además de ser aptas por su propia naturaleza para restringir la competencia, la Cláusulas de *Brand Gating* han generado efectos anticompetitivos concretos en el mercado, tal y como se expone a continuación.

5.4.1.2.2.2. Efectos en el mercado

5.4.1.2.2.2.1. Principios

- (636) La jurisprudencia ya ha señalado que, aunque exista una restricción por objeto, nada impide a una autoridad de competencia analizar también sus efectos en el mercado⁶⁰¹, pudiendo existir casos en los que una misma conducta constituya a la vez una restricción por objeto y por efecto de la competencia⁶⁰². El Abogado General del TJUE ha destacado en este sentido que *“en la medida en que ambos tipos de acuerdos [por objeto y por efecto] no son intrínsecamente diferentes, la autoridad puede perfectamente optar, en un caso concreto, por examinar el acuerdo desde los dos puntos de vista al mismo tiempo, en una sola resolución”*⁶⁰³.
- (637) Asimismo, conforme a reiterada jurisprudencia⁶⁰⁴, los efectos restrictivos de la competencia pueden ser tanto reales como potenciales y para apreciar los efectos de una práctica colusoria en relación con el artículo 101 TFUE, cabe examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se

⁵⁹⁹ Página 4 del Informe de Compass sobre el *Brand Gating*.

⁶⁰⁰ Véase, por ejemplo, el párrafo 34 de la de las Conclusiones del Abogado General Bobek en el asunto C-228/18 – Budapest Bank: “[l]a calificación de un acuerdo como restrictivo por el objeto o por el efecto tampoco tiene incidencia en la posibilidad de aplicar una exención con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 3. Nada en el tenor de esta disposición sugiere que las exenciones solo se puedan aplicar a las restricciones de la competencia por el efecto. Además, tal limitación sería también difícilmente conciliable con el hecho de que, como he expuesto en el punto 24 de las presentes conclusiones, no hay diferencia conceptual entre los dos tipos de acuerdo”.

⁶⁰¹ Asunto C-288/18 – Budapest Bank, párrafo 40 “[...] el hecho de que una constatación de la existencia de una restricción de la competencia «por el objeto» exima a la autoridad o al órgano jurisdiccional competente de la necesidad de examinar sus efectos no implica en absoluto que dicha autoridad u órgano jurisdiccional no pueda proceder a tal examen cuando lo estime oportuno”.

⁶⁰² Asunto C-288/18 – Budapest Bank, párrafo 44 “el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se considere que un mismo comportamiento contrario a la competencia tiene a la vez por objeto y por efecto restringir el juego de la competencia”.

⁶⁰³ Conclusiones del Abogado General Bobek en el asunto C-228/18 – Budapest Bank, párrafo 24.

⁶⁰⁴ Ver C 306/20 - *Visma Enterprise*, EU:C:2021:935, párrafo 73; y C-307/18 - *Generics (UK)* y otros, ECLI:EU:C:2020:52, párrafo 117.

desarrollaría de no existir el acuerdo discutido⁶⁰⁵, es decir, analizar el denominado escenario contrafactual o de hipótesis contraria, que tiene por objeto “*examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo de que se trata*”⁶⁰⁶.

5.4.1.2.2.2. Aplicación a este caso

- (638) Aunque por las razones que acaban de exponerse se considera que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* constituyen una restricción de la competencia por objeto, lo que hace que sea innecesario examinar los efectos restrictivos de la competencia derivados del mismo en el mercado para que se considere que existe una restricción de la competencia⁶⁰⁷, éstos también han producido efectos en el mercado. Como se verá a continuación tales efectos incluyen (i) una drástica reducción del número de revendedores de productos APPLE en el mercado en línea de AMAZON; (ii) la pérdida de un canal de comercialización de enorme relevancia para los NAR; (iii) la concentración de las ventas de productos APPLE en AMAZON en su calidad de distribuidor; (iv) una compartimentalización del mercado interior y (v) un incremento general de los precios relativos de los productos APPLE en el mercado en línea de AMAZON.

a. Reducción del número de vendedores

- (639) De acuerdo con AMAZON, antes de la firma del GTA y del ARA 2018 existían en la Página Web de AMAZON en España al menos **[1.150-1.250]** vendedores de productos APPLE⁶⁰⁸. Dado que desde la adopción de los acuerdos hasta noviembre de 2021, solo operaron en España **[CONFIDENCIAL]** APR⁶⁰⁹ (únicos revendedores de APPLE autorizados a vender en AMAZON desde la aplicación de las cláusulas hasta la mencionada fecha), ello supone que, desde la firma del GTA y del ARA 2018 hasta noviembre de 2021, **un [95-100]% de los revendedores que utilizaban AMAZON para vender productos de la marca APPLE dejaron de estar habilitados** para vender dichos productos en la Página Web de AMAZON en España como consecuencia de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*. Y aun si se considera a todos los APRs incluidos en la lista del **[CONFIDENCIAL]** D del ARA 2018 (dicha lista incluye a **[CONFIDENCIAL]**

⁶⁰⁵ Ver C 306/20 - Visma Enterprise, EU:C:2021:935, párrafo 74; y C-307/18 - Generics (UK) y otros, ECLI:EU:C:2020:52, párrafo 118.

⁶⁰⁶ Ver C 306/20 - Visma Enterprise, EU:C:2021:935, párrafo 74; y de forma similar, C-307/18 - Generics (UK) y otros, ECLI:EU:C:2020:52, párrafo 120.

⁶⁰⁷ Sentencias del TJUE, de 26 de noviembre de 2015, en el asunto C 345/14 Maxima Latvija, apartados 16 y 17, y de 20 de enero de 2016, C 373/14 P en el asunto Toshiba Corporation/Comisión, apartados 24 y 25.

⁶⁰⁸ Ver Anexo 17 de la contestación al RI II AMAZON (folios 5190 a 5204). Se dice “al menos”, porque estos son los vendedores que recibieron una comunicación por parte de AMAZON en las que se les anunciaba que dejarían de estar autorizados para vender en su Página Web en España).

⁶⁰⁹ Ver contestación RI I APPLE (folio 4272).

APRs en total), el porcentaje de vendedores que dejó de estar habilitado para vender productos APPLE en España a través de AMAZON sería muy similar: **[90-95]%**.

- (640) Si bien, con posterioridad a noviembre de 2021, APPLE permitió que también pudieran utilizar AMAZON los AAR (**[CONFIDENCIAL]** en total en España)⁶¹⁰ y los Minoristas⁶¹¹, el **[95-100]%**⁶¹² de los revendedores que utilizaban AMAZON para vender productos de la marca APPLE con anterioridad a la firma de los acuerdos siguieron sin estar habilitados para vender dichos productos en la Página Web de AMAZON en España como consecuencia de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*.
- (641) En este mismo sentido, incluso con los cálculos más conservadores, que llevarían a considerar que todos los APRs, AARs, y Minoristas de APPLE en jurisdicciones de la UE están autorizados a vender en AMAZON con posterioridad a noviembre de 2021, el porcentaje de vendedores que habría dejado de estar habilitado para vender en AMAZON España tras la firma de los acuerdos desde noviembre de 2021 sigue siendo muy elevado, al situarse en un **[60-65%]**⁶¹³.
- (642) **Además, el principal grupo de operadores que ha dejado de estar autorizado para vender productos de la marca APPLE en AMAZON son los NAR** que, como se ha acreditado⁶¹⁴, eran los principales revendedores de productos APPLE en las Páginas Web de AMAZON y, en concreto, también en la española. En este mismo sentido, los NAR eran el **grupo de revendedores que introducía más competencia y dinamismo en el canal**, lo que es reconocido por la propia AMAZON en un documento interno al sostener que “*los APR y los AAR tienden a poner precios más altos que los NAR [...]*”⁶¹⁵. Lo anterior no se ve desmentido por la alegación de AMAZON sobre que la mayoría de los vendedores que operaban en su mercado en línea antes de la aplicación de las

⁶¹⁰ Ver contestación RI I APPLE (folio 4272).

⁶¹¹ Como se explicó antes, el número de Minoristas en España es de entre 5 y 10.

⁶¹² Como consecuencia de que el número de distribuidores minoristas ha sido declarado confidencial, no ha sido incluido en estos cálculos. No obstante, el número no es elevado, como se ha explicado, son entre **[CONFIDENCIAL]**, por lo que el dato anterior no se vería muy afectado si fueran incluidos en los cálculos.

⁶¹³ Ver Anexo 1 de la contestación a RI IV de APPLE (folio 5608). En el escenario 3, APPLE recoge el número de APR, AAR, y Minoristas que tiene en todos los países que componen la UE. La información ha sido aportada en la versión no confidencial en rangos. Se han sumado los rangos mínimos y máximos y se ha obtenido que APPLE tiene una red de entre **[300-400]** y **[400-500]** revendedores oficiales en Europa. Para hacer los cálculos más conservadores, para calcular el mencionado **[60-65]%** se ha tenido en cuenta la horquilla máxima, esto es, [400-500] revendedores.

⁶¹⁴ Ver explicaciones detalladas en el apartado 4.5.3. de los Hechos Acreditados.

⁶¹⁵ Ver pregunta y respuesta 7.(iv) de la contestación al RI II AMAZON (folio 4682) y Anexo 12 de la contestación al RI I AMAZON (folio 4658): “**[CONFIDENCIAL]** [...]”.

Cláusulas de Exclusión pudieran vender cantidades no significativas de productos APPLE individualmente⁶¹⁶, ya que en su conjunto los NAR eran los revendedores que mayor volumen de ventas realizaban y los únicos que representaban una amenaza competitiva para AMAZON como distribuidor de productos APPLE (párrafos (314) y (334) a (336)).

- (643) Por tanto, uno de los efectos de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* en el mercado ha sido que la **casi totalidad de los revendedores que empleaban la Página Web de AMAZON en España para vender productos APPLE hasta la firma de los acuerdos controvertidos en octubre 2018 han dejado de hacerlo.**
- (644) Así, en un escenario contrafactual sin Cláusulas de *Brand Gating*, no se habría producido la expulsión de más del **[90-100]**% de los vendedores que estaban autorizados para vender en la Página Web de AMAZON en España antes de la conclusión de los acuerdos, lo que habría permitido mantener un nivel de competencia intramarca en dicho canal mucho mayor del que tuvo lugar tras el acuerdo.

- Alegaciones de las empresas

- (645) En relación con lo anterior, APPLE alega que la reducción del número de terceros revendedores no es un efecto, sino el contenido mismo de las Cláusulas de *Brand Gating*. Añade que, en cualquier caso, no cabe considerar en abstracto que ello tenga un impacto negativo en la competencia pues supondría aplicar incorrectamente la normativa de defensa de competencia para proteger a determinados competidores cuando su objetivo es proteger a la competencia en sí misma. Sostiene asimismo APPLE que un análisis adecuado hubiese conducido a la DC a concluir que la reducción del número de revendedores no es capaz de generar efectos anticompetitivos atendiendo: (i) al aumento de los volúmenes de productos APPLE vendidos en AMAZON desde octubre de 2018; (ii) a mejoras en términos de calidad y seguridad en beneficio de los consumidores; (iii) a la ausencia de acreditación por parte de la DC de un nexo causal entre las Cláusulas de *Brand Gating* y el aumento del precio relativo de los productos APPLE vendidos en el mercado en línea de AMAZON y (iv) a la presión de la competencia intramarca en otros canales distintos del mercado en línea de AMAZON por parte de los propios distribuidores de APPLE así como de la competencia intermarca ejercida por fabricantes competidores⁶¹⁷.
- (646) En respuesta a tales alegaciones debe apuntarse, en primer lugar, que el que un acuerdo tenga un contenido u objeto anticompetitivo –como en este caso la limitación del número de distribuidores– no impide calificar como efecto anticompetitivo la materialización en la práctica de dicho contenido.

⁶¹⁶ Párrafo 6 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁶¹⁷ Párrafos 128 a 133 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

- (647) Por otro lado, tampoco es cierto que el reproche de la DC en cuanto a la reducción del número de revendedores de productos de APPLE en AMAZON derivado de las Cláusulas de *Brand Gating* resulte de una aplicación incorrecta de la normativa de defensa de la competencia que buscarse proteger a determinados competidores y no al proceso competitivo en sí mismo. La DC no analiza las consecuencias del acuerdo sobre unos pocos distribuidores concretos, sino que constata, en términos generales, que el acuerdo ha expulsado de AMAZON a un porcentaje muy elevado de los vendedores que comercializaban productos APPLE a través de este mercado en línea (90-100% en términos de volumen de ventas). Según la lógica económica básica, ello afecta necesariamente a la dinámica competitiva intramarca en este canal de distribución que vehicula la mayor parte del tráfico de las ventas de productos electrónicos en España, especialmente si se tiene en cuenta que el conjunto de vendedores afectados corresponde a aquellos distribuidores que introducían mayor competencia y dinamismo en dicho canal (véanse, entre otros, los párrafos (314), (334) a (336) o (642)). En cuanto al concreto impacto que ello ha tenido en los precios se trata de un efecto distinto, aunque relacionado, que se analiza de forma específica más adelante (párrafos (724) a (779)).
- (648) Tampoco puede admitirse el argumento de que los supuestos efectos procompetitivos consistentes en el aumento de los volúmenes de productos APPLE vendidos en AMAZON y la mejora material en términos de calidad y seguridad en beneficio de los consumidores, que según APPLE se habrían producido tras la firma de los acuerdos, permitan concluir que “*dicha reducción del número de revendedores no es capaz de generar efectos anticompetitivos*”⁶¹⁸.
- (649) Para concluir que los concretos efectos procompetitivos de un acuerdo compensan el objeto u efectos anticompetitivos del mismo, de tal modo que éste resulte compatible con la normativa de defensa de la competencia, es necesario que las empresas imputadas demuestren que se cumplen los requisitos de la exención prevista en los artículos 101.3 del TFUE y 1.3 de la LDC, cuestión que se analiza en detalle el apartado 5.4.2 de la presente resolución.
- (650) En cualquier caso, los supuestos efectos procompetitivos mencionados no son inherentes a las cláusulas de *Brand Gating*. Concretamente, el aumento del volumen de productos APPLE vendidos en AMAZON es consecuencia de que APPLE pasase a suministrar a AMAZON, de forma directa, su catálogo completo de productos y no de la expulsión del grueso de los revendedores de productos APPLE que operaban en el mercado en línea de AMAZON. De hecho, de haberse mantenido activos tales revendedores en la web de AMAZON lo previsible sería que el volumen de productos APPLE en dicho mercado en línea hubiese aumentado de forma todavía más significativa.

⁶¹⁸ Párrafo 131 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

- (651) Nótese, a mayor abundamiento, que, además de no existir relación de causalidad entre la expulsión de los revendedores derivada de las *Cláusulas de Brand Gating* y el referido aumento del volumen de ventas, nos situamos en distintos planos de la relación entre AMAZON y APPLE. Mientras que el aumento del volumen de productos APPLE en AMAZON deriva de la relación en la que AMAZON opera como distribuidor autorizado de APPLE, las *Cláusulas de Brand Gating* se suscriben por AMAZON como gestor de su mercado en línea y no ya como distribuidor.
- (652) En cuanto a la pretendida mejora de la experiencia de compra derivada de la disminución de las falsificaciones podría haberse logrado por otros medios menos lesivos de la competencia tal y como se aborda en los párrafos (581) a (596) y (979) a (989).
- (653) AMAZON, por su parte, alega que la Propuesta de Resolución no satisface el test legal para acreditar la existencia de una restricción de la competencia por los efectos⁶¹⁹. Sostiene, al igual que APPLE, que no puede concluirse que una reducción del número de vendedores sea, en sí misma, anticompetitiva y que no es posible concluir que los NAR dinamizaran la competencia por ofrecer mejores precios porque unos precios más elevados también pueden reforzar la competencia si reflejan un mejor servicio.
- (654) Alega asimismo AMAZON que el análisis de la Propuesta de Resolución habría obviado el principio según el cual una reducción de la competencia intramarca no puede impactar negativamente a la competencia si existe una competencia intermarca significativa, como la que afrontan los productos APPLE por parte de otros fabricantes de productos electrónicos de consumo y que en cualquier caso el impacto sobre la competencia intermarca a nivel del conjunto de España habría sido mínima dado que las ventas de los distribuidores expulsados del mercado en línea de AMAZON representaban un pequeño porcentaje de las ventas de productos APPLE realizadas en nuestro país.
- (655) A lo anterior procede contestar, en primer lugar, que las *Cláusulas de Exclusión o Brand Gating* han supuesto necesariamente una limitación de la presión competitiva *intramarca* a la que se enfrenta AMAZON como distribuidor de APPLE. Ello en la medida en que, antes de los acuerdos, existían más de **[1.150-1.250]** revendedores de productos APPLE que competían con AMAZON en su mercado en línea, realizando, de hecho, el grueso de las ventas de productos APPLE en dicho canal y, tras la expulsión de los NAR, esas ventas se concentraron masivamente en la propia AMAZON (véanse, entre otros, los párrafos (576), (596) y (682) a (704)). De hecho, dicha restricción de la competencia intramarca dio lugar a que los consumidores que adquirieron productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON después del

⁶¹⁹ Párrafos 200 a 261 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

acuerdo pagasen precios relativos superiores a los que habrían prevalecido en ausencia de éste (párrafos (724) a (779)).

- (656) Sobre que no debe denostarse una eventual competencia en calidad que pueda ir asociada a mayores precios, esta Sala no defiende lo contrario. Sin embargo, para permitir dicha supuesta competencia en términos de calidad, no era necesario expulsar a los distribuidores de APPLE que vendían más barato. Perfectamente podrían convivir en el mercado en línea de AMAZON distintos tipos de revendedores que compitiesen respectivamente en calidad y precio, dejándose a los consumidores la elección de cuál de los dos factores competitivos les resulta más atractivo en función de sus concretas preferencias y necesidades.
- (657) Tampoco puede acogerse el planteamiento según el cual no cabría considerar que una reducción de la competencia intramarca pueda tener un impacto negativo en un contexto de competencia intermarca elevada por las razones ya mencionadas en los párrafos (614) a (622) en respuesta a argumentos similares formulados por APPLE en relación con el contexto económico de los acuerdos.
- (658) Deben rechazarse, asimismo, las alegaciones mediante las que se defiende que las conclusiones del análisis de efectos realizado en la Propuesta de Resolución son inválidas por haberse centrado en la competencia dentro del mercado en línea de AMAZON, que no representaría más que una proporción reducida de las ventas de productos electrónicos en el conjunto de España. Por un lado, AMAZON es el principal mercado en línea de productos electrónicos, muy por delante del resto de operadores, tanto por tráfico web como por cuota en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos⁶²⁰. Por otro lado, APPLE es el principal fabricante de productos electrónicos, muy alejado del resto de fabricantes⁶²¹. Por tanto, las presiones competitivas ejercidas por otros distribuidores minoristas (sobre AMAZON) y otros fabricantes (sobre APPLE) no pueden llevar a concluir que la disminución de la presión competitiva dentro del mercado en línea de AMAZON resulte irrelevante.

⁶²⁰ Como se indica en el apartado 3.5, AMAZON tuvo en 2020 una cuota de mercado por tráfico web del [50-60]%, seguido de Alibaba con un [10-20]% y de El Corte Inglés con un [10-20]%. De hecho, otros de los competidores fuertes que cita son Carrefour y FNAC que tienen cuotas del [0-10]% y [0-10]%, respectivamente. Por otro lado, si tenemos en cuenta las cuotas de 2021 en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos, AMAZON tuvo una cuota del [30-40]%, seguido de otros como PC Componentes, El Corte Inglés, y la propia APPLE, con cuotas del [0-10]%.

⁶²¹ Como se indica en el apartado 3.4.2, APPLE tuvo en 2021 una cuota en valor en el mercado de la fabricación de productos electrónicos de dimensión EEE del 30-40%, mientras que, la del siguiente operador, Samsung, fue del 10-20%.

- (659) En cuanto al peso de los NAR, como se aprecia a partir, tanto del estudio interno de AMAZON⁶²², como de los gráficos aportados por la propia empresa (ver la párrafos (682) a (692)), entre el **[90-100]**% de los entre **[CONFIDENCIAL]** millones en ventas de productos APPLE que se realizaban en los mercados en línea de AMAZON antes de los acuerdos provenía de este tipo de revendedores por lo que aunque, individualmente considerados, la mayoría de ellos pudiera tener un tamaño reducido no es cierto que en su conjunto representasen una presión competitiva marginal.
- (660) Por tanto, las alegaciones de AMAZON sobre la ausencia de un efecto anticompetitivo consistente en la exclusión del grueso de revendedores de APPLE en el mercado en línea de AMAZON como consecuencia de las cláusulas de *Brand Gating* tampoco pueden resultar acogidas.

b. Los vendedores no autorizados pierden un importante canal de ventas

- (661) Tal y como se ha acreditado, hasta la firma de los acuerdos los NAR eran los revendedores que utilizaban mayoritariamente el mercado en línea de APPLE para vender productos AMAZON, y, por tanto, los que dinamizaban este canal (en términos de oferta y de precios) compitiendo directamente con AMAZON en su papel de distribuidor de productos APPLE. Los NAR eran, en definitiva, los revendedores de productos APPLE que introducían mayor competencia intramarca en este mercado en línea (apartados párrafos (314), (334) a (336) y (642)).
- (662) Lo anterior queda demostrado por: (i) los datos de un estudio interno de AMAZON que se hizo para todas sus webs en Europa (incluyendo a España), en el que se indica que: “[el] *tamaño del mercado actual de los terceros vendedores (entre [CONFIDENCIAL] millones de euros, de los que el 90-100% proviene de distribuidores no autorizados de Apple [i.e. los NAR]*”⁶²³; así como por (ii) por los datos sobre ventas incluidos en los párrafos (335) y siguientes.
- (663) Adicionalmente, para enriquecer su análisis, la DC envió requerimientos de información a algunos de estos NAR para recabar sus opiniones acerca de AMAZON como canal de comercialización minorista. Dos NAR españoles (**[CONFIDENCIAL]** y **[CONFIDENCIAL]**) y dos NAR italianos (**[CONFIDENCIAL]** y **[CONFIDENCIAL]**) que vendían productos de APPLE en España contestaron a los requerimientos de la DC.

⁶²² Donde AMAZON sostiene: “*al tamaño del mercado actual de los terceros vendedores (entre [CONFIDENCIAL], de los que el 90-100% proviene de distribuidores no autorizados de Apple [i.e. los NAR]*” (Anexo 12 de la contestación al RI AMAZON (folios 4659 y 4660).

⁶²³ Anexo 12 de la contestación al RI AMAZON (folios 4659 y 4660).

- (664) En relación con los **NAR españoles que respondieron al requerimiento de información realizado**⁶²⁴: (i) **[CONFIDENCIAL]** manifestó no tener interés en vender en AMAZON por las altas comisiones, mientras que (ii) **[CONFIDENCIAL]** sí dijo tener interés porque “es el comercio electrónico más grande en España con mayor cuota de clientes”.
- (665) Tal y como se refleja a continuación, los principales efectos para **[CONFIDENCIAL]** de su expulsión de AMAZON a raíz de las cláusulas de *Brand Gating* fueron: (i) la reducción drástica e inmediata de sus ingresos derivados de la comercialización de productos APPLE y (ii) un cambio en la forma de vender a través de internet que se revela mucho menos eficaz que la venta a través de la web de AMAZON, de tal modo que pasa de comercializar el grueso de sus productos APPLE desde el mercado en línea de AMAZON a su propia página web pero sin lograr aproximarse ni de lejos, con el paso de los años, al nivel de facturación que obtenía vendiendo a través de AMAZON. Ello corrobora que AMAZON era un canal de venta fundamental para los productos APPLE de este NAR y que dicho distribuidor no ha logrado hallar una alternativa viable ni mediante su propia página web ni mediante otros mercados en línea sustitutivos.

Tabla 34. Cambio en el patrón de ventas de **[CONFIDENCIAL]** como consecuencia de las Cláusulas de Exclusión

	Proporción de ventas totales (ingresos) de productos electrónicos de consumo				
	2017	2018	2019	2020	2021
Proporción de ingresos derivados de la venta de productos de la marca APPLE		[40-50%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]
Proporción de ingresos derivados de la venta de productos electrónicos de consumo de otras marcas		[50-60%]	[80-90%]	[80-90%]	[80-90%]
Proporción de ingresos totales derivado de la venta de productos electrónicos de consumo	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: respuesta al requerimiento de **[CONFIDENCIAL]** (folios 3852-3856 y 4222 en su versión no confidencial, folio 3857 en su versión confidencial)

- (666) Se puede apreciar como en 2018, el año anterior a la entrada en vigor del GTA y ARA 2018, la proporción de venta de productos electrónicos era casi **[40-50]**% para productos de la marca APPLE y casi **[40-50]**% para productos de otras marcas. Sin embargo, desde la entrada en vigor de los mismos (31 octubre de 2018, en la tabla, desde 2019), el porcentaje de venta de productos APPLE se reduce drásticamente (situándose por debajo del **[10-20]**%).
- (667) Estos datos corroboran que la Página Web de AMAZON en España, que es el canal de venta en línea que vehicula la mayor parte del tráfico web del comercio

⁶²⁴ Ver respuestas de **[CONFIDENCIAL]** (folios 2789-2792 y 3852-3856, respectivamente).

electrónico en España y de las ventas netas de productos electrónicos en línea en España, no podía ser fácilmente reemplazado de forma efectiva por otras fuentes de tráfico comparables para vender en línea productos de la marca APPLE. De no haber sido así, se hubiera esperado que otros medios de venta en línea (como otros mercados en línea o páginas web propias) se pudieran haber empleado en sustitución de la web de AMAZON y, en consecuencia, no se hubiera producido una reducción tan drástica de la venta de estos productos, en la medida en que las ventas que se hacían en AMAZON se podrían haber desviado a dichos otros medios, [CONFIDENCIAL]. Es decir, que el revendedor en cuestión no encontró otro modo de venta en línea similar para los productos de la marca APPLE que venía vendiendo hasta finales de 2018 en la Página Web de AMAZON.

Tabla 35. Cambio en el medio electrónico principal para vender productos de la marca APPLE de [CONFIDENCIAL]

A) Todos los productos electrónicos								
Proporción anual de ventas por canal de ventas (todos los productos electrónicos)								
	2018		2019		2020		2021	
	Cuotas (valor)	Cuotas (volumen)						
Tiendas físicas	[0-10%]	[0-10%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
Canal online	Web propia	[10-20%]	[10-20%]	[20-30%]	[20-30%]	[10-20%]	[20-30%]	[10-20%]
	Marketplaces	[80-90%]	[80-90%]	[60-70%]	[60-70%]	[70-80%]	[70-80%]	[70-80%]
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

B) Solo productos Apple								
Proporción anual de ventas por canal de ventas (solo productos de la marca Apple)								
	2018		2019		2020		2021	
	Cuotas (valor)	Cuotas (volumen)						
Tiendas físicas	[10-20%]	[10-20%]	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]	[30-40%]
Canal online	Web propia	[10-20%]	[60-70%]	[60-70%]	[70-80%]	[70-80%]	[60-70%]	[60-70%]
	Marketplaces	[70-80%]	[70-80%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Proporción anual de ventas por canal de ventas (solo productos de la marca Apple)								
	2018		2019		2020		2021	
	Valor	Volumen	Valor	Volumen	Valor	Volumen	Valor	Volumen
Tiendas físicas	[90.000-100.000€]	[100-200]	[100.000-200.000€]	[200-300]	[100.000-200.000€]	[200-300]	[100.000-200.000€]	[100-200]
Canal online	Web propia	[100.000-200.000€]	[100-200]	[400.000-500.000€]	[500-600]	[400.000-500.000€]	[500-600]	[200.000-300.000€]
	Marketplaces	[700.000-800.000€]	[700-800]	[20.000-30.000€]	[0-100]	[0-10.000€]	[0-100]	[30.000-40.000€]
TOTAL	[900.000-1.1M€]	[900-1.000]	[600.000-700.000€]	[800-900]	[600.000-700.000€]	[700-800]	[400.000-500.000€]	[400-500]

Fuente: respuesta al requerimiento de [CONFIDENCIAL] (respuesta en los folios 3852-3856 y, para las tablas, ver el folio 3857 para la versión confidencial y, para la versión no confidencial, ver folio 4222 para la primera y segunda tabla y folio 5399 para la tercera y última tabla)

- (668) En el primer cuadro se puede apreciar cómo el principal canal de venta (teniendo en cuenta los canales en línea y fuera de línea y todos los productos electrónicos, es decir, sin diferenciar por marcas) es el de los mercados en línea, como AMAZON.
- (669) En el segundo y tercer cuadro, relativo solo a productos de la marca APPLE, se puede apreciar cómo el principal canal de venta en 2018 (antes de la entrada en

vigor del GTA y ARA 2018) era el canal de los mercados en línea. **Tras la entrada en vigor de las Cláusulas de Brand Gating, se produce un desvío hacia la web propia del vendedor que, en cualquier caso, ve como disminuye la facturación derivada de productos de la marca APPLE año tras año⁶²⁵, es decir, no recupera lo perdido debido a su expulsión de AMAZON para vender productos de la marca APPLE en otros canales.** De no haber sido la Página Web de AMAZON un canal relevante el revendedor hubiese podido reorientar con éxito las ventas que realizaba en AMAZON a otros canales, como su propia web, sin que se hubiesen resentido los ingresos derivados de la venta de estos productos.

(670) En relación con los **NAR italianos** que respondieron al requerimiento:

- **[CONFIDENCIAL]** indica que: (i) **“En 2017 y 2018, el [90-100%] de las ventas en España se realizaron a través de Amazon.es.** Los productos de Apple representan el [30%-40%] de las ventas totales⁶²⁶; (ii) **“En 2017 la facturación derivada de la comercialización de productos de la marca APPLE en España fue de unos [100.000-200.000] euros (no disponemos de información por sub-categorías de productos). En 2018 bajamos a cerca de la mitad, [50.000-100.000] euros⁶²⁷”; y (iii) **“Nuestra facturación en España ha sido cero desde 2019”⁶²⁸.****
- Por su parte, **[CONFIDENCIAL]** indica que: (i) **“Nuestra empresa obtuvo el [90-100%] de su facturación de las ventas a través de la plataforma (amazon.co.it, amazon.es, amazon.de, amazon.fr, amazon.uk).** La facturación derivada de la venta de productos de la marca APPLE en los años 2015 - 2016 - 2017 y 2018 representaron aproximadamente el [80-90%] del total de las ventas realizada a través de la plataforma⁶²⁹; (ii) **“Nuestra empresa comercializó productos de la marca APPLE a través de la plataforma Amazon.es en los años 2015 ([500.000-1.000.000] euros en ventas); 2016 ([2.000.000-3.000.000] de euros en ventas); 2017 ([8.000.000-9.000.000] de euros en ventas) y 2018 ([9.000.000-10.000.000] de euros en ventas). En estos años, los ingresos por ventas de productos Apple han aumentado de media de forma constante. Lamentablemente, en los años 2019-2020-2021, nuestro porcentaje de ingresos inherentes a las ventas de productos de la marca APPLE es cero⁶³⁰”; y (iii) **“Habrá [hubo] una gran caída en las ventas a partir de 2019,****

⁶²⁵ Ver la tercera tabla, en la que se aprecia claramente este efecto en la fila “total” (se pasa de una facturación de entre **[500.000-1.000.000]** de euros en 2018 a una facturación de entre **[0-500.000]** euros en 2021, es decir, aproximadamente la mitad.

⁶²⁶ Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 14 (folio 4170).

⁶²⁷ Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 15 (folio 4170).

⁶²⁸ Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 19 (folio 4171).

⁶²⁹ Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 14 (folio 4186).

⁶³⁰ Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 11 (folio 4185).

ya que no es posible vender productos de la marca APPLE en el mercado italiano”⁶³¹.

- (671) En ambos casos, **la totalidad de sus ventas en España se realizaba a través de la Página Web de Amazon.es y, desde la entrada en vigor de las Cláusulas de Exclusión o Brand Gating, que provocó su expulsión de AMAZON, la facturación de las empresas en España ha sido cero.** De no haber sido la Página Web de AMAZON un canal relevante, se hubiera esperado, por el contrario, que dichas empresas pudieran haber desviado sus ventas a otros canales y que hubieran podido generar ingresos derivados de la venta de productos de la marca APPLE en España, pero este no ha sido el caso.
- (672) Lo anterior corrobora que **la Página Web de AMAZON en España no podía ser fácilmente reemplazada de forma efectiva por otras fuentes de tráfico para la venta de productos de consumo electrónico en línea y, en particular, para la venta de productos de la marca APPLE, en especial, para revendedores localizados en otros Estados miembros de la UE.**

- Alegaciones de las empresas

- (673) Tanto APPLE⁶³² como AMAZON⁶³³ formulan alegaciones mediante las que rechazan que las Cláusulas de *Brand Gating* hayan tenido el efecto de hacer perder a los distribuidores no autorizados de APPLE un importante canal de ventas. Ambas imputadas sostienen que la muestra de revendedores NAR a los que se ha requerido su opinión al respecto sería demasiado reducida para considerarse representativa, careciendo de valor probatorio a fin de acreditar este efecto.
- (674) A lo anterior procede responder que el órgano de instrucción se dirigió a los 10 NAR más representativos **[CONFIDENCIAL]**, en cualquier caso, las opiniones e información recabadas de los **[CONFIDENCIAL]** NAR que contestaron a los requerimientos de información de la DC no se utilizan como la prueba en la que se sustentaría la acreditación del efecto consistente en la pérdida de un importante canal de ventas para este tipo de distribuidores. Este efecto se infiere claramente de los datos objetivos previamente expuestos (en gran medida aportados por las propias imputadas) en cuanto a que los NAR realizaban el grueso de las ventas de productos APPLE en AMAZON⁶³⁴ y que éste es el principal mercado en línea de productos electrónicos, muy alejado del resto de

⁶³¹ Ver respuesta de **[CONFIDENCIAL]** a la pregunta 19 (folio 4187).

⁶³² Párrafos 134 a 147 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁶³³ Párrafos 228 a 233 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁶³⁴ Tal y como se ha referido previamente, según la propia información aportada por AMAZON: “[el] tamaño del mercado actual de los terceros vendedores (entre **[0-500]** y **[500-1000]** millones de euros, de los que el 90-100% proviene de distribuidores no autorizados de Apple [i.e. los NAR]” (Anexo 12 de la contestación al RI AMAZON, folios 4.659 y 4.660).

operadores tanto por tráfico web como por cuota en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos (párrafos (248) a (264)). Las respuestas de los NAR requeridos por la DC se aportan simplemente para ilustrar dichas conclusiones que son fruto de una deducción lógica alcanzada a partir de la observación de cifras y hechos incontrovertidos, con independencia del concreto alcance geográfico o segmentación de los mercados analizados que APPLE y AMAZON también rebaten en sus alegaciones.

- (675) APPLE sostiene adicionalmente en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que ha llevado a cabo un test de compra mediante el que habría podido comprobar que **[CONFIDENCIAL]** y uno de los dos NAR italianos requeridos **[CONFIDENCIAL]** venden productos APPLE falsificados lo que desacreditaría sus respuestas y demostraría el problema de falsificaciones invocado por APPLE para justificar las Cláusulas de *Brand Gating*⁶³⁵.
- (676) Ante esto último procede señalar, en primer lugar, que la realización, por parte de APPLE, de un test de compra en agosto de 2022 no permite desacreditar los datos aportados por estos NAR relacionados con su expulsión de AMAZON cuatro años antes. Asimismo, el que APPLE dedique esfuerzos para realizar ahora un estudio sobre falsificaciones para usarlo como prueba en el marco del presente expediente corrobora las apreciaciones de la DC en cuanto a que la ausencia de informes y estudios específicos para analizar y evaluar la cuestión de las ventas de productos falsificados en AMAZON con anterioridad a la firma de los contratos denota que la lucha contra las falsificaciones no era el principal objetivo de las Cláusulas de *Brand Gating*, pese a lo alegado por APPLE (párrafos (581) a (596)). Se reafirma, asimismo, que APPLE no considera que las ventas de falsificaciones constituyan un problema crítico que erosione su imagen de marca, pues de otro modo optaría por un sistema de distribución selectiva y si no lo ha hecho y anima a sus mayoristas a surtir a los vendedores no autorizados (párrafos (46) y (332)) es porque le interesa que estos sigan distribuyendo sus productos, pese a que en ocasiones puedan vender también productos no originales.
- (677) Por otro lado, el que el único tipo de productos APPLE falsificados identificados en este test de compra sean accesorios de escaso valor⁶³⁶, también refleja que el problema de las falsificaciones no afecta de forma significativa a los productos estrella de APPLE de más valor, **[CONFIDENCIAL]** (párrafos (586) y (587)) lo que corrobora, a su vez, que existían medios menos lesivos para la competencia intramarca que una expulsión total de los revendedores no autorizados del mercado en línea de AMAZON, tales como aumentar los controles o en su caso limitarse a impedir la venta a través de AMAZON exclusivamente de este tipo de accesorios.

⁶³⁵ Párrafos 141 a 144 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁶³⁶ Los productos falsos que se habrían identificado a partir del test de compra al que se refiere APPLE en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución son **[CONFIDENCIAL]**.

- (678) APPLE finaliza sus alegaciones por las que trata de rebatir la existencia del efecto consistente en la pérdida de un importante canal de venta para los NAR apuntando que AMAZON carecería de importancia para la inmensa mayoría de los revendedores. Ello quedaría acreditado atendiendo a la ausencia de solicitudes al equipo de ventas de APPLE para vender productos en Amazon.es. En este mismo sentido, otro hecho que, según APPLE, permitiría refutar la importancia de AMAZON como canal de venta para los NAR es que, **[CONFIDENCIAL]**⁶³⁷.
- (679) Esta Sala considera que tales afirmaciones no vienen más que a respaldar la postura mantenida por el órgano instructor en la Propuesta de Resolución. El limitado impacto que tuvo el anuncio mediante el que APPLE permitía a los AAR y Minoristas vender en AMAZON, refleja, precisamente, la falta de interés de los distribuidores autorizados por utilizar este mercado en línea, en contraposición con los NAR, que hasta la fecha de su expulsión en aplicación de las Cláusulas de *Brand Gating* realizaban más del **[90-100]**% de las ventas de productos APPLE en AMAZON y que son los únicos revendedores que hasta al menos el cierre de la fase de instrucción siguen estando vetados a emplear este canal. En cuanto a la pretendida ausencia de solicitudes a APPLE por parte de revendedores para vender en Amazon.es ello se explica, como ya se ha visto previamente por el hecho de que no se está ante un sistema de autorización previa (párrafo (504)) sino ante una exclusión por defecto del conjunto de revendedores no autorizados expresamente por APPLE a vender en AMAZON.
- (680) AMAZON, por su parte, insiste en que se habría exagerado la importancia de su mercado en línea como canal de ventas, atendiendo a que “*no es posible analizar la competencia dentro de una única tienda de forma aislada*”⁶³⁸ teniendo en cuenta la existencia de múltiples alternativas como las web propias de los distribuidores o las tiendas físicas, además de otros mercados en línea. Sostiene asimismo que otra prueba de la irrelevancia de su mercado en línea como canal de comercialización es la omnipresencia y el éxito comercial de APPLE con anterioridad a los acuerdos controvertidos⁶³⁹.
- (681) Esta Sala tampoco comparte tales planteamientos. Las conclusiones en cuanto a la relevancia del mercado en línea de AMAZON –que en ningún caso puede considerarse como una “única tienda” más–, se han alcanzado mediante una observación empírica de datos objetivos en los que se tienen en cuenta otros canales de comercialización. Si bien la información de cuotas sobre tráfico web solo incluye información sobre mercados en línea, las cuotas sobre ventas netas sí incluyen las webs propias y otorgan a AMAZON una cuota del **[30-40]**%, muy alejada de otros mercados en línea y páginas web (ver apartado 3.5.4). En cuanto a las razones para centrarse en los efectos de las conductas analizadas

⁶³⁷ Párrafos 146 y 147 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁶³⁸ Párrafo 229 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁶³⁹ Párrafo 230 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

en el mercado en línea (no incluyendo el mercado fuera de línea) ya han sido explicadas en detalle en el apartado 3.2 de la presente resolución. La importancia de AMAZON como canal de venta ha sido asimismo reconocida por la propia APPLE⁶⁴⁰ sin que el hecho de que esta empresa ya hubiese alcanzado una importante notoriedad antes de la inclusión de los acuerdos permita desmentirlo.

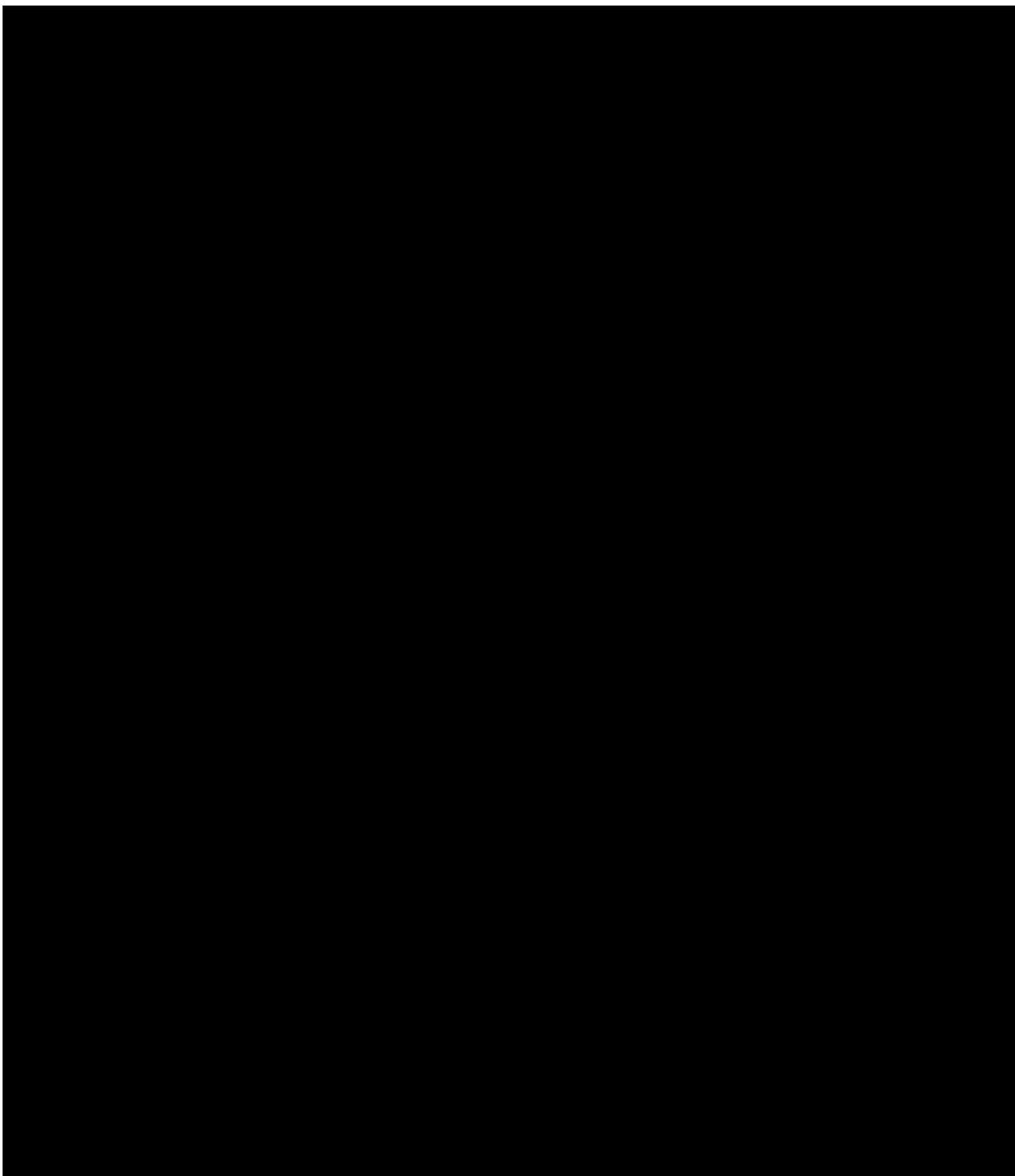
c. Concentración de ventas de productos de la marca APPLE en la propia AMAZON

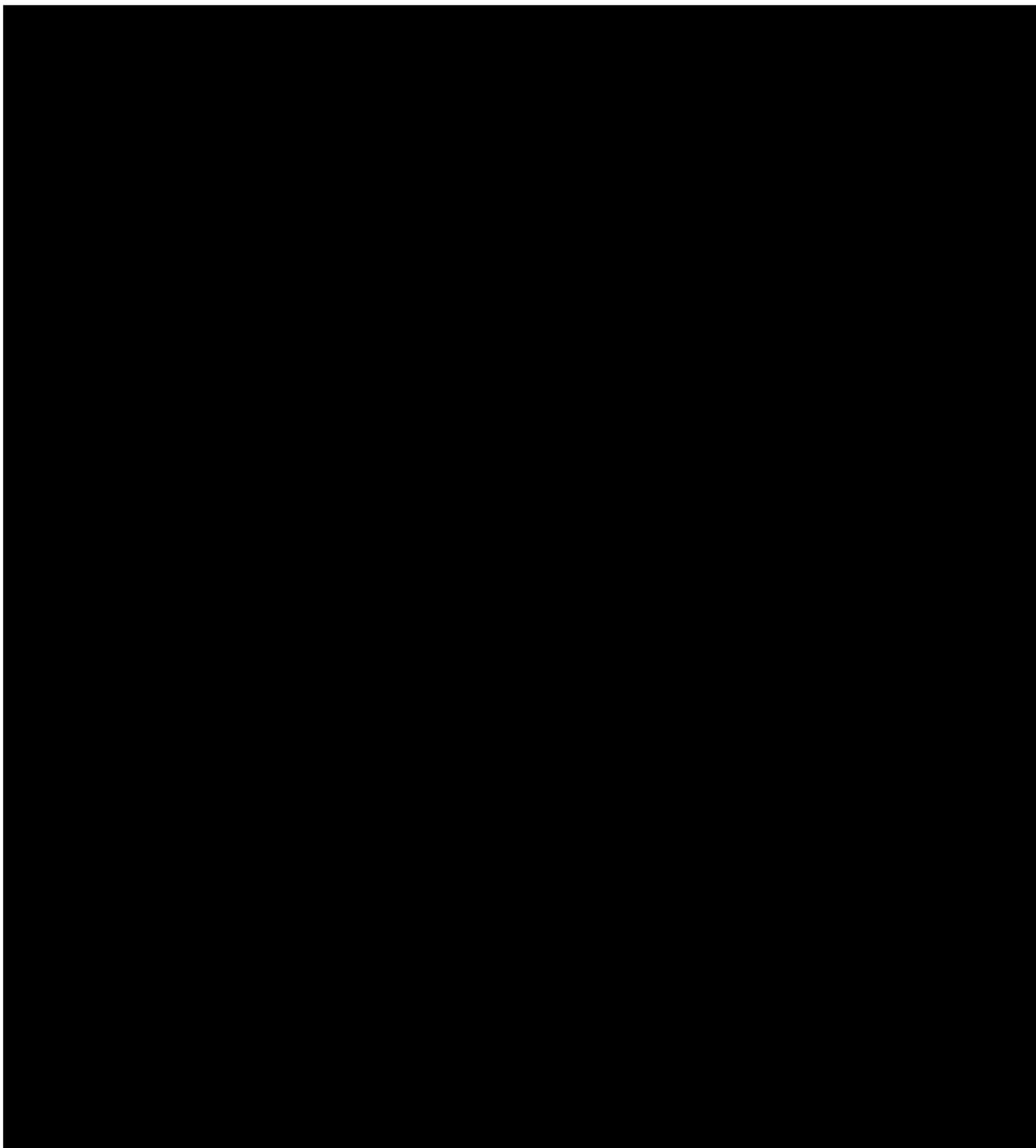
- (682) Los siguientes gráficos muestran cómo, tras la entrada en vigor de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, se produce una concentración de la venta de productos de la marca APPLE a través de la Página Web de AMAZON en España en la propia AMAZON como revendedor de APPLE⁶⁴¹, pasando de ser un distribuidor marginal al principal distribuidor de productos de APPLE en su propio mercado en línea:

⁶⁴⁰ Véanse los párrafos 688 a 690 de la Propuesta de Resolución donde se hace referencia, por ejemplo, al Informe económico aportado por APPLE junto con sus alegaciones al PCH (folio 8726) y página 30 (folio 8752): “**las ventas en Amazon crecieron mucho más que las ventas globales en España**” (énfasis añadido) o al Anexo 2 de la contestación al RI I APPLE (folio 4352), referido a una presentación interna de APPLE en la que se advierte que **el [40-50%] de todas las búsquedas de producto en EEUU se inician ya en AMAZON.**

⁶⁴¹ Para facilidad de referencia, el folio de cada uno de los gráficos aparece en el lateral de la imagen copiada. Para una versión completa de los gráficos, ver el Anexo 13 de la contestación al RI II AMAZON (folios 4698 a 4706) o el Anexo 2 del PCH.

