

RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA CNMC DE 12 DE JULIO DE 2023 EN EL EXPEDIENTE S/0013/21 AMAZON/APPLE BRANDGATING¹

El 31 de octubre de 2018 Amazon y Apple firmaron dos contratos mediante los que se actualizaban las condiciones de Amazon como distribuidor autorizado de Apple. En ellos se incluyeron varias cláusulas restrictivas de la competencia que afectaban a la venta minorista por Internet (online) de productos electrónicos en España.

Cláusulas de exclusión o “brand gating”

*Ambas empresas acordaron que **únicamente una serie de distribuidores designados por la propia Apple podían vender los productos de la marca Apple a través de la web de Amazon en España.***

Como resultado de la aplicación de estas cláusulas:

Más del 90% de los revendedores que venían usando la web de Amazon en España para la venta minorista de productos Apple quedaron excluidos del principal mercado en línea en España;

Los vendedores no autorizados por Apple para vender sus productos en la web de Amazon en España perdieron un importante canal de ventas, en la medida en que dicha web vehicula la mayor parte de las compras en línea de productos electrónicos en España;

Las ventas de productos de la marca Apple en dicho mercado en línea se concentraron en la propia Amazon, reduciéndose drásticamente la competencia entre revendedores de productos de esta marca;

*Se redujeron las ventas de productos Apple a través de la web de Amazon en España por parte de vendedores afincados en otros países de la UE, **limitándose por tanto el comercio entre Estados miembros;** y*

*Se apreció un **incremento de los precios relativos pagados por los consumidores por la compra de productos Apple en dicho mercado en línea en España.***

Los revendedores más afectados por esta cláusula fueron los distribuidores no autorizados de Apple (denominados en inglés Non-Authorised Resellers), operadores

¹ Este documento tiene carácter meramente informativo y su contenido carece de valor jurídico. La versión pública de la resolución sancionadora se encuentra en el siguiente [enlace](#).

generalmente de pequeño tamaño que no tienen una relación comercial directa con APPLE pero que venden sus productos y que eran los más activos en la web de Amazon en España y, por tanto, los que ejercían más presión competitiva en precios en dicha web.

Cláusulas de publicidad y cláusulas de limitaciones al marketing

Mediante las primeras, Amazon y Apple limitaron la posibilidad de que marcas competidoras de Apple pudieran adquirir espacios publicitarios en la web de Amazon en España para anunciar sus productos cuando se realizan ciertas búsquedas de productos Apple, así como durante el proceso de compra de dichos productos.

Las cláusulas de limitaciones al marketing establecen que Amazon no podrá llevar a cabo, sin el consentimiento de Apple, campañas de marketing y publicidad que estén dirigidas específicamente a clientes que hayan comprado productos Apple en la web de Amazon en España y fomenten que estos consumidores cambien de un producto Apple a uno de la competencia.

Como consecuencia de las cláusulas anteriores, Apple ve reducida la presión competitiva generada por los anuncios de la competencia en la web de Amazon en España, y por las campañas de marketing que ésta pueda realizar y que el resto de las marcas sí deben soportar. Asimismo, estas limitaciones perjudican directamente a los consumidores ya que (i) limitan su capacidad de descubrir nuevas marcas y/o productos alternativos a los de Apple; (ii) incrementan sus costes de búsqueda y (iii) reducen su capacidad de cambio (switching).

Infracción imputada a Apple y Amazon y sanciones

La CNMC considera que dichas cláusulas, que contribuyen conjuntamente a cambiar la dinámica de venta de productos Apple en la web de Amazon en España, restringen la competencia intramarca e intermarca y constituyen una infracción única y continuada de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que se inició con la adopción de las mismas en octubre de 2018.

La CNMC ordena la cesación de la conducta y multa a las sociedades imputadas del Grupo Apple con 143.640.000 euros y a las sociedades imputadas del Grupo Amazon con 50.510.000 euros.

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES	4
2. Las partes	4
2.1. AMAZON	4
2.2. APPLE	5
3. Mercados	6
3.1. Mercados analizados en la resolución	6
3.2. Cuotas de mercado	8
3.3. Referencia al segmento de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España	10
4. Hechos	11
4.1. Introducción	11
4.2. Cláusulas controvertidas	13
4.2.1. Cláusulas de Exclusión o <i>Brand Gating</i>	13
4.2.2. Cláusulas de Publicidad	14
4.2.3. Cláusulas de Limitaciones al Marketing	14
5. Valoración jurídica	14
5.1. Cláusulas de Exclusión o <i>Brand Gating</i>	17
5.1.1. Restricción por objeto	17
5.1.2. Efectos en el mercado	23
5.2. Cláusulas de Publicidad	24
5.3. Cláusulas de Limitaciones al Marketing	25
5.4. Conclusión de la valoración jurídica	26
6. otras consideraciones	27
6.1. Afectación al territorio nacional y al comercio entre Estados miembros	27
6.2. Pretendidas eficiencias y objetivos legítimos que justificarían las restricciones	27
6.3. Infracción única y continuada y duración	30
6.4. Culpabilidad y responsabilidad individualizada	31
6.5. Multas impuestas	32
6.6. Aplicación de la prohibición de contratar	33

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 al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**) consistentes en 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 30 de junio de 2021, tras unas **diligencias previas** iniciadas el 12 de febrero de 2021, se acordó la **incoación formal** del expediente sancionador.
- (3) El 2 de agosto de 2022, se notificó a las partes el **Pliego de Concreción de Hechos (PCH)**.
- (4) El 24 de febrero de 2023, la DC acordó el cierre de la fase de instrucción, notificándose ese mismo día a las partes **la Propuesta de Resolución** que fue elevada a la Sala de Competencia de la CNMC el 5 de abril de 2023.
- (5) El 12 de julio de 2023, tras valorar la Propuesta de Resolución junto con las alegaciones de las sociedades imputadas formuladas contra la misma, la Sala de Competencia adoptó la **Resolución** objeto del presente resumen.

2. LAS PARTES

2.1. AMAZON

- (6) AMAZON es un grupo de sociedades que vende, a través de páginas web específicas de distintos países (que funcionan como mercados en línea, mercados de comercio electrónico o *marketplaces*), 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.
- (7) Los roles actuales que desarrolla AMAZON 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, y más alejado de los otros dos, de fabricante y

vendedor de productos de marca propia (entre los que se encuentran productos de consumo electrónico²).

