

RESOLUCIÓN

(Expte S/0337/11, DISTRIBUIDORES DE CO2)

Consejo:

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

En Madrid, a 20 de septiembre de 2013.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición arriba expresada y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución de Terminación Convencional del expediente sancionador S/337/11 DISTRIBUIDORES DE CO2, que se inició en virtud de la denuncia formulada por la Asociación Española de Distribuidores de CO2 contra Praxair España, S.L., Carbuos Metálicos, S.A. y Heineken España, S.A., por presuntas conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 24 de marzo de 2011 tuvo entrada en la Dirección de Investigación (en adelante, DI) escrito de denuncia del Presidente de la Asociación Española de Distribuidores de CO2 (en adelante, AEDCO) contra Praxair España S.L. (en adelante, PRAXAIR), Carbuos Metálicos, S.A. (en adelante, CARBUROS) y Heineken España S.A. (en adelante, HESA), por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la LDC y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistentes en la recomendación, en cartas enviadas a sus clientes del canal HORECA, de no comprar otras marcas de CO2 alimentario en botella que no sean las homologadas por HESA y en la fijación de precios anticompetitivos del CO2, muy por debajo de costes de producción y distribución (folios 1 a 754).
2. Con objeto de determinar la posible existencia de indicios de infracción, de conformidad con el artículo 49.2 de la LDC, la DI acordó llevar a cabo una información reservada en el marco de cual con fecha 27 de julio de 2011

requirió a las denunciadas para que facilitaran información sobre su actividad en el mercado de CO₂ alimentario (estructura, principales proveedores/clientes), facturas de compraventa, normativa sobre homologación a distribuidores de CO₂, práctica habitual en el suministro de botellas de CO₂ y negociación de HESA con PRAXAIR y CARBUROS en el suministro de CO₂ (folios 836 a 848), teniendo entrada las respuestas en la DI con fechas 10, 12 y 16 de agosto de 2011 (folios 925-1275, 1616-1864, 1306-1614 y 2317-2347).

3. Con fecha 12 de agosto de 2011 entró en la CNC escrito de recurso interpuesto por la representación procesal de HESA, contra el acuerdo de la DI de 3 de agosto por el que se le denegaba el acceso a la denuncia (folios 1294 a 1296). Con fecha 29 de septiembre de 2011 el Consejo resolvió inadmitir el recurso (folios 787 a 796) por no cumplir los requisitos del artículo 47 de la LDC, lo que fue ratificado por la Audiencia Nacional en Sentencia de 4 de julio de 2012.
4. Con fecha 7 de octubre de 2011 la DI solicitó información a HESA respecto al CO₂ alimentario en cisterna (sus principales proveedores de CO₂ antes y después de 2007), un listado de proveedores homologados, así como documentación que acreditase la homologación), y con relación al CO₂ alimentario en botella (sus principales proveedores de CO₂ antes de la firma del contrato con PRAXAIR y CARBUROS, un detalle de los proveedores de las empresas de distribución integradas en la propia HESA, y que explicara la actuación de éstas últimas) (folios 1873 a 1876). La contestación entró en la CNC el 4 de noviembre de 2011 (folios 1885 a 1919).
5. El 2 de febrero de 2012 la DI solicitó información a HESA sobre: i) los contratos firmados con PRAXAIR y CARBUROS, y el firmado entre SIH y CARBUROS; ii) el proceso de homologación de proveedores de CO₂ llevado a cabo por HESA; iii) el sistema de distribución de CO₂ para marcas de cerveza de HESA al canal HORECA; y iv) la estructura y caracterización del mercado de CO₂ alimentario (folios 1920 a 1923). La contestación a dicha solicitud tuvo entrada en la CNC con fecha 7 de marzo (folios 1936 a 2052 y 2059 a 2083).
6. Con fecha 17 de mayo de 2012 la DI solicitó información a AEDCO sobre el proceso de homologación de proveedores de CO₂ y la estructura y caracterización del mercado del CO₂ alimentario (folios 2080 a 2088). La contestación tuvo entrada en la CNC el 6 de junio del 2012 (folios 2139 a 2146).
7. El 25 de mayo de 2012 la DI solicitó información relativa a las cláusulas de los contratos, el mercado del CO₂ alimentario y el proceso de homologación de HESA, a HESA (folios 2097 a 2104), PRAXAIR (folios 2107 a 2111) y CARBUROS (folios 2114 a 2118). Las respuestas tuvieron entrada con fechas 14 de junio de 2012, por parte de HESA (folios 2147 a 2228) y por parte de PRAXAIR (folios 2230 a 2244), y 28 de junio de 2012 por parte de CARBUROS (folios 2276 a 2316 y 2396 a 2397).

8. Con fecha 22 de junio de 2012 la DI acordó, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, incoar expediente sancionador contra PRAXAIR, CARBUROS y HESA por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes en un posible acuerdo de fijación de precios, reparto de mercado e intercambio de información, declarando interesado en el expediente a AEDCO (folios 2249 y 2250).
9. Con fecha 1 de abril de 2013, de acuerdo con el artículo 29 del RDC, la DI acordó la ampliación del acuerdo de incoación del expediente a Servicio Integral a Horeca (SIH), Heineken Canarias, S.A. (HCSA) y Air Products Ibérica, al haber tenido conocimiento por información obrante en el expediente de la posible participación de dichas entidades en las prácticas investigadas (folios 4772 y 4773).
10. Posteriormente la DI envió varias solicitudes de información a las partes pidiendo aclaraciones y datos sobre el funcionamiento del mercado de producción y distribución de CO2 alimentario, las cláusulas de los contratos firmados entre las partes, los procesos de homologación a los proveedores de CO2, así como sobre los motivos y efectos de las conductas de las incoadas, con las correspondientes contestaciones (folios 2400-2401, 2408-2409, 2410-2411, 2444-4454, 4498-4549, 4570-4703, 4745-4769).
11. Con fecha 25 de abril de 2013 la DI notificó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) a las partes (folios 4943 a 5173), que presentaron alegaciones con fechas 24, 27 y 28 de mayo de 2013, respectivamente PRAXAIR, HESA y CARBUROS (folios 5713-5793, 5803-5901 y 5929-6119). PRAXAIR y HESA, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del RDC, solicitaron mediante escritos adicionales al de alegaciones al PCH, con fechas respectivas de 27 de mayo y 3 de junio de 2013, la terminación convencional del expediente y presentaron compromisos para resolver los problemas de competencia, (folios 5796-5802 y 6122-6126).
12. Con fecha 6 de junio de 2013 la DI, de conformidad con lo establecido en el art. 39.1 y 2 del RDC acordó el inicio de la Terminación Convencional, así como la suspensión del plazo máximo de resolución del expediente, procediéndose a su notificación a los interesados, y adjuntándose a HCSA, SIH, CARBUROS, Air Products Ibérica y AEDCO copia de la propuesta de compromisos de HESA y de las líneas generales de compromisos de PRAXAIR, dándose plazo a ésta de 15 días para que presentase su propuesta de compromisos (folio 6131). Con fecha 11 de junio de 2013 la DI remitió al Consejo copia de la propuesta de compromisos formulada por HESA, INCABE (antes HCSA) y SIH, y de las líneas generales de compromisos presentadas por PRAXAIR (folio 6169).
13. Con fecha 27 de junio de 2013 tuvo entrada en la DI escrito de PRAXAIR adjuntando su propuesta de compromisos, y en esa misma fecha AEDCO remitió alegaciones a la propuesta de compromisos de HESA, INCABE y SIH (folios 6190-6197 y 6198-6203).

14. Con fecha 28 de junio de 2013 tuvieron entrada escritos de CARBUROS y Air Products Ibérica mostrando su conformidad con que se llegue a una terminación convencional del expediente y aceptando la propuesta de compromisos presentados por HESA, y ofreciendo un compromiso adicional en relación con el intercambio de información en lo que aplica al contrato firmado entre SIH y CARBUROS (folios 6205 a 6208).
15. Con fecha 4 de julio de 2013 tuvo entrada escrito de PRAXAIR aportando nueva propuesta de compromisos, y con fecha 17 de julio de 2013 se recibió nueva propuesta de compromisos de HESA, INCABE y SIH. (folios 6209- 6215 y 6216-6253). Asimismo, con fecha 19 de julio de 2013 tuvo entrada escrito de CARBUROS aportando nueva propuesta de compromisos (folios 6255 a 6267).
16. Con fecha 24 de julio de 2013 la DI dio traslado al Consejo y al denunciante de los nuevos compromisos aportados por las partes (folio 6275).
17. Con fecha 31 de julio de 2013 AEDCO formuló alegaciones a los nuevos compromisos presentados por las incoadas en los que reitera su oposición al inicio de la terminación convencional y a los compromisos presentados por las partes, pronunciándose respecto a los nuevos compromisos obrantes en el expediente y enumerando los efectos de las conductas de las incoadas y los perjuicios que ello le ha ocasionado (folios 6289 a 6296).
18. Con fecha 4 de septiembre de 2013 la DI elevó al Consejo el informe y propuesta de resolución en la que tras analizar los compromisos adquiridos por las partes concluye:

(125) A la vista de lo anterior, esta Dirección de Investigación concluye que las Propuestas de compromisos de HESA, INCABE, SIH, PRAXAIR y CARBUROS, de fechas respectivas de 17, 4 y 19 de julio de 2013, garantizan de forma suficiente las condiciones necesarias para la eficacia práctica de los mismos y solucionan razonablemente los potenciales efectos anticompetitivos en el mercado de la distribución de CO2 alimentario para impulsión de cerveza de marca HESA derivados de las cláusulas analizadas de los contratos y las conductas (homologación y envío de cartas) investigadas en el presente expediente.

(126) Por último, los compromisos presentados no condicionan ni impiden las posibles ulteriores reclamaciones en otras instancias judiciales.

Y en consecuencia propone:

“Teniendo en cuenta las valoraciones expuestas, se PROPONE que el Consejo de la CNC resuelva la terminación convencional del expediente S/337/11, iniciado en virtud de la denuncia formulada por AEDCO contra HESA, PRAXAIR y CARBUROS, por presuntas prácticas de reparto de mercado, de conformidad con lo previsto en los artículos 52 de la LDC y 39.5 del RDC, al considerar que los compromisos presentados por las incoadas resuelven los problemas de competencia derivados de la

compleja estrategia llevada a cabo por HESA, HCSA, SIH, PRAXAIR y CARBUROS”.

19. El Consejo deliberó y resolvió este expediente en su reunión de 18 de septiembre de 2013.
20. Son interesados en este expediente:
- HEINEKEN ESPAÑA, S.A. (HESA)
 - HEINEKEN CANARIAS, S.A. (HCSA)
 - SERVICIO INTEGRAL A HORECA (SIH)
 - PRAXAIR ESPAÑA, S.L.
 - CARBUROS METÁLICOS, S.A.
 - AIR PRODUCTS IBÉRICA
 - ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES DE CO2 (AEDCO)

HECHOS PROBADOS

En su Informe y Propuesta de Terminación Convencional elevado al Consejo la DI hace la siguiente descripción de los hechos relevantes en este expediente.

A) LAS PARTES

Denunciante:

Asociación Española de Distribuidores de CO2 (AEDCO), se constituyó el 20 de febrero de 2011 con domicilio social en Madrid y con presencia en todo el territorio español, como una entidad sin ánimo de lucro que tiene entre sus objetivos, según el artículo 3 de sus Estatutos la defensa y representación de los intereses colectivos de carácter económico, empresarial y social, incluyendo el asesoramiento sobre canales de distribución para la adquisición y utilización de distribución del CO2 con objetivos de calidad en el servicio y en régimen de libre competencia, entre otros.

La asociación cuenta con 5 miembros: Juligas e Hijos S.L., Carbónica del Sureste S.L.U., Simarro Gas S.L, Dionisio Acido Carbónico S.L. y Vitalox Industrial S.L (información de fecha 20 de febrero de 2011).

