

RESOLUCIÓN (Expte. R 4/2006 Perfumarías de Ourense)

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González

D. Fernando Varela Carid

D. Alfonso Vez Pazos

Santiago de Compostela, 9 de marzo de 2007.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (Tribunal), coa composición indicada máis arriba e sendo Relator o vogal D. Fernando Varela Carid, ditou a seguinte Resolución no Expediente R 4/2006 (11/2006, do Servizo) orixinado polo recurso interposto por D. A. F. L., como representante da empresa ourensá Maryan Perfumerías S.L., contra o acordo de arquivo de actuacións do Servizo Galego de Defensa da Competencia (Servizo) referente á denuncia presentada polo recorrente contra Productos de Belleza Sisley España, S.A. por presuntas prácticas contrarias á Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

ANTECEDENTES

- 1.- Con data 11 de xullo de 2006, o Servizo recibiu escrito de denuncia de D. A. F. L. contra Productos de Belleza Sisley España, S.A. por presuntas condutas prohibidas pola Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia, consistentes na negativa de subministro dos seus produtos de cosmética e perfumaría a Maryan Perfumerías, S.L.,

con domicilio en Ourense, entidade da que é representante legal o denunciante.

- 2.- O 21 de xullo de 2007, o Servizo remitiu copia da denuncia á Dirección Xeral de Defensa da Competencia, dando cumprimento ao disposto no artigo 2.1 da Lei 1/2000, de 4 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia.
- 3.- En aplicación do artigo 36.3 da Lei 16/1989 citada, o Servizo iniciou a instrución dunha información reservada ao obxecto de determinar se existían indicios de infracción das normas da competencia.
- 4.- Unha vez concluído o trámite de información reservada, o Servizo decidiu archivar as actuacións orixinadas pola denuncia de D. A. F. L., mediante escrito de 8 de novembro de 2006.
5. O 23 de novembro de 2006 recibíuse neste Tribunal un escrito datado o 20 de novembro de D. A. F. L. interpoñendo recurso contra o Acordo de arquivo de actuacións do Servizo de 8 de novembro de 2006.
- 6.- O 24 de novembro de 2006, o presidente deste Tribunal enviou escrito ao Servizo solicitando a remisión do expediente de referencia e o seu informe correspondente, ao abeiro do disposto no artigo 48.1 da Lei 16/1989, de Defensa da Competencia.
- 7.- O 5 de decembro de 2006 recibíuse neste Tribunal o expediente iniciado pola denuncia de D. A. F. L., xunto co informe do Servizo no que reitera a súa posición sobre o arquivo das actuacións. O Servizo manifesta no seu informe que está plenamente acreditada a representación do recorrente respecto da sociedade mercantil Maryan Perfumerías, S.L., e

que o recurso de D. A. F. L. foi presentado en prazo.

- 8.- O 14 de decembro de 2006, o Pleno do Tribunal admitiu a trámite o recurso de D. A. F. L., rexistrado como R 4/2006, Perfumarías de Ourense, e nomeou Relator.

Son interesados:

- Maryan Perfumerías, S.L.
- Productos de Belleza Sisley España, S.A.

- 9.- O mesmo día 14, remitiuse providencia para alegacións ás partes interesadas. D. A. F. L., en representación de Maryan Perfumerías, S.L., presentou escrito de alegacións con entrada no Tribunal o 5 de xaneiro de 2007. Productos de Belleza Sisley España, S.A. remitiu escrito de alegacións con entrada o 16 de xaneiro de 2007.

- 10.- O 15 de febreiro de 2007, o Pleno do Tribunal deliberou e fallou sobre o presente expediente.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

- 1.- O artigo 36.3 LDC sinala que, a partir do resultado dunha información reservada efectuada antes de resolver a iniciación dun expediente sancionador, o Servizo poderá non iniciar o procedemento e acordar o arquivo das actuacións cando considere que non hai indicios de infracción da LDC.

Pola súa parte, o artigo 47 LDC sinala que os actos do Servizo que decidan directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinen a imposibilidade de continuar un procedemento ou produzan indefensión

ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos, serán recorribles ante o Tribunal.

