

**RESOLUCION
(EXPTE. S/0344/11 DISTRIBUCIÓN CERVEZA)**

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 9 de abril 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/0344/11 DISTRIBUCION CERVEZA en el que la Asociación Española de Empresas de Cash & Carry (AESECC) denuncia a las fabricantes y distribuidoras de cerveza Grupo Mahou-San Miguel S.A. (en adelante, Mahou-San Miguel), Heineken España, S.A. (en adelante, Heineken) y Sociedad Anónima Damm (en adelante, Damm) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia que podrían suponer una infracción del artículo 2.2.b de la Ley 15/2007, de 3 de julio (BOE del 4), de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ANTECEDENTES DE HECHO

Denuncia

1. El 27 de abril y 20 de octubre de 2011, la Asociación Española de Empresas de Cash & Carry (AESECC) presentó ante la Dirección de Investigación denuncia contra las fabricantes y distribuidoras de cerveza Mahou-San Miguel, Heineken y Damm por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la negativa por parte de las denunciadas a suministrar un formato de envase de cerveza, en concreto el barril, a las empresas integrantes de AESECC. Según la denunciante los hechos supondrían un abuso de posición de dominio colectivo, lo que infringiría el artículo 2.2.b de la Ley 15/2007, de 3 de julio (BOE del 4), de Defensa de la Competencia (LDC).

Investigación

2. El 17 de noviembre de 2011 la Dirección de Investigación solicitó información a Heineken, Mahou-San Miguel y a Damm sobre su política de distribución de barriles de cerveza. El 7 de diciembre de 2011 se recibió la respuesta de Mahou-San Miguel. El 9 de diciembre de 2011 se recibió la respuesta de Heineken, que fue completada, a requerimiento de la Dirección de Investigación el 23 de diciembre de 2011 y el 17 de enero de 2012. El 15 de diciembre de 2011 se recibió la contestación de Damm, completada, a petición de la Dirección de Investigación el 5 de enero de 2012.

Sobre las partes

Denunciante:

3. **Asociación Española de Empresas de Cash & Carry (AESECC)**, constituida en 2004, agrupa a las principales empresas de distribución mayorista Cash & Carry que operan en España. AESECC tiene por objeto social representar y defender los intereses profesionales y ser cauce de representación de las empresas asociadas, así como la realización, promoción y difusión de estudios e ideas sobre los problemas del comercio contemporáneo, en especial la idea del Cash & Carry como modelo de negocio.

Esta Asociación está integrada por Dialsur Cash & Carry (Musgrave España, S.A.), Makro Autoservicio Mayorista, S.A. (Grupo Metro), Cash Record (MERCASH SAR, S.L.U.) y Miquel Alimentació Grup, S.A.U.

Denunciadas:

4. **Grupo Mahou-San Miguel, S.A.** Es el primer grupo cervecero de capital 100% español. Su actividad principal es la fabricación, venta y distribución de cerveza así como la fabricación de envases, botellas y otros elementos auxiliares de su actividad.
5. **Heineken España.** Forma parte del Grupo Heineken N.V., un grupo internacional presente en el sector de la fabricación, comercialización y distribución de cerveza y otras bebidas a escala mundial. Su actividad es la fabricación, comercialización y distribución de bebidas a nivel nacional, principalmente cerveza.
6. **Grupo Damm.** Grupo empresarial cuya actividad se basa en la fabricación y distribución de bebidas a nivel nacional, principalmente cerveza. Es el tercer operador nacional en volumen de ventas de cerveza, con una fuerte implantación en la zona de Cataluña y con una amplia cartera de marcas, siendo la más fuerte Estrella Damm.
7. **La propuesta de archivo elevada por la DI a este Consejo realiza la descripción del sector y el relato de hechos acreditados que figuran a continuación:**

Sobre el sector cervecero

“La actividad de las denunciadas (en adelante las cerveceras) se encuadra en el sector de la fabricación, comercialización y distribución de cerveza. Esta, constituye un mercado de producto propio, diferenciado tanto del de las otras

bebidas en razón de las especiales características de su sabor, su proceso de producción y sus hábitos de consumo.

El ámbito geográfico es nacional con algunas peculiaridades insulares en el mercado canario.

El mercado de la producción en España está concentrado en las tres cerveceras denunciadas.

Producción de cerveza en el ámbito nacional - 2009		
Cerveceras	Miles de hl	%
<i>Mahou-San Miguel</i>	12.702	37,53
<i>Heineken</i>	10.357	30,65
<i>Damm</i>	8.375	24,74
TOTAL	31.434	92,92

Fuente: Informe socioeconómico del sector de la cerveza en España 2009 aportado con la denuncia.