Denunciadas:

Heineken España, S.A. (HESA) es una de las empresas líderes en el sector cervecero español y forma parte del Grupo HEINEKEN, que produce, comercializa y distribuye cerveza y otras bebidas a escala mundial.

HEINEKEN INTERNACIONAL B.V. es titular del 98,7% del capital de HESA y filial al 100% de HEINEKEN N.V., sociedad cotizada en la bolsa de valores paneuropea

Euronext y controlada por la sociedad HEINEKEN HOLDING N.V., también cotizada, y controlada a su vez por la sociedad L'ARCHE GREEN, N.V., sociedad controlada por la familia Heineken.

En España, HEINEKEN N.V. opera a través de su filial HESA, resultante de la fusión de las cerveceras El Águila S.A y Grupo Cruzcampo S.A. Con cuatro fábricas en España (en Sevilla, Madrid, Valencia y Jaén), distribuye dentro de su amplia cartera de marcas algunas de las cervezas más populares como Cruzcampo, Heineken y El Águila Amstel.

Servicio Integral a HORECA (SIH) es una filial de HESA que agrupa a las distribuidoras participadas por HESA. HESA trabaja con distribución propia (empresas integradas en SIH) y con distribuidores independientes. Sólo algunas distribuidoras de SIH adquieren CO2 para su reventa, otras no están activas en el negocio del gas carbónico.

Heineken Canarias, S.A. (HCSA), empresa que distribuye y comercializa productos cerveceros y otras bebidas, firmó el contrato con CARBUROS que se aplicaría en el ámbito territorial de las Islas Canarias. La denominación actual de HCSA es Insular Canarias de Bebidas, S.A. (INCABE) (folio 2325), filial del grupo cervecero HESA en Canarias, constituida en 1987 y dedicada al comercio al por mayor de bebidas y tabaco.

Praxair España S.L. (PRAXAIR), creada en 1907 en Madrid, produce y comercializa productos químicos, especialmente gases industriales (con diversas aplicaciones: acero, alimentación y bebidas, productos electrónicos y medicinales), de revestimientos de superficies de alto rendimiento (empleados en la industria aeroespacial y la edición, entre otros) y de otros servicios, materiales y sistemas complementarios.

Es filial al 100% de PRAXAIR EUROHOLDING, S.L., controlada al 100% por PRAXAIR INC, matriz más importante del grupo proveedor de gases industriales de América y el mayor proveedor mundial de CO2 y helio. El Grupo PRAXAIR en España integra a las empresas Praxair España S.L., Praxair-División Soldadura, Oximesa S.L., y Cyro Teruel.

Sociedad Española de Carburos Metálicos S.A. (CARBUROS), creada en 1897 como “Sociedad Española de Carburos Metálicos” y dedicada inicialmente a la fabricación y venta de carburo de calcio y producción de energía, fue ampliando sus actividades a la fabricación y comercialización de todo tipo de gases y suministros industriales y medicinales (oxígeno, nitrógeno, argón, acetileno, propano y, en general, gases o productos químicos en estado sólido, líquido o gaseoso).

Pertenece al Grupo Air Products, presente en más de 50 países, cuya matriz Air Products and Chemicals, Inc. activa en el área de los gases industriales y equipos relacionados con su producción. Suministra a los sectores industrial, energético, tecnológico y sanitario.

Air Products Ibérica se dedica a la fabricación y comercialización de oxígeno, nitrógeno, argón, acetileno, propano y, en general, de gases o productos químicos.

B) INFORMACIÓN DEL MERCADO

1. Marco normativo

El Dióxido de Carbono (CO₂) alimentario está sujeto a una serie de requisitos legales que debe cumplir el proveedor, en los siguientes ámbitos:

- Reglamentación técnico-sanitaria: en el ámbito europeo destacan las Directivas 2008/84/CE y 2009/10/CE que establecen los criterios específicos de pureza de los aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes (la Directiva del 2009 incorpora las evaluaciones realizadas por el Comité Científico de Alimentación Humana, y otras más recientes de la EFSA y la JECFA). Estas Directivas fueron traspuestas por el Real Decreto 1466/2009, de 18 de diciembre, que, entre otras disposiciones, recoge la lista de aditivos distintos de colorantes y edulcorantes para su uso en la elaboración de productos alimenticios, así como las condiciones de utilización. En el anexo se considera al CO₂ el aditivo alimentario E-290 y se explican sus características técnicas.
- Legislación sobre seguridad e higiene alimentaria: recogida en el Reglamento 178/2002 Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria, y en particular, se considera al explotador de la empresa alimentaria el responsable legal principal de la seguridad alimentaria ya que *“es quien está mejor capacitado para diseñar un sistema seguro de suministro de alimentos y conseguir que los alimentos que suministra sean seguros”*.
- Llenado de botellas de CO₂: el Real Decreto 2060/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias (ITC) incluye los requisitos que afectan a la calidad y seguridad en el llenado de botellas de CO₂, en particular, las condiciones previas a la recarga de las botellas de CO₂.
- Etiquetado, presentación y publicidad: a nivel europeo destaca la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo del 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, traspuesta por el Real Decreto 1334/2009 de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios. En cuanto al envase utilizado para el suministro de CO₂, la normativa española se plasma en la MIE AP-007 del Ministerio de Industria. Del mantenimiento de envases es responsable su propietario.
- Almacenamiento: la reglamentación del Ministerio de Industria APQ-005 cita las categorías de los almacenes en base al material almacenado, cantidad y peligrosidad. A lo que se añade que el proveedor de CO₂ debe tener un seguro de responsabilidad civil y sus instalaciones disponer del registro sanitario (de empresas alimentarias y alimentos, regulado en el Real Decreto

191/2011) que permita almacenar y distribuir un aditivo alimentario como el CO₂. Se aplican además las normas de gestión de la calidad establecidas por la Organización Internacional para la Estandarización como la ISO 9001:2008.

- Transporte: regulado por el ADR 2011 “*Acuerdo Europeo para el transporte de mercancías peligrosas por carretera*”, que incluye medidas de seguridad, características de los vehículos, conductores y documentación legal.

2. Mercado de producto

Las prácticas denunciadas se estarían realizando en el mercado de distribución de gases industriales, en particular, el mercado de gases alimentarios, y en concreto, el de distribución minorista de CO₂ alimentario en botella para bebidas carbonatadas, pudiendo definirse en particular el segmento de distribución minorista de CO₂ alimentario en botella para impulsión de cerveza de marcas comercializadas por HESA.

Los gases industriales, en forma comprimida, líquida o sólida, tienen aplicación en múltiples sectores (siderúrgico, electrónico, petroquímico, automoción, alimentación y bebidas carbónicas, hospitalario y de servicios, etc.). El CO₂ es un gas licuado incoloro, inodoro, no inflamable y ligeramente ácido, producto del metabolismo humano y animal, esencial en el ciclo vital de los vegetales. Mediante tecnología avanzada se obtiene CO₂ de gran pureza como subproducto de plantas petroquímicas, que se purifica con un tratamiento posterior de lavado, secado, deodorización, compresión y licuefacción. En las plantas de producción se obtiene CO₂ líquido, y se almacena a baja temperatura y presión en grandes depósitos criogénicos especialmente preparados para proceder a su posterior distribución mediante cisternas de transporte. Para obtener el CO₂ alimentario se añaden procesos de control analítico que garantizan que el producto cumple con la normativa vigente.

El CO₂ alimentario se emplea en diversos procesos de la industria alimentaria (congelación, refrigeración, carbonatación, inertización, presurización e impulsión de bebidas), en estado sólido para conservar y congelar alimentos, o líquido, para carbonatar bebidas. Éste último, comercializado por grupos internacionales de fabricación y distribución de gases industriales y medicinales, se utiliza por: *refresqueros* (60%) que lo consumen principalmente en fábricas para la carbonatación de refrescos embotellados, y en menor medida, en locales HORECA en los dispensadores de refrescos, y *cerveceros* (40%), que lo usan en fábricas para la carbonatar cerveza embotellada y en locales HORECA para impulsar cerveza de barril.

Se suministra *en cisterna a la industria* (para elaborar y embotellar refrescos, aguas, vinos y cerveza -en botella o lata-), y/o *en botella al canal HORECA* para impulsar y carbonatar refrescos y cerveza de barril *in situ*, en el local HORECA. Las botellas de CO₂ (con capacidad de 10-12 kg para dar servicio a 13-16 barriles de 50 litros en media, rellenas por el fabricante o distribuidor) las distribuyen y venden fabricantes y/o distribuidores de refrescos y cervezas a clientes HORECA (con bajo

poder negociador frente a las cerveceras dado que ni su capacidad de almacenamiento y/o financiera permiten realizar grandes pedidos).

Cerveza y CO₂ son productos complementarios, cuya mezcla da como resultado el producto final – cerveza de botella, lata o de barril – que llega al consumidor vía canal alimentación y/o canal HORECA. En éste último, el local HORECA mezcla el barril de cerveza con el CO₂ a través del grifo cedido por el cervecero, que compete por posicionar su grifo en el local para publicitarse y ofrece al local ventajas adicionales al precio: artículos promocionales, mobiliario, etc. A las ventas contribuye también la red de distribuidores que llegan a los puntos de venta, dando una amplia cobertura geográfica a los cerveceros.

El precio del CO₂ alimentario líquido es el mismo, ya se use para impulsar barriles de cerveza en HORECA o bebidas refrescantes en fábricas, aunque el precio final podrá variar en función del suministro (cisterna/botella), coste de transporte, etc.

En el mercado de CO₂ alimentario para impulsión de cerveza producen y/o distribuyen CO₂ las multinacionales de gases industriales y medicinales, los fabricantes de cerveza con botellas de CO₂ propias, los productores de CO₂, los distribuidores autorizados por éstos, los distribuidores de CO₂ independientes, y los distribuidores de cerveza, que lo revenden al cliente final junto con la cerveza.

Los principales productores de CO₂ alimentario líquido en España son las empresas gasistas con cobertura nacional: CARBUROS, PRAXAIR, Air Liquide España S.A., Abelló Linde S.A., Messer España, Carboneco Gases Industriales Ibérica SL, algunas también distribuidoras. Otras no producen CO₂ sino que rellenan botellas con el CO₂ que compran, y lo distribuyen al cliente final (en HORECA). Se trataría de unas 20 empresas con menor cuota de mercado, como Airbox, Sur Gas S.L., Oxyad Distribución de Gases Industriales S.L, Gases Barberá, Juligas e Hijos, S.L., Gasindu 2000 SLU, Ingegases, Dionisio Acido Carbónico S.L., etc.

Los principales demandantes de CO₂ alimentario líquido en España *en cisterna* son las compañías fabricantes y comercializadoras de bebidas carbónicas: Grupo Heineken, Grupo Mahou-San Miguel, S.A. Damm, Coca Cola, Pepsico, Estrella de Galicia, La Zaragozana, etc., algunas de las cuales distribuyen CO₂ en botellas junto con sus refrescos y cervezas; *en botella*, son en su mayoría locales HORECA: restaurantes, caterings, multicines, etc.

En lo relativo a este expediente, cualquier punto de venta que trabaje con marcas de cerveza de HESA puede aprovisionarse de CO₂ a través de esas vías. Cabe hablar de distribución indirecta (el distribuidor de cerveza compra el CO₂ y lo revende al punto de venta), y directa (los productores de CO₂ directamente o a través de sus distribuidores autorizados suministran al punto de venta – realizan la entrega, facturación y cobro).

3. Mercado geográfico

Pese a la ausencia de barreras arancelarias o técnicas a la importación de gases industriales procedentes en particular de otros países de la Unión Europea, se podría considerar un ámbito local o regional mercado dada (i) la limitación que

impone el coste de transporte del producto, ya que se estima que el radio potencial de cobertura comercial de cada planta industrial en condiciones competitivas se sitúa en un máximo de 300-500 km; (ii) una parte importante del producto se distribuye al canal HORECA, donde es crucial el contacto con los clientes, la antigüedad de la relación y unos servicios de entrega eficientes.