- (8) Las sociedades del grupo AMAZON sancionadas son:
- 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.es
 - AMAZON EUROPE CORE S.À.R.L. (**AEC**), que es la entidad responsable de operar los sitios web de las Amazon Store en la UE;
 - 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 vendedores; y
 - AMAZON.COM SERVICES, Inc. (**ASI**) (ahora AMAZON.COM SERVICES LLC).

Se hará referencia a ASE, AEC, AEU y ASI conjuntamente como **AMAZON**.

2.2. APPLE

- (9) APPLE³ 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 adaptadores.
- (10) Aparte, APPLE es fabricante con un rol dual, en la medida en que fabrica y, además, 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).
- (11) De acuerdo con APPLE, la organización de su sistema de distribución, a excepción de algunos productos que no son objeto de las restricciones analizadas, 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), que operan a nivel mayorista.

² Dentro de esta categoría, AMAZON fabrica y comercializa, por ejemplo, productos de las siguientes clases: (a) dispositivos de Fire TV para transmitir contenido a televisores; (b) tablets Fire; (c) auriculares de diadema y auriculares in-ear y (d) accesorios.

³ Las empresas a las que se propone sancionar son 2: Apple Inc. y Apple Distribution International Ltd; que son referidas conjuntamente como **APPLE**.

- Revendedores Autorizados de APPLE (que operan a nivel minorista, los “**AAR**”, *Apple Authorised Resellers*).
 - Revendedores Premium de APPLE (que operan a nivel minorista y ofrecen una experiencia premium al cliente, los “**APR**”, *Apple Premium Resellers*).
 - Revendedores Minoristas (que operan a nivel minorista, pero que son comerciantes de gran tamaño, grandes minoristas *online*, etc., y que serán denominados “**Minoristas**”).
 - Revendedores No Autorizados (que operan en todos los niveles sin tener una relación contractual directa con APPLE, los “**NAR**”, *Non-Authorised Resellers*).
- (12) Los NAR eran, antes de su expulsión del mercado en línea de AMAZON como consecuencia la conducta analizada, los principales revendedores de productos APPLE en las Páginas Web de AMAZON y, también, los que solían vender a menor precio.

3. MERCADOS

3.1. Mercados analizados en la resolución

- (13) Con carácter preliminar procede destacar que todas las conductas analizadas se han calificado como restricciones de la competencia por objeto, por lo que no es necesario cerrar de forma precisa la definición de mercado⁴.
- (14) No obstante, al tratarse de un acuerdo vertical, se ha cerrado la definición del mercado en el que opera AMAZON porque ello es necesario para determinar la aplicabilidad o no del reglamento de exención por categorías aplicable a los acuerdos verticales⁵. En el caso de APPLE, se ha considerado el mercado amplio (i.e. el de fabricación y venta de productos electrónicos) y se han incluido datos de los mercados estrechos en los que opera (i.e. segmentado por categoría de producto), aunque no ha hecho falta cerrar ninguna definición de los mercados en los que opera porque, con independencia de si se define de forma amplia o

⁴ Véase, por ejemplo, el párrafo 176 de la Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2016, caso T-208/13 - Portugal Telecom/Comisión, ECLI:EU:C:2017:941.

⁵ Como se explicará más adelante, en realidad, se considera que el Reglamento de exención por categorías no resulta de aplicación en el presente caso e, incluso si resultara de aplicación (*quod non*), no se cumplirían las condiciones para que la exención prevista en el mismo resultara de aplicación. Una de las razones que se esgrimen para descartar la aplicación de la exención es que se supera el umbral de cuota establecido en el reglamento, lo que haría necesario definir los mercados en los que operan las partes.

estrecha el mercado relevante para el análisis, la empresa superaría el umbral de cuota de mercado establecido en el mencionado reglamento⁶.

- (15) **AMAZON** es principalmente un mercado en línea, es decir, una plataforma de dos caras que sirve de intermediaria 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.
- (16) Se considera 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.
- (17) Dado que las conductas investigadas afectan directamente solo a la cara de los vendedores, no se tendrá en cuenta la otra cara del mercado.
- (18) Dadas las singulares características de los servicios ofrecidos por los mercados en línea a los terceros revendedores y por el análisis de la sustituibilidad de la oferta y la demanda realizado entre las alternativas disponibles para que los terceros revendedores alcancen a los consumidores, se concluye que la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores constituye un mercado de producto diferenciado.
- (19) Por último, 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.
- (20) **APPLE** es un fabricante y distribuidor de productos electrónicos.

⁶ Concretamente, en el mercado de la fabricación y venta de productos electrónicos, que es el relevante para determinar la aplicación del reglamento de exención por categorías, APPLE supera la cuota del 30% en el EEE tanto en el mercado amplio (que englobaría todos los productos electrónicos) como también en múltiples mercados estrechos (por categorías de producto) como, entre otros, para los productos más demandados de APPLE, esto es, en teléfonos inteligentes, tabletas y relojes inteligentes.

- (21) Tal y como se ha señalado en varios precedentes nacionales⁷, en el mercado de distribución de productos electrónicos⁸ 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 finales.
- (22) Por esta razón, aunque sin llegar a cerrar la definición de mercado, se han considerado los siguientes mercados:

Mercado de producto	Mercado geográfico
Fabricación y venta de productos electrónicos ⁹	EEE
Distribución mayorista de productos electrónicos	EEE ó Nacional
Distribución minorista de productos electrónicos	Nacional, regional o local

3.2. Cuotas de mercado

- (23) AMAZON¹⁰ indicó que no disponía de datos al respecto, por lo que DC procedió a realizar un requerimiento de información a los principales mercados en línea en España para obtener estos datos¹¹.

⁷ Ver C/1120/20 ESPRINET/GTI; C/0762/16 ESPRINET/VINZEO.

⁸ 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).

⁹ Se ha considerado el mercado amplio (sin subsegmentar por tipo de producto), pero también se han incluido datos en las cuotas de los mercados estrechos (subsegmentado por tipo de producto).

¹⁰ Ver respuesta a la pregunta 1 del RI II AMAZON (folios 4671 a 4676).

¹¹ 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

- (24) De acuerdo con lo anterior, se considera que las cuotas de AMAZON son las siguientes:

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%]

- (25) Por otro lado, 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 siguientes¹²:

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).

¹² Este es el mercado que se ha considerado, optando por el enfoque más conservador que es incluyendo todos los productos electrónicos. En cualquier caso, como se ha explicado, también se han incluido datos de los mercados más estrechos, segmentando por tipo de producto, donde APPLE también tendría una cuota superior al 30% en las principales categorías: móviles inteligentes, tabletas y relojes inteligentes.