Tendo en conta o anterior, a cuestión que debe dilucidar este Tribunal ante o recurso presentado é se está de acordo coa decisión do Servizo e, por tanto, desestima a petición do recorrente, ou revoga a decisión de arquivo, estimando o recurso, por considerar que existen indicios dunha conduta contraria á LDC. Para resolver esa cuestión, debe verificarse previamente que os feitos denunciados están debidamente comprobados.

- 2.- O asunto que se ventila xurde da denuncia presentada o 11 de xullo de 2006 por . F. L. en representación de Maryan Perfumerías, S.L. (en adiante, Maryan Perfumerías), que ten catro establecementos de distribución retallista de produtos de perfumaría na cidade de Ourense, contra a mercantil Productos de Belleza Sisley España, S.A. por unha suposta negativa de subministro á denunciante.

Sisley España, S.A. é unha distribuidora por xunto que unicamente comercializa produtos de alta cosmética e perfumaría de luxo da marca francesa Sisley.

No seu escrito de denuncia, Maryan Perfumerías afirma que se dirixiu en tres ocasións a Productos de Belleza Sisley España, S.A. (en adiante, Sisley), o 2 de xaneiro de 2006, o 15 de marzo e o 8 de abril do mesmo ano, solicitando a distribución na cidade de Ourense dos seus produtos de cosmética e perfumaría. As dúas primeiras comunicacións non tiveron resposta, mais poucos días despois da última petición, segundo o relato dos feitos do denunciante, a representante en Galicia de Sisley personouse en Ourense e comunicoulle a Maryan Perfumerías que Sisley non distribuiría os seus produtos a esa empresa.

A denunciante informou que Sisley sí estaba distribuindo os seus produtos a outras perfumarías de Ourense sitos en zonas céntricas da cidade.

Ante esa situación, Maryan Perfumerías, alegando que a calidade e ubicación dos seus establecementos é comparable ao resto de tendas que distribúen os produtos Sisley na cidade, considerou que a conduta de Sisley constituía unha negativa de subministro contraria aos artigos 1, 6 e 7 LDC.

3.- Ante esa denuncia, o Servizo efectuou un trámite de información reservada consistente basicamente no envío dun escrito a Sisley solicitando a seguinte información sobre o sistema de distribución seguido pola empresa.

- O sistema de distribución comercial que segue a compañía;
- Se ese sistema se establece de modo xeral para toda España ou cada zona ou comunidade autónoma ten as súas propias regras de distribución;
- Copia do contrato tipo para os distribuidores; e por último,
- Cota aproximada no mercado por produtos da marca.

O 13 de setembro de 2006, Sisley respondeu o que se indica a continuación:

- A compañía segue un sistema de distribución selectiva baseado na selección cualitativa de distribuidores retalistas;

- O sistema de distribución é o mesmo para todo o territorio español sen que haxa diferenzas por zonas ou comunidades autónomas;
- Non existe distribución en exclusiva;
- Con todos os distribuidores retalistas subscríbese un contrato no que se aplican as condicións que aparecen no documento chamado “Condicións Xerais de Venda”;
- A cota de mercado de Sisley, partindo de datos globais do mercado de cosmética e perfumaría español tomados do European Forecast, é do 1,4 por cento.

Na súa resposta ao Servizo, Sisley enviou a relación de distribuidores retalistas da marca en Galicia.

Tras a análise da denuncia presentada e da información remitida por Sisley, o Servizo acordou o arquivo das actuacións sen máis trámite, de acordo co disposto no artigo 36.3 LDC.

- 4.- Partindo do anterior e á vista do recurso presentado por Maryan Perfumerías, este Tribunal considera que o primeiro que se debe aclarar é se os feitos denunciados están debidamente comprobados e, se así fose, se cabe deducir a partir deles a existencia de indicios de prácticas contrarias á LDC.
- 5.- Respecto á primeira cuestión, referente á veracidade dos feitos denunciados, Maryan Perfumerías, no seu escrito de recurso de 23 de novembro de 2006, alega que se debe establecer como certo o feito denunciado, é dicir, que Sisley nega a Maryan Perfumerías a venda dos

seus produtos para a súa distribución en Ourense. Máis adiante, nese mesmo escrito, o recorrente solicita que o Servizo incoe expediente para determinar, entre outros aspectos, a veracidade dos feitos denunciados.