Con respecto a los distribuidores minoristas de CO2 alimentario para impulsión de cerveza en HORECA, las actividades productivas y comerciales de las partes implicadas en este expediente, así como las de sus más directos competidores, se centran en España. Además, los proveedores asisten a todo el territorio nacional a través de una extensa red de distribuidores, dada la fuerte capilaridad que caracteriza a los clientes de HORECA.

C) HECHOS ACREDITADOS

Los hechos acreditados en el expediente se refieren a tres cuestiones: (i) los contratos de compraventa de botellas y distribución de CO2 alimentario entre HESA y PRAXAIR (y su novación), entre HCSA y CARBUROS, y el contrato firmado entre SIH y CARBUROS (ii) el proceso de HESA de homologación del CO2 alimentario, y (iii) las cartas enviadas por HESA a bares y distribuidores.

1. Contratos de compraventa de botellas y distribución de CO2 alimentario.

De acuerdo con el informe de la DI y la documentación obrante en el expediente, hasta 2007 en HORECA, HESA suministraba CO2 alimentario a sus distribuidores y clientes (a través de SIH) a partir del CO2 alimentario generado en fábrica y el adquirido a proveedores. A partir de dicho año, por motivos económicos y estratégicos, cambió su modelo de suministro y externalizó la provisión de CO2 alimentario en botella para impulsión de su cerveza de barril, y firmó contratos con PRAXAIR en la Península y con CARBUROS en Canarias. Se expone a continuación por orden cronológico el contenido de dichos contratos.

Contrato 1, de 22 de agosto de 2007

El 22 de agosto de 2007 HESA y PRAXAIR (en adelante, contrato 1) firmaron un contrato, con una vigencia de 10 años prorrogables por plazos iguales, por el que HESA vende sus botellas a PRAXAIR por un precio, y a cambio se obliga a recomendar a PRAXAIR como proveedor homologado a sus clientes, cobra un porcentaje sobre la cantidad de CO2 que venda PRAXAIR al cliente final o distribuidor de HESA, y PRAXAIR se obliga a suministrar a los clientes de HESA en España y Portugal salvo Canarias y a enviar a HESA determinada información desagregada con periodicidad mensual (entre otra, ventas de CO2 a clientes y distribuidores). Además, el contrato incluye referencias a precios mínimos y máximos de venta al cliente final y establece que HESA y PRAXAIR determinarán de común acuerdo los precios de suministro de CO2 a los clientes finales de HESA, un máximo a la actualización de precios, y la obligación de mantenimiento de precios por parte de PRAXAIR durante dos años a clientes y distribuidores de HESA (folios 1466-1489).

Contrato 2, de 22 de octubre de 2007

Mediante el segundo contrato, firmado entre HCSA y CARBUROS el 22 de octubre de 2007 (en adelante contrato 2), con una duración de 10 años prorrogable por sucesivos períodos anuales, HCSA vende sus botellas de Canarias a CARBUROS a cambio de un precio y se obliga a colaborar estrechamente con la gasista para conseguir su implantación en las áreas insulares cubiertas por el acuerdo, cobrando asimismo un porcentaje sobre la cantidad de CO₂ que venda CARBUROS a clientes finales de HCSA atendidos por el servicio Carbónico Directo en los siguientes 5 años. A su vez, CARBUROS se compromete a suministrar CO₂ al cliente final en unas zonas geográficas concretas dentro del territorio insular canario y HCSA se obliga contractualmente a atender exclusivamente a los clientes que estén fuera de estas zonas. El contrato incorpora además el compromiso de aplicar determinados precios a clientes e incrementos anuales en los siguientes 4 años, así como previsiones respecto a la información agregada con periodicidad mensual que CARBUROS enviará a HESA, como las ventas de CO₂ a clientes y distribuidores (folios 1490-1511).

Contrato 3, de 8 de marzo de 2010

El 8 de marzo de 2010 SIH y CARBUROS (en adelante contrato 3) firmaron un contrato por un año (prorrogable anualmente), por el que SIH se obliga a promocionar a CARBUROS entre sus clientes como proveedor homologado para la venta del CO₂ producido por éste, quien suministrará el producto a cambio de una comisión a SIH sobre las ventas de CARBUROS a participadas y distribuidoras de SIH con las que CARBUROS acuerde realizar el suministro directo. Además, el contrato incluye los precios de venta del CO₂ para SIH o sus participadas, y que CARBUROS enviará a SIH determinada información agregada con periodicidad semestral entre la que se incluyen las ventas de CO₂ a clientes y distribuidores (folios 1512-1530).

Contrato 4, de 11 de abril de 2011

Finalmente, el 11 de abril de 2011 SIH y PRAXAIR (en adelante contrato 4) firmaron la novación del contrato de 2007, cediendo HESA su posición contractual a SIH en relación con los derechos y obligaciones contemplados en el contrato 1 relacionados exclusivamente con la prestación de servicios de suministro de CO₂ alimentario (folios 1862-1864).

Aspectos generales relativos a todos los contratos

SIH y HCSA son competidores de PRAXAIR y CARBUROS en la distribución minorista de CO₂ alimentario en botella, antes y después de la externalización de 2007 (folios 2037, 2216, 2244, 2315, 2498, 4556). Además, varias distribuidoras SIH que operan en una misma CCAA han llegado a acuerdos de suministro de CO₂ con PRAXAIR y CARBUROS, en varias CCAA (folios 4564-4565). Tras la firma de los contratos de 2007, el 100% de distribuidores integrados en SIH se suministraron de PRAXAIR o de CARBUROS, y los clientes finales de HESA en el canal HORECA

que se proveen de PRAXAIR o CARBUROS pasaron del [20-30%] en 2008 al [40-50%] en 2012.

2. Homologación

Tal y como recoge la DI en su informe, en 2005 HESA inició un proceso de homologación de proveedores de CO₂ como parte del cambio en su estrategia de externalización en la distribución del producto, con el objetivo de asegurar que el CO₂ suministrado a sus distribuidores de cerveza y/o puntos de venta finales cumpliera con los estándares de calidad y seguridad establecidos en la legislación. Este proceso se implantó formalmente en 2007, e iba dirigido tanto a rellenos de botellas, reparadores y retimbradores, como a sus propios distribuidores, con un cuestionario de homologación y visitas de inspección. Hasta la fecha, HESA ha homologado a PRAXAIR, CARBUROS y dos subdistribuidoras de PRAXAIR (Gases Barberá y Suministros de Carbónico). Según la cervecera, desde el año 2007 pasó a remitir las peticiones de homologación de cualquier distribuidor a sus dos proveedores principales, PRAXAIR y CARBUROS, a los que les es útil contar con pequeños operadores locales para prestar un servicio más cercano a lo largo del territorio. No obstante, las dos gasistas han alegado que en la práctica no recibieron órdenes de HESA en este sentido ni peticiones de autorización por operadores de CO₂ alimentario para prestar servicios de homologación, y que en todo caso ellas no son responsables de la homologación pretendida por HESA (folios 1906-1919, 2025-2052, 2211-2213, 2332).

3. Cartas a clientes y distribuidores

La DI considera acreditado en el expediente que desde 2007 HESA remitió comunicaciones a distribuidores y clientes (del canal HORECA) informándoles de que en adelante debían usar CO₂ proveniente sólo de proveedores homologados por ella para el CO₂ alimentario, pues en otro caso no sería responsable del sabor y aroma de su cerveza tras la impulsión con un CO₂ de otros proveedores.

Por su parte, también ha quedado acreditado que PRAXAIR y CARBUROS han remitido respectivamente cartas a clientes de CO₂ alimentario en las que anuncian que a partir de una determinada fecha serán proveedores de CO₂ para el impulso de cervezas de HESA (folios 50, 52, 54, 58, 60, 62, 64, 66, 70, 72, 76-80, 82-86, 88 y 108).

D) LOS COMPROMISOS DE LAS PARTES. Aceptada por la DI la iniciación de la Terminación Convencional por cumplirse los requisitos para la misma previstos en la LDC y en la Comunicación de la CNC sobre Terminación Convencional de expedientes sancionadores, publicada en octubre de 2011, las partes presentaron distintas propuestas de compromisos, siendo la última versión de cada una de ellas y la base de la propuesta de la DI los que se anexan a esta Resolución, remitidos en los escritos que se recogen en el AH número 15.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y Base Jurídica. El Consejo en este expediente debe decidir, sobre la base de la propuesta elevada por la DI, si se cumplen los requisitos previstos en los artículos 52.1 de la LDC y 39 del RDC, para proceder a la Terminación Convencional del expediente sancionador incoado.

El artículo 52.1 de la LDC dispone que el Consejo, a propuesta de la DI, "*podrá resolver la Terminación Convencional del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas restrictivas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público*".

El procedimiento o régimen de Terminación Convencional en la normativa española está previsto como una forma especial de finalización del procedimiento sancionador, sin pronunciamiento alguno por parte de las autoridades de competencia sobre la existencia o no de infracción en las conductas objeto de la incoación, distinto por tanto de la finalización habitual de los expedientes sancionadores, que según el artículo 53 de la LDC deben terminar o bien declarando la existencia de conductas prohibidas, o bien la existencia de conductas que por su escasa importancia no son capaces de afectar a la competencia, o bien que no ha resultado acreditada la existencia de prácticas prohibidas. Pues bien, como se deduce de la redacción del citado artículo 52.1 de la LDC, que habla de los presuntos infractores, la Terminación Convencional en la normativa española no tiene como presupuesto una previa declaración de infracción por parte de la autoridad de competencia ya que es un instrumento previsto para que de forma temprana, y ante la incoación por parte de las autoridades de competencia de un expediente sancionador, por considerar que existen indicios de infracción, el incoado (denominado en la Exposición de Motivos de la LDC presunto infractor) pueda poner fin al expediente de forma rápida, siempre que proponga compromisos que a juicio de dicha autoridad resuelvan los posibles efectos que las conductas, indiciariamente infractoras, pudieran tener sobre la competencia.

Este expediente ha sido incoado en base al artículo 1 de la LDC, por considerar el órgano instructor que existían indicios de infracción en las conductas realizadas por las denunciadas (y por las empresas a las que después se amplió la incoación) en el mercado de distribución minorista de CO2 alimentario para impulsión de cerveza en el canal HORECA.

Por el contrario no se incoó por artículos 1 y 2 de la LDC al no apreciar indicios de infracción de dichos artículos en la medida en que, por lo que se refiere al artículo 2 ninguna de las distribuidoras tiene posición de dominio y respecto al envío de cartas a los clientes por parte de HESA, no procede el análisis de vulneración de artículo 3 puesto que son parte integrante de las conductas analizadas desde el artículo 1.

Finalmente en el PCH la DI descartó la afectación a los intercambios comunitarios en la medida en que en el canal HORECA los clientes se aprovisionan en el mercado nacional e incluso local, dada la fuerte capilaridad que caracteriza a los locales de dicho canal.

Por tanto, este Consejo se pronunciará sobre la propuesta Terminación Convencional del expediente en la medida en que los compromisos propuestos resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente que pudieran ser contrarias al artículo 1 de la LDC, y que garanticen suficientemente el interés público.

SEGUNDO.- Propuesta de la DI al Consejo. Tal como se recoge en el AH número 18 la DI propone al Consejo que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 52 de la LDC y 39.5 del RDC, se proceda a la Terminación Convencional del expediente sancionador, por considerar que los compromisos presentados por las partes resuelven los posibles problemas de competencia derivados de determinadas cláusulas contractuales, del procedimiento de homologación y del envío de cartas a clientes y distribuidores.

A) Resumen de la valoración jurídica de la conducta que hace la DI en el PCH.