La cerveza llega a los consumidores finales fundamentalmente a través de dos canales:

- **Canal horeca** o venta a través de bares, hoteles, restaurantes, cafeterías y otros establecimientos de consumo similares. Este está formado por un número de establecimientos muy elevado, con unas compras medias relativamente bajas, lo que se traduce en una atomización y diversificación de la demanda. Esto, unido al reducido tamaño de los establecimientos, conlleva un bajo poder de negociación frente a los fabricantes de cerveza ya que ni su capacidad financiera, ni su capacidad de almacenamiento permiten realizar grandes pedidos. Estos factores contribuyen a que las ventas en horeca ofrezcan mayores posibilidades de rentabilidad para las cerveceras que las realizadas en el canal de alimentación. La capacidad de maniobra de estos establecimientos reside fundamentalmente en la virtual ausencia de restricciones a la frecuencia con que pueden cambiar de proveedor.

En España la mayor parte de las ventas se realizan a través del canal horeca, que en 2009 acaparó el 54% de las ventas, frente al 46% del canal de alimentación.

- **Canal alimentación.** Este canal presenta un elevado volumen de compras a los fabricantes, lo que unido a la importante capacidad financiera de los minoristas de este canal, principalmente cadenas de supermercados e hipermercados, les otorgan un alto poder de negociación frente a las cerveceras.

En lo referente a las ventas de cerveza según el tipo de envases, los resultados del año 2009 fueron i) botella: 44% ii) barril: 28% y iii) lata y otros: 28%. El barril es considerado por las cerveceras como un producto más sensible que una lata o una botella y por ello el seguimiento que se hace de ellos desde que salen de fábrica hasta su correcta expedición es de gran relevancia para las cerveceras.

Va destinado a una modalidad de consumo diferente de aquel de envases no retornables, que son los habituales del canal de alimentación.

La denominada cerveza de barril o caña precisa de una cierta infraestructura para su dispensa al consumidor final, pues requiere que el producto se mezcle debidamente con el gas carbónico en una instalación situada en el propio punto de venta, y solo tras dicha mezcla puede ser consumido el producto. Para ello, según exponen las cerveceras, el barril de cerveza requiere un servicio óptimo de calidad con altos niveles de seguridad e higiene. Por estas razones tradicionalmente cada fabricante de cerveza viene distribuyendo con el barril los demás elementos que forman parte de la instalación y que en conjunto aseguran la calidad del producto. Todo ello conlleva un sistema técnico de instalación, equipamientos, servicios de asistencia, control y cuidados especiales por personal técnico, que según los fabricantes garantizan la calidad del producto hasta que se sirve al consumidor final. Para que una determinada cervecera pueda asegurar que un establecimiento “tire” la cerveza conforme a sus estándares de calidad, sin que exista riesgo para el prestigio y reputación de la marca, las cerveceras manifiestan que es necesario asegurarse de que el establecimiento cuenta con la asistencia cualificada necesaria en lo que se refiere a la colocación de las instalaciones, su limpieza y desinfección, su mantenimiento, la asistencia en caso de avería e incluso el asesoramiento oportuno respecto a las características del grifo en cuestión, o de las opciones existentes para el cambio de grifo según se produzcan mejoras en el diseño o prestaciones.

El control de estos servicios e instalaciones para asegurarse que la marca se sirve al consumidor final con los niveles de calidad establecidos por el fabricante se garantizaría solo a través del distribuidor independiente y no así en las ventas que se producen en los establecimientos cash & carry. A este respecto, las cerveceras manifiestan que la distribución es además la única forma de asegurarse que el barril se suministrará a establecimientos que posean las instalaciones de tiraje de la propia marca de cerveza, instalaciones cedidas y supervisadas por las cerveceras, de las que son responsables. El barril y la instalación son propiedad de las cerveceras, sin perjuicio de que cada establecimiento minorista puede poseer distintas instalaciones de diferentes marcas de cerveza. Cada cervecera entrega a los establecimientos horeca minoristas sus propias normas de uso y mantenimiento de las instalaciones que son aceptadas por estos a su recepción, comprometiéndose a su utilización y conservación siguiendo la política de seguridad e higiene de cada cervecera.

Los distribuidores independientes del canal horeca, a juicio de las cerveceras juegan un papel fundamental como enlace entre la cervecera y los clientes permitiendo prestar un servicio más eficiente, más cercano, con mayor capacidad de respuesta ante las necesidades en cada momento y con mayor cobertura geográfica, ya que llegan a zonas de menor densidad de población alejadas de los grandes núcleos urbanos. Los distribuidores poseen la flexibilidad, las capacidades y los conocimientos necesarios, lo que no ocurre en los establecimientos cash & carry por su diferente modelo de negocio más centralizado y menos enfocado a prestar servicios en los puntos de venta.