Imagen 23. Distribución de las ventas mensuales de productos de APPLE **[CONFIDENCIAL]** entre terceros revendedores y la propia AMAZON como distribuidor de APPLE desde 2013 a 2021





Fuente: contestación al RI II AMAZON (folios 4698 a 4706)

- (683) Las barras verticales de los gráficos anteriores muestran las ventas mensuales de unidades de **[CONFIDENCIAL]**, respectivamente, en la Página Web de AMAZON en España, desde enero de 2013 hasta julio de 2021. El color azul oscuro representa las ventas de AMAZON y el color azul claro la de terceros vendedores. La primera raya rosa indica la fecha de la firma del acuerdo (octubre 2018) y la segunda, la fecha en la que terminó el periodo que se dejó a los

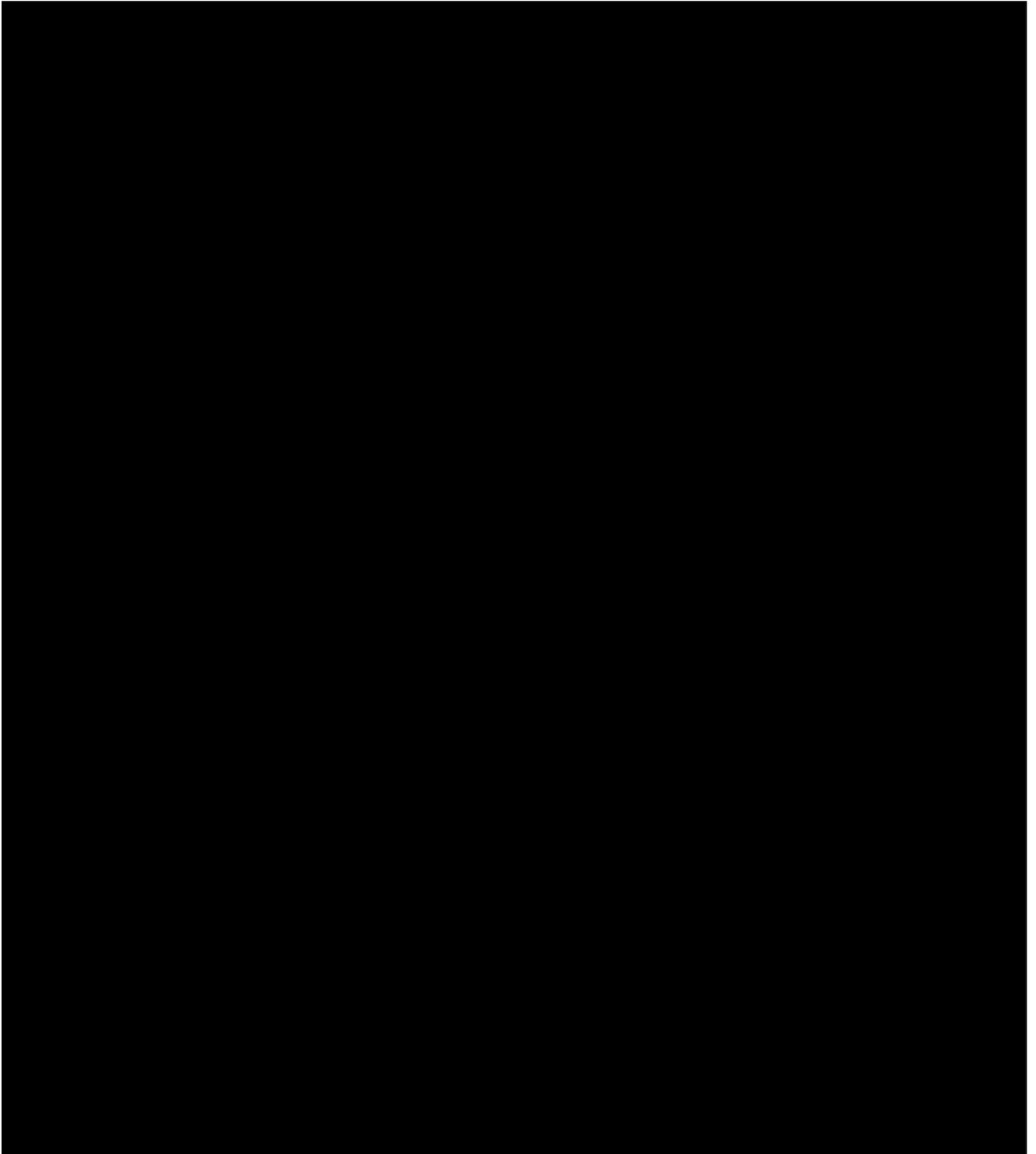
terceros vendedores ya no autorizados para operar en la Página Web de AMAZON para deshacerse de sus existencias (*stock*) (enero 2019).

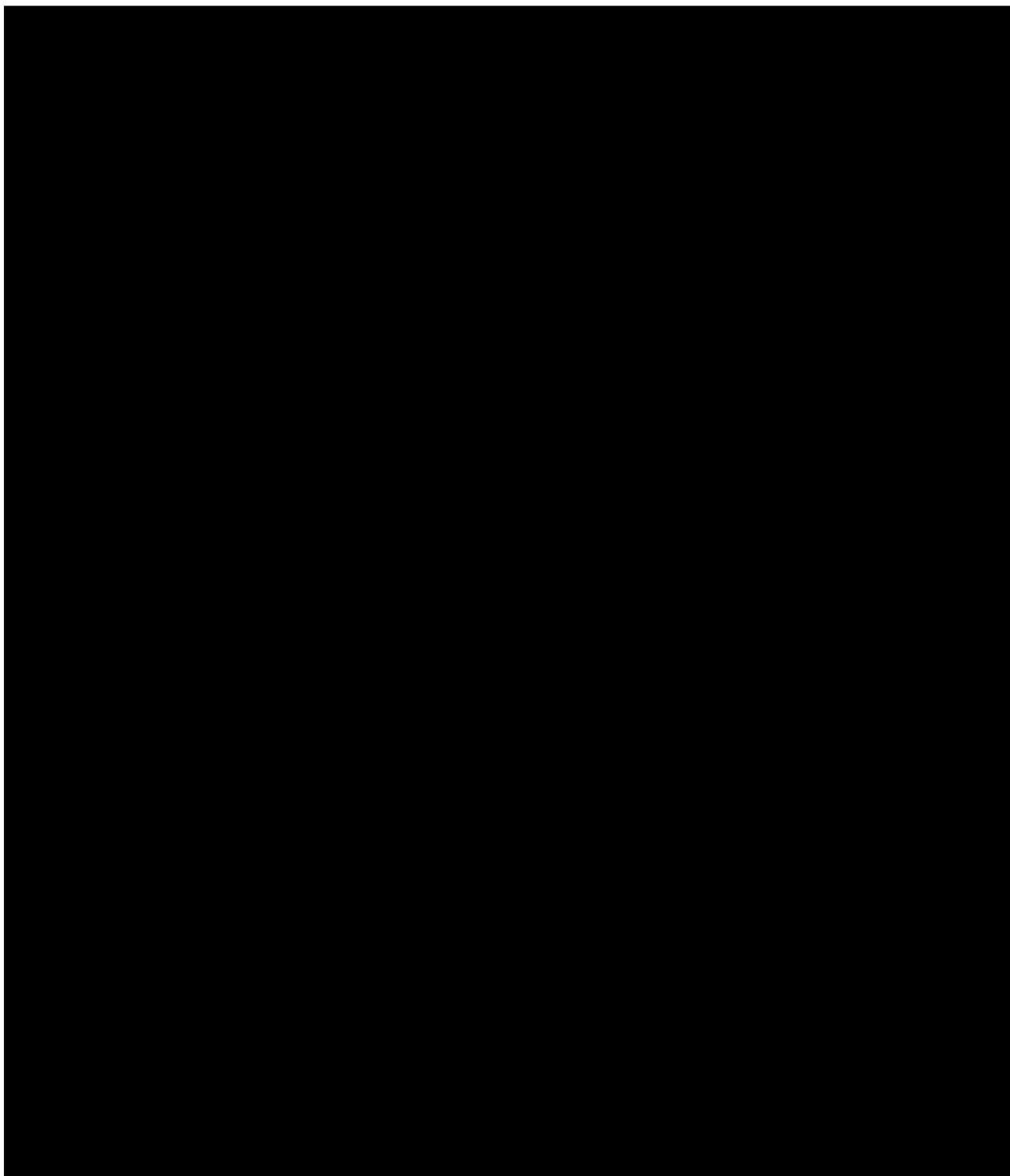
- (684) De esta forma, los gráficos se refieren, según AMAZON, a los productos más demandados de APPLE, que AMAZON solo estuvo autorizado a vender y para los que sólo tuvo acceso al suministro directo por parte de APPLE desde la firma de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*.
- (685) Como puede observarse, en el caso de los **[CONFIDENCIAL]**⁶⁴², **hasta la firma de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las ventas se realizaban principalmente por los terceros vendedores, con alguna venta aislada por parte de AMAZON** (que hasta ese momento no tenía acceso al suministro directo por parte de APPLE); mientras que, **tras la firma de los acuerdos, se ve claramente como tras la expulsión del grueso de revendedores de AMAZON que operaban en la web de APPLE todas las ventas pasan a concentrarse en AMAZON** que se beneficia de un doble efecto: (i) puede vender más al tener acceso directo al suministro de APPLE; y (ii) se elimina a casi todos los posibles competidores al expulsar a todos los revendedores, menos a los APR incluidos en la lista del **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018.
- (686) Lo anterior también se observa si en lugar de las ventas mensuales de productos APPLE, se tienen en cuenta las ventas anuales⁶⁴³:

Imagen 24. Distribución de las ventas anuales de productos de **[CONFIDENCIAL]** entre terceros revendedores y la propia AMAZON como distribuidor de APPLE desde 2013 a 2021

⁶⁴² El caso de los **[CONFIDENCIAL]** es distinto porque, según los gráficos, desde su lanzamiento no eran prácticamente vendidos por terceros vendedores en la Página Web de AMAZON.

⁶⁴³ Para facilidad de referencia, el folio de cada uno de los gráficos aparece en el lateral de la imagen copiada. Para una versión completa de los gráficos, ver el Anexo 15 de la contestación al RI II AMAZON (folios 4707 a 4715) o el Anexo 2 al PCH.





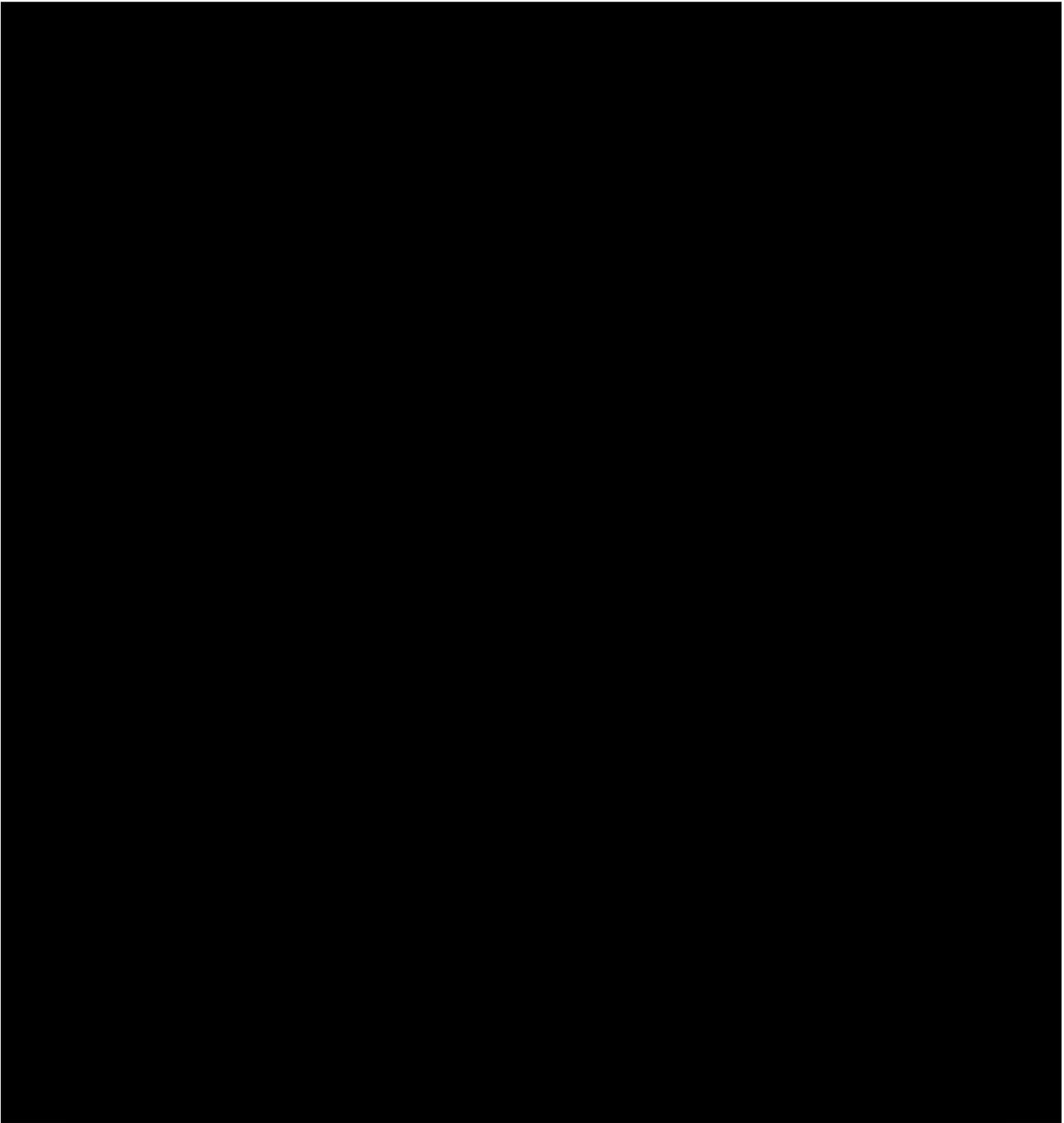
Fuente: Contestación al RI II AMAZON (folios 4707 a 4715)

- (687) En un escenario contrafactual (o de hipótesis contraria), se hubiera esperado que, si los terceros vendedores no hubieran sido expulsados (i.e. siguieran autorizados para vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España), las ventas de productos APPLE no se hubieran concentrado de esa forma en AMAZON, sino que hubieran estado más

repartidas entre AMAZON y los terceros vendedores, que habrían competido con AMAZON aumentando la competencia intramarca dentro de la Página Web de AMAZON en España.

- (688) De hecho, esta situación es la que se observa respecto de algunos de los productos de APPLE que AMAZON estaba autorizada a vender (aunque como alega AMAZON no hubiera suministro directo por parte de APPLE a AMAZON para ningún producto antes del GTA y ARA 2018) antes de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, como los **[CONFIDENCIAL]**:

Imagen 25. Distribución de las ventas mensuales de productos **[CONFIDENCIAL]** en la web de Amazon.es entre terceros revendedores y la propia AMAZON como distribuidor de APPLE desde 2013 a 2021



Fuente: Contestación al RI II AMAZON (folios 4707 a 4715)

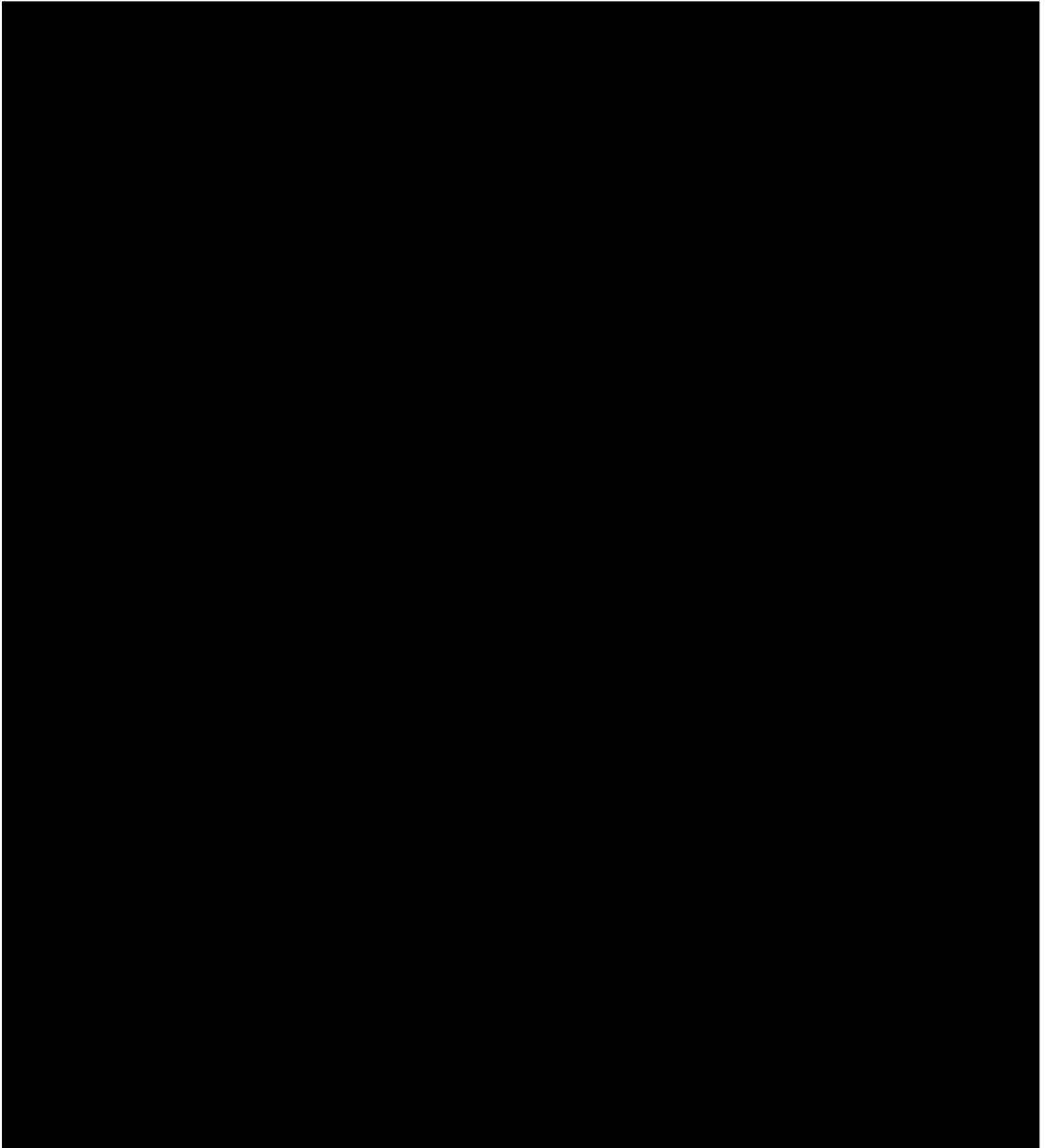
- (689) Como puede observarse, el comportamiento de las ventas para estos productos desde enero de 2013 hasta la fecha de firma de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* es totalmente distinto: las ventas de **[CONFIDENCIAL]** están repartidas entre los terceros vendedores y AMAZON. Solo vuelven a concentrarse en AMAZON tras la firma de los acuerdos, ya que los terceros

vendedores dejan de estar autorizados para vender productos de la marca APPLE en el mercado en línea.

- (690) Lo anterior también se observa si se tienen en cuenta las ventas anuales de productos APPLE en lugar de las mensuales⁶⁴⁴:

Imagen 26. Distribución de las ventas anuales de productos de APPLE **[CONFIDENCIAL]** en la web de Amazon.es entre terceros revendedores y la propia AMAZON como distribuidor de APPLE desde 2013 a 2021

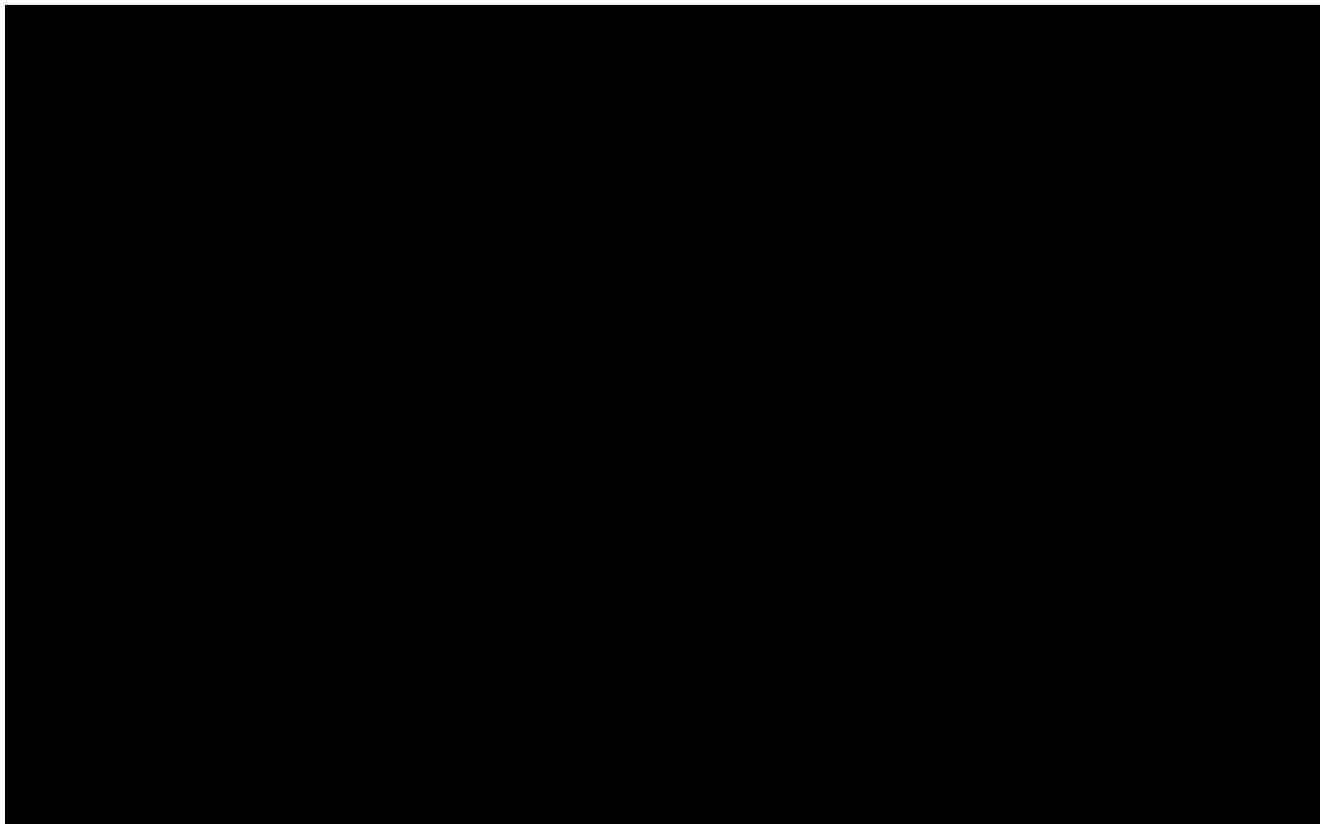
⁶⁴⁴ En el caso **[CONFIDENCIAL]** AMAZON ha suministrado para las ventas anuales un gráfico conjunto en el que no se diferencia por estos dos productos como en las anuales, pero también se puede apreciar el cambio.



Fuente: Fuente: Contestación al RI II AMAZON (folios 4707 a 4715)

- (691) Se ofrece a continuación una comparación de los productos **[CONFIDENCIAL]**, en los que se observa claramente lo anterior: el contraste entre los dos escenarios.

Tabla 36. Comparativa entre la distribución de las ventas anuales y mensuales de **[CONFIDENCIAL]** entre terceros revendedores y la propia AMAZON como distribuidor de APPLE desde 2013 a 2021



Fuente: Contestación al RI II AMAZON (folios 4707 a 4715)

(692) Lo anterior resulta muy relevante a efectos de analizar la concentración de las ventas de productos APPLE en la propia AMAZON como distribuidor de APPLE. Así, aunque como alega AMAZON no hubiera suministro directo por parte de APPLE a AMAZON para ningún producto antes del GTA y ARA 2018:

- De 2014 a 2018, sigue habiendo una diferencia con el periodo de 2018 en adelante y es que AMAZON solo estaba autorizada a vender los productos menos demandados, aunque no tuviera acceso directo a los mismos (es decir, en este periodo no estaba autorizada para vender los productos más demandados, **[CONFIDENCIAL]**)
- Aun teniendo en cuenta la ausencia de suministro directo en el periodo de 2014-2018 para los productos menos demandados, se ve perfectamente como, tras la firma de los acuerdos, se produce una concentración de las ventas en AMAZON en todas las categorías de productos, asumiendo tanto para los productos que estaba autorizada a vender en 2014-2018 (los menos demandados, como los **[CONFIDENCIAL]**), como para los que pasa a estar autorizada a vender tras 2018 (los más demandados, como

[CONFIDENCIAL]), todas las ventas de los terceros revendedores que dejan de estar autorizados para utilizar la Página Web de AMAZON en España para vender productos de la marca APPLE.

- De esta forma, si los terceros no hubieran dejado de estar autorizados, se hubiera esperado, como se dice, un reparto más equitativo de las ventas, aunque las de AMAZON hubieran aumentado también más como consecuencia del suministro directo que antes de 2018 no tenía, tal y como se aprecia en los gráficos anteriores a 2018 y la firma de los acuerdos.
- Se deduce por tanto que la causa del aumento de las ventas de productos de la marca APPLE en el mercado en línea de AMAZON es el suministro directo a AMAZON, pero no las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, que tienen el efecto, entre otros, de concentrar las ventas en AMAZON **[CONFIDENCIAL]**.

(693) La propia AMAZON era consciente de que se iba a producir este efecto (i.e. de que las ventas de los terceros revendedores se iban a reducir drásticamente, como consecuencia de su expulsión y de su capacidad para absorberlas directamente) y de que se podía beneficiar de ello logrando convertirse en distribuidor **[CONFIDENCIAL]** de APPLE, como se pone de manifiesto en el estudio interno que se hizo antes de firmar las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* al que se ha hecho previamente referencia (párrafos (309) a (315) y (611)). Ello, sin perjuicio de que, pretendidamente, AMAZON **[CONFIDENCIAL]**⁶⁴⁵.

- Alegaciones de las empresas

(694) APPLE⁶⁴⁶ y AMAZON⁶⁴⁷ rechazan en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que esta concentración de las ventas de productos APPLE en AMAZON pueda considerarse como un efecto anticompetitivo.

(695) Ambas imputadas sostienen, por un lado, que la normativa de defensa de la competencia no está concebida para proteger a los competidores por lo que no hay razones para considerar, como efecto anticompetitivo, el paso de un escenario en el que las ventas se encuentran atomizadas entre una pluralidad de distribuidores a una situación en la que éstas se concentran en un mismo distribuidor. Según las imputadas lo único relevante de cara a valorar esta circunstancia, derivada de las *Cláusulas de Brand Gating*, desde una perspectiva

⁶⁴⁵ Informe presentado por AMAZON como Documento 5 junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución titulado “Análisis Económico del Interés de Amazon en la adopción de las Cláusulas de publicidad, limitaciones al marketing y Brand Gating” (**Informe de Compass sobre el interés de Amazon en el Acuerdo Vertical**).

⁶⁴⁶ Párrafos 148 a 150 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁶⁴⁷ Párrafos 242 a 250 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

de competencia es el incremento total de las ventas realizadas en el mercado en línea de AMAZON lo que constituye una consecuencia procompetitiva⁶⁴⁸.

- (696) En relación con estas afirmaciones, de acuerdo con la teoría económica básica, el paso de una situación de oferta dispersa a un escenario de concentración de la oferta constituye a priori un efecto anticompetitivo al implicar necesariamente una disminución de las presiones competitivas a las que debe hacer frente el operador sobre el que se concentra la oferta. Ello se ve además acentuado en el presente caso, atendiendo a las características de los NAR y su papel a la hora de dinamizar competencia intramarca en el mercado en línea de AMAZON ofreciendo mejores precios (párrafos (314), (334), (611) o (642)).
- (697) Defienden asimismo las imputadas que el órgano instructor habría llevado a cabo su análisis a partir de escenario contrafactual erróneo. APPLE sostiene a este respecto que en ausencia del acuerdo no habrían podido aumentar las ventas porque habrían persistido los problemas de presentación deficiente de los productos y la desconfianza debido a las falsificaciones⁶⁴⁹. AMAZON por su parte insiste en afirmar que en ausencia del acuerdo no se habría producido ese incremento de las ventas de productos APPLE en su mercado en línea al no haber obtenido acceso, como distribuidor, al catálogo completo de productos ni a su suministro directo por APPLE⁶⁵⁰.
- (698) Frente a estas alegaciones, debe incidirse, en primer lugar, en que dicho aumento de las ventas de productos APPLE en AMAZON no deriva de las cláusulas de *Brand Gating* sino del suministro directo del catálogo completo de productos APPLE a AMAZON.
- (699) Respecto a que no se habría producido dicho incremento de no haberse puesto fin a los problemas de falsificación y deficiente presentación, tal y como se ha abordado previamente, los problemas de falsificación resultaban limitados y afectaban de forma casi exclusiva a los accesorios y no a los productos estrella de APPLE y, en cualquier caso, podrían haberse enfrentado con medidas menos lesivas para la competencia intramarca que las Cláusulas de Exclusión (párrafos (581) a (596)).
- (700) AMAZON defiende, por otro lado, que las conclusiones de la Propuesta de Resolución en cuanto a la concentración de la venta de productos en AMAZON como resultado de los acuerdos es errónea pues la DC habría ignorado, en su

⁶⁴⁸ Párrafo 148 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución y párrafo 236 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución y párrafo 93 del Informe Complementario de Brattle.

⁶⁴⁹ Párrafo 149 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁶⁵⁰ Párrafo 236 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

análisis, lo sucedido con los productos **[CONFIDENCIAL]** dentro de su propio mercado en línea antes de la firma de los acuerdos controvertidos⁶⁵¹.

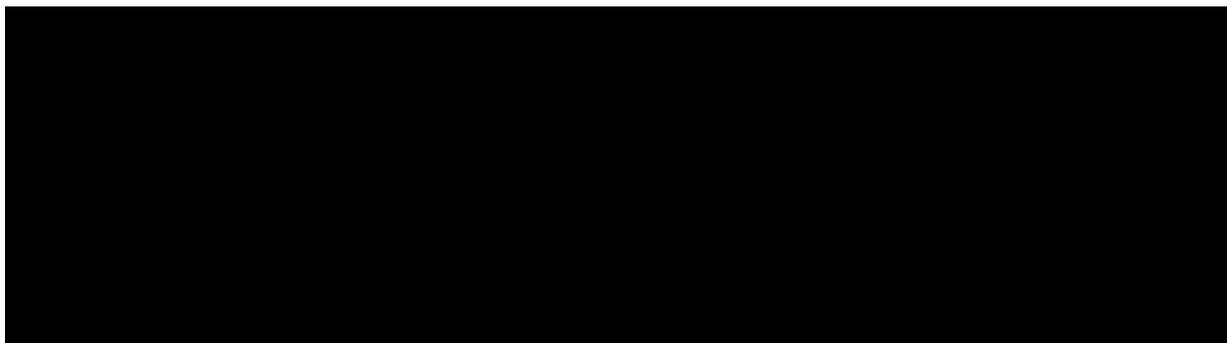
- (701) Lo anterior en ningún caso invalida el análisis del órgano instructor. El que las ventas de productos **[CONFIDENCIAL]** ya se concentrase en AMAZON como distribuidor de APPLE dentro de su mercado en línea podía deberse a múltiples factores (un acceso más limitado a los mismos por parte del resto de revendedores; que AMAZON hubiese logrado un abastecimiento ventajoso en términos de descuentos por parte de algún mayorista de APPLE, etc.) y resulta irrelevante para el análisis contrafactual de lo que habría sucedido en ausencia de los acuerdos.
- (702) Lo significativo es lo que se sucede respecto de aquellos productos para los que se produce un cambio de patrón en la concentración de las ventas correlativo a la aplicación de las Cláusulas de Exclusión (iPhones, iPads, AirPods). Nótese, adicionalmente, que, tal y como ya se ha abordado previamente, la propia AMAZON llevó a cabo internamente un estudio contrafactual prospectivo, datado de agosto de 2018, en el que comparaba la situación previa a la firma de los acuerdos con la previsión de las variaciones respectivas de las ventas de productos APPLE por parte de terceros revendedores y la propia AMAZON en su mercado en línea (párrafos (309) a (315)). En dicho estudio se concluyó claramente este efecto de la concentración de las ventas en AMAZON como consecuencia de la expulsión de los terceros revendedores afectados por la Cláusula de exclusión que los datos han venido a confirmar y que AMAZON pretende negar ahora.
- (703) Asimismo, AMAZON insiste nuevamente en que su negocio principal proviene de los ingresos que obtiene de los terceros revendedores y que las cláusulas de Exclusión no fueron decisión suya, sino una imposición de APPLE.
- (704) A ello procede contestar que, con independencia de haber participado o no en su configuración, lo cierto es que AMAZON aceptó las Cláusulas de *Brand Gating* –pese a contar, además, con un importante poder de negociación– y fue la responsable de su aplicación. Sobre que ello iría en contra de sus intereses considerando la naturaleza de su negocio y sin perjuicio de que la intencionalidad anticompetitiva no constituye un elemento del tipo sancionador de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE (párrafo (599)) los hechos reflejan que AMAZON prefirió actuar como actuó porque era el curso de acción que más le interesaba económicamente. No resulta lógico pensar que, si el no desautorizar a los terceros revendedores le hubiera reportado más beneficios, no lo hubiera hecho. En cualquier caso, en un escenario sin las cláusulas controvertidas, AMAZON hubiera dispuesto de las dos vías de ingresos, las derivadas de las ventas de terceros y sus propias ventas como distribuidor de APPLE.

⁶⁵¹ Párrafos 86 a 90 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

d. Compartimentación del mercado interior

- (705) Las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* también han contribuido a compartimentar el mercado interior, limitando la venta transfronteriza de productos APPLE desde otros Estados miembros, como pone de manifiesto la siguiente tabla extraída de información aportada por la propia AMAZON:

Tabla 37. Ventas en Amazon.es de vendedores procedentes de otros Estados miembros



Fuente: anexo 28 de la contestación al RFI II AMAZON⁶⁵² (resaltado en amarillo añadido)

- (706) El primer grupo de columnas recoge el total de vendedores que realizaron ventas de productos APPLE a través de AMAZON en España (sin incluir a vendedores procedentes de España o de otros Estados fuera de la UE). El segundo grupo de columnas recoge, por su parte, los vendedores procedentes de otros países de la UE distintos de Alemania, Francia, Italia, España y Reino Unido⁶⁵³ (países de los que proceden los únicos distribuidores de APPLE inicialmente incluidos en el [CONFIDENCIAL] del ARA 2018 y por tanto autorizados a vender en Amazon.es). Por último, el tercer grupo de columnas recoge los vendedores que proceden de Alemania, Francia, Italia, España y Reino Unido de incluidos en las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*.
- (707) Se puede observar cómo, **desde 2019** (quedando algún residuo en algún año), **los vendedores de otros países de la UE prácticamente han desaparecido de la Página Web de AMAZON en España, mientras que, antes de los acuerdos, sí estaban fuertemente presentes.**
- (708) Por ejemplo, en el año de la firma de los acuerdos, 2018, se realizaron unas ventas totales de productos de la marca APPLE en AMAZON de entre [CONFIDENCIAL]. Es decir, **además de apreciarse cómo la mayoría de las ventas fueron realizadas por vendedores que dejaron de estar autorizados para vender en la Página Web de AMAZON en España tras la firma de los acuerdos, se puede observar cómo de los [CONFIDENCIAL] millones de euros de ventas totales de productos de la marca APPLE en la Página Web**

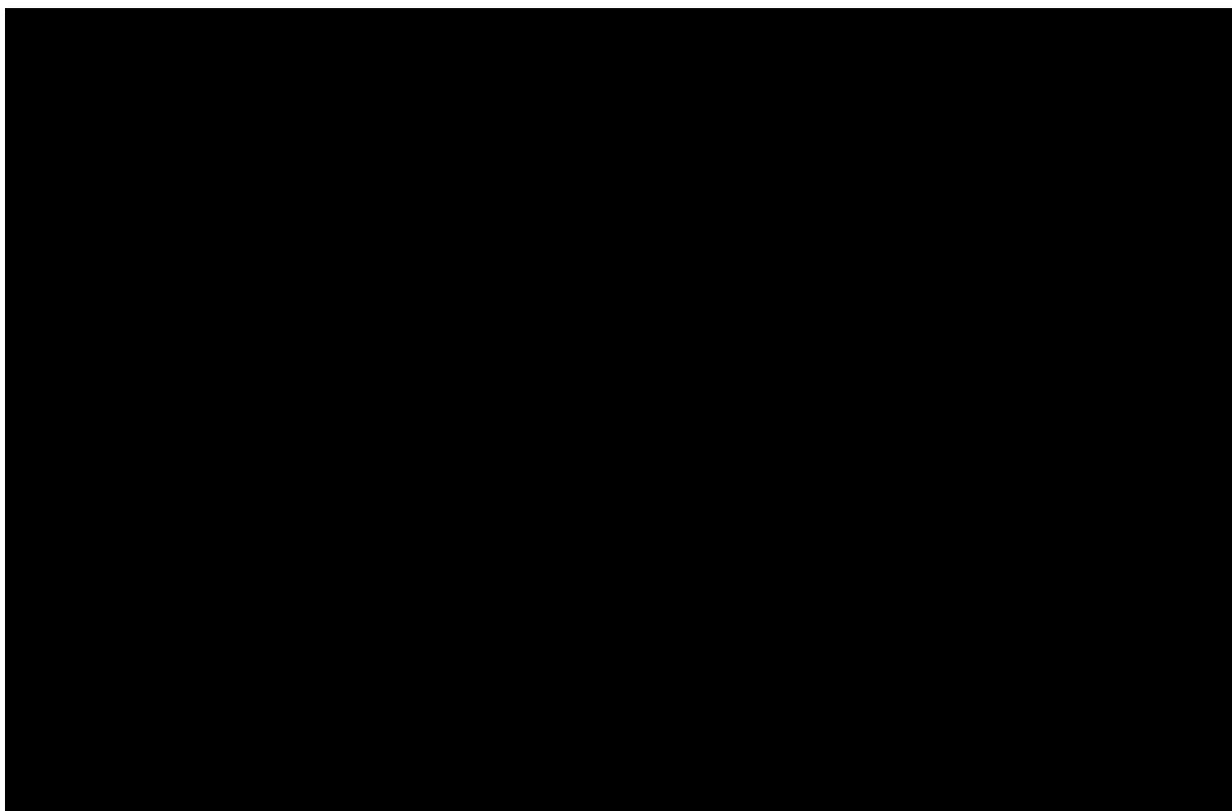
⁶⁵² Folio 2562 en su versión confidencial y 5515 en su versión no confidencial.

⁶⁵³ Antes de la salida de Reino Unido de la UE.

de **AMAZON** en España en 2018, entre **[CONFIDENCIAL]** millones⁶⁵⁴ fueron realizados por vendedores procedentes de otros países de la UE distintos de España.

- (709) Por otro lado, la compartimentación del mercado interior también se pone de manifiesto respecto de los distribuidores autorizados de **APPLE** (APR, AAR y Minoristas). Ello puede observarse comparando el número total de distribuidores autorizados de **APPLE** y el número de éstos que estaba autorizado a utilizar las Páginas Web de **AMAZON** en distintas jurisdicciones:

Tabla 38. Distribuidores autorizados de **APPLE** incluidos en el **[CONFIDENCIAL]** del ARA



- (710) Como puede apreciarse, si se observa la categoría “Resto de Estados miembros de la UE”, que reúne las jurisdicciones en las que **AMAZON** no disponía de web propia en el momento de la firma del GTA y ARA 2018⁶⁵⁵, **APPLE** disponía de un número total de entre **[20-30]** APRs, **[70-80]** AAR, y **[40-50+]** Minoristas (denominados “Retailers” en la tabla), de los cuales ninguno estaría autorizado para utilizar las Páginas Web de **AMAZON**.

⁶⁵⁴ Entre **[CONFIDENCIAL]** millones realizados por los vendedores que se han identificado previamente en el párrafo.

⁶⁵⁵ Esto es, todos los países que componen la UE menos Francia, Alemania, Italia, España y Reino Unido, añadiendo a las mismas Países Bajos y Suecia.

- (711) Aunque APPLE ha sostenido durante la instrucción que los APR del “Resto de Estados miembros de la UE” habrían sido autorizados para vender en AMAZON de haber cursado una solicitud, la realidad es que ninguno de ellos lo estaba cuando se firmaron los acuerdos y, además, si se tiene en cuenta la literalidad del GTA y del ARA 2018, no estarían autorizados a utilizar las Páginas Web de AMAZON, al no encontrarse entre los revendedores incluidos en el **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018.
- (712) Además, los APR (que son el grupo más numeroso) y los Minoristas del “Resto de Estados miembros de la UE”, se habrían visto privados de la posibilidad de utilizar las Páginas Web de AMAZON (como se refleja con el ejemplo de **[CONFIDENCIAL]**, los operadores italianos consultados), lo que claramente afectó a la capacidad de los mismos de vender en otras jurisdicciones y, por tanto, al comercio transfronterizo.
- (713) Así, **en ausencia de los acuerdos, los vendedores de otros países de la UE⁶⁵⁶, que en la actualidad han desaparecido de la Página Web de AMAZON en España, no hubieran resultado expulsados del canal** (i.e. dejado de estar autorizados para vender productos de la marca APPLE en AMAZON) y en consecuencia hubiesen seguido ejerciendo presión competitiva en la página de Amazon.es desde otros Estados Miembros.

- **Alegaciones de las empresas**

- (714) Tanto APPLE⁶⁵⁷ como AMAZON⁶⁵⁸ rechazan en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* hayan generado el mencionado efecto de compartimentación del mercado interior.
- (715) APPLE defiende que las Cláusulas de *Brand Gating* han limitado el número de revendedores autorizados a vender en AMAZON con independencia de su país de establecimiento⁶⁵⁹ y que no se restringió la capacidad de los revendedores para llevar a cabo ventas transfronterizas de sus productos APPLE a través de otros canales alternativos *online* u *offline*⁶⁶⁰. De lo anterior concluye que el impacto sobre el comercio entre Estados miembros estaría asociado meramente a la reducción del número de revendedores⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ Todos los revendedores oficiales de APPLE menos los APR incluidos en la lista del **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018 (i.e. los APR de otros Estados miembros distintos de los incluidos en el mencionado **[CONFIDENCIAL]**; y los AAR y los Minoristas con independencia del Estado miembro de la Unión Europea en el que estuvieran establecidos); y, desde entonces, solo los NAR.

⁶⁵⁷ Párrafos 151 a 154 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁶⁵⁸ Párrafos 242 a 250 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁶⁵⁹ Párrafo 151 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁶⁶⁰ Párrafo 152 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁶⁶¹ Párrafo 154 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

- (716) Esta Sala no puede acoger las mencionadas alegaciones de APPLE ya que claramente se produce una limitación al uso del mercado en línea de AMAZON en función del Estado miembro de origen de los revendedores. Ello en la medida en que, **con la firma de los acuerdos, únicamente se autorizaba el uso de las web de AMAZON a determinados distribuidores procedentes de una lista limitativa de Estados miembros (Alemania, Francia, Italia, España y Reino Unido). Aquellos distribuidores presentes en el resto de los 22 Estados miembros que conformaban la UE antes del Brexit, aun tratándose de APR, no podían hacer uso del mercado en línea de AMAZON por el hecho de estar establecidos en un determinado país de la UE y no en otro.**
- (717) Tampoco cabe considerar que otros canales ya sea en línea o fuera de línea pudieran servir de alternativa viable a AMAZON para la realización de ventas transfronterizas por los motivos que ya se han expuesto (véanse por ejemplo los párrafos (96), (122) (148) a (161), (665) a (672) o (680)), especialmente en el caso de distribuidores de menor tamaño sin presencia de instalaciones o representación física en España. Esto último se refleja, de hecho, en las respuestas de los NAR italianos **[CONFIDENCIAL]** que dejaron de vender en España tras los acuerdos. Además, las consecuencias de esta limitación de las ventas transfronterizas tienen un impacto significativo en España pues, como se ha visto a partir de la tabla 38 supra, la mayoría de las ventas de productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España provenían de vendedores localizados en otros Estados miembros que dejaron de estar autorizados para utilizar este canal desde los acuerdos.
- (718) APPLE insiste, asimismo, en su argumento de que la muestra de opiniones de distribuidores de APPLE sobre las que la DC habría basado sus conclusiones es demasiado pequeña como para resultar representativa tratando de desacreditar las respuestas de los NAR italianos **[CONFIDENCIAL]** a las que acaba de hacerse referencia⁶⁶². Debemos responder, nuevamente, que las contestaciones de los NAR a los requerimientos de la DC no se han empleado más que como un elemento de apoyo para ilustrar conclusiones alcanzadas a partir de datos objetivos aportados en gran parte por las propias empresas imputadas.
- (719) AMAZON, por su parte, alega que la DC habría confundido la afectación sobre el comercio entre Estados miembros –criterio jurisdiccional de la aplicación del artículo 101 del TFUE– con la compartimentación del mercado interior como efecto contrario al artículo 101 del TFUE⁶⁶³. Sostiene, asimismo, AMAZON, que la mera compartimentación del comercio dentro del mercado interior no puede considerarse como un efecto restrictivo de la competencia si no se acredita que ello ha traído consecuencias concretas en algún parámetro de competencia como el precio, la cantidad o la calidad. En particular según los expertos económicos de AMAZON la compartimentación del mercado interior como efecto

⁶⁶² Párrafo 153 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁶⁶³ Párrafo 242 a 244 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

restrictivo implicaría que “*las diferencias de precios entre Estados miembros cambian sistemáticamente como resultado del comportamiento. Si había una diferencia en precio dada antes de que se impusiera la restricción, entonces deberíamos ver que la diferencia de precio cambia después de que se imponga la restricción*”. AMAZON habría demostrado, a este respecto, que no se produjeron tales efectos⁶⁶⁴.

- (720) Esta Sala tampoco puede acoger dichos planteamientos. Si bien la “afectación” actual o potencial al comercio entre Estados miembros, considerada en abstracto, constituye un requisito para que resulten de aplicación los artículos 101 y 102 del TFUE –cuestión que se analiza aparte en la presente resolución (apartado 5.2.2.2)–, no es menos cierto que cuando esa afectación se concreta en una limitación de los intercambios transfronterizos se está ante una modalidad del tipo infractor del artículo 101 del TFUE trascendiéndose el mero criterio jurisdiccional de su posible aplicación al caso.
- (721) Al contrario de lo que pretende AMAZON, la propia limitación de los intercambios transfronterizos debe calificarse como un efecto restrictivo de la competencia en el sentido del artículo 101 del TFUE sin que sea exigible demostrar, además, sus consecuencias concretas en los precios u otros parámetros. El TJUE ha afirmado claramente, en este sentido: “**los contratos cuyo propósito es compartimentar los mercados con arreglo a las fronteras nacionales o que dificultan la interpenetración de los mercados nacionales pueden considerarse, habida cuenta tanto de los objetivos que pretenden alcanzar como del contexto económico y jurídico en el que se inscriben, acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia** en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1”⁶⁶⁵ (énfasis añadido).
- (722) En el presente caso ha podido constatarse que la mayoría de las ventas de productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España provenían de vendedores localizados en otros Estados Miembros que dejaron de estar autorizados para utilizar este canal desde los acuerdos, por lo que necesariamente los acuerdos han dificultado la interpenetración de los mercados nacionales (párrafos (283) a (287) y (532) a (545)).
- (723) Deben, por tanto, rechazarse las alegaciones de las imputadas mediante las que tratan de negar que las Cláusulas de *Brand Gating* hayan generado el efecto restrictivo de la competencia consistente en la compartimentación del mercado interior.

⁶⁶⁴ Párrafos 245 a 250 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁶⁶⁵ Ver párrafo 84 de C-132/19 P - *Groupe Canal +/Comisión*, ECLI:EU:C:2020:1007.

e. Efectos en los PVPs de productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España

- (724) El impacto que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* entre AMAZON y APPLE hayan tenido sobre los precios de productos de la marca APPLE vendidos en la Página Web de AMAZON en España se puede aproximar mediante el análisis del Indicador del Precio Relativo (“IPR”) (ver **Anexo 3** de la Resolución⁶⁶⁶ para una explicación detallada sobre su elaboración y utilización y la respuesta más adelante en este mismo apartado a las alegaciones formuladas por AMAZON y APPLE a la metodología propuesta).
- (725) Este indicador se define como el cociente entre: (i) el precio medio ponderado de un producto de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España⁶⁶⁷; y (ii) el precio medio ponderado del mismo producto en la tienda en línea de APPLE; y muestra si el precio relativo de un determinado producto o categoría de producto de la marca APPLE ha aumentado o disminuido en la Página Web de AMAZON.
- (726) Así, si se calcula el IPR de un producto de la marca APPLE en dos períodos de tiempo distintos y se observa un incremento de su valor entre éstos, puede afirmarse que el producto se ha encarecido en la Página Web de AMAZON en términos relativos.
- (727) De acuerdo con la anterior definición, como se demuestra a continuación, en general, los productos de la marca APPLE comercializados en la citada plataforma se habrían encarecido en términos relativos como consecuencia de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*.
- (728) Como se ha adelantado, el análisis realizado consiste en la comparación del nivel del IPR antes y después del 5 de enero de 2019⁶⁶⁸ y se ha llevado a cabo teniendo en cuenta tres niveles distintos de agregación de productos de la marca APPLE: (i) nivel general (i.e. incluyendo la totalidad de productos de la marca APPLE vendidos en la Página Web de AMAZON en España antes y después de acuerdo⁶⁶⁹); (ii) nivel de categoría de productos (i.e. distinguiendo entre

⁶⁶⁶ Correspondiente al Anexo 3 a la Propuesta de Resolución.

⁶⁶⁷ Específicamente se trata de un precio medio ponderado por la facturación en la Página Web de AMAZON en España, es decir, es una media de los precios aplicados tanto directamente por AMAZON como por terceros vendedores en la Página Web de AMAZON en España para un determinado producto de la marca APPLE, ponderada por la facturación derivada de las ventas de dicho producto obtenida por cada uno de ellos.

⁶⁶⁸ Fecha en la que finaliza el período de gracia concedido por AMAZON a los terceros revendedores que dejarían de estar autorizados para vender en su Página Web en España para liberarse de su stock almacenado por AMAZON desde la firma del GTA y ARA 2018 el 31 de octubre de 2018.

⁶⁶⁹ Los productos incluyen: iPhone, iPad, MacBook, Mac, Apple Watch y AirPods (por tanto, se han excluido los accesorios).

[CONFIDENCIAL] etc.); y (iii) nivel de producto individual (por ejemplo, **[CONFIDENCIAL]** etc.).

- (729) A su vez, se ha realizado este análisis teniendo en cuenta cuatro ventanas temporales distintas que toman como referencia el 5 de enero de 2019 y que abarcan: (i) toda la información disponible en los dos años anteriores y posteriores a dicha fecha (i.e. 2017 y 2018 frente a 2019 y 2020); (ii) toda la información disponible en el año anterior y posterior a dicha fecha (es decir, en 2018 frente a 2019); (iii) toda la información disponible entre el segundo semestre de 2018 y el primero de 2019; y (iv) toda la información disponible del último trimestre de 2018 y el primero de 2019.
- (730) En todos los casos anteriores sólo se han tenido en cuenta los productos disponibles antes y después del 5 de enero de 2019. La muestra abarca, por tanto, un máximo de **[80-90]** productos de la marca APPLE en el caso de la ventana temporal más amplia y un mínimo de **[70-80]** en el caso de la más estrecha (para más información sobre la metodología y datos utilizados, véase el Anexo 3 de la presente resolución).
- (731) **Apple alega que la DC no ha probado correctamente los efectos anticompetitivos de la limitación Marketplace.** El análisis de efectos sería erróneo porque ignora los efectos de la falsificación, no tiene en cuenta los mercados de referencia en los que compite APPLE y define incorrectamente el mercado de referencia ya que solo tiene en cuenta ventas online cuando a su juicio no se debería realizar una distinción entre canales online y offline.
- (732) Considera que la reducción del número de revendedores en los Marketplace Amazon no debería generar efectos anticompetitivos ya que los volúmenes de productos APPLE aumentaron desde 2018, se ha producido una mejora en la calidad y seguridad y la competencia intramarca e intermarca han seguido ejerciendo una presión competitiva excluyendo cualquier posible efecto anticompetitivo derivado de la limitación Marketplace.
- (733) A su juicio no hay pérdida de un importante canal de ventas por parte de los NAR, ni una concentración de las ventas en AMAZON. La DC ha tratado de probar la existencia de efectos anticompetitivos sobre la base de sólo 4 de los **[1.150-1.250]** revendedores activos en AMAZON, es decir, menos de un **[0-5]**% del total. También critica que los gráficos que aparecen en la Propuesta de Resolución solo se refieren a un NAR de un total de más de **[1.150-1.250]**.
- (734) En definitiva, considera que un único marketplace que carece de interés para la inmensa mayoría de los revendedores no puede calificarse de importante canal de ventas y considera que se ha producido un incremento total de los volúmenes vendidos en Amazon.