En el Informe y propuesta de Terminación convencional (en adelante IPTC), la DI recuerda que en el PCH no se cuestionaba la legalidad de la externalización del parque de botellas de HESA, del que incluso se podrían derivar eficiencias. Ni tampoco cuestiona en sí mismos los acuerdos verticales entre suministrador y cliente, que aisladamente considerados no merecían reproche. Pero si entendía la DI que la compleja estrategia de reparto de mercado entre HESA, SIH y PRAXAIR, por una parte, y entre HCSA, SIH y CARBUROS, por otra, que suponía dicha externalización, la homologación exclusivamente de dichos proveedores de CO2 y la recomendación de los mismos entre sus distribuidores y clientes (incluso induciendo a confusión sobre la obligatoriedad de contratar con ellos), así como el intercambio de información relacionado con el pago a HESA de una comisión sobre las ventas de los gasistas, tenían aptitud para distorsionar el mercado de venta de CO2 alimentario y excluir del mismo al resto de proveedores de CO2, en general de menor tamaño que PRAXAIR y CARBUROS.

B) Resumen de los compromisos finales.

Las propuestas de compromisos de las partes según la descripción realizada por la DI en el Informe Propuesta de la Terminación Convencional suponen las siguientes modificaciones sobre la situación vigente:

1) En cuanto a las cláusulas de los respectivos contratos:

a) Relativas a precios en los contratos 1 y 4, se incluye:

- *“el compromiso de SIH de eliminar todas las referencias a precios mínimos y/o máximos de venta de CO2, fianzas y alquiler de botellas a*

terceros, en particular, aquellas contenidas en la cláusula tercera y Anexo III del contrato 1;

- *modificar las cláusulas tercera y séptima del contrato 1, renunciando a intervenir en (i) la determinación de precios de suministro de CO2 a terceros clientes y distribuidores, excluidos los distribuidores integrados (modificando en el mismo sentido el último párrafo de la cláusula 1.11), y a exigir el cumplimiento del criterio de actualización máxima de los precios del CO2 a terceros en función de los aumentos de los precios del barril; y en (ii) la determinación de las fianzas por las botellas a terceros clientes y distribuidores (excluidos los distribuidores integrados) y de los precios de alquiler diario para eventos temporales (excluidos los que realice la propia HESA o sus distribuidores integrados)”.*

b) *Relativas a la delimitación geográfica de las zonas en las que actuarían HCSA y CARBUROS en el suministro de CO2 alimentario en Canarias en el contrato 2, dejar sin efecto los párrafos 2º y 3º de la cláusula 7.1.*

c) *Relativas al intercambio de información:*

- *“La información se enviará a HESA, no a SIH, y HESA la tratará como confidencial sin usarla para un fin diferente al de verificación del importe de la comisión por las labores de promoción, ni transmitirla a otras sociedades de su grupo (incluida SIH) o terceros.*
- *La información sobre ventas a clientes y distribuidores de HESA se intercambiará agregada por provincias, solicitada por un lado a clientes y por otro a distribuidores (sin mayor desagregación), con frecuencia semestral, mientras estén vigentes los contratos.*
- *SIH dejará de enviar información a PRAXAIR de los aumentos del precio del barril de sus tres marcas principales de cerveza así como cualquier información sobre ventas de cerveza realizadas.*
- *SIH y/o HESA renunciarán unilateralmente a su derecho a acceder a la información desagregada, documentación e instalaciones de PRAXAIR y/o CARBUROS para confirmar la exactitud de los datos, según lo previsto en los contratos. Si HESA, como receptora de la información estuviera interesada en la comprobación de la veracidad de la información facilitada, podrá proponer el nombramiento de un experto independiente para que lleve a cabo, a su costa, tal verificación, obligándose las gasistas a facilitarle la información según lo previsto anteriormente a través de un procedimiento que será supervisado en todo momento en el marco del expediente de vigilancia correspondiente”.*

2) *En lo relativo al proceso de homologación de HESA, ésta “mantendrá la competencia exclusiva para homologar operadores de CO2 para la impulsión de cerveza de barril (sólo delegará esta función en una empresa de*

certificación independiente que no opere en el mercado). Dicho sistema se aplicará a todos los operadores, incluidos los que estén homologados en el momento de puesta en marcha del nuevo sistema, y estará en vigor en un plazo máximo de un mes desde la adopción de la resolución acordando la terminación convencional. HESA se compromete a facilitar un informe anual sobre la marcha del procedimiento de homologación. En particular:

- a) Será un sistema abierto de homologación, pudiendo cualquier proveedor de CO2 presentar una solicitud de homologación, obligándose HESA a iniciar el proceso conforme al sistema establecido. No se introducirá ningún requisito que no esté directamente relacionado con criterios de calidad y seguridad del producto y servicio ofrecido (como el tamaño de la empresa –volumen de facturación, número de empleados, cobertura geográfica, tamaño del parque de botellas, etc.).*
- b) El operador de CO2 se podrá homologar según el servicio que vaya a prestar, como (i) llenador de botellas de CO2; (ii) reparador y retimbrador de botellas de CO2 o (iii) proveedor de botellas de CO2.*
- c) Se realizará al menos una visita a las instalaciones de los operadores que soliciten su homologación, tras la cual se redactará un informe confirmando ésta o comunicando los puntos que no cumplen con los estándares establecidos. Si el operador decidiera seguir adelante con el proceso, se realizará una segunda visita para comprobar la adopción de tales medidas; si antes de tres meses desde la primera solicitud formal el operador no hubiera corregido la situación, permitiendo la segunda visita de inspección, se rechazará la homologación. HESA emitirá el informe correspondiente en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud de homologación por el operador.*
- d) La homologación tendrá una validez de tres años tras los cuales se procederá a una nueva visita para comprobar que se siguen cumpliendo los requisitos, aunque en todo momento HESA podrá controlar que el proveedor cumple con las condiciones técnicas de seguridad y trazabilidad alimentaria, con una visita a sus instalaciones con un preaviso de al menos 48 horas laborables.*
- e) Las causas que provocarían la decisión de deshomologación de un operador (para lo que se contemplará la posibilidad de una sanción que le impidan volver a ser homologado en un período de dos años), serían:*
 - Respecto a los centros de llenado, (i) si el operador no tiene volteadora de botellas, ni realiza inspección reglamentaria antes de llenado; (ii) si se encuentra en el mercado una botella llena con su gas y que no sea de su propiedad, (iii) si no tiene actualizado el Registro Sanitario.*
 - Respecto a la deshomologación de centros de reparación y retimbrado, (i) si se encuentra en el mercado una botella fuera de su período de*

retimbrado, (ii) si se pierde la autorización de la Administración para éste.

- *Respecto a los proveedores de CO₂, (i) si se encuentra en el mercado una botella llena con su gas y que no sea de su propiedad; (ii) si no es capaz de garantizar la trazabilidad desde un punto de venta; (iii) si no tiene actualizado el Registro Sanitario.*
 - f) *La política de homologación de HESA y el listado de empresas homologadas estará a disposición de cualquiera que lo solicite, comprometiéndose HESA a habilitar un espacio en la página de inicio de su web www.heinekenespana.es en el que publicará toda la información al respecto.*
 - g) *El procedimiento podrá actualizarse en función de las necesidades de cada momento y de las posibles mejoras que puedan plantearse, que respetarán la objetividad, transparencia y no discriminación, y serán comunicadas a la Dirección de Investigación en el marco de la vigilancia del acuerdo de Terminación Convencional para su autorización previa.*
 - h) *PRAXAIR y CARBUROS deberán someterse a este nuevo proceso de homologación de HESA, cursando para ello la correspondiente solicitud conforme al procedimiento previsto. Las gasistas seguirán reuniendo la condición de proveedores homologados mientras no finalice el citado proceso”.*
- 3) En cuanto al envío de cartas por HESA a sus distribuidores independientes y a los clientes atendidos directamente por todas las distribuidoras integradas de SIH, se destacará que no existe ninguna obligación de contratar el CO₂ alimentario para la impulsión de sus marcas de cerveza con alguno de los proveedores homologados. El envío se realizará mediante entrega en mano y acuse de recibo para garantizar la mayor difusión de las cartas así como la comprobación por parte de la DI en el marco del expediente de vigilancia correspondiente.
- 4) En relación con la firma de nuevos contratos de colaboración con un proveedor de CO₂ o renovación de los actualmente en vigor con CARBUROS/PRAXAIR que se produzca tras la adopción de la resolución de terminación convencional, dichos contratos serían remitidos a la DI en el marco de la vigilancia del acuerdo de Terminación Convencional para su supervisión. Este compromiso tendrá una duración inicial de tres años, sin perjuicio de que la DI pueda prorrogarlo con preaviso por otros tres años, si la supervisión del cumplimiento de los compromisos lo aconsejara.

C) Valoración de la DI de los compromisos presentados por las partes.

Tras la versión de compromisos recibida en julio de 2013 la DI llegó a la consideración de que los compromisos presentados por las denunciadas resuelven el potencial problema de competencia derivado de las conductas investigadas que podrían estar restringiendo el acceso de competidores de HESA, PRAXAIR y CARBUROS al mercado y que dieron lugar a la incoación del expediente

sancionador por infracción del artículo 1 de la LDC en la medida en que suponen la modificación de los contratos, del sistema de homologación y se comprometen a difundir la nueva a los proveedores de CO₂ y a los clientes. Dice la DI en su análisis:

“Consideraciones relativas a la modificación de las cláusulas de los contratos

En primer lugar, en la medida en que se eliminan las referencias a precios de venta de CO₂, y a las actualizaciones de este precio en función del aumento del precio de la cerveza de barril de la marca HESA, se evitaría la restricción a la competencia que supondría que competidores (SIH y las gasistas) fijasen conjuntamente los precios a sus clientes. Asimismo, al eliminar la posibilidad de que HESA intervenga o asesore comercialmente a PRAXAIR en la fijación del precio de suministro de CO₂ a terceros clientes y distribuidores, se evitaría obligar a un competidor a practicar un precio determinado, permitiendo que éste variase su política de precios unilateralmente y en función de las circunstancias del mercado considerado.

En segundo lugar, respecto a los límites impuestos al intercambio de información, se evitan los potenciales efectos anticompetitivos que de otro modo podrían producirse al ser SIH competidor de PRAXAIR y CARBUROS, dado que:

- a) Se dejará de intercambiar información comercial y, por tanto, sensible, entre HESA y PRAXAIR sobre los aumentos de precios del barril y/o el volumen de ventas de cerveza de barril realizadas por HESA identificando al distribuidor, la provincia en la que opera y el volumen de litros. Con ello se estaría dejando de dar información estratégica que de otro modo supondría para PRAXAIR una ventaja competitiva respecto a competidores no participantes en el sistema.*
- b) La información que continuarán intercambiándose (pues es la que da lugar al pago de las comisiones por la cesión del parque de botellas y la distribución de CO₂ homologado) pasará a ser agregada por provincias, clientes y distribuidores, y de frecuencia semestral, por lo que deja de ser apta para conocer la estrategia comercial del competidor y debilitar o suprimir el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento competitivo del mercado.*
- c) Adicionalmente, se comprometen a que SIH, competidor directo de PRAXAIR y CARBUROS, no tenga acceso a esta información.*
- d) Finalmente, para que HESA pueda comprobar la veracidad de la información que recibe, HESA ha previsto la posibilidad de contratar a un tercero independiente, previa autorización del mismo y del procedimiento de verificación por la CNC en el marco del correspondiente expediente de vigilancia.*

En tercer lugar, con relación a las cláusulas relativas a la delimitación geográfica de las zonas en las que operarían CARBUROS y HCSA en Canarias, por las que CARBUROS se comprometía a prestar el Servicio Directo de CO₂ al cliente final en unas zonas geográficas concretas dentro del territorio insular canario y HCSA se obligaba a atender exclusivamente a los clientes que estuviesen fuera de estas

zonas, se dejan sin efecto los párrafos segundo y tercero de la cláusula 7.1, en los que se encuentran estas previsiones. De manera que, con esta modificación, se eliminan las cláusulas que supondrían un reparto del mercado geográfico de clientes y se permite a HCSA (INCABE) competir con CARBUROS en cualquier parte del territorio canario.

