

RESOLUCION (EXPTE. S/0377/11 AMAZON)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M. Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D^a Paloma Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 27 de enero de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0377/11 AMAZON en el que la ASOCIACIÓN VIDEOGRÁFICA ESPAÑOLA INDEPENDIENTE (AVEI) formula denuncia contra AMAZON EU, SARL (AMAZON), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia que podrían suponer una infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, sobre Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

Denuncia

1. El 26 de septiembre de 2011 la ASOCIACIÓN VIDEOGRÁFICA ESPAÑOLA INDEPENDIENTE (AVEI) presentó ante la Dirección de Investigación denuncia contra AMAZON EU, SARL (AMAZON), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en un incumplimiento de la normativa vigente en lo referente a las obras audiovisuales, que según la denunciante, dejaría al sector videográfico español en clara desventaja en la comercialización de DVD's y Blu-ray's. Según la denunciante, los hechos supondrían una infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, sobre Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

Investigación

–

Sobre las partes

Denunciante: ASOCIACIÓN VIDEOGRÁFICA ESPAÑOLA INDEPENDIENTE (“AVEI”)

2. **AVEI** es una asociación de ámbito nacional constituida por empresas y/o personas físicas independientes dedicadas a la edición y distribución de obras

audiovisuales en formato videográfico, así como propietarias y licenciatarias de derechos de explotación videográfica.

La Asociación tiene por objeto la representación, protección y defensa de los intereses del sector videográfico y audiovisual.

Denunciado: AMAZON EU, SARL (“AMAZON”)

3. **AMAZON** es una sociedad que vende a través de internet una gran variedad de productos de consumo, entre ellos DVD's y Blu-ray's, que cuenta con páginas web orientadas a distintos países europeos. La página web de AMAZON orientada a España, Amazon.es, se inauguró en septiembre de 2011.

– ***Sobre las conductas denunciadas***

4. Según consta en la denuncia, y en el relato de la Dirección de Investigación en su informe propuesta al consejo de la CNC, AVEI denuncia que AMAZON habría distribuido y comercializado en España obras audiovisuales en formato DVD y Blu-ray sin la correspondiente calificación por edades de una autoridad española competente a la que le obliga la legislación vigente, sin publicitarla y sin pagar las tasas correspondientes.
5. La denunciante añade que la violación por parte de AMAZON de la normativa de calificación por edades supone además, una desprotección de los derechos de los menores.
6. Como elementos probatorios AVEI aporta junto con su denuncia copia de carátulas correspondientes a DVD's y Blu-ray's importados que se comercializan a través de la página de Amazon.es y en los que no figura la calificación emitida por parte de una autoridad española competente. Asimismo, AVEI aporta facturas de compra de los mismos para acreditar que dichas películas efectivamente se comercializan por AMAZON en el territorio español (folio 8).
7. La denunciante señala que los títulos afectados por esta práctica serían aproximadamente 100.000, es decir, la totalidad de títulos ofertados por AMAZON en España. No obstante, la Dirección de Investigación advierte que:
 - (i). no todas las películas comercializadas por AMAZON en España son importadas, y por tanto, no puede afirmarse que la totalidad de los títulos ofertados por AMAZON en DVD y Blu-ray carezcan de la correspondiente reseña con la calificación concreta de una autoridad española competente, y
 - (ii). Que las películas importadas objeto de denuncia sí incluyen la calificación por edades de la autoridad audiovisual del país de origen de la obra.
8. AVEI, también denuncia que AMAZON vende en España obras audiovisuales sobre los cuales no tiene los derechos exclusivos de explotación o cuya comercialización está prohibida. Sobre este hecho la Dirección de Investigación

pone de manifiesto que la denunciante no ha aportado elemento alguno que pueda ayudar a acreditar la comercialización por parte de AMAZON de películas sobre las cuales no tiene derechos de explotación o que esté prohibida su comercialización.

– ***Sobre la normativa aplicable***

9. La obligación de calificar por edades las obras audiovisuales distribuidas y comercializadas en España se encuentra recogida en la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine. Concretamente, en el artículo 8.1 de la Ley 55/2007 se detalla que “antes de proceder a la comercialización, difusión o publicidad de una película cinematográfica u obra audiovisual por cualquier medio o en cualquier soporte en territorio español, ésta deberá ser calificada por grupos de edades del público al que está destinada, mediante resolución del Director del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales previo informe de la Comisión de Calificación o por los órganos competentes de aquellas Comunidades Autónomas que ostenten competencias para la calificación de las películas y los materiales audiovisuales.”
10. Adicionalmente, como señala el artículo 9 de la Ley 55/2007, es obligatoria su publicidad: *“las calificaciones de las películas y demás obras audiovisuales deben hacerse llegar a conocimiento del público, a título orientativo, por los medios adecuados en cada caso”*.
11. En cuanto a las películas importadas que se comercialicen en España, la ley prevé la posibilidad de que mediante resolución se establezcan los supuestos en que pueda reconocerse a una obra la misma clasificación que le haya sido otorgada por la autoridad audiovisual correspondiente de otro Estado.
12. El Real Decreto 490/2010, de 23 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine señala en su artículo 6.2 que *“el ICAA establecerá mediante resolución, que será publicada en el Boletín Oficial del Estado, los criterios que sirvan de base a la calificación de las películas cinematográficas y otras obras audiovisuales, así como los supuestos en que se podrá tomar en consideración la calificación previa que haya obtenido la obra procedente de una autoridad audiovisual en otro Estado”*. A fecha de hoy no se ha materializado dicha opción de desarrollo reglamentario contemplado en la de la Ley 55/2007.
13. Por otra parte, el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