- (735) Asimismo, considera que no hubo impacto en el comercio intracomunitario ya que la limitación impuesta en el mercado en línea de AMAZON es independiente de que los revendedores estuvieran establecidos en España o en cualquier otro lugar. Además, critica que la conclusión de la DC está sesgada porque solo se basa en respuestas de dos NAR italianos frente a los miles que están activos en el mercado en línea de AMAZON.
- (736) Considera que el informe de la DC basado en el IPR no es apto para demostrar ningún efecto anticompetitivo dado que la metodología adoptada por la DC es defectuosa. APPLE critica la conclusión con respecto al incremento global de precios, basándose en el informe LEAR que afirmaba que existían diferencias en las muestras antes y después de la limitación marketplace y criticaba que no se hubiera controlado la presencia de productos APPLE falsificados y su reducción después de la limitación. También considera que la DC no ha controlado adecuadamente la vida del producto y no ha hecho ningún intento de identificar el efecto causal del Acuerdo sobre los precios de los productos APPLE.
- (737) Finalmente, considera que la DC no ha hecho un análisis contrafactual adecuado en términos de volumen de ventas de productos APPLE y de reducción de los problemas de falsificación y de pobre experiencia de compra de cliente. A su juicio no se ha tenido en cuenta el *test de Posner* realizado⁶⁷⁰ que demuestra que cualquier reducción de la competencia provocada por la limitación marketplace ha sido compensada por sus efectos procompetitivos.
- (738) APPLE considera, en contra de lo afirmado por la Propuesta de Resolución, que no hay pérdida de un importante canal de ventas por parte de los NAR y tampoco concentración de las ventas en AMAZON. Sin embargo, en el apartado 6.1.3.2.3.2.4.2. *Cambio en el medio electrónico principal para vender productos de la marca APPLE* de la Propuesta de Resolución (páginas 216 y 217) aparecen tablas donde se puede apreciar que el principal canal de venta es el de los mercados en línea hasta 2018, mientras que tras la entrada en vigor de las limitaciones Marketplace se produce un desvío hacia la web propia de los vendedores, que además ven como disminuye la facturación derivada de los productos APPLE año tras año, es decir, no recuperan lo perdido por su expulsión del Amazon marketplace vendiendo productos de la marca APPLE en otros canales. De no haber sido el marketplace de AMAZON un canal relevante, se hubiera esperado, por el contrario, que el revendedor pudiera haber orientado las ventas que realizaba en AMAZON con éxito hacia otros canales, como su propia web, sin que se hubiesen resentido los ingresos derivados de la venta de estos productos, pero, como se ha explicado, este no ha sido el caso.

⁶⁷⁰ Según el cual un acuerdo vertical que incrementa la producción del mercado se traduce en un incremento del excedente percibido por los consumidores, lo que probaría los efectos procompetitivos del acuerdo.

- (739) Las alegaciones contra la definición de mercado no son aceptables. La segmentación realizada se encuentra justificada en el apartado 4 de la Propuesta de Resolución (páginas 22 a 85 de la PR).
- (740) Por otro lado, en el caso de los NAR italianos que respondieron al requerimiento, la totalidad de sus ventas en España se realizaba a través de la Página Web de AMAZON en España y, desde la entrada en vigor de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, que provocó su expulsión de AMAZON, la facturación de las empresas en España ha sido cero. De no haber sido la Página Web de AMAZON un canal relevante, se hubiera esperado, por el contrario, que dichas empresas pudieran haber desviado sus ventas a otros canales y que hubieran podido generar ingresos derivados de la venta de productos de la marca APPLE en España, pero este no ha sido el caso.
- (741) APPLE considera que la muestra de NAR es demasiado reducida y por tanto no representativa de los **[1.150-1.250]** NAR de productos APPLE, por lo que supuestamente no se podría llegar a ninguna conclusión. Esta alegación ya fue respondida en el párrafo 727 de la PR, donde se indicaba que, por un lado, estos NAR eran precisamente los 10 NAR más representativos por volumen de ventas (porque, según la propia AMAZON eran los principales vendedores por importe de ventas). Por otro lado, interesa destacar que APPLE trata con esta alegación de diluir la importancia de estos revendedores tomando en consideración todos los canales de ventas de productos APPLE, tanto en línea como fuera de línea, lo que no es aceptable porque los efectos de las conductas solo afectan al mercado en línea.
- (742) También cuestiona APPLE los argumentos utilizados por la PR para defender que AMAZON sea un importante canal de ventas para los NAR y demostrar la existencia de efectos anticompetitivos, puesto que se apoyan en un NAR solamente y porque AMAZON representa un porcentaje muy reducido de las ventas totales de APPLE. Pero esto no puede aceptarse: los gráficos (vease párrafo 742 y siguientes de la PR) reflejan claramente que el comportamiento de las ventas para estos productos desde enero de 2013 hasta la fecha de firma de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* es totalmente distinto, puesto que las ventas de **[CONFIDENCIAL]** están repartidas entre los terceros vendedores y AMAZON. Solo vuelven a concentrarse en AMAZON tras la firma de los acuerdos, ya que los terceros vendedores dejan de estar autorizados para vender productos de la marca APPLE en el mercado en línea. Los mencionados gráficos corroboran que tras la firma de los acuerdos, se produce una concentración de las ventas en AMAZON en todas las categorías de productos, que asume para sí –tanto para los productos que estaba autorizada a vender en 2014-2018 (los menos demandados, como los **[CONFIDENCIAL]**), como para los que pasa a estar autorizada a vender tras 2018 (los más demandados, como los **[CONFIDENCIAL]**)– todas las ventas de los terceros revendedores que dejan de estar autorizados para utilizar la Página Web de AMAZON en España para vender productos de la marca APPLE.

- (743) La propia empresa reconoce –como puede verse en los documentos internos que se analizan en los párrafos 746 a 757 de la Propuesta de Resolución– el efecto concentración de ventas en AMAZON. Es decir, se pone de manifiesto cómo AMAZON era consciente de que las ventas de los terceros revendedores se iban a reducir drásticamente (como consecuencia de su expulsión) y de su capacidad para absorberlas y atenderlas directamente. De hecho, en los propios cálculos de AMAZON para ser **[CONFIDENCIAL]** se observa cómo cuenta con hacerse con la facturación generada por los terceros que iban a dejar de estar autorizados para vender productos de la marca APPLE en sus Páginas Web (unos **[0-500]-[500-1000]** millones de euros, generados casi en su totalidad por los NAR, que, como se ha dicho en reiteradas ocasiones, son los que más dinamizaban la competencia en el canal en España y los únicos que, en la actualidad, siguen estando no autorizados para vender productos de la marca APPLE en AMAZON).
- (744) Por otro lado, APPLE considera que no habría habido pérdida de competencia de precios a nivel intramarca, que la metodología utilizada por la DC para demostrar esto sería muy defectuosa y no permitiría determinar que la Limitación Marketplace diera lugar a precios relativos más altos de los productos Apple en el marketplace tras el acuerdo. Para ello se apoya en el informe LEAR, que sostiene que las muestras de revendedores antes y después serían divergentes, que no se habría controlado el efecto de la presencia de productos falsificados ni de la vida económica del producto, y que no se habría hecho intento alguno de identificar el efecto causal del acuerdo sobre los precios de los productos APPLE en el marketplace, concluyendo que una simple comparación de los precios relativos antes y después no demuestra nada.
- (745) Sin embargo, la Propuesta de Resolución dedica su apartado 6.1.3.2.3.2.7. *Efectos en los PVPs de productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España* (páginas 242 a 253) a justificarlo así como un documento Anexo 3⁶⁷¹ con una explicación más detallada sobre su elaboración y utilización. Tal y como se explica en detalle en la Propuesta de Resolución, se ha llevado a cabo el análisis teniendo en cuenta tres niveles distintos de agregación, así como cuatro ventanas temporales, y sólo se han tenido en cuenta los productos disponibles antes y después del 5 de enero de 2019⁶⁷². La justificación de este análisis aparece en el párrafo 782 de la Propuesta de Resolución: “*El enfoque seguido por la DC parte de un indicador que refleja las principales dinámicas competitivas que influyen en la fijación de precios de los productos de APPLE vendidos en la Página Web de AMAZON; restringe la muestra de productos a aquellos que estaban disponibles antes y después del acuerdo, **garantizando así que se***

⁶⁷¹ Anexo 3 a la Propuesta de Resolución que corresponde asimismo al Anexo 3 de la presente resolución.

⁶⁷² Fecha en la que finaliza el período de gracia concedido por AMAZON a los terceros revendedores que dejarían de estar autorizados para vender en su Página Web en España para liberarse de su stock almacenado por AMAZON desde la firma del GTA y ARA 2018 el 31 de octubre de 2018.

captura el efecto diferencial del acuerdo y se evitan posibles sesgos que se introducirían si variase el conjunto de productos vendidos; y realiza la comparación entre varios momentos del tiempo para identificar las variaciones de precios.

- (746) El enfoque alternativo de APPLE (presentado en el informe económico) se basa en la definición de grupos de control supuestamente no afectados por la conducta para estimar el efecto causal del acuerdo, pero este enfoque no es válido porque en realidad se vieron afectados por la conducta todos los productos de la marca APPLE comercializados en la Página Web de AMAZON, así como todos los vendedores de productos de la marca APPLE⁶⁷³.
- (747) En contra de la alegación de que el análisis de la DC no tendría en cuenta el efecto de la vida económica del producto, la Propuesta de Resolución (párrafo 788) explica que las particularidades que introduce el ciclo de vida en la evolución de los precios de cada producto motivan precisamente el diseño del IPR, que incorpora los precios aplicados por APPLE (y sus variaciones) en cada período de tiempo. Incluso si se aceptara la aseveración de AMAZON acerca de la necesidad de tener en cuenta la distinta antigüedad (“vintage”) de los productos de APPLE para aproximar el ciclo de vida del producto, los resultados obtenidos por la DC en su análisis continúan siendo válidos. Para demostrar este punto, se incorporó al análisis del IPR la definición de antigüedad o “vintage” utilizada por AMAZON en sus alegaciones al PCH (que son en sustancia las que repite ahora ante la Propuesta de Resolución) y se codificaron los productos, para cada período de tiempo, en sus respectivos “vintage” siguiendo el anexo técnico de informe adjuntado por AMAZON sobre efectos⁶⁷⁴. Una vez introducida esta nueva variable, se realizó la comparación entre períodos afectados utilizando las cuatro ventanas temporales empleadas en el análisis inicial de la DC. Tal y cómo se observa en la tabla de la página 248 de la Propuesta de Resolución, el IPR de los productos iPhone continúa presentando incrementos para la práctica totalidad de antigüedades (“vintage”) y ventanas temporales.
- (748) También el análisis realizado en la Propuesta de Resolución ha tenido en cuenta la posibilidad de que los aumentos del IPR de los productos afectados se hubieran producido con anterioridad a la exclusión de los terceros vendedores. En particular, por esta razón se lleva a cabo el análisis adicional contenido en la tabla 5 del Anexo 3 (ya contenida en el PCH), donde se compara el valor del IPR en el cuarto trimestre de 2018 con su valor en distintos puntos del período

⁶⁷³ Incluso los vendedores que no quedaron excluidos de la tienda de AMAZON percibieron efectos derivados el acuerdo, ya que disfrutaron de una menor presión competitiva en la comercialización de productos electrónicos de APPLE.

⁶⁷⁴ Nótese que la codificación sugerida en el informe sobre efectos adjuntado por AMAZON no incluye los productos iPhone SE2. Para evitar introducir diferencias entre ambas codificaciones, estos productos se han excluido de la muestra y, por tanto, el análisis. El impacto de la exclusión de estos productos sobre el IPR de la categoría de iPhones es mínimo.

afectado por el acuerdo anticompetitivo de AMAZON y APPLE. Este ejercicio difiere del presentado en las tablas 2, 3, y 4 (así como en la tabla 6 del Anexo 3) porque no emplea ventanas temporales distintas para evaluar el valor del IPR entre los distintos períodos, sino que realiza comparaciones directas del valor del IPR en distintos períodos. De acuerdo con este análisis (ya contenido en el PCH), en los dos años posteriores al acuerdo entre AMAZON y APPLE el IPR medio de los productos de APPLE habría sufrido un incremento del [0-10] %.

- (749) En definitiva, se constata sobre la base del análisis de los precios de los productos de la marca APPLE comercializados en la Página Web de AMAZON ESPAÑA y los precios de dichos productos en la tienda en línea de APPLE que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* han tenido el efecto de incrementar, en general, los precios relativos pagados por los consumidores por la compra de productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España en comparación con la situación que existía antes de los mismos.
- (750) También alega APPLE que no se ha llevado un análisis contrafactual adecuado teniendo en cuenta el test de Posner. No obstante, la Propuesta de Resolución ya explica en el párrafo 1027 que:

“En primer lugar, APPLE cita el artículo de Posner de 1977 titulado “The Rule of Reason And The Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision”. Este artículo se refiere a una sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos que versa sobre la aplicación de la conocida como regla de la razón (rule of reason) a ciertas restricciones verticales sobre parámetros distintos del precio. Resulta oportuno comenzar recordando que el derecho de la competencia europeo no se basa en la “rule of reason” y que ciertas restricciones verticales como la fijación de precio de reventa y otras restricciones sobre parámetros distintos del precio (restricciones a las ventas pasivas etc.) son considerados, al contrario que en EE.UU, como especialmente graves por las normas de verticales. En este sentido, la doctrina ha señalado reiteradamente que existen diferencias sustanciales en la aplicación de la política de la competencia en el ámbito europeo con respecto al norteamericano. Es también constante la jurisprudencia comunitaria que sostiene que las restricciones verticales pueden vulnerar el art. 101 TFUE⁶⁷⁵ y son muchas las decisiones que han considerado restricciones verticales como restricciones de la competencia por el objeto⁶⁷⁶.”

- (751) Por tanto, no es aplicable a este caso; pero además el propio Posner sostiene que contraponer los efectos de una reducción de la competencia intramarca a los incrementos de la competencia intermarca atribuibles a la restricción es inmanejable por su complejidad y generalmente innecesario. De hecho, lo que propone el autor es centrarse únicamente en si el propósito de las restricciones

⁶⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2966 en los asuntos acumulados 56/64 y 58/64 - Consten y Grundig/Comisión de la CEE, ECLI:EU:C:1966:41.

⁶⁷⁶ Decisiones de la CE de fecha 17 de diciembre de 2018 en el asunto AT.40428 –GUESS, de fecha 9 de julio de 2019 en el asunto AT. 40432 - Character merchandise y de fecha 25 de marzo de 2019 en el asunto AT. 40436 - ANCILLARY SPORTS MERCHANDISE.

es cartelizar la distribución, descartando como infracciones las restantes restricciones verticales⁶⁷⁷.

- (752) Por tanto, como indica la Propuesta de Resolución, el citado artículo ni establece el test que indica el informe presentado por APPLE ni resulta relevante a efectos de evaluar las prácticas objeto de este expediente con arreglo a la normativa nacional y europea de competencia que son las aplicables al presente caso.
- (753) Además, pese a adjuntar APPLE un informe económico a sus alegaciones, éste no incluye análisis empírico alguno que trate de aplicar el supuesto test de Posner al expediente de referencia.
- (754) **AMAZON vuelve a insistir en que el acuerdo vertical ha dado lugar a efectos procompetitivos.** Como ya manifestó en sus alegaciones al PCH, considera que el acuerdo dio lugar a i) una mejora de la calidad de los servicios prestados por la Amazon Store en España, ii) una reducción de precios y una mayor selección, iii) efectos positivos en el volumen de compras de productos Apple, iv) efectos positivos para otros vendedores, que aumentaron sus ventas de accesorios compatibles con Apple. Critica que la Propuesta de Resolución defienda que estos efectos se derivaron del acuerdo, pero no de las cláusulas verticales ignorando, según AMAZON, que el acuerdo no habría tenido lugar en ausencia de dichas cláusulas.
- (755) Estos argumentos deben ser nuevamente rechazados. Respecto a la mejora de la calidad de los servicios prestados por la Amazon Store, la Propuesta de Resolución ya argumentó que, pese a que la reducción de los tiempos de entrega y la información más detallada sobre los productos fueron beneficiosos para los consumidores, no puede sostenerse que el único modo de llegar a estas mejoras sea excluir a la práctica totalidad de los terceros vendedores de la Amazon Store. Por mencionar algún ejemplo, AMAZON podría haber intensificado la competencia ofreciendo su propio servicio logístico a los demás vendedores de productos APPLE, consiguiendo igualmente una mejora en el servicio sin necesidad de implementar cláusulas contrarias a la libre competencia.
- (756) En lo que se refiere a la supuesta reducción en los precios, la Propuesta de Resolución manifestó su desacuerdo con el análisis de precios propuesto por AMAZON⁶⁷⁸. La DC explicó que el indicador de “descuento” que utiliza AMAZON –definido como el cociente de (i) la diferencia entre el precio de lanzamiento de un producto en la página web de APPLE y su precio en la Página Web de AMAZON en cada período y (ii) el precio de lanzamiento del producto en la página web de APPLE– presenta una serie de deficiencias que lo invalidan para el análisis realizado por AMAZON. En primer lugar, la evolución de este indicador está inherentemente sesgada por la dinámica de precios propia de los productos

⁶⁷⁷ Véanse las páginas 17 y 20 del artículo citado por la alegante.

⁶⁷⁸ Párrafos 791 a 802 de la PR.

electrónicos, por la que el lanzamiento de nuevos productos reduce los precios de los modelos anteriores. En segundo lugar, AMAZON incluye en su análisis conceptos adicionales al precio de los productos APPLE como los costes de envío o los posibles descuentos aplicables, que no necesariamente guardan relación con la política de precios del vendedor. Por último, el período afectado definido por AMAZON exagera el impacto positivo estimado asociado con el acuerdo.

- (757) En cuanto a los efectos positivos en el volumen de compras de productos APPLE, la DC ya manifestó en la Propuesta de Resolución que no cuestionaba que tras los acuerdos se incrementara el volumen de ventas minoristas de productos APPLE en Amazon.es. Sin embargo, esto no justifica la suscripción de acuerdos anticompetitivos cuyo objeto y efecto es la supresión de la competencia en la comercialización de productos de la marca de APPLE mediante la exclusión de los terceros vendedores de su marketplace. El hecho de que un acuerdo resulte en un aumento del volumen de ventas no lo convierte necesariamente en procompetitivo. El análisis del precio relativo de los productos de APPLE en AMAZON llevado a cabo por la DC en este caso permite concluir que los consumidores adquieren los productos de APPLE a un precio relativo comparativamente mayor que antes de la implementación del acuerdo. Por tanto, aunque el aumento del volumen de producción hubiera contribuido a incrementar el volumen de productos de APPLE vendidos en AMAZON, el incremento de los precios relativos habría tenido un efecto contrario al bienestar de los consumidores.
- (758) En cualquier caso, incluso si esta Sala aceptase que el aumento del volumen de ventas es procompetitivo en sí mismo (*quod non*), hay que subrayar que existían formas alternativas de aumentar las ventas de productos APPLE en AMAZON que no implicaban la suscripción de acuerdos con cláusulas anticompetitivas por su propio objeto. AMAZON es uno de los principales proveedores de servicios de intermediación a vendedores, por lo que su actividad consiste en gran medida en fomentar el uso de su plataforma entre vendedores. De esta forma, a la vez que facilita las transacciones entre los terceros vendedores y consumidores AMAZON genera ingresos a través de las comisiones. Sin embargo, en este caso, el incentivo de convertirse en el principal vendedor de productos APPLE en su propia página web con los ingresos que ello suponía incentivó a AMAZON a ignorar una de sus principales actividades económicas –la gestión de un mercado en línea– excluyendo del mercado a la práctica totalidad de terceros vendedores de productos de APPLE en AMAZON.
- (759) Por último, en cuanto al aumento de las ventas de accesorios compatibles con productos APPLE por parte de terceros vendedores, nuevamente conviene insistir en que, si bien puede tratarse de un efecto positivo, no puede afirmarse que la exclusión del resto de vendedores era una condición necesaria para lograr dicho efecto. Además, el incremento en la venta de accesorios compatibles con productos APPLE se hubiese producido igualmente ante el incremento de las

ventas de productos APPLE independientemente de quién hubiese sido el vendedor de estos productos. En ningún caso el hecho de que AMAZON sea prácticamente el único vendedor genera más efectos positivos.

- (760) AMAZON alega que la postura de la Propuesta de Resolución por la que se rechazan todos los argumentos planteados acerca del análisis de precios no se sostiene, puesto que AMAZON habría presentado solidas pruebas económicas que acreditan que se produjo un aumento del descuento medio, de forma que los consumidores disfrutarían de precios más bajos tras el acuerdo. El Informe Complementario de Brattle afirma que la DC toma en la Propuesta de Resolución una posición defensiva para defender su análisis de IPR sin presentar ningún análisis adicional que cuestione el análisis de precios aportado por AMAZON.
- (761) Bajo esta premisa, AMAZON alega nuevamente que **[CONFIDENCIAL]**. Sin embargo, según AMAZON, la mayoría de ventas realizadas durante el período del acuerdo vertical fueron de modelos que se encontraban **[CONFIDENCIAL]**, cuyos precios descendieron tras dicho acuerdo. En definitiva, AMAZON considera que la Propuesta de Resolución ha ignorado lo que denomina “el efecto vintage”, referido al efecto de la antigüedad de los modelos sobre sus precios, al no tener en cuenta que la política de descuentos de APPLE conduce a patrones sistemáticos de precios relativos a lo largo del tiempo que no deberían interpretarse como efectos del acuerdo sobre los precios.
- (762) Las alegaciones presentadas por AMAZON respecto al análisis de precios realizado por la DC ya fueron planteadas como alegaciones al PCH y respondidas detalladamente por la DC en la PR⁶⁷⁹.
- (763) La DC valoró las alegaciones de AMAZON y repitió su análisis basado en el IPR teniendo en cuenta la antigüedad de los productos de APPLE (su “vintage”), siguiendo la definición utilizada por el Informe Brattle sobre Efectos. Sin embargo, los resultados de este análisis no modificaban las conclusiones del análisis IPR de la DC⁶⁸⁰. Los resultados mostraron que el IPR de los productos iPhone continuaba presentando incrementos para la práctica totalidad de “vintage” y de ventanas temporales analizadas⁶⁸¹.
- (764) Por tanto, la alegación de que la Propuesta de Resolución ha ignorado las anteriores alegaciones presentadas por AMAZON no puede aceptarse.
- (765) **En conclusión**, los argumentos presentados por AMAZON y APPLE no invalidan la metodología seguida por la DC para evaluar los efectos que tuvo el acuerdo de exclusión de terceros vendedores sobre los precios pagados por los clientes de productos de la marca de APPLE en la Página Web de AMAZON en España.

⁶⁷⁹ Párrafos 791 a 808 de la PR.

⁶⁸⁰ Párrafo 788 de la PR.

⁶⁸¹ Véase tabla incluida en el párrafo 788 de la PR.

- **Resultados del análisis económico**

- **Todos los productos de la marca APPLE en general**

(766) Los resultados de este análisis para el mayor nivel de agregación (i.e. el nivel general, que incluye la totalidad de productos de la marca APPLE vendidos en la Página Web de AMAZON en España) y las distintas ventanas temporales mencionadas se presentan en la siguiente tabla:

Tabla. Impacto de las conductas de AMAZON y APPLE sobre el IPR para distintas ventanas de tiempo.

Ventana temporal	Antes	Después	Variación	Resultado
Dos años antes y después ⁶⁸²	[80-85]%	[85-90]%	[0-5]%	Aumenta
Año antes y después	[80-85]%	[85-90]%	[0-5]%	Aumenta
Semestre antes y después	[85-90]%	[85-90]%	[0-5]%	Aumenta
Trimestre antes y después	[85-90]%	[85-90]%	[-5-0]%	Disminuye

Fuente: Elaboración propia a partir de información contenida en la contestación de AMAZON y APPLE a la solicitud de información de 23 de febrero y de 18 de mayo de 2022. Folios 5960 (versión confidencial de AMAZON), 6179 (correspondiente versión no confidencial del anterior archivo), 5317 (versión confidencial de APPLE) y 5588 (correspondiente versión no confidencial del anterior archivo).

(767) Tal y cómo se observa, si se tienen en cuenta todos los datos pertenecientes a los dos años anteriores y posteriores al 5 de enero de 2019, tras la firma de los acuerdos en cuestión, el IPR medio de los productos de la marca APPLE vendidos en la Página Web de AMAZON se elevó de **[80-85]** a **[85-90]**. Lo anterior, en términos porcentuales, equivale a decir que el precio relativo de todos los productos de la marca APPLE vendidos en la Página Web de AMAZON en España se incrementaron, en términos generales, en un **[0-6]**% en el periodo 2019-2020 comparado con el periodo anterior a la firma de los mencionados acuerdos (i.e. 2017 y 2018).

(768) Este resultado se mantiene para todas las ventanas temporales menos para la de menor duración, que abarca solamente el trimestre anterior y posterior al 5 de enero de 2019, donde se observa una reducción del IPR. No obstante, en ese caso, la reducción en términos absolutos es de dimensión inferior a los incrementos en términos absolutos que se producen en los análisis realizados con ventanas temporales más amplias.

(769) Por tanto, los acuerdos analizados han tenido, en términos generales, el efecto de incrementar los precios relativos de los productos de la marca APPLE vendidos en la Página Web de AMAZON (en las tres ventanas temporales

⁶⁸² Del 5 de enero de 2019 que, como se ha explicado, se toma como punto de corte para el análisis.

analizadas, con la única excepción de si se utiliza una ventana temporal trimestral, que es la más reducida).

- Categorías de productos de la marca APPLE

(770) Los resultados del análisis para el siguiente nivel de desagregación, esto es, teniendo en cuenta las distintas categorías de productos de la marca APPLE, se presentan en la siguiente tabla:

Tabla 39. Impacto de las conductas de AMAZON y APPLE sobre el IPR para distintas ventanas de tiempo, según categoría de productos.

Período	Categoría	IPR antes	IPR después	Variación (%)	Efecto en el IPR
Dos años antes y después ⁶⁸³	AirPods	[90-95]	[90-95]	[0-5]%	Aumenta
	Apple TV	[95-100]	[95-100]	[0-5]%	Aumenta
	Apple Watch	[85-95]	[90-95]	[0-5]%	Aumenta
	Beats	[75-80]	[80-85]	[5-10]%	Aumenta
	iPad	[90-95]	[90-95]	[-5-0]%	Disminuye
	iPhone	[80-85]	[85-90]	[5-10]%	Aumenta
Año antes y después	AirPods	[85-90]	[90-95]	[0-5]%	Aumenta
	Apple TV	[95-100]	[95-100]	[0-5]%	Aumenta
	Apple Watch	[95-100]	[90-95]	[-5-0]%	Disminuye
	Beats	[75-80]	[85-90]	[10-15]%	Aumenta
	iPad	[90-95]	[90-95]	[-5-0]%	Disminuye
	iPhone	[80-85]	[85-90]	[5-10]%	Aumenta
Semestre antes y después	AirPods	[85-90]	[90-95]	[0-5]%	Aumenta
	Apple TV	[95-100]	[95-100]	[-5-0]%	Disminuye
	Apple Watch	[95-100]	[95-100]	[-5-0]%	Disminuye
	Beats	[75-80]	[80-85]	[5-10]%	Aumenta
	iPad	[90-95]	[90-95]	[-5-0]%	Disminuye
	iPhone	[80-85]	[85-90]	[0-5]%	Aumenta
Trimestre antes y después	AirPods	[90-95]	[90-95]	[0-5]%	Aumenta
	Apple TV	[95-100]	[90-95]	[-5-0]%	Disminuye
	Apple Watch	[95-100]	[95-100]	[-5-0]%	Disminuye
	Beats	[70-75]	[80-85]	[5-10]%	Aumenta
	iPad	[90-95]	[90-95]	[0-5]%	Aumenta

⁶⁸³ Del 5 de enero de 2019 que, como se ha explicado, se toma como punto de corte para el análisis.

Período	Categoría	IPR antes	IPR después	Variación (%)	Efecto en el IPR
	iPhone	[85-90]	[85-90]	[-5-0]%	Disminuye

Fuente: Elaboración propia a partir de información contenida en la contestación de AMAZON y APPLE a la solicitud de información de 23 de febrero y de 18 de mayo de 2022. Folios 5960 (versión confidencial de AMAZON), 6179 (correspondiente versión no confidencial del anterior archivo), 5317 (versión confidencial de APPLE) y 5588 (correspondiente versión no confidencial del anterior archivo).

- (771) Tal y cómo se observa, si se tienen en cuenta todos los datos de los dos años anteriores y posteriores al 5 de enero de 2019, tras la firma de los acuerdos en cuestión, el IPR medio de los productos de la marca APPLE vendidos en la Página Web de AMAZON se incrementó en 5 de las 6 categorías de productos consideradas. Lo anterior, en términos porcentuales, equivale a decir que los precios relativos de 5 de 6 categorías de productos de la marca APPLE vendidos en la Página Web de AMAZON en España se incrementaron en el periodo 2019-2020 comparado con el periodo anterior a la firma de los mencionados acuerdos (i.e. 2017 y 2018). En concreto, el mayor incremento se dio en la categoría de productos Beats (en la que los precios relativos medidos por el IPR se incrementaron de media en un **[5-10]%**), seguido de la categoría de productos iPhone (en un **[5-10]%**), Apple Watch (en un **[0-5]%**), Apple TV (en un **[0-5]%**) y AirPods (en un **[0-5]%**). La categoría cuyo IPR disminuyó fue la correspondiente a los productos iPad (cuyos precios relativos disminuyeron de media en un **[0-5]%**).
- (772) Conforme se reduce la ventana temporal, el número de categorías de productos de la marca APPLE que sufren incrementos del IPR disminuye. Así, los resultados para el año anterior y posterior muestran que los precios se incrementaron, en general, en 4 de 6 categorías de productos, mientras que para el semestre anterior y posterior y para el trimestre anterior y posterior al 5 de enero de 2019 los precios relativos se incrementaron en 3 de las 6 categorías. De nuevo, cabe destacar que el valor absoluto de las variaciones que presentan las categorías cuyo IPR disminuyó es inferior que el de la mayoría de los incrementos calculados.
- (773) Por tanto, también en el caso de que se consideren categorías de productos de la marca APPLE y no todos los productos de dicha marca en general, se puede observar cómo los acuerdos analizados han tenido el efecto de incrementar el precio relativo de los productos de la marca APPLE vendidos en la Página Web de AMAZON, con independencia de la ventana temporal considerada, al menos en 3 de 6 categorías de productos, incrementándose dicha cifra a 5 de 6 categorías si se comparan los datos correspondientes a los dos años anteriores y posteriores al 5 de enero de 2019.

- Productos de la marca APPLE a nivel individual

(774) Los resultados del análisis a nivel de producto individual se resumen en la siguiente tabla⁶⁸⁴, donde se recoge para cada categoría de producto de la marca APPLE el número de productos individuales analizados que habrían visto aumentar o disminuir sus IPRs:

Tabla 40. Resumen de los resultados del análisis del IPR para distintas ventanas de tiempo y para cada producto de APPLE.

	Categorías	Aumenta	Disminuye
Dos años antes y después ⁶⁸⁵	Airpods	[0-5]	[0-5]
	Apple TV	[0-5]	[0-5]
	Apple Watch	[0-5]	[5-10]
	Beats	[5-10]	[0-5]
	iPad	[5-10]	[20-25]
	iPhone	[10-15]	[15-20]
	Total	[35-40]	[50-55]
Año antes y después	Airpods	[0-5]	[0-5]
	Apple TV	[0-5]	[0-5]
	Apple Watch	[0-5]	[5-10]
	Beats	[5-10]	[0-5]
	iPad	[5-10]	[20-25]
	iPhone	[10-15]	[15-20]
	Total	[35-40]	[45-50]
Semestre antes y después	Airpods	[0-5]	[0-5]
	Apple TV	[0-5]	[0-5]
	Apple Watch	[0-5]	[5-10]
	Beats	[5-10]	[0-5]
	iPad	[10-15]	[15-20]
	iPhone	[10-15]	[10-15]
	Total	[35-40]	[45-50]
Trimestre antes y después	Airpods	[0-5]	[0-5]
	Apple TV	[0-5]	[0-5]
	Apple Watch	[0-5]	[5-10]
	Beats	[5-10]	[0-5]
	iPad	[10-15]	[10-15]
	iPhone	[5-10]	[15-20]
	Total	[30-35]	[40-45]

⁶⁸⁴ Para un análisis más detallado, véase el anexo 3 del PCH y sus apéndices.

⁶⁸⁵ Del 5 de enero de 2019 que, como se ha explicado, se toma como punto de corte para el análisis.

Fuente: Elaboración propia a partir de información contenida en la contestación de AMAZON y APPLE a la solicitud de información de 23 de febrero y de 18 de mayo de 2022. Folios 5960 (versión confidencial de AMAZON), 6179 (correspondiente versión no confidencial del anterior archivo), 5317 (versión confidencial de APPLE) y 5588 (correspondiente versión no confidencial del anterior archivo).

- (775) En el caso de la ventana temporal más amplia, que incluye el análisis de **[85-90]** productos individuales, en **[35-40]** productos de la marca APPLE el IPR habría aumentado, es decir, que dichos productos se habrían encarecido en la Página Web de AMAZON en España en comparación con los mismos productos en la tienda en línea de APPLE tras el 5 de enero de 2019 (i.e. tras la exclusión de los terceros vendedores).
- (776) Por el contrario, para **[50-55]** productos el IPR se habría reducido (y, por tanto, se habrían abaratado respecto a la tienda en línea de APPLE). Conforme se reduce la duración de la ventana temporal, se observa un menor número de productos cuyo IPR disminuye, mientras que el número de productos cuyo IPR aumenta se mantiene relativamente constante entre **[30-35]** y **[35-40]**⁶⁸⁶.
- (777) Centrando el análisis en la ventana temporal más amplia (i.e. los dos años anteriores y posteriores al 5 de enero de 2019), el número de productos cuyo IPR presenta reducciones es superior al número de productos con aumentos de su IPR. Este resultado podría contrastar con el dato que se ha dado *supra* del análisis agregado según el cual, si se tienen en cuenta todos los productos de la marca APPLE disponibles antes y después del 5 de enero de 2019, el IPR de los productos de la marca APPLE se incrementó, en general, en un **[5-10]**% en el periodo 2019-2020 comparado con el periodo anterior a la firma de los mencionados acuerdos (i.e. 2017 y 2018) en la Página Web de AMAZON.
- (778) Sin embargo, cabe destacar que la comparación directa del número de productos individuales con o sin aumentos obvia dos circunstancias relevantes para el cálculo y la interpretación del IPR: (i) en primer lugar, obvia que no todos los productos individuales reciben la misma ponderación en su cálculo, puesto que la facturación oscila notablemente entre los distintos productos vendidos de la marca APPLE; y (ii) en segundo lugar, obvia también la dimensión de las variaciones del IPR, que también son heterogéneas entre productos. En este sentido, se observa en los resultados del análisis pormenorizado incluido en el **Anexo 3** de la presente resolución⁶⁸⁷ y sus apéndices, que los productos cuyo IPR aumenta presentan variaciones del IPR con mayor valor absoluto y, en términos generales, tienen mayor ponderación.

⁶⁸⁶ El número de productos totales analizado en cada ventana temporal (por ejemplo, los **[85-90]** productos analizados en todo el periodo 2017-2020) es distinto porque el número de productos de la marca APPLE que existe en cada ventana temporal varía.

⁶⁸⁷ Corresponde asimismo al anexo 3 del PCH y de la Propuesta de Resolución.

- Conclusiones sobre los efectos en los precios

(779) En conclusión, se constata sobre la base del análisis de los precios de los productos de la marca APPLE comercializados en la Página Web de AMAZON ESPAÑA y los precios de dichos productos en la tienda en línea de APPLE, que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* han tenido el efecto de incrementar, en general, los precios relativos pagados por los consumidores por la compra de productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España en comparación con la situación que existía antes de los mismos.

• Alegaciones de APPLE respecto a su derecho de defensa en el acceso a la “sala de datos”

(780) APPLE alega una vulneración de sus derechos de defensa por no haber podido acceder eficazmente a los datos confidenciales de AMAZON utilizados por el órgano instructor en su análisis de precios⁶⁸⁸.

(781) Procede recordar, a este respecto, que tal y como se relata en los antecedentes de hecho (párrafos (8) a (13)), APPLE presentó, el 8 de agosto de 2022, una solicitud de acceso a una sala de datos⁶⁸⁹ (*data room*) con toda la información confidencial utilizada por la DC para concluir la existencia de efectos anticompetitivos (en particular los contenidos en el Anexo 3).

(782) El órgano instructor denegó inicialmente el acceso a la sala de datos⁶⁹⁰ (el 12 de agosto), señalando que APPLE no había realizado una justificación motivada y pormenorizada de por qué necesitaba acceder a esa información no bastándole los datos en rangos que se le habían facilitado.

(783) APPLE presentó un recurso contra el acuerdo de denegación de la sala de datos⁶⁹¹. En el marco de dicho recurso, esta Sala trasladó a la DC⁶⁹² el escrito de AMAZON en el que esta empresa señalaba que *“no se opone al acceso por parte de los Asesores Externos de Apple a la Información Confidencial de Amazon a través de la Sala de Datos siempre que (i) la Sala de Datos se encuentre dentro de las instalaciones de la CNMC con todas las medidas de salvaguardia necesarias de acuerdo con las Mejores Prácticas de la Comisión Europea sobre la exhibición de información en salas de datos en los procedimientos en virtud de los artículos 101 y 102 del TFUE y en virtud del Reglamento de la UE sobre el Control de Concentraciones entre empresas (Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU*

⁶⁸⁸ Párrafos 407 a 410 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁶⁸⁹ Folios 7287-7294.

⁶⁹⁰ Folios 7319-7322.

⁶⁹¹ Folios 7358-7366.

⁶⁹² Folios 8833-8836.

and under the EU Merger Regulation); y (ii) la Información Confidencial de Amazon se siga considerando confidencial en el expediente S/0013/21”.

- (784) A la vista de lo anterior, la DC trasladó a la Secretaría del Consejo⁶⁹³ que podían darse las circunstancias para que, con carácter excepcional, se accediera a la solicitud de la creación de una sala de datos o *data room* para que los asesores externos de APPLE pudieran acceder a la información solicitada del grupo AMAZON.
- (785) Teniendo en cuenta dichas consideraciones, esta Sala resolvió anular el acuerdo de la DC de 12 de agosto de 2022 e instar al órgano instructor a conceder a APPLE un plazo único de diez días para acceder a la sala de datos, en la forma y condiciones determinadas por la DC.
- (786) Como consecuencia de lo anterior, el 30 de noviembre la DC acordó conceder a APPLE acceso a la sala de datos (**Acuerdo de Acceso**)⁶⁹⁴. De este modo, los asesores externos designados por APPLE tuvieron acceso, durante 10 días, a una sala de datos habilitada a tal efecto por la DC con los datos confidenciales utilizados por ésta para elaborar su análisis de precios, de la que los mencionados asesores hicieron uso durante solo tres días (13, 14 y 15 de diciembre de 2022)⁶⁹⁵.
- (787) Seguidamente, el 22 de diciembre de 2022, APPLE interpuso, ante esta Sala, el recurso previsto en el artículo 47 de la LDC contra el Acuerdo de Acceso de la DC de 30 de noviembre por considerar que las normas para el uso de la sala de datos resultaban excesivamente restrictivas y suponían por ello una violación de su derecho fundamental a presentar pruebas de descargo. Dicho recurso fue inadmitido a trámite por esta Sala, mediante resolución de 21 de febrero de 2023⁶⁹⁶, al considerar que no se había producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de APPLE.
- (788) Para alcanzar dicha conclusión la Sala tuvo en cuenta, entre otras circunstancias: que, al contrario de lo pretendido por APPLE, la introducción de material en formato electrónico en una sala de datos no es un derecho de las partes; que pese a las alegaciones sobre que el tiempo concedido para acceder a la sala de datos resultaba insuficiente; que APPLE no hizo uso más que de una limitada porción del mismo (dos días y medio de un total de diez); o que en ningún momento acudieron más de tres asesores externos de APPLE al mismo tiempo por lo que no cabía reprochar que solo se hubiese puesto a disposición un único ordenador para cinco asesores externos.

⁶⁹³ Folios 8840 a 8842.

⁶⁹⁴ Folios 8859 a 8865.

⁶⁹⁵ Ver actas de acceso (folios 8930 a 8935).

⁶⁹⁶ Resolución del Consejo de la CNMC de 21 de febrero de 2023 en el Expediente R/AJ/146/22 APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LTD.

(789) En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, APPLE insiste en invocar este tipo de argumentos para sostener que la DC vulneró su derecho de defensa al no permitirle un acceso efectivo a los datos confidenciales de AMAZON empleados en su análisis de precios, atendiendo a las condiciones de acceso a la sala de datos. Alega en concreto, a este respecto, que no se permitió acceder a la sala de datos con información adicional en ningún soporte distinto del papel, que el tiempo de acceso era reducido y que el número de ordenadores puestos a su disposición resultaba insuficiente.

Dado que no se incluyen argumentos nuevos respecto de los ya invocados por APPLE en su recurso de 22 de diciembre estas alegaciones deben ser rechazadas. Nos remitimos a estos efectos a la Resolución del Consejo de 21 de febrero de 2023 mediante la que se inadmite el mencionado recurso.

- **Alegaciones e informe económico complementarios presentados por APPLE tras el acceso a la sala de datos**

(790) A pesar de que APPLE no aporta alegaciones complementarias sobre este punto, esta Sala considera que, por la especial relevancia de las cuestiones que fueron planteadas durante la instrucción, en relación con el análisis de efectos, conviene recordar la postura de la DC frente a los principales argumentos de APPLE.

(791) De acuerdo con APPLE⁶⁹⁷, las principales conclusiones del Informe Complementario de Lear son: (i) presencia de valores anómalos en el análisis realizado por la CNMC, en muchos casos con descuentos sobre el precio de venta superiores a un **[80-90]%**; (ii) no puede excluirse que esos valores anómalos representen productos falsificados y, en todo caso, deberían haberse excluido de la base de datos; (iii) el aumento observado en el IPR tuvo lugar antes del acuerdo y, después de su entrada en vigor, no se ha producido ningún aumento del IPR, sino que se ha mantenido estable; y (iv) la DC no ha identificado el efecto causal entre el acuerdo y el aumento del IPR, y de hecho, el aumento del IPR se produce por una reducción de los precios de APPLE, no por un aumento de los precios en la Página Web de AMAZON.

(792) En primer lugar, en relación con la alegación que se refería a la presencia de valores anómalos, la DC ya mostró que su eliminación no tiene un impacto significativo en los resultados obtenidos. Los resultados del análisis de la DC sin estos valores anómalos se presentaron en el Anexo 4 de la PR (que se incluye como **Anexo 4** de la presente resolución), en el que se puede observar cómo la exclusión de los valores atípicos altera el valor de los IPR calculados, pero las diferencias son mínimas y no alteran las conclusiones alcanzadas.

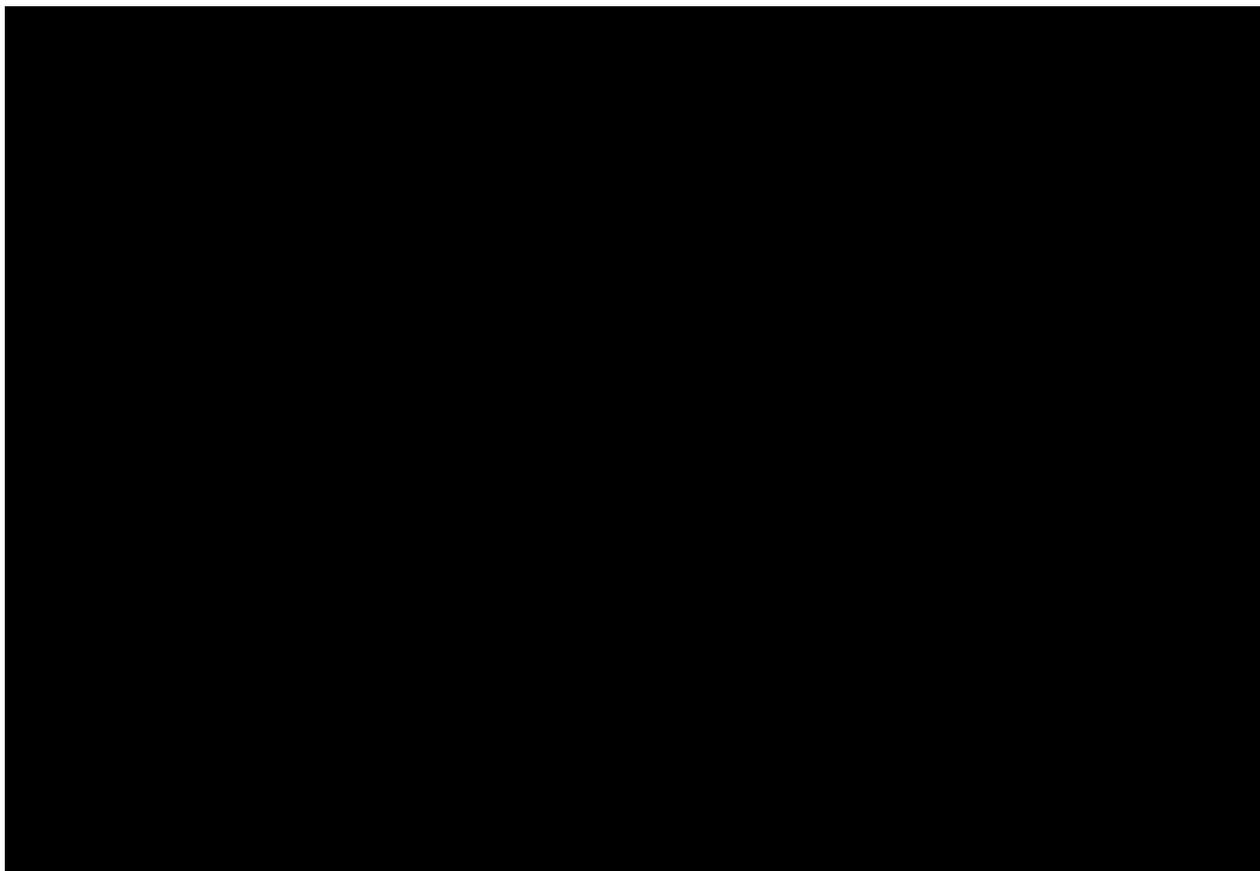
⁶⁹⁷ Ver alegaciones complementarias de APPLE tras la sala de datos (folios 9026-9030).

- (793) En segundo lugar, APPLE alegaba que los valores anómalos pueden deberse a que son productos falsificados, aunque reconocía que podría deberse a otras razones: (i) a un error a la hora de registrar el precio de venta; (ii) a un error en el registro del artículo vendido (por ejemplo, el producto registrado como un iPhone 7 podría haber sido en realidad una funda protectora para el dispositivo); y/o (iii) a que esos productos fuesen reacondicionados o usados⁶⁹⁸. En cualquier caso, la DC ya señaló que su eliminación no altera las conclusiones del análisis.
- (794) En relación con la alegación de que el IPR aumenta antes de los acuerdos, pero luego se mantiene estable⁶⁹⁹, esta posibilidad ya fue tomada en cuenta en el análisis de la DC y por esta razón se llevó a cabo el análisis del IPR sobre cuatro ventanas temporales distintas, así como el análisis de la variación porcentual acumulada del IPR entre finales de 2018 y distintos períodos posteriores a la exclusión de los terceros vendedores del marketplace de AMAZON, que mostró que el IPR medio se incrementó tras la implementación del acuerdo.
- (795) En cuanto al argumento de APPLE según el cual todo el incremento del IPR se habría producido con anterioridad a la exclusión de los terceros vendedores, la DC ya mostró que, con anterioridad a la exclusión de los terceros vendedores, los valores del IPR se situaban en su mayoría entre los 80 y 90. El análisis de la DC muestra que durante este período, la evolución de la serie temporal se caracterizó por un comportamiento casi cíclico: coincidiendo con el lanzamiento de nuevos productos, en septiembre se observa el aumento del IPR respecto al valor del mes anterior seguido de sucesivas reducciones hasta el próximo septiembre. Además, se observa que el nivel del IPR medio observado en septiembre es comparable en los años 2017 y 2018.
- (796) Tras la suscripción del acuerdo y la exclusión de los terceros vendedores, la evolución del IPR de los productos de APPLE experimentó dos cambios importantes: en primer lugar, el valor medio del IPR de los productos de APPLE comenzó a presentar valores superiores a los observados anteriormente; en segundo lugar, desaparecieron los movimientos cíclicos y, en consecuencia, el IPR dejó de experimentar las citadas reducciones y permaneció en torno a estos valores más elevados.
- (797) De esta forma, la evolución observada del IPR de los productos de APPLE desmiente la aseveración de APPLE de que el incremento del IPR se hubiera producido con anterioridad a la exclusión de los terceros vendedores.

Imagen 27. Evolución del IPR de productos comercializados antes y después de la aplicación de la limitación a terceros vendedores en la tienda de AMAZON (2017-2020)

⁶⁹⁸ Informe Complementario de Lear, página 9 (folios 9046-9060).

⁶⁹⁹ Informe Complementario de Lear, páginas 10 a 12 (folios 9046-9060).



Nota: El gráfico recoge el IPR de las más de **[70-80]** mil observaciones que componen la base de datos tras excluir productos comercializados solamente antes o después de la exclusión de los terceros vendedores y eliminar las anomalías estadísticas de acuerdo con el criterio seguido por APPLE. La línea roja marca la exclusión de los terceros vendedores; las líneas azules marcan el mes de septiembre en cada período. Los círculos representan las medias ponderadas del IPR (según ventas) en cada mes. Cabe señalar que esta representación (i) incluye productos de todas las categorías evaluadas y (ii) excluye los puntos correspondientes a valores extremos restantes para facilitar la visualización del gráfico.