En todo caso, por lo que respecta a la firma de nuevos contratos de colaboración entre HESA y un proveedor de CO₂, o renovación de los actualmente en vigor con CARBUROS y/o PRAXAIR con posterioridad a la adopción de terminación convencional, será la CNC la que se encargue de supervisarlos, evitando de esta manera la posibilidad de que se repita la problemática descrita en el PCH sobre sistemas similares de suministro de CO₂ alimentario para impulsión de cerveza de barril.

Consideraciones relativas al proceso de homologación

Como ha quedado descrito (...), las condiciones en relación al procedimiento de homologación que llevará a cabo HESA pasan a ser “transparentes, objetivas y no discriminatorias”. Serán objetivas dado que el proceso tendrá una duración máxima y unas pautas claras de actuación, que además incluyen las causas de una posible deshomologación, de manera que el operador esté informado en todo momento de los requisitos que tendrá que cumplir, el plazo señalado al respecto y la posible penalización si no cumple con los mismos. Igualmente, serán transparentes dado que esta información, que forma parte de la política de calidad del CO₂ de HESA, así como la lista de sus proveedores homologados, podrá ser consultada públicamente a través de un espacio visible en la página de inicio de la cervecera, www.heinekenespana.es. Finalmente, pueden considerarse no discriminatorias dichas condiciones ya que se aplicarán a todos los operadores, e incluso los actualmente homologados también serán incluidos en este proceso debiendo “actualizar” su homologación bajo estrictos criterios de calidad y seguridad del producto y servicio ofrecido en relación al CO₂ alimentario.

Por último, con estas modificaciones se evitan posibles incentivos perversos (a no homologar a gasistas distintos de CARBUROS y PRAXAIR) de las partes que surgirían al analizar el proceso de homologación en su diseño original junto con otras conductas analizadas, como el cobro de comisiones y la fijación de precios de venta del CO₂ por parte de HESA.

Consideraciones relativas al envío de cartas a clientes y distribuidores

Finalmente, respecto al envío por parte de HESA de cartas a clientes y distribuidores denunciadas en este expediente y cuyo contenido podría haber inducido a error sobre la capacidad y seguridad alimentaria de mezclar el CO₂ de otros proveedores distintos a PRAXAIR y/o CARBUROS con cervezas de marcas comercializadas por HESA, cuestionando así su credibilidad en la provisión adecuada de este servicio, y con ello dificultando su entrada en el mercado de distribución de CO₂, HESA procederá al envío de nuevas cartas aclarando los citados aspectos. En particular, se hace referencia a la accesibilidad del

procedimiento de homologación de HESA a través de su página web, al mismo tiempo que la cervecera recuerda que no existe ninguna imposición respecto del proveedor de CO2 alimentario con el que el distribuidor y/o punto de venta habría de trabajar, aclarando la total libertad para que cada operador contrate con quien convenientemente decida, e instando en las cartas dirigidas a distribuidores a trasladar el mensaje a los puntos de venta atendidos por éstos.

Este compromiso vendría indirectamente a dar cumplimiento a la pretensión de AEDCO de que se lleve a cabo una rectificación pública de las conductas de las denunciadas, y en particular, su publicidad entre los clientes, lo que podría restablecer las condiciones de competencia de manera inmediata para el resto de distribuidores de CO2 alimentario en el mercado”.

TERCERO.- Alegaciones del denunciante a las propuestas de compromisos presentadas por las partes y contestación de la DI. De acuerdo con lo previsto en el artículo 39.4 del RDC, y tal y como se recoge en los AH nº 12 con fecha 6 de junio de 2013 la DI remitió al denunciante el acuerdo de inicio de terminación Convencional y los compromisos propuestos por las partes. Recibidos los compromisos modificados con fecha 24 de julio la DI le dio acceso para alegaciones tomado vista el día 25 de julio.

Recibidos los compromisos, y tras tomar vista del expediente AEDCO con fechas 27 de junio y 31 de julio de 2013 (folios 6198-6203 y 6289-6296) presentó alegaciones oponiéndose a la terminación convencional.

La DI en su Informe y Propuesta al Consejo recoge las alegaciones de AEDCO en los siguientes términos: “[...] AEDCO enumera las conductas desarrolladas por las incoadas y sus consecuencias, en particular, la afectación sobre la independencia en la toma de decisiones de éstas, los efectos de la competencia desleal en la cuota de mercado de las mismas, el aumento de precios en el caso de PRAXAIR desde el año 2005 y el perjuicio al interés general durante más de cinco años.

Asimismo, alega que, al haberse probado la existencia de una infracción muy grave del art. 1 LDC, unos simples compromisos no sirven de medida coercitiva para las incoadas ni para el resto de mercado para evitar estas prácticas y encontrar las mejores condiciones para los consumidores y el interés público, por lo cual el procedimiento no debe finalizar por terminación convencional. Por otro lado, AEDCO señala que la duración de las conductas descritas ha sido superior a cinco años, por lo cual han tenido un “efecto muy perjudicial sobre el mercado, el interés público y los competidores de manera prolongada y continua”. Adicionalmente, considera que han sido irreversibles los efectos que estas conductas han tenido en la competencia, al haber llevado a la mayoría de empresas de AEDCO a la extinción, añadiendo que además en la actualidad HESA “sigue realizando las prácticas descritas instigando a sus clientes a comprar CO2 en exclusiva a las empresas denunciadas y cada vez de manera más agresiva, por lo que la situación de los componentes de AEDCO es

cada vez más calamitosa, habiendo perdido la mayoría de la poca cuota de mercado que le quedaba”.

Por otra parte, se opone a las propuestas de compromisos de las partes por su ineficacia, por haber reincidido las incoadas en sus conductas al haber tenido procedimientos similares en otros países, lo que hace, según AEDCO, que la terminación convencional les dé una ventaja en el sentido de animarlas a llevar a cabo la misma conducta.

Igualmente se opone a los compromisos planteados por HESA, INCABE y SIH, por no ser suficientes para reparar los daños causados, pues considera que, aunque en papel se modifiquen los contratos, en la práctica se seguirán llevando a cabo las prácticas descritas para hacerse con la totalidad del mercado. En este sentido también señala que las prácticas analizadas en este expediente han continuado realizándose, si bien de forma más sutil, al sustituirse las cartas de los comerciales de HESA por comunicaciones verbales.

Alude también a su oposición a la nueva propuesta de compromisos de PRAXAIR por la poca eficiencia que tendría una terminación convencional sin que se sancione a las incoadas, dado que “podrán seguir desarrollando las mismas conductas infractoras sin que esté estipulado en ningún contrato”. Se refiere al resto de las propuestas aportadas en el presente expediente como “meras declaraciones de intenciones” que les permitirá seguir con la conducta adoptada hasta ahora.

Finalmente, AEDCO sostiene que la terminación convencional impide que se vea resarcido el daño que les ha producido la conducta, y que las propuestas presentadas por HESA no son suficientemente concretas. Concluye que sólo una sanción ejemplar, un control absoluto de las prácticas de las denunciadas por parte de la CNC y una rectificación de las denigraciones públicas sobre las supuestos homologaciones no concedidas arbitrariamente a los miembros de AEDCO y otros agentes del sector restituirá el interés público.”

Respuesta de la DI a las alegaciones de AEDCO.

En el IPTC la DI considera que las alegaciones de AEDCO no son fundadas ni están suficientemente motivadas, y lo expone en los siguientes términos:

“(101) En cuanto a los efectos de las conductas de las incoadas que señala la denunciante, cabe señalar, por un lado, que la independencia en la toma de decisiones (la cual sería cuestionable dadas determinadas cláusulas contractuales analizadas, en particular, las relativas a precios e intercambios de información) se solventará con la Propuesta de terminación convencional como se expondrá más adelante, ya que se suprimen las referencias a precios controvertidas y se delimita el intercambio de información (agentes receptores de la información, información agregada, periodicidad menor, etc.). Asimismo, los efectos recogidos en el PCH en forma de precios más elevados para cervezas HESA que para cervezas que no son de HESA aplicados por PRAXAIR

podrían estar al menos en parte justificados a tenor de lo alegado por ésta, según lo explicado en el párrafo 80 del apartado VI anterior.

- (102) *Por otra parte, esta Dirección considera que, bajo determinados supuestos, el procedimiento de terminación convencional es la vía más efectiva para poner fin de inmediato a las conductas restrictivas que habrían venido desarrollando las incoadas, dado que desde el punto de vista administrativo reduce los trámites de instrucción y acorta los plazos de resolución del expediente sancionador en el que se acuerda. Al mismo tiempo, al restablecer de forma rápida las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las citadas conductas, mediante unos compromisos que resuelvan los problemas de competencia o eliminen las restricciones de competencia injustificadas, salvaguardan el bienestar de consumidores y el interés público. En este sentido, el que las infracciones en cuestión sean susceptibles de calificarse como muy graves no impide que se resuelva un procedimiento sancionador por terminación convencional, tal y como se deduce del art. 52 LDC que prevé la posibilidad de terminación convencional en cualquier procedimiento sancionador independientemente de la calificación que pudieran merecer en su caso las infracciones.*
- (103) *En cuanto a la duración, no todas las conductas que forman parte de la estrategia han tenido una duración similar; las primeras habrían comenzado en 2007 y otras (como las derivadas de las cláusulas del contrato 3) en 2010. Asimismo, la duración de algunas no se habría prolongado más allá de 2011. Resulta sorprendente que la propia denunciante haga alusión, como efecto anticompetitivo de estas conductas, al aumento de precios aplicados por PRAXAIR, toda vez que AEDCO denunciaba la puesta en práctica de precios predatorios por parte de ésta, es decir, de precios por debajo de costes. En cualquier caso, como recoge el párrafo 78, los efectos sobre los precios descritos en el PCH deben matizarse si se considera lo alegado por PRAXAIR, como se explica en el punto VI. Por tanto, no puede afirmarse que la duración haya sido tal que haya producido unos efectos irreversibles durante un período de tiempo significativo.*
- (104) *Asimismo, AEDCO acusa a HESA, PRAXAIR y CARBUROS de seguir realizando en la actualidad las prácticas descritas y confundir a sus clientes sobre las fuentes de aprovisionamiento del CO2 alimentario, sin bien no aporta prueba alguna de tal acusación. Además, en referencia a la poca eficacia de la terminación convencional y a la insuficiente concreción de las propuestas, esta Dirección no comparte el razonamiento de AEDCO a este respecto, ya que las denunciadas no podrían seguir desarrollando estas mismas conductas al estar sujetas a unos compromisos concretos, definidos por escrito, a través de los cuales se han obligado a cambiar las cláusulas controvertidas de los contratos analizados y las conductas en relación a estas cláusulas, estableciendo así garantías sobre el comportamiento futuro de los supuestos infractores. Dichos compromisos*

serían, además, objeto de vigilancia por parte de la Dirección de Investigación en el marco del correspondiente expediente de vigilancia. Estos compromisos, en definitiva y como se expondrá más adelante, resuelven los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y garantizan suficientemente el interés público.

Por otra parte, los compromisos presentados no condicionan ni impiden las posibles ulteriores reclamaciones civiles ante instancias judiciales según se recoge en el apartado X de esta propuesta. En este sentido, hay que observar que a pesar de su complementariedad como instrumentos jurídicos que se insertan en el marco más genérico de lucha contra las infracciones del Derecho antitrust en orden a fortalecer la efectividad de las normas de defensa de la competencia, no debe olvidarse que el bien jurídico que protege la LDC y, por tanto, por el que debe velar esta Dirección de Investigación, es el interés público de garantizar y preservar la existencia de una competencia efectiva en los mercados, mientras que los intereses privados, representados por los derechos subjetivos de los particulares, víctimas de ilícitos de competencia, a verse compensados por los perjuicios sufridos, corresponde exclusivamente a la vía jurisdiccional. En definitiva, sea cual sea la forma de terminación de este procedimiento, esta autoridad administrativa no es competente para el reconocimiento sobre el derecho a percibir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por una conducta restrictiva de la competencia, pues ello corresponde, en todo caso, como se ha indicado, a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria a través de la interposición de las correspondientes acciones privadas de daños y perjuicios.