Valoración de la Dirección de Investigación

Compatibilidad con el artículo 3 de la LDC

14. En su análisis de compatibilidad de la conducta denunciada con el artículo 3 LDC la Dirección de Investigación plantea las siguientes bases:

- (i). Que *“El artículo 3 de la LDC establece lo siguiente: “La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”*
- (ii). Que *“Este artículo atribuye, pues, a la CNC el conocimiento de los actos de competencia desleal, que por falsear la libre competencia, afecten al interés público. Es por tanto, una norma de remisión que ha de ser completada con lo previsto en la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal (Ley 3/1991). Así, para su aplicación, se exige la concurrencia de dos requisitos: la existencia de un acto de competencia desleal de acuerdo con la Ley 3/1991 y la acreditación de una afectación grave a la competencia en el mercado y al interés público”*.
- (iii). Que *“Con respecto al primer requisito, si bien AVEI no indica qué preceptos de la Ley 3/1991 habría violado AMAZON, se entiende de las acusaciones realizadas que imputa a AMAZON haber violado el artículo 15 de la mencionada Ley, que entiende por acto desleal la violación una norma que dote de una ventaja competitiva significativa al infractor. Concretamente, AVEI considera que AMAZON incurre en una conducta desleal al incumplir la Ley 55/2007, que le obliga a calificar por edades los productos audiovisuales que comercializa en territorio español previo pago de las correspondientes tasas, y al comercializar películas sobre las que no tiene derechos de explotación, y que está situación coloca a las empresas del sector videográfico en situación de desventaja frente a AMAZON.”*
- (iv). Que: *“En primer lugar, a juicio de esta Dirección de Investigación no existen indicios racionales de que AMAZON haya infringido la normativa vigente aplicable. En primer lugar, de los elementos que constan en el expediente, se deduce que las películas importadas por AMAZON sí cuentan con la calificación para menores emitida por las autoridades competentes de otros Estados de la Unión Europea, que como consecuencia de la normativa comunitaria, deben tener un efecto equivalente a la de las calificaciones de las autoridades competentes españolas.”*
- (v). Que: *“En todo caso, es preciso aclarar que el TFUE prohíbe en su artículo 34 las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente, y que en caso de conflicto*

entre el Derecho comunitario y el interno, deberá prevalecer el primero frente al segundo. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha establecido en el asunto Dynamic Medien¹ que la prohibición de comercializar vídeos y DVD vendidos por correspondencia y por Internet que no lleven indicación alguna de la edad a partir de la que pueden verse, producto de una decisión de clasificación que emane de una autoridad regional superior o de un organismo nacional de autorregulación, puede constituir una medida contraria al artículo 34 del TFUE sobre importaciones en el interior de la UE”.

- (vi). *Que: “Asimismo, tampoco se deduce en ningún caso que las prácticas denunciadas atentan sobre los derechos de los menores, tal y como sostiene AVEI. Al respecto, en el asunto Dynamic Medien, el TJUE señalo expresamente que el hecho de que los DVD’s se comercialicen vía internet y a través de un sistema de pago a través de tarjetas de crédito impide la venta a menores de películas potencialmente sensibles”.*
15. *Por todo ello “En definitiva, esta Dirección de Investigación considera que de los elementos que constan en el expediente no se desprende la existencia de indicios de infracción normativa por parte de AMAZON, en la medida que su actuación estaría habilitada por la normativa comunitaria, que debe prevalecer sobre la Ley 55/2007, por lo que cabe concluir que tampoco existen indicios de que AMAZÓN haya incurrido en una infracción del artículo 15 de la Ley 3/1991”.*
16. *Continua su valoración destacando que “En todo caso, para que un acto de competencia desleal constituya una infracción del artículo 3 de la LDC, es necesario que produzca un falseamiento de la competencia tal que tenga entidad suficiente para afectar al interés público. Es decir, sólo aquellos actos que siendo actos de competencia desleal, afecten además al interés público, y no sólo al de los competidores, podrán ser sancionados bajo la LDC”. Y sobre ello manifiesta que ni el denunciante ha aportado indicios de afectación al interés público, ni razonamiento alguno de cómo éste podría haber sido afectado, ni la Dirección de Investigación aprecia que la conducta denunciada pueda afectar a la competencia, ni mucho menos en grado tal que fuese aplicable el artículo 3 de la LDC.*
17. *Y concluye que: “Por tanto, en base a todo lo anterior, en los hechos denunciados no cabe apreciar indicios de una conducta que pudiese constituir una infracción del artículo 3 LDC”.*
18. *Con respecto a la denuncia relatada en el AH 8 la Dirección de Investigación, y por las razones expuesta en el mismo AH concluye que “Por este motivo, a los efectos de la presente propuesta de archivo, esta Dirección de Investigación*