- (798) Por último, en relación con la alegación de que el aumento del IPR se debería a una mayor reducción de los precios fijados por APPLE respecto a los fijados en la tienda de AMAZON⁷⁰⁰, la DC ya manifestó que en todo caso lo que describía APPLE es un encarecimiento relativo de los productos de APPLE comercializados en la tienda de AMAZON. Este encarecimiento relativo implica que las reducciones de los precios aplicados por APPLE a sus productos en su propia tienda web no se estaban trasladando a los consumidores usuarios de AMAZON, lo que habría permitido a AMAZON no solo mantener su margen, sino aumentarlo. Este hecho es coherente con la reducción de la competencia intramarca que se habría producido en la tienda de AMAZON tras desautorizar a determinados terceros vendedores a vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON ya que, de haber existido esta competencia, se

⁷⁰⁰ Informe Complementario de Lear, páginas 12 a 14 (folios 9046-9060).

esperaría que en la Página Web de AMAZON se hubiera trasladado total o parcialmente esta alegada bajada de precios al consumidor.

- (799) Esta Sala está de acuerdo con la DC en que, en cualquier caso, deben tomarse con cautela los análisis del impacto del acuerdo suscrito entre AMAZON y APPLE que se basan en la evolución de precios nominales, como sugiere APPLE en su informe. Las variaciones de los precios nominales pueden deberse a cambios en las condiciones de la competencia intermarca, intramarca o simplemente en la dinámica particular que caracteriza a los productos electrónicos. La imposibilidad de distinguir entre estas causas impide la identificación del efecto del acuerdo – o de la inexistencia de este – sobre la base de datos de precios nominales.

5.4.1.2.2.3. Sobre que la DC se habría basado en un escenario contrafactual erróneo por cuanto AMAZON no tuvo otra alternativa a la aceptación de las cláusulas controvertidas

- (800) AMAZON defiende, como uno de los pilares de sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, que la DC habría partido de un error de planteamiento al considerar que habrían podido suscribirse el GTA y el ARA 2018 en ausencia de las cláusulas controvertidas⁷⁰¹.
- (801) Según repite a lo largo de sus alegaciones, la aceptación de estas cláusulas era una condición *sine qua non* impuesta por APPLE a AMAZON para conferirle el suministro completo y directo de sus productos en tanto que distribuidor autorizado de APPLE del que se derivan fundamentalmente los efectos procompetitivos surgidos tras la firma del GTA y el ARA 2018.
- (802) No cabría, por tanto, según AMAZON, evaluar los efectos de las cláusulas investigadas en un escenario contrafactual en el que, en ausencia de dichas cláusulas, se produjesen los efectos positivos derivados del GTA y el ARA 2018.
- (803) A lo anterior procede contestar, en primer lugar, que no resultan convincentes los argumentos de AMAZON en cuanto a la asimetría con APPLE que la habrían colocado en una posición de inferioridad negociadora desde la que no podía más que plegarse a las exigencias de su contraparte.
- (804) Tal y como se aborda en mayor detalle en el apartado relativo a la culpabilidad y responsabilidad individual de las imputadas (apartado 5.4.4) y sin negar la posición preeminente de APPLE como fabricante y proveedor de productos electrónicos alcanzada antes de los acuerdos, AMAZON no negocia las condiciones de suministro con APPLE como un distribuidor más, sino desde su posición de gestor del principal mercado en línea en Europa y en España donde

⁷⁰¹ Párrafos 35 a 36 y 81 a 93 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución, página 4 del Informe de Compass sobre el *Brand Gating* y página 6 del Informe de Compass sobre el interés de Amazon en el Acuerdo Vertical.

lidera el mercado, tanto en tráfico web como en ventas, con cifras que doblan a las de su principal competidor directo AliExpres (párrafos (248) a (264)).

- (805) Tampoco se niega que **[CONFIDENCIAL]** tratando, por ejemplo, de limitar el número de revendedores excluidos en virtud de las Cláusulas de *Brand Gating*. Lo cierto, sin embargo, es que AMAZON acabó aceptando tales condiciones porque era la opción que más le convenía desde un punto de vista de racionalidad económica, pese a que defiende ahora que **[CONFIDENCIAL]**⁷⁰². De otro modo no habría adoptado tal decisión. Nótese, asimismo, que tal y como se ha acreditado a partir de documentos internos de la propia AMAZON, ésta había calculado los ingresos que obtendría al acaparar las ventas de los revendedores expulsados en aplicación de las Cláusulas de *Brand Gating*, con la vista puesta, además, en que con ello podría lograr mejorar todavía más sus condiciones de suministro, alcanzando la condición de distribuidor **[CONFIDENCIAL]** de APPLE (párrafos (314), (611) y (693)).
- (806) AMAZON no puede por tanto escudarse en su pretendida situación de inferioridad negociadora y en la supuesta ausencia de interés en suscribir las cláusulas para sostener que se vio obligado a aceptarlas.
- (807) En cualquier caso, con independencia de la probabilidad de que AMAZON hubiese logrado rechazar la inclusión de las cláusulas controvertidas en el marco de las negociaciones mantenidas con APPLE, es perfectamente procedente llevar a cabo un análisis contrafactual en un escenario en el que se hubiesen suscrito el GTA y el ARA 2018 en ausencia de dichas cláusulas. Ello desde el momento en el que estas cláusulas son separables del resto de los acuerdos y las externalidades positivas derivadas del GTA y el ARA 2018 derivan fundamentalmente, en su caso, del suministro directo y completo de productos APPLE a AMAZON y no, de las Cláusulas de Exclusión, de Publicidad o de Limitaciones al Marketing. Evidencia del carácter colateral de dichas cláusulas respecto al resto de la relación contractual en la que se insertan es que el GTA y el ARA 2018 regulan las relaciones entre AMAZON y APPLE y en particular las condiciones de suministro de APPLE a AMAZON en tanto que distribuidor de APPLE (relación entre APPLE y AMAZON) mientras que las Cláusulas de Exclusión se refieren a la posibilidad de que terceros revendedores de productos APPLE puedan hacer uso del mercado en línea de AMAZON (relación entre AMAZON y terceros revendedores).

5.4.1.2.2.4. Conclusión sobre los efectos

- (808) En suma, dadas las previsiones de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, el contexto y su puesta en práctica, se concluye que las mismas han tenido los siguientes efectos previsibles y sensibles y que los mismos son restrictivos de la competencia:

⁷⁰² Tesis mantenida en el Informe de Compass sobre el interés de Amazon en el Acuerdo Vertical.

- **Reducción superior al [90-100]% del número de vendedores** que estaban autorizados para vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España (o, con posterioridad a noviembre de 2021, del 63% como se explica en el párrafo (641)).
- Los vendedores que dejan de estar autorizados a vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España **pierden un canal de venta que no podía ser reemplazado de forma efectiva** por otras fuentes de tráfico comparables para vender en línea productos de la marca APPLE.
- **Concentración de la venta de productos de la marca APPLE a través de la Página Web de AMAZON en España en la propia AMAZON** en su rol de revendedor.
- Notable **reducción del número de revendedores procedentes de otros países de la UE** en la Página Web de AMAZON en España⁷⁰³.
- **Incremento, en general, de los precios relativos** pagados por los consumidores por la compra de productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España.

(809) Lo anterior pone de manifiesto como **las Cláusulas de Exclusión o Brand Gating, además de un objeto anticompetitivo, han tenido el efecto de reducir la competencia intramarca entre revendedores de productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España**, que es el canal de venta en línea que vehicula la mayor parte del tráfico web del comercio electrónico en España y de las ventas netas de productos electrónicos en línea en España.

5.4.1.2.3. Las Cláusulas de Publicidad

5.4.1.2.3.1. Restricción por objeto

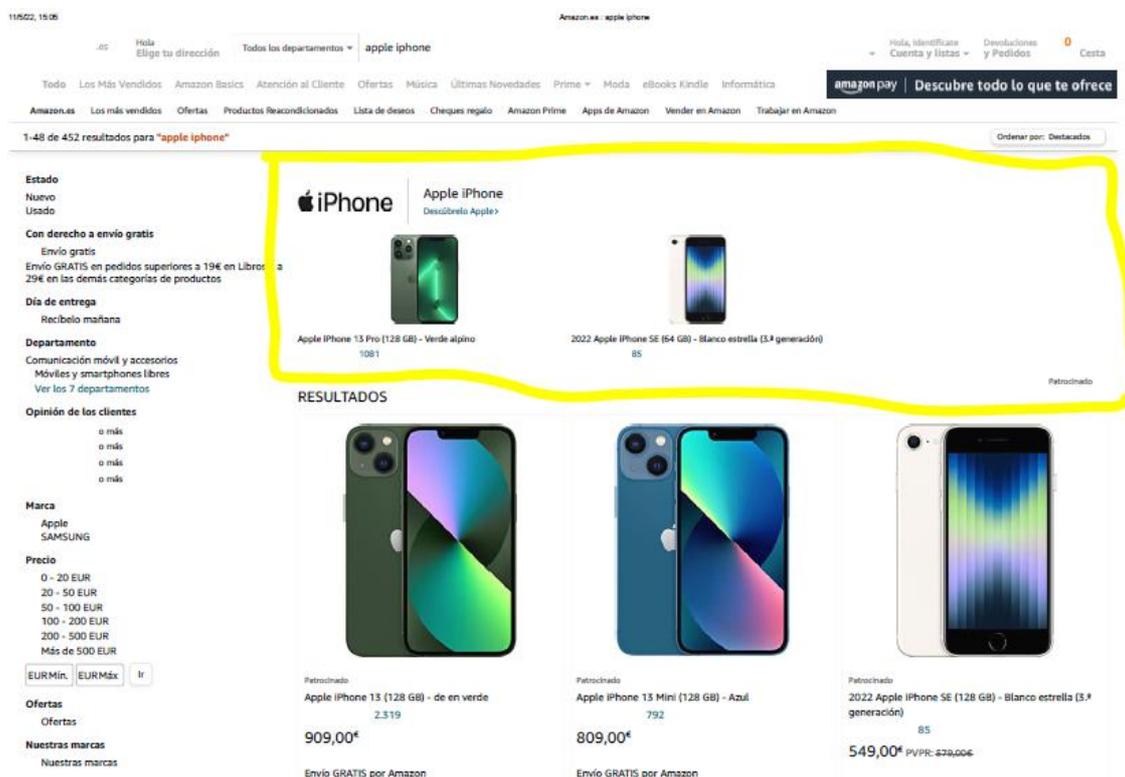
a. El contenido

(810) En cuanto al contenido del acuerdo, tal y como se ha descrito pormenorizadamente en el apartado de hechos probados (ver párrafos (289) a (296)), las Cláusulas de Publicidad son acuerdos entre AMAZON y APPLE por los que ambas empresas pactan:

⁷⁰³ Todos los revendedores oficiales de APPLE menos los APR incluidos en la lista del **[CONFIDENCIAL]** del ARA 2018 (i.e. los APR de otros Estados miembros distintos de los incluidos en el mencionado **[CONFIDENCIAL]**; y los AAR y los Minoristas con independencia del Estado miembro de la Unión Europea en el que estuvieran establecidos); y, desde entonces, solo los NAR.

- Que cuando se realice una búsqueda en AMAZON de un producto APPLE, AMAZON solo mostrará anuncios de productos de APPLE en el espacio publicitario superior y en los dos primeros espacios destinados a productos patrocinados en la página de resultados (o en cualquier otro espacio publicitario que aparezca o se cree en los diez primeros resultados de búsqueda), tal y como se puede apreciar en el siguiente ejemplo⁷⁰⁴:
 - Si se realiza una búsqueda por la palabra “apple iphone”, los resultados de la página de resultados son los siguientes (subrayado añadido)⁷⁰⁵:

Imagen 28. Ejemplo de aplicación de las Cláusulas de Publicidad buscando por la expresión: “apple iphone”



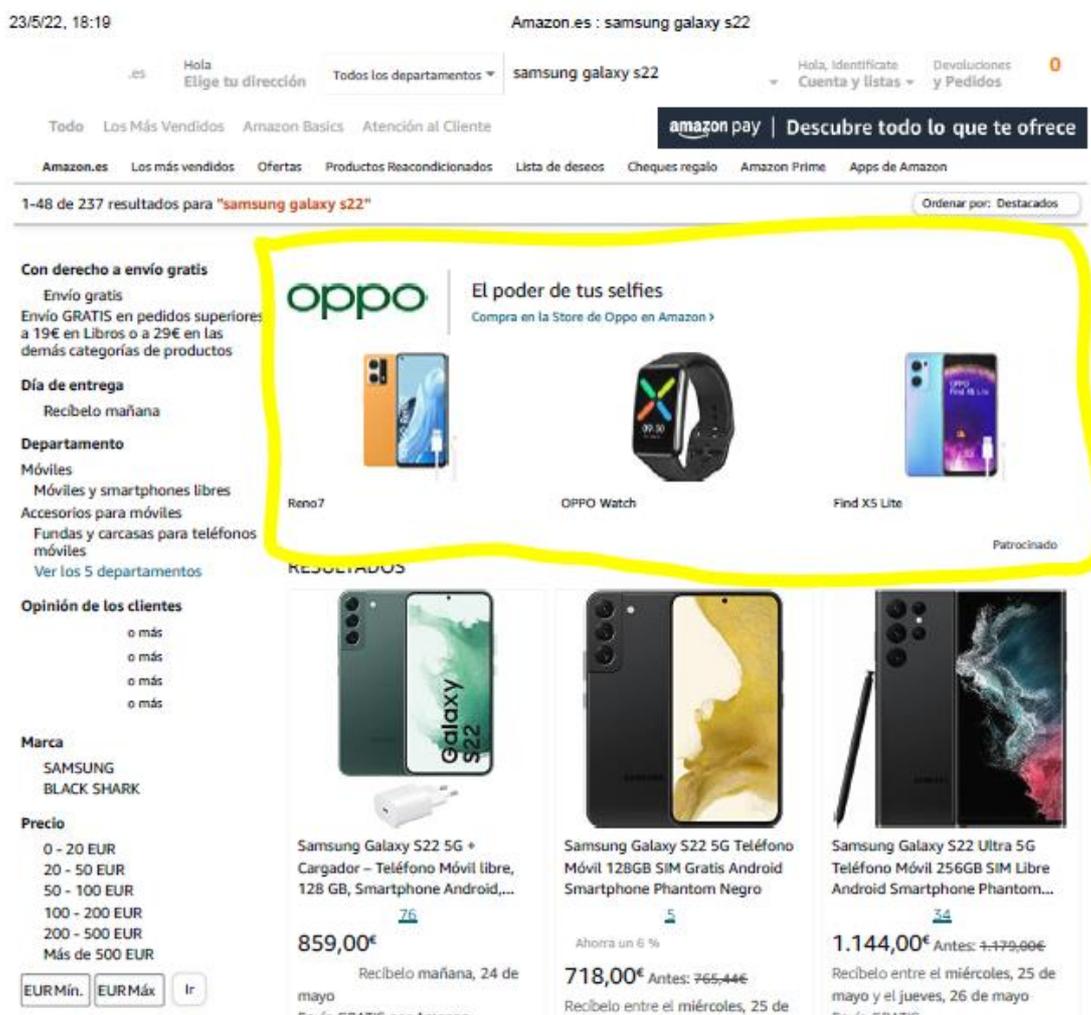
- En cambio, si se realiza una búsqueda por la palabra “Samsung Galaxy s22”, los resultados de la página de resultados son los siguientes (subrayado añadido)⁷⁰⁶:

⁷⁰⁴ Para una lista completa de ejemplos, consultar el Anexo 1.

⁷⁰⁵ Ver folios 5611-5623 y Anexo 1.

⁷⁰⁶ Ver folios 5684-5692 y Anexo 1.

Imagen 29. Resultado al buscar por la expresión “Samsung Galaxy s22”



- Por tanto, queda acreditado como este acuerdo ha sido llevado a la práctica ya que, en el caso de realizar una búsqueda por un producto de la marca APPLE, como “iphone”⁷⁰⁷, el espacio publicitario superior queda reservado para dicha marca mientras que, si se trata de búsquedas de otros productos de la competencia, como el “Samsung Galaxy s22”⁷⁰⁸, dicha marca sí que tiene que soportar la competencia de otros productos en el

⁷⁰⁷ También se han realizado otras búsquedas por los siguientes términos, que han arrojado idénticos resultados: “Apple imac”; “Apple ipad”; “Apple iphone 12 pro max”; y “ipad air” (ver Anexo 1).

⁷⁰⁸ También se han realizado otras búsquedas por los siguientes términos, que han arrojado idénticos resultados: “Sony Xperia 1”; “Huawei P50”; “Lenovo móviles”; “lenovo tap p 11”; “Xiaomi 11t” y “Xiaomi pad 5” (ver Anexo 1).

espacio superior (en la captura usada como ejemplo, de la marca “OPPO”).

- Que **cuando se realicen búsquedas en AMAZON por una lista de palabras clave suministradas por APPLE** (relacionadas con productos de APPLE), **AMAZON no mostrará anuncios en la primera página de resultados ni en las páginas de detalle de AMAZON de productos de una serie de marcas competidoras identificadas por APPLE**, tal y como puede apreciarse en el siguiente ejemplo:
 - Si se realiza una búsqueda por la palabra “apple iphone”, los resultados de la página de resultados⁷⁰⁹ no ofrecen ninguna marca competidora (en general, y, por tanto, tampoco de la lista de marcas competidoras elegidas por APPLE – ver párrafo (293)); y si se selecciona de entre los resultados, por ejemplo, el “Apple iPhone 12 (128 GB) – de en Malva”, la página de detalle de producto⁷¹⁰ tampoco ofrece publicidad de otras marcas, todos los espacios están reservados a Apple.
 - En cambio, si se realiza una búsqueda por la palabra “Samsung Galaxy s22”, los resultados de la página de resultados⁷¹¹ ofrecen productos de marcas competidoras (en el ejemplo, de “OPPO A74”, “Black Shark 4 [5G]”, y “Blackview A80S”, entre otros); y si se selecciona de entre los resultados, por ejemplo, el “Samsung Galaxy S22 Ultra 5G Teléfono Móvil 128GB SIM Libre Android Smartphone Fantasma Blanco”, la página de detalle⁷¹² también ofrece publicidad de otras marcas (en el ejemplo, en el espacio superior, de “OPPO” y en la sección considera un producto similar de “Google Pixel” y “OPPO”, y en la sección productos relacionados de “OUKITEL”, entre otros).
 - Por tanto, queda acreditado como este acuerdo ha sido llevado a la práctica ya que, en el caso de realizar una búsqueda por un producto de la marca APPLE, como “apple iphone” no aparecen anuncios de ninguna marca competidora en general, ni de la lista de marcas competidoras elegidas por APPLE en particular, ni en la

⁷⁰⁹ Ver folios 5611-5623 y Anexo 1.

⁷¹⁰ Ver folios 5739-5758 y Anexo 1.

⁷¹¹ Ver folios 5684-5692 y Anexo 1.

⁷¹² Ver folios 5839-5845 y Anexo 1.

primera página de resultados⁷¹³ ni en la página de detalle⁷¹⁴, mientras que, si se trata de búsquedas de otros productos de la competencia, como el “Samsung Galaxy s22” de Samsung, dicha marca sí que tiene que soportar la competencia de anuncios de otros productos competidores, tanto en la primera página de resultados⁷¹⁵ como en la página de detalle⁷¹⁶. Lo anterior no queda invalidado porque, excepcionalmente, pueda no cumplirse este patrón general acordado por las empresas, como pretende demostrar AMAZON mediante el Documento número 7 que incluye junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución⁷¹⁷.

- **Que en las páginas de la cesta y de tramitar pedido (“Cart and Check Out”) que contengan productos de APPLE, los anunciantes de productos de las marcas competidoras identificadas por APPLE no pueden pujar por espacios;** tal y como puede apreciarse en el siguiente ejemplo:
 - En primer lugar, se hace una consideración general: en las páginas de tramitar el pedido que se han analizado no se han identificado espacios publicitarios, ya sea al tramitar pedidos de productos de la marca Apple o de marcas competidoras⁷¹⁸, por lo que las consideraciones siguientes se referirán solo a la página de la cesta;
 - Si se selecciona de entre los resultados el “Apple iPhone 13 Pro (128 GB) – en Azul Alpino”, en la página de la cesta⁷¹⁹ no aparece ninguna marca competidora (en general, y, por tanto, tampoco de la lista de marcas competidoras elegidas por APPLE – ver párrafo(293)).

⁷¹³ También se han realizado otras búsquedas por los siguientes términos, que han arrojado idénticos resultados: “Apple imac”; “Apple ipad”; “Apple iphone 12 pro max”; y “ipad air” (ver Anexo 1 del PCH).

⁷¹⁴ También se han seleccionado los siguientes productos, cuyas páginas de detalle han arrojado idénticos resultados: “Apple iMac (27 pulgadas)”; “2022 Apple iPad Air”; “2021 Apple MacBook Pro” (ver Anexo 1 del PCH).

⁷¹⁵ También se han realizado otras búsquedas por los siguientes términos, que han arrojado idénticos resultados: “Sony Xperia 1”; “Huawei P50”; “Lenovo móviles”; “lenovo tap p 11”; “Xiaomi 11t” y “Xiaomi pad 5” (ver Anexo 1 del PCH).

⁷¹⁶ También se han seleccionado los siguientes productos, cuyas páginas de detalle han arrojado idénticos resultados: “Huawei P50 Pro”; “Lenovo Tab P11”; “Sony Xperia 1 - Smartphone de 6.5””; y “Xiaomi 11T Smartphone” (ver Anexo 1 del PCH).

⁷¹⁷ Documento número 7 aportado por AMAZON junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución titulado “Gráfico 11, que muestra la primera página de resultados tras la búsqueda de una Palabra Clave de Apple en la Amazon Store en España”.

⁷¹⁸ Ver folios 5908-5909 para APPLE y folios 5910-5913 para marcas competidoras, así como el Anexo 1 del PCH.

⁷¹⁹ Ver folios 5884-5887 y Anexo 1.

- En cambio, si se selecciona de entre los resultados un “Samsung Galaxy S22”, en la página de la cesta⁷²⁰ aparecen marcas competidoras (en el ejemplo, un “Xiaomi Smartphone REDMI Note 10 Pro 6”, y un “Xiaomi K11R” y un “OPPO A74”).
 - Por tanto, queda acreditado como este acuerdo ha sido llevado a la práctica ya que, en el caso de realizar una búsqueda por un producto de la marca APPLE, como “Apple iPhone 13 Pro (128 GB) – en Azul Alpino” no aparece ningún anuncio de marcas competidoras en general, ni de la lista de marcas competidoras elegidas por APPLE en particular, en la página de la cesta⁷²¹, mientras que, si se trata de búsquedas de otros productos de la competencia, como el “Samsung Galaxy S22” de Samsung, dicha marca sí que tiene que soportar la competencia de anuncios de otros productos en la página de la cesta⁷²².
- (811) Además, de acuerdo con el contenido de las Cláusulas de Publicidad, **durante el lanzamiento de un nuevo producto de APPLE⁷²³, AMAZON no publicará anuncios de productos de una serie de marcas competidoras identificadas por APPLE** en: (i) las páginas de detalle de productos APPLE, (ii) las páginas de la Tienda Apple en la Página Web de AMAZON; y/o (iii) los resultados de búsqueda mostrados a los clientes cuando buscan productos APPLE utilizando como término de búsqueda las palabras clave relativas a productos de la marca APPLE.
- (812) De este modo, las Cláusulas de Publicidad limitan: (i) en general, la competencia que otras marcas pueden ejercer en relación con la publicidad de pago en la Página Web de AMAZON en España en el espacio publicitario superior y en los dos primeros espacios destinados a productos patrocinados en la página de resultados cuando se busca un producto de la marca APPLE (o en cualquier otro espacio publicitario que aparezca o se cree en los diez primeros resultados de búsqueda); y (ii) en particular, la competencia que determinadas marcas elegidas por APPLE pueden ejercer en relación con la publicidad de pago en la Página

⁷²⁰ Ver folios 5896-5898 y Anexo 1.

⁷²¹ También se han seleccionado los siguientes productos, cuyas páginas de la cesta han arrojado idénticos resultados: “Apple Ipad Air”; “Iphone 12 Mini”; y “Apple iPhone SE (64 GB) - (Product) Red” (ver Anexo 1 del PCH).

⁷²² También se han seleccionado los siguientes productos, cuyas páginas de la cesta han arrojado idénticos resultados: “Huawei P50 Pro 256GB Golden Black EU”; “Sony Xperia 1 - Smartphone de 6.5””; y “Xiaomi 11T 5G” (ver Anexo 1 del PCH).

⁷²³ Desde la fecha de anuncio de un nuevo producto hasta lo que ocurra antes: (i) dos semanas desde la fecha de lanzamiento del mismo; o (ii) cuatro semanas y media desde la fecha del anuncio.

Web de AMAZON en España en la primera página de resultados⁷²⁴, en las páginas de detalle y en las páginas de la cesta y de tramitar pedido⁷²⁵. En ambos casos la restricción afecta a la venta minorista en línea de productos electrónicos en España. Se restringe, en definitiva, por medio de dichas cláusulas, la presión competitiva que otros fabricantes pueden ejercer sobre los productos de APPLE en la Página Web de AMAZON, al limitarse la visibilidad de ofertas de otras marcas competidoras. Dichas marcas, por su parte, sí deben soportar la presión competitiva ejercida por la publicidad de otras marcas a la que APPLE escapa en virtud de las cláusulas controvertidas.

- (813) Tales limitaciones de la “publicidad competitiva” o *competitive advertising* (por la cual las empresas pagan por aparecer en los resultados cuando se busca a un competidor) implican, en efecto, que: (i) por un lado, los consumidores que buscan un determinado producto de APPLE en AMAZON no puedan ver anuncios de productos de marcas competidoras en los casos previamente descritos, impidiendo u obstaculizando su acceso a información sobre productos alternativos competidores, lo que reduce su capacidad de tomar decisiones informadas; y (ii) por otro lado, reducen la capacidad de otras marcas de mostrar sus anuncios a potenciales consumidores cuando éstos están realizando una búsqueda de los productos en cuestión (marcas que, además, estarían pagando por sus anuncios sin saber que existen estas limitaciones, es decir, sin saber que hay circunstancias en las que sus anuncios no pueden impactar al consumidor).
- (814) Puede por tanto concluirse que, atendiendo a su contenido, las Cláusulas de Publicidad son aptas, por su propia naturaleza, para limitar la competencia pudiendo por tanto calificarse como restrictivas de la competencia por el objeto. Ello sin perjuicio de tener en cuenta sus objetivos y contexto jurídico y económico en los que nos detendremos más adelante para confirmar este extremo.
- (815) Existen, de hecho, varios precedentes de distintas autoridades de competencia en los que las restricciones de la publicidad sobre marcas o palabras clave se han considerado restrictivas de la competencia por su objeto.

⁷²⁴ El 30% de los consumidores ve únicamente los resultados de la primera página, por lo que si un producto aparece en la página 3, es prácticamente invisible para casi un tercio de los compradores; ver Diapositiva 29 del [Amazon Shopper Report 2022](https://www.icex.es/emarketservices/es/menu-principal/actualizate/noticias/amazon-shopper-report-new2022916695.html) (que puede consultarse en la web del ICEX: [emarketservices.es/menu-principal/actualizate/noticias/amazon-shopper-report-new2022916695.html](https://www.icex.es/emarketservices/es/menu-principal/actualizate/noticias/amazon-shopper-report-new2022916695.html))

⁷²⁵ En el caso del lanzamiento de un nuevo producto, las Cláusulas de Publicidad limitarían y restringirían la competencia que determinadas marcas elegidas por APPLE pueden ejercer en relación con la publicidad de pago en la Página Web de AMAZON en España en las páginas de detalle y las páginas de la Tienda Apple en la Página Web de AMAZON, así como en los resultados de búsqueda mostrados a los clientes cuando buscan productos APPLE utilizando como término de búsqueda las palabras clave relativas a productos de la marca APPLE.

- Caso ASICS (2015)⁷²⁶, en el que la autoridad alemana de la competencia (el *Bundeskartellamt*) consideró que la prohibición impuesta por Asics a sus distribuidores autorizados de utilizar sus marcas comerciales en buscadores web a modo de reclamo constituía una restricción de la competencia por objeto y que no existían eficiencias derivadas de su uso que compensaran sus efectos negativos. Según el *Bundeskartellamt*, este tipo de prohibiciones disminuyen la capacidad de búsqueda de los consumidores finales, impidiéndoles acceder a una mayor oferta y, por tanto, dificultan la competencia en precio, que es justamente uno de los mayores beneficios de la venta en línea.
- Caso GUESS (2018)⁷²⁷, en la que la CE multó a este fabricante de productos textiles por, entre otras conductas, prohibir que sus distribuidores pudieran utilizar sus marcas y nombres comerciales como palabras clave (*keywords*) para pujar en Google AdWords, considerando que dicha conducta constituía una restricción de la competencia por objeto y que no existían eficiencias derivadas de su uso que compensaran sus efectos negativos.

Afirma concretamente la CE en su decisión adoptada en el caso GUESS para llegar a la conclusión de que la limitación en cuestión era restrictiva de la competencia por su objeto que: “*Analizada en su contexto, la restricción de publicidad en línea tenía como objetivo reducir la capacidad de los minoristas autorizados para anunciarse y, en última instancia, vender los productos contractuales a los clientes*” (traducción propia del texto original e inglés y énfasis añadido)⁷²⁸.

- (816) Las anteriores conclusiones también resultan aplicables a las restricciones a la publicidad durante el lanzamiento de un nuevo producto. En este sentido, aunque la restricción esté limitada en el tiempo⁷²⁹, presenta una nocividad suficiente, en la medida en que la duración prevista es precisamente la que se precisa para el objetivo perseguido, puesto que el momento en el que se anuncia y lanza un producto nuevo es el período en el que más impacto puede tener la publicidad de marcas competidoras, de hecho, precisamente por esta razón se incluye una previsión específica y particular para el caso del lanzamiento de nuevos productos.

⁷²⁶ Confirmado por los tribunales (ver [aquí](#)).

⁷²⁷ Caso AT.40428 - Guess (ver [aquí](#)).

⁷²⁸ Párrafo 125 de la decisión de la CE en el asunto AT.40428 – GUESS: “*Assessed in its context, the online search advertising restriction had as its object to reduce the ability of authorised retailers to advertise and ultimately to sell the contract products to customers*”.

⁷²⁹ [CONFIDENCIAL].

- Alegaciones de las empresas

- (817) APPLE alega, por un lado, que los casos GUESS y ASICS, previamente citados, carecen de relevancia en el presente asunto atendiendo a una serie de diferencias entre unos y otros⁷³⁰. Apunta APPLE, como primera diferencia, que en los casos GUESS y ASICS las restricciones de publicidad fueron impuestas por los fabricantes a sus revendedores autorizados mientras que, en el presente caso, APPLE contrató directamente con el vendedor de los espacios publicitarios (AMAZON en este caso) sin que ello afectase a sus distribuidores autorizados más que positivamente, al reforzar su capacidad para vender productos APPLE.
- (818) Sostiene, asimismo APPLE, que en los casos GUESS y ASICS se habría concluido que las cláusulas controvertidas eran restrictivas de la competencia por su objeto al constituir restricciones especialmente graves en el sentido del artículo 4.c) del RECAV. APPLE alega, por otro lado, que, en el presente caso, las restricciones se producen en relación con supuestos muy específicos resultantes de búsquedas de palabras clave que identifican productos APPLE y no se aplican a motores de búsqueda generales sino exclusivamente al mercado en línea de AMAZON por lo que existen otras alternativas para anunciarse tales como otros mercados en línea o cualquier otra plataforma de publicidad en línea (p.e. Google Ads) o fuera de línea.
- (819) Esta Sala no comparte las conclusiones de APPLE sobre la irrelevancia de los asuntos ASICS y GUESS respecto al presente caso.
- (820) Lo que se analiza en este expediente es un acuerdo entre dos empresas para limitar la publicidad en el canal de venta que canaliza la mayor parte del tráfico web del comercio electrónico en España y de las ventas netas de productos electrónicos en línea en España y para los productos electrónicos más demandados, como reconoce la propia APPLE. En este sentido, si en los casos citados se sancionaba una restricción por objeto impuesta por un fabricante a sus distribuidores por constituir una cláusula especialmente grave del RECAV, con más razón se sancionarán casos en los que dicha restricción es fruto de un acuerdo directo entre un fabricante y un mercado en línea (en su rol de dueño y gestor del mercado en línea y no como distribuidor) que afecta a terceros.
- (821) Además, APPLE incurre en una clara contradicción al sostener que estos precedentes no aplican porque son restricciones impuestas por los fabricantes a sus distribuidores mientras que el presente caso versa sobre un acuerdo directo entre APPLE y AMAZON en su rol de vendedor de espacios publicitarios (y no de distribuidor) a la vez que invoca el precedente COTY para tratar de justificar que restricciones como las de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* no estarían prohibidas, en la medida en que dicho precedente también versa sobre restricciones impuestas por Coty (el fabricante) a sus distribuidores y, como bien

⁷³⁰ Párrafos 165 a 170 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

reconoce la propia APPLE, no nos encontramos ante un supuesto de este tipo (i.e. imposiciones fabricante-distribuidor). De esta forma, si según APPLE los precedentes de Guess y Asics no resultan aplicables a este caso por ser éste un acuerdo directo entre APPLE y AMAZON en su rol de vendedor de espacios publicitarios (y no de distribuidor) cuando dichos precedentes versan sobre restricciones impuestas por un fabricante a sus distribuidores, no se entiende por qué APPLE considera que COTY sí resulta de aplicación.

- (822) Nótese, asimismo, que tanto en GUESS como en ASICS existían también otros medios para anunciarse (las restricciones solo afectaban a los resultados de pago de Google) y las restricciones era limitadas porque solo afectaban a un grupo de palabras (relacionadas con las marcas en cuestión), y ello no fue obstáculo para dichas restricciones se considerasen restricciones por objeto.
- (823) AMAZON, por su lado, también niega la relevancia de los asuntos GUESS y ASICS en el presente asunto. Subraya la idea de que la restricción analizada en el asunto GUESS sería mucho más amplia que la contenida en las Cláusulas de Publicidad del presente asunto, ya que se trataba de una prohibición absoluta y sistemática a que los distribuidores participaran en toda subasta de Google AdWords para palabras clave relevantes. Sostiene asimismo AMAZON que de acuerdo con el asunto GUESS la valoración del carácter restrictivo de las limitaciones de publicidad en línea requiere un análisis profundo, en particular de su contexto, que la DC no habría llevado a cabo respecto de las Cláusulas de Publicidad⁷³¹.
- (824) Apunta, también, AMAZON, refiriéndose al asunto ASICS y más particularmente al asunto GUESS, que existen muy pocos precedentes en los que limitaciones a la publicidad de búsqueda en línea hayan sido consideradas infracciones por objeto y que en esos casos se trataba de restricciones que afectaban a la capacidad de un anunciante para aparecer en los resultados de búsqueda de Google (entidad reconocida con mucho como el motor de búsqueda clave a través del cual se realiza la mayor parte de la publicidad de búsqueda) o de otros motores de búsqueda generalistas. Según AMAZON ninguna de estas restricciones podría compararse con las Cláusulas de publicidad dadas las “innumerables alternativas” con las que contarían en este caso los anunciantes de productos competidores de AMAZON tales como los propios motores de búsqueda generalistas, las plataformas comparativas (como Idealo o Kayak), los sitios webs propios, otros mercados en línea, etc⁷³².
- (825) Esta Sala tampoco puede compartir tales consideraciones. Al contrario de lo que sostiene AMAZON, se ha llevado a cabo, en el marco del presente Expediente un análisis profundo del contexto económico en el que se estipularon las Cláusulas de Publicidad. Se ha analizado en particular, entre otras cuestiones,

⁷³¹ Párrafos 279 y 280 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁷³² Párrafo 293 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

la importancia creciente de los mercados en línea y, en concreto, del *marketplace* de AMAZON que funciona como puerta de entrada a la compra de productos electrónicos, que ha desbancado incluso a Google como página web en la que se inicia el proceso de compra⁷³³. Ello convierte a esta plataforma en un escaparate publicitario de primera importancia, lo que hace que resulten particularmente perjudiciales para la competencia las restricciones que limiten la capacidad de recurrir al mismo (véanse, por ejemplo, los párrafos (248) a (264) o (681)). Lo anterior hasta el punto de que existen agencias de marketing especializadas en la publicidad en AMAZON como es el caso de “*Amazing*”⁷³⁴. Adicionalmente, en este caso, además de la restricción impuesta sobre terceros para anunciarse cuando se busca por determinadas palabras relacionadas con APPLE, se pacta una lista de fabricantes competidores que no podrán aparecer en ningún caso (yendo más allá incluso de lo analizado en los precedentes citados). Además, ya se ha explicado que no existe ninguna justificación legítima y que, en los precedentes citados, también existían otros medios para anunciarse y ello no fue obstáculo para dichas restricciones se consideraran restricciones por objeto.

- (826) Por tanto, los precedentes GUESS y ASICS siguen siendo relevantes para analizar las Cláusulas de Publicidad. Al contrario de lo que hace APPLE cuando pretende aplicar íntegramente las conclusiones de las sentencias COTY o MAXIMA LATVIJA por considerar que se estaría ante supuestos de hecho análogos, la CNMC admite las diferencias existentes y únicamente invoca GUESS y ASICS a título interpretativo para respaldar un análisis adaptado a las circunstancias concretas del presente asunto. Debe insistirse en cualquier caso en que, para que una determinada conducta colusoria pueda calificarse como restrictiva de la competencia por el objeto, no es necesario que se haya sancionado previamente un acuerdo análogo. Lo relevante es si la restricción que se deriva del contenido del acuerdo (atendiendo al contexto jurídico y económico en el que se inserta y a sus objetivos) puede considerarse apta por su propia naturaleza para restringir la competencia a la luz de los precedentes y/o de la lógica y experiencia económica (párrafos (505) y (506)).

b. Los objetivos

- (827) En cuanto a los objetivos del acuerdo, de los hechos probados se puede inferir lo siguiente:

⁷³³ <https://www.puromarketing.com/76/34593/donde-empiezan-busquedas-onlineantes-comprar-producto-amazon-arrebata-poder-buscadores.html#:~:text=El%2053%25%20de%20los%20consumidores,el%208%25%20de%20otros%20marketplaces> o <https://www.reasonwhy.es/actualidad/inicio-busqueda-compras-online-amazon-google-marketplaces> en el que puede leerse que “*aproximadamente el 60% de las personas que buscan productos online lo hacen directamente en Amazon*”.

⁷³⁴ <https://www.amazingagency.io/>

- En el caso de APPLE, se distingue claramente que era **limitar la competencia que otras marcas podían ejercer sobre APPLE**, tal y como demuestran las discusiones internas que tuvo dicha empresa con AMAZON durante la negociación del GTA:
 - APPLE solicitó que “[CONFIDENCIAL]”⁷³⁵; y
 - APPLE solicitó que “[CONFIDENCIAL]”.⁷³⁶.

Además, en una presentación interna de APPLE también se incide en que [CONFIDENCIAL]^{737 738 739}.

- En el caso de AMAZON: [CONFIDENCIAL]: (i) en relación con la primera petición sobre publicidad de APPLE, AMAZON consideró internamente [CONFIDENCIAL]⁷⁴⁰; y (ii) en relación con la segunda petición de APPLE sobre el mismo tema, AMAZON consideró internamente “[CONFIDENCIAL]”⁷⁴¹. Sin embargo, AMAZON aceptó estas restricciones a la publicidad de pago en su Página Web en España con el objetivo, como ha reconocido la propia empresa en varias ocasiones⁷⁴², de conseguir un suministro completo y directo de todos los productos de APPLE, en la medida en que eran parte de las condiciones impuestas por APPLE para conceder a AMAZON dicho suministro.

(828) Por otro lado, como pone de manifiesto el cuestionario precitado de posibles preguntas a las que se podría enfrentar después de la firma del GTA y del ARA 2018 y, especialmente, las respuestas preparadas por la empresa, se evidencia como la empresa, en relación con las Cláusulas de Publicidad, **AMAZON justifica su decisión de cara al público con una explicación que no corresponde con la realidad** (como muestra el párrafo (344)).

⁷³⁵ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4736): “[CONFIDENCIAL]”.

⁷³⁶ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4736): “[CONFIDENCIAL]”.

⁷³⁷ Ver Anexo 2 de la contestación al RI I APPLE “[...] [CONFIDENCIAL] [...]” (folio 4353).

⁷³⁸ Ver Anexo 2 de la contestación al RI I APPLE: “[CONFIDENCIAL]” (folio 4355).

⁷³⁹ Ver Anexo 2 de la contestación al RI I APPLE: “[...] [CONFIDENCIAL]; [...]” (folio 4353).

⁷⁴⁰ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4736): [CONFIDENCIAL].

⁷⁴¹ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia (folio 4737): [CONFIDENCIAL].

⁷⁴² Ver contestación al RI II AMAZON, párrafos 20 y 21 (folios 4678 y 4679).

- (829) Así, frente a las siguientes posibles preguntas: **[CONFIDENCIAL]**⁷⁴³; (ii) **[CONFIDENCIAL]**⁷⁴⁴; y (iii) “**[CONFIDENCIAL]**⁷⁴⁵; **[CONFIDENCIAL]**⁷⁴⁶, cuando la realidad es que los anuncios de otras marcas no aparecen como consecuencia de las Cláusulas de Publicidad con APPLE.
- (830) Es decir, se aprecia una **intención, al menos por parte de AMAZON, de ocultar las verdaderas razones detrás de la firma del acuerdo a terceros**. Si las partes hubieran tenido intenciones legítimas, lo esperable sería que no hubiera habido ningún problema en que las explicaciones trasladadas a terceros fueran las verdaderas razones detrás del acuerdo. Conviene recordar a este respecto que, si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo entre empresas, nada impide que las autoridades de la competencia o los tribunales nacionales y de la Unión la tengan en cuenta.

- Alegaciones de las empresas

- (831) APPLE alega que el órgano instructor no ha llevado a cabo un análisis adecuado de los objetivos legítimos y procompetitivos de las Cláusulas de Publicidad⁷⁴⁷. Sostiene, por un lado, que dichas cláusulas no tenderían a limitar la competencia que otros fabricantes o proveedores podrían ejercer sobre su propia marca, sino que APPLE se limitaría a adquirir o reservarse determinados espacios publicitarios en esta plataforma para brindar a sus clientes una experiencia de compra superior, análoga a la de una “isla de productos” o “shop-in-shop” en una tienda física⁷⁴⁸ sin que este tipo de prácticas, habituales, en los comercios minoristas se hayan calificado nunca como restricciones de la competencia por el objeto⁷⁴⁹. También AMAZON formula alegaciones similares a este respecto⁷⁵⁰.
- (832) En relación con lo anterior, APPLE sostiene que la experiencia de compra se vería perjudicada y se generaría confusión si se ofrecen alternativas de compra a un cliente que está decidido a adquirir un producto concreto de APPLE ya que, precisamente por ello, realiza una búsqueda específica del nombre de dicho

⁷⁴³ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4800).

⁷⁴⁴ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: “**[CONFIDENCIAL]** (folio 4802).

⁷⁴⁵ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4802).

⁷⁴⁶ Ver documentos aportados por la autoridad italiana de la competencia: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4800).

⁷⁴⁷ Párrafos 182 a 202 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁷⁴⁸ Párrafo 188 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁷⁴⁹ Párrafo 190 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución,

⁷⁵⁰ Párrafos 273 a 275 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución,

producto en el buscador de AMAZON⁷⁵¹. Según APPLE, de no tener una decisión clara sobre el producto que desea adquirir, el cliente habría llevado a cabo una búsqueda genérica con términos como “teléfono móvil” en vez de, por ejemplo, “iPhone 14 Pro”. APPLE compara esta situación con el escenario en el que un consumidor entra en una tienda minorista manifestando claramente su intención de estudiar la compra de un producto concreto de la marca APPLE. Sostiene APPLE que en dicho escenario “*el dependiente solo le mostrará dicho producto (en lugar de mostrarle toda la gama de dispositivos competidores)*”⁷⁵².

- (833) A lo anterior procede contestar, en primer lugar, que el que se muestren al consumidor alternativas similares al producto que está buscando (con independencia de que en ese momento pueda estar más o menos decidido a adquirir el concreto producto en cuestión) no disminuye la experiencia de compra, sino que, en su caso, la enriquece.
- (834) Por otro lado, el hecho de que AMAZON ofrezca espacios publicitarios disponibles en las páginas de resultados cuando se realizan búsquedas de productos concretos no parece coherente con que el consumidor tenga necesariamente una decisión tomada y que la presencia de anuncios de otros productos perjudique su experiencia de compra, lo que implicaría que son acogidos con desagrado por los consumidores. Si éste fuera el caso, los competidores no estarían interesados en adquirir dichos espacios y las Cláusulas de Publicidad no tendrían razón de ser. Tal y como señala el órgano instructor, la propia AMAZON se refiere a estos espacios publicitarios en su web sobre los productos/servicios publicitarios que ofrece a terceros (Amazon Ads)⁷⁵³ como una “(a)yuda a los clientes a encontrar tus productos creando rápidamente anuncios que aparezcan en los resultados de compra y en las páginas del producto relacionados”. Según la empresa, el producto Amazon Ads permite crear anuncios sin necesidad de experiencia, permite controlar tus costes (el anunciante elige cuánto quiere pujar por clic y su propio presupuesto) y se permite realizar un seguimiento de su éxito (utilizando métricas que miden el impacto directo del anuncio). Así, de acuerdo con la propia información suministrada por AMAZON en la web de AMAZON Ads, los anuncios en su Página Web pueden llegar a ser tan relevantes que podrían proporcionar los siguientes beneficios a quien contrate este tipo de servicios⁷⁵⁴ (i) 40 % de aumento en las unidades pedidas; (ii) 54 % de aumento en las vistas; (iii) 55

⁷⁵¹ Párrafos 184 a 188 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁷⁵² Párrafo 186 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁷⁵³ Ver la web de Amazon Ads en el siguiente enlace: https://advertising.amazon.com/es-es/solutions/products/sponsored-products?ref=amt_sm_in_eupadg_es_expandbrand2_01_112&=&li_fat_id=94201346-2025-4cb4-93c0-6ebcff965691

⁷⁵⁴ Ver la web de Amazon Ads en el siguiente enlace: https://advertising.amazon.com/es-es/solutions/products/sponsored-products?ref=amt_sm_in_eupadg_es_expandbrand2_01_112&=&li_fat_id=94201346-2025-4cb4-93c0-6ebcff965691

veces más impresiones; y (iv) 93 veces más ventas de unidades. La efectividad de estos anuncios sería tan relevante que la web de Amazon Ads cuenta con una sección dedicada a casos de éxito en los que se recogen las historias de distintos fabricantes, vendedores o marcas que han visto como sus negocios crecían gracias, precisamente, a los anuncios en las Páginas Web de AMAZON.

- (835) La propia APPLE reconoce en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que los anuncios de productos de otras marcas en AMAZON pueden ejercer una presión competitiva sobre los productos de APPLE ya que para defender el efecto inocuo de la reducción del número de revendedores en el mercado en línea como consecuencia de las cláusulas de *Brand Gating* sostiene que “*si los precios de los productos Apple aumentaran en el marketplace de Amazon, lo que sucedería aplicando una lógica económica sencilla es que habría menos ventas de productos Apple en el marketplace de Amazon, ya que algunos consumidores optarían por cambiar sus decisiones de compra a otros canales y/o productos rivales (Samsung, Xiaomi, etc.)*”⁷⁵⁵. Lo anterior corrobora, por lo demás, que los anuncios objeto de las Cláusulas de Publicidad dinamizan la competencia intermarca y que su limitación tiene por tanto un carácter restrictivo de la competencia.
- (836) Esta Sala tampoco está de acuerdo con la comparación que realizan tanto AMAZON como APPLE con el comportamiento de los vendedores y de los espacios denominados “islas de productos” o “*shop-in-shop*” en los comercios minoristas fuera de línea.
- (837) En primer lugar, al contrario de lo que mantienen las imputadas, en un entorno fuera de línea puede suceder perfectamente que el vendedor o dependiente informe sobre productos alternativos al solicitado por el cliente. Una de las ventajas de desplazarse a un comercio físico es, de hecho, la posibilidad de recabar la opinión de un experto sobre las características de los productos y su comparación con artículos similares, por mucho que el consumidor tenga, a priori, preferencia por un producto concreto. Por otro lado, los procesos de compra en línea y fuera de línea son distintos y en un entorno en línea es muy frecuente y habitual que un consumidor, al realizar la búsqueda de un producto, se enfrente a publicidad de productos competidores en los espacios publicitarios destinados a tal efecto durante su proceso de compra. Ello sin perjuicio de que no siempre sea así y puedan darse situaciones parecidas a las derivadas de las Cláusulas de Publicidad en la propia AMAZON con otras marcas o en otros buscadores en línea como señala APPLE a partir de una serie de ejemplos incluidos en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución⁷⁵⁶.
- (838) Por otro lado, el *stand* de productos de APPLE o las llamadas islas de productos del entorno fuera de línea difieren sustancialmente del buscador por palabras de

⁷⁵⁵ Párrafo 132 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁷⁵⁶ Párrafo 189 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

un mercado en línea. Existen, de hecho, otras opciones cuando el cliente tiene claro que únicamente desea informarse sobre un determinado tipo de producto o marca. Así, por ejemplo, la propia web de AMAZON dispone de un *stand* o isla virtual para productos APPLE en la que no hay publicidad⁷⁵⁷.

- (839) APPLE alega que otro objetivo legítimo de las Cláusulas de Publicidad es la lucha contra el parasitismo de otros fabricantes que pudieran tratar de ganar notoriedad para sus propias marcas aprovechándose indebidamente de las inversiones de APPLE en publicidad y en “*back margin*” de APPLE (entendidas como los honorarios recibidos por AMAZON para apoyar promociones o asegurar la colocación de sus productos en su mercado en línea poniendo nuevamente como ejemplo de esto último las islas de productos o “shop-in shops” de las tiendas físicas) lo que contribuiría a su vez a salvaguardar el incentivo de APPLE de trabajar junto a AMAZON de forma cooperativa⁷⁵⁸.
- (840) No cabe acoger tales argumentos pues ello supondría aceptar que pueda restringirse toda publicidad de marcas competidoras cuando un consumidor realiza búsquedas por una determinada marca (sea cual sea el medio utilizado: un buscador, banners en páginas web, comparadores, etc.) sobre la base de que implica una forma de parasitismo. Ello no puede admitirse atendiendo a la propia dinámica de las compras en línea, la relevancia de la publicidad en línea como elemento dinamizador de la competencia en este entorno⁷⁵⁹ (párrafos (843) a (851)) y a la importancia de AMAZON como canal de venta minorista (párrafos (248) a (264)). Lo anterior sin perjuicio del alcance pretendidamente limitado –en cuanto a la lista limitada de palabras clave y espacios objeto de exclusión– que, según APPLE y AMAZON, tendrían en este caso las restricciones a la publicidad en línea analizadas. Nótese, a este respecto, cómo en los precedentes citados de GUESS y ASICS, las restricciones se aplicaban al introducir un término de la marca (es en lo que consiste, de hecho, la propia restricción), y aun así se consideraron restricciones de la competencia por objeto.
- (841) Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala estima que las imputadas no buscaban alcanzar objetivos procompetitivos que permitan descartar, en el marco del análisis de su contenido, objetivos y contexto, el objeto anticompetitivo de las Cláusulas de Publicidad (lo anterior sin perjuicio del análisis los acuerdos en relación con los artículos 101.3 del TFUE y 1.3 de la LDC que se realiza en los párrafos (936) a (1001)).

