

RESOLUCIÓN (Expte. R 6/2007. Perfumerías de Ourense 2)

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vocal

D. Alfonso Vez Pazos, Vocal

Santiago de Compostela, 30 de mayo de 2008.

El Pleno del Tribunal Gallego de Defensa da Competencia (“Tribunal” o “TGDC”), con la composición indicada más arriba y siendo Ponente el vocal D. Alfonso Vez Pazos, dictó la siguiente Resolución en el Expediente R 6/2007 (11/2006, del Servicio) originado por el recurso interpuesto el 6 de septiembre de 2007, por D. A. F. L., en nombre y representación de Maryan Perfumerías S.L., contra el acuerdo de sobreseimiento, con archivo de las actuaciones, del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia (“Servicio” o “SGDC”), de 21 de agosto de 2007, en relación con la denuncia presentada por el recurrente contra Productos de Belleza Sisley España, S.A. por presuntas prácticas contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES

- 1.- Con fecha 11 de julio de 2006, el Servicio recibió escrito de denuncia de D. A. F. L. contra Productos de Belleza Sisley España, S.A. por presuntas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de

Defensa de la Competencia, consistentes en la negativa de suministro de sus productos de cosmética y perfumería a Maryan Perfumerías, S.L., con domicilio en Ourense, entidad de la que es representante legal el denunciante.

- 2.- Una vez concluido el trámite de información reservada, el Servicio decidió archivar las actuaciones originadas por la denuncia de D. A. F. L., mediante escrito de 8 de noviembre de 2006.
- 3.- El 23 de noviembre de 2006 se recibió en este Tribunal un escrito fechado el 20 de noviembre de D. A. F. L. interponiendo recurso contra el Acuerdo de archivo de actuaciones del Servicio de 8 de noviembre de 2006.
- 4.- El 9 de marzo de 2007, el Pleno del Tribunal resolvió estimar el recurso interpuesto por D. A. F. L., representante legal de la sociedad mercantil Maryan Perfumerías, S. L., contra el Acuerdo del SGDC de 8 de noviembre de 2006, de archivo de la denuncia presentada por el recurrente contra Productos de Belleza Sisley España, S.A., mediante resolución en la que se instruyó al Servicio para que incoase expediente e hiciese las averiguaciones pertinentes hasta la completa calificación jurídica del caso.
- 5.- En cumplimiento de lo acordado por el TGDC, el 22 de marzo de 2007, el SGDC inició la incoación de expediente sancionador a la denunciada por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- 6.- En aplicación del artículo 37 de la LDC, el Servicio llevó a cabo diversos

actos de instrucción para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, dictando en fecha 21 de agosto de 2007, providencia de sobreseimiento, con archivo de las actuaciones, por no quedar acreditada la existencia de prácticas contrarias a la LDC.

- 7.-** Con fecha 6 de septiembre de 2007, D. A. F. L., en nombre y representación de Maryan Perfumerías S. L. interpuso recurso contra el acuerdo de sobreseimiento del expediente, con archivo de las actuaciones, adoptado el 21 de agosto de 2007 por el SGDC. El recurrente fundamentó su recurso en el hecho de que el SGDC no habría cumplido con lo acordado por este Tribunal en su Resolución de 9 de marzo de 2007 (Expte. R 4/2006 Perfumerías de Ourense), considerando que la conducta imputada a Productos de Belleza Sisley España, S.A. supone una clara discriminación para la denunciante, que infringe los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- 8.-** Tras recibir el expediente con el correspondiente informe del SGDC, el Pleno del TGDC, en su reunión celebrada el 4 de octubre de 2007, acordó su tramitación, designando como ponente al vocal D. Alfonso Vez Pazos, fijando plazo para que los interesados pudiesen formular alegaciones, al amparo de lo previsto en el artículo 48.3 LDC.
- 9.-** El 19 de octubre de 2007, la representación legal de Productos de Belleza Sisley España, S.A. solicitó ampliación del plazo para formular alegaciones, al amparo del artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que fue acordado por providencia de fecha 22 de octubre de 2007, concediéndosele a todas las partes interesadas en el expediente, por un periodo de ocho días hábiles a

partir de la conclusión del plazo concedido en la anterior Providencia de 4 de octubre.