Pola súa parte, a empresa denunciada argumenta no seu escrito de alegacións que, se ben é certo que a representante en Galicia de Sisley visitou as instalacións de Maryan Perfumerías, na reunión que tivo cos representantes da recorrente informounos de que debían enviar a Sisley España, S.A. diversa información sobre as características do punto de venda de Maryan Perfumerías, relativa ao escaparate e o seu interior, superficie, número de cabinas de beleza, natureza dos produtos que non fosen de perfumaría e cosmética, porcentaxe da cifra de negocio destes últimos, e traballos de acondicionamento previstos no punto de venda. Esa información era necesaria, en opinión de Sisley, para avaliar debidamente a solicitude de subministro de Maryan Perfumerías. Afirma tamén Sisley que desde a mencionada reunión non recibiu información algunha de Maryan Perfumerías ata a comunicación da súa denuncia ante o Servizo.

Nin Maryan Perfumerías nin o Servizo aportan probas claras respecto a esta cuestión. O Tribunal considera que non está probado que efectivamente Sisley negara o subministro dos seus produtos a Maryan Perfumerías, aínda que cabe pensar que despois de tres peticións por escrito á empresa denunciada, existen indicios de que Sisley non ten vontade de subministrar os seus produtos a Maryan Perfumerías.

En conclusión, ante esta información contraditoria, este Tribunal estima que é necesario indagar se efectivamente existiu ou existe a negativa de subministro denunciada por Maryan Perfumerías, aceptando, por tanto, a solicitude expresada pola recorrente para que se comprobe a veracidade dos feitos denunciados. En particular, o Tribunal considera que se debe

determinar se houbo pedidos de Maryan Perfumerías que non foron atendidos por Sisley, se Sisley solicitou ou non información relativa ás características dos puntos de venda de Maryan Perfumerías, e se Maryan Perfumerías enviou ou non esa información, ou se, polo contrario, Sisley decidiu unilateralmente non subministrar os produtos da súa marca á firma ourensá e todas cantas outras pescudas sexan necesarias para establecer se estamos neste caso ante unha negativa de subministro de Sisley a Maryan Perfumerías.

- 6.- A efectos de continuar a análise do expediente e partindo da hipótese de que os feitos denunciados fosen certos, cabe afirmar que a negativa de subministro, segundo a doutrina consolidada do Tribunal de Defensa da Competencia (TDC), só pode considerarse unha práctica contraria á LDC baixo dous supostos. Por unha parte, se a empresa responsable da conduta ocupa unha posición de dominio no mercado e, por tanto, se incorre nun ilícito do artigo 6 LDC; ou, por outra parte, se a negativa de subministro se produce como consecuencia dun acordo entre empresas contrario ao disposto no artigo 1 LDC.

Á vista desa doutrina, o Servizo analizou, correctamente, en opinión deste Tribunal, os dous supostos que cabe indagar neste caso: en primeiro lugar, estudou a posición de dominio de Sisley a través da súa cota de mercado; e despois, investigou se existe algún tipo de restrición vertical contraria á LDC.

- 7.- Respecto ao primeiro suposto, o Servizo considerou que non existe explotación abusiva pola empresa Sisley dunha situación de dependencia, de acordo co disposto no punto b) do artigo 6.1 LDC. Este Tribunal está de acordo con esa valoración porque non cabe afirmar que Maryan Perfumerías se encontre en situación de dependencia económica respecto de Sisley, dada a atomización do mercado de

cosmética e perfumaría e o volume e a evolución do negocio da recorrente en ausencia da distribución dos produtos Sisley.

Por outra parte, o Servizo considera que a denunciada carece de posición de dominio no mercado español de cosmética e perfumaría, tomando como referencia o dado de cota de mercado proporcionado por Sisley, de 1,4 por cento e, en consecuencia, tampouco existiría unha hipotética violación do artigo 6.1.a), referente ao abuso de posición de dominio en todo ou en parte do mercado español.