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%

3.3. Referencia al segmento de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España

- (26) 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*)¹³.
- (27) En este caso las prácticas investigadas afectan a la comercialización de productos electrónicos (i.e. los productos de la marca APPLE¹⁴) en la Página Web de AMAZON en España (i.e. canal en línea¹⁵), por lo que se considera que el mercado afectado es el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España.
- (28) En relación con este mercado: (i) el mercado electrónico no ha parado de crecer en España¹⁶; (ii) dentro del mismo, el principal mercado en línea en España es

¹³ Resolución de la CNMC en el asunto C/1166/21 - MEDIA MARKET SATURN/ACTIVOS WORTEN; decisión de la Comisión Europea en el asunto M.9894 – MOBILUX / CONFORAMA FRANCE, párrafo 13; decisiones de la autoridad de competencia del Reino Unido en los asuntos Ladbrokes/Coral, Amazon/The Book Depository, Yoox/Net-a-Porter; y Mapil Bidco/Chain Reaction Cycle; decisión de la autoridad de competencia belga ABC-2019-C/C-40 en el asunto Boulanger/HTM – Kréfel; o decisión de la autoridad checa de la competencia en el asunto Netretail Holding B.V./Rockaway Capital SE, caso S0223/2016/KS.

¹⁴ iPod, Mac, APPLE TV, iPhones, iPads; APPLE Watches; Auriculares APPLE (AirPods y Beats); y otros accesorios.

¹⁵ www.amazon.es.

¹⁶ De acuerdo con el informe elaborado por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital sobre el comercio electrónico en España en 2020 con datos relativos

AMAZON¹⁷; (iii) dentro del comercio electrónico en España, una de las categorías de productos más vendida es la de productos electrónicos; y (iv) AMAZON es el principal operador en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos en España en 2021 por ventas netas¹⁸.

- (29) A modo resumen, se incluyen a continuación las estimaciones de cuotas de AMAZON en España:

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]%

4. HECHOS

4.1. Introducción

- (30) 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**").

a 2019, "El comercio electrónico B2C en España en 2019", que puede ser consultado aquí: <https://www.onsi.es/es/node/15088>; 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).

¹⁷ Por tráfico web (cuota del [50-60]% en 2020, siendo el segundo operador AliExpress con una cuota del 14%); por ingresos por ventas en línea (cuota del [10-20]%, muy alejado del segundo operador, AliExpress, que tuvo una cuota del 4,3%); y por número de compradores (casi el [90-95]% de los compradores en línea usaron AMAZON, frente al [55-60]% que empleó AliExpress).

¹⁸ AMAZON tiene 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%.

- (31) 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; y ii) dicha selección no le era suministrada directamente por APPLE.
- (32) El 31 de octubre de 2018, AMAZON y APPLE suscribieron dos nuevos contratos:
- un Acuerdo Global de Principios (*Global Tenets Agreement* o "**GTA**")¹⁹ que suplementaba los diferentes Acuerdos de Reventa Autorizada aplicables en todas las áreas geográficas en las que APPLE y AMAZON tuvieran un Acuerdo de Reventa Autorizada;
 - un nuevo APPLE *Authorised Reseller Agreement* o Acuerdo de Reventa Autorizada de APPLE ("**ARA 2018**")²⁰.
- (33) De acuerdo con AMAZON, los contratos de 2018 solucionaban las limitaciones anteriores: i) AMAZON conseguía acceso a toda la selección de productos APPLE ; y ii) AMAZON podía suministrarse directamente de APPLE.
- (34) Los referidos acuerdos, además de regular las condiciones de AMAZON como distribuidor autorizado de APPLE, contienen una serie de cláusulas que afectan indirectamente a terceros operadores por cuanto limitan el número de revendedores de productos APPLE que pueden operar en el mercado en línea de AMAZON (**Cláusulas de Brand Gating** o **Cláusulas de Exclusión**) y los espacios publicitarios de la web de AMAZON en la que pueden anunciarse productos competidores de APPLE (**Cláusulas de Publicidad**). Los acuerdos incluyen asimismo un tercer conjunto de cláusulas que limitan la posibilidad de que AMAZON dirija campañas de marketing a clientes de productos de APPLE en su web en España para ofrecerles productos competidores de otras marcas, incluso una vez expirados los contratos en los que se insertan las mencionadas cláusulas (**Cláusulas de Limitaciones al Marketing**).

¹⁹ Firmado entre Apple Inc., Amazon.com Services, Inc. (ahora Amazon.com Services LLC), Apple Distribution International Ltd y Amazon EU SARL.

²⁰ Firmado entre Apple Distribution International Ltd y Amazon EU SARL.

4.2. Cláusulas controvertidas

4.2.1. Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*

- (35) En el GTA 2018 se 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).
- (36) Por su parte, el ARA contiene la lista de distribuidores identificados por APPLE autorizados para vender sus productos en las Páginas Web de AMAZON. Inicialmente dicha lista solo incluía a los APR.
- (37) El 16 de noviembre de 2021, una vez incoado el expediente y durante el curso de la investigación, APPLE presentó un escrito de alegaciones en el que comunicaba que había decidido unilateralmente ampliar la lista de revendedores y que, a partir de ese momento, se admitiría también al resto de distribuidores autorizados de APPLE ubicados en la Unión Europea para vender en www.amazon.es (i.e. el resto de los APR no incluidos en la lista inicial, los AAR y los Minoristas).
- (38) Puede resumirse como sigue qué revendedores de productos APPLE se encontraban autorizados a vender en la web de AMAZON España en los distintos periodos de aplicación de las Cláusulas de *Brand Gating*:

Vendedores autorizados para vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España		
Tipo de revendedor	Desde el 31 de octubre de 2018 hasta el 16 de noviembre de 2021	Desde el 16 de noviembre de 2021 hasta la actualidad
APR	SI	SI
AAR	NO	SI
Minoristas	NO	SI
NAR	NO	NO

4.2.2. Cláusulas de Publicidad

- (39) El GTA establece en una de sus cláusulas:
- 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);
 - 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; y
 - 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.
- (40) En otra de sus cláusulas, el GTA establece limitaciones similares respecto al lanzamiento de nuevos productos de APPLE.