- 10.-** Con fecha 6 de noviembre de 2007, D. A. F. L. presentó sus alegaciones, solicitando que se estimase su recurso y se revocase el archivo acordado por el SGDC.
- 11.-** Con fecha 7 de noviembre de 2007, la representación legal de Productos de Belleza Sisley España, S.A. presentó alegaciones, solicitando la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación del sobreseimiento del expediente, con archivo de actuaciones acordado por el SGDC.
- 12.-** El 20 de diciembre de 2007, el Pleno del TGDC decidió practicar una prueba consistente en la toma de declaración del recurrente con el fin de aclarar ciertas cuestiones que se planteaban en este expediente, consideradas por el Tribunal de importancia crucial para resolverlo.
- 13.-** En cumplimiento de lo anterior, el 17 de enero de 2008 compareció ante el Tribunal el recurrente, dando respuesta a las cuestiones que interesaban al Tribunal. Realizada esta prueba se abrió un nuevo plazo para alegaciones por parte de la empresa Sisley, que respondió mediante escrito de 10 de marzo de 2008.
- 14.-** El Pleno del Tribunal deliberó y falló este asunto en su reunión celebrada el 30 de abril de 2008.
- 15.-** Son interesados:

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

En la medida en que esta circunstancia concurre en el presente expediente, procede su tramitación conforme al procedimiento establecido en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

SEGUNDO.- El artículo 47 de la citada Ley 16/1989 señala que los actos del Servicio que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, serán recurribles ante el Tribunal.

Teniendo en cuenta lo anterior, la cuestión que debe dilucidar este Tribunal ante el recurso presentado es si está de acuerdo con la decisión del Servicio y, por tanto, desestima la petición del recurrente, o revoca dicha decisión de sobreseimiento con archivo de actuaciones, estimando el recurso, por considerar que existen indicios de una conducta contraria a la LDC, sobre la que el

Servicio debe efectuar propuesta de sanción.

En todo caso, la evaluación que corresponde hacer a este Tribunal recae exclusivamente sobre los posibles efectos anticompetitivos de la conducta analizada y, por tanto, sobre el interés público, con el fin de proteger el bien jurídico amparado por la Ley de defensa de la competencia y no la resolución de conflictos privados entre los agentes económicos participantes en el mercado.

TERCERO.- Este Tribunal ya se pronunció sobre este asunto con anterioridad con ocasión del recurso presentado el 23 de noviembre de 2006 por D. A. F. L. contra el acuerdo de archivo de actuaciones del SGDC de 8 de noviembre de 2006.

El Tribunal resolvió dicho recurso estimando la petición de D. A. F. L. mediante Resolución de 9 de marzo de 2007, en la que se instó al SGDC para que incoase expediente con el fin de verificar si los hechos denunciados eran ciertos o no y, en su caso, se analizase la posición de la marca Sisley en el mercado de perfumería y cosmética de gama alta, a partir de la definición de mercado relevante de producto y geográfico pertinente para el estudio de los hechos denunciados y la determinación de su cuota de mercado; se averiguasen las razones de la supuesta negativa de suministro de los productos Sisley a Maryan Perfumerías, y si dichas razones respondían o no a una aplicación discriminatoria de los criterios de selección cualitativos en los que se basa el sistema de distribución selectiva de Productos de Belleza Sisley España, S.A.; y demás actuaciones que fuesen de interés hasta la completa calificación jurídica del expediente.