No seu escrito de alegacións, Sisley puntualiza que a súa cota de mercado é do 0,354 por cento sobre a totalidade do mercado de produtos de perfumaría e cosmética. Ese resultado obteno a empresa da comparación entre a facturación total da compañía en España e a facturación total do sector de perfumaría e cosmética durante o ano 2005, segundo certificación expedida pola Asociación Nacional de Fabricantes de Perfumería e Afines.

Pola súa banda, Maryan Perfumerías alega, contrariamente ao aducido polo Servizo, que Sisley España S.A. ten unha posición dominante no mercado de comercialización de produtos cosméticos e de perfumaría se se considera exclusivamente a gama alta destes produtos, no que, segundo a recorrente, Sisley ocupa, xunto con outros dous fabricantes, unha posición preponderante. En consecuencia, solicita que se analice a posible posición de dominio de Sisley desde esa perspectiva, centrándose no mercado de gama alta e non tomando como referencia o mercado global de perfumaría e cosmética en España.

A estimación do poder de mercado de Sisley é unha cuestión esencial para poder pronunciarse sobre este expediente. A este respecto, o Tribunal considera que cabe estimar a alegación de Maryan Perfumerías

no sentido de que o mercado relevante neste caso é o de produtos de cosmética e perfumaría de máis alto nivel, dado que ese é o segmento no que está especializado Sisley, e non o mercado global español de perfumaría e cosmética. Tamén se debe delimitar o mercado relevante na súa dimensión xeográfica, tomando en conta a cidade de Ourense ou, en outra hipótese, a Comunidade Autónoma de Galicia.

Do mesmo xeito que se fai noutros mercados de produtos de luxo, como por exemplo no expediente Relojes Joya (Resolución TDC 379/96), cabe descompoñer un mercado en diferentes segmentos de acordo á calidade e a orientación dos produtos fabricados. Neste caso é necesario afondar na delimitación do mercado relevante por produto e xeográfico dentro do segmento de gama alta de produtos de cosmética de gran luxo e alta perfumaría, para verificar cal é realmente a posición de mercado de Sisley dentro do mesmo.

- 8.- Respecto á segunda cuestión planteada, o Servizo concluíu que non existen indicios de restricións verticais contrarias ao artigo 1 LDC, dado que un sistema de distribución selectiva non se considera unha práctica incurso no artigo 1 LDC se cumpre os tres principios de necesidade, proporcionalidade e non discriminación, amplamente reiterados nas resolucións do Tribunal de Defensa da Competencia. Doutrina que é compartida, ademais, pola Comisión a través do disposto no Regulamento (CE) nº 2790/1999, de 22 de decembro, relativo á aplicación do apartado 3 do artigo 81 do Tratado CE a determinadas categorías de acordos verticais e prácticas concertadas, e particularmente, nas Directrices relativas ás restricións verticais (2000/C 291/01).

O Servizo chegou a conclusión de que non se aprecia vulneración dos tres principios citados, baseándose no exame do documento “Condicións

Xerais de Venda” da firma Sisley. No apartado 1.2 dese documento descríbense as características que deben reunir os puntos de venda a fin de que sexan seleccionados por Sisley para a distribución dos seus produtos. O Servizo estima, e este Tribunal está de acordo, que os criterios de selección incluídos nese documento son obxectivos e de natureza cualitativa, e, polo tanto, admisibles desde o punto de vista dun sistema de distribución selectiva cualitativa carente de efectos anticompetitivos.

Ora ben, a cuestión que se debe analizar a continuación é se Sisley, na hipótese de que exista negativa de subministro, actuou de maneira coherente co cumprimento deses tres principios e, particularmente, se tal negativa de subministro vulnera ou non na práctica o principio de non discriminación.

O recorrente, nas súas alegacións, afirma que a suposta negativa de subministro é inxustificada, que non está amparada polo sistema de distribución selectiva, e que, en todo caso, se trata dunha práctica discriminatoria, dado que varios dos establecementos que ten Maryan Perfumerías en Ourense resisten a comparación con calquera dos seus competidores que sí distribúen os produtos Sisley, e, por tanto, que o proceso de selección de distribuidores retalistas non se basea en criterios obxectivos, senón que son abertamente discriminatorios.

