

La colaboración entre competidores en materia de ESG, según el proyecto de Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal



Mayo 2022

¿Hablamos?

Alberto Escudero

Socio responsable del área de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal
alberto.escudero.puente@pwc.com

Michael Tuit

Abogado en el área de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal
michael.tuit@pwc.com

Novedades del proyecto de Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal, en lo referido a las iniciativas conjuntas entre competidores en favor de la sostenibilidad.

Los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas presentan una importancia creciente en el diseño de los planes de negocio de las empresas. Los inversores y autoridades emplean criterios los criterios medioambientales, sociales y de gobernanza (ESG, por sus siglas en inglés), para medir en qué medida las actividades económicas de las empresas se fundamentan en los principios de desarrollo sostenible.

Algunas empresas constatan que dichos objetivos pueden alcanzarse con mayor eficacia mediante proyectos conjuntos con sus competidores. Por ejemplo, llegando a un acuerdo sobre los estándares que deben cumplir sus productos para reducir su huella medioambiental y comprometiéndose a comercializar únicamente los equipos que superen dicho estándar. No obstante, en las asesorías jurídicas de las empresas se plantean si estas iniciativas, beneficiosas para el conjunto de la sociedad, no podrían entrañar riesgos de multas por eventuales incumplimientos de las normas de competencia.

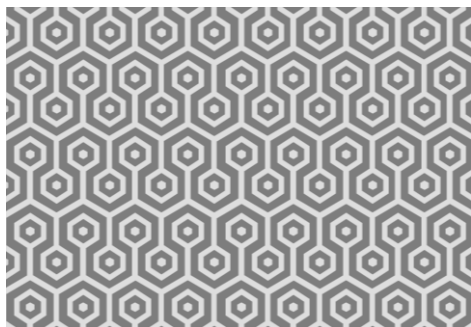
Las normas de competencia indudablemente establecen límites a esa colaboración. Aun cuando esa nueva

generación de productos menos contaminantes fuera más cara, los competidores no deberían coordinar la repercusión de los sobrecostes en sus clientelas respectivas, ni definir un estándar que impidiera la entrada de nuevos operadores en el mercado. De ahí que la normativa de competencia podría, equivocadamente o no, ser percibida como una barrera para alcanzar dichos pactos, desincentivando, a la postre, los esfuerzos empresariales colectivos en pos del desarrollo sostenible.

La Comisión Europea ha tomado conciencia de este sesgo y se ha comprometido a darle solución, mediante la publicación de un capítulo dedicado a los acuerdos de sostenibilidad entre competidores dentro de su proyecto de Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal (C(2022)1159).¹ Este proyecto normativo da pautas para que las empresas competidoras puedan emprender conjuntamente proyectos en favor de los objetivos de desarrollo sostenible. Si las empresas diseñan sus iniciativas conjuntas de sostenibilidad aplicando los parámetros de estas Directrices tendrán, en adelante, seguridad jurídica en cuanto a su compatibilidad con las normas de competencia.

¹ El proyecto de Directrices se encuentra disponible a través del siguiente [link](#)

² En otras notas aparte nos hemos referido al impacto de este proyecto normativo en otros ámbitos: (i) joint ventures; UTEs; subcontrataciones; y acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles (disponible a través del siguiente [enlace](#)); e (ii) intercambios de información (disponible a través del siguiente [enlace](#)).



El proyecto de Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal proporciona orientaciones sobre una gran diversidad de temas. Hemos publicado dos notas sobre otras categorías de acuerdos entre competidores que entran en el ámbito de aplicación de dicho proyecto. En ésta nos ceñiremos a describir sus principales novedades sobre los acuerdos de sostenibilidad.²

1. Concepto de acuerdos de sostenibilidad.

El desarrollo sostenible se refiere a la capacidad de la sociedad para consumir y utilizar los recursos disponibles en la actualidad, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. En esencia, abarca la actividad que promueve el desarrollo económico, medioambiental y social (incluidos los derechos laborales y humanos).

Por su parte, el término “acuerdo de sostenibilidad” se refiere en general a cualquier tipo de acuerdo de cooperación horizontal entre competidores que realmente persiga uno o varios objetivos de sostenibilidad, independientemente de la forma de cooperación y que busca minimizar las externalidades negativas que se generarían en un escenario alternativo (con decisiones individuales de producción y consumo; en vez de la iniciativa colectiva en favor de la sostenibilidad).