4.2.3. Cláusulas de Limitaciones al Marketing

- (41) Se establece en otra cláusula del GTA que durante la vigencia del contrato así como durante los dos años posteriores a su expiración, AMAZON no podrá llevar a cabo, sin el previo consentimiento por escrito de APPLE, campañas de marketing y publicidad que:
- estén dirigidas específicamente a clientes que hayan comprado productos APPLE en AMAZON; y
 - 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.

5. VALORACIÓN JURÍDICA

- (42) Es pacífico que AMAZON y APPLE son empresas y el GTA y el ARA 2018 son un acuerdo en el sentido del Derecho de la competencia, por lo que procede analizar si las cláusulas en cuestión constituyen una restricción de la competencia.

- (43) En este caso, el GTA y el ARA 2018 presentan elementos verticales y horizontales:
- por un lado, ambas empresas compiten tanto a nivel fabricación como a nivel distribución de determinados productos (elemento horizontal)²¹;
 - 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).
- (44) Si prevaleciera el elemento vertical y se considerase que son acuerdos verticales, podría resultar de aplicación el Reglamento europeo de exención por categorías a determinados acuerdos verticales (**RECAV**)²² y habría que tener en cuenta que, en virtud del mismo, cualquier conducta estaría exenta siempre y cuando se cumplieran dos condiciones:
- 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);
 - que no existieran cláusulas “especialmente graves” o “excluidas” (arts. 2.1, 4 y 5).
- (45) Se considera que, en el presente caso, dado que (i) a efectos del acuerdo, AMAZON y APPLE operan en distintos planos de la cadena de producción y distribución; y (ii) 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, tanto el GTA como el ARA 2018, considerados en su conjunto, son acuerdos verticales.
- (46) A continuación, se explicará por qué, pese al carácter eminentemente vertical de los contratos en que se insertan, el RECAV no resulta aplicable a las cláusulas controvertidas y, por qué, aunque lo fuera (*quod non*), la exención prevista en el mismo tampoco sería de aplicación.

²¹ Ver párrafo 2 y nota al pie 2.

²² Reglamento 330/2010. El nuevo RECAV de 2022 (Reglamento (UE) 2022/720) derogó la anterior versión del RECAV (el mencionado Reglamento (UE) n.º. 330/2010), estableciendo un período transitorio de un año para que los acuerdos verticales vigentes a 31 de mayo de 2022 que cumplían con los requisitos del RECAV de 2010, pero que todavía no cumplían los criterios del RECAV de 2022, pudieran adaptarse al nuevo reglamento. En el momento de adopción de la resolución (12 de julio de 2023) se encontraba ya plenamente vigente el RECAV de 2022 al haber finalizado el referido período transitorio el 31 de mayo de 2023. En cualquier caso, las conclusiones alcanzadas por la CNMC son las mismas con independencia de si se considera aplicable el Reglamento (UE) 2022/720 o el Reglamento (UE) 330/2010.

- Aplicabilidad del RECAV

- (47) Aunque constituyan acuerdos verticales, no todas las disposiciones del GTA y ARA 2018 están relacionadas con las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios contractuales.
- (48) La previsión del RECAV 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 2010²³: “*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 individual²⁴.
- (49) En este caso, las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad, y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing, no están relacionadas con las condiciones de adquisición, venta y reventa de los bienes o servicios, por lo que se trata de cláusulas contenidas en un acuerdo vertical a las que no se les aplicaría el RECAV y que deben ser analizadas de manera individualizada para determinar si las mismas constituyen una infracción de los artículos 1 LDC y/o 101 TFUE.

- Exenciones del RECAV

- (50) No obstante, incluso si se aceptara a efectos dialécticos que el RECAV resultara de aplicación a las cláusulas analizadas (*quod non*), la exención prevista en su artículo 2.1 no resultaría aplicable al presente caso por las siguientes razones:

²³ Directrices relativas a las restricciones verticales (Texto pertinente a efectos del EEE) (2010/C 130/01).

²⁴ Esta misma idea se incluye mejor explicada en el párrafo 61 de las Directrices Verticales de 2022 (pero simplemente aclaran lo que ya estaba establecido en 2010, 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 [...]*”.

- AMAZON y APPLE son empresas competidoras (reales) en la fabricación y la distribución²⁵.
 - Las cuotas de mercado de AMAZON y APPLE son, en ambos casos, superiores al 30% del mercado de referencia (ver apartado de cuotas anterior).
 - No aplicación de la excepción de la distribución dual²⁶.
- (51) En conclusión, dado que, como se ha explicado, a las cláusulas controvertidas no se les aplicaría el RECAV (y, aunque a efectos dialécticos se aceptara que resulta de aplicación no estarían cubiertas por la exención prevista en el mismo), procede analizar de manera individual si las mencionadas cláusulas resultan restrictivas de la competencia²⁷.

5.1. Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*

5.1.1. Restricción por objeto

- (52) Atendiendo al análisis de su contenido, objetivos y contexto jurídico y económico, las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* constituyen una restricción por objeto.
- (53) El acuerdo desautorizó a cientos de revendedores (que pasaron de ser más de 1.000 a menos de 15, incluyendo a la propia AMAZON) para vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España, que es el canal que vehicula la mayor parte de las compras en línea de productos electrónicos en España. Por tanto, se restringe la competencia entre revendedores de productos APPLE (competencia intramarca) en dicho canal.

5.1.1.1. Contenido

- (54) Las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* resultan en:

²⁵ De acuerdo con el artículo 2.4 del Reglamento (UE) 330/2010, la exención prevista en sus artículos 2.1 “no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras”.

²⁶ El artículo 2.4.a) del reglamento, prevé 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).

²⁷ Se insiste, en cualquier caso, las conclusiones serían las mismas si se aplicarán las nuevas normas, esto es, el Reglamento (UE) 720/2022 y sus directrices.

a. una discriminación de acceso a la principal plataforma de comercio electrónico en España

- (55) 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*”.
- (56) 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 acceder a AMAZON y otros no).
 - Para prestaciones equivalentes: (i) hasta noviembre de 2021, muchos revendedores que eran oficiales²⁸, (igual que los que siguieron estado autorizados²⁹), junto con otros no oficiales, dejaron de estar autorizados para vender productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España; y (ii) desde noviembre de 2021, siguen sin estar autorizados los NAR, que son revendedores que sin tener relación contractual directa con APPLE venden productos originales y son los que más dinamizan la competencia en la Página Web de AMAZON.
- Conviene precisar a este respecto que es la propia APPLE la que ha optado por un sistema de distribución abierto, en el que los NAR operan de forma legítima como revendedores de APPLE, habiéndose hallado, además, evidencias de que esta última anima a sus mayoristas a surtir de sus productos a los NAR.
- Que habrían colocado a unos competidores (i.e. los revendedores no autorizados a utilizar la Página Web de AMAZON en España) en situación desventajosa frente a otros (i.e. los revendedores autorizados).
- (57) Además, tanto APPLE como AMAZON han discriminado a unos revendedores frente a otros restringiendo el acceso y, por tanto, el número de revendedores de productos APPLE que podían acceder a la Página Web de AMAZON en España)

²⁸ En concreto, los APR establecidos en otros Estados miembros distintos de los incluidos en la lista del ARA 2018, los AAR y los Minoristas.

