

RESOLUCIÓN (Expte. S/0073/08, Burger King)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 12 de febrero de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, Consejo), con la composición arriba expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente S/0073/08, tramitado a consecuencia de la denuncia presentada el 24 de febrero de 2008 por BOST GLOBAL SOFT, S.L. (en adelante también GLOBAL) contra la mercantil BURGER KING ESPAÑA S.L.U. (en adelante también Burger King o BK), por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante también LDC), consistentes en un acuerdo entre BK y los proveedores de servicios de software para hostelería homologados por esa entidad, lo que supondría, de acuerdo con la denuncia, una restricción, por un lado, de la libertad de los franquiciados para elegir proveedor y, por otra, de los proveedores de software que no han sido homologados por BK para prestar servicios a sus franquiciados.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 24 de abril de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante también DI) escrito de Global, en el que se formulaba denuncia contra Burger King por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en un acuerdo entre BK y los proveedores de servicios de software para hostelería homologados por esa entidad, lo que supone una restricción, por un lado, de la libertad de los franquiciados para

elegir proveedor y, por otra, de los proveedores de software que no han sido homologados por BK para prestar servicios a sus franquiciados.

Al objeto de esclarecer los hechos denunciados, la DI inició un período de información reservada en el marco del cual, con fecha 12 de mayo de 2008, solicitó información a BK sobre el sistema de puntos de venta (PDV), los motivos por los que se ha llevado a cabo el proceso de homologación, el proceso de selección de proveedores y los motivos por los que se calificó el sistema de GLOBAL de no apto.

Después de analizada la información recabada, la DI considera que *“la consecuencia inmediata de la decisión de BK de realizar el proceso de homologación ha sido la salida de GLOBAL del conjunto de proveedores homologados por parte de BK, por no cumplir con los requisitos exigidos; pero no su expulsión de la prestación de servicios informáticos, como la propia GLOBAL declara”*. Del mismo modo, señala la DI que *“la LDC no persigue la defensa de los competidores sino de la competencia. Y como bien dice la denunciante, sus rivales en la prestación de servicios informáticos son abundantes y la competencia, feroz”*. Por otra parte la DI ha observado que *“en las condiciones generales de suministro que rigen las relaciones entre BK y sus proveedores se contiene una cláusula por la que GLOBAL acepta que la aprobación del Proveedor podrá ser retirada por BK en cualquier momento, sin más requisito que la notificación por escrito al Proveedor [...] Este hecho se pone de manifiesto, asimismo, en la carta remitida por BK a GLOBAL por la que le autoriza como proveedor acreditado”*. En definitiva que la DI considera que las relaciones entre GLOBAL y BK se rompen porque hay un *“rechazo de la homologación de GLOBAL por parte de BK por no cumplir con los requisitos establecidos en el proceso de selección de proveedores autorizados”*, por lo que considera que no queda afectado el interés público y la cuestión se limita a la afectación de intereses privados que deben dirimirse en la jurisdicción civil.

En cuanto a los acuerdos de franquicia, recuerda la DI que *“son susceptibles de quedar exentos de la aplicación del artículo 1 o, en su caso, 81 del TUE, en virtud del Reglamento 2790/1999”*. En este sentido observa que la aplicabilidad de la exención es posible cuando *“la cuota del proveedor sea inferior a 30% y, además, no se cumplan las condiciones de los artículos 4 ni 5”*. Por ello *“de la lectura del contrato de franquicia se desprende que el*

mismo no prevé determinar el precio de venta del franquiciado, ni restringir el territorio en el que el franquiciado puede vender sus productos, ni restringir las ventas activas/pasivas a los usuarios finales, ni restringir los suministros cruzados entre distribuidores, ni, finalmente, restringir el suministro de componentes, por lo que no se cumple lo previsto en el artículo 4.

Respecto del artículo 5, las restricciones que provocarían una retirada de la exención se refieren a cláusulas de no competencia u obligaciones que prohíban a los miembros de un sistema de distribución selectiva vender las marcas de determinados proveedores competidores. Las estipulaciones analizadas tampoco se