Este Tribunal considera, de acordo coa doutrina reiterada do TDC (véxanse por exemplo as Resolucións Expte. 380/96, Perfumería, e Expte. 379/96, Relojes Joya) e a posición da Comisión nos documentos antes referidos, que un sistema de distribución selectiva que cumpra os tres principios de necesidade, proporcionalidade e non discriminación queda fora da aplicación do artigo 1 LDC. En consecuencia, en tanto o sistema de distribución selectiva seguido por Sisley España, S.A.

cumpra eses tres principios, ten xustificación plena para excluír a certos retalistas que non reúnan as condicións cualitativas que aparecen no documento “Condicións Xerais de Venda”, que a xuízo do Servizo e tamén deste Tribunal son criterios axeitados para seleccionar aos distribuidores retalistas dado o tipo de produtos en que está especializada a empresa denunciada.

Ademais, dentro dun sistema de distribución selectiva, a empresa de distribución por xunto ten que dispor dunha certa marxe de discrecionalidade, dentro de límites razoables, para decidir se un determinado concesionario ou vendedor retalista cumpre ou non as condicións esixidas, de acordo á política comercial que se persegue, sempre e cando esas condicións sexan proporcionadas e non se apliquen de modo discriminatorio. Así o confirma, por exemplo, a Resolución r 379/99, Relojes Longines do TDC, de 21 de febreiro de 2000. Logo, non se pode aducir que existe discriminación en todo caso baseándose unicamente no feito da exclusión dun retalista, se efectivamente se aplican criterios cualitativos obxectivos.

Porén, aínda dispoñendo desa marxe de discrecionalidade, o distribuidor da marca, neste caso Sisley, non pode actuar de xeito discriminatorio fronte a diversos retalistas potenciais, pois como indica a Resolución 341/93, Cosmeparf do TDC de 22 de abril de 1994, a *“negativa (de subministro) debe ser xustificada e con explicación suficiente das razóns que impiden que a petición dun retalista poida ser atendida, xa que, en calquera caso, o que non cabe é a pura discriminación subxectiva baseada en criterios non demostrables nin xustificables”*.

Abundando nesta mesma liña, a Resolución 379/96, Relojes Joya, de 13 de maio de 1998, sinala que un sistema de distribución selectiva non supón infracción do artigo 1 LDC na medida en que se cumpran os

principios antes comentados de necesidade, proporcionalidade e non discriminación, e refírese explicitamente esta Resolución á non existencia de probas de que a elección de distribuidores se realizara con esixencias que vaian máis alá deses tres principios como argumento de que efectivamente se cumpren.

En definitiva, este Tribunal considera que é necesario comprobar na práctica se a suposta negativa de subministro de Sisley a Maryan Perfumerías constitúe ou non un acto discriminatorio, que resulte da aplicación de criterios distintos dos sinalados nas “Condicións Xerais de Venda”. Neste sentido, o Tribunal considera que cabe estimar a petición do recorrente para que se investigue cal é a razón da negativa de venda dos produtos de Sisley a Maryan Perfumerías, no hipotético caso en que efectivamente se demostrase que existe tal negativa de subministro.

Se, efectivamente, se chegase á conclusión de que a negativa de subministro responde a unha práctica discriminatoria, habería que indagar a continuación cáles poderían ser os obxectivos de tal práctica, e efectuar o balance concurrencial do sistema de distribución selectiva de Sisley, á luz da análise da súa posición no mercado, a través principalmente da cota de mercado, para estudar a súa adaptación ao disposto no Regulamento (CE) nº. 2790/99 da Comisión antes citado, e do Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, relativo a exencións por categorías, autorización singular e rexistro de Defensa da Competencia.

Desde ese punto de vista, é necesario estudar con claridade a cota de mercado da empresa Sisley no segmento de alta perfumaría e cosmética de luxo, tal como se indica no Fundamento anterior. Cómpre lembrar a este respecto que as Directrices da Comisión relativas ás restricións verticais (2000/C 291/01) sinalan que a distribución selectiva cualitativa e cuantitativa poden beneficiarse do Regulamento de Exención por

categorías ata unha cota de mercado do 30 por cento, sempre e cando non se restrinxan as vendas activas dos distribuidores entre sí ou destes aos usuarios finais. Ademais, esas Directrices establecen un procedemento de avaliación da distribución selectiva no que a cota de mercado da empresa distribuidora é relevante, dado que nestes casos, a análise da competencia intramarca debe efectuarse á luz da competencia intermarca.