²⁹ Los APR incluidos en la lista del ARA 2018.

sin basarse en unos motivos objetivos, transparentes, necesarios, proporcionados y justificados.

b. una limitación o control de la distribución de productos de APPLE en el mercado

- (58) El artículo 1.1.b) LDC establece que se prohíbe “*La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones*”; y, de modo similar, el 101.b) TFUE prohíbe “*limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones*”.
- (59) Las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* también suponen una limitación de la distribución, en la medida en la que limitan, por la simple existencia de un acuerdo entre AMAZON y APPLE que han decidido que esto sea así, el número de revendedores de productos de APPLE que pueden utilizar el mercado en línea de AMAZON en España.
- (60) A este respecto, APPLE considera que, al calificar la limitación derivada de las Cláusulas de *Brand Gating* como una restricción de la competencia por objeto, la CNMC habría ignorado los principios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 6 de diciembre de 2017, asunto C-230/16 Coty (**Sentencia COTY**)³⁰. Según APPLE la doctrina expresada por el TJUE en dicha sentencia es que las limitaciones al uso de los mercados en línea nunca podrían considerarse restricciones de la competencia por su objeto.
- (61) Sin embargo, lo que en realidad concluye el TJUE en dicha sentencia es 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 para la venta de los productos de lujo objeto del contrato de distribución si dicha prohibición se establece de modo uniforme y se aplica de forma no discriminatoria, y si es proporcionada al objetivo perseguido ³¹. Aclarado

³⁰ Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2017, asunto C-230/16, Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH, [ECLI:EU:C:2017:941](#), (**Sentencia COTY**).

³¹ Párrafo 58 de la Sentencia Coty: “*Habida cuenta de las consideraciones anteriores, es preciso responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una cláusula contractual, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe a los distribuidores autorizados de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo dirigido, con carácter principal, a preservar la imagen de lujo de dichos productos recurrir de manera evidente a plataformas de terceros para vender en Internet los productos objeto del contrato, si dicha cláusula pretende preservar*”

lo anterior, las conclusiones de la Sentencia COTY en cuanto a la posibilidad de limitar el uso de los mercados en línea no resultan aplicables las Cláusulas de *Brand Gating* atendiendo a una serie de diferencias fundamentales entre ambos asuntos, de las que conviene destacar las siguientes:

- Las Cláusulas de *Brand Gating* no se inscriben en un sistema de distribución selectiva. La propia APPLE ha optado por un sistema de distribución abierto en el que operan, con su beneplácito, distintos tipos de distribuidores incluyendo “revendedores no autorizados” (los NAR). De hecho, y como se indicaba previamente, la propia APPLE anima a sus mayoristas a suministrar productos APPLE a dichos revendedores no autorizados, de lo que se infiere que se beneficia de su actividad. Por tanto, a diferencia de COTY, APPLE no persigue que sus productos se asocien exclusivamente a unos determinados distribuidores autorizados que cumplen ciertos requisitos objetivos, a fin de proteger su imagen de marca (lo que justifica, de hecho, que la limitación a la distribución que implica todo sistema de distribución selectiva resulte compatible con el artículo 101 del TFUE).
- Las Cláusulas de *Brand Gating* no se incluyen en los contratos de distribución entre APPLE y sus revendedores, sino que se insertan en la relación contractual con un tercero: AMAZON como gestor de su mercado en línea. Una cosa es que el proveedor limite la capacidad de actuación de sus distribuidores en el marco de la relación de distribución que mantiene con ellos y otra muy distinta es que las limitaciones a los revendedores se impongan a partir del acuerdo con un tercero.
- Dado que, a diferencia de lo que sucedía en COTY, APPLE tiene una relación contractual directa con AMAZON, pudiendo, por tanto, exigir al propio gestor del mercado en línea que garantice determinados requisitos de calidad y presentación para sus productos, sin necesidad de imponer la exclusión de la mayoría de los revendedores de productos APPLE de AMAZON³².
- A diferencia de COTY, APPLE no tiene inconveniente en que sus productos se vendan en un mercado en línea generalista como AMAZON en el que se

la imagen de lujo de esos productos, si se establece de modo uniforme y se aplica de forma no discriminatoria, y si es proporcionada al objetivo perseguido, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”. (Énfasis y subrayado añadidos).

³² Para llegar a la conclusión de que las limitaciones al mercado en línea podían justificarse en el caso de autos del que trae causa la Sentencia COTY El TJUE precisa en el párrafo 56 que *“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”* (énfasis añadido).

comercializan todo tipo de productos ya que la propia APPLE y algunos de sus distribuidores autorizados siguen vendiendo a través de esta plataforma³³.

- (62) Así pues, la Sentencia COTY no solo no respalda la tesis de APPLE, sino que refuerza las conclusiones de la CNMC sobre la calificación de restricción de la competencia por objeto de las Cláusulas de *Brand Gating*. La misma conclusión puede extraerse a partir de las nuevas Directrices verticales de 2022³⁴ cuyo párrafo 338 precisa:

*“En los sistemas de distribución selectiva suelen acordarse restricciones al uso de los mercados en línea. 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. 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. 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. **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 y subrayado añadido).

- (63) Debe subrayarse, precisamente, que, en el presente caso, APPLE ha designado a AMAZON como distribuidor autorizado y restringe el uso de dicho mercado en línea a determinados revendedores, pero no a otros.