El proyecto de Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal incluye dentro del concepto de objetivo de sostenibilidad, entre otros, a los siguientes:

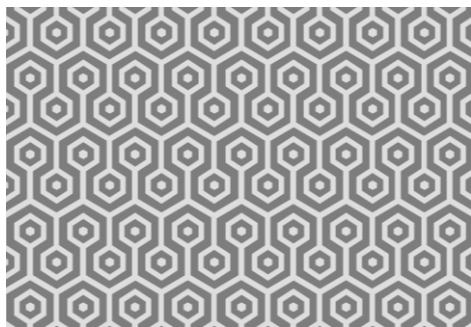
- Luchar contra el cambio climático (por ejemplo, mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero).

- Reducción de la contaminación.
- Limitación del uso de los recursos naturales.
- Respeto a los derechos humanos.
- Fomento de las infraestructuras resilientes y de la innovación.
- Minoración del desperdicio de alimentos.
- Fomento de los alimentos saludables y nutritivos.
- Garantizar el bienestar animal.

Para alcanzar estos objetivos, los competidores de un sector pueden llegar a acuerdos de estandarización. El proyecto de Directrices cita algunos ejemplos de acuerdos incluidos en esta categoría, como las iniciativas sectoriales orientadas a los siguientes fines: (i) la eliminación gradual, retirada o sustitución de productos y procesos no sostenibles por otros sostenibles; (ii) la armonización de los materiales de envasado para facilitar el reciclado o de los tamaños de los envases para reducir los residuos; (iii) la compra de insumos de producción sólo si los productos comprados se fabrican de manera sostenible; o (iv) acordar determinadas condiciones que mejoren el bienestar animal. Estos “acuerdos de estandarización de la sostenibilidad” o “estándares de sostenibilidad” pueden tener como corolario el establecimiento de una etiqueta, un logotipo o una marca ecológica para los productos que cumplan los requisitos mínimos acordados.

2. Acuerdos de sostenibilidad compatibles con las normas de competencia.

El proyecto de Directrices enumera las categorías de acuerdos entre competidores en favor de la sostenibilidad que son compatibles con las normas de competencia.



En primer lugar, son compatibles aquéllos que no afectan a los parámetros de competencia en el mercado (como el precio, la cantidad, la calidad, la elección o la innovación de los productos). El proyecto de Directrices incluye varios ejemplos de acuerdos compatibles por este motivo:

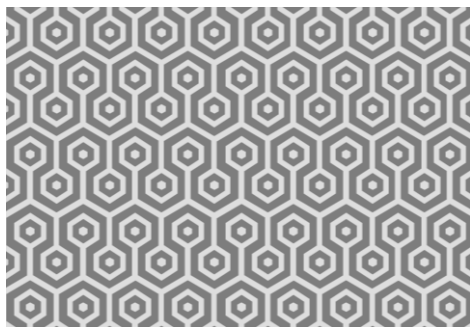
- Los acuerdos de sostenibilidad que no se refieran a la actividad en el mercado de las empresas, sino a su conducta interna (por ejemplo, un acuerdo entre competidores en base al cual, en sus respectivas oficinas, la temperatura no excederá de X grados en invierno).
- Los acuerdos de sostenibilidad sobre la creación de una base de datos que contenga información (i) sobre los proveedores con cadenas de valor sostenibles, que utilizan procesos de producción sostenibles y proporcionan insumos sostenibles, o (ii) sobre los distribuidores que venden productos de manera sostenible.
- Los acuerdos entre competidores relativos a la organización de campañas de sensibilización sobre la huella ambiental derivada del consumo de sus productos.

En segundo lugar, son también compatibles los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad que reúnan las siguientes condiciones, dispuestas a modo de “soft safe harbour” en el proyecto de Directrices:

- El procedimiento para desarrollar el estándar de sostenibilidad debe ser transparente y todos los competidores interesados deberían participar en el proceso de selección.
- Carecer de carácter vinculante frente a terceros ajenos a la iniciativa.