Una de las cerveceras destaca también el papel de la financiación de las mismas a los establecimientos minoristas en este sistema de distribución. El barril lleva consigo la necesidad de instalación del grifo expendedor de la cerveza y, aunque los establecimientos pueden tener varias marcas de cerveza en botella, muchos de ellos solo tienen un grifo de barril que representa un alto porcentaje de las ventas. Tener el grifo supone para el fabricante una publicidad en el local y una mejor posición para incrementar las ventas de sus productos. Por ello, los fabricantes compiten por posicionar su grifo en el local y para ello, suelen ofrecer a los establecimientos, al margen del precio del producto más o menos competitivo, otro tipo de ventajas tales como instalación gratuita de los grifos, barriles gratuitos, artículos promocionales, mobiliario, enseres para el local, o promociones en formato botella para posicionar su marca en el local. A este fin contribuye también disponer de un grupo eficaz de distribuidores que hagan llegar el producto a los puntos de venta. Los establecimientos horeca a la hora de decidirse por un proveedor buscarán al que le ofrezca mejores condiciones, no solo de precio de cesión, sino también en términos de ventajas añadidas. Si se tiene en cuenta que la rotación de los barriles en algunos bares no es muy elevada, estas ventajas tienen mucha importancia para el negocio, incluso puede ser que, en ocasiones, más que el precio”.

Hechos acreditados

“Las cerveceras suministran a los establecimientos cash & carry cerveza en todo tipo de envases (latas, botellas...) excepto la envasada en barril, que se suministra en sus distintos formatos de 30, 50 o 60 litros, únicamente a los establecimientos del canal horeca, centrado en hoteles, restaurantes, bares y cafeterías. Este tipo de distribución se realiza en todo el sector por medio de distribuidores independientes, quienes la redistribuyen a los minoristas por sus propios medios (folios 338, 364 y 401).

Los establecimientos cash & carry miembros de la AESCC solicitaron en varias ocasiones este tipo de suministro pero las cerveceras se lo denegaron:

(i). *MAKRO solicitó el suministro del barril a Cervezas Alhambra (perteneciente al Grupo Mahou-San Miguel) (folio 68), a Mahou-San Miguel (folios 70, 91 y 92), a Damm (folio 72) y a Heineken (folios 74 y 75) (folios 88 y 89) en las mismas fechas (abril 2008 y octubre 2010). Todas ellas se lo denegaron.*

- Heineken justificó la denegación señalando a MAKRO que son muchos los elementos que deben tenerse en cuenta alrededor de la comercialización del barril de cerveza, elementos que acompañan y aportan valor en la construcción y desarrollo de su marca. Por ello, intentan cuidar al máximo y se sienten responsables de su comercialización, que se encuentra en Heineken España dentro de un marco general de servicio que ofrecen al profesional de la hostelería que, además de la distribución física de los barriles, conlleva otros aspectos propios del desarrollo y cuidado de la marca en los establecimientos, como son: servicio técnico, mantenimiento de los equipos, promoción e información de su porfolio de productos,

formación e información a los baristas sobre las mejores prácticas para “tirar cerveza” en un grifo (folios 74, 88 y 89).

- Por su parte, Damm justificó a MAKRO su denegación de suministro del barril por considerar que mediante sus distribuidores han alcanzado un grado óptimo de distribución del producto (folios 85 y 86).

(ii). Musgrave España S.A.U. solicitó el barril de cerveza a Heineken el (folios 98 y 99), a Damm (folios 102 y 103) y a Grupo Mahou-San Miguel (folios 106) en las mismas fechas (septiembre-octubre 2010) habiéndosele denegado por las tres marcas. Las dos primeras le explicaron que el barril es un formato exclusivo del canal de hostelería y que no se comercializa en el canal de alimentación (folios 97 y 102). Mahou-San Miguel denegó igualmente el suministro indicando y detallando que en su política comercial tienen algunos formatos que son específicos del canal de alimentación y otros que lo son del canal de hostelería, con el fin de evitar conflictos que no contribuirían a la rentabilidad de ninguno de los dos canales (folio 105).

(iii). Miquel Alimentació Grup. Heineken le denegó su solicitud de suministro del barril en noviembre de 2010 indicándole que los formatos que puede trabajar son los no retornables (lata y vidrio) y que no suministra a ningún cash & carry, ni a otros clientes de alimentación, formatos retornables que se desarrollan por otro canal (folios 111 a113).

Entre la documentación aportada por Mahou-San Miguel figura una hoja publicitaria en la que una empresa de cash & carry oferta un barril de cerveza marca Feldsgold del que anuncia que es compatible con un “pinchador utilizable en barriles de cerveza Mahou, San Miguel y Grupo Damm” (folio 357)”.