³³ Precisa a este respecto el TJUE en el párrafo 50 de la Sentencia COTY que: *“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”.*

³⁴ Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 248 de 30.6.2022, pp. 1-85).

c. una compartimentación del mercado interior

- (64) 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 objetivo es restringir la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1”³⁵ (énfasis añadido).
- (65) Como consecuencia de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, se habrían visto privados de la posibilidad de utilizar las Páginas Webs de AMAZON en Europa y en concreto en la de España: (i) ciertos revendedores oficiales (por un lado, los APR establecidos en países distintos de los listados ARA 2018, y, por otro lado, los AAR y Minoristas con independencia del Estado miembro en el que estén establecidos)³⁶; y (ii) los revendedores no oficiales de APPLE (los NAR), con independencia del Estado miembro en el que estén establecidos³⁷.
- (66) Así, los acuerdos en cuestión restringen el comercio entre Estados miembros de la UE, afectando al comercio transfronterizo y compartimentando el mercado interior.

5.1.1.2. Objetivos

- (67) En el caso de APPLE se distinguen dos:
- intensificar el control de la distribución de sus productos en AMAZON, aplicando restricciones que únicamente resultan compatibles con la normativa de competencia en el marco de un sistema de distribución selectiva debidamente justificado (pese a que como se indicaba los productos APPLE se comercializan en un sistema de distribución abierto);
 - reducir sus costes de control sobre la venta de sus productos en la Página Web de AMAZON (desautorizar a todos los vendedores menos a algunos resultaba más cómodo y barato que invertir esfuerzos, tiempo y dinero en aplicar otras políticas como, por ejemplo, la del Registro de Marcas, herramienta ofrecida por AMAZON para limitar el problema de las falsificaciones).
- (68) En el caso de AMAZON, el objetivo al aceptar la inclusión de dichas cláusulas, era facilitar la negociación para obtener mejores condiciones como distribuidor

³⁵ Ver caso C-403/08 y C-429/08 - *Premier League e altri*, EU:C:2011:631, párrafo 139.

³⁶ Desde el 31 de octubre de 2018 hasta el 16 de noviembre de 2021.

³⁷ Desde el 31 de octubre de 2018 hasta la actualidad.

de APPLE mediante el suministro directo del catálogo completo de sus productos, así como, eventualmente, subir de categoría de distribuidor si lograba determinados umbrales de venta que preveía poder alcanzar gracias a concentrar las ventas en su propio canal como consecuencia de la expulsión del grueso de revendedores de APPLE que habían venido operando en el mismo.

5.1.1.3. Contexto jurídico y económico

- (69) 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 en el mercado.

5.1.2. Efectos en el mercado

- (70) Aunque por las razones anteriores 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 competencia sancionable³⁸, éstos también han producido efectos en el mercado que se analizan de manera pormenorizada en la resolución.
- (71) En concreto, se considera que han producido los siguientes efectos:
- reducción del número de vendedores;
 - los NAR pierden un importante canal de ventas;
 - concentración de las ventas en AMAZON;
 - compartimentación del mercado interior;
 - incremento 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.

³⁸ 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.

5.2. Cláusulas de Publicidad

- (72) Atendiendo al análisis de su contenido, objetivos y contexto jurídico y económico, las Cláusulas de Publicidad constituyen una restricción por objeto.

5.2.1.1. Contenido

- (73) Las Cláusulas de Publicidad limitan y restringen: (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 Web de AMAZON en España en la primera página de resultados³⁹, en las páginas de detalle y en las páginas de la cesta y de tramitar pedido⁴⁰; en ambos casos afectando a la venta minorista en línea de productos electrónicos en España.
- (74) Por tanto, las Cláusulas de Publicidad, hacen que:
- 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 descritos arriba, impidiendo u obstaculizando su acceso a información sobre productos alternativos competidores, lo que limita su capacidad de tomar decisiones informadas;
 - por otro lado, se limita la capacidad de otras marcas de mostrar sus anuncios a potenciales consumidores cuando éstos están realizando una

³⁹ 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](#) (que puede consultarse en la web del ICEX: emarketservices.es/emarketservices/es/menu-principal/actualizate/noticias/amazon-shopper-report-new2022916695.html)

⁴⁰ 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.

búsqueda de los productos en cuestión, marcas que, deben, además, soportar una presión competitiva a la que escapa APPLE.

- (75) Por tanto, las Cláusulas de Publicidad, por su propia naturaleza, restringen la competencia intermarca entre la marca APPLE y otras marcas competidoras.

5.2.1.2. Objetivos

- (76) En el caso de APPLE era limitar la competencia que otras marcas podían ejercer sobre la empresa, mientras que AMAZON aceptó esta cláusula para obtener mejores condiciones de suministro como distribuidor de APPLE.

5.2.1.3. Contexto jurídico y económico

- (77) Además de lo ya señalado sobre la relevancia de APPLE y AMAZON a la hora de abordar el contexto de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*—que resulta igualmente aplicable a las Cláusulas de Publicidad— resulta muy significativo el papel de AMAZON en el sector publicidad en línea en España, que además se ha venido intensificando de forma constante en los últimos años⁴¹.

5.3. Cláusulas de Limitaciones al Marketing

- (78) Atendiendo al análisis de su contenido, objetivos y contexto jurídico y económico, las Cláusulas de Limitaciones al Marketing constituyen, asimismo, una restricción por objeto.

5.3.1.1. Contenido

- (79) 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:
- estén dirigidas específicamente a clientes que hayan comprado productos APPLE en AMAZON y;
 - 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.

⁴¹ Ver estudio sobre la publicidad en línea de la CNMC.

- (80) Por tanto, los mencionados acuerdos, funcionan de manera similar a una cláusula de no competencia⁴² que podría estar justificada durante la vigencia del GTA, pero en ningún caso en los dos años posteriores a su expiración.
- (81) Aunque esta previsión no impide a AMAZON dirigir dichas campañas a audiencias más amplias que puedan incluir clientes que hayan comprado productos APPLE, 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 competidora.
- (82) Así, ambas empresas restringen la competencia de manera artificial en un canal de venta en línea de productos electrónicos con una cuota muy elevada en España como es la Página Web de AMAZON, al limitar la capacidad de AMAZON de comportarse de manera autónoma y libre en el mercado, ofreciendo activamente productos de APPLE a clientes de esta marca durante un periodo de dos años tras la expiración del acuerdo.

5.3.1.2. Objetivos

- (83) En el caso de APPLE era limitar la competencia que otras marcas podían ejercer sobre sus productos, mientras que AMAZON aceptó esta cláusula para negociar mejores condiciones de suministro como distribuidor de APPLE.

5.3.1.3. Contexto jurídico y económico

- (84) Nos remitimos al contexto de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* y las Cláusulas de Publicidad que resulta igualmente aplicable a las Cláusulas de Limitaciones al Marketing.

5.4. Conclusión de la valoración jurídica

- (85) 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

⁴² 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.