Como se deduce de lo anterior, el Tribunal atribuía una importancia prioritaria a la verificación por parte del Servicio de los hechos denunciados, pues esa verificación se consideraba crucial para poder pronunciarse en debida forma sobre este expediente. Sólo después de practicarse la comprobación de los hechos, el Tribunal consideraba que se debía analizar la naturaleza hipotéticamente anticompetitiva de la conducta denunciada a la luz de lo dispuesto en la Ley de defensa de la competencia.

CUARTO.- El SGDC, en su propuesta de sobreseimiento de 6 de junio de 2007, afirma que queda imprejuizada la cuestión de las relaciones comerciales entre las partes y la precisión sobre si existió o no negativa de suministro por parte de Sisley España, S.A. a Maryan Perfumerías, precisamente la cuestión que este Tribunal consideraba prioritaria en su Resolución de 9 de marzo de 2007 antes citada.

En la Providencia de sobreseimiento de 21 de agosto de 2007, el SGDC acuerda el archivo de actuaciones del expediente iniciado contra la denunciada por no quedar acreditada la existencia de prácticas contrarias a la LDC, sin que exista ninguna aportación adicional que permita aclarar la cuestión relativa a la comprobación de los hechos denunciados.

QUINTO.- Es cierto, como señala el Servicio, que no puede afirmarse que haya existido una violación del artículo 6 LDC, relativo al abuso de posición de dominio, ya que, tal como queda acreditado en el expediente incoado, Sisley no ocupa una posición de dominio en

el mercado de alta perfumería y cosmética de lujo, ya que, incluso en la hipótesis más estrecha, que identifica un hipotético mercado de productos de cosmética y perfumería de la gama más alta, como pretende el recurrente, las cifras aportadas por las partes no permiten llegar a la conclusión de que Sisley ocupe una posición de dominio.

SEXTO.- También coincide este Tribunal con el SGDC en considerar que no se produce en el presente caso una contravención del artículo 7 LDC, referente a los actos de competencia desleal que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que afecten al interés público, dado que la conducta denunciada no constituye un acto de competencia desleal ni se produce afectación del interés público en el grado que requiere la aplicación de esta figura jurídica en el campo del derecho de la competencia.

SÉPTIMO.- Sin embargo, la revisión de la conducta denunciada en sede del artículo 1 LDC sí exige, en opinión de este Tribunal, una consideración más detenida.

El SGDC argumenta que para que se pueda hablar de un ilícito prohibido por el artículo 1 LDC debe existir “colusión”, es decir, un pacto, expreso o tácito, que exige pluralidad de partes y, dado que en este caso el Servicio no aprecia indicios de acuerdos de Sisley con otras empresas, descarta que se trate de una conducta contraria al citado artículo de la LDC.

Sin embargo, en opinión de este Tribunal, la conducta denunciada debe analizarse teniendo en cuenta que Sisley utiliza para su

distribución comercial un sistema de distribución selectiva, amparado en principio por el Reglamento (CE) nº. 2790/99, del 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, transpuesto al ordenamiento español por el Real Decreto 378/2003 relativo a las exenciones por categorías, autorización singular y registro de la competencia.

Es cierto, como señala Sisley en sus alegaciones, que la distribución selectiva de carácter puramente cualitativo queda fuera del apartado 1 del artículo 81 por ausencia de efectos anticompetitivos y, por tanto, también debe entenderse inocua para el artículo 1 LDC, siempre y cuando se respeten los tres principios que se señalan en las Directrices relativas a las Restricciones Verticales (Comunicación de la Comisión 2000/C 291/01) de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, ampliamente reiterados también en las resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia.

La empresa denunciada argumenta que aún en el supuesto de incumplimiento del criterio de no discriminación, la actuación de Sisley estaría amparada por lo dispuesto en el Reglamento (CE) 2790/99, dado que el sistema de distribución selectivo que sigue constituye un acuerdo vertical por parte de una empresa que tiene una cuota de mercado inferior al 30 por ciento, de modo que se aplica plenamente lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del citado Reglamento, referentes a la exención de dichos acuerdos verticales de las prohibiciones del apartado 1 del artículo 81TR.