8. La Dirección de Investigación, tras realizar el análisis de los hechos, manifiesta no haber encontrado indicios de infracción que justifiquen la incoación del correspondiente expediente sancionador, *“bien porque las fabricantes denunciadas hayan adoptado conjuntamente y de forma duradera la decisión de no suministrar a los establecimientos de la cadena alimentaria los barriles de cerveza, bien porque hayan establecido algún incentivo para continuar en el tiempo denegando el suministro de este formato, o establecido alguna represalia para aquellas cerveceras que consientan dicho suministro, o bien, por último, por haber actuado prescindiendo de las previsibles reacciones de las demás competidoras, de su clientela y de los consumidores”.* Entiende la Dirección de Investigación que:

- “Las razones de la denegación apuntan a una estrategia comercial destinada a preservar la calidad de la cerveza, a la supervisión y control de unas necesarias medidas de seguridad e higiene en su suministro y a mantener el prestigio de la marca en un tipo de envase que, por sus características, es más sensible que una lata o una botella.

- El interés de las cerveceras de suministrar el barril a los establecimientos del canal horeca a través de su propia red de distribuidores está justificado, asimismo, en aras de la competitividad que se produce en este tipo de ventas tan rentable para las cerveceras. De realizarse este suministro a través de

establecimientos cash & carry perderían en gran medida la ocasión del contacto con el cliente y, con ello, del cuidado y desarrollo de la marca realizado a través de la fidelización de los locales para la venta de sus productos, así como para el mantenimiento de los equipos y la formación de los profesionales hosteleros en un eficaz manejo del producto.

- *Todo ello contribuye a que este sistema sea rentable y beneficioso para todas las partes: para el establecimiento minorista, para el distribuidor al que emplea, y para el consumidor final al que se le garantiza la calidad y autenticidad del producto y, en muchas ocasiones, la accesibilidad al mismo.*
- *Al mismo tiempo, el perjuicio que se le pudiera ocasionar a los establecimientos cash & carry no puede estimarse relevante porque, en primer lugar, no se les priva de un envase o producto del que dispusieran anteriormente y, por otra parte, disponen para su distribución entre sus clientes de otros tipos de envase de las mismas marcas de cerveza, no pudiendo ser considerados los barriles de cerveza un producto único, ni esencial para estos establecimientos.*
- *En conclusión, no se aprecian indicios de que la negativa al suministro y distribución de cerveza en envase barril al canal alimentación que han sido objeto de denuncia constituyan una restricción a la competencia, ni en consecuencia, infracción alguna de la LDC ni del TFUE”.*

9. Consecuentemente, el informe propuesta que eleva al Consejo de la CNC el 31 de enero de 2012, propone que:

“Por ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, se propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia interpuesta por la AESECC por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley”.

10. El Consejo deliberó y falló esta resolución el 28 de marzo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El Consejo debe, en la presente resolución, valorar si concurren en este el caso los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para, tal como propone la Dirección de Investigación, resolver archivar las actuaciones realizadas hasta el momento sobre los hechos denunciados. Concretamente ha de valorarse si la negativa por parte de las cerveceras a suministrar el envase de cerveza en barril a las empresas que integran la AESECC es una práctica restrictiva de la competencia consistente en un abuso de posición de dominio colectivo como presumen las denunciantes.

El artículo 2 de la LDC establece lo siguiente: “1. *Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.* 2. *El abuso podrá consistir, en particular, en (...)* b) *La limitación de*

la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. (...)”.

La Dirección de Investigación, por las razones detalladas en el AH 19, propone la no incoación del expediente y el archivo de las actuaciones desarrolladas hasta este momento, y el Consejo comparte dicha propuesta.

Entiende el Consejo que de los hechos acreditados en el expediente que caracterizan la conducta denunciada, y que se han relatado en los Antecedentes de Hecho de esta resolución, no cabe apreciar la existencia de elementos exclusionarios ni respecto a competidores potenciales o reales de los fabricantes de cerveza, ni respecto a los denunciados, como bien argumenta la Dirección de Investigación, pues la negativa denunciada no supone un impedimento o restricción a los operadores integrados en la asociación denunciante para que desarrollen su actividad comercial como lo ha venido haciendo hasta el momento. La cerveza en formato barril no se trata de un input objetivamente necesario para que los establecimientos comerciales del formato cash&carry puedan competir eficazmente en el mercado, ni se aprecian elementos discriminatorios en los rechazos de suministro denunciados. Por último, de la investigación realizada cabe interpretar que la conducta puede estar objetivamente justificada en términos de control de calidad y garantía de marca del producto final suministrado al consumidor final.

No existiendo, pues, indicios de prácticas restrictivas prohibidas por Ley de Defensa de la Competencia, el Consejo considera ajustada a Derecho la Propuesta de Archivo de las actuaciones realizadas en el marco del expediente S/0344/11 DISTRIBUCIÓN CERVEZA.

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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese al denunciante y denunciados 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.