⁷⁵⁷ <https://www.amazon.es/stores/Apple/P%C3%A1gina principal/page/4E95FF48-A39F-40ED-9FE3-3E769342863B>. Además, basta con poner “tienda APPLE AMAZON” en Google y es el primer resultado que sale.

⁷⁵⁸ Párrafos 193 a 196 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁷⁵⁹ Véase el Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España (páginas 62 y 63).

- (842) Debe insistirse, en cualquier caso, en la doctrina jurisprudencial asentada según la cual, “*el hecho de que se considere que una medida persigue un objetivo legítimo no excluye que, habida cuenta de la existencia de otro objetivo perseguido por ella y que deba estimarse ilegal, [...], pueda considerarse que dicha medida tiene un objeto restrictivo de la competencia*”⁷⁶⁰. Por tanto, y aunque las Cláusulas de Publicidad persiguieran, como sostiene APPLE, mejorar la experiencia de compra y combatir el parasitismo (*quod non*), ello no excluiría la existencia de otro objetivo que, en este caso, se considera restrictivo de la competencia como es el de limitar la competencia intermarca entre los productos de la marca APPLE y los productos de marcas competidoras en los espacios dedicados a la publicidad de pago en la página web de AMAZON, plataforma de comercio electrónico que concentra más de la mitad del tráfico web en España en el sector del comercio electrónico en general y de las ventas netas en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos en particular, y cuya cuota en el mercado de prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores es superior al **[60-70]**% (llegando en algunos casos al **[80-90%]**).

c. El contexto jurídico y económico

- (843) En cuanto al contexto jurídico y económico, **se dan una serie de circunstancias que inciden en la nocividad del acuerdo y en su capacidad de limitar o reducir la competencia en la publicidad de pago** en la Página Web de AMAZON y, en consecuencia, en el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España (segmento afectado por las conductas investigadas).
- (844) En primer lugar, el contexto jurídico y económico se analiza para determinar si la conducta en cuestión es concretamente apta para restringir la competencia y, tal y como se explicó en detalle al analizar el contexto jurídico y económico de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* (párrafos (603) a (633)): (i) AMAZON es un canal de venta con una cuota muy elevada en España; (ii) los productos de APPLE son productos muy demandados – es el primer fabricante de productos electrónicos por cuota de mercado en valor –; y (iii) la propia AMAZON reconoce el liderazgo de los productos de la marca APPLE y la propia APPLE de la Página Web de AMAZON, lo que permite concluir que tanto AMAZON como APPLE son empresas cuyos comportamientos son aptos para restringir y/o afectar a la competencia en los mismos.

⁷⁶⁰ STJUE en el caso C 67/13 P - CB/Comisión, EU:C:2014:2204, párrafo 70; y C-288/18 – Budapest Bank, párrafo 52.

- (845) En segundo lugar, por lo que respecta concretamente a la publicidad en línea en España y al papel de AMAZON dentro de la misma⁷⁶¹:
- En España, el volumen de ingresos de la publicidad online supera al de otros medios tradicionales con datos de 2019 (como televisión, radio o prensa)⁷⁶².
 - La publicidad de *display*⁷⁶³ crece por encima de la media de otras formas de publicidad online, muy apoyada en formatos de vídeo, en dispositivos móviles y en el inventario de las distintas plataformas⁷⁶⁴.
 - Dentro del inventario de plataformas, destacan Google, Facebook o el grupo Amazon, que comercializan su oferta propia directamente⁷⁶⁵.
 - Google y Facebook, pueden suponer más del 70% de mercado considerando la suma de búsqueda y *display*⁷⁶⁶ (con datos de 2019).
 - No obstante, aunque el peso del grupo Amazon es aún muy inferior (con datos de 2019) comparado al de Google y Facebook, el crecimiento fuerte de sus ingresos por publicidad en su inventario propio, unido al auge del comercio electrónico acelerado por la pandemia, puede convertirla en una empresa muy competitiva en este ámbito⁷⁶⁷.
 - De hecho, que el peso de Facebook decaiga en el total de plataformas (pero no en redes sociales) evidencia la pujanza reciente del grupo Amazon, pues esta última no se incluye en redes sociales, pero sí en el total de plataformas⁷⁶⁸.
 - Algunas de las plataformas digitales más relevantes se financian de manera creciente (como el grupo Amazon) e incluso de forma casi exclusiva (como Google o Facebook) con publicidad online⁷⁶⁹.

⁷⁶¹ Ver “*Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España*”, E/CNMC/002/2019, de 7 de julio de 2021 (**Estudio sobre la publicidad online de la CNMC**) que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.cnmc.es/prensa/estudio-publicidad-online-espana-cnmc-20210726>).

⁷⁶² Página 7 del Estudio sobre la publicidad online de la CNMC.

⁷⁶³ La publicidad de *display* es la que resulta de los anuncios que pueden aparecer en distintos formatos (vídeo, *banners*, etc.) durante nuestra navegación en páginas web y aplicaciones móviles (apps).

⁷⁶⁴ Página 8 del Estudio sobre la publicidad online de la CNMC.

⁷⁶⁵ Página 8 del Estudio sobre la publicidad online de la CNMC.

⁷⁶⁶ Página 85 del Estudio sobre la publicidad online de la CNMC.

⁷⁶⁷ Página 86 del Estudio sobre la publicidad online de la CNMC.

⁷⁶⁸ Página 89 del Estudio sobre la publicidad online de la CNMC.

⁷⁶⁹ Página 15 del Estudio sobre la publicidad online de la CNMC.

- Las grandes plataformas de audiencia global que venden su propio inventario (como Google, Facebook o el grupo Amazon) están tendiendo a crecer por encima de la media del mercado de la publicidad en línea⁷⁷⁰.
- Plataformas como Facebook o el grupo Amazon, por su enorme audiencia y por su configuración, son capaces de estimar muy bien los intereses del consumidor, por lo que su publicidad de *display* es también competitiva para buscar acciones directas de “conversión” (i.e. es decir que el anuncio lleve a compras, clics, registros en la página web, etc.)⁷⁷¹.
- La cercanía a los consumidores y su capilaridad en la captación de datos (particularmente compañías como Google, pero también otras como Facebook o el grupo Amazon) les permite enriquecer su oferta de espacio publicitario con datos útiles para personalizar y analizar campañas e inventario⁷⁷².
- Las empresas (destacando Google, pero también Facebook o el grupo Amazon) con un ecosistema amplio tienen una posición difícilmente contestable en el acceso a usuarios⁷⁷³.
- Según un estudio realizado en EEUU en 2020, el 51% del mercado publicitario había sido copado en aquel año por la publicidad en línea que tres años antes no representaba más que 1/3 de la inversión publicitaria. Concluye dicho estudio que de todo el mercado publicitario digital en EEUU Google alcanzaba el 30%, Facebook el 20% y AMAZON el 10%⁷⁷⁴.

- Alegaciones de las empresas

- (846) Tanto APPLE⁷⁷⁵ como AMAZON⁷⁷⁶ alegan que se habría exagerado la importancia del negocio publicitario de AMAZON, sobre la base de un “análisis especulativo”, sin que dicho negocio pueda compararse al de Facebook o Google.
- (847) A lo anterior procede contestar que, si bien la importancia de AMAZON en el mercado de la publicidad en línea es actualmente menor que la que puedan tener

⁷⁷⁰ Página 16 del Estudio sobre la publicidad online de la CNMC.

⁷⁷¹ Nota al pie 72 del Estudio sobre la publicidad online de la CNMC.

⁷⁷² Página 49 del Estudio sobre la publicidad online de la CNMC.

⁷⁷³ Página 122 del Estudio sobre la publicidad online de la CNMC.

⁷⁷⁴ Artículo de la revista digital Puro Marketing titulado: “Facebook, Google y Amazon, grandes vencedores del año y reyes de la publicidad on line disponible en el enlace: <https://www.puromarketing.com/66/34585/facebook-google-amazongrandes-vencedores-ano-reyes-publicidad-online.html> (consultado por última vez el 30 de mayo de 2023).

⁷⁷⁵ Párrafos 203 a 208 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁷⁷⁶ Párrafos 286 a 300 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

Google y Facebook, resulta en cualquier caso muy significativa, tal y como acaba de exponerse a partir de datos objetivos.

- (848) Lo anterior se ve reforzado por la importancia de AMAZON como puerta de entrada o motor de búsqueda de información sobre compras (párrafos (248) a (264) y en particular párrafo (261)) que, además, se ha venido incrementando en los últimos años, lo que tiene un impacto directo en su rol como vendedor de espacios publicitarios, sin perjuicio de que, como sostiene AMAZON en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, esta actividad pueda ser accesorio a sus operaciones de venta minorista. Nótese que la supuesta irrelevancia que atribuye AMAZON a su negocio publicitario en el marco del presente expediente se contradice con los datos que la propia AMAZON invoca para publicitar estos servicios a los que se ha aludido previamente (párrafo (834)).
- (849) **[CONFIDENCIAL]**⁷⁷⁷. Ello implica que alrededor del **[CONFIDENCIAL]**% de los productos vendidos en 2021 en AMAZON correspondieron a productos publicitados en dicho mercado en línea lo que, lejos de restar importancia a su negocio publicitario, evidencia la relevancia del mismo. Considerando solo el dato de ventas de productos electrónicos en Amazon.es en España –**[CONFIDENCIAL]** millones de dólares (ver párrafo (259))–, las ventas de productos patrocinados se elevarían a **[CONFIDENCIAL]** dólares.
- (850) Las respuestas que preparó AMAZON a posibles preguntas frecuentes también demuestran que la empresa era consciente de que los anunciantes podrían hacer preguntas relacionadas con la aplicación de las Cláusulas de Publicidad, en caso de verse afectados⁷⁷⁸. De haber sido un canal publicitario irrelevante, no se hubiera esperado que la propia empresa estuviera preparada para responder preguntas de este tipo. Debe descartarse, nuevamente, el argumento de AMAZON de que este documento carece de relevancia por cuanto no cabría esperar que las empresas proporcionen a terceros información detallada sobre sus acuerdos comerciales en este tipo de respuestas. Tal y como ya se ha explicado previamente una cosa es no proporcionar información detallada o estratégica y otra aportar explicaciones que contradicen las verdaderas razones que subyacen del acuerdo.
- (851) AMAZON también alega que los anunciantes cuentan con múltiples alternativas de publicidad en línea fuera de su mercado en línea y que la publicidad es solo una forma más de la que disponen los clientes para encontrar productos dentro de la Amazon Store. Procede contestar a lo anterior que el que los anunciantes dispongan de otros canales de publicidad online no quita que las Cláusulas de Publicidad impacten en un canal de enorme relevancia, como es el mercado en línea de AMAZON, limitando la competencia intermarca en el seno del mismo. Nótese que, en casos como GUESS y ASICS, los vendedores afectados por los

⁷⁷⁷ Párrafo 294 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁷⁷⁸ En concreto, AMAZON preparó respuestas para esta posible pregunta: “**[CONFIDENCIAL]**.”

acuerdos analizados también disponían de vías alternativas para anunciarse (sus propios sitios web y plataformas, plataformas de terceros, plataformas comparativas en línea, servicios de búsqueda generalistas etc.) y aun así se consideraron restricciones por objeto.

▪ **Otras alegaciones de las partes en relación con el objeto restrictivo de las Cláusulas de Publicidad**

- **Sobre la pretendida contradicción con la práctica anterior de la CNMC en el asunto ADIDAS**

(852) AMAZON sostiene que la clasificación de las Cláusulas de Publicidad como restricción por objeto es contraria a la práctica anterior de la CNMC pues ésta habría aceptado cláusulas de alcance similar en el asunto S/0631/18 - ADIDAS ESPAÑA (**ADIDAS**)⁷⁷⁹. Afirma en concreto AMAZON que las Cláusulas de Publicidad analizadas en el presente Expediente operarían exactamente igual que las validadas por la CNMC en el asunto ADIDAS dado que la publicidad de productos APPLE se prioriza cuando la búsqueda incluye el término exacto de la marca (por ejemplo, “Apple” o “iPhone 10”) pero la limitación no aplica cuando la búsqueda se refiere a un término de la marca más otros términos genéricos (por ejemplo, “teléfono APPLE”)⁷⁸⁰.

(853) Sin embargo, esta Sala coincide con el órgano instructor en cuanto a que AMAZON no puede pretender utilizar este precedente para justificar las Cláusulas de Publicidad teniendo en cuenta de forma cumulativa las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, el asunto ADIDAS versaba sobre restricciones impuestas por un fabricante a sus distribuidores, mientras que, en el presente caso, nos encontramos ante un acuerdo directo entre un fabricante y un mercado en

⁷⁷⁹ Párrafos 281 a 285 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁷⁸⁰ Sostiene concretamente AMAZON en el párrafo 281 de las alegaciones de a la Propuesta de Resolución: “es relevante poner de relieve que, en el asunto Adidas, la CNMC analizó cláusulas relacionadas con la publicidad en línea similares a las Cláusulas de Publicidad, alcanzando, sin embargo, conclusiones muy diferentes. La restricción que la CNMC analizó en el asunto Adidas operaba de tal manera que, si se realizaba una búsqueda con cualesquiera de los términos de la marca Adidas combinados con otros términos genéricos (por ejemplo, “zapatillas de correr Adidas”), los productos Adidas se debían priorizar en los resultados. Tras la negociación de compromisos, la CNMC admitió las condiciones aplicadas por Adidas siempre que se modificaran para que únicamente se priorizaran los productos Adidas en búsquedas realizadas utilizando los términos de la marca Adidas, sin otros términos genéricos (por ejemplo, “Adidas”). Ello también se hizo extensivo a las submarcas de Adidas. De acuerdo con la Resolución de la CNMC, una restricción que aplique a una búsqueda del término de la marca Adidas combinado con otros términos genéricos (por ejemplo, “zapatillas de correr Adidas”) no sería admisible, mientras que sí lo sería una restricción que aplicase a una búsqueda que utilice exclusivamente palabras clave de Adidas. La PR parece aceptar tácitamente el resumen del asunto proporcionado por Amazon, al citarlo en su nota al pie 713, pero no proporciona ninguna respuesta al respecto”

línea (que actúa en su rol de dueño y gestor del mercado en línea, y no como distribuidor).

- En segundo lugar, dicho expediente fue objeto de una terminación convencional, es decir, en el mismo no se hace un análisis en profundidad de las cláusulas en cuestión y, por tanto, no tiene el mismo valor que una declaración de infracción. De hecho, como las partes conocen, una de las principales características del procedimiento de terminación convencional es que se cierra la investigación sujeta a una serie de compromisos sin que sea necesario alcanzar una conclusión definitiva sobre el fondo.
- En tercer lugar, con independencia de que la investigación se cerrara finalmente mediante compromisos, en la misma se establece que el que los distribuidores deban recabar la autorización de ADIDAS para realizar publicidad en línea podría ser equivalente a una restricción de ventas considerada especialmente grave por el artículo 4 letra c) del RECAV 2010 (i.e. una restricción por objeto)⁷⁸¹.
- En cuarto lugar, en el asunto ADIDAS, el que se pretende beneficiar de la restricción es el fabricante frente a sus distribuidores (competencia intramarca), mientras que, en el presente caso, quien se beneficia es APPLE frente a otros fabricantes competidores (competencia intermarca).
- En último lugar, llama la atención que AMAZON sostenga que las cláusulas en cuestión no son análogas a una restricción aplicada a los motores de búsqueda generales (descartando por ello la posibilidad de referirse a título interpretativo a los precedentes GUESS y ASICS) y, a la vez, invoque el asunto ADIDAS que afectaba a motores de búsqueda.

- **Sobre la pretendida contradicción con la resolución de la autoridad italiana**

- (854) APPLE⁷⁸² y AMAZON⁷⁸³ sostienen en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que las Cláusulas de Publicidad no podrían considerarse restricciones de la competencia por el objeto atendiendo a que la autoridad de competencia italiana habría descartado dicha calificación en su resolución de 16 de noviembre de 2021.
- (855) Esta Sala no puede acoger tal planteamiento, por distintas razones.

⁷⁸¹ Ver página 26, penúltimo párrafo, de la decisión S/DC/0631/18 – *Adidas*: “[s]i esa exigencia resulta tan amplia, como se desprende de los hechos acreditados, que deja en manos de ADIDAS la autorización o no, en términos generales, del uso de Internet o de la posibilidad de realizar publicidad online, el resultado podría ser equivalente al de una restricción de ventas considerada especialmente grave por el artículo 4 letra c) del REC”.

⁷⁸² Párrafos 22, y 179 a 181 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁷⁸³ Párrafo 280 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

- (856) En primer lugar, porque las decisiones de la autoridad italiana no tienen efecto vinculante sobre las resoluciones de la CNMC.
- (857) Las autoridades nacionales de competencia son autoridades independientes que analizan las conductas en el contexto de sus respectivas jurisdicciones. La autoridad italiana analizó las Cláusulas de Publicidad atendiendo a su concreta aplicación en el mercado en línea de AMAZON en Italia y al contexto económico italiano en cuanto a la venta minorista y el peso de la publicidad en línea. La CNMC, por su lado, debe valorar el carácter restrictivo de estas prácticas atendiendo a su concreta aplicación y contexto en España. A este respecto, los resultados y pruebas realizados por la DC durante la instrucción a la hora de constatar la aplicación de las Cláusulas de Publicidad en la web de Amazon.es (párrafos (289) a (296) y (810)) no son necesariamente coincidentes con los analizados por la autoridad italiana.
- (858) Además, la CNMC, como autoridad de la competencia nacional, puede tener criterios distintos a las autoridades de competencia de otros Estados Miembros. Las obligaciones de la CNMC de conformidad con el artículo 16.2 del Reglamento 1/2003 se acaban con la no adopción de resoluciones incompatibles con las decisiones adoptadas por la Comisión Europea. Es esta última autoridad quien tiene atribuida responsabilidad de salvaguardar la coherencia en la aplicación de la normativa de competencia a nivel de la Unión Europea, pudiendo haber recurrido en este expediente a los poderes que le otorga el artículo 11.6 del Reglamento 1/2003, si hubiera identificado un riesgo para la coherencia y aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Corresponde en cualquier caso al TJUE interpretar el artículo 101 TFUE y determinar si un acuerdo con afectación al comercio intracomunitario restringe la competencia.
- (859) De lo anterior resulta que esta Sala no se encuentra en la obligación de explicar a las partes una diferencia de criterio con la autoridad italiana de la competencia en la calificación de una determinada cláusula de un acuerdo que considera anticompetitivo en virtud del artículo 101 TFUE.

- **Sobre la pretendida ausencia de efectos de las cláusulas de publicidad**

- (860) APPLE⁷⁸⁴ y AMAZON⁷⁸⁵ reprochan que la DC no habría llevado a cabo un análisis de efectos de las Cláusulas de Publicidad y niegan que éstas hayan producido efectos en el mercado.
- (861) A lo anterior procede contestar, en primer lugar, que, según la jurisprudencia consolidada, **cuando una autoridad de competencia considera que una determinada conducta es restrictiva de la competencia por su objeto en el sentido de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC, tal y como sucede en**

⁷⁸⁴ Párrafos 211 a 214 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁷⁸⁵ Párrafos 312 a 318 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

el presente caso en relación con las Cláusulas de Publicidad, se hace innecesario examinar sus efectos concretos en el mercado para concluir que dicha conducta infringe los mencionados artículos⁷⁸⁶. Se analizarán, no obstante, a mayor abundamiento, las principales alegaciones formuladas a este respecto por las imputadas.

- (862) APPLE alega que el órgano instructor no habría analizado el impacto sobre la competencia intermarca ni habría acreditado la existencia de efectos de exclusión. Sostiene textualmente a este respecto que *“la Limitación de Publicidad sólo podría ser anticompetitiva si privara a los competidores de un insumo que es fundamental para competir”* en el *“mercado de la venta minorista de productos electrónicos de consumo online”*⁷⁸⁷.
- (863) Este planteamiento no puede resultar acogido ya que APPLE pretende aplicar el marco analítico de los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC –relativos al abuso de posición de dominio– para descartar que las Cláusulas de Publicidad encajen en el tipo de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC –relativos a las prácticas colusorias– cuya aplicabilidad es la que se analiza en el presente asunto. A diferencia de lo que pretende APPLE, para determinar que las Cláusulas de Publicidad resultan restrictivas de la competencia por su objeto en el sentido de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC basta con establecer que éstas son aptas, al menos potencialmente, por su propia naturaleza para limitar la competencia (lo que se ha hecho en los párrafos (810) a (851)). No resulta exigible demostrar que se ha privado el acceso a un insumo esencial que deriva en una exclusión del mercado de los operadores afectados como sí podría ser el caso a la hora de analizar la existencia de un abuso de posición de dominio aplicando la doctrina de las *“essential facilities”*.
- (864) APPLE también alega que esta conducta tendría un efecto muy limitado porque solo entraría en acción cuando se busca un nombre particular relacionado con APPLE y no afectaría, por tanto, a los resultados de búsqueda orgánica, y que los terceros disponen de otros medios para anunciarse.
- (865) En cuanto a la alegación de que esta conducta tendría un efecto muy limitado porque solo entraría en acción cuando se busca un nombre particular relacionado con APPLE y no afectaría a los resultados de búsqueda orgánica, y que los terceros disponen de otros medios para anunciarse, tampoco puede ser aceptada Por los motivos ya indicados en los párrafos (846) a (851).
- (866) Asimismo, el planteamiento de que el impacto sobre la competencia de las Cláusulas de Publicidad sería necesariamente limitado porque los vendedores

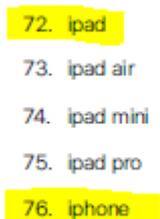
⁷⁸⁶Véanse entre otros el Párrafo 24 de las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TJUE y las SSTJUE en los asuntos acumulados C-501/06 P y otros, GlaxoSmithKline, párrafo 55; C-209/07, BIDS, párrafo 16; C 8/08, T-Mobile Netherlands, párrafos 29 y ss o C-7/95 P, John Deere, párrafo 77.

⁷⁸⁷ Párrafo 212 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

afectados disponen de otros medios para anunciarse fue rechazado en los asuntos precitados GUESS y ASICS, en los que distintas autoridades concluyeron que ello no era obstáculo para que las limitaciones a la publicidad en línea fueran consideradas restrictivas de la competencia por su objeto lo que implica asumir que este tipo de limitaciones han tenido, cuanto menos, la potencialidad de producir efectos no desdeñables.

- (867) APPLE insiste también en lo ya alegado durante la instrucción en cuanto a que los competidores de APPLE disponen de multitud de espacios no afectados por las Cláusulas de Publicidad para promocionar sus productos en la web Amazon.es, incluso en relación con formulaciones genéricas que contengan un nombre APPLE (como, por ejemplo, “ipads”, “macbooks”, “productos iphone”, “productos como iphone” etc.). Sin embargo, basta con comprobar el listado de palabras clave suministradas por APPLE para constatar que contiene términos que llevan a la aplicación de las “Cláusulas de Exclusividad” a la hora de emplear expresiones genéricas que contengan términos como “ipad” e “iphone”⁷⁸⁸:

Imagen 30. Extracto del listado de palabras clave suministradas por APPLE



72. ipad
73. ipad air
74. ipad mini
75. ipad pro
76. iphone

- (868) Se refiere nuevamente APPLE, para descartar la posibilidad de una afectación anticompetitiva de las Cláusulas de Publicidad, a su función pretendidamente poco relevante en los mercados publicitarios. A lo anterior procede contestar, que AMAZON constituye un canal de ventas relevante de productos electrónicos, no solo para los terceros vendedores sino también para los propios fabricantes. A la vista de esta circunstancia, la limitación de publicidad –que impide a los competidores fabricantes de productos electrónicos de marcas distintas a APPLE anunciarse en determinados espacios de la página web de AMAZON– es susceptible de reducir la presión competitiva que ejercen los productos de otros fabricantes de productos electrónicos sobre los productos de la marca APPLE y, en consecuencia, de distorsionar el funcionamiento de la competencia intermarca de estos fabricantes rivales.
- (869) Conviene recordar a este respecto, como se ha indicado previamente, que la propia APPLE reconoce, al menos indirectamente, la importancia de la publicidad en el mercado en línea de AMAZON (párrafo (835)). Reconoce asimismo APPLE de forma directa que uno de los objetivos de estas cláusulas era evitar que las inversiones en su marca (y las ventas) se desviarán, en su

⁷⁸⁸ Ver Anexo 1 del GTA.

totalidad o en parte, a otras empresas aprovechándose de la reputación de APPLE y su inversión en AMAZON (párrafo (827)).

- (870) AMAZON, por su lado, insiste en mantener que las Cláusulas de Publicidad no son susceptibles de afectar a la competencia porque **[CONFIDENCIAL]**.
- (871) Este planteamiento debe descartarse por distintas razones.
- (872) En primer lugar, tal y como expuso pormenorizadamente la DC en el párrafo 907 de la Propuesta de Resolución, el Informe de Brattle sobre Publicidad adolece de varios errores metodológicos que invalidan sus conclusiones.
- (873) Por un lado, los dos períodos que compara considerados en dicho Informe se vieron afectados por las Cláusulas de Publicidad, por tanto, no hay un contrafactual válido en el que se contraponga un escenario sin aplicación de las Cláusulas controvertidas con otro en el que éstas sí aplican. En concreto, y como ya se indicaba en la Propuesta de Resolución, el Informe Brattle parte de un error fundamental, al considerar que durante los periodos considerados en noviembre y diciembre de 2018⁷⁸⁹ las Cláusulas de Publicidad no estaban vigentes, pese a que la firma del GTA y el ARA 2018 tiene lugar el 31 de octubre de 2018. Procede llamar la atención, a este respecto, sobre que, habiendo podido escoger AMAZON un periodo de tiempo anterior a octubre de 2018 (respecto del que no cupiese controversia sobre si las cláusulas investigadas estaban o no en vigor), la empresa imputada seleccionó dos periodos temporales posteriores al momento en el que, en coherencia la fecha de firma de los acuerdos, la DC había estimado que las Cláusulas de Publicidad ya estaban vigentes, apreciación con la que coincide esta Sala.
- (874) Asimismo, según la posición mantenida por las propias imputadas a lo largo del Expediente, antes de los acuerdos, **[CONFIDENCIAL]**. De esta forma, se estaría comparado la situación previa a los acuerdos (en la que pretendidamente se daba esta situación), con la situación post-acuerdos, que presenta un entorno de compra mejorado (conviene insistir, a este respecto, en que tal y como se subraya a lo largo de la presente resolución, dicha mejora no derivaría de las cláusulas controvertidas sino de otras provisiones del GTA y del ARA 2018). No se puede saber, por tanto, cuáles habrían sido los efectos de la ausencia de las Cláusulas de Publicidad si, en la situación previa a los acuerdos, también se hubiera contado con un entorno de compra mejorado. De hecho, la propia AMAZON trata de justificar que el cambio de comportamiento de los clientes puede explicarse por el mayor atractivo del mercado en línea en España a raíz de los acuerdos. En este sentido, AMAZON señala en su web sobre los productos/servicios publicitarios que ofrece que *“Añadir contenido A+ a tu página de detalles del producto [presentación mejorada] y anunciarte con Sponsored*

⁷⁸⁹ Se tuvieron en cuenta las semanas las semanas del 5 al 11 de noviembre y del 10 al 16 de diciembre de 2018.

*Products puede ayudarte a generar hasta 93 veces más ventas de unidades*⁷⁹⁰, es decir, que la presentación mejorada habría tenido un claro impacto en las ventas (y este entorno de presentación mejorada no existía para los productos APPLE antes de los acuerdos en cuestión).

- (875) Por tanto, el análisis del informe no tiene en cuenta que la presentación mejorada de los productos tras el acuerdo puede justificar un cambio de comportamiento de los consumidores, si bien la presentación mejorada podría haberse conseguido igualmente en ausencia de cláusulas anticompetitivas.
- (876) Respecto al análisis del porcentaje de anuncios de competidores entre los resultados de búsquedas de palabras afectadas de APPLE que aporta AMAZON⁷⁹¹, cabe señalar que los resultados están motivados por la construcción del indicador escogido – es decir, del peso relativo de los anuncios (por operador) sobre el total de resultados en la primera página. Primero, debe tenerse en cuenta que el número de resultados patrocinados (es decir, no orgánicos) es **[CONFIDENCIAL]** que el número total de resultados que aparecen y que, además, **[CONFIDENCIAL]**. **[CONFIDENCIAL]**⁷⁹² sino solo un subconjunto de estos. La consecuencia de tomar como referencia el número total de resultados (y no solo los resultados patrocinados o de pago) es que el porcentaje de anuncios de la competencia es necesariamente **[CONFIDENCIAL]**, tal y cómo se observa para las palabras afectadas de **[CONFIDENCIAL]**. Por tanto, el indicador escogido no ofrece ni representa una medida adecuada de los efectos de las Cláusulas de Publicidad.
- (877) Es lógico que las **[CONFIDENCIAL]** representaran mayor porcentaje de consultas que las **[CONFIDENCIAL]**, ya que incluyen términos amplísimos y búsquedas muy generales⁷⁹³ que, precisamente por dicha razón, no son tan específicas y, por tanto, atractivas para el anunciante. Por otro lado, que las **[CONFIDENCIAL]** conducen de forma abrumadora a la compra de accesorios y productos de otras marcas antes del acuerdo también es lógico, en la medida en que es común que, para los accesorios, sería esperable que los consumidores no se decanten mayoritariamente por los accesorios originales de la marca, sino que se decanten por otras opciones de otras marcas que suelen ser más baratas.
- (878) En este sentido, es igualmente esperable que el porcentaje de resultados patrocinados por otros fabricantes de teléfonos inteligentes en búsquedas de

⁷⁹⁰ Ver la web de Amazon Ads en el siguiente enlace: https://advertising.amazon.com/es-es/solutions/products/sponsored-products?ref=amt_sm_in_eupadg_es_expandbrand2_01_112&=&li_fat_id=94201346-2025-4cb4-93c0-6ebcff965691

⁷⁹¹ Ver párrafos 50 y siguientes del del Informe económico de Brattle sobre publicidad presentado por AMAZON.

⁷⁹² De ser así, quedaría desvirtuado la utilidad del motor de búsqueda interno de AMAZON.

⁷⁹³ Ver nota al pie 6 del Informe económico de Brattle sobre publicidad presentado por AMAZON: "**[CONFIDENCIAL]**".

palabras no afectadas sea reducido⁷⁹⁴: estas búsquedas, por su definición, se refieren mayormente a accesorios de iPhone (tomando el ejemplo utilizado por AMAZON, corresponderían a búsquedas como “funda de iPhone”). En la comercialización de accesorios de iPhone, los productos de APPLE se enfrentan principalmente a la competencia de otros fabricantes de accesorios compatibles con iPhone. Gran parte de los accesorios comercializados por [CONFIDENCIAL] u otro fabricante rival se dirigen a sus propios smartphones y, por tanto, carecería de sentido publicitarlos entre resultados de búsquedas tan estrechamente vinculadas a los productos de APPLE. El uso de las palabras afectadas como términos de búsqueda por parte de los consumidores es relevante, ya que muchos consumidores utilizan en sus búsquedas palabras clave relacionadas con las marcas que quieren adquirir⁷⁹⁵.

- (879) Las comparaciones [CONFIDENCIAL] tampoco se consideran válidas porque no se puede saber, y el informe no lo demuestra, cuáles hubieran sido los efectos de las cláusulas si hubiera habido una presentación mejorada de los productos de la marca APPLE antes de los acuerdos. Además, las comparaciones de APPLE con otras marcas no equiparables no son concluyentes, en la medida en que APPLE vende un producto de precio elevado comparado con otras marcas, destinado a un público objetivo con una elevada capacidad de pago, por lo que los anunciantes pueden tener mucho más interés en mostrar anuncios en ese caso. Sin embargo, esta situación no se daría al revés porque en quien busca un producto más barato sería poco frecuente que se vaya a ver impacto de la publicidad de otros productos (como los de la marca APPLE, que es más cara en general).
- (880) En cualquier caso y sin perjuicio de lo anterior, aun admitiendo a efectos meramente dialécticos las conclusiones del Informe de Brattle sobre Publicidad, **resulta indiscutible que, fueran cuales fueran las razones por las que, pretendidamente, los productos competidores no aparecían de forma significativa en los espacios publicitarios afectados por las Cláusulas de Publicidad, estos competidores ya no pueden acceder en ningún caso a los mismos, y no ya por decisión propia, sino a raíz de un acuerdo entre APPLE y AMAZON que impide dicha posibilidad.**
- (881) Esta Sala considera, por tanto, en la línea de lo mantenido por la DC, que las Cláusulas de Publicidad tienen, por su propia naturaleza, una aptitud suficiente para restringir la competencia como para ser calificadas como restricciones por

⁷⁹⁴ Ver párrafo 54 del Informe económico de Brattle sobre publicidad presentado por AMAZON.

⁷⁹⁵ Ver diapositiva 29 del [Amazon Shopper Report 2022](#) (que puede consultarse en la web del ICEX: emarketservices.es/emarketservices/es/menu-principal/actualizate/noticias/amazon-shopper-report-new2022916695.html): “Los compradores españoles [...] El 33% ya tiene en mente un producto de marca específico cuando busca y, por tanto, tiende a utilizar palabras clave de marca. Los jóvenes de entre 16 y 24 años y los adultos de entre 45 y 54 años muestran una conciencia de marca especialmente elevada. En ambos casos, en torno al 38% introduce productos de marca específicos como términos de búsqueda en Amazon”.

objeto en el sentido de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC, sin que los planteamientos invocados por AMAZON y sus asesores económicos puedan rebatir dicha conclusión.

5.4.1.2.3.2. Conclusión

- (882) Atendiendo al contenido del acuerdo, a sus objetivos, y al contexto económico y jurídico en el que se suscribe y aplica, esta Sala estima que las Cláusulas de Publicidad presentan un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser calificadas de restricción por objeto, sin que las alegaciones presentadas por las imputadas en sentido contrario hayan permitido rebatir las conclusiones alcanzadas a este respecto por el órgano de instrucción. Lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones que se realizarán más adelante sobre la existencia de una infracción única y continuada y la contribución de esta conducta a la consecución de un plan que persigue un objetivo común (apartado 5.4.3.1).

5.4.1.2.4. Las Cláusulas de Limitaciones al Marketing

5.4.1.2.4.1. Restricción por objeto

a. El contenido

- (883) En cuanto al contenido del acuerdo, tal y como se ha descrito pormenorizadamente en los hechos (ver apartado 4.4.3, párrafos (297) a (298)), las Cláusulas de Limitaciones al Marketing establecen que durante la vigencia del GTA y durante los dos años posteriores, AMAZON no podrá llevar a cabo, sin el previo consentimiento por escrito de APPLE, campañas de marketing y publicidad que: i) estén dirigidas específicamente a clientes que hayan comprado productos APPLE en AMAZON; y ii) fomenten que estos consumidores cambien de un producto APPLE a un producto que no es APPLE; sin perjuicio de que AMAZON pueda dirigir campañas que puedan alcanzar a esos consumidores dentro de audiencias más amplias.
- (884) Por tanto, los mencionados acuerdos, funcionan de manera similar a una cláusula de no competencia⁷⁹⁶ al limitar y restringir la capacidad que tiene AMAZON de aproximarse a sus propios clientes que hayan comprado productos de la marca APPLE para realizar campañas de marketing y publicidad con productos de marcas competidoras, a la vez que limitan y restringen la

⁷⁹⁶ El artículo 1.1.(d) del Reglamento 330/2010 define las cláusulas de no competencia como: “cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 % del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor o, cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus compras en el año precedente” (al igual que el artículo 1.1.f) del Reglamento 2022/720.

competencia intermarca entre los productos de la marca APPLE y los productos de marcas competidoras que se podría introducir en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos (donde las conductas investigadas despliegan sus efectos) en el principal mercado en línea en España que es AMAZON.

- (885) Es decir, se reduce la presión competitiva que otras marcas pueden ejercer sobre los productos de APPLE en un canal con una cuota de mercado tan elevada en España como es la Página Web de AMAZON, al reducirse la capacidad de AMAZON para llevar a cabo campañas de publicidad y/o marketing que puedan impactar a los compradores pasados de productos de la marca APPLE con productos competidores de otras marcas, cuando dichas otras marcas competidoras sí que, en cambio, podrían tener que soportar dicha presión de otras marcas (incluida la que ejerce la propia APPLE), sin que se pueda apreciar que exista ningún objetivo legítimo que pueda justificar esta restricción en la capacidad de AMAZON de gestión de su publicidad y marketing.
- (886) En este sentido, en principio, la cláusula podría estar justificada durante la vigencia del GTA, pero en ningún caso en los dos años posteriores.
- (887) De hecho, aunque el RECAV 2010 no ofrece cobertura al acuerdo objeto de este expediente (apartado 5.4.1.2.1), por analogía es útil tener en cuenta que excluye del ámbito de aplicación de la exención por categorías a las cláusulas de no competencia de más de cinco años o de duración indefinida (artículo 5.1.a)), así como a las cláusulas de no competencia post-contractual de duración superior al año (artículo 5.1.b)). Por su parte, el RECAV 2022, también excluye del ámbito de aplicación de la exención prevista en el mismo a las cláusulas de no competencia con una duración máxima de 5 años (aunque pueden estar cubiertas las que sean tácitamente renovables siempre que, entre otras condiciones, el acuerdo se pueda rescindir en un plazo y coste razonable) (artículo 5.1.a)), y a las de no competencia post-contractual de duración superior al año (artículo 5.1.b y 5.3).
- (888) Y en el mismo sentido, las Directrices Verticales también contienen indicaciones útiles en relación con este aspecto:
- En relación con las cláusulas de no competencia de duración superior a 5 años o indefinidas: existe una excepción y se admiten de mayor duración cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor, en la medida en que por lo general, no resulta razonable esperar que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad sin su permiso (párrafo 67 de las Directrices Verticales⁷⁹⁷).

⁷⁹⁷ Ver también párrafo 249 de las Directrices Verticales de 2022.

- En relación con las cláusulas de no competencia post-contractual: se permiten, limitadas en todo caso a un año después de la terminación del acuerdo, cuando sean indispensables para proteger los conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual, y se refiera a bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales (párrafo 68 de las Directrices Verticales⁷⁹⁸).
- (889) En este caso, la duración del GTA y del ARA 2018 es en principio de **[CONFIDENCIAL]**⁷⁹⁹, por lo que la cláusula en cuestión, durante la vigencia del GTA, no supera el límite de los 5 años, por lo que, si resultara de aplicación el RECAV 2010 (*quod non*), estaría cubierta, en principio, por la exención prevista en el mismo⁸⁰⁰.
- (890) Sin embargo, no se aprecia que exista ningún argumento que permita justificar la cláusula de no competencia post-contractual, ni siquiera durante el primer año después de la terminación del GTA y del ARA 2018, en la medida en que, entre otros, no se transmite ningún conocimiento técnico. Es decir, en este segundo caso, la obligación de no competencia no estaría cubierta por el mencionado reglamento en caso de resultar de aplicación (*quod non*), lo que no determina que sea inmediatamente contraria al artículo 1 LDC y/o 101 TFUE, sino que hace que sea necesario un análisis individual de la misma.
- (891) En este sentido, en primer lugar, el que se restrinja la capacidad de AMAZON para enfrentar a los productos de la marca APPLE con productos de otras marcas competidoras mediante el envío de publicidad o campañas de marketing a sus propios clientes que hayan comprado productos de la marca APPLE durante los dos años posteriores a la terminación del GTA y del ARA 2018 constituye una restricción que, por su propia naturaleza, es restrictiva de la competencia.
- (892) De esta forma, aunque esta previsión no impide a AMAZON dirigir dichas campañas a audiencias más amplias que puedan incluir clientes que hayan comprado productos APPLE⁸⁰¹, ello es así siempre que la intención de la campaña no sea fomentar proactiva y específicamente un cambio de un producto de la marca APPLE a un producto de una marca competidora⁸⁰².
- (893) Así, ambas empresas están limitando la competencia de manera artificial en un canal de venta en línea de productos electrónicos con una cuota muy elevada en

⁷⁹⁸ Ver también párrafos 250 y 251 de las Directrices Verticales de 2022.

⁷⁹⁹ De acuerdo con el primer párrafo del GTA "**[CONFIDENCIAL]**" (traducción propia) (folio 4902).

⁸⁰⁰ Y la conclusión sería la misma si resultara de aplicación el Reglamento 2022/720.

⁸⁰¹ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 71 (folio 4621).

⁸⁰² Ver contestación a RI I APPLE, páginas 16 y 17 (folios 4265-4266).

España como es la Página Web de AMAZON, al limitar la capacidad de AMAZON de comportarse de manera autónoma y libre en el mercado en este sentido durante un periodo de dos años tras la expiración del acuerdo.

- (894) La propia naturaleza del acuerdo, su propósito y su intención no son otros que limitar la competencia, tal y como reconoce la propia APPLE al indicar que en relación con la publicidad [se introduce una] “**cláusula para evitar aproximación a clientes incitando a cambiar a un producto no APPLE**”⁸⁰³, y no se encuentra ninguna justificación razonable que pueda amparar comportamientos de este tipo, especialmente en un caso como el presente en el que el acuerdo se lleva a cabo entre una de las marcas más deseadas de productos electrónicos, en palabras de la propia AMAZON⁸⁰⁴, y con mayor cuota de mercado por valor como se ha explicado en el apartado relativo a las cuotas de mercado (apartado 3.4), y la principal plataforma de comercio electrónico en España para la venta de este tipo de productos electrónicos, como también se ha explicado en el apartado relativo al mercado donde las conductas investigadas despliegan sus efectos (apartado 3.5), y, por tanto, con una gran capacidad de afectar al mercado de la venta en línea de productos electrónicos en España.
- (895) Por otro lado, existen varios precedentes en los que se ha considerado que las cláusulas de no competencia son, en general, restrictivas por su objeto:
- Caso AT.39.839 — *Telefónica/Portugal Telecom*⁸⁰⁵: en 2013, la CE multó a Telefónica y Portugal Telecom por incluir en un acuerdo de compraventa (relacionado con la adquisición de control exclusivo por parte de Telefónica sobre ViVo, una empresa en participación controlada de forma conjunta por ambas empresas que operaba en Brasil) una cláusula de no competencia por la que ambas empresas se abstenían de competir entre ellas en el mercado ibérico (España y Portugal, donde operaban cada una de ellas, respectivamente), lo que fue considerado una infracción por objeto del Derecho de la competencia⁸⁰⁶.
 - Caso 200.276.384_01 ante el *Gerechtshof ‘s Hertogenbosch*⁸⁰⁷ (2022): un tribunal holandés concluye que una cláusula de no competencia en los

⁸⁰³ Ver Anexo 2 de la contestación al RI I APPLE “**Marketing advertising: Anti-targeting switcher clause [...]**”. (folio 4355).

⁸⁰⁴ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 22 (folio 4605): “*la marca APPLE era considerada y sigue siendo considerada como la marca más valiosa y deseada del mundo*”.

⁸⁰⁵ Caso AT.39.839 — *Telefónica/Portugal Telecom* (puede ser consultado [aquí](#)).

⁸⁰⁶ El caso fue confirmado por el TGUE (consultar [aquí](#)), aunque se ordenó recalcular el importe de las multas.

⁸⁰⁷ Caso 200.276.384_01 ante el *Gerechtshof ‘s Hertogenbosch*, ECLI:NL:GHSHE:2022:303 (puede ser consultada en holandés [aquí](#)).

contratos firmados entre un hospital y sus trabajadores constituye una restricción de la competencia por su objeto.

- (896) Es decir, en ambos casos se trata de cláusulas de no competencia que se consideraron restricciones por el objeto, en la medida en que, por su propia naturaleza, presentaban un grado suficiente de nocividad para la competencia en el mercado. En concreto, en el primer caso, se consideró restrictivo el que cada empresa no pudiera competir en el territorio de la otra y, en el segundo caso, el que un trabajador no pudiera competir con su empleador.
- (897) En el presente caso, se introduce una limitación similar a una cláusula de no competencia entre competidores, en la medida en que se prohíbe que AMAZON envíe publicidad a sus clientes que han comprado productos de la marca APPLE en los que se les incentive de manera proactiva a cambiar a productos de marcas competidoras, lo que limita sus posibilidades de competir en el mercado (y el de otras marcas vendidas a través de AMAZON de competir con APPLE), y más en el caso de una empresa como AMAZON, para la que la publicidad es uno de los medios más importantes de los que dispone para competir en el mercado.
- (898) Por tanto, aunque en el presente caso se podrían hacer campañas de publicidad generales, existen dos empresas que, como en los casos citados, pactan que una de ellas (AMAZON) no pueda competir de manera directa con la otra (APPLE), en la medida en que se prohíbe que utilice publicidad activa y directa dirigida a sus propios clientes que hayan comprado productos de la marca APPLE incitándoles a cambiar a otro producto competidor. Es decir, que el objetivo buscado es evitar que AMAZON se aproxime a clientes de productos APPLE incitándoles a un cambio de producto o, lo que es lo mismo, se restringe la capacidad de AMAZON de competir con APPLE, que es precisamente lo mismo que se sanciona en los casos citados.

b. El objetivo

- (899) En cuanto a los objetivos del acuerdo, de los hechos se puede considerar que:
- En el caso de APPLE, se distingue claramente que era evitar que AMAZON se pudiera aproximar a sus propios clientes incentivando la competencia que otras marcas podían ejercer sobre APPLE, lo que produce una reducción de la competencia intermarca y reduce la capacidad de tomar decisiones de manera autónoma e independiente en el mercado de AMAZON en torno a cómo realizar sus campañas de publicidad y *marketing*, tal y como se evidencia en una presentación interna de APPLE que demuestra que el objetivo de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing es precisamente este, al indicar que en relación

con la publicidad [se introduce una] “cláusula para evitar aproximación a clientes incitando a cambiar a un producto no APPLE”⁸⁰⁸.

- En el caso de AMAZON: aceptó estas restricciones a su capacidad de tomar decisiones de manera autónoma e independiente en el mercado con el objetivo, como ha reconocido la propia AMAZON en varias ocasiones, de conseguir un suministro completo de todos los productos de APPLE, en la medida en que eran parte de las condiciones impuestas por APPLE para conceder a AMAZON dicho suministro. Si bien el propósito de acceder a dicho suministro puede constituir, en abstracto, una meta legítima, en modo alguno puede considerarse una justificación objetiva de cara a concluir un acuerdo restrictivo de la competencia como las Cláusulas de Publicidad.

(900) En relación con lo anterior, esta Sala no puede estimar las alegaciones de APPLE en cuanto a que no se habrían tenido en cuenta los objetivos pretendidamente legítimos y procompetitivos de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing, que como en el caso de las Cláusulas de Publicidad consistirían en evitar el parasitismo de los competidores respecto de sus inversiones en publicidad, así como proteger las inversiones de APPLE en AMAZON en tanto que revendedor⁸⁰⁹. Nos remitimos a lo ya señalado a este respecto en los párrafos (827) a (842), añadiendo que APPLE sigue sin justificar de forma convincente por qué dichas inversiones no se habrían llevado a cabo sin la restricción relativa al marketing posterior a la expiración del contrato.

(901) Además, como establece la jurisprudencia precitada, “*el hecho de que se considere que una medida persigue un objetivo legítimo no excluye que, habida cuenta de la existencia de otro objetivo perseguido por ella y que deba estimarse ilegal, [...], pueda considerarse que dicha medida tiene un objeto restrictivo de la competencia*”⁸¹⁰.

c. El contexto jurídico y económico

(902) En cuanto al contexto jurídico y económico, se dan una serie de circunstancias que inciden en la nocividad del acuerdo y en su capacidad de limitar o reducir la competencia intermarca en la Página Web de AMAZON y, en consecuencia, en el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España (donde las conductas investigadas despliegan sus efectos).

(903) Así, el contexto jurídico y económico se analiza para determinar si la conducta en cuestión es concretamente apta para restringir la competencia y, tal y como

⁸⁰⁸ Ver Anexo 2 de la contestación al RI I APPLE “*Marketing advertising: Anti-targeting switcher clause [...]*”. (folio 4355).

⁸⁰⁹ Párrafos 243 a 247 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁸¹⁰ STJUE en el caso C-67/13 P - CB/Comisión, EU:C:2014:2204, párrafo 70; y C-288/18 – *Budapest Bank*, párrafo 52.

se explicó al analizar el contexto jurídico y económico de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* (párrafos (603) a (633) del para una explicación más detallada al respecto): (i) AMAZON es un canal de venta con una cuota muy elevada en España; (ii) los productos de APPLE son productos muy demandados – es el primer fabricante de productos electrónicos por cuota de mercado en valor -; y (iii) la propia AMAZON reconoce el liderazgo de los productos de la marca APPLE y la propia APPLE de la Página Web de AMAZON.

- (904) Puede concluirse, atendiendo a estos datos, que el que AMAZON se dirija a clientes que han adquirido un dispositivo APPLE, informándoles sobre la existencia de productos alternativos, será susceptible de inducir, en ocasiones, a que tales clientes, cuanto menos, valoren el cambio al dispositivo de una marca distinta dinamizándose la competencia dentro de la web de AMAZON e incluso fuera de dicho canal si el cliente encuentra una mejor oferta del producto sobre el que ha sido informado por AMAZON fuera de este mercado en línea.
- (905) Ello puede inferirse simplemente de los datos microeconómicos previamente descritos que reflejan el peso de ambas empresas en la venta minorista de productos electrónicos en línea (párrafos (224) a (264)), sin que sea necesario evaluar la restricción en el concreto mercado de la publicidad tal y como pretende APPLE⁸¹¹.
- (906) Potencialmente, cada venta de un producto APPLE en AMAZON podría dar lugar, en su caso, a una campaña de marketing de “conquista” lo que no es en absoluto baladí si se tienen en cuenta las cifras de ventas de productos APPLE en AMAZON⁸¹². Esta posibilidad se ve anulada durante los dos años posteriores a la vigencia del GTA y del ARA 2018 como consecuencia de un acuerdo entre ambas empresas que limita la libertad comercial de AMAZON. Atendiendo a lo anterior, cabe concluir que, considerando el contexto de los acuerdos, las Cláusulas de Limitaciones al Marketing tienen la aptitud de restringir la competencia en una medida apreciable.
- (907) Lo anterior sin perjuicio de que los productos competidores cuenten con otras vías para llegar al público y de que no se impida el acceso al mercado de la publicidad *online* tal y como señala APPLE en sus alegaciones⁸¹³, tratando, nuevamente de aplicar el marco analítico del abuso de posición de dominio de los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC en un asunto en el que lo que se analiza

⁸¹¹ Párrafos 248 a 253 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁸¹² Según las cifras aportadas por AMAZON en el anexo 02 a la contestación al RI II AMAZON (folio 2526), se vendieron más de 120.000 unidades de productos APPLE a través de AMAZON en 2021 teniendo en cuenta, únicamente, iPhones, iPads y Apple Watches.