- Las empresas que participen en el mismo deberán seguir teniendo libertad para adoptar individualmente un estándar de sostenibilidad más elevado que el acordado con sus competidores.
- Evitar los intercambios de información comercial confidencial que no sea necesaria para el desarrollo, la adopción o la modificación del estándar.
- Garantizar un acceso efectivo y no discriminatorio al resultado del procedimiento de estandarización. Los operadores que no hubieran participado en la definición del estándar deberán poder después sumarse a la iniciativa.
- El estándar no debería dar lugar a un aumento significativo de los precios, ni a una reducción importante de la variedad de productos disponibles en el mercado. En la sección de ejemplos, el proyecto de Directrices señala que, por ejemplo, un porcentaje de incremento del precio del 12 % ya será considerado significativo.
- Debe existir un mecanismo de seguimiento o auditoría para garantizar que las empresas que adoptan el estándar de sostenibilidad efectivamente cumplen los requisitos acordados.

En tercer lugar, son también compatibles los acuerdos de sostenibilidad con efectos restrictivos de la competencia que generen suficientes eficiencias y ventajas para los consumidores, como para compensar sus efectos restrictivos (según las cuatro condiciones del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “TFUE”).



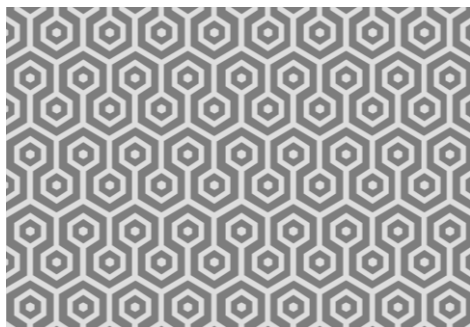
La primera condición es que el acuerdo de sostenibilidad debe producir eficiencias objetivas, entendidas en términos amplios, en el sentido de que abarquen no solo las reducciones de los costes de producción y distribución, sino también los aumentos de la variedad y la calidad de los productos, las mejoras en los procesos de producción o distribución y el aumento de la innovación. El proyecto de Directrices permite tener en cuenta como mejoras de eficiencia una amplia gama de beneficios en materia de sostenibilidad derivados del uso de ingredientes, tecnologías y procesos de producción específicos como, por ejemplo, el uso de tecnologías de producción o distribución más limpias, la reducción de la contaminación, el aumento de la resiliencia de las infraestructuras o cadenas de suministro, etc. Una eficiencia especialmente importante consiste en la reducción del tiempo necesario para lanzar los productos sostenibles al mercado.

La segunda condición es que el acuerdo sólo incluya las restricciones de la competencia que sean indispensables para garantizar el buen fin del acuerdo de sostenibilidad. Un acuerdo será “indispensable” para alcanzar un determinado objetivo de sostenibilidad cuando no existan otros medios económicamente viables y menos restrictivos para alcanzar los beneficios en materia de sostenibilidad. En este contexto, cuando hay suficiente demanda de productos sostenibles, la cooperación entre competidores puede resultar innecesaria. Sin embargo, el proyecto de Directrices reconoce que aun en dichos supuestos, el acuerdo entre competidores puede resultar necesario e indispensable para alcanzar el objetivo de sostenibilidad de una manera más eficiente o para superar los fallos de mercado.

Asimismo, el acuerdo también puede ser necesario en los casos en los que los consumidores no sean capaces de valorar adecuadamente los beneficios futuros que se derivarán del acuerdo de sostenibilidad, frente al daño inmediato que pueden sufrir como consecuencia, por ejemplo, de un previsible aumento de precios generado por el acuerdo. En este escenario, los beneficios en materia de sostenibilidad (i) no podrían lograrse si la elección entre la opción sostenible y la no sostenible se dejara en manos de la libre interacción de las fuerzas del mercado; o (ii) sólo podrían alcanzarse con un grado adecuado de rentabilidad si las empresas cooperan entre ellas. Por ejemplo, puede ser necesario el acuerdo de sostenibilidad para evitar el parasitismo (free-riding) en las inversiones necesarias para promover un producto sostenible y conseguir un grado suficiente de concienciación entre los consumidores (superando así las denominadas “first mover disadvantages”).

La tercera condición exige que los usuarios directos o indirectos de los productos cubiertos por el acuerdo reciban una participación equitativa de los beneficios perseguidos. El proyecto de Directrices reconoce tres categorías diferentes de beneficios a tener en cuenta, a la hora de efectuar esta valoración:

- Beneficios individuales derivados del uso del producto que mejoran directamente la experiencia de los consumidores, en relación con el producto en cuestión (por ejemplo, mejoras en la calidad del producto o precios más bajos). Los consumidores pueden disfrutar de una mayor calidad, por el mero hecho de consumir el producto en cuestión.