Marketing constituyen una infracción única y continuada⁴³ de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, que tendrían como objeto (y en el caso de las primeras, también el efecto) de 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.

6. OTRAS CONSIDERACIONES

6.1. Afectación al territorio nacional y al comercio entre Estados miembros

- (86) Los acuerdos imputados (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, y al comercio transfronterizo.

6.2. Pretendidas eficiencias y objetivos legítimos que justificarían las restricciones

- (87) Por un lado, AMAZON alega, entre otros, que el acuerdo ha generado eficiencias que han favorecido a clientes finales y vendedores al: (i) aumentar la disponibilidad de productos APPLE en amazon.es al mejorar las condiciones de suministro; (ii) incrementar las ventas y mejorar la reputación de AMAZON; y (iii) una mejora en la presentación de los productos de APPLE en la web de AMAZON.
- (88) APPLE, por su parte, alega que el acuerdo es procompetitivo pues permite abordar “gravísimos problemas de falsificación y de seguridad” de productos APPLE en el mercado en línea de AMAZON así como mejorar la presentación de estos productos y la experiencia de compra de los mismos en dicho mercado en línea y combatir el parasitismo de otras marcas que puedan pretender aprovecharse de los esfuerzos e inversiones realizados por APPLE para construir su imagen de marca.
- (89) Sin embargo, **en relación con la mejora de las condiciones de suministro de productos APPLE a AMAZON** (suministro directo del catálogo completo de productos), la CNMC considera que no era en absoluto indispensable para ello expulsar del mercado en línea de AMAZON a la inmensa mayoría de revendedores de APPLE (se recuerda que un primer momento fueron expulsados todos salvo [10-15] y la propia AMAZON y a día de hoy siguen sin

⁴³ Mirar siguiente sección para explicación sobre este extremo.

poder operar en AMAZON los NAR que eran los que antes de la entrada en vigor de las restricciones controvertidas realizaban más del 90% de las ventas de productos APPLE en AMAZON). Así lo ponen de manifiesto los intentos iniciales de AMAZON de incluir a más revendedores, o las activaciones temporales de revendedores que se discutieron por las partes durante la pandemia.

- (90) Tampoco resultaban necesarias para que se produjera este efecto las restricciones a la publicidad o la limitación de la capacidad de AMAZON para realizar campañas activas de productos de otras marcas alternativos a los de APPLE. No existe, en este sentido, una relación intrínseca de causalidad entre las Cláusulas de Exclusión, las Cláusulas de Publicidad o las Cláusulas de Limitaciones al Marketing y el incremento y la mejora de las condiciones de suministro de productos APPLE a AMAZON como distribuidor autorizado de esta marca.
- (91) En relación con **el incremento de ventas de productos APPLE en la Página Web de AMAZON** en España, dicho efecto deriva, a su vez, del suministro directo del catálogo completo de productos APPLE a AMAZON, al que acaba de hacerse referencia, y no de las restricciones controvertidas. Ello hasta el punto de que, si se hubieran pactado las Cláusulas de Exclusión sin el mencionado suministro directo del catálogo completo de productos APPLE a AMAZON, la alternativa habría sido que, a día de hoy, apenas se producirían ventas de productos de la marca APPLE en la Página Web de AMAZON en España. Lo anterior por cuanto los principales vendedores en este canal eran los NAR, expulsados del mercado en línea como consecuencia de las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating* y AMAZON seguiría siendo un distribuidor minoritario de APPLE.
- (92) En relación con **la mejora de la presentación y la experiencia de compra de productos APPLE en AMAZON**, las cláusulas en cuestión tampoco eran necesarias para alcanzar tales objetivos. Existían, por un lado, distintas medidas para lograr este efecto sin necesidad de recurrir a las Cláusulas de Exclusión tal y como se infiere, por ejemplo, de:
- Que, según documentos internos de AMAZON, la presentación mejorada de los productos que se despliega para APPLE tras los acuerdos podría estar disponible para cualquier operador y sin necesidad de vincularlo a ninguna política de expulsión de vendedores de su plataforma;

- se incluían en el GTA nuevas estipulaciones sobre la presentación de los productos que, en ningún caso, están vinculadas con el *Brand Gating*⁴⁴;
 - declaraciones de la propia APPLE según las cuales en el acuerdo y generalmente en cualquier ARA, existen distintas disposiciones y mecanismos tendentes a preservar la calidad, la marca/imagen y protección de la experiencia del consumidor de los productos APPLE distintas de las limitaciones controvertidas⁴⁵ (énfasis añadido).
- (93) En cuanto a las limitaciones derivadas de las Cláusulas de Publicidad, la CNMC considera que, no solo no mejoran la experiencia de compra de los clientes finales hasta el punto de poder considerarse objetivamente justificadas, sino que, en su caso, la empeoran por cuanto se priva a dichos usuarios de información sobre productos alternativos que podrían satisfacer mejor sus preferencias sin entorpecer la navegación.
- (94) Por lo que se refiere a la **lucha contra las falsificaciones** de productos APPLE en AMAZON, la CNMC considera que no justifica la adopción de las Cláusulas de Exclusión atendiendo a una pluralidad de motivos.
- (95) Por un lado, APPLE no ha sido capaz de acreditar que la voluntad de excluir al grueso de revendedores de sus productos en AMAZON respondiese principalmente a este objetivo. Ha podido recabarse, por otro lado, un documento interno de AMAZON con respuestas a potenciales preguntas de terceros vendedores relativas a la adopción de las Cláusulas de *Brand Gating* en el que niega que la exclusión de revendedores estuviese motivada por el problema de las falsificaciones.
- (96) Asimismo, según información aportada por la propia AMAZON, las cifras de productos falsificados en APPLE eran muy reducidas. Solo el **[0-1]**% de los productos de APPLE vendidos en AMAZON recibieron una denuncia por falsificación y el problema afectaba de forma casi exclusiva a accesorios de escaso valor. Considera la CNMC que existían, además otras medidas menos lesivas para luchar contra las falsificaciones como el recurso a determinadas herramientas ofrecidas por AMAZON (el llamado “Registro de Marcas”) a las que APPLE había decidió no recurrir de forma adecuada o la adopción de soluciones

⁴⁴ Ver párrafo 188 de la versión no confidencial de las alegaciones de AMAZON al PCH (folio 8392): “*Por otra parte, el Acuerdo Vertical [...] **También se estipularon compromisos mutuos en cuanto a la calidad de los productos, incluyendo una mejor presentación de las descripciones de los productos en las páginas de detalle**”.* (énfasis añadido).