Ahora bien, este Tribunal considera que, en el supuesto de que

los hechos denunciados fuesen ciertos y se demostrase, en consecuencia, que Sisley había actuado de modo discriminatorio con Maryan Perfumerías, habría que analizar la conducta de la denunciada bajo la perspectiva de su intencionalidad para proceder de tal modo y de los efectos buscados con la hipotética exclusión de Maryan Perfumerías de su cadena de distribución, así como la aptitud de esa conducta para causar una restricción en el mercado, a fin de constatar si los hechos denunciados constituyen o no una práctica que pudiese asociarse a lo contemplado en el artículo 4 del Reglamento (CE) 2790/99, que regula las causas de no aplicación de la exención sobre acuerdos verticales, en particular en lo dispuesto en su apartado a), teniendo en cuenta que la firma Maryan Perfumerías sigue una política propia de precios de venta al público y practica descuentos sustanciales en los productos que comercializa.

Se trataría, por lo tanto, bajo el supuesto de la confirmación de los hechos denunciados, de un indicio referente a una conducta hipotéticamente colusoria que requeriría examinar el sistema de distribución selectiva de Sisley a la luz del objeto de tal conducta y de sus efectos posibles en el mercado. Las Directrices de la Comisión relativas a Restricciones Verticales señalan en el párrafo (103) que entre las consecuencias negativas que pueden derivarse de las restricciones verticales, que son, precisamente, las que pretenden evitarse a través de la aplicación de las normas de competencia, figura la reducción de la competencia intramarca entre distribuidores de la misma marca y la reducción de la competencia intermarca entre las empresas que operan en el mismo mercado de producto. Así mismo, en el párrafo (187) la Comisión llama la atención sobre la necesidad de analizar de

modo especial los efectos de posibles restricciones anticompetitivas cuando la pérdida de competencia intramarca se asocia con situaciones en que la competencia intermarca es limitada, como sucede, por ejemplo, cuando existe coincidencia de varios fabricantes o mayoristas que utilizan el canal de distribución selectiva, como ocurre, en efecto, en el mercado de perfumería y cosmética de lujo. Además, tal como indican las citadas Directrices en su párrafo (188), el sistema de distribución selectiva plantea un riesgo notable de exclusión de distribuidores eficaces, lo que lo *“convierte en un sistema particularmente idóneo para evitar la presión a la baja sobre los márgenes del fabricante por parte de los almacenes de descuento”*.

OCTAVO.- En vista de lo anterior, este Tribunal considera que resulta perentorio analizar la veracidad de los hechos denunciados como base para pronunciarse cabalmente sobre este expediente, confirmando lo dispuesto en su Resolución anterior sobre este asunto.

Para poder llegar a una conclusión definitiva sobre este extremo, tras analizar la documentación que consta en el expediente y a la vista de la conclusión del SGDC referida en el Fundamento Cuarto anterior, el Tribunal decidió practicar una prueba complementaria consistente en la toma de declaración al recurrente, haciendo uso de la prerrogativa que le asiste para la realización de todo tipo de pruebas cuando la información que figura en el expediente no permite disponer de los elementos necesarios para fundar la resolución o en cualquier otra circunstancia en que sea necesario para resolver debidamente, tal como acertadamente reconoce la propia empresa denunciada

en su escrito de alegaciones de 10 de marzo de 2008, citando la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia R 362/99 Bacardí, Fundamento de Derecho 2.

NOVENO.- Entrando en el análisis de los hechos denunciados, el recurrente afirma que puede considerarse probado que existió negativa de suministro por parte de Sisley a Maryan Perfumerías y que esa negativa se constata por la falta real de envío de productos a la denunciante transcurrido un largo período de tiempo desde que a comienzos de 2006 Maryan Perfumerías solicitase por escrito la distribución de los productos de la marca Sisley en sus tiendas.