⁸¹³ Párrafos 248 a 253 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

es la concurrencia del tipo de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC sobre prácticas colusorias⁸¹⁴.

▪ **Otras alegaciones de las empresas en relación con las Cláusulas de Limitaciones al Marketing**

(908) AMAZON⁸¹⁵ y APPLE⁸¹⁶ rechazan que las Cláusulas de Limitaciones al Marketing puedan calificarse como una restricción de la competencia por su objeto o por sus efectos.

- **Sobre la comparación de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing con una cláusula de no competencia**

(909) AMAZON defiende que no cabe asimilar las Cláusulas de Limitaciones al Marketing a una cláusula de no competencia y que resulta incoherente sostener que una determinada cláusula no resulta restrictiva de la competencia durante la duración del contrato, pero sí con posterioridad a la vigencia del mismo⁸¹⁷.

(910) APPLE también realiza alegaciones en este mismo sentido, subrayando como criterio fundamental de distinción que las Cláusulas de Limitaciones al Marketing se enmarcarían en una relación de naturaleza vertical mientras que las cláusulas de no competencia tienen necesariamente una dimensión horizontal no siendo tampoco relevantes por este motivo los precedentes citados anteriormente (párrafo (895))⁸¹⁸.

(911) Procede contestar a lo anterior que la DC no afirma que las Cláusulas de Limitaciones al Marketing sean análogas a una cláusula de no competencia. Simplemente se ponía de relieve en la Propuesta de Resolución que existen claras similitudes en la forma de operar de ambos tipos de cláusula en la medida en que las Cláusulas de Publicidad limitan y restringen, por su propia naturaleza, la capacidad que tiene AMAZON de aproximarse a clientes que hayan adquirido productos de la marca APPLE.

(912) Ello sin perjuicio de que las cláusulas de no competencia puedan revestir una mayor gravedad al acarrear una prohibición total de vender al cliente de la contraparte, mientras que las Cláusulas de Limitaciones al Marketing afectan a las ventas en las que medie una campaña de marketing activa dirigida a los clientes de la otra parte del acuerdo. Esto último, sin embargo, no impide tener en cuenta el marco analítico de las cláusulas de no competencia para concluir

⁸¹⁴ Afirma concretamente APPLE en el párrafo 253 de sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que la limitación al Marketing “no tiene la capacidad para impedir el acceso al mercado de la publicidad online y, por tanto, no puede considerarse anticompetitiva”.

⁸¹⁵ Párrafos 320 a 344 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸¹⁶ Párrafos 216 a 263 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁸¹⁷ Párrafo 327 a 334 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸¹⁸ Párrafos 219 a 227 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

que, al igual que sucede con estas últimas, las Cláusulas de Limitaciones al Marketing pueden resultar incompatibles con los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC en función de su duración y de si aplican durante o con posterioridad a la vigencia de la relación contractual en la que se inscriben. De hecho, la propia AMAZON, durante el proceso de negociación del GTA y el ARA 2018, consideraba que **[CONFIDENCIAL]**.

- (913) Tampoco puede acogerse el argumento de APPLE en cuanto a que las Cláusulas de Limitaciones al Marketing no pueden compararse en modo alguno con una cláusula de no competencia dado que las primeras tendrían una dimensión vertical, mientras que las segundas son necesariamente de naturaleza horizontal. Si bien, considerados globalmente, los acuerdos en los cuáles se inscriben (GTA y ARA 2018) tienen un carácter eminentemente vertical, las Cláusulas de Limitaciones al Marketing operan en un ámbito horizontal pues impiden que AMAZON pueda vender a clientes de APPLE (ya sea directamente o a través de terceros) productos (propios o de otros que marcas) que compiten con los de APPLE. Ello permite, asimismo, descartar las alegaciones de AMAZON⁸¹⁹ y APPLE⁸²⁰ sobre la aplicabilidad del RECAV a las Cláusulas de Limitaciones al Marketing, junto con el resto de los motivos ya expuestos a este respecto (apartado 5.4.1.2.1).
- (914) La propia AMAZON se refiere a estas cláusulas en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución como una limitación vertical al definir las como **[CONFIDENCIAL]**⁸²¹ (i.e. una limitación pactada entre ambas empresas que limita la capacidad de AMAZON para vender productos competidores de APPLE a clientes de APPLE).
- (915) En cuanto a la alegación formulada por ambas imputadas de que no cabe considerar que una cláusula de no competencia o similar, no cubierta por la exención del RECAV, pueda considerarse automáticamente una restricción por objeto⁸²², cabe contestar que, precisamente por ello, se ha llevado a cabo un análisis del contenido, los objetivos y el contexto de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing antes de llegar a esa conclusión.

- Sobre el alcance pretendidamente limitado de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing y su ausencia de efectos

- (916) Para tratar de refutar su naturaleza restrictiva de la competencia, ambas imputadas invocan el carácter supuestamente limitado de las cláusulas controvertidas⁸²³ atendiendo al alcance acotado de las mismas, a que no se

⁸¹⁹ Párrafos 342 a 343 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸²⁰ Párrafo 222 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁸²¹ Párrafo 329 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸²² Párrafo 334 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución y párrafo 235 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁸²³ Párrafos 321 a 326 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución

habrían llegado a aplicar (al estar los acuerdos en los que se insertan todavía vigentes y no haberse implementado su duración post-contractual de dos años que es la que se considera anticompetitiva) y a que AMAZON no realizaría el tipo **[CONFIDENCIAL]**.

- (917) Frente a los anteriores planteamientos debe recordarse la doctrina consolidada, tanto por la práctica decisoria de las autoridades de competencia como por la jurisprudencia, en cuanto a que no es necesario que los acuerdos de naturaleza anticompetitiva se hayan implementado de manera efectiva para que puedan resultar sancionados⁸²⁴. Lo determinante para establecer la existencia de una restricción de la competencia en el sentido de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC es que se produzca una concurrencia de voluntades que limite la libertad comercial de las partes y su capacidad de comportarse de manera independiente en el mercado ya sea de forma actual, potencial o de cara a futuro⁸²⁵.
- (918) En este caso, con independencia de que la cláusula tenga menor o mayor impacto en **[CONFIDENCIAL]**, lo que determina su carácter restrictivo de la competencia es que AMAZON limita su autonomía de actuación en el mercado a la hora de competir con APPLE por medio de dichas campañas como resultado de un acuerdo entre ambas empresas. Cabe referirse a este respecto al asunto Telefónica/Portugal Telecom (precitado en el párrafo (895)) relativo a un acuerdo restrictivo que todavía no había entrado en vigor.
- (919) En cuanto a la pretendida ausencia de aptitud de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing para limitar la competencia en el mercado una vez entrase en vigor el periodo post-contractual, **[CONFIDENCIAL]**^{826 827 828}.
- (920) Adicionalmente, frente al planteamiento de las imputadas sobre la supuesta irrelevancia de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing, procede preguntarse ¿dónde reside el interés de APPLE por suscribirlas en primer lugar? Si se aceptara este argumento, sería difícil entender, desde la racionalidad

⁸²⁴ Ver decisión de la CE en el caso COMP/C.37.750/B2 - *Brasseries Kronenbourg, Brasseries Heineken*, párrafo 64: “El hecho de que [...] (ii) el acuerdo nunca se aplicara [...] no afecta en modo alguno a la existencia de un acuerdo” (traducción propia de “The fact that [...] (ii) the agreement was never implemented [...] do not in any way affect the existence of an agreement”). Ver también sentencia del TJUE en el asunto T-240/07 - *Heineken Nederland BV* (ECLI:EU:T:2011:284), párrafo 45: “Puede apreciarse la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, cuando haya una concordancia de voluntades sobre el principio mismo de la restricción de la competencia y aunque los elementos concretos de la restricción planeada se estén aún negociando”.

⁸²⁵ Ver, por todas, sentencia del TJUE en el asunto C-7/95 P - *John Deere Ltd* (ECLI:EU:C:1998:256), párrafo 86: “[...] todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común y las condiciones que pretende reservar a sus clientes”.

⁸²⁶ Párrafo 315 de las alegaciones de AMAZON al PCH: “[...] **[CONFIDENCIAL]**”.

⁸²⁷ Párrafos 320 y 326 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸²⁸ Párrafo 320 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

económica, que APPLE hubiera gastado tiempo y recursos en discutir una cláusula de este tipo y, más, como se ha explicado, si AMAZON durante las negociaciones manifestó que **[CONFIDENCIAL]**.

- (921) Sobre el reproche de las imputadas de que no se habría llevado a cabo un análisis de efectos nos remitimos a lo ya dicho sobre que ello no resulta exigible cuando se califica una práctica como restrictiva de la competencia por el objeto (párrafo (861)). Debemos precisar que, al contrario de lo que sostiene APPLE⁸²⁹, este principio no resulta únicamente aplicable a las prácticas calificadas como “cárteles” sino a cualquier restricción por objeto en el sentido de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.
- (922) Conviene apuntar, además, que, si bien esta Sala considera que los tres tipos de cláusulas tienen suficiente entidad anticompetitiva como para que cada una de ellas pudiera considerarse una restricción individual contraria a los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC, se analizan en el presente expediente como una infracción única y continuada (apartado 5.4.3.1). Debe por tanto tenerse en cuenta la lesividad anticompetitiva acumulada de dichas cláusulas. En particular, las Cláusulas de Restricciones al Marketing contribuyen a la restricción de competencia intermarca que ya generan las Cláusulas de Publicidad durante la vigencia de los contratos.
- (923) Esta Sala no puede, por tanto, atendiendo a las anteriores consideraciones, acoger las alegaciones de las imputadas mediante las que tratan de refutar que las Cláusulas de Limitaciones al Marketing puedan calificarse como una restricción de la competencia por el objeto en el sentido de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC.
- **Sobre que la duración de la aplicación post contractual de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing estaría objetivamente justificada**
- (924) APPLE sostiene que el periodo de dos años de aplicación de las cláusulas controvertidas tras la expiración de los contratos se encuentra justificado atendiendo, en particular, a la naturaleza de los productos APPLE⁸³⁰. Afirma a este respecto que dicho periodo es significativamente inferior a lo que podría estimarse como la duración media de la tenencia de estos productos por lo que debería considerarse proporcionado.
- (925) Esta Sala no comparte tales argumentos y coincide con la postura del órgano instructor en cuanto a que no se justifica vincular la limitación post-contractual a la vida útil de los productos. Ni el RECAV ni las Directrices Verticales prevén exenciones en este sentido ni existen precedentes que lo avalen. Además,

⁸²⁹ Párrafo 260 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁸³⁰ Párrafos 230 a 236 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

aunque se admitiera este argumento, los acuerdos en los que se insertan las Cláusulas de Limitaciones al Marketing se firmaron en 2018, por lo que es muy probable que la vida útil de los productos que se compraron en fechas cercanas a la firma de los acuerdos hayan expirado (ello sin tener en cuenta las posibles prórrogas), no pudiendo beneficiarse los consumidores que los adquirieron de campañas publicitarias de AMAZON dirigidas específicamente a la satisfacción de sus necesidades concretas mediante productos de marcas distintas de APPLE.

- (926) Sostiene asimismo APPLE para tratar de refutar la naturaleza restrictiva de las Cláusulas de Limitaciones al Marketing que la CNMC nunca ha calificado como infracción por objeto el periodo que excede los dos (o tres años) previstos en una restricción accesoria en el marco del control de concentraciones⁸³¹.
- (927) Esta alegación tampoco puede prosperar. El marco analítico en los procedimientos sancionadores y de control de concentraciones es muy diferente. En el caso de las concentraciones económicas se considera que, *a priori*, las cláusulas de no competencia “*están justificadas durante un máximo de tres años cuando la cesión de la empresa incluye la transferencia de la clientela fidelizada como fondo de comercio y conocimientos técnicos. Cuando sólo se incluye el fondo de comercio, están justificadas por períodos de hasta dos años*”⁸³². Por el contrario, el RECAV 2010 establece que las cláusulas de no competencia integradas en un acuerdo no concentrativo solo resultan compatible con el artículo 101 del TFUE en determinados casos y limitadas a un año.
- (928) La explicación por la que este tipo de cláusulas pueden considerarse justificadas por un periodo más largo en los casos de concentraciones económicas y calificarse como “acesorias” a la operación es para garantizar el valor de la empresa adquirida. De ahí que la admisión de una mayor duración se vincule a la transferencia de clientela, fondo de comercio y conocimientos técnicos (es decir, que ni siquiera en el contexto concentrativo se admite esa duración superior de dos o tres años si no concurren las mencionadas condiciones).
- (929) En relación con lo anterior, el propio planteamiento sostenido por APPLE de que la CNMC nunca ha calificado como infracción por objeto una “restricción accesoria” consistente en una obligación de no competencia superior a los dos o tres años resulta inoperante por referirse a un escenario imposible. Cuando se suscribe una cláusula de este tipo en el marco de una operación sometida al control de concentraciones de la CNMC, esta última lo que hace es declarar que la cláusula en cuestión no puede considerarse una “restricción accesoria” cubierta por la autorización de la concentración. Ello implica que la cláusula en cuestión será susceptible de ser analizada y en su caso sancionada en el marco

⁸³¹ Párrafos 237 a 240 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁸³² Ver Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin, párrafo 20.

de un expediente distinto al expediente de control de concentraciones, y no ya como una “restricción accesoria” a la concentración, sino, en su caso, como un acuerdo autónomo de no competencia contrario a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

- (930) APPLE sostiene que tiene derecho a proteger sus inversiones, sin explicar, sin cuantificar, sin justificar cuáles son las inversiones que ha realizado específicamente en este canal, ni demuestra por qué dichas inversiones no se habrían llevado a cabo sin la restricción relativa al marketing posterior a la expiración del contrato; tampoco explica por qué esta limitación armoniza sus esfuerzos con AMAZON. Es decir, APPLE simplemente no fundamenta ni sustenta estas alegaciones.
- (931) En cuanto a la alegación de APPLE de que no cabe considerar las Cláusulas de Limitaciones al Marketing como una restricción de la competencia dado que la autoridad de competencia italiana no lo habría contemplado⁸³³ nos remitimos a las explicaciones aportadas en los párrafos (854) a (859) para rechazar un argumento similar en relación con las Cláusulas de Publicidad

5.4.1.2.4.2. Conclusión

- (932) Por tanto, atendiendo al contenido del acuerdo, a sus objetivos, y al contexto económico y jurídico, esta Sala considera que las Cláusulas de Limitaciones al Marketing, en lo relativo a la restricción durante los dos años posteriores a la expiración del acuerdo, presentan un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser calificadas como una restricción de la competencia por el objeto en el sentido de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. Lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones que se realizarán más adelante sobre la existencia de una infracción única y continuada y la contribución de esta conducta a la consecución de un plan que persigue un objetivo común (apartado 5.4.3.1).

5.4.1.2.5. Conclusiones respecto de las restricciones de competencia

- (933) Tal y como se ha expuesto en los apartados anteriores, APPLE y AMAZON aprovecharon los contratos mediante los que se regula fundamentalmente la situación de AMAZON como distribuidor autorizado de APPLE y sus condiciones de suministro (GTA y ARA 2018) para introducir tres limitaciones, no consustanciales a dicha relación de distribución, que acotan la libertad de actuación de AMAZON, no ya como distribuidor de APPLE, sino como gestor de su mercado en línea, afectando a terceras partes ajenas a los mencionados acuerdos.

⁸³³ Párrafo 242 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

- (934) Por un lado, las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* limitan la competencia intramarca expulsando de la Web de AMAZON a la gran mayoría de los revendedores que utilizaban este mercado en línea para comercialización de productos APPLE. Asimismo, las Cláusulas de Publicidad y de Limitaciones al Marketing restringen la capacidad de otras marcas de llegar a los consumidores, ya sea en determinados espacios publicitarios del mercado en línea de AMAZON o mediante la realización de campañas de marketing dirigidas por AMAZON a clientes de APPLE.
- (935) Cada una de estas limitaciones constituye, como se ha visto, una restricción de la competencia por su objeto (y también en el caso de las Cláusulas de *Brand Gating* por sus efectos), en el sentido de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. Conviene no obstante valorarlas de forma conjunta pues las cláusulas controvertidas se negociaron aprovechando una misma ocasión, a fin de satisfacer una serie de objetivos que conforman un plan conjunto destinado a alterar de forma anticompetitiva la dinámica de venta de productos APPLE en el marketplace de AMAZON (véanse los párrafos (1008) a (1016)).

5.4.2. Aplicación de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE y de la doctrina de las restricciones accesorias

5.4.2.1. Principios de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE

- (936) De acuerdo con los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE para que no se apliquen las prohibiciones de los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE si los acuerdos en cuestión contribuyen a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico han de cumplirse tres requisitos adicionales cumulativos:
- a) permitir a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;
 - b) no imponer restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
 - c) no eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

- (937) Por lo que respecta a la condición de indispensabilidad, la jurisprudencia europea⁸³⁴ indica que se ha de analizar si dado el contexto jurídico y económico puede alcanzarse la alegada eficiencia sin la restricción a la competencia⁸³⁵.
- (938) De acuerdo con la normativa y la jurisprudencia nacional y comunitaria **corresponde a la empresa que invoque los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE probar tanto las eficiencias como el cumplimiento de las condiciones cumulativas**. Así, según el artículo 2 del Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado *“la empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado”*. A su vez, la LDC establece en su artículo 50.2 que *“la empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 1 de esta Ley deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado”*.

⁸³⁴ Párrafos 93 y 94 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014 (asunto C-382/12 P - *Mastercard*):

“A este respecto, basta recordar que estas dos normas persiguen objetivos diferentes y que este último criterio se refiere a la cuestión de si una forma de coordinación entre empresas que tenga sensibles efectos negativos sobre parámetros de la competencia en el mercado tales como el precio, la cantidad y la calidad de los productos o de los servicios, y que está comprendida, por ello, dentro del principio de prohibición previsto en el artículo 81 CE, apartado 1, puede, a pesar de ello, ser considerada, en el contexto del artículo 81 CE, apartado 3, como indispensable para la mejora de la producción o la distribución o el fomento del progreso técnico o económico, y reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio que resulte. Por el contrario, tal y como resulta de los apartados 89 y 90 de esta sentencia, el criterio de la necesidad objetiva, en el sentido de dichos apartados, se refiere a la cuestión de si, a falta de una determinada restricción de la autonomía comercial, una operación o una actividad principal que no esté comprendida en la prohibición enunciada en el artículo 81 CE, apartado 1 y con respecto a la cual dicha restricción es secundaria, no podría realizarse o continuar.

Por tanto, al declarar, en el apartado 89 de la sentencia recurrida, que «sólo las restricciones necesarias para que la operación principal pueda funcionar, como exigencia absoluta, pueden considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de la teoría de las restricciones accesorias» y al concluir, en el apartado 90 de la sentencia recurrida, que «el hecho de que la inexistencia de las TMI pueda tener consecuencias negativas en el funcionamiento del sistema MasterCard no implica por sí solo que las TMI deban considerarse objetivamente necesarias, si del examen del sistema MasterCard en su contexto económico y jurídico se dedujera que puede seguir funcionando sin ellas», el Tribunal no cometió un error de Derecho.”

⁸³⁵ Párrafo 719 de la sentencia del TGUE en el asunto T-472/13 confirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-591/16 P: *“En cualquier caso, suponiendo incluso que los acuerdos discutidos hubieran permitido evitar algunos costes ligados a potenciales contenciosos ante diferentes tribunales, las demandantes no han demostrado por qué las restricciones de la competencia nacidas de esos acuerdos eran indispensables para conseguir ese objetivo, siendo así que era posible concluir otros tipos de arreglos amistosos que no tuvieran carácter anticompetitivo (véanse los apartados 350 y 529 anteriores)”* (énfasis añadido).

- (939) Asimismo, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 7 de febrero de 2013 (asunto C-68/12) indica la parte habrá de aportar “*argumentos y pruebas convincentes*” de que “*concurren los requisitos exigidos para obtener una exención*”⁸³⁶.
- (940) Por otra parte, los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE no distinguen entre acuerdos que tienen por objeto o por efecto restringir la competencia en el mercado, por lo que se aplican a todos los acuerdos que reúnan las cuatro condiciones mencionadas⁸³⁷.

5.4.2.2. Alegaciones de las imputadas y valoración de la Sala en relación con los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE

5.4.2.2.1. Alegaciones de AMAZON y APPLE

- (941) Tanto AMAZON⁸³⁸ como APPLE⁸³⁹ sostienen que se cumplen los requisitos previstos en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, de tal modo que las cláusulas controvertidas deberían quedar exentas de la prohibición de los artículos 1.1. de la LDC y 101.1 del TFUE.
- (942) Según AMAZON el acuerdo habría generado las siguientes eficiencias en la Amazon store en España: (i) una mejora sustancial en la calidad del servicio prestado a los clientes en relación con los productos APPLE reflejada en opciones de entrega más rápidas y fiables; (ii) una mejora en la presentación de los productos; (iii) una reducción de los precios derivada de un aumento de los descuentos; (iv) un incremento significativo de la gama y disponibilidad de los productos Apple; (v) un incremento en los volúmenes de ventas minoristas y (vi) efectos positivos para los terceros vendedores que se habrían beneficiado de un aumento de las ventas de accesorios compatibles con productos Apple y de la mejora de la reputación de la Amazon Store⁸⁴⁰.
- (943) Las restricciones generadas por los acuerdos eran, según AMAZON, indispensables para la consecución de dichas eficiencias por ser éstas fruto del suministro directo del catálogo completo de productos APPLE que AMAZON solo podría haber logrado mediante la aceptación de las cláusulas controvertidas. AMAZON defiende, a este respecto, que la DC habría partido de un error de base, en su análisis de la concurrencia de los requisitos de los artículos 1.3 LDC y 101.3 del TFUE al considerar que podrían haberse alcanzado tales eficiencias

⁸³⁶ Párrafo 32 de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-68/12, *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky / Slovenská sporiteľňa a.s.* ECLI:EU:C:2013:71.

⁸³⁷ Ver asunto T-17/93 - *Matra Hachette*, ECLI:EU:T:1994:89, párrafo 85.

⁸³⁸ Párrafos 362 a 374 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸³⁹ APPLE reitera íntegramente sus alegaciones al PCH y se remite a los Informes Lear aportados junto a sus alegaciones al PCH y a la Propuesta de Resolución.

⁸⁴⁰ Párrafo 364 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

en un escenario contrafactual en el que no se suscribiesen las mencionadas cláusulas⁸⁴¹.

- (944) Sostiene asimismo AMAZON que no puede concluirse que las cláusulas controvertidas no cumplan con el criterio de no eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados dado que los acuerdos verticales son claramente incapaces de eliminar la competencia y que los vendedores afectados por las cláusulas controvertidas “*disponen de una infinidad de alternativas para seguir vendiendo los productos APPLE en España a través de cualquier otro canal de distribución*”⁸⁴².
- (945) Reprocha por otro lado AMAZON al órgano de instrucción que haya analizado las cláusulas restrictivas por separado y no los objetivos y los efectos del acuerdo en su conjunto⁸⁴³.
- (946) APPLE, por su lado, se remite a los “*Informes Lear*”, que adjunta junto con sus alegaciones al PCH y a la Propuesta de Resolución, en los que se defiende la aplicabilidad de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE y, en particular, el pretendido carácter indispensable de las restricciones derivadas de las cláusulas controvertidas para alcanzar las eficiencias procompetitivas que éstas supuestamente generarían⁸⁴⁴.
- (947) Concretamente, en el Informe Lear a la Propuesta de Resolución, se afirma que las cláusulas de Exclusión constituían **[CONFIDENCIAL]**⁸⁴⁵.
- (948) El análisis económico incluido en el mencionado informe sobre la justificación de las eficiencias de los acuerdos se limita a afirmar, a este respecto, (i) que la DC habría errado al considerar que no se satisfacía el test de proporcionalidad, dado que las alternativas para alcanzar tales eficiencias habrían sido económicamente más costosas y habrían requerido mayor tiempo para su implementación y (ii) que el órgano instructor habría interpretado erróneamente un artículo fechado en 1977 del jurista, experto en derecho antitrust norteamericano, Richard Posner⁸⁴⁶, en el que se defiende un test según el cual si el resultado de la restricción es incrementar el *output* (i.e. el volumen de ventas) la misma no puede considerarse ilícita, pues incrementa el bienestar.

⁸⁴¹ Párrafos 365 a 370 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸⁴² Párrafos 371 a 373 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸⁴³ Párrafo 173 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸⁴⁴ Párrafo 24 de las alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

⁸⁴⁵ Página 12 del Informe Lear presentado por APPLE junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución: **[CONFIDENCIAL]**.

⁸⁴⁶ Richard A. Posner, “The Rule of Reason And The Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision” 5 U. C. L. Rev. 1, 14 (1977).

5.4.2.2.2. Valoración de las alegaciones sobre las eficiencias y la indispensabilidad de las restricciones

- Sobre el incremento de la gama, disponibilidad y rapidez de entrega de los productos APPLE en AMAZON

- (949) No se cuestiona que una vez suscritos los acuerdos en los que se inscriben las cláusulas controvertidas se incrementara el suministro de productos APPLE a AMAZON (como distribuidor autorizado de APPLE) y que ello haya podido traducirse en un aumento de la gama, disponibilidad y rapidez de productos APPLE a través del mercado en línea de AMAZON en España.
- (950) Ahora bien, para aumentar el suministro de productos APPLE a AMAZON, no era indispensable expulsar del mercado en línea de AMAZON a todos los revendedores de APPLE salvo **[10-20]**⁸⁴⁷ incluida la propia AMAZON.
- (951) No se da, en modo alguno, una vinculación intrínseca entre, por un lado, (i) las condiciones de suministro de productos APPLE a AMAZON como distribuidor de esta marca, cuya variación es la que ha determinado un aumento en la gama, disponibilidad y rapidez de entrega de productos APPLE en Amazon.es y (ii) el número de revendedores de productos APPLE que pueden operar el mercado en línea de AMAZON. Ambos parámetros se inscriben, de hecho, en diferentes planos relacionales: (i) relación entre APPLE como fabricante/proveedor y AMAZON como distribuidor en lo que se refiere al suministro productos APPLE a AMAZON y (ii) relación entre AMAZON, como gestor del mercado y línea, y terceros revendedores en lo que se refiere a la exclusión de estos últimos para vender productos APPLE a través de del mercado en línea de AMAZON.
- (952) Por tanto, **se podría haber concedido el suministro completo y directo de productos APPLE a AMAZON y por ende logrado esa mejora en la variedad y disponibilidad de productos APPLE sin necesidad de expulsar del mercado en línea de AMAZON a más del [90-100]% de los revendedores** que vendían productos de APPLE a través del mismo con anterioridad a la firma de los acuerdos⁸⁴⁸. Aunque APPLE lo exigía, no existen razones que justifiquen esta vinculación, salvo los intereses ya mencionados de APPLE de controlar mejor su sistema de distribución y reducir los costes de control (párrafos (576) a (602)) y, en su caso, el resto de las externalidades alegadas por las imputadas en su defensa, que como se analiza a continuación, tampoco requerían de las cláusulas controvertidas para su consecución.
- (953) Lo mismo puede decirse de los “mejores descuentos” que según la propia AMAZON⁸⁴⁹ también derivan de las nuevas condiciones de suministro de APPLE

⁸⁴⁷ Ver contestación al RI I APPLE, Cuadro 2 (folio 4272), en el que identifica a **[10-20]** APRs.

⁸⁴⁸ Ver contestación al RI I APPLE, Cuadro 2 (folio 4272), en el que identifica a **[10-20]** APRs.

⁸⁴⁹ Párrafo 68 del Informe Complementario de Brattle.

y entre las que tampoco se da, por tanto, una relación directa de causalidad con las cláusulas controvertidas. Debe recordarse adicionalmente a este respecto que, como se ha expuesto previamente (párrafos (724) a (779)), la limitación de la competencia intramarca en el mercado en línea de AMAZON sí tuvo como consecuencia directa un aumento de los precios relativos en dicho canal de comercialización.

- Sobre el incremento de ventas de productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España

- (954) Tampoco se cuestiona que los acuerdos analizados hayan podido dar lugar a un incremento en los volúmenes de productos de APPLE vendidos a través de Amazon.es. No obstante, no cabe considerar que las cláusulas controvertidas, incluidas en dichos acuerdos, fuesen necesarias para alcanzar este resultado, dado que, de nuevo, no existe una causalidad directa entre el referido incremento y las restricciones analizadas.
- (955) El incremento de las ventas en cuestión, al igual que sucedía con la externalidad previamente analizada (incremento de la gama de productos APPLE y de su disponibilidad) obedece, a su vez, al suministro directo a AMAZON, por parte de APPLE, de su catálogo completo de productos que, como acaba de verse, no requería, para su implementación, de la expulsión del mercado en línea de AMAZON de la mayoría de los revendedores que hasta entonces habían venido vendiendo productos APPLE por este canal.
- (956) En relación con el argumento de que debían haberse valorado los acuerdos en su conjunto, en vez de realizar un análisis individualizado de las distintas cláusulas restrictivas, procede recordar en este punto que, como se afirma expresamente en las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE (**Directrices del artículo 101.3**), para satisfacer el análisis de indispensabilidad, *“cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe a la vez ser razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias”*⁸⁵⁰.
- (957) Por otro lado, y, aun admitiendo a efectos meramente dialécticos que el incremento de las ventas de productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España fuese causa de las restricciones controvertidas, *quod non*, tampoco cabe admitir el planteamiento de APPLE según el cual las restricciones verticales no podrían considerarse restrictivas de la competencia si conducen a un incremento en las ventas. No existe jurisprudencia nacional ni europea sobre la que sostener esta doctrina, sencillamente porque la misma no tiene cabida en el Derecho europeo de defensa de la competencia.

⁸⁵⁰ Párrafo 73 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, DOUE n° C 101 de 27/04/2004 pág. 97 (**Directrices del artículo 101.3**).

- (958) Para sostener la aplicación al presente caso de la referida doctrina del “*output test*”, APPLE invoca un artículo de Richard Posner de 1977 titulado “*The Rule of Reason And The Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*”. Este artículo se refiere a una sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos que versa sobre la aplicación de la conocida como “regla de la razón” (*rule of reason*) a ciertas restricciones verticales sobre parámetros distintos del precio.
- (959) Es preciso recordar que, en Derecho de la competencia de la Unión Europea, el análisis en cuanto a si las eficiencias de un acuerdo anticompetitivo permiten descartar su carácter contrario al artículo 101 del TFUE no se basa en la mera ponderación general entre los efectos pro competitivos y restrictivos del mismo o “*rule of reason*”, como sí sucede en el Derecho de la competencia o *antitrust* norteamericano.
- (960) El legislador europeo ha optado por un análisis de ponderación o más exigente, previsto en el artículo 101.3 del TFUE que es precisamente el que se aborda en el presente apartado y que se encuentra asimismo recogido en el artículo 1.3 de la LDC. El TJUE ha venido a recordar esta cuestión en múltiples ocasiones ante alegaciones similares a las planteadas por las imputadas, como puede verse, por ejemplo, a partir del siguiente extracto de su sentencia de 30 de enero de 2020 en el asunto *GENERICS*: “**el Derecho de la competencia de la Unión no reconoce ninguna rule of reason**, en virtud de la cual debería efectuarse una comparación entre los efectos favorables y contrarios a la competencia de un acuerdo con ocasión de su calificación de «restricción de la competencia» en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1”⁸⁵¹ (énfasis añadido).
- (961) Otra distinción fundamental entre el Derecho *antitrust* norteamericano y el Derecho de la competencia de la Unión Europea, que también guarda relación con la *rule of reason*, es la distinta gravedad que uno y otro cuerpo normativo otorgan a las restricciones verticales. Mientras que en Estados Unidos se pone fundamentalmente el foco en las restricciones horizontales, en la Unión Europea es doctrina consolidada que las restricciones verticales pueden vulnerar el artículo 101 TFUE⁸⁵² y son habituales las decisiones mediante las que se sancionan acuerdos verticales como restricciones de la competencia por el objeto⁸⁵³.
- (962) APPLE recurre en su defensa a un artículo de Richard Posner sobre la “*rule of reason*” fechado en los años 70; sin embargo, ni la doctrina ni el enfoque

⁸⁵¹ Sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 en el asunto C-307/18, Generics (UK) y otros, [ECLI:EU:C:2020:52](#), párrafo 104.

⁸⁵² Desde la sentencia del TJUE 13 de julio de 1966 en los asuntos acumulados 56/64 y 58/64 - Consten y Grundig/Comisión de la CEE, [ECLI:EU:C:1966:41](#).

⁸⁵³ Decisiones de la CE de fecha 17 de diciembre de 2018 en el asunto AT.40428 –GUESS, de fecha 9 de julio de 2019 en el asunto AT. 40432 - Character merchandise y de fecha 25 de marzo de 2019 en el asunto AT. 40436 - ANCILLARY SPORTS MERCHANDISE.

empleado en Derecho norteamericano respecto de las restricciones verticales resultan aplicables en la Unión Europea.

- (963) A mayor abundamiento, procede señalar que, de cara ponderar los efectos de la reducción de la competencia intramarca y los incrementos a la competencia intermarca atribuibles a la restricción en cuestión, Richard Posner afirma en el artículo invocado por APPLE: *“Para ilustrarlo, el juez trató de determinar cuánto dinero o bienestar perdió el cliente de Silvania porque sus revendedores no fueron capaces de competir entre ellos y cuanto ganaron como consecuencia de la cláusula de localización que incrementó los servicios pre venta ofrecidos por los revendedores. Además de requerir un juicio de una complejidad inmanejable para cuantificar estos impactos, esta aproximación requiere una investigación que es a menudo innecesaria”*⁸⁵⁴ (subrayado añadido).
- (964) Por tanto, el propio autor sostiene que contraponer los efectos de una reducción de la competencia intramarca a los incrementos de la competencia intermarca atribuibles al acuerdo resulta demasiado complejo y generalmente innecesario. De hecho, tal y como explicaba el órgano instructor sin que las alegaciones de APPLE permitan rebatir tales explicaciones, lo que propone el autor es centrarse únicamente en si el propósito de las restricciones es cartelizar la distribución descartando como infracciones las restantes restricciones verticales⁸⁵⁵.
- (965) Así, además de que, en cualquier caso, el artículo invocado por APPLE carece de relevancia en el presente asunto, por basarse en la doctrina de la *“rule of reason”*, que ha sido expresamente rechazada en Derecho de la competencia de la Unión Europea, ni siquiera plasma las conclusiones que le atribuyen APPLE y sus asesores económicos según la cual el *“output test”* de Posner supondría que toda restricción vertical se ve automáticamente eximida si da lugar a un aumento de la producción o la distribución no pudiendo sancionarse sobre la base del Derecho de la competencia⁸⁵⁶.
- (966) En apoyo a su tesis APPLE cita también un artículo de 1997 (Denekere et al.) titulado *“Demand Uncertainty and Price Maintenance: Markdowns as Destructive Competition”*. De acuerdo con su resumen ejecutivo el artículo ofrece una nueva teoría de la competencia destructiva a partir de la comparación entre la fijación

⁸⁵⁴ Traducción propia del original en inglés: *“To illustrate, the judge would try to figure out how much money or welfare Silvania’s customer lost because its dealers were not able to compete with each other and how much they gained because the location clause increased the presale services provided by the dealers. Besides requiring a trial of unmanageable complexity to quantify these impacts, this approach calls for an enquiry that is often unnecessary”*.

⁸⁵⁵ Véanse las páginas 17 y 20 del artículo citado por la alegante.

⁸⁵⁶ Véase, por ejemplo, el párrafo 160 de las Alegaciones de APPLE a la Propuesta de Resolución.

de precios mínimos de reventa y un modelo de precios flexibles en el que hay monopolio aguas arriba y un mercado de reventa competitivo aguas abajo⁸⁵⁷.

- (967) Se trata de un artículo que sostiene que las fijaciones verticales de precio de reventa pueden resultar, bajo ciertas hipótesis en un aumento del bienestar. Debe apuntarse en primer lugar frente a lo anterior que este resultado se obtendría en un escenario de monopolio en el mercado de fabricación y de competencia intensa en el mercado de la distribución, lo cual no refleja la estructura de los mercados afectados por la conducta investigada en este caso. Además, la fijación del precio de reventa a la que se refiere este segundo artículo se considera por el Derecho Europeo de la competencia como una restricción de la competencia por el objeto, incluyéndose, de hecho, como una de las restricciones especialmente graves del RECAV.
- (968) Conviene insistir, en cualquier caso, en que, aun aceptando a efectos meramente dialécticos que las Cláusulas de Exclusión hubiesen sido la verdadera causa del incremento del volumen de ventas de productos APPLE en el mercado en línea de AMAZON, seguiría sin poder admitirse que para alcanzar tal incremento fuera indispensable expulsar a revendedores de dicho marketplace. **Este mismo incremento podría haberse logrado con el suministro directo del catálogo completo de productos APPLE a AMAZON sin necesidad de las Cláusulas de Exclusión.** De hecho, el aumento de la disponibilidad de productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España está tan vinculado al suministro directo y no a las cláusulas controvertidas que, **si se hubiesen suscrito las Cláusulas de Exclusión sin suministro completo y directo a AMAZON, la alternativa sería que, a día de hoy, las ventas de productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España serían muy limitadas.** Lo anterior en la medida en que los principales vendedores en este canal con anterioridad a los acuerdos seguirían sin poder vender en Amazon.es como consecuencia de las Cláusulas de Exclusión y AMAZON seguiría sin beneficiarse del suministro directo de la gama completa de productos APPLE.

⁸⁵⁷ "Este artículo ofrece una nueva teoría de competencia destructiva. Comparamos precios mínimos de reventa con resultados de precios minoristas de equilibrio en un modelo con un fabricante monopolista que vende a minoristas competitivos. Tanto en la fijación de precio de reventa como en juegos con precios flexibles los minoristas han de hacer sus pedidos bajo incertidumbre sobre la demanda. Encontramos que los beneficios de los fabricantes y los inventarios de equilibrio son más altos bajo fijación de precios que bajo precios de equilibrio. Sorprendentemente el excedente del consumidor también puede ser más alto en cuyo caso una competencia minorista sin trabas puede legítimamente considerarse destructiva. (traducción propia del original en inglés: "This paper offers a new theory of destructive competition. We compare minimum resale price maintenance (RPM) to retail market-clearing in a model with a monopolistic manufacturer selling to competitive retailers. In both the RPM and flexible-price games, retailers must order inventories before the realization of demand uncertainty. We find that manufacturer profits and equilibrium inventories are higher under RPM than under market-clearing. Surprisingly, consumer surplus can also be higher, in which case unfettered retail competition can legitimately be called "destructive.").

(969) Las mismas conclusiones son extrapolables al efecto procompetitivo alegado por AMAZON consistente en el aumento de accesorios compatibles con APPLE, dado que la propia empresa imputada liga este efecto a la mayor disponibilidad de productos APPLE en su mercado en línea⁸⁵⁸.

- **Sobre la mejora de la presentación de productos APPLE en AMAZON**

(970) Tampoco se discute que APPLE otorgue importancia a su imagen de marca y que la mejora de la presentación de los productos y la experiencia de compra (por ejemplo, vía reducción de los tiempos de entrega) puedan resultar en mejoras en términos de calidad.

(971) Sin embargo, la protección de la imagen de marca no puede considerarse, en sí misma, una justificación válida para restringir la competencia tal y como establece de forma tajante la jurisprudencia de la Unión⁸⁵⁹.

(972) En cualquier caso, la mejora de la presentación de los productos, que se habría producido tras la entrada en vigor de los acuerdos en los que se insertan las cláusulas controvertidas, no requería, en modo alguno, expulsar de la Página Web de AMAZON al grueso de los revendedores que hacían uso de ésta para vender productos APPLE. **AMAZON es propietaria de su mercado en línea, que también gestiona desde un punto de vista tanto comercial como técnico, por lo que perfectamente podría haber facilitado o incluso impuesto la mejora de las condiciones de presentación de los productos APPLE a los revendedores que operan en su canal.**

(973) Así se refleja, por ejemplo, **(i)** en las contestaciones preparadas por AMAZON para dar respuesta a potenciales preguntas frecuentes de terceros tras la firma de los acuerdos. Concretamente, y según se ha reflejado en los hechos acreditados en respuesta a la pregunta **[CONFIDENCIAL]**⁸⁶⁰.

(974) Lo anterior pone de manifiesto, por un lado, que AMAZON anticipaba que habría interés por parte de los revendedores en una presentación mejorada y, por otra, que **la presentación mejorada de los productos podría estar disponible para cualquier operador [CONFIDENCIAL]**. Esto último no se ve desmentido por la alegación de AMAZON mediante la que intenta diluir la relevancia de este documento afirmando que **[CONFIDENCIAL]**⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ Párrafo 32 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸⁵⁹ El Tribunal de Justicia ha señalado también en su sentencia de 13 de octubre de 2011 (asunto C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS) que “*el objetivo de proteger la imagen de prestigio no puede constituir un objetivo legítimo para restringir la competencia y, de ese modo, no puede justificar que una cláusula contractual que persiga dicho objetivo quede fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1 (párrafo 46)*”.

⁸⁶⁰ Ver documentos aportados por la autoridad de competencia italiana: **[CONFIDENCIAL]** (folio 4800).

⁸⁶¹ Párrafo 198 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

- (975) Son también reflejo de que existían otras alternativas para lograr los mismos efectos sin necesidad de recurrir a la expulsión de revendedores: **(ii) las nuevas estipulaciones establecidas en el GTA sobre la presentación de los productos que, en ningún caso, están vinculadas con el *Brand Gating*⁸⁶²; y **(iii) las declaraciones de la propia APPLE en las que sostiene: “En otras palabras, en el Acuerdo, y generalmente en cualquier ARA, incluso dejando aparte las Limitaciones, hay muchas disposiciones y mecanismos inspirados claramente en el propósito de preservar la calidad, la marca/imagen y protección de la experiencia del consumidor de los productos Apple”**⁸⁶³ (subrayado añadido).**
- (976) En definitiva, la restricción no era en modo alguno indispensable para mejora la experiencia de compra de productos APPLE en el mercado en línea de AMAZON que, como titular del mismo, podría haber hecho que se cumplieran los estándares deseados por APPLE en vez de imponer la expulsión de los revendedores solicitada por esta última porque le convenía de cara a negociar mejores condiciones de suministro como distribuidor de APPLE.
- (977) Conviene subrayar, en relación con esto último que, tal y como se ha visto previamente, **una de las diferencias fundamentales con el asunto COTY, que impide que puedan considerarse objetivamente justificable en este caso las limitaciones al uso del mercado en línea a los distribuidores de APPLE es que existe una relación contractual entre el operador del mercado en línea (AMAZON) y el fabricante/proveedor (APPLE), de tal modo que éste último puede solicitar al segundo que se cumplan las exigencias de calidad pretendidas para sus productos** (párrafos (546) a (563)).
- (978) Por otro lado, la mejora de la presentación de productos APPLE en AMAZON tampoco requería de las Cláusulas de Publicidad, por los motivos ya expuestos, por cuanto, la posibilidad de resultar informado acerca de productos alternativos a aquel que se está buscando, en espacios publicitarios que no entorpecen la navegación, no empeora la experiencia de compra, sino que, en su caso, la mejora (párrafos (831) a (842)).
- Sobre la alegada reducción de productos APPLE falsificados en AMAZON**
- (979) No se discute que las falsificaciones sean un problema para los fabricantes, susceptible de erosionar una imagen de marca y perjudicar a los consumidores. No obstante, atendiendo a lo ya expuesto en el apartado relativo a los objetivos de las Cláusulas de Exclusión (párrafos (827) a (842)) y a las explicaciones adicionales que figuran a continuación, esta Sala considera que la expulsión del grueso de revendedores de APPLE activos en AMAZON va más allá de lo

⁸⁶² Párrafo 188 de las alegaciones de AMAZON al PCH: **[CONFIDENCIAL]**. (énfasis añadido).

⁸⁶³ Párrafo 71 de la versión no confidencial de las alegaciones de APPLE al PCH.

necesario para alcanzar el supuesto objetivo legítimo de la lucha contra las falsificaciones.

- (980) En cuanto a la dimensión del problema y el recurso a las Cláusulas de Exclusión para mitigarlo, se recuerda que las imputadas –sobre las que pesa la carga de probar que concurren los requisitos de la exención de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE– no han sido capaces de aportar informes u otros documentos previos a la adopción de las cláusulas controvertidas en los que se tratase globalmente el problema de las falsificaciones de productos de APPLE en el mercado en línea de AMAZON, ni menos aún en los que se abordase la expulsión de revendedores de APPLE de este canal como solución óptima (véanse, a este respecto, los párrafos (581) a (596) de la presente resolución).
- (981) La propia AMAZON preparó la siguiente respuesta a la pregunta frecuente de si los Acuerdos de Exclusión o *Brand Gating* tienen que ver con abordar el problema de la falsificación: **[CONFIDENCIAL]**. Por su parte, los documentos dispersos aportados por APPLE junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución como pretendida prueba de los “*gravísimos problemas de falsificación y de seguridad*” de productos APPLE en el mercado en línea de AMAZON⁸⁶⁴ no vienen más que a reflejar que este problema no sería tan crítico, tal y como se ha analizado en detalle en los párrafos (581) a (592)).
- (982) Estos documentos confirman, por lo demás, que el problema de las falsificaciones afectaba casi exclusivamente a los accesorios de APPLE y no a los dispositivos estrella de la marca y de mayor valor como iPads, iPhones o relojes Apple Watch, por lo que, en su caso, las restricciones podrían haberse centrado en los accesorios sin necesidad de articular una expulsión masiva de los revendedores de productos APPLE del mercado en línea de AMAZON (párrafo (594)).
- (983) La existencia de otras alternativas menos lesivas para combatir el problema de las falsificaciones puede corroborarse, asimismo, a partir de los siguientes elementos: **(i)** las discusiones en torno a la activación temporal de ciertos revendedores que no fueran los APR durante la pandemia (párrafos (308) y (502)); **(ii)** la comunicación de APPLE de 16 de noviembre de 2021 por la que se autoriza también a vender en AMAZON al resto de revendedores no incluidos en la lista **[CONFIDENCIAL]** del ARA (párrafo (286)); **(iii)** el hecho de que, tras dicha comunicación, se acabe admitiendo a los AAR y Minoristas; **(iv)** las nuevas disposiciones del GTA en torno a este problema; o **(v)** las declaraciones de AMAZON sobre Registro de Marcas (*Brand Registry*) como política útil y apropiada para luchar contra la falsificación (párrafos (303) y (354) a (365)).
- (984) AMAZON explica, en relación con este último punto, que la posible reducción de productos falsificados derivada de la firma del GTA, se debería al compromiso

⁸⁶⁴ Párrafo 3 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

de APPLE de utilizar el Registro de Marcas (*Brand Registry*) y las protecciones de marca automatizadas, más que a la expulsión de terceros vendedores de su plataforma, lo que permitió que las denuncias descendieran en un **[90-95]**% tanto en España como en la UE (desde antes de la firma de los acuerdos hasta el primer trimestre de 2021)⁸⁶⁵, frente a un ya de por sí limitado **[0-5]**%⁸⁶⁶ (párrafo (363)). Nótese que, aunque el sistema de Registro de Marcas estaba disponible desde 2017, APPLE no lo empleaba de forma correcta y sistemática (párrafo (362)).

- (985) Adicionalmente, corresponde recordar que **[CONFIDENCIAL]** (fecha anterior al acuerdo).
- (986) Debe subrayarse, en cualquier caso, que aun aceptando que una limitación drástica del número de revendedores y la subsiguiente concentración de las ventas en un mismo distribuidor (AMAZON) puede ser una medida “eficaz” para un mejor control de la venta de productos falsificados en un determinado canal (el mercado en línea de AMAZON), el test de indispensabilidad de los artículos 101.3 del TFUE y 1.3 de la LDC requiere ponderar la “eficacia” de dicha medida con la gravedad de las limitaciones a la competencia derivadas de la misma para determinar si resulta proporcionada. Ello aun cuando la restricción en cuestión se dirija a repeler una conducta inadecuada o incluso ilícita por parte de terceros.
- (987) Recordamos, a este respecto, lo afirmado por el TJUE de su sentencia de 7 de febrero de 2013 en el asunto *Slovenská sporiteľňa*:

“En sus observaciones, Slovenská sporiteľňa alega que el hecho de que un acuerdo contrario a la competencia tenga por objeto impedir que otro competidor actúe de forma ilegal en el mercado al no disponer de la autorización exigida debería justificar la aplicación de la excepción prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 3, ya que, según esta empresa, tal acuerdo protege las condiciones de una competencia sana y, en consecuencia, está encaminado, más en general, a fomentar el progreso económico en el sentido de dicha disposición.

Procede señalar que Slovenská sporiteľňa sólo invoca uno de los cuatro requisitos acumulativos contemplados por el artículo 101 TFUE, apartado 3.

*Aun cuando tal requisito se cumpliera, no parece que el acuerdo colusorio de que se trata cumpla los otros tres y, más en particular, el tercero, que establece que no deben imponerse a las empresas interesadas restricciones que **no sean indispensables para alcanzar los objetivos** contemplados por el primer requisito establecido en el artículo 101 TFUE, apartado 3. En efecto, aunque el motivo invocado por las partes en dicho acuerdo colusorio hubiera consistido en obligar a Akcenta a respetar la normativa eslovaca, éstas, tal como se ha recordado en el apartado 20 de la presente sentencia, deberían*

⁸⁶⁵ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 35 (folio 4611).

⁸⁶⁶ Ver contestación a RI I AMAZON, párrafo 35 (folio 4611).

haber presentado una denuncia al respecto ante las autoridades competentes, en vez de expulsar ellas mismas del mercado a esa empresa competidora⁸⁶⁷.

- (988) La Guía de asociaciones de la CNMC afirma, en este mismo sentido, que *“la defensa frente a una conducta [anticompetitiva] ilegal es la denuncia y persecución de la infracción y no la comisión de otra infracción [del derecho de la competencia]”*⁸⁶⁸.
- (989) Así, aun si el verdadero objetivo de APPLE con las Cláusulas de Exclusión era limitar el problema de las falsificaciones y consideraba que los revendedores expulsados o algunos de ellos estaban actuando de forma inadecuada, lo que hubiera correspondido era adoptar acciones correctivas (algo que podría haber hecho fácilmente atendiendo a la existencia de una relación contractual directa con el gestor del mercado en línea) o, en su caso, presentar la oportuna denuncia ante las autoridades competentes sin necesidad de proceder a la expulsión masiva de los revendedores de productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España con la única excepción de **[10-15]** distribuidores⁸⁶⁹ (incluida la propia AMAZON).