- (105) En referencia a la reincidencia de las incoadas, el hecho de que las mismas hubieran desarrollado conductas similares en otros países no podría en su caso considerarse reincidencia ni circunstancia agravante. En particular, el art. 64.2.a) LDC recoge como agravante la “comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente ley”, lo cual no puede apreciarse en relación a procedimientos de otros países.*
- (106) Finalmente, no puede en modo alguno compartirse la afirmación de AEDCO relativa a que la terminación convencional supone una ventaja que anime a realizar la misma conducta infractora; antes bien, la citada propuesta de terminación convencional pondría fin a las conductas de las denunciadas en el plazo de un mes desde su aprobación, en su caso, por el Consejo (y de tres meses en el procedimiento de homologación desde la primera solicitud formal), instándolas a cesar en sus actuaciones y mitigando también los efectos de las mismas a través de un nuevo procedimiento de homologación y el envío de nuevas cartas, lo que dotaría de publicidad los compromisos adoptados e incluso favorecería su conocimiento por parte de los potenciales clientes (canal HORECA) de la denunciante y de otros distribuidores de CO2 que pudieran haberse visto afectados por las conductas enjuiciadas.*

(107) Adicionalmente, un incumplimiento de las obligaciones contenidas en el acuerdo de terminación convencional podría dar lugar tanto a multas coercitivas como a la apertura de un procedimiento sancionador. A su vez, el art. 62.4.c) LDC clasifica el incumplimiento de un compromiso adoptado en aplicación de la LDC como infracción muy grave. La propuesta es asimismo amplia, detallada y concreta, por todo lo cual no anima en absoluto a reincidir sino a cesar en la conducta, mitigándose asimismo sus efectos y lográndose un restablecimiento rápido de las condiciones de competencia.”

CUARTO.- Valoración del Consejo. En el presente procedimiento de Terminación Convencional se han seguido los trámites previstos por la normativa citada en el Fundamento Primero, artículo 52 de la LDC, artículo 39 del RDC (art. 39) y apartados 46-47 de la Comunicación sobre Terminación Convencional de expedientes sancionadores de octubre de 2011 por lo que a juicio del Consejo es posible analizar si los compromisos son adecuados y procede la Terminación Convencional del mismo o por el contrario no cumplen los requisitos exigidos y debe continuarse el expediente hasta finalizar en un pronunciamiento de los previstos en el artículo 53 de la LDC.

En relación con los hechos investigados el Consejo comparte las apreciaciones de la DI que se recogen en el Fundamento de Derecho SEGUNDO sobre los riesgos para la competencia que suponen o pueden suponer las conductas de las empresas denunciadas, en los ámbitos de los contratos firmados por éstas, el proceso de homologación y la remisión de cartas a clientes y distribuidores por parte de HESA, así como la delimitación de la incoación a las conductas citadas.

El Consejo comparte asimismo que dado que las denunciadas han presentado de forma autónoma, nada más emitirse el PCH, compromisos para hacer frente a las posibles restricciones a la competencia identificadas en las conductas analizadas, la finalización del expediente en este caso mediante una Terminación Convencional cuyos compromisos sean suficientes y remuevan de inmediato los posibles obstáculos a la competencia, es más ventajosa para el interés general que continuar el procedimiento sancionador.

Suficiencia de los compromisos

Por tanto constatada la legalidad y oportunidad de aplicar el procedimiento de Terminación Convencional, es necesario evaluar si los compromisos presentados cumplen los requisitos exigidos por el artículo 52 de la LDC.

Como se recoge en el Fundamento de Derecho Segundo, resumiendo los compromisos a los que se refiere el HP D), las denunciadas se comprometen: a) modificar las cláusulas de los contratos 1 y 2, relativas a precios que podrían ser contrarias al artículo 1 LDC al tratarse de acuerdos horizontales de comercialización entre competidores en el mercado minorista de distribución del CO2 alimentario; b) dejar sin efecto los párrafos de la cláusula del contrato 2 que podrían suponer un

reparto geográfico del mercado en las islas Canarias entre HCSA y CARBUROS que limitaría la competencia en el suministro de CO2 para cerveza HESA; c) modificar las cláusulas referidas al intercambio de información en lo referente a su naturaleza, periodicidad y confidencialidad; d) HESA se compromete a mejorar el proceso de homologación para hacerlo abierto, no discriminatorio y transparente, y a enviar nuevas cartas a sus clientes y distribuidores destacando que no existe ninguna obligación de contratar el CO2 alimentario para impulsión de cerveza de sus marcas con alguno de los proveedores homologados. Este compromiso relativo a un sistema de homologación como el descrito, objetivo, transparente y no discriminatorio, a juicio del Consejo puede dinamizar el mercado haciendo más atractiva la entrada a posibles operadores en el mercado de distribución minorista de CO2 alimentario.

Vistos los riesgos detectados y los compromisos ofrecidos por las partes, el Consejo, al igual que la DI considera que los compromisos ofrecidos resuelven los posibles efectos sobre la competencia que pudieran derivarse de las conductas analizadas al evitar un cierre del mercado a los competidores reales y potenciales de PRAXAIR y CARBUROS en el mercado de la distribución minorista de CO2 alimentario en botella, garantizando el interés público, cumpliendo los requisitos del artículo 52 de la LDC y siendo por tanto procedente la terminación convencional del expediente.

Por último, este Consejo quiere llamar la atención sobre el hecho de que, dadas las características del mercado y la posible existencia de redes paralelas de acuerdos entre fabricantes de cervezas y bebidas carbonatadas y distribuidores de CO2 para su impulsión, cualquier sistema que pudiera incurrir en una problemática similar a la analizada en el presente expediente debería de ser objeto de autoevaluación por parte de los agentes involucrados con el fin de evitar potenciales restricciones de la competencia que pudieran ser contrarias a la LDC.

Ejecución de los compromisos

Tal como consta en los escritos de compromisos anexos a esta Resolución, las partes se comprometen a ejecutar los compromisos en el plazo de un mes desde la aprobación por el Consejo de la CNC de la terminación convencional del expediente.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNC,

RESUELVE

PRIMERO.- Acordar, al amparo del artículo 52 de la LDC, la Terminación Convencional del procedimiento sancionador del Expte. S/337/11, DISTRIBUIDORES DE CO2, sujeta a los compromisos presentados por las partes a que se refiere el apartado D) de los hechos probados y que se anexan a esta Resolución.



SEGUNDO.- Las partes harán efectivos sus compromisos en el plazo de un mes desde la aprobación de esta Resolución.

TERCERO.- El incumplimiento de cualquiera de los anteriores compromisos y obligaciones tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.4 c) de la LDC y en el artículo 39.7 del RDC.

CUARTO.- Encomendar a la Dirección de Investigación la vigilancia de esta Resolución del Consejo de Terminación Convencional.

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

PROPUESTA DE COMPROMISOS DE CARBUROS METÁLICOS

PROPUESTA DE COMPROMISOS

PRIMER COMPROMISO- MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA 7.1 DEL CONTRATO DE 2007

1. CARBUROS METÁLICOS y AIR PRODUCTS IBÉRICA se adhieren al compromiso presentado por HESA de dejar sin efecto los párrafos segundo y tercero de la Cláusula 7.1 del Contrato de 2007 celebrado entre INCABE y CARBUROS METÁLICOS para las Islas Canarias ("Contrato de 2007").
2. Es relevante volver a insistir en que esta cláusula nunca tuvo ninguna virtualidad, ya que nunca se negoció ni se celebró ninguno de los contratos que la mencionada cláusula contemplaba.
3. Por tanto, se propone que el texto de la cláusula 7.1 del Contrato de 2007 quede redactado de la siguiente manera:

"A efectos de facilitar a los correspondientes distribuidores la información necesaria sobre la prestación de los anteriores servicios, CARBUROS y ICESA, a través de sus Departamentos Comerciales, informarán conjuntamente a éstos de los detalle de los acuerdos entre ambas compañías, su alcance, implantación y desarrollo, y la operativa a seguir para conseguir el suministro de gas para impulsión de cerveza".

SEGUNDO COMPROMISO- MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA 4 DEL CONTRATO DE 2010 ENTRE CARBUROS METÁLICOS Y SIH

4. En la Cláusula Cuarta del Contrato de promoción celebrado entre CARBUROS METÁLICOS y SIH en el año 2010 ("Contrato de 2010") se incluía una obligación por parte de CARBUROS METÁLICOS de remitir a SIH determinada información a los efectos de que esta pudiera verificar el importe de la comisión que le era abonada.
5. La redacción actual de esta cláusula es la siguiente:

"CARBUROS pagará a SIH una cuyo cálculo se obtendrá al aplicar del total de los kgs de CO2 facturados por CARBUROS, a la Unidad de Negocio (participadas y distribuidores de SIH) más el IVA correspondiente. A partir de la firma de este acuerdo,

Expte. S/337/11

VERSIÓN NO CONFIDENCIAL

*aquellas unidades de negocio con las que se acuerde que Carbueros realice
CARBUROS pagará a SIH
del total de los kgs de CO2 facturados. Quedan expresamente excluidos de dicho cálculo*

En este sentido, CARBUROS se obliga a informar semestralmente las ventas efectuadas en el periodo vencido y de las comisiones generadas por dichas ventas, identificando las ventas por distribuidores. CAM facilitará a SIH el acceso a la información y documentación adicional, así como a las instalaciones que ésta última considere necesarias para confirmar la exactitud de los datos contenidos en estos informes semestrales.

Condiciones de pago

El pago se efectuará mediante transferencia fecha factura , a la cuenta bancaria que SIH indique”.

6. De conformidad con las líneas generales de los compromisos presentados por CARBUROS METÁLICOS en su escrito de adhesión a la solicitud de terminación convencional y, a los efectos de eliminar cualquier posible duda que la Dirección de Investigación pudiera albergar sobre los efectos de esta remisión de información, se propone la sustitución de la cláusula cuarta del Contrato de 2010 por la siguiente redacción:

“CARBUROS pagará a SIH cuyo cálculo se obtendrá al aplicar del total de los kgs de CO2 facturados por CARBUROS, a la Unidad de Negocio (participadas y distribuidores de SIH) más el IVA correspondiente. A partir de la firma de este acuerdo, aquellas unidades de negocio con las que se acuerde , CARBUROS pagará a SIH . Quedan expresamente excluidos de dicho cálculo

En este sentido, CARBUROS se obliga a informar semestralmente a HESA de las ventas efectuadas en el periodo vencido y de las comisiones generadas por dichas ventas, identificando la ventas de manera agregada por provincias. HESA deberá tratar esta información como confidencial y no podrá utilizarla para una finalidad diferente de la

verificación del importe de CARBUROS ni tampoco podrá transmitirla a otras sociedades de su grupo o a terceros.

En caso de que HESA tuviera dudas sobre la veracidad de la información facilitada, podrá contratar a su costa a un tercero independiente para que lleve a cabo las labores de verificación pertinentes (el "Experto independiente"). A estos efectos, HESA propondrá a la [Unidad de Vigilancia de la CNC] una lista de al menos tres posibles empresas, lista que deberá ser aprobada previamente por la [Unidad de Vigilancia de la CNC], pudiendo esta sugerir las modificaciones pertinentes. Posteriormente, la lista será remitida a CARBUROS para que elija a una de las empresas propuestas en un plazo de 10 días.