Cómpre tamén sinalar que, en todo caso, o Real Decreto 378/2003 relativo a exencións por categorías, autorización singular e rexistro de Defensa da Competencia, no seu artigo 3.d), reduce ao 20 por cento a cota de mercado anterior para acordos de restrición vertical que produzan efectos incompatibles coas condicións previstas no artigo 3 LDC.

Por último, cabe mencionar que a Comunicación da Comisión relativa a acordos de menor importancia (DO C 373, de 9 de decembro 1997) establece que os acordos verticais subscritos por empresas con cota de mercado inferior ao 10 por cento quedan excluídos do ámbito de aplicación do apartado 1 do artigo 81 CE.

- 9.- Respondendo á cualificación dos feitos denunciados feita por Maryan Perfumerías, o Servizo estudou se pode apreciarse neste caso unha conduta contraria ao artigo 7 LDC, referente ao falseamento da libre competencia por actos desleais.

O Tribunal comparte a conclusión do Servizo de que non existe vulneración do disposto neste artigo, dado que, aínda no suposto de que se puidera probar que a conduta denunciada é un acto de competencia desleal de acordo aos criterios establecidos pola Lei 3/1991, de 10 de xaneiro, de Competencia Desleal, cuestión que non se considera

acreditada, terían que concorrer as circunstancias de que o acto de competencia desleal distorsionase gravemente as condicións de competencia no mercado e que esa grave distorsión afectase ao interese público. Ningunha das dúas circunstancias concorren neste caso.

- 10.- En conclusión, tendo en conta os razoamentos expostos nos Fundamentos anteriores, o Tribunal considera que procede estimar o recurso de Maryan Perfumerías, e devolver o expediente ao Servizo para que se verifique se os feitos denunciados son certos ou non, se analice o poder de mercado de Sisley no mercado de cosmética e perfumaría de gama alta con atención á dimensión xeográfica do mercado relevante, e se investigue se a hipotética negativa de subministro é resultado dunha actuación discriminatoria de Sisley contra o recorrente que contraría os criterios de selección de retallistas que aparecen no documento “Condicións Xerais de Venda”; e, á luz desa información, continúe a pescuda de todos cantos aspectos sexan pertinentes ata determinar se existen prácticas contrarias á LDC ou se sobresea o expediente, en caso contrario.

Vistos os preceptos legais citados e os demais de xeral aplicación, o Tribunal

RESOLVEU

- Primeiro.- Estimar o recurso interposto por D. A. F. L., representante legal da sociedade mercantil Maryan Perfumerías, S.L., contra o Acordo do Servizo Galego de Defensa da Competencia de 8 de novembro de 2006, de arquivo da denuncia presentada polo recorrente contra Productos de Belleza Sisley España, S.A. e, en consecuencia, declarar nulo e sen efecto ese Acordo do Servizo.

Segundo.- Instruír ao Servizo Galego de Defensa da Competencia para que retrotraia as súas actuacións ao momento anterior ao arquivo da denuncia, e incoe expediente para comprobar a veracidade dos feitos denunciados por D. A. F. L., no seu escrito de 11 de xullo de 2006, e, no seu caso, se analice a posición da marca Sisley no mercado de perfumaría e cosmética de gama alta, a partir da definición do mercado relevante de produto e xeográfico pertinente para o estudo dos feitos denunciados e a determinación da súa cota de mercado; se averigüen as razóns da suposta negativa de subministro dos produtos Sisley a Maryan Perfumerías, e se ditas razóns responden ou non a unha aplicación discriminatoria dos criterios de selección cualitativos nos que se basea o sistema de distribución selectiva de Productos de Belleza Sisley España, S.A.; e demais actuacións que sexan de interese para o presente caso ata a súa completa cualificación xurídica.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese aos interesados, informandoos de que contra ela non cabe recurso algún, sen prexuízo dos actos que procedan cando este Tribunal dite Resolución definitiva.