5.4.2.3. Sobre la doctrina de las restricciones accesorias y su aplicación al presente caso

- (990) Esta Sala considera oportuno hacer una breve referencia a la conocida como doctrina de las restricciones accesorias para establecer por qué las cláusulas controvertidas no pueden considerarse “restricciones accesorias” a la relación de distribución entre AMAZON y APPLE prevista en el GTA y el ARA 2018. Conviene precisar, a título preliminar, que, si bien se hace referencia a esta doctrina en las Directrices del artículo 101.3⁸⁷⁰, el propio párrafo 30 de estas directrices precisa que *“la aplicación del concepto de restricción accesoria debe distinguirse de la aplicación de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 81 [actual artículo 101.3 del TFUE], que se refiere a ciertas ventajas económicas producidas por los acuerdos restrictivos y que contrarrestan sus efectos de restricción de la competencia”*.
- (991) Por lo que se refiere concretamente a la doctrina de las restricciones accesorias, el párrafo 29 de las Directrices del artículo 101.3 establece que, en Derecho de la Unión, *“el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la*

⁸⁶⁷ STJUE, C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71, párrafos 33 a 35.

⁸⁶⁸ Página 13 de la *Guía para asociaciones de la CNC*, en la que se hace referencia a los precedentes 503/00 - Feriantes de Huesca y 472/99 Colegio de Farmacéuticos de Valencia, disponible en el siguiente enlace: <https://www.cnmc.es/guia-asociaciones-empresariales>

⁸⁶⁹ Ver contestación al RI I APPLE, Cuadro 2 (folio 4272), en el que identifica a **[10-15]** APRs.

⁸⁷⁰ Párrafos 28 a 31 de las Directrices del artículo 101.3.

realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma". Así, cuando un acuerdo (por ejemplo, de distribución) no tiene (atendiendo a su naturaleza) por objeto o por efecto restringir el juego de la competencia, se excluye del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 101 del TFUE a las restricciones que estén directamente relacionadas con la realización de esa operación principal y que sean indispensables para su realización. Precisa a continuación el párrafo 29 de las Directrices del artículo 101.3 que, para considerar una limitación de la competencia como "restricción accesoria" a una operación principal, la restricción en cuestión deberá estar "*subordinada a su realización e **indisolublemente ligada a la misma***" (énfasis añadido).

- (992) Es importante subrayar, a este respecto, que, como ha venido a recordar recientemente la Audiencia Nacional: "[E]l criterio de necesidad es interpretado por el TJUE en sentido estricto ya que, **para que una restricción sea considerad accesoria, no basta que en su ausencia sea más difícil la operación principal o se generen menos beneficios. Se exige que sea imposible llevar a cabo la operación principal sin la restricción**"⁸⁷¹ (énfasis añadido).
- (993) Así, para determinar si las Cláusulas de Exclusión, de Publicidad y de Limitaciones al Marketing pueden considerarse restricciones accesorias lícitas a la relación contractual de distribución entre APPLE y AMAZON en la que se insertan –regulada por el GTA y el ARA 2018– hay que preguntarse si dicha relación de distribución sería imposible sin las cláusulas controvertidas. Resulta evidente que la respuesta a esta pregunta es negativa, ya que APPLE y AMAZON hubiesen podido suscribir perfectamente la relación de distribución que mantienen actualmente, tras la firma del GTA y el ARA 2018, sin necesidad de: i) pactar la limitación del número de revendedores de APPLE que pueden operar en el mercado en línea de AMAZON, ii) restringir las posibilidades de vendedores que comercializan productos competidores de AMAZON de adquirir espacios publicitarios en dicho mercado en línea, o iii) impedir a AMAZON, tras la finalización de los acuerdos dirigir campañas de marketing sobre productos competidores a clientes que hayan comprado productos APPLE.
- (994) Debe subrayarse que, para responder a dicha pregunta, la cuestión no es si las partes, en su particular situación, no habrían aceptado celebrar el acuerdo principal, sino si, dada la naturaleza del acuerdo, éste podría haberse celebrado, objetivamente, sin las cláusulas controvertidas. Insistimos a este respecto, empleando la terminología del párrafo 29 de las Directrices del artículo 101.3 precitado, en que, en modo alguno cabe estimar, objetivamente, que las restricciones consideradas, relativas, principalmente, a la libertad de actuación de terceros revendedores en el mercado en línea de AMAZON, estén

⁸⁷¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2022 (recurso número 236/2018, FD 8º).

“indisolublemente ligadas” a la relación de distribución entre AMAZON y APPLE o ni tan siquiera a las concretas condiciones de suministro de productos APPLE a AMAZON. No resulta por tanto admisible la defensa invocada recurrentemente por AMAZON en cuanto a que no tuvo otra opción que aceptar la inclusión de las cláusulas controvertidas para lograr que APPLE aceptara condiciones de suministro previstas por el GTA y el ARA 2018.

- (995) En relación con lo anterior, el propio párrafo 29 de las Directrices del artículo 101.3 establece que *"el criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma"* y que *"por tanto, el examen de las restricciones accesorias es similar al examen recogido en el apartado 18(2)"*. Este apartado 18(2) de las directrices afirma a su vez que *"esta exclusión de la aplicación del apartado 1 del artículo 81 únicamente puede efectuarse en función de factores objetivos y externos a los propios interesados, y no según sus puntos de vista y características subjetivas"* (énfasis añadido). No resultan por tanto determinantes ni la pretendida percepción de AMAZON de que la aceptación de las cláusulas restrictivas constituía una condición *sine qua non* para lograr mejores condiciones de suministro por parte de APPLE, ni la pretendida ausencia de interés de suscribir dichas cláusulas que se defiende en el Informe de Compass sobre el interés de Amazon en el Acuerdo Vertical.
- (996) Existen varios precedentes en los que las autoridades de competencia han constatado la existencia de restricciones de la competencia por su objeto que tenían lugar en el contexto de otros acuerdos más amplios (y lícitos) de colaboración empresarial⁸⁷². Incluso, el hecho de que una determinada restricción haya sido considerada accesoria, no impide que en aquello que se excede de esta consideración (ya sea por duración, ámbito geográfico, o rango de productos, servicios o clientes) sea calificado como una restricción por su objeto.
- (997) No cabe, en definitiva, atendiendo a lo anterior, considerar que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de

⁸⁷² Ver, por ejemplo, la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009, en el asunto C-501/06 P, GlaxoSmithKline; Sentencia del TGUE de 29 de junio de 2012, en el asunto T-360/09, E.ON Ruhrgas; Sentencia del TGUE de 28 de junio de 2016, en el asunto T-208/13, Portugal Telecom; Sentencia del TGUE de 8 de septiembre de 2016, en el asunto T-472/13, Lundbeck; la Decisión de la Comisión de 5 de marzo de 2014 en el asunto 39952, Epex Spot / Nord Pool Spot AS; la Decisión de la Comisión de 18 de junio de 2012, en el asunto 39736, Areva SA / Siemens AG. Ver también otros asuntos de autoridades europeas de defensa de la competencia, como la Decisión de la NMa de Holanda de 8 de diciembre de 2011, en el asunto 6855 Wasserijen; y Decisión de la CMA de Reino Unido de 14 de diciembre de 2017, en el asunto 50283, Cleaning Services; y decisiones de la autoridad de competencia de nuestro país, como por ejemplo la Resolución de la CNMC de 26 de diciembre de 2013, en el expediente S/0423/12, Munters, confirmado por Sentencias de la AN de 21 de marzo de 2017, rec. núm. 78/2014 y de 22 de febrero de 2017, rec. núm. 99/201; Resolución de la CNMC de 16 de julio de 2015, en el expediente S/0490/13, Acuerdos Telefónica/Yoigo

Limitaciones al Marketing puedan calificarse como “cláusulas accesorias” a la relación principal de distribución lícita de distribución entre APPLE y AMAZON regulada por el GTA y el ARA 2018.

5.4.2.4. Conclusión

- (998) Atendiendo a lo anterior, debe concluirse que las imputadas no han satisfecho la carga de probar la concurrencia de los requisitos cumulativos previstos en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.
- (999) Ha quedado establecido, que, aun en el supuesto de admitir la existencia de las eficiencias invocadas y que éstas derivasen realmente de las restricciones analizadas, *quod non*, no se cumpliría en ningún caso el requisito en cuanto a la indispensabilidad de las cláusulas controvertidas para alcanzar tales eficiencias.
- (1000) No cabe por tanto entender que las cláusulas analizadas puedan beneficiarse de la exención individual prevista por los mencionados artículos, por lo que deben considerarse contrarias a los artículos 101.1 del TFUE y 1.1 de la LDC.
- (1001) Asimismo, tampoco puede considerarse que las restricciones analizadas queden exentas de la aplicación de estos artículos en virtud de la doctrina de las restricciones accesorias pues las cláusulas controvertidas no constituyen “restricciones accesorias” a la relación de distribución entre APPLE y AMAZON que se regula en el GTA y el ARA 2018.

5.4.3. Infracción única y continuada y duración

5.4.3.1. Infracción única y continuada

5.4.3.1.1. Principios

- (1002) La figura de la infracción única y continuada está admitida en el ordenamiento jurídico a través de la previsión contemplada en el artículo 29.6 de la Ley 40/2015 que establece que “*Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*”.
- (1003) De acuerdo con este precepto, la apreciación de una infracción continuada exige que se cumplan las siguientes condiciones: (i) pluralidad de acciones u omisiones; (ii) que las acciones infrinjan el mismo o semejante precepto administrativo y (iii) que las acciones se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

- (1004) Además, de acuerdo con reiterada jurisprudencia nacional⁸⁷³ y europea⁸⁷⁴, “deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber: la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes”⁸⁷⁵.
- (1005) En otras ocasiones se ha señalado también la necesidad de que las conductas sean complementarias, pero el TJUE ya ha aclarado (corrigiendo al TGUE⁸⁷⁶) que la complementariedad no es una condición necesaria para demostrar la existencia de una infracción única y continuada⁸⁷⁷.
- (1006) Por otro lado, la jurisprudencia ha establecido que “*el concepto de «infracción única y continua» supone un conjunto de comportamientos que pueden constituir también, en sí mismos, una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1. Si bien un conjunto de comportamientos puede calificarse [...] de infracción única y continua, de ello no puede deducirse que cada uno de esos comportamientos deba calificarse necesariamente, en sí mismo y aisladamente considerado, de infracción distinta de dicha disposición*”⁸⁷⁸. Es decir, que no todas y cada una de las conductas tiene que constituir una infracción en si misma para que exista una infracción única y continuada.
- (1007) Por tanto, en resumen, las partes son responsables de una infracción única y/o única y continuada cuando se demuestra que existe:
- Una pluralidad de acciones u omisiones que infringen el mismo o semejante precepto;

⁸⁷³ Por todas, ver sentencia del Tribunal Supremo (recurso número 5409/2020; ECLI:ES:TS:2021:3476, FD 4º).

⁸⁷⁴ STJCE C-105/04, párrafos 109 a 115; Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, párrafo 41; y Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-204/00 p, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 p), párrafo 258.

⁸⁷⁵ Ver STJUE, asunto C-444/11, ECLI:EU:C:2013:464, párrafo 53, que confirma el Caso T-204/08 - *Team Relocations y otros/Comisión*, ECLI:EU:T:2011:286, párrafo 37 – de donde se extrae la cita literal que se recoge-.

⁸⁷⁶ El TGUE, en el asunto T-101/05 - *BASF y UCB/Comisión*, ECLI:EU:T:2007:380, párrafo 181 afirmaba que “*Por lo tanto, es preciso comprobar si los dos bloques de acuerdos y prácticas concertadas sancionados por la Comisión en la Decisión como infracción única y continuada presentaban un vínculo de complementariedad en el sentido descrito en el apartado 179*” (énfasis añadido).

⁸⁷⁷ Ver, por ejemplo, sentencia del TJUE posterior a la del TGUE citada anteriormente, en el caso C-626/13 P - *Villeroy & Boch Austria/Comisión*, ECLI:EU:C:2017:54, párrafo 69: “[...] sin que sea necesario demostrar la existencia de una relación de complementariedad entre las prácticas reprochadas [...]” (énfasis añadido).

⁸⁷⁸ Ver sentencia del TJUE en el asunto C-699/19 - *Quanta Storage Inc.* (ECLI:EU:C:2022:483), párrafo 59.

- Que responden a un plan preconcebido o se realizan aprovechando idéntica ocasión (i.e. existencia de un plan global que persigue un objetivo común);
- Al que cada empresa contribuye intencionalmente⁸⁷⁹; y
- Cada empresa responde por su propio comportamiento y por el comportamiento de los demás infractores en la medida en que lo conocía o debería haber conocido y estaba preparada para asumir sus consecuencias⁸⁸⁰.

5.4.3.1.2. Aplicación a este caso

(1008) En el presente caso, se considera que se cumplen las condiciones antes señaladas para que las tres cláusulas analizadas sean calificadas como una infracción única y continuada por cuanto:

- Existe una pluralidad de acciones u omisiones que infringen los artículos 1 LDC y 101 TFUE: en este caso, las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing.
- Existe un plan que persigue un objetivo común: en el presente caso, APPLE tenía como objetivo, por un lado, controlar mejor su canal de distribución y rebajar sus costes de control sobre la Página Web de AMAZON, y, por otro lado, restringir la competencia que otras marcas competidoras podían ejercer sobre los productos de su marca en la Página Web de AMAZON en España; mientras que AMAZON tenía como objetivo conseguir suministrarse directamente de APPLE (consciente de que ello unido a la expulsión de revendedores le iba a reportar un aumento de sus ventas⁸⁸¹), lo que antes del GTA y del ARA 2018 no ocurría⁸⁸². Para conseguir estos objetivos, las partes implantaron las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing (i.e. el plan global). Las primeras tendrían como

⁸⁷⁹ De acuerdo con reiterada jurisprudencia, basta con que se demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en la infracción (Ver las Sentencias del TJCE de 8 de julio de 1999 Comisión/Anic Partecipazioni, y Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 en los asuntos acumulados C-204/00 p, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 p).

⁸⁸⁰ C-49/92 P - *Comisión/Anic Partecipazioni*, ECLI:EU:C:1999:356, párrafo 83, y C-441/11 P - *Comisión/Verhuizingen Coppens NV*, ECLI:EU:C:2012:778 párrafos 42 y 43.

⁸⁸¹ Ver apartados “5.5.3. Análisis interno de los contratos por parte de AMAZON” y párrafos (682) a (704) sobre la concentración de ventas de productos de la marca APPLE en la propia AMAZON para una explicación más detallada.

⁸⁸² De acuerdo con las últimas explicaciones de AMAZON, [CONFIDENCIAL].

objetivo reducir, restringir y/o limitar la competencia intramarca (para que APPLE alcanzara su objetivo de controlar mejor su canal de distribución y rebajar sus costes de control sobre AMAZON) y las segundas y las terceras reducir, restringir y/o limitar la competencia intermarca (para que APPLE alcanzara su objetivo de reducir la presión competitiva que otras marcas competidoras podían ejercer sobre sus productos en la Página Web de AMAZON). Por último, la aceptación e implementación de las tres cláusulas contribuyó a que AMAZON alcanzara su objetivo de conseguir el suministro directo por parte de APPLE. De esta forma, las tres cláusulas se integran en un plan global que contribuye a unos objetivos comunes (aunque distintos para cada parte del acuerdo) y del que las dos empresas se beneficiaron.

- Contribución intencional de las empresas a ese plan: en este caso, tanto APPLE como AMAZON han alcanzado acuerdos contrarios a la competencia por lo que su participación en los acuerdos es, en ambos casos, intencional y el conocimiento de los comportamientos infractores de los demás participantes es en este caso preciso, dado que las restricciones de competencia constan por escrito en los contratos firmados por AMAZON y APPLE (el GTA y el ARA 2018).

- (1009) La infracción es continuada al no existir lapsos ni interrupciones en la vigencia y aplicación de los acuerdos o la participación de las empresas. Los acuerdos (y, por tanto, la infracción) están vigentes de manera ininterrumpida desde su firma hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción.
- (1010) En relación con lo anterior, AMAZON niega la existencia de un plan global que permita declarar la existencia de una infracción única, así como su intención de contribuir a dicha infracción⁸⁸³. El planteamiento de AMAZON para rechazar que pueda hablarse de un plan global se basa en apuntar que *“como en cualquier relación vertical entre fabricante y distribuidor, AMAZON y APPLE tenían objetivos diferentes”*⁸⁸⁴ y que su único objetivo a la hora de suscribir las cláusulas controvertidas fue el garantizarse el acceso al suministro completo de productos APPLE para mejorar la experiencia del consumidor final en su mercado en línea⁸⁸⁵.
- (1011) Tales alegaciones no pueden ser acogidas. Tal y como se apuntaba en el párrafo (935), las imputadas aprovecharon una misma ocasión –la negociación del GTA y el ARA 2018– para pactar las cláusulas controvertidas, cuyo objetivo global (cuando menos aceptado por AMAZON) consistía en alterar la dinámica de venta de productos APPLE en AMAZON de forma anticompetitiva. Resulta evidente que, a diferencia de lo que sucede generalmente con los acuerdos restrictivos

⁸⁸³ Párrafos 456 a 467 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸⁸⁴ Párrafo 456 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁸⁸⁵ Párrafos 464 a 467 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

horizontales alcanzados entre competidores, las partes de un acuerdo vertical tienen, *a priori*, intereses distintos e incluso muchas veces contrapuestos, atendiendo a su distinta situación en la cadena de producción o distribución. Aceptar la tesis de AMAZON de que ello impide constatar la existencia de un plan global o común supondría negar, por principio, la posibilidad de que cualquier acuerdo restrictivo de la competencia de naturaleza vertical pueda calificarse como una infracción única, ya que nunca o casi nunca concurría el requisito del plan común.

- (1012) Lo relevante a estos efectos no es que las partes del acuerdo persigan unos mismos intereses compartidos, sino que lleven a cabo el conjunto de prácticas que se integran en la infracción única con la conciencia y aceptación de que dichas prácticas contribuyen a la realización de sus respectivos objetivos y no desconozcan o no debieran desconocer el carácter restrictivo de las mismas.
- (1013) Basta en este sentido con que una de las partes acepte la introducción de una determinada estipulación contractual restrictiva de la competencia, aunque no le beneficie directamente, especialmente si ello le facilita lograr una contraprestación que sí estuviese persiguiendo. Esta es precisamente la situación que se da el presente Expediente, pues tal y como reconoce la propia AMAZON, aceptó las cláusulas controvertidas como contraprestación para lograr su objetivo de obtener el suministro directo del catálogo completo de productos APPLE. Por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior (que basta para concluir la contribución de AMAZON al plan global de la infracción única), procede señalar que AMAZON también se benefició directamente de las Cláusulas de *Brand Gating* pues la expulsión de los NAR le permitió erigirse como el principal revendedor de productos APPLE en su propio mercado en línea gracias a lo cual esperaba mejorar su calificación como distribuidor autorizado de APPLE para lograr todavía mejores condiciones de suministro (párrafos (314) y (611)).

5.4.3.1.3. Conclusión sobre la existencia de una infracción única y continuada

- (1014) Tal y como acaba de verse, las tres cláusulas controvertidas, además de integrarse en una misma relación contractual (el GTA y el ARA 2018 suscritos entre AMAZON y APPLE), son complementarias entre sí, en el sentido de que cada una de ellas contribuye a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia directamente buscados o cuanto menos aceptados para lograr indirectamente otros fines por las partes, que, además, son los mismos sujetos en el mismo ámbito temporal en que se extienden las conductas investigadas.
- (1015) En este sentido, las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* restringen la competencia intramarca en la Página Web de AMAZON en España, mediante la expulsión de la mayor parte de los vendedores de productos APPLE en dicho mercado en línea y las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones

al Marketing restringen la competencia intermarca entre los productos de la marca APPLE y productos de marcas competidoras al limitar la posibilidad de que marcas competidoras de APPLE puedan anunciarse en determinados espacios de la Página Web de AMAZON en España cuando un consumidor busca un producto marca APPLE o puedan beneficiarse, en el futuro, de campañas de conquista llevadas a cabo por AMAZON dirigidas a clientes de APPLE.

- (1016) Esta Sala considera, por tanto, que **las tres cláusulas controvertidas, consideradas en su conjunto, constituyen una infracción única y continuada de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC**. Lo anterior con independencia de que cada una de las tres cláusulas mencionadas, considerada aisladamente, pudiera constituir una infracción autónoma de las mencionadas disposiciones tal y como se precisaba en el párrafo (935).

5.4.3.2. Duración

- (1017) Tanto el GTA como el ARA de 2018 entraron en vigor el día de su firma, el 31 de octubre de 2018 y, por tanto, también las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing, y se preveía inicialmente una duración mínima **[CONFIDENCIAL]**⁸⁸⁶. En el momento de cerrarse la instrucción del procedimiento, los acuerdos seguían estando vigentes.
- (1018) **Por tanto, la infracción única y continuada detectada se extiende desde el 31 de octubre de 2018 hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción.**

5.4.4. Culpabilidad y responsabilidad individualizada

5.4.4.1. Responsabilidad de las empresas

5.4.4.1.1. Principios

- (1019) El artículo 61 de la LDC establece que son sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la LDC, siendo la actuación de una empresa también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.
- (1020) Por otro lado, en el ámbito del derecho administrativo sancionador español no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción y resulta imprescindible el elemento volitivo. Ello supone que la imposición de la sanción

⁸⁸⁶ Ver primer párrafo del GTA (folio 4902).

exige que la conducta típica y antijurídica sea imputable, al menos a título de culpa, al autor⁸⁸⁷.

- (1021) Por ello, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.
- (1022) En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que la culpabilidad en el ámbito de aplicación de la LDC debe tener en cuenta las particularidades lógicas que implica el concepto de persona jurídica⁸⁸⁸:

“En el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas no se suprime el elemento subjetivo de la culpa, pero el mismo se debe aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. [...] esa construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden las personas jurídicas. Falta en ellas el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. [...] ese principio [de culpabilidad] se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas [...]”.

5.4.4.1.2. Aplicación a este caso

5.4.4.1.2.1. AMAZON

5.4.4.1.2.1.1. Responsabilidad de la entidad jurídica directamente participante

- (1023) Teniendo en cuenta los hechos acreditados durante la instrucción y lo dispuesto en los artículos 61 y 62.3.a) de la LDC⁸⁸⁹, se considera que las conductas anticompetitivas descritas en el apartado 4 de esta Resolución son imputables a AMAZON desde al menos el 31 de octubre de 2018 hasta el cierre de la fase de instrucción, por su participación activa en calidad de autor en una infracción única y continuada consistente en la adopción e implementación de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing, que tienen por objeto la restricción de la competencia

⁸⁸⁷ Por todas, la Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2004 y artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público.

⁸⁸⁸ Sentencia del TS, de 22 de mayo de 2015, en el asunto France Telecom (Orange) nº rec 95/2014.

⁸⁸⁹ De acuerdo con la redacción previa a la modificación introducida en la LDC por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

en el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España.

(1024) En este sentido:

- La LDC preveía antes de su última modificación⁸⁹⁰:
 - En su artículo 62.3.a), que son infracciones graves “El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 1 de la Ley, cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales” (énfasis añadido).
 - En su artículo 62.4.a) que son infracciones muy graves “El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales” (énfasis añadido).
- La LDC establece (tras su última modificación que entró en vigor el 29 de abril de 2021), en su artículo 62.4.a), que son infracciones muy graves “El desarrollo de conductas tipificadas en el artículo 1 de esta ley y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:
- Como se ha explicado, a efectos del GTA y ARA 2018 firmados en octubre de 2018, AMAZON y APPLE son empresas que operan en distintos planos de la cadena de producción, mientras que, si se tiene en cuenta una perspectiva general no ligada a los mencionados acuerdos, AMAZON y APPLE también compiten a nivel fabricación para determinadas categorías de productos electrónicos (ya que ambas los fabrican, como se ha explicado) y a nivel distribución (ya que ambas distribuyen productos electrónicos).
- De acuerdo con lo anterior: se entenderá, por ser la posición más favorable a las imputadas de cara a determinar la gravedad de la infracción (i) que, a efectos de los acuerdos, AMAZON y APPLE no son empresas competidoras; y (ii) que se aplica la LDC en su versión anterior a la última modificación.

⁸⁹⁰ La introducida por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores; en vigor desde el 29 de abril de 2021.

- Lo anterior permite calificar las infracciones cometidas como graves en lugar de como muy graves, de ahí que, como se explicaba al principio, se aplique el artículo 62.3.a) en su redacción previa a la última modificación introducida en la LDC.
- (1025) Por otro lado, inicialmente el expediente se incoó contra cuatro entidades jurídicas del grupo AMAZON: (i) Amazon Services Europe S.À.R.L. (ASE); (ii) Amazon Europe Core S.À.R.L. (AEC); (iii) Amazon EU S.À.RL (AEU); y (iv) Amazon Online Spain, S.L. (AOS) y, el 22 de junio de 2022, se amplió la incoación a (v) Amazon.com Services, Inc (ASI) (ahora Amazon.com Services LLC tras haber cambiado de denominación social).
- (1026) De acuerdo con AMAZON, las actividades desarrolladas por estas entidades jurídicas serían las siguientes:
- i. Amazon Services Europe S.À.R.L. (o ASE), que presta servicios de intermediación a terceros vendedores, permitiéndoles ofrecer productos para su venta en todas las Amazon Store en la UE, incluyendo www.amazon.es⁸⁹²;
 - ii. Amazon Europe Core S.À.R.L. (o AEC), que es la entidad responsable de operar los sitios web de las Amazon Store en la UE⁸⁹³;
 - iii. Amazon EU S.À.RL. (o AEU), que se encarga de la venta minorista en todas las Amazon Store de la UE de los bienes físicos que adquiere de los vendedores⁸⁹⁴; y
 - iv. Amazon Online Spain, S.L. (o AOS); que presta servicios de publicidad online⁸⁹⁵.
- (1027) Como se ha explicado, **ASI y AEU**, por parte de AMAZON, **son las entidades jurídicas que firman el GTA**; mientras que **el ARA 2018 es firmado por AEU**.
- (1028) Si bien ASI y AEU son las entidades jurídicas del grupo que firman los contratos (en el caso de ASI, solo el GTA, y, en el caso de AEU, los dos contratos), por una parte, **ASE presta servicios de intermediación a terceros vendedores**⁸⁹⁶; y, por otra parte, **AEC es la entidad responsable de operar los sitios web de**

⁸⁹¹ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 6 (folio 4599).

⁸⁹² Contestación a RI I AMAZON, párrafo 6 (folio 4599).

⁸⁹³ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 7 (folio 4600).

⁸⁹⁴ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 8 (folio 4600).

⁸⁹⁵ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 9 (folio 4601).

⁸⁹⁶ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 6 (folio 4599).

las Amazon Store en la UE⁸⁹⁷, por lo que ASE y AEC colaboraron en la implementación de los contratos.

- (1029) Concretamente ASE dejó de prestar servicios de intermediación a los terceros revendedores que dejaron de estar autorizados a vender productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España como consecuencia de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*. ASE es, de hecho, la entidad firmante de la comunicación que se envió a los revendedores de APPLE que dejaban de estar autorizados a vender en AMAZON anunciando la retirada de sus productos a la que se aludía en el párrafo (323) del apartado de hechos acreditados. Por su parte, AEC, que gestiona la Página Web de AMAZON en España, tuvo que operar los cambios necesarios en dicha páginas web derivados de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* y de las Cláusulas de Publicidad.
- (1030) Además, las conductas investigadas afectan al mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España, en los que participan ASE, AEC y AEU.
- (1031) Asimismo, conforme a reiterada jurisprudencia, el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor no impide imputarle una infracción de las normas de defensa de la competencia⁸⁹⁸.
- (1032) En este sentido, el hecho de que ASI, AEU, ASE, y AEC no hayan participado en todos los elementos de las conductas investigadas de igual manera no afectaría a la hora de imputarles la infracción en cuestión. Aunque algunas de estas entidades jurídicas no intervinieran directamente en todas y cada una de las conductas que conforman la infracción, todas contribuyeron activamente a la misma, ya sea porque firmaron los acuerdos imputados o porque facilitaron la adopción de las restricciones investigadas por lo que dichas entidades jurídicas pueden considerarse responsables de la infracción.
- (1033) Por tanto, **las entidades jurídicas, parte de AMAZON, que se consideran responsables en calidad de autoras de la infracción única y continuada analizada son ASI, AEU, ASE, y AEC.**
- (1034) Dichas entidades jurídicas han participado en las conductas investigadas, que se refieren solo a la Página Web de AMAZON en España, desde la entrada en vigor de los contratos (i.e. el 31 de octubre de 2018) hasta al menos, el cierre de la fase de instrucción.

⁸⁹⁷ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 7 (folio 4600).

⁸⁹⁸ Por todas, ver STJUE en el asunto C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, párrafo 86.

- (1035) Por lo que se refiere a AOS, de acuerdo con la información aportada por AMAZON, no presta servicios a AEU, ASE ni AEC, en relación con la publicidad online y/o marketing, ni servicios relacionados con la aplicación/ejecución (ya sea directa o indirecta) de las cláusulas **[CONFIDENCIAL]** del GTA⁸⁹⁹, y tampoco constan otras pruebas de su participación en la infracción.
- (1036) Así, dado que a la vista de la información obrante en el expediente no puede acreditarse con el rigor exigible en derecho sancionador la participación directa de AOS en la conducta, se archivan las actuaciones del presente procedimiento respecto de AOS, manteniéndose al resto de empresas mencionadas (ASE, AEC, AEU y ASI) como autoras de los acuerdos investigados.

5.4.4.1.2.1.2. Alegaciones de AMAZON y valoración de la Sala

- Pretendida ausencia de culpabilidad dada su condición de distribuidor al que se habrían impuesto las cláusulas controvertidas

- (1037) AMAZON sostiene que no procede imputarle responsabilidad alguna en relación con las prácticas investigadas⁹⁰⁰.
- (1038) Afirma, en primer lugar, que APPLE es el único responsable de su sistema de distribución y que no se podría, por tanto, responsabilizar a AMAZON de unas cláusulas que se vio obligada a aceptar. Alega que ello iría en contra de la jurisprudencia, dado que en materia de restricciones verticales no suele investigarse o sancionarse a los distribuidores, sino únicamente a los fabricantes o proveedores, por ser quienes imponen sus condiciones.
- (1039) Lo anterior sería particularmente cierto, según AMAZON, en el marco de situaciones de “o lo tomas o lo dejas” como aquella a la que se habría enfrentado AMAZON para poder acceder al catálogo completo de productos APPLE y a su suministro directo por parte del fabricante. Sostiene AMAZON a este respecto que, aunque trató de negociar para **[CONFIDENCIAL]** lo que reflejaría su **[CONFIDENCIAL]**. Afirma adicionalmente, en relación con lo anterior, que el tamaño de AMAZON es irrelevante a los efectos de evaluar su responsabilidad y que nunca habría sido un criterio tenido en cuenta, ni por la CNMC ni a nivel de la UE para determinar la responsabilidad de los distribuidores⁹⁰¹.
- (1040) Esta Sala no puede acoger tales alegaciones.
- (1041) Que APPLE sea la que decide cómo articula su sistema de distribución no anula la responsabilidad de AMAZON por aceptar e implementar las restricciones

⁸⁹⁹ Ver contestación al RI III de AMAZON (folios 4532-4538).

⁹⁰⁰ Párrafos 468 a 508 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁹⁰¹ Párrafos 468 a 485 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

anticompetitivas que se integran en dicho sistema de distribución y que resultan de un acuerdo entre ambas.

- (1042) No existe, por otro lado, jurisprudencia o requisito legal alguno que excluya, en casos de restricciones verticales como éste, la responsabilidad de los distribuidores que concluyen acuerdos contrarios a la normativa de defensa de la competencia. Si en ocasiones no se multa más que a los fabricantes o proveedores y no a los distribuidores es porque estos últimos constituyen pequeñas y medianas empresas que, como AMAZON bien sabe, están excluidas del ámbito de aplicación de las normas de restricciones verticales⁹⁰² o porque existe una clara asimetría entre las partes, lo que también desmiente que el tamaño no sea un elemento a tener en cuenta.
- (1043) Resulta particularmente ilustrativo de lo anterior la comparación entre dos asuntos nacionales relativos a restricciones verticales que se resolvieron en fechas cercanas.
- (1044) En el Expediente 647/08, DISTRIBUCIONES DAMM⁹⁰³, la CNC declaró la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en un acuerdo vertical de fijación del precio de reventa entre la cervecera DAMM y sus distribuidores. En aquella ocasión solo se sancionó a DAMM, al considerar la CNC que las cláusulas de fijación de precio resultaron de la imposición de la cervecera que se encontraba en una clara posición de fuerza negociadora frente a los pequeños distribuidores a los que se había impuesto la cláusula y que fueron, de hecho, los que denunciaron la conducta a la CNC.
- (1045) Por el contrario, en el Expediente 612/06, ACEITES 2⁹⁰⁴, resuelto tan solo un año antes y en el que se declaró una infracción similar, se sancionó tanto al fabricante/proveedor como a los distribuidores implicados. Se trataba de un acuerdo entre el fabricante Grupo SOS-CUETARA y una serie de grandes cadenas de distribución mediante el que se fijaba un precio mínimo de venta al público de determinados productos de aceite de las marcas del Grupo SOS-CUETARA. El TDC consideró que en esta ocasión no cabía considerar que los distribuidores carecieran de responsabilidad por encontrarse en una situación de asimetría negociadora. Concretamente, frente a alegaciones de los distribuidores sancionados, similares a las invocada por AMAZON para tratar de negar su responsabilidad, el TDC respondió que:

“La existencia de un interés propio en la adopción y efectos de los acuerdos imputados para cada una de las partes intervinientes en ellos se refuerza en este

⁹⁰² Ver párrafos 11 de las Directrices Verticales y 28 de las Directrices Verticales de 2022: “[...] los acuerdos verticales entre las pymes generalmente quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado”.

⁹⁰³ Resolución de la CNC de 19 de febrero de 2008 en el Expte. 647/08, DISTRIBUCIONES DAMM.

⁹⁰⁴ Resolución del TDC de 21 de junio de 2007 en el Expte. 612/06, ACEITES 2.

caso, **a los efectos de apreciar la responsabilidad compartida de todos ellos, con la circunstancia de que el Grupo SOS CUETARA y las empresas distribuidoras imputadas disponen de un poder de mercado y de una fuerza negociadora muy equilibrada, en cuanto el primero es el principal suministrador de aceites comestibles en el territorio nacional y propietario de las marcas más destacadas del mercado, Carbonell 0,4^o para el aceite de oliva y Koipesol para el de semillas, que son objeto de una gran demanda por los consumidores, por lo que ninguno de los grandes establecimientos minoristas está dispuesto, en principio, a prescindir de ellas, mientras que las segundas son las grandes empresas de la distribución minorista, a través de las cuales se comercializa la mayor parte de aceite comestible en España, lo que obliga al suministrador a contar con su beneplácito para fijar precios mínimos de venta al público⁹⁰⁵**. (Énfasis añadido).

- (1046) Resulta evidente, atendiendo a las características de APPLE y AMAZON que el presente caso guarda mayor paralelismo con este segundo precedente, 612/06, ACEITES 2, en el que se sancionó a todas las partes del acuerdo (al proveedor, pero también a los distribuidores), que con el asunto 647/08, DISTRIBUCIONES DAMM en el que únicamente se sancionó al proveedor.
- (1047) A este respecto, se citaba en la Propuesta de Resolución un análisis llevado a cabo por la consultora PaRR en el que se constata que los distribuidores también son habitualmente sancionados en expedientes de competencia sobre acuerdos verticales, pero que según AMAZON no podía invocarse válidamente en su contra por no ser de acceso público. Debe apuntarse frente a lo anterior que la DC únicamente se limitó a reproducir el siguiente extracto a título ilustrativo:

“En principio, en las investigaciones verticales se sanciona al fabricante, pero en 29 de los casos analizados también fueron considerados responsables de infringir las normas y tuvieron que pagar los distribuidores minoristas, mayoristas u otros distribuidores”⁹⁰⁶.

Debe apuntarse, a mayor abundamiento, que AMAZON no ha negociado los contratos controvertidos desde una condición de mero distribuidor de APPLE, sino, también, como operador del mercado en línea que canaliza la mayor parte del tráfico web del comercio electrónico en España y de las ventas netas de productos electrónicos en línea en España y que presta, además, servicios de intermediación a la propia APPLE como distribuidor de sus propios productos en AMAZON. AMAZON no puede por tanto pretender que se le dé el mismo trato que el conferido a pequeños distribuidores en algunos asuntos de restricciones

⁹⁰⁵ Páginas 14 y 15 de la resolución del TDC de 21 de junio de 2007 en el Expediente 612/06, ACEITES 2.

⁹⁰⁶ Traducción libre de “*In principle the upstream company is the one penalised in vertical investigations, but in 29 cases downstream retailers, wholesalers or other distributors were also found liable for breaking the rules and had to pay up*”. Artículo disponible por suscripción en el siguiente enlace: : <https://app.parr-global.com/intelligence/view/prime-3011981>

verticales en los que se aprecia una total asimetría negociadora entre las partes del acuerdo.

- (1048) AMAZON alega, asimismo, que las Directrices Verticales de 2022 respaldan la conclusión de que no cabe imputarle responsabilidad alguna por la conducta investigada⁹⁰⁷ al haber incorporado los principios de la Sentencia COTY en su párrafo 338. Lo cierto, sin embargo, es que, como ya se explicado previamente, las conclusiones de COTY no son aplicables al presente asunto para validar las cláusulas controvertidas, atendiendo a que APPLE no opera un sistema de distribución selectiva (como sí hacía a COTY) sumado a la concurrencia de una serie de circunstancias que se dan en el presente caso y que no se daban en el asunto COTY (párrafos (546) a (563)). De hecho, las propias Directrices Verticales de 2022 señalan en el párrafo 338 que dichas circunstancias suponen, en principio, que la restricción al uso de los mercados en línea deba considerarse una infracción del artículo 101 del TFUE:

“En los sistemas de distribución selectiva suelen acordarse restricciones al uso de los mercados en línea [como se ha explicado (párrafos (552) a (554)), se admiten tales restricciones por ser coherentes con el propio objetivo de la distribución selectiva: i.e que se asocien los productos objeto del contrato exclusivamente con distribuidores que cumplen con determinados requisitos cualitativos, lo que no sucede cuando, como en el presente caso, el fabricante/proveedor elige que sus productos se distribuyan mediante un sistema de distribución abierto]. En la sección 4.6.2 se establecen los criterios según los cuales un sistema de distribución selectiva puede quedar fuera del ámbito del artículo 101, apartado 1, del Tratado(174). En los casos en que el proveedor no celebre un acuerdo con el mercado en línea, el proveedor puede no estar en condiciones de verificar que el mercado en línea cumple las condiciones que sus distribuidores autorizados deben cumplir para la venta de los bienes o servicios contractuales. En tal caso, una restricción o prohibición del uso de los mercados en línea puede ser adecuada y no ir más allá de lo necesario para preservar la calidad y garantizar el uso adecuado de los bienes o servicios contractuales [además de que no estamos en el marco de un sistema de distribución selectiva, APPLE y AMAZON mantienen una relación contractual directa]. Sin embargo, en los casos en los que un proveedor designa a un operador de un mercado en línea como miembro de su sistema de distribución selectiva o en los que restringe el uso de los mercados en línea por parte de determinados distribuidores autorizados, pero no de otros, o en los que restringe el uso de un mercado en línea, pero este proveedor utiliza dicho mercado en línea para vender los bienes o servicios contractuales, es improbable que las restricciones al uso de dichos mercados en línea cumplan las condiciones de adecuación y proporcionalidad [exactamente lo que sucede en el presente caso]”.

- (1049) AMAZON insiste, por otro lado, en no estaba interesada en suscribir las cláusulas controvertidas, cuestión en la que se centra el Informe de Compass sobre el

⁹⁰⁷ Párrafos 486 a 490 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

Interés de Amazon en el Acuerdo Vertical. Sin embargo, como ya se ha explicado esta Sala considera demostrado, y la propia empresa lo ha manifestado en reiteradas ocasiones, que tenía un interés en conseguir un suministro completo y directo de productos por parte de la propia APPLE y, para facilitar su obtención estuvo dispuesta a acordar con APPLE una serie de restricciones que afectaban a terceros operadores. El que alguna de estas restricciones pudiera no resultar de su agrado inicialmente solo demuestra que lo que esperaba conseguir era más interesante económica y estratégicamente para AMAZON que lo que perdía, pues, si no, no las hubiese aceptado.

- (1050) En todo caso, al margen del interés de AMAZON, consintió expresamente en aceptar las referidas cláusulas y además se atuvo a ellas por lo que concurre el elemento volitivo de culpa o negligencia del artículo 63.1 de la LDC sin que quepa invocar ninguna causa legal de justificación que exima su responsabilidad a la hora de
- (1051) Esta Sala estima, por tanto, que AMAZON es responsable de las conductas investigadas.

- Sobre la pretendida ausencia de responsabilidad de ASI

- (1052) Sostiene AMAZON que debería archivar el expediente en lo que respecta a ASI porque **[CONFIDENCIAL]**⁹⁰⁸. En particular sostiene que **[CONFIDENCIAL]**.
- (1053) AMAZON alega que se **[CONFIDENCIAL]**.
- (1054) Sin embargo, la Sala considera que AMAZON no ha rebatido de forma consistente con sus alegaciones las explicaciones aportadas por el órgano instructor sobre esta cuestión.
- (1055) Ante una primera alegación al PCH de este tipo, mediante la que AMAZON sostenía que la firma de **[CONFIDENCIAL]**, por lo que si se aceptaba el argumento de AMAZON habría que aceptar que el GTA solo se habría firmado para **[CONFIDENCIAL]**. Ello supondría que este acuerdo no aplicaría en la UE lo cual no se sostiene. Ha quedado ampliamente demostrado a partir de los hechos acreditados y de las propias explicaciones de las imputadas que dicho acuerdo se ha suscrito también para la UE y se aplicado en dicho territorio.
- (1056) Para tratar de rebatir lo anterior, AMAZON aporta, junto con sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, lo que supuestamente sería **[CONFIDENCIAL]**⁹⁰⁹. Ello acreditaría la postura de AMAZON de que **[CONFIDENCIAL]**⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ Párrafos 491 a 496 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁹⁰⁹ Documento número 9 aportado junto con las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución (folios 11.778 a 11.789).

⁹¹⁰ "Counterpart signature for US Region"

Imagen 31. Extracto del documento aportado por AMAZON junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución “GTA para Europa Occidental”.

Counterpart signature page for US Region:

Amazon.com Services, Inc.

SIGNATURE: _____

PRINT NAME: _____

PRINT EMAIL: _____

DATE: _____

Apple Inc.

SIGNATURE: _____

PRINT NAME: _____

PRINT EMAIL: VP Americas and Northeast Asia

EFFECTIVE DATE: 10/31/2018

Amazon EU SARL

By: _____

Name: _____

Manager

Title: _____

Date: October 31, 2018 Signed in Luxembourg

Apple Distribution International

By: _____

Name: _____

Director

Title: _____

Effective Date: 10/31/2018

Fuente: AMAZON (folio 11.786)

(1057) Tampoco el documento titulado **[CONFIDENCIAL]**⁹¹¹. En esta versión del GTA **[CONFIDENCIAL]**⁹¹² **[CONFIDENCIAL]**.

(1058) **[CONFIDENCIAL]**. En concreto, la redacción del GTA, en cualquiera de las versiones aportadas por AMAZON comienza estipulando lo siguiente:

[CONFIDENCIAL]⁹¹³ (traducción propia de la versión original en inglés; énfasis y subrayado añadidos).

(1059) Por tanto, esta Sala considera que **ASI sí firmó el GTA**, que, junto al ARA 2018, firmado también por AEU forman los acuerdos que contienen las restricciones

⁹¹¹ Documento número 11 aportado junto con las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución (folios 11.791 a 11.807).

⁹¹² **[CONFIDENCIAL]**.

⁹¹³ Versión del GTA aportada por AMAZON en contestación al R I (folios 502 a 523) y versión del GTA aportada por AMAZON junto con sus alegaciones a la Propuesta de Resolución (folios 11.791 a 11.807): **[CONFIDENCIAL]**.

analizadas en el presente expediente y que han producido y siguen produciendo efectos en España, **por lo que ASI es responsable de las conductas imputadas**. Lo anterior no se ve desvirtuado por la alegación de AMAZON de que la Propuesta de Resolución no habría demostrado la participación material de ASI en la aplicación de los acuerdos controvertidos en España⁹¹⁴. Su involucración como firmante del GTA en el que se insertan las cláusulas controvertidas basta para establecer su responsabilidad.

- **Sobre la pretendida ausencia de participación en la infracción de AEC y ASE**

- (1060) AMAZON alega que AEC y ASE no son firmantes de los contratos, ni habrían participado materialmente en la infracción, al no encontrarse activas en el segmento de la venta minorista en línea de productos electrónicos, por lo que no se les debería imponer una multa individual, sino que, como máximo, debería considerárseles responsables solidarias de la multa impuesta a AEU⁹¹⁵.
- (1061) Esta Sala no comparte tales planteamientos por las razones que exponemos a continuación.
- (1062) Aunque AEC y ASE no aparezcan como firmantes de los contratos, la implementación requirió necesariamente de la implicación de estas empresas, pues según la propia AMAZON. ASE es la sociedad que presta servicios de intermediación a terceros vendedores⁹¹⁶, por lo que dejó de prestar servicios de intermediación a los revendedores de APPLE expulsados de la Página Web de AMAZON en España como consecuencia de las Cláusulas de *Brand Gating*. De hecho fue ASE la entidad firmante de la comunicación informando de la retirada de su catálogo de productos APPLE a los revendedores afectados por las Cláusulas de Exclusión (véase el párrafo (1029) *supra*). AEC, por su lado, es la sociedad responsable de operar los sitios web de las Amazon Store en la UE⁹¹⁷, por lo que tuvo que llevar a cabo los cambios necesarios en la web de Amazon.es tendentes a la ejecución de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* y de las Cláusulas de Publicidad. Nótese, atendiendo a esto último, que, aunque AEC y ASE no operen como vendedores en el segmento de la venta minorista en línea de productos electrónicos, sí tienen la capacidad para afectar a este mercado con sus conductas a las que acaba de hacerse referencia.
- (1063) Por otro lado, como ya se ha explicado, conforme a reiterada jurisprudencia, ni el hecho de que una entidad no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria, ni el hecho de que haya desempeñado un papel menor impiden imputarle la infracción de las normas de defensa de la

⁹¹⁴ Párrafos 497 a 504 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁹¹⁵ Párrafos 505 a 508 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁹¹⁶ Contestación al RI I AMAZON, párrafo 6 (folio 4599).

⁹¹⁷ Contestación a RI I AMAZON, párrafo 7 (folio 4600).

competencia⁹¹⁸ en las que se integran las conductas de las que fue autora. Así, el que ASE y AEC no hayan participado en todos los elementos de las conductas investigadas no impide que la infracción objeto del presente expediente les sea imputable en su conjunto.

- (1064) Debe apuntarse, por último, que son habituales los asuntos en que se sanciona a distintas sociedades de la empresa o unidad económica que comete una infracción de la normativa de defensa de la competencia (AMAZON en este caso)⁹¹⁹.

5.4.4.1.2.2. APPLE

5.4.4.1.2.2.1. Responsabilidad de la entidad jurídica directamente participante

- (1065) Teniendo en cuenta los hechos acreditados y lo dispuesto en los artículos 61 y 62.3.a) de la LDC⁹²⁰, se considera que las conductas anticompetitivas descritas en el apartado 4 de esta Resolución son imputables a APPLE desde al menos el 31 de octubre de 2018 hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción del presente procedimiento, por su participación en una infracción única y continuada consistente en la adopción e implementación de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing, que tienen por objeto la restricción de la competencia en el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España.
- (1066) En cuanto a la gravedad de la conducta, por las mismas razones que se han explicado respecto de AMAZON, las infracciones imputadas a APPLE se consideran de carácter grave atendiendo al artículo 62.3.a) de la LDC en su redacción previa a la última modificación introducida en dicha ley (párrafo (1024)).
- (1067) Inicialmente el expediente se incoó contra tres entidades jurídicas del grupo APPLE: (i) Apple Distribution International Ltd (o ADI); (ii) Apple Retail Spain, S.L. (o ARS); y (iii) Apple Marketing Iberia, S.A. (o AMI); y el 22 de junio de 2022, se amplió la incoación con respecto a (iv) Apple, Inc (o AINC).

⁹¹⁸ Por todas, ver STJUE en el asunto C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, párrafo 86.

⁹¹⁹ Véanse entre otros los expedientes S/0013/20 AUDAX RENOVABLES y S/DC/0598/15 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÁNICA FERROVIARIAS.

⁹²⁰ De acuerdo con la redacción previa a la modificación introducida en la LDC por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

- (1068) Como se ha explicado, ADI y AINC, son las entidades jurídicas que firman el GTA por parte de APPLE; mientras que, el ARA 2018, es firmado solo por ADI.
- (1069) Se insiste, por otro lado, en que, conforme a reiterada jurisprudencia, el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor no afecta a la hora de imputarle una infracción⁹²¹.
- (1070) En este sentido, el hecho de que ADI y AINC no hayan participado en todos los elementos de las conductas investigadas no impediría imputarles la infracción en cuestión. Lo relevante para que proceda esta imputación es que ambas entidades jurídicas contribuyeran activamente a la puesta en práctica de las conductas investigadas lo que está probado que hicieron. ADI y AINC deben por tanto considerarse responsables de la infracción.
- (1071) Por tanto, las entidades jurídicas que firman los contratos por parte de APPLE y, consecuentemente, se consideran responsables en calidad de autoras de la infracción única y continuada analizada en esta Resolución, son: ADI y AINC. La participación de estas entidades en las conductas investigadas, que se refieren solo a la Página Web de AMAZON en España, debe entenderse comprendida desde la entrada en vigor de los contratos (i.e. el 31 de octubre de 2018) hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción del presente procedimiento.
- (1072) Por lo que se refiere a ARS y AMI, APPLE precisó que: (i) no prestan servicios relacionados con la tienda de Amazon en España, www.amazon.es; (ii) no prestan servicios de publicidad en la tienda de Amazon en España, www.amazon.es; y (iii) no prestan servicios en relación con la aplicación o ejecución de las **[CONFIDENCIAL]** de la GTA, y tampoco se han identificado pruebas directas de la participación de ARS y AMI en la conducta en la información obrante en el expediente⁹²².
- (1073) Esta Sala coincide con la DC en que no puede, por tanto, acreditarse con el rigor exigible en derecho sancionador la participación directa de ARS y AMI en la conducta, debiendo archivar las actuaciones en el presente Expediente respecto de ARS y AMI y declararse a ADI y AINC como autoras de los acuerdos investigados por parte de APPLE.

⁹²¹ Por todas, ver STJUE en el asunto C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, párrafo 86.

⁹²² Ver contestación al RI III de APPLE (folios 4463 – 4465).