CARBUROS se obliga a proporcionar la información que el Experto Independiente le requiera a los efectos previstos en la presente cláusula. Una vez llevada a cabo la verificación, el Experto Independiente pondrá en conocimiento de HESA y de CARBUROS los resultados de esta, obligándose ambas partes a aceptarlos como definitivos y vinculantes.

Las partes se obligan a pagar en los 15 días siguientes las diferencias a favor o en contra de CARBUROS.

Condiciones de pago.

El pago se efectuará mediante transferencia fecha factura +5 días, a la cuenta bancaria que SIH indique."

7. En la medida en que como se ha indicado con anterioridad, esta remisión de información por parte de CARBUROS METÁLICOS a HESA se realiza a los meros efectos de que esta entidad pudiera verificar el importe de la comisión percibida, esta remisión de información únicamente se realizará mientras el Contrato de promoción entre CARBUROS METÁLICOS y SIH se mantenga en vigor y, en concreto, mientras SIH continúe percibiendo comisiones de CARBUROS METÁLICOS por las labores de promoción realizadas.

TERCER COMPROMISO.-HOMOLOGACIÓN

8. CARBUROS METÁLICOS se compromete a someterse al nuevo proceso de homologación de HESA autorizado por la CNC, conforme al procedimiento previsto a tal efecto y que será publicado en la página web de HESA www.heinekenespana.es.

Expte. S/0337/11

VERSIÓN NO CONFIDENCIAL

CARBUROS METÁLICOS seguirá reuniendo la condición de proveedor homologado mientras no finalice el citado proceso.

CUARTO COMPROMISO.-EJECUCIÓN DE LOS COMPROMISOS

9. Mis representadas se comprometen a remitir a esa Dirección de Investigación en el plazo de un mes desde la aprobación de la resolución del Consejo de la CNC por la que se acuerde la terminación convencional del presente expediente y se declaren firmes los compromisos propuestos anteriormente, copia de los documentos que acrediten que las modificaciones contractuales mencionadas en los Compromisos Primero y Segundo se han realizado.



PROPUESTA DE COMPROMISOS DE HESA

PROPUESTA DE COMPROMISOS

A. Introducción

Como se ha mencionado, esta propuesta recoge y amplía los compromisos propuestos en nuestro escrito de 3 de junio con el fin de cubrir todas las presuntas conductas prohibidas identificadas en el PCH de las que se responsabiliza a mis representadas.

1. En primer lugar, se propone la modificación o eliminación de algunas de las cláusulas contenidas en los contratos 1, 2, 3 y 4 con PRAXAIR y CARBUROS de 2007 y 2010 (según la definición de los mismos contenida en el PCH) respecto de las cuales la DI se ha mostrado crítica. En particular, se añaden a la propuesta de 3 de junio determinados compromisos adicionales sobre los intercambios de información con el objeto de hacerlos menos transparentes. A este respecto, se acompañan como Anexos 2 a 4 los borradores de acuerdos que mis representadas firmarían con PRAXAIR y con CARBUROS a los efectos de hacer efectiva la modificación y que han sido consensuados con estas.
2. Se añade a la propuesta de 3 de junio el compromiso por parte de HESA de adoptar un sistema de homologación abierto, objetivo y transparente para los operadores de CO2 para la impulsión de su cerveza de barril. Dicho sistema puramente *cuantitativo* será de aplicación de manera uniforme a todas las empresas que soliciten la homologación, incluyendo a CARBUROS y PRAXAIR, y será publicado en una zona visible de la página de inicio de la web de HESA www.heinekenespana.es.
3. La adopción de dicho sistema de homologación se complementa con un compromiso de comportamiento en relación con la comunicación a los distribuidores independientes de las marcas de HESA y también a aquellos clientes (puntos de venta) atendidos directamente por las distribuidoras integradas en SIH, sobre la

C'M'S' Albiñana & Suárez de Lezo

S/0337/11, Distribuidores de CO2

política de homologación de HESA. Se acompañan como Anexos 5 y 6 los borradores de las referidas cartas.

4. Finalmente, se reitera el compromiso de remitir a la Unidad de Vigilancia de la CNC cualquier nuevo contrato con un proveedor de CO2, o cualquier renovación de los contratos actualmente en vigor, que se produzca en los tres años siguientes a la adopción de la resolución acordando la terminación convencional, aceptándose igualmente que dicho periodo pueda ampliarse por Unidad de Vigilancia de la CNC si así lo considerara oportuno.

A continuación se desarrollan cada uno de los puntos mencionados.

B. Respecto a los contratos 1 y 4 entre HESA, SIH y PRAXAIR¹

En relación con los supuestos acuerdos de fijación de precios:

- SIH se compromete a modificar la cláusula tercera del contrato 1 en acuerdo con PRAXAIR renunciando: (i) a intervenir en la fijación de precios de suministro de CO2 por PRAXAIR a terceros clientes y distribuidores, excluidos los distribuidores en los que SIH tiene una participación superior al 50% o "distribuidores integrados" (en el mismo sentido, se modificará el último párrafo de la cláusula primera, apartado 11); y (ii) a exigir el cumplimiento del criterio de actualización máxima de los precios del CO2 a terceros en función de los incrementos de los precios del barril.
- SIH se compromete a modificar la cláusula séptima del contrato 1 en acuerdo con PRAXAIR, renunciando a su derecho de exigir el cumplimiento de lo incluido en los apartados A y B sobre su intervención o asesoramiento en la determinación del importe de las fianzas por las botellas por PRAXAIR a terceros clientes y distribuidores (excluidos los distribuidores integrados) y de los precios de alquiler diario para actos y eventos temporales (excluidos los que realice la propia HEINEKEN o sus distribuidores integrados).
- SIH ha llegado a un acuerdo con PRAXAIR para la modificación del contrato 1, a los efectos de eliminar todas las referencias a precios mínimos y/o máximos de venta de CO2, fianzas y alquiler de botellas a terceros, en particular, aquellas contenidas en la cláusula tercera y en el Anexo III.

¹ Recuérdese que, según lo dispuesto en el contrato 4, SIH ha sustituido a HESA en el contrato 1 en gran parte de los derechos y obligaciones recogidos en este.

C'M'S' Albiñana & Suárez de Lezo

S/0337/11, Distribuidores de CO2

En relación con los supuestos acuerdos restrictivos de intercambio de información:

- SIH dejará de enviar a PRAXAIR información respecto de los incrementos del precio del barril de sus tres marcas principales de cerveza así como cualquier información sobre las ventas de cerveza realizadas.
- SIH ha llegado a un acuerdo con PRAXAIR para la modificación y/o eliminación del contenido del apartado 10 de la cláusula 1, del tercer párrafo de la cláusula 2.1, y del Anexo II, respecto de la información que PRAXAIR se obliga a enviar sobre los datos de sus ventas de CO2 a distribuidores y puntos de venta en el marco del contrato, a los efectos de reducir el grado de transparencia derivado de dichos intercambios. A estos efectos, se ha acordado que:
 - o Dicha información se intercambie de forma agregada, agrupándola por provincias y no individualizada por distribuidores y/o clientes.
 - o La información se entregue con una frecuencia semestral, y no mensual, sin perjuicio del deber de satisfacer las comisiones devengadas con carácter mensual tal y como se prevé en el contrato.
 - o SIH y/o HESA renuncien unilateralmente a su derecho a acceder a la información, documentación e instalaciones de PRAXAIR para confirmar la exactitud de los datos, según lo previsto en las cláusulas 1.10 y 2.1. del contrato. No obstante, si HESA, como receptora de la información conforme a lo previsto en el punto siguiente, estuviera interesada en la comprobación de la veracidad de la información facilitada, podrá proponer el nombramiento de un experto independiente para que lleve a cabo, a su costa, tal verificación, obligándose PRAXAIR a facilitarle la información según lo previsto anteriormente a través de un procedimiento objetivo y transparente que será supervisado en todo momento por la Unidad de Vigilancia de la DI².
 - o La información se envíe a HESA y no a SIH. Además, HESA no podrá compartir dicha información con terceros, incluida SIH o cualquier otra empresa de su grupo.

² Esta facultad es necesaria para que HESA pueda controlar que los datos proporcionados por PRAXAIR responden a la realidad y no han sido manipulados a la baja para que la cuantía de la comisión a pagar sea menor. De lo contrario, no existiría posibilidad de control, provocando un desequilibrio evidente en el contrato y alterando los incentivos de las partes.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo

S/0337/11. Distribuidores de CO2

A los efectos de facilitar la supervisión, se aporta como Anexo 2 un borrador del contrato de modificación que ha sido consensuado con PRAXAIR. HESA y SIH se comprometen a suscribir dicho contrato en el plazo máximo de un mes desde la Resolución que ponga fin al procedimiento.

C. Respecto al contrato 2 entre INCABE y CARBUROS

Se propone la modificación del contrato para dejar sin efecto los párrafos segundo y tercero de su cláusula 7.1.

A los efectos de facilitar la supervisión, se aporta como Anexo 3 un borrador del contrato de modificación que ha sido consensuado con CABRUROS. INCABE se compromete a suscribir dicho contrato en el plazo máximo de un mes desde la Resolución que ponga fin al procedimiento.

D. Respecto al contrato 4 entre SIH y CARBUROS

SIH ha llegado a un acuerdo con CARBUROS de cara a modificar la cláusula cuarta del contrato respecto de la información que CARBUROS se obliga a enviar a SIH sobre los datos de sus ventas de CO2 a distribuidores y puntos de venta en el marco del referido contrato. A estos efectos:

- Dicha información se intercambiará de forma agregada, agrupándola por provincias, y no individualizada por distribuidores y clientes.
- Dicha información deberá entregarse con una frecuencia semestral, tal y como se ha venido haciendo a tenor de lo dispuesto en el contrato.
- SIH y/o IIESA renuncien unilateralmente a su derecho a acceder a la información, documentación e instalaciones de CARBUROS para confirmar la exactitud de los datos, según lo previsto en la cláusula cuarta. No obstante, si HESA, como receptora de la información conforme a lo previsto en el punto siguiente, estuviera interesada en la comprobación de la veracidad de la información facilitada, podrá proponer el nombramiento de un experto independiente para que lleve a cabo, a su costa, tal verificación, obligándose CARBUROS a facilitarle la información según lo previsto anteriormente a través de un procedimiento objetivo y transparente que será supervisado en todo momento por la Unidad de Vigilancia de la DI.
- La información se envíe a HESA y no a SIH. Además, HESA no podrá compartir dicha información con terceros, incluida SIH o cualquier otra empresa de su grupo.

C/M'S/ Albiñana & Suárez de Lezo

S/0337/11, Distribuidores de CO2

A los efectos de facilitar la supervisión, se aporta como Anexo 4 un borrador del contrato de modificación que ha sido consensuado con CABRUROS. HESA y SIH se comprometen a suscribir dicho contrato en el plazo máximo de un mes desde la Resolución que ponga fin al procedimiento.

E. Respecto de la adopción de un sistema de homologación objetivo, transparente y no discriminatorio (sistema selectivo puramente cualitativo)

HESA tiene –y mantendrá– la competencia exclusiva para la homologación de los operadores de CO2 para la impulsión de cerveza de barril, sin que en ningún caso pueda delegar esta función en un tercero (salvo que dicho tercero sea una empresa de certificación independiente y que no opere en el mercado).

El sistema se basará en la política de calidad de CO2 de HESA ya existente, que cumple con los principios de objetividad, transparencia y no discriminación y cuyos elementos principales ya se han descrito y explicado a esa DI (v. en particular el escrito de 28 de julio 2011 de contestación al primer requerimiento de información de esa DI así como los Anexos 8 y 9 aportados con el mismo).

Este procedimiento se aplicará a todos los operadores, incluidos los que estén homologados en el momento de puesta en marcha del nuevo sistema (en particular, tanto PRAXAIR como CARBUROS, tal y como se recoge en los citados borradores de contratos que se aportan como Anexos 2 a 4), garantizándose así que el sistema de homologación no genera ningún efecto de exclusión en el mercado ni supone un trato discriminatorio de unos operadores frente a otros, lo que debe disipar por completo cualquier duda que pueda tener la DI al respecto.