Por su parte, Sisley no niega que no esté suministrando sus productos a Maryan Perfumerías. Por tanto, la ausencia de suministro por parte de Sisley a Maryan Perfumerías es un hecho incontrovertido, que ambas partes reconocen, aunque para el recurrente es, sin más, una negativa de suministro, mientras que para la denunciada supondría, en el caso más extremo, una negativa a contratar y no una negativa de suministro.

Ahora bien, en opinión de este Tribunal, lo que hay que analizar es la causa de esa ausencia de relación comercial entre ambas firmas y si puede considerarse o no que Sisley actuó de modo discriminatorio con Maryan Perfumerías.

Para aclarar esos aspectos es necesario determinar, en primer lugar, si Sisley siguió en este caso el procedimiento que puede considerarse habitual para la selección de distribuidores, de acuerdo con las practicas generalmente admitidas en el sector; y en segundo lugar, si la decisión de Sisley se ha ajustado a los

requisitos de selección en que basa la denunciada su sistema de distribución selectiva, que son los que aparecen en el documento “Condiciones Generales de Venta”, dentro de los márgenes de discrecionalidad con que pueden aplicarse esos requisitos, o si la decisión o ausencia de decisión se ha debido a otros factores, entre los que pudiera detectarse la aplicación de criterios discriminatorios.

De acuerdo con la información disponible, este Tribunal considera que no está probado que Sisley incumpliera ninguno de los aspectos señalados en el párrafo anterior. Por una parte, en lo referente al procedimiento seguido, no puede decirse que Maryan Perfumerías se haya apartado de modo significativo del procedimiento que puede considerarse normal para responder a la solicitud de un distribuidor minorista, dado que Maryan Perfumerías recibió la visita de la representante de Sisley pocos días después del envío del burofax de petición de incorporación a la red de distribución de la denunciada.

Por otra parte, en lo concerniente a la aplicación de los requisitos de selección, tampoco puede afirmarse que Sisley haya actuado de modo discriminatorio, pues para poder aplicar esos requisitos es condición necesaria e indispensable disponer de información suficiente sobre las características de los puntos de venta del distribuidor minorista solicitante, sin que se demostrase de modo fehaciente por la denunciante que la falta de envío de esa información de Maryan Perfumerías a Sisley fuese responsabilidad de esta última.

Teniendo en cuenta la información analizada, este Tribunal considera que existen dudas razonables que impiden llegar a la

conclusión de que hubiera voluntad por parte de Sisley España, S.A. de excluir intencionadamente a Maryan Perfumerías de su cadena de distribuidores con fines contrarios a las normas de competencia. El Tribunal estima que no existen pruebas firmes que demuestren, por una parte, que Sisley España, S.A. excluyó de su cadena de distribución a Maryan Perfumerías de modo discriminatorio, no adecuadas al documento “Condiciones Generales de Venta”, que es el documento de referencia que utiliza Sisley para la selección y contratación de sus distribuidores; y, por otra parte, que esa exclusión se hiciese con fines restrictivos de la competencia efectiva en el mercado, de modo que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio de 21 de agosto de 2007.

La conclusión anterior remite en última instancia a la aplicación en el régimen administrativo sancionador del mismo principio que rige en el orden penal referente al derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 da Constitución, reiterado ampliamente por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (véanse entre otras las SSTC números 13/1992, 137/1988 e 68/1998), de modo que nadie puede ser condenado o sancionado sin la existencia de pruebas de cargo legalmente establecidas y suficientemente contrastadas.

En consecuencia, vistos los preceptos legales y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por D. A. F. L., en nombre y representación de Maryan Perfumerías S.L., contra el acuerdo de sobreseimiento del expediente 11/2006, del Servicio, con archivo de las actuaciones, adoptado el 21 de agosto de 2007, incoado en virtud de la denuncia formulada por el recurrente contra Productos de Belleza Sisley España, S.A. por presuntas prácticas contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Comuníquese esta resolución al SGDC y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses partir de la fecha de notificación de esta resolución.