5.4.4.1.2.2.2. Responsabilidad solidaria de la matriz

- (1074) La jurisprudencia de la Unión⁹²³, ha afirmado de forma reiterada que en los casos en los que una matriz ostenta el 100% del capital social de su filial, existe una presunción “*iuris tantum*” de que esa matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial.
- (1075) De acuerdo con la información que obra en el expediente, AINC es la sociedad matriz última del grupo APPLE y cuenta con una participación indirecta del [CONFIDENCIAL]% en ADI⁹²⁴. En consecuencia, resulta de aplicación la presunción expuesta considerándose a AINC responsable solidaria por las conductas imputadas a ADI según lo previsto en el artículo 61.2 de la LDC.

5.4.5. Conclusión de la valoración jurídica

- (1076) Por todas las razones anteriores, se considera que las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing constituyen una infracción única y continuada de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, que tendrían como objeto (y en el caso de las primeras, también el efecto) reducir, restringir y/o limitar la competencia intramarca e intermarca de los productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España, de la que se habrían beneficiado:
- Por un lado, para **APPLE**:
 - i. Las Cláusulas de Exclusión o Brand Gating le habrían reportado un incremento sustancial de las ventas mayoristas de sus productos a AMAZON, un mayor control de su cadena de distribución, sin necesidad de cambiar sus acuerdos con los distribuidores afectados, lo que, a su vez, habría tenido como consecuencia una reducción de la competencia intramarca (i.e. entre los distribuidores autorizados y no autorizados de sus productos) en las Páginas Web de AMAZON y, en concreto, en España, al crear una discriminación entre ellos, limitar o controlar

⁹²³Sentencias del TPI de 15 de junio de 2005, asunto T-71/03, Tokai Carbon and Others/Comisión Europea; en el asunto T-30/05 Prym Consumer/Comisión, de 12 de septiembre de 2007; de 12 de diciembre de 2007 en el asunto T-112/05, Akzo Nobel y otros/Comisión; de 18 de diciembre de 2008 en el asunto T-85/06, General Química/Comisión; del TJUE en el asunto C-97/08P Akzo Nobel NV y otros/Comisión; conclusiones del Abogado General Kokott de 23 de abril de 2009; del TJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08, (asunto T-112/05; de 30 de septiembre de 2009 del TPI en los asuntos C-520/09 P Arkema SA/Comisión y C-521/09 P Elf Aquitaine/Comisión; del TGUE de 16 de junio de 2011 en el asunto T-196/06 y del TJUE de 29 de septiembre de 2011, C-521/09 P.

⁹²⁴ Ver respuesta de APPLE al RI VI (folio CONFIDENCIAL 6343).

la distribución de sus productos en el mercado, y compartimentar el mercado interior; y

- ii. Las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing habrían conseguido reducir la competencia intermarca (i.e. la que otras marcas competidoras ejercen sobre sus productos) en la Página Web de AMAZON en España.
- Por otro lado, **AMAZON**, a cambio de aceptar las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing exigidas por APPLE, y a expensas de renunciar a tener un mayor número de revendedores de productos de la marca APPLE en su Página Web en España se habría asegurado:
 - i. Un mayor surtido de productos APPLE [**CONFIDENCIAL**];
 - ii. Un incremento de sus ingresos (debido a la concentración de las ventas de productos de la marca APPLE que se produjo en la propia AMAZON como consecuencia de que los revendedores afectados por los mencionados acuerdos dejaran de estar autorizados para vender productos de esta marca en la Página Web de AMAZON).

5.5. Otras alegaciones

5.5.1. Sobre la pretendida falta de observancia de los principios y garantías del procedimiento sancionador

- (1077) AMAZON defiende en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que la DC habría incurrido en distintas vulneraciones de las garantías y los principios que deben regir la tramitación de los procedimientos sancionadores, lo que debería ser causa del archivo de las actuaciones seguidas contra ella en el marco del expediente⁹²⁵.
- (1078) Sostiene AMAZON, en primer lugar, que la DC habría incoado el procedimiento varios meses más tarde que otras autoridades nacionales de competencia pese a admitir haber tenido conocimiento de las prácticas investigadas a través de la Red Europea de Competencia o ECN. Reprocha concretamente AMAZON que la DC habría tenido conocimiento de las prácticas controvertidas a través de la

⁹²⁵ Párrafos 567 a 590 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

ECN con anterioridad a la incoación del procedimiento por la autoridad de competencia italiana (i.e. antes del 14 de julio de 2020) y que, por lo tanto, habría tardado al menos siete meses en iniciar su investigación preliminar (el 12 de febrero de 2021) y casi un año en incoar formalmente el procedimiento sin que se hayan explicado las razones de ese retraso.

- (1079) A lo anterior procede contestar, en primer, lugar que los cálculos especulativos de AMAZON en cuanto a que la DC habría tardado al menos siete meses en iniciar la investigación son incorrectos. El órgano instructor no tuvo conocimiento de la existencia de los acuerdos a través de la red ECN hasta el 20 de noviembre de 2020, de modo que solo habrían transcurrido poco más de dos meses hasta la apertura de las diligencias previas el 12 de febrero de 2021 y no siete como pretende AMAZON. En cualquier caso, no existe un plazo legalmente establecido entre el conocimiento de la *notitia criminis* y el inicio formal de las diligencias previas ni tampoco la actuación de la CNMC tiene por qué plegarse a los plazos manejados por otras autoridades nacionales de competencia cuyos medios materiales y humanos, así como sus respectivos protocolos internos difieren de los de la CNMC.
- (1080) Por lo que se refiere al periodo entre la apertura de las diligencias previas el 12 de febrero de 2021 y la incoación formal del procedimiento el 30 de junio de 2021, no transcurrieron ni cinco meses, lo que no puede considerarse excesivo. Se recuerda en todo caso, que tal y como reconoce la jurisprudencia, el periodo de diligencias previas tampoco está sometido a un plazo concreto. El Tribunal Supremo ha venido a afirmar a este respecto que:

*“No puede admitirse, sin embargo, que la duración de la fase preliminar a la incoación del expediente sea acumulable a los plazos máximos aplicables al procedimiento sancionador propiamente dicho, único sujeto a las exigencias de caducidad derivadas de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. **En la medida en que aquellas diligencia previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado** y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad”⁹²⁶ (énfasis y subrayado añadido).*

- (1081) Tampoco cabe considerar, en modo alguno, atendiendo a la doctrina jurisprudencial citada, que se haya producido una desnaturalización de la fase de información reservada, teniendo en cuenta que, durante el referido lapso de apenas 5 meses, se llevaron a cabo, por parte de la DC, una serie de actuaciones tendentes a reunir los elementos de juicio necesarios para decidir sobre la pertinencia de la incoación. Se incluyen entre dichas actuaciones el envío de

⁹²⁶ STS del 26 de diciembre de 2007, rec. 1907/2005, ECLI:ES:TS:2016:1962, FDº 6º.

requerimientos de información a la autoridad de competencia italiana⁹²⁷ y a las imputadas⁹²⁸ los días 8 de marzo y 26 de mayo, así como el análisis de las respuestas a los mismos que se recibieron el 27 de abril por parte de la autoridad italiana⁹²⁹ y el 16 de junio por parte de APPLE⁹³⁰ y AMAZON⁹³¹.

- (1082) Tras reprochar en su escrito de alegaciones el carácter pretendidamente excesivo del periodo transcurrido entre el inicio de las diligencias previas y la incoación formal, AMAZON recrimina, justo a continuación, que el lapso entre la recepción de su contestación de 16 de junio a un requerimiento de información (a la que acaba de hacerse referencia) y la incoación formal del procedimiento el 30 de junio de 2021 sería demasiado breve⁹³². A lo anterior procede contestar, de nuevo, que no existen plazos legalmente establecidos a tales efectos. Por otro lado, y a mayor abundamiento, resulta puramente especulativa la apreciación de AMAZON según la cual, en un plazo de 10 días hábiles la CNMC no podría procesar, analizar y extraer conclusiones jurídicas de la respuesta al requerimiento en cuestión, lo que sería indicativo de que la DC tramitó dicho requerimiento en el marco de una investigación preliminar pese a que ya había decidido incoar un procedimiento sancionador⁹³³.
- (1083) Defiende, asimismo, AMAZON que vulnera su derecho de defensa el que no se definiesen los mercados exactos pese a fundamentar la DC su teoría del daño en el tamaño de AMAZON⁹³⁴. Tales alegaciones resultan asimismo inoperantes por los motivos ya señalados en el apartado 3 (en particular en los párrafos (155) a (164), (176) a (221) y (230) a (243)). Nótese que se ha definido el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores, en el que tienen lugar las conductas investigadas, así como el segmento de la venta en línea de productos electrónicos en el que aquellas despliegan sus efectos, sin perjuicio de no considerar necesario cerrar la definición exacta de este segundo mercado. Lo anterior, por mucho que AMAZON manifieste discrepar⁹³⁵, es conforme con la jurisprudencia asentada tanto del TJUE como de los tribunales nacionales en cuanto a que *“en el marco del artículo 101 TFUE, apartado 1, no es exigible una definición previa del mercado pertinente cuando el acuerdo controvertido tiene en sí mismo un objeto anticompetitivo”*⁹³⁶.

⁹²⁷ Folio 220.

⁹²⁸ Folios 221 a 227 y 243 a 248 al grupo AMAZON y al grupo APPLE respectivamente.

⁹²⁹ Folios 31 a 219.

⁹³⁰ Folios 660 a 1012.

⁹³¹ Folios 330 a 645 y 1020 a 1066.

⁹³² Párrafos 572 a 577 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁹³³ Párrafo 576 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁹³⁴ Párrafos 578 y 581 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁹³⁵ Párrafo 579 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁹³⁶ Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2016 en el asunto T-208/13 – Portugal Telecom/Comisión, párrafo 176.

- (1084) Tampoco pueden acogerse las alegaciones de AMAZON en cuanto a la pretendida ausencia de motivación de la propuesta de multa y la aplicación de la prohibición de contratar con la Administración Pública⁹³⁷. Por un lado, la Propuesta de Resolución motiva de forma exhaustiva la aplicación al caso de los criterios de cuantificación de las multas previstos en la LDC⁹³⁸. Por otro lado, en lo que se refiere a la prohibición de contratar, tal y como se explica en el apartado 5.7, se trata, en palabras del Tribunal Supremo, de “una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias”⁹³⁹ entre las que figura el falseamiento de la competencia. Cumplido este requisito, i.e. la imposición de una sanción grave de la normativa de defensa de la competencia, como es aquí el caso, no es necesario aportar elementos de motivación adicional para declarar la procedencia de aplicar la prohibición prevista en el artículo 71.1 b) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Ello sin perjuicio de motivar, en un segundo tiempo, la concreta extensión y duración de la prohibición atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.
- (1085) AMAZON defiende, por otro lado, que la Propuesta de Resolución habría recogido nuevas “alegaciones fácticas” adicionales a las incluidas en el PCH⁹⁴⁰. Lo cierto, sin embargo, es que lo único que hace el órgano instructor en la Propuesta de Resolución es hacer uso de determinados datos para contestar a alegaciones al PCH de las imputadas (en particular de la propia AMAZON) en relación con el mercado en el que se desarrollan las conductas investigadas y el sector en el que éstas despliegan sus efectos, así como con la posición de AMAZON en los mismos. Las imputadas han tenido la oportunidad de rebatir estos datos en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución sin que, en ningún caso, se hayan alterado los hechos objeto de valoración jurídica y reproche sancionador que figuraban en el PCH.
- (1086) Por último, tampoco cabe acoger la alegación según la cual la Propuesta de Resolución habría cambiado su enfoque en relación con el planteamiento de AMAZON de que la aceptación de las Cláusulas de Exclusión constituiría una *conditio sine qua non* para acceder al catálogo completo de productos APPLE⁹⁴¹, por carecer de poder de negociación frente a APPLE. Al contrario de lo que pretende la empresa imputada, la DC no hace suyo tal planteamiento en el PCH, sino que precisa expresamente que se trata de la postura de AMAZON⁹⁴².

⁹³⁷ Párrafos 582 a 583 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁹³⁸ Párrafos 1.133 a 1.150 de la Propuesta de Resolución.

⁹³⁹ STS, de 14 de septiembre de 2021, rec. 6372/2020, FD^o3^o.

⁹⁴⁰ Párrafos 584 a 587 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁹⁴¹ Párrafos 589 a 590 de las alegaciones de AMAZON a la Propuesta de Resolución.

⁹⁴² Párrafo 260 del PCH: “Así, **de acuerdo con AMAZON** esto era una “*conditio sine qua non*” *impuesta por APPLE para conceder a AMAZON un suministro completo de todos los productos de APPLE*” (énfasis añadido). Párrafo 410 del PCH: “[...] *tuvo que aceptar la propuesta del fabricante porque era, en palabras de la propia empresa, una “conditio sine*

5.5.2. Sobre la solicitud de vista

- (1087) Tanto AMAZON como APPLE han solicitado la celebración de la vista oral.
- (1088) Al respecto, cabe señalar que la vista oral ante la Sala del Consejo, prevista en el artículo 51.3 de la LDC se configura como una potestad discrecional del Consejo, que la puede acordar “*cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente*” (art. 19.1 RDC).
- (1089) Esta Sala, teniendo en cuenta el carácter potestativo de la vista oral y la rotundidad de la carga probatoria obrante en el expediente, ha decidido no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para la valoración del asunto sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión.

5.5.3. Sobre la solicitud de práctica de la prueba

- (1090) El artículo 51.1 de la LDC dispone que el Consejo de la CNMC podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas en la fase de instrucción ante la DC, así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio en la toma de decisión.
- (1091) Esta Sala considera pertinente incorporar al expediente todos los documentos nuevos aportados por AMAZON y APPLE junto con sus respectivos escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución, si bien dichos documentos no aportan valor añadido respecto a la información que ya obraba en el Expediente y en función de la cual se han considerado acreditados los hechos recogidos en esta solución y se ha procedido a su valoración.
- (1092) Por lo que se refiere a la solicitud de APPLE de que se dirijan requerimientos de información a AMAZON en relación con una serie de AAR y Minoristas y se requiera posteriormente a ciertos de ellos para saber por qué no están vendiendo productos APPLE en Amazon.es, esta Sala lo considera innecesario. Tal y como se indicaba en relación con la solicitud de vista, esta Sala estima que constan en el Expediente los elementos necesarios para estimar acreditados los hechos objeto del mismo y concluir sobre su valoración jurídica, sin necesidad de proceder a los mencionados requerimientos.

qua non” impuesta por APPLE para conceder a AMAZON un suministro completo de todos los productos de APPLE357 (y, entre ellos, los productos más demandados de APPLE, esto es, [CONFIDENCIAL])” (énfasis añadido).

5.5.4. Sobre la solicitud de confidencialidad

- (1093) APPLE y AMAZON han solicitado expresamente la confidencialidad de sus escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución y de determinados documentos anexos a los mismos al considerar que contienen información comercialmente sensible cuya divulgación podría causarles un perjuicio irreparable. Ambas empresas han aportado versión no confidencial de sus respectivos escritos de alegaciones y de los anexos que consideran confidenciales.
- (1094) Esta Sala, tras analizar los escritos de alegaciones y los documentos adjuntos a los que se ha hecho referencia, considera que los mismos contienen datos de carácter comercial y estratégico de las referidas empresas que merecen la consideración de información confidencial. Se declaran, por tanto, confidenciales los escritos de alegaciones y anexos citados por las empresas y se incorporan al Expediente las versiones no-confidenciales de los mismos aportadas por las imputadas. Se recuerda, no obstante, que el TJUE ha considerado que un periodo de cinco años es suficiente para que la información comercial pierda, en principio, su condición de confidencial⁹⁴³. Por tanto, los datos que sean anteriores a julio de 2018 no se considerarán, con carácter general, confidenciales.
- (1095) APPLE y AMAZON solicitan, asimismo, que se declare confidencial la información aportada en respuesta al requerimiento de información de la Sala de Competencia sobre volumen de negocios de 24 de mayo de 2023, tanto en lo que se refiere a las cifras de volumen de negocios de las sociedades imputadas en el mercado afectado por las conductas investigados como a su volumen de negocios total en el ejercicio 2022.
- (1096) Por lo que se refiere a este último dato sobre la facturación total de las sociedades incoadas, esta Sala considera que la citada información, además de tener carácter público, dado que es información que consta o constará en los registros públicos correspondientes, es una información necesaria para el cálculo de la sanción y refleja el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63 de la LDC, que condiciona el cálculo de la misma al porcentaje del volumen de negocios total de la empresa del año anterior, por lo que no procede declarar su confidencialidad. Tampoco se consideran confidenciales los datos de volumen de negocios del mercado cuando se refieran a la duración total de la infracción pues, dado su carácter agregado, no permiten determinar las cifras concretas por años que sí se estiman confidenciales.

⁹⁴³ Véase, por ejemplo la Sentencia del TG de 28 de enero de 2015, en el asunto T-341/12 Evonik c. Comisión (ECLI:EU:T:2015:51) y la jurisprudencia citada en su apartado 84. Véase asimismo a este respecto la [Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la ley 15/2007 publicada por la CNMC el 4 de junio de 2020](#).

5.6. Determinación de la Sanción

5.6.1. Criterios de imposición de la multa

- (1097) Se ha acreditado la existencia de una infracción grave de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, consistente en la adopción de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total mundial de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, esto es, 2022 (art. 63.1.c de la LDC).
- (1098) De acuerdo con la información recabada, la facturación de las empresas infractoras en el año 2022 es la siguiente:

Tabla 41. Volumen de negocios total

Entidades infractoras	Volumen de negocios total en 2022 (€)
Apple Distribution International, Ltd.	90.686.299.724
Apple, Inc.	362.545.163.200
Amazon Services Europe S.À.R.L.	23.531.148.726
Amazon Europe Core S.À.R.L.	12.929.686.368
Amazon EU S.À.R.L.;	50.896.531.935
Amazon.com Services, Inc. ⁹⁴⁴	240.111.000.000

- (1099) En el ordenamiento jurídico español, la determinación de las sanciones debe efectuarse sobre la base de los criterios del artículo 64 de la LDC⁹⁴⁵. La aplicación debe realizarse de conformidad con la doctrina jurisprudencial fijada por nuestro Tribunal Supremo⁹⁴⁶.
- (1100) Cuando procede una aplicación conjunta de las normas nacionales y de la Unión Europea, las sanciones en materia de defensa de la competencia deben establecerse de forma que se garantice una aplicación eficaz y uniforme del Derecho europeo de la competencia⁹⁴⁷. Como se dispone en la Directiva ECN+, las autoridades nacionales de competencia *“deben tener la facultad de imponer*

⁹⁴⁴ Ahora Amazon.com Services LLC

⁹⁴⁵ De conformidad con el artículo 5 del Reglamento 1/2003, la imposición de las sanciones se realizará por las autoridades de competencia de los Estados miembros de acuerdo con *“su Derecho nacional”*.

⁹⁴⁶ Especialmente, la Sentencia del TS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112).

⁹⁴⁷ Véase la apreciación al respecto del Considerando Primero del Reglamento 1/2003.

*multas efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas y asociaciones de empresas*⁹⁴⁸.

- (1101) Las sanciones deben determinarse sobre la base de “la duración y la gravedad de la infracción”. Para evaluar la gravedad de la conducta se pueden tener en consideración *“la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las empresas involucradas, el alcance geográfico de la infracción, el hecho de que la infracción se haya aplicado, el valor de las ventas de bienes y servicios de la empresa a que se refiere directa o indirectamente la infracción y el tamaño y poder de mercado de la empresa implicada”*⁹⁴⁹.
- (1102) En este proceso de fijación de las sanciones, el Consejo de la CNMC *“cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa”*⁹⁵⁰.
- (1103) En este caso concreto, la Sala de competencia de la CNMC ha de comenzar por determinar cuál debe ser el tipo sancionador aplicable al volumen de negocios del ejercicio anterior dentro del intervalo que llega hasta un máximo del 5%.
- (1104) En primer lugar, en cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), la infracción se ha desarrollado en el mercado español de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España, con especial incidencia en la comercialización de productos de la marca APPLE en la tienda en línea operada en la página web de AMAZON.
- (1105) En cuanto a la dimensión del mercado afectado (art. 64.1.a), la facturación de las partes en el mercado afectado minorista en línea de productos electrónicos APPLE durante el período abarcado por la infracción es la siguiente:

⁹⁴⁸ Véase el considerando 40 de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 (DO L 11 de 14.1.2019, p. 3/33). Esta indicación también ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: por todas, vid. la sentencia de 24 de febrero de 2017, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112).

⁹⁴⁹ Véase el considerando 47 de la Directiva ECN+.

⁹⁵⁰ Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, Asunto C-194/14 P *AC-Treuhand AG* contra Comisión Europea, (ECLI:EU:C:2015:717), citada, entre otras muchas, por la Sentencia del TS de 7 de junio de 2021, recurso 5428/2020 (ECLI:ES:TS:2021:2439).

Tabla 42. Volumen de negocios en el mercado afectado

Entidades infractoras	Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA)
Apple Distribution International, Ltd.	894.137.254
Apple, Inc.	-
Amazon Services Europe S.À.R.L.	-
Amazon Europe Core S.À.R.L.	-
Amazon EU S.À.RL;	535.719.266
Amazon.com Services, Inc.	-

- (1106) La cuota de mercado de las empresas incoadas (art. 64.1.b) en el mercado de venta minorista de productos electrónicos en línea en España, teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, es de entre el **[35-40]**% y el **[35-40]**% para la tienda de AMAZON y de entre el **[5-10]**% y el **[5-10]**% para la tienda en línea de APPLE.
- (1107) En cuanto al mercado geográfico afectado por la infracción (art. 64.1.c), la conducta se ha desarrollado en el mercado español, con afectación al comercio intracomunitario.
- (1108) La duración de la conducta (art. 64.1.d) abarca desde el 31 de octubre de 2018, con la suscripción y entrada en vigor del GTA y el ARA 2018, hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción, que tuvo lugar el 24 de febrero de 2023.
- (1109) La conducta, como se ha analizado en el apartado 5.4.1.2.2.2 (párrafos (636) a (809)) ha desplegado efectos en el mercado afectado (art 64.1.e).
- (1110) No se ha apreciado la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes previstas en los artículos 64.2 y 64.3.
- (1111) Considerando todos estos factores, esta Sala debe determinar la sanción adecuada al caso.

5.6.2. Multa impuesta

- (1112) El conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, duración, ámbito geográfico de la conducta, participación de las infractoras en la conducta, efectos, ausencia de atenuantes y agravantes– permite a esta Sala concretar el tipo sancionador que corresponde aplicar las entidades infractoras y las sanciones que corresponden a estos tipos sancionadores:

Tabla 43. Tipo sancionador

Empresa	Tipo sancionador (%)
Apple Distribution International, Ltd.	4,1%
Apple, Inc.	2,1%
Amazon Services Europe S.À.R.L.	2,1%
Amazon Europe Core S.À.R.L.	2,1%
Amazon EU S.À.R.L.	3,3%
Amazon.com Services, Inc.	2,1%

- (1113) Estos tipos sancionadores son adecuados a la gravedad y características de la infracción. Sin embargo, la jurisprudencia exige comprobar que la sanción impuesta no resulte desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta de la empresa infractora y el resto de los factores que se verifiquen en cada caso concreto.
- (1114) Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad de la sanción es necesario utilizar como referencia un porcentaje de la facturación en el mercado afectado durante la infracción que refleje el potencial beneficio derivado de la conducta y aplicar a esa cifra un factor incremental que asegure la disuasión. Esta estimación se utiliza como valor de referencia, por encima del cual se considera que la multa podría resultar desproporcionada. En este caso, esta comprobación muestra que las multas que correspondería imponer a APPLE y AMAZON por la infracción, resultantes de aplicar el tipo sancionador sobre el volumen de negocios total de cada empresa infractora en 2022, corren el riesgo de ser desproporcionadas en relación con la efectiva dimensión de la infracción, por lo que procede ajustarlas para asegurar su proporcionalidad.
- (1115) En el caso de las empresas que no tienen facturación en el mercado afectado pero cuya participación en la infracción ha quedado acreditada, se fija una sanción a tanto alzado que refleje su contribución necesaria a la comisión de la infracción, las distintas características de dicha participación en las conductas, el carácter multiproducto y/o multiservicios de estas compañías, y la diferencia en el volumen de facturación total de cada una de ellas. En todo caso, las cuantías fijadas para estas empresas están muy alejadas de cifras que pudiesen resultar desproporcionadas en relación con la aplicación del tipo sancionador fijado sobre el volumen de negocios total de las infractoras, no superando ninguna de ellas el 0,01% de su volumen de negocios.

- (1116) Tras esta comprobación final de proporcionalidad, esta Sala concluye que las sanciones proporcionadas y disuasorias que corresponde imponer a las entidades infractoras son las siguientes:

Tabla 44. Multa final

Empresa	Multa
Apple Distribution International, Ltd.	128.640.000
Apple, Inc.	15.000.000
Amazon Services Europe S.À.R.L.	2.000.000
Amazon Europe Core S.À.R.L.	1.000.000
Amazon EU S.À.R.L.	37.510.000
Amazon.com Services, Inc.	10.000.000

5.6.3. Alegaciones a la sanción impuesta

- (1117) AMAZON alega que la Propuesta de Resolución no ha justificado debidamente las multas impuestas a sus empresas, limitándose a citar los criterios del artículo 64 de la LDC. Ello imposibilitaría, según AMAZON, su capacidad de discernir las razones de la DC para fijar las multas propuestas y defenderse adecuadamente. En la misma línea de argumentación, APPLE considera que las sanciones propuestas en la Propuesta de Resolución son completamente arbitrarias y carecen de toda motivación y que la DC no ha seguido las Indicaciones Provisionales de la CNMC (**Indicaciones Provisionales**)⁹⁵¹ para su determinación.
- (1118) Las alegaciones relativas a la supuesta falta de motivación y opacidad de la determinación de la sanción deben ser rechazadas. La Propuesta de Resolución dedica su apartado 7 a detallar la determinación de las sanciones que la DC propone imponer. En dicho apartado se explicita la valoración de cada uno de los criterios del artículo 64.1 de la LDC, especificando la gravedad y características de la infracción y la participación de cada empresa en ella. Cada

⁹⁵¹ Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponibles en el siguiente enlace: <https://www.cnmec.es/node/372212>

empresa, por tanto, puede conocer cuál es la valoración que la DC ha realizado de su conducta y qué elementos llevan a proponer una sanción determinada. En este sentido, interesa subrayar que la falta de detalle sobre la cuantificación de las valoraciones de los diferentes criterios utilizados no supone, en absoluto, falta de motivación, como ha indicado la jurisprudencia. Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015 (Caso AC-Treuhand/Comisión), que dice lo siguiente:

*“A la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa”.
Por todo lo anterior, esta Sala considera que no procede admitir las alegaciones sobre la falta de motivación de la propuesta de sanción. [...]*”

- (1119) Tampoco APPLE está en lo cierto cuando afirma que no se han seguido las Indicaciones Provisionales, puesto que la Propuesta de Resolución sigue esta guía al determinar unos tipos sancionadores a partir de los criterios del artículo 64.1 de la LDC –teniendo en cuenta tanto la gravedad y características generales de la conducta como el papel individualizado de cada empresa en ella– para a continuación realizar una comprobación de proporcionalidad que asegure que las multas resultantes de aplicar los tipos sancionadores fijados no sean excesivas.
- (1120) Tanto AMAZON como APPLE alegan que la conducta no podría en ningún caso considerarse como una infracción muy grave, sino que se trata de una infracción grave y por tanto puede imponerse una sanción de hasta el 5% del volumen de negocios total.
- (1121) Respecto a la alegación de que se trata de una infracción grave y no muy grave, no procede hacer ninguna valoración puesto que en ningún momento la Propuesta de Resolución afirma que se trate de una infracción muy grave ni ninguno de los tipos sancionadores supera el 5%.
- (1122) AMAZON está de acuerdo con el mercado afectado definido en la Propuesta de Resolución, pero cree que hay un error numérico puesto que el volumen de negocios en el mercado afectado (**VNMA**) de AEU durante la infracción habría sido de 363.224.740 euros, en lugar de los 375.580.522 euros utilizados. APPLE también considera que el VNMA utilizado en la Propuesta de Resolución no es correcto, puesto que la empresa no solo vendió productos Apple online, sino también productos fabricados por terceros (como dispositivos periféricos u otros accesorios). Aporta el porcentaje que representan los productos de terceros sobre el total de sus ventas online para cada año. A pesar de que estos

porcentajes son muy reducidos, oscilando entre el [0-5]% y el [0-5]% dependiendo del año, APPLE cree que al descontarlos del VNMA, la multa debería reducirse en un 20%. Sin embargo, APPLE cree que debería haberse utilizado para AMAZON el volumen de negocios en el mercado de la venta minorista de productos electrónicos –sin limitarlo a productos Apple– de forma que el volumen en el mercado de AMAZON sería mucho mayor y la posición relativa de APPLE en la conducta se vería minorada.

- (1123) En cuanto a las alegaciones de AMAZON sobre los datos de VNMA, no procede admitir la cifra que la empresa considera que debería ser la utilizada. Esa cifra se corresponde a los años 2019 a 2021, pero AMAZON obvia que se le requirieron los datos desde el año 2018, pero no los aportó. Por tanto, la DC realizó una estimación del VNMA correspondiente a 2018, que da como resultado la cifra total utilizada en la Propuesta de Resolución.
- (1124) En cuanto a las cifras que aporta APPLE sobre sus ventas de productos de terceros fabricantes, procede aceptar la alegación y modificar en consecuencia su cifra de VNMA durante la infracción. La cifra que se utiliza como VNMA para la determinación de la sanción en esta resolución se corresponde con la aportada por APPLE en su respuesta al último requerimiento de información, que excluye las ventas de productos de terceros fabricantes.
- (1125) No puede admitirse la alegación de APPLE sobre la procedencia de utilizar para AMAZON el volumen de negocios en el mercado afectado de toda la venta online de productos electrónicos. AMAZON vende todo tipo de productos electrónicos de un gran número de fabricantes, por lo que la utilización de su facturación en este segmento sobredimensionaría el peso de AMAZON en la conducta, conduciendo a una individualización de la sanción que en absoluto reflejaría la realidad de la infracción.
- (1126) AMAZON también alega que su conducta tiene un alcance muy limitado puesto que tendría que haberse incluido el mercado *offline* y la posición de AMAZON debería haberse analizado valorando la competencia intramarca, teniendo también en cuenta que antes del Acuerdo las ventas de Apple en Amazon.es representaban alrededor del 3% de las ventas de productos Apple en España.
- (1127) Sin embargo, con esta alegación, que defiende la necesidad de incluir el mercado *offline* en el mercado afectado, AMAZON incurre en una contradicción. En alegaciones anteriores la empresa se muestra de acuerdo con que el mercado afectado utilizado para la sanción sea el de la venta minorista en línea de productos Apple, mientras que en la alegación del párrafo anterior⁹⁵² pasa a

⁹⁵² Folio 11436.

argumentar que debería haberse incluido el mercado *offline*. AMAZON no puede pretender que el mercado afectado sea uno para la facturación en el mercado afectado y otro distinto para la determinación de su cuota de mercado o la relevancia de la conducta, según sus intereses en cada caso. Por tanto, no procede admitir este argumento.

- (1128) En cuanto a la duración de la conducta, tanto AMAZON como APPLE sostienen que el comienzo debería fijarse en el 4 de enero de 2019, fecha a partir de la cual los vendedores no admitidos tuvieron que dejar de vender en la Amazon Store. Asimismo, las imputadas defienden que el fin de la conducta debería fijarse en noviembre de 2021, cuando APPLE decidió permitir a todos sus Distribuidores Autorizados de la UE volver a vender en la Amazon Store.
- (1129) La DC ya rechazó esta alegación, explicando que los acuerdos se firmaron y entraron en vigor el 31 de octubre de 2018, fecha a partir de la cual ningún revendedor nuevo pudo ser admitido en la Amazon Store. Esta Sala está de acuerdo con la postura de la Propuesta de Resolución. Del mismo modo, se estima que la conducta no ha finalizado dado que las cláusulas controvertidas han permanecido vigentes, hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción del presente procedimiento. En particular, los NAR seguían sin poder vender productos APPLE a través de AMAZON como consecuencia de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* y se seguía limitando la posibilidad de que terceros vendedores que comercializan productos competidores de APPLE pujen por determinados espacios publicitarios de este mercado en línea como consecuencia de las Cláusulas de Publicidad.
- (1130) Además, considera AMAZON que la ausencia de efectos anticompetitivos debe ser tenida en cuenta y APPLE añade que en cualquier caso habrían sido muy limitados.
- (1131) Sin embargo, la conducta ha tenido efectos. A lo largo de la instrucción del expediente se ha podido demostrar que las cláusulas de Exclusión generaron, al menos los siguientes efectos anticompetitivos: i) una significativa reducción del número de revendedores de productos APPLE en el mercado en línea de AMAZON; ii) la pérdida de un importante canal de ventas para los NAR; iii) la concentración de las ventas de productos de la marca APPLE en la propia AMAZON dentro de su mercado en línea; iv) la reducción del número de revendedores procedentes de otros países de la UE en la Página Web de AMAZON en España; y iv) un incremento de los precios relativos pagados por los consumidores por productos APPLE en la Página Web de AMAZON en España.

- (1132) Por otra parte, AMAZON alega que la Propuesta de Resolución no tuvo en cuenta las circunstancias atenuantes existentes, que justificarían la no imposición de una multa o, como máximo, una multa de un importe muy limitado, y que según la empresa imputada corresponderían a: i) la novedad de la infracción y la falta de precedentes que permitan concluir que el acuerdo vertical pudiese considerarse anticompetitivo; ii) el objetivo legítimo del acuerdo vertical y los efectos procompetitivos resultantes; iii) **[CONFIDENCIAL]** y iv) las actuaciones llevadas a cabo para poner fin a las presuntas infracciones. Por su parte, APPLE coincide en que la DC erró al no apreciar la concurrencia de circunstancias atenuantes como: i) la realización de actuaciones para poner fin a la infracción; ii) la no aplicación efectiva de las conductas; iii) que la presunta infracción se habría cometido por negligencia; iv) la novedad de la infracción; y v) la preocupación por la marca y la reputación de APPLE. Además, APPLE alega, también, que no debe imponerse una sanción en este caso porque no ha existido una actuación negligente o deliberada, o al menos la misma no ha sido acreditada por la Propuesta de Resolución.
- (1133) En contra de lo alegado por las partes, esta Sala estima que no concurren en el presente caso circunstancias que deban ser tenidas en cuenta como atenuantes, de cara a la cuantificación de las sanciones, en el sentido del artículo 64.3 de la LDC.
- (1134) Ni la ley ni la jurisprudencia establecen que el pretendido carácter novedoso de la infracción deba tenerse en cuenta como atenuante y, en cualquier caso, ya se ha explicado que lo determinante no es la forma concreta que reviste un acuerdo anticompetitivo, sino el tipo de restricción que se deriva del mismo, habiéndose sancionado restricciones similares en el pasado (párrafos (474), (479), (504), (512), (522) a (524), (529) a (530), (815) o (895)). Tampoco los pretendidos objetivos legítimos de las conductas investigadas constituyen una atenuante prevista por la LDC ni por la práctica decisonal o jurisprudencial, menos aun teniendo en cuenta que, como también se ha explicado ampliamente, las restricciones acordadas iban más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos alegados y que las imputadas perseguían su propio beneficio con la inclusión o aceptación de tales cláusulas.
- (1135) En cuanto a los efectos procompetitivos alegados, ya se ha expuesto que estos derivan fundamentalmente, en su caso, del suministro directo del catálogo de productos APPLE a AMAZON y no de las cláusulas consideradas como anticompetitivas. Por lo que se refiere las **[CONFIDENCIAL]**, tampoco constituyen una circunstancia atenuante sin perjuicio de que ello se tenga en cuenta a la hora de valorar la concreta gravedad de las conductas que se le imputan. **[CONFIDENCIAL]** (párrafo (308)), ponen además de manifiesto que las

partes eran conscientes del carácter anticompetitivo de las mismas y que no actuaron por mera negligencia, sumado a que esta circunstancia tampoco constituye una atenuante a los efectos de la LDC. No cabe, por último, considerar que proceda aplicar la atenuante a la que se refiere el artículo 64.3 c) consistente en “*la realización de actuaciones que ponen fin a la infracción*”, teniendo en cuenta que APPLE y AMAZON todavía no habían puesto fin a la infracción sancionada en el momento de cerrarse la fase de instrucción del presente procedimiento.

- (1136) APPLE considera también que esta Sala no puede imponer la multa más alta a una empresa bajo Derecho de la Competencia en la historia de España, cuando ha impuesto sanciones más bajas a sociedades que cometieron infracciones más graves (como cárteles de fijación de precios o de reparto de licitaciones públicas), durante períodos de tiempos significativamente más largos y afectando a volúmenes de negocio mucho mayores. Pone como ejemplos las sanciones en los expedientes de Obra Civil 2 y AIO.
- (1137) A lo anterior procede contestar, en primer lugar, que la comparación entre multas que lleva a cabo APPLE tomando como referencia los importes absolutos en euros de las respectivas sanciones resulta inadecuada. Las sanciones previstas en el artículo 63 de la LDC corresponden a porcentajes del volumen de negocios total de las empresas siendo éste el parámetro relevante a la hora de comparar las multas impuestas en distintos expedientes. AMAZON y APPLE tienen unos volúmenes de negocios totales muy superiores a los de las empresas implicadas en los expedientes que menciona APPLE en sus alegaciones, por lo que no puede extrañar que las sanciones que se les imponen sean más elevadas si se comparan importes absolutos en euros. Sin embargo, ello no significa que se trate de multas más estrictas.
- (1138) Adicionalmente, para ninguna de las empresas sancionadas se proponían sanciones en euros resultantes de aplicar los tipos sancionadores determinados por la DC a sus respectivos volúmenes de negocios, puesto que en todos los casos se realizó un ajuste de proporcionalidad debido a que la efectiva dimensión de la conducta –venta minorista online de productos Apple en España– representaba un segmento limitado de la actividad total de las dos empresas. Las sanciones propuestas tras el ajuste de proporcionalidad, consideradas por la DC suficientemente disuasorias y proporcionadas, no alcanzan para ninguna de las empresas el 1% de su volumen de negocios total en 2021 en el caso de la propuesta de sanción ni de 2022 en lo que respuesta a la multa que finalmente se impone. Por tanto, independientemente de la cuantía de las multas en euros, no es posible considerar estas sanciones como las más rigurosas de la historia de la competencia en España.

- (1139) Además, APPLE sostiene que la DC no valoró correctamente las características, dimensión y cuotas de mercado. En cuanto a las características del mercado, alega (i) que debió tenerse en cuenta que los productos Apple son premium y no de primera necesidad, (ii) que existen decenas de competidores de APPLE en la venta de productos electrónicos, (iii) que el volumen de ventas online de productos Apple es muy limitado en la economía española, (iv) que el mercado está completamente liberalizado y (v) que la infracción no habría afectado a ninguna licitación pública. Respecto a las cuotas de mercado, alega que son muy limitadas en el caso de APPLE, por lo que los consumidores habrían tenido muchas posibilidades para evitar la infracción, mediante la compra de productos de otros fabricantes o a APPLE, pero a través de tiendas online distintas a la Amazon Store o en tiendas físicas.
- (1140) Las cuestiones que APPLE plantea han sido debidamente valoradas por la DC al aplicar los criterios del artículo 64.1 de la LDC. El hecho de que los productos sean de primera necesidad podría acarrear un tipo sancionador mayor, pero en ningún caso el hecho de no serlo debe actuar como una suerte de circunstancia atenuante. Lo mismo ocurre con la afectación de licitaciones públicas o mercados regulados. Respecto a las cuotas de mercado y el volumen de negocios de las empresas, estos aparecen específicamente reflejados y valorados en la PR, por lo que las referidas alegaciones no pueden ser aceptadas.
- (1141) Por último, APPLE alega que la DC valoró la proporcionalidad de la multa de forma errónea. Interpreta que se estimó un límite de proporcionalidad que habría consistido en aplicar un límite del 20% a ADI y del 10% a AEU sobre su volumen de negocios en el mercado afectado. Considera que, si la DC ha estimado estos importes sobre la base de los márgenes brutos de estas empresas, éstos nunca podrían ser considerados como beneficio ilícito. Del mismo modo, AMAZON alega que debería valorarse según la empresa la ausencia de beneficios ilícitos, puesto que la PR indica que las multas propuestas se han ajustado teniendo en cuenta una estimación del beneficio ilícito, pero, dada la naturaleza de la conducta, considera AMAZON que no se puede afirmar que se obtuviese dicho beneficio ilícito. Por ello, pide que no se imponga ninguna multa o, subsidiariamente, que se module a la baja la multa propuesta.
- (1142) En primer lugar, la estimación del límite de proporcionalidad no consiste en la simple aplicación de un determinado porcentaje al volumen de negocios en el mercado afectado de cada empresa. De acuerdo con la práctica habitual de la CNMC, el límite de proporcionalidad es el resultado de estimar el beneficio potencialmente obtenido por la empresa y multiplicarlo por un factor de disuasión. El objetivo es estimar un valor de referencia que permita asegurar la

proporcionalidad y el carácter disuasorio de la sanción en relación con la facturación en el mercado afectado por la infracción. En este caso, no cabe duda de que se ha logrado este objetivo, puesto que este ajuste da como resultado una sanción en euros que representa menos de un 1% del VNT de la empresa.

- (1143) Continuando con su argumento de la errónea valoración de la proporcionalidad, APPLE critica que la DC no haya tenido en cuenta que la mayor parte del volumen de negocios de ADI en 2021 se realizó fuera de España, por lo que si el tipo sancionador se hubiese aplicado sobre la facturación obtenida en España el importe de la multa sería significativamente menor.
- (1144) Tanto la LDC como la jurisprudencia son claras al afirmar que el volumen de negocios sobre el que se ha de aplicar el tipo sancionador es el volumen de negocios total mundial en el año anterior al de la imposición de la multa. Es decir, el volumen total sin distinguir entre áreas geográficas o segmentos de actividad. Por tanto, a efectos del artículo 63 de la LDC el volumen de negocios en España de Apple es irrelevante.
- (1145) No obstante, como ya se ha explicado, el ajuste de proporcionalidad parte del volumen de negocios en el mercado afectado, que en este caso se circunscribe a las ventas minoristas online de productos Apple en España. Por tanto, sí se tiene en cuenta a efectos de la proporcionalidad de las sanciones que la conducta se limita a España y a un determinado mercado.
- (1146) Por último, en el Informe de Compass sobre el interés de Amazon en el Acuerdo Vertical, la empresa insiste en que no obtuvo ningún beneficio ilícito derivado de la implementación de las cláusulas anticompetitivas investigadas por la CNMC. A este respecto interesa subrayar que ni la DC ni esta Sala han pretendido cuantificar el posible beneficio obtenido por las empresas. La mención contenida en la propuesta de multa de la Propuesta de Resolución se refiere a una estimación que se realiza únicamente en el marco de la determinación de la sanción para asegurar su proporcionalidad –sólo para ajustar la multa a la baja y nunca para incrementarla–.

5.7. Prohibición de contratar

- (1147) La Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que modifica el artículo 60 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 22 de octubre de 2015⁹⁵³ establece una específica prohibición de

⁹⁵³ Disposición final decimoctava de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

contratar para los sancionados por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia, en los siguientes términos:

“No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional, de falseamiento de la competencia [...]”.

(1148) Esta previsión se recoge, con idéntica redacción, en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público:

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia [...] de falseamiento de la competencia”.

(1149) Así pues, **quedan sujetas a una prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia.**

(1150) Al respecto, APPLE niega que **la CNMC ostente competencia para imponer una prohibición de contratar**, mientras que AMAZON restringe esa supuesta falta de competencia a la capacidad **para determinar su alcance y duración.**

(1151) Sin embargo, una simple lectura del artículo 72 de la LCSP arroja la conclusión de que, desde una perspectiva procedimental, la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia puede apreciarse por dos vías: i) directamente por los órganos de contratación, cuando la resolución administrativa sancionadora se pronuncie expresamente sobre su alcance y duración; o ii) en el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contenga pronunciamiento expreso sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar, éstos términos se fijarán mediante un procedimiento instruido al efecto, cuya competencia corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

(1152) Sobre este punto, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núms. 3273/2022 y 3289/2022, ambas de 28 de septiembre de 2022, han concluido que la autoridad de competencia es competente para definir respecto a cada infracción, el conjunto de consecuencias jurídicas que sirvan a los principios de eficacia, disuasión y proporcionalidad exigidos por la normativa europea e interna, entre ellas la prohibición de contratar, potestad que lleva implícita la de pronunciarse sobre su alcance y duración. Lo anterior sin perjuicio

de que el pronunciamiento relativo a la concreta duración y alcance de la prohibición pueda dejarse a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

- (1153) AMAZON también alega que no es aplicable la prohibición de contratar dado que **la conducta investigada no guarda relación con la contratación pública**. Sin embargo, esta Sala ya ha señalado en varias ocasiones que la LCSP no se refiere en ningún momento a que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia deba quedar restringida a que la conducta anticompetitiva tenga que estar relacionada con la contratación pública⁹⁵⁴. Sencillamente, no hay sustento legal para defender este posicionamiento.
- (1154) Por su parte, APPLE señala que la imposición de una **prohibición de contratar no opera ipso iure** y que en el presente caso **sería desproporcionado** imponerla teniendo en cuenta la cuantía de las multas. Al respecto, esta Sala ha señalado en numerosas resoluciones que, desde el momento de entrada en vigor de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, ésta es una consecuencia jurídica que deriva directamente de la Ley en el caso de sujetos sancionados por infracciones de la normativa de competencia⁹⁵⁵. También las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1115/2021, de 14 de septiembre (RC 6372/2020) y núm. 1419/2021, de 1 de diciembre (RC 7659/2020), recordando la alternativa procedimental para la concreción de la misma, nos indican que: *“la prohibición de contratar acordada por la CNMC al amparo del art. 71.1. b) de la LCSP es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias”*. Esto no significa que la CNMC deba imponer la prohibición de contratar de una forma indiscriminada, sino que debe garantizarse el necesario equilibrio entre los principios de disuasión, eficacia y proporcionalidad, atendiendo también al adecuado examen del impacto de las medidas adoptadas en los mercados afectados por las conductas.

⁹⁵⁴ Expediente S/0028/20 *Leadiant*, Resolución de 10 de noviembre de 2022; expediente S/DC/0612/17 *Montaje y Mantenimiento Industrial*, Resolución de la CNMC de 1 de octubre de 2019; y expediente S/DC/260/17. Combustibles Sólidos. Resolución de la CNMC de 12 de enero de 2021.

⁹⁵⁵ Véase por todas Resolución del expediente S/DC/0598/16, Resolución de 14 de marzo de 2019, *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*. Asimismo, en la citada resolución se indicó: *“si bien la naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar ha sido discutida y ha dado lugar a una línea jurisprudencial no siempre pacífica, cabe admitir que éstas, no siendo sanciones en sentido estricto, tienen el carácter de actos restrictivos de derechos, lo que obliga a tener en cuenta determinados aspectos o principios propios del régimen sancionador, que se han respetado en este procedimiento. Frente al aspecto limitativo o restrictivo de derechos del potencial contratista, se advierte también la exigencia legal de una singular condición u honorabilidad para contratar con el sector público, lo que debe permitir a las entidades que lo integran excluir de sus relaciones contractuales a aquellos sujetos que no cumplan con dicho nivel de exigencia”*.

- (1155) Por último, AMAZON también alega que, **desde una perspectiva subjetiva, la prohibición de contratar debe limitarse a AEU**, al ser la única firmante del GTA en nombre de la UE, como única sociedad a la que podría considerarse responsable de la supuesta conducta. Sin embargo, como se expone en el apartado 5.4.4.1.2.1 (párrafos (1023) a (1064)) de la presente resolución, tanto ASI como AEC y ASE son consideradas igualmente responsables de la infracción, ya sea como firmantes del GTA y el ARA 2018 (es el caso de ASI y AEU) o como las empresas encargadas de implementar dichos acuerdos (el caso de AEC y ASE)
- (1156) Atendiendo a todo lo anterior y dado que mediante la presente resolución se sanciona a ADI, AINC, ASE, AEC, AEU y ASI por una infracción grave en materia de falseamiento de la competencia, esta Sala considera que procede declarar la prohibición de contratar por aplicación del artículo 71.1.b) de la LCSP, sin perjuicio de la posible exención de su aplicación prevista en el artículo 72.5 de la esta misma ley. No obstante, dado que la presente resolución no fija la duración y alcance de la prohibición de contratar, tales extremos deberán determinarse mediante procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 de la LCSP. A tal efecto, se acuerda remitir una certificación de esta resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

6. RESUELVE

Primero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia una infracción grave de los artículos 1 LDC y 101.1 TFUE, consistente en la adopción e implementación de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing, desde octubre de 2018 hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción del presente procedimiento.

Segundo. De conformidad con el fundamento de derecho 5.4.4, declarar responsables de dichas infracciones a las siguientes entidades:

Sociedades del Grupo AMAZON:

- Amazon Services Europe S.À.R.L.:
- Amazon Europe Core S.À.R.L.:
- Amazon EU S.À.R.L.:
- Amazon.com Services, Inc. (ahora Amazon.com Services LLC):

Sociedades del Grupo APPLE:

- Apple Distribution International Ltd.

- Apple, Inc. que en su condición de matriz de Apple Distribution International Ltd. se declara también responsable solidaria del pago de la multa impuesta a esta última.

Tercero. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones, procede imponer las siguientes sanciones:

Sociedades del Grupo AMAZON:

- Amazon Services Europe S.À.R.L.: **2.000.000€**
- Amazon Europe Core S.À.R.L.: **1.000.000€**
- Amazon EU S.À.R.L.: **37.510.000€**
- Amazon.com Services, Inc. (ahora Amazon.com Services LLC): **10.000.000€**

Sociedades del Grupo APPLE:

- Apple Distribution International Ltd.: **128.640.000€**
- Apple, Inc.: **15.000.000€**

Cuarto. Archivar las actuaciones contra Amazon Online Spain, S.L., Apple Retail Spain, S.L. y Apple Marketing Iberia, S.A.

Quinto. Intimar, por un lado, a Amazon Services Europe S.À.R.L.; Amazon Europe Core S.À.R.L.; Amazon EU S.À.R.L.; y Amazon.com Services, Inc. (ahora Amazon.com Services LLC), y, por otro lado, a Apple Distribution International Ltd.; y Apple, Inc., a que tomen las medidas necesarias para la cesación de las conductas señaladas en el punto Primero y se abstengan de realizar conductas semejantes en el futuro.

Sexto. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta resolución.

Séptimo. Remitir esta resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de acuerdo con lo previsto en el fundamento de derecho 5.7.

Octavo. Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el fundamento de derecho 5.5.4.

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 la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

La Presidenta
Cani Fernández Vicién

La Secretaria del Consejo
María Ángeles Rodríguez Paraja
(p.s. art. 93 del Estatuto Orgánico de la CNMC)