¹ Asunto C-244/06, Dynamic Medien

considera que no es necesario analizar con mayor profundidad este punto de la denuncia”.

19. Consecuentemente, el informe propuesta que eleva al Consejo de la CNC el 11 de noviembre de 2011, le propone que:

“De acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por la Asociación Española Videográfica Independiente, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley.”

20. El Consejo deliberó y falló esta resolución el 18 de enero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.-

La ASOCIACIÓN VIDEOGRÁFICA ESPAÑOLA INDEPENDIENTE, AVEI, ha denunciado ante la CNC a AMAZON por una conducta que, según sus criterios, podría infringir la normativa de competencia. Debe esta resolución analizar si en la conducta denunciada existen indicios de infracción que fundamenten el inicio de un procedimiento sancionador mediante la correspondiente incoación de un expediente sancionador, o por el contrario en ausencia de tales indicios procede el archivo de la actuaciones realizadas hasta el momento.

Según la denunciante AMAZON estaría comercializando películas en formato DVD y Blue-ray sin cumplir con la normativa vigente en materia de calificación por edades. Este incumplimiento conllevaría que AMAZON no estaría pagando las correspondientes tasas obligatorias que si han de satisfacer los editores y distribuidores cinematográficos y videográficos españoles, so pena de ser sancionados por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA) del Ministerio de Cultura. Solicita a su vez que con e fin de restablecer la legalidad dicha tienda en internet no pueda vender títulos audiovisuales en España sin calificar por edades.

La denuncia argumenta que la Industria Audiovisual de España y en concreto la videográfica no puede competir con títulos traídos del extranjero que no cumplen la normativa de calificación por edades y que no pagan tasas. La denunciante clasifica esta conducta como desleal e ilícita, pues según su criterio *“deja a la Industria Audiovisual, en concreto al sector videográfico español, en clara desventaja y en inferioridad de condiciones frente a las actividades de Amazon.es en España en la distribución, venta y cualquier otro tipo de comercialización de obras audiovisuales (...), preferentemente en formato DVD y Blue-ray (...).”*

La Dirección de Investigación, analizado el expediente, no encuentra indicios de infracción del artículo 3 de la LDC, porque valora que no se ha producido suficiente afectación a la competencia como para que sea de aplicación dicho artículo.

La deslealtad denunciada implicaría, según el denunciante, unos menores costes para Amazon.es al no incurrir en el pago por clasificación por edades de las películas, coste que si estarían soportando el resto de distribuidores de DVD's y Blue-Ray's que operan en el mercado de la distribución y venta de estos productos. Esos mayores costes les ocasionan una desventaja competitiva, y por tanto la conducta sería susceptible de ser valorada como desleal. En definitiva, se trataría de una conducta que, derivada de un incumplimiento normativo, estaría favoreciendo "deslealmente" a unos competidores frente a otros, y por tanto es susceptible de ser valorada como desleal, pudiendo por tanto incumplir la legislación bien en materia de competencia desleal bien en materia de defensa de la competencia.

El Consejo, en materia de aplicación del artículo 3 LDC viene reiterando en sus resoluciones que: *"(...) En consecuencia, ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no sólo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal"*. (RCNC de 15 de diciembre de 2011, expediente S/0350/11 y RCNC de 16 de enero de 2011 S/0353/11, CESPAs Gestión de Residuos).

En el caso presente, sin entrar a valorar si Amazon.es cumple o no con la interpretación que el denunciante hace de la normativa de clasificación por edades, y apreciando la Dirección de Investigación la existencia de tal clasificación en los productos distribuidos por Amazon otorgada por otra autoridad nacional distinta a la española, el Consejo no observa indicios de que la conducta denunciada infrinja la Ley 15/2007, toda vez que de dicha conducta no cabe presumir cambios en los parámetros comerciales (calidad, cantidad o precio) de los productos ofertados que supongan un perjuicio para la competencia tal que afecte al interés público. En conclusión, aun suponiendo que la conducta llegase a ser valorada como desleal, no procede incoar procedimiento sancionador por parte de la CNC al no apreciarse indicios de afectación del interés público.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Consejo

HA RESUELTO

ÚNICO.- Sobre la base del artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas en el expediente S/0377/11 AMAZON.



Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.