De esta manera, se introduce un sistema de homologación puramente cualitativo, sin posibilidad de introducir restricciones cuantitativas (establecer un número máximo de operadores homologados en una determinada zona, en la medida en que la “demanda” ya estaría suficientemente cubierta).

Por lo demás, en aras a disipar cualquier duda que eventualmente pudiera tener la DI, se introducirán en términos claros y precisos las siguientes mejoras al procedimiento señalado:

- Se establecerá el compromiso inequívoco de HESA de implementar un sistema “abierto” de homologación, de manera que cualquier proveedor de CO2 podrá presentar una solicitud de homologación, obligándose HESA a iniciar el proceso conforme al sistema establecido, sin perjuicio obviamente del resultado final del

C'M'S' Albiñana & Suárez de Lezo

S/0337/11, Distribuidores de CO2

mismo (solo aquellos proveedores que cumplan con los requisitos exigidos serán homologados).

- En línea con el sistema existente, no se introducirá ningún requisito o condición que no esté directamente relacionada con critérios de calidad y seguridad del producto y del servicio ofrecido. En particular, no se introducirán criterios que tengan por objeto o efecto discriminar en función del tamaño de la empresa (volumen de facturación, número de empleados, cobertura geográfica, tamaño del parque de botellas, etc.).
- En términos generales,
 - o El procedimiento de homologación establecerá las siguientes posibilidades, pudiendo el operador de CO2 homologarse individualmente para cada una de ellas o respecto de varias o todas según el servicio que se vaya a prestar: (i) llenadores de botellas de CO2; (ii) reparadores y re-timbradores de botellas de CO2; (iii) proveedores de botellas de CO2.
 - o El procedimiento de homologación comprenderá la realización de al menos una visita a las instalaciones de los operadores que soliciten su homologación. Una vez llevada a cabo la primera visita, se procederá a la redacción de un informe confirmando la homologación (que será definitivo) o, en su caso, comunicando al solicitante aquellos puntos que no cumplen con los estándares establecidos y que impiden la homologación a los efectos de que éste pueda adoptar las medidas oportunas (por lo tanto, el informe será provisional). Si el operador decidiera seguir adelante con el proceso, será necesaria la realización de una segunda visita de inspección para comprobar que se han adoptado tales medidas y emitir un informe definitivo. No obstante, si antes de que finalice el periodo máximo establecido en el punto siguiente el operador no hubiera corregido la situación, permitiendo la segunda visita de inspección por parte de HESA, se emitirá el informe definitivo correspondiente en el que se rechazará la homologación.
 - o Se establecerá un plazo máximo de tres meses para tramitar las solicitudes de homologación desde la primera solicitud formal. En todo caso, respecto de las actuaciones que correspondan a HESA en el marco de dicha tramitación (salvo causa justificada), esta se compromete a realizar la visita de inspección que sea procedente y emitir el informe correspondiente en el plazo de un mes desde que haya recibido confirmación por parte del solicitante de que se encuentra *preparado* para someterse a tal inspección.

C/M'S/ Albiñana & Suárez de Lezo

S/0337/11, Distribuidores de CO2

- o La decisión de homologación tendrá una validez de tres años, transcurridos los cuales se procederá necesariamente a una nueva visita para comprobar que se siguen cumpliendo los requisitos que justifican la homologación.

No obstante lo anterior, HESA se reservará el derecho a controlar en todo momento que el proveedor cumple con los requisitos establecidos, pudiendo a estos efectos realizar visitas a las instalaciones del proveedor con un preaviso de un mínimo de 48 horas laborables. Estas medidas se introducen de cara a evitar el relajamiento en las medidas de seguridad y prevención adoptadas por los proveedores de gas carbónico³.

- o Se concretarán los términos en los que podrá decidirse la deshomologación de proveedores que incumplan lo dispuesto en la política de calidad de CO2 de HESA. En concreto, se apuntan a continuación las causas que provocarían la decisión de deshomologación:
 - Respecto de los centros de llenado, ésta se producirá: (i) si el operador no tiene volcadora de botellas, ni realiza las inspecciones reglamentarias antes de llenado; (ii) si se encuentra en el mercado una botella llena con su gas y que no sea de su propiedad; (iii) si no tiene actualizado el Registro Sanitario.
 - En cuanto a la deshomologación de centros de reparación y retimbrado, ésta se producirá en los siguientes casos: (i) si se encuentra en el mercado una botella fuera de su periodo de retimbrado; (ii) si pierde la autorización de la Administración para el retimbrado de botellas.
 - Y en cuanto a los proveedores de CO2, la deshomologación se producirá en los siguientes casos: (i) si se encuentra en el mercado una botella llena con su gas y que no sea de su propiedad; (ii) si no es capaz de garantizar la trazabilidad desde un punto de venta; (iii) si no tiene actualizado el Registro Sanitario.

En caso de que un operador resulte deshomologado se contemplará la posibilidad de establecer una sanción de manera que éste no pueda volver a ser homologado en un periodo de dos años⁴.

³ V. en particular, el ejemplo de INGGASIES, que obligó a su deshomologación, tal y como se explicó en los escritos de 28 de julio de 2011 de contestación al primer requerimiento de información así como su Anexo 10 y escrito de 3 de febrero de 2012 en contestación al tercer requerimiento de información.

⁴ Con ello, se persigue establecer un mecanismo disuasorio adecuado que garantice el cumplimiento estricto de la política de calidad de CO2 de HESA.

C'M'S' Albiñana & Suárez de Lezo

S/0337/11, Distribuidores de CO2

- o La política de homologación de HESA vigente en cada momento así como el listado de las empresas homologadas estará a disposición de cualquiera que solicite dicha información por los medios que en cada momento se consideren más adecuados. En particular, HESA se compromete a habilitar un espacio en la página de inicio de su web www.heinekenespana.es en el que publique toda la información respecto de la política de cantidad de CO2 y de los operadores homologados en cada momento.
- o Se renuncia al cobro de una tasa de homologación (que inicialmente se había estimado en un importe de 1.500 euros), a pesar de los importantes costes que se derivan de la implantación de un sistema puramente cualitativo en el que no cabe incluir ninguna restricción de tipo cuantitativo.
- o El procedimiento podrá actualizarse en función de las necesidades de cada momento y de las posibles mejoras que puedan plantearse. Las modificaciones respetarán los criterios de objetividad, transparencia y no discriminación. Cualquier modificación será comunicada a la Unidad de Vigilancia de la DI para su autorización previa.
- o El procedimiento mejorado estará en vigor y operativo en un plazo máximo de tres meses desde la adopción de la resolución acordando la terminación convencional. HESA se compromete a facilitar un informe anual sobre la marcha del procedimiento de homologación.

F. Respecto a la comunicación con los distribuidores y clientes

Mis representadas enviarán en el plazo de un mes siguiente a la adopción de la resolución acordando la terminación convencional una carta a todos sus distribuidores independientes y a los clientes atendidos directamente por todas las distribuidoras integradas de SIH, reiterando que no existe ninguna obligación de contratar el CO2 alimentario para la impulsión de sus marcas de cerveza con alguno de los proveedores homologados⁵. Se acompañan como Anexos 5 y 6 los borradores de las referidas cartas.

El envío se realizará mediante entrega en mano y acuse de recibo a los efectos de garantizar la mayor difusión de las cartas así como la posibilidad de comprobación por parte de la Unidad de Vigilancia de la DI (debe tenerse en cuenta que el envío por carta certificada podría tener un coste total de entre 45.000 y 50.000 euros, según las tarifas publicadas en la página web www.correos.es).

⁵ El envío a los clientes / puntos de venta será realizado por las respectivas distribuidoras integradas.

C'M'S Albiñana & Suárez de Lezo

S/0337/11, *Distribuidores de CO2*

G. Nuevos contratos

Cualquier nuevo contrato de colaboración con un proveedor de CO₂, o renovación de los actualmente en vigor con CARBUROS y con PRAXAIR que se produzca con posterioridad a la adopción de la Resolución de la terminación convencional, será remitido a la Unidad de Vigilancia de la CNC para su supervisión.

Este compromiso tendrá una duración inicial de tres años, sin perjuicio de que la Unidad de Vigilancia de la CNC pueda prorrogarlo mediante preaviso en otros tres años, siempre que la supervisión del cumplimiento de los compromisos lo aconseje.



PROPUESTA DE COMPROMISOS DE PRAXAIR

PROPUESTA DE COMPROMISOS

A. En relación con la supuesta fijación de precios

PRAXAIR propone el siguiente compromiso:

- 1º.- En el plazo de un mes desde la Resolución que resuelva mediante terminación convencional el presente expediente, se dejará sin efecto y se eliminará la cláusula tercera y se modificará el anexo III del contrato de 22 de agosto de 2007, eliminando de dicho contrato toda referencia a precios mínimos y máximos, así como la previsión de que los precios a aplicar por PRAXAIR se establecerán con el previo asesoramiento comercial de HESA. En este sentido, y dentro del citado plazo, SIH y PRAXAIR firmarán una novación al citado contrato en la que:
- Se deje sin efecto y se elimine la cláusula Tercera del contrato de 22 de agosto de 2007.
 - Se dejen sin efecto y se eliminen, en el Anexo III sobre las Comisiones, las referencias a: "precio mínimo medio de venta" y al "precio medio de venta", para lo cual se eliminará la condición contenida en el primer punto de la relación de condiciones que figura en los apartados A) y C) del citado Anexo III.

B. En relación con el intercambio de información

PRAXAIR propone los siguientes compromisos:

- 2º.- En el plazo de un mes desde la Resolución que resuelva mediante terminación convencional el presente expediente, PRAXAIR dejará de suministrar a HESA y/o SIH información desagregada sobre ventas a distribuidores HESA y a clientes HESA, limitándose a suministrar a HESA, a efectos del pago de la comisión prevista en el contrato, información semestral agregada de las ventas totales por provincia en kilogramos y en euros, realizadas por un lado a clientes y por otro a distribuidores. PRAXAIR suministrará dicha información a HESA mientras continúe en vigor el referido contrato, de acuerdo con lo dispuesto en su Cláusula Cuarta.
- 3º.- En relación con la información a la que se refiere el párrafo 228 del PCH (información sobre el volumen de cerveza de barril vendido por HESA identificando al distribuidor, la provincia en la que opera y el volumen de litros), que HESA ya dejó de remitir a PRAXAIR en 2012, PRAXAIR remitirá a HESA en el plazo de un mes desde la Resolución que resuelva mediante terminación convencional el presente expediente, comunicación escrita instando a HESA a no remitir dicha información, ni otra equivalente.

MLA/B

C. En relación con la homologación

49.- En la medida en que, como se ha explicado en la contestación al PCH, la decisión de homologar a uno o varios suministradores de CO2 alimentario en botella para la impulsión de las cervezas de las marcas de HESA corresponde exclusivamente a la propia HESA, y que nada en el contrato de 22 de agosto de 2007 limita la libertad de HESA en ese sentido, PRAXAIR considera que no puede ofrecer ningún compromiso en relación con las decisiones que pueda adoptar HESA en relación con dicha homologación.

En cualquier caso, y para despejar las dudas expresadas en los párrafos 204 y siguientes del PCH, en la comunicación escrita a la que se refiere el compromiso anterior, PRAXAIR manifestará expresamente:

- a. Que nada en el contrato de 22 de agosto de 2007 restringe la libertad de HESA en relación con la homologación de suministradores de CO2 alimentario en botella para la impulsión de las cervezas de las marcas de HESA.
- b. Que PRAXAIR no tiene ni ejercerá ninguna prerrogativa en relación con la homologación por HESA de otros suministradores de CO2 alimentario en botella para la impulsión de las cervezas de las marcas de HESA.