⁴⁵ Ver párrafo 71 de la versión no confidencial de las alegaciones de APPLE al PCH.

centradas en los productos principalmente afectados por este problema: los accesorios.

- (97) Lo anterior no se ve desmentido por las alegaciones de APPLE en cuanto a que las notificaciones de retirada de producto habrían disminuido notablemente tras la introducción de las Cláusulas de Brand Gating. Lo anterior es perfectamente lógico teniendo en cuenta que se redujo en cerca de un **[90-100]**% el número de revendedores de APPLE en AMAZON concentrándose masivamente las ventas en un mismo revendedor: la propia AMAZON en tanto que distribuidor autorizado de APPLE. 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.
- (98) Por lo que respecta a la pretendida **lucha contra el parasitismo de otras marcas**, la CNMC tampoco acoge la postura de APPLE pues ello supondría, entre otras cosas, 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 *free riding*.
- (99) Todas estas consideraciones impiden, asimismo, estimar que las restricciones analizadas cumplan con los requisitos de la exención individual prevista en los artículos 101.3 del TFUE y 1.3 de la LDC al no quedar satisfecha la condición de indispensabilidad. De igual manera, procede descartar que las Cláusulas de Brand Gating, Publicidad y Limitaciones al Marketing puedan calificarse como “restricciones accesorias” a la relación principal lícita de distribución entre APPLE y AMAZON regulada por el GTA y el ARA 2018.

6.3. Infracción única y continuada y duración

- (100) En el presente caso, se cumplen las condiciones señaladas por la jurisprudencia para calificar las cláusulas investigadas como una infracción única y continuada:
- existencia una pluralidad de acciones u omisiones que infringen los artículos 1 LDC y 101 TFUE (las Cláusulas de Exclusión, Publicidad y Limitaciones al Marketing), adoptadas aprovechando idéntica ocasión (la firma del GTA y el ARA 2018);
 - existencia de un plan global, consistente en alterar la dinámica de venta de productos APPLE en AMAZON limitando la competencia intramarca (entre revendedores de productos APPLE) e intermarca (entre los productos de APPLE y los de otras marcas);

- contribución intencional de las empresas a ese plan;
 - el conocimiento de los comportamientos infractores de los demás participantes.
- (101) A este respecto, el hecho de que las empresas pudieran tener intereses divergentes (como sucede habitualmente en las relaciones verticales) y que los objetivos anticompetitivos fuesen perseguidos principalmente o por iniciativa de APPLE no impide descartar la participación de AMAZON en la infracción única, al ser consciente esta última empresa de las restricciones pactadas y contribuir intencionalmente a las mismas para satisfacer sus propios intereses.
- (102) Por ello, la CNMC considera que las tres cláusulas controvertidas, deben calificarse, en su conjunto, como una infracción única y continuada que atendiendo a su contenido, objetivos y contexto económico y jurídico tendría por objeto restringir la competencia en el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España, con independencia de que cada una de las tres cláusulas mencionadas, considerada aisladamente pueda constituir una infracción autónoma del artículo 1 LDC y/o 101⁴⁶ (i.e. las mismas son complementarias entre sí, en el sentido de que cada una de ellas contribuye o coadyuva, mediante su interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores que, además, son los mismos sujetos y durante el mismo ámbito temporal).
- (103) En cuanto a la duración de la infracción. tanto el GTA como el ARA de 2018 entraron en vigor el día de su firma, el 31 de octubre de 2018 y seguían estando vigentes al finalizar la instrucción del procedimiento.

6.4. Culpabilidad y responsabilidad individualizada

- (104) Se considera que las conductas anticompetitivas descritas son imputables a las distintas sociedades de AMAZON y APPLE sancionadas desde al menos el 31 de octubre de 2018, por su participación activa en calidad de autoras de una infracción única y continuada consistente en la adopción e implementación de

⁴⁶ Ver sentencia del TJUE en el asunto C-699/19 - Quanta Storage Inc. (ECLI:EU:C:2022:483), párrafo 59: *“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. En efecto, para ello, la Comisión debe también identificar y calificar como tal cada uno de esos comportamientos y aportar a continuación la prueba de la implicación de la empresa a la que se imputan”*.

las Cláusulas de Exclusión o *Brand Gating*, las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing. Dichas sociedades participaron activamente como firmantes de los acuerdos en los que se incluyen las cláusulas controvertidas y/o en su ejecución.

- (105) No cabe acoger, a este respecto, los argumentos de AMAZON tendentes a descartar su responsabilidad en la infracción por cuanto APPLE sería la única responsable de su sistema de distribución y a que en materia de restricciones verticales no se tendería a investigar o sancionar a los distribuidores, sino únicamente a los fabricantes o proveedores, por ser quienes imponen sus condiciones. Lo anterior solo es cierto cuando las partícipes son pequeñas o medianas empresas o existe una notoria asimetría entre las partes de tal modo que una de ellas carece de todo poder negociador, lo que no sucede en este caso. Además, AMAZON no interviene en la relación contractual controvertida como mero distribuidor de APPLE sino, también, como gestor de su mercado en línea y las restricciones acordadas afectan a terceras empresas.

6.5. Multas impuestas

- (106) La CNMC ha concluido que las conductas imputadas constituyen una infracción grave del Derecho de la competencia lo que determina que puedan ser sancionadas con hasta un 5% del volumen de negocios total mundial de las sociedades infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Atendiendo a la gravedad de la infracción y a la concreta participación de las distintas sociedades responsables, la CNMC ha acordado imponer las siguientes multas:

Empresa	Multa
Apple Distribution International, Ltd.	128.640.000
Apple, Inc.	15.000.000
TOTAL APPLE	143.640.000
Amazon Services Europe S.À.R.L.	2.000.000
Amazon Europe Core S.À.R.L.	1.000.000
Amazon EU S.À.RL;	37.510.000
Amazon.com Services, Inc.	10.000.000
TOTAL AMAZON	50.510.000
TOTAL APPLE + AMAZON	194.150.000

6.6. Aplicación de la prohibición de contratar

- (107) Al haberse establecido la existencia de una infracción grave en materia de falseamiento de la competencia, la CNMC considera que procede declarar la prohibición de contratar por aplicación del artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (**LCSP**), sin perjuicio de la posible exención de su ejecución prevista en el artículo 72.5 de la esta misma ley. Dado que la 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 acordó remitir una certificación de la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.