Estas eficiencias cualitativas pueden compensar el perjuicio causado por el aumento de los precios (por ejemplo, debido al acuerdo de emplear materias primas sostenibles más caras) o la reducción de la variedad (debido al acuerdo de dejar de usar un producto no sostenible). Estos beneficios cualitativos deberán ser lo suficientemente significativos como para compensar el perjuicio causado por el aumento de los precios o la reducción de las opciones de consumo.

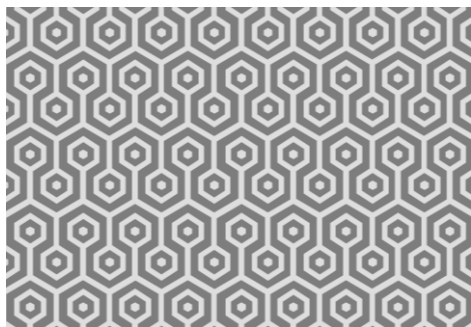
- Beneficios individuales del valor no relacionados con el uso del producto que mejoran indirectamente la experiencia de los consumidores en relación con el producto en cuestión (por ejemplo, los consumidores pueden preferir comprar un detergente no porque limpie mejor, sino porque contamina menos el agua).
- Beneficios colectivos generados por las externalidades positivas del acuerdo, en favor de la sociedad en su conjunto. La valoración de estos beneficios colectivos cobra especialmente sentido cuando los consumidores no están inicialmente dispuestos a pagar un precio más elevado por un producto fabricado con una tecnología ecológica, pero cara. Para garantizar que se materializan los beneficios relacionados con el uso de esa tecnología ecológica, puede ser necesario un acuerdo entre los fabricantes competidores para eliminar gradualmente la tecnología contaminante. Estos beneficios se denominan «beneficios colectivos», ya que se producen con independencia de la apreciación individual del producto por parte de los consumidores. Serán valorados positivamente si (i) benefician objetivamente a los consumidores

directos del producto; y (ii) éstos forman parte del conjunto más amplio de beneficiarios. Un ejemplo sería el lanzamiento de un combustible más caro que contamina menos, lo cual beneficia al conjunto de la sociedad y no sólo a los adquirentes del combustible. El proyecto de Directrices abre así la posibilidad a que se consideren los beneficios del acuerdo de sostenibilidad en favor del conjunto de la sociedad y no sólo respecto de los consumidores directos del producto objeto del acuerdo. En cualquier caso, para poder aceptarse esta valoración amplia del colectivo de beneficiarios, deberá probarse que los consumidores (los conductores en este ejemplo) conforman una parte sustancial del conjunto de los beneficiarios (los ciudadanos).

Finalmente, la cuarta condición consiste en que el acuerdo no debe permitir a las empresas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

3. Participación de las Administraciones Públicas.

La participación de las Administraciones Públicas en el proceso de celebración de acuerdos de sostenibilidad, o el mero conocimiento por su parte de los mismos, no implica que tales acuerdos sean automáticamente compatibles con las normas de competencia. Dicha participación o conocimiento, por tanto, no exime a las partes del acuerdo de sostenibilidad de autoevaluar su compatibilidad con las normas de competencia. En particular, si los actos de las autoridades públicas se limitan a fomentar o facilitar comportamientos contrarios a la competencia, las empresas participantes en la iniciativa seguirán estando sometidas a las prohibiciones de acuerdos anticompetitivos de las normas de competencia.



Por el contrario, las empresas participantes en un acuerdo de sostenibilidad que restrinja la competencia no serán consideradas responsables de las infracciones de competencia si las autoridades públicas las han obligado a celebrar el acuerdo o cuando dichas autoridades refuercen el efecto del acuerdo.

4. Restricciones de la competencia encubiertas en un acuerdo de sostenibilidad.

Un acuerdo entre competidores en favor de la sostenibilidad podrá dejar de ser compatible con las normas de competencia (i) cuando entrañe un pacto para repercutir el aumento de los costes resultantes de la adopción de un

estándar de sostenibilidad, en un incremento de los precios de venta en perjuicio de los clientes; o (ii) si las empresas participantes en el estándar de sostenibilidad presionan a terceros para que se abstengan de comercializar productos que no cumplan dicho estándar.

5. Entrada en vigor.

El proyecto de Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal en el que se contiene esta regulación de los acuerdos de sostenibilidad entre competidores ha sido sometido a consulta pública. Una vez se publique su versión final en el Diario Oficial de la Unión Europea, está previsto que entre en vigor el 1 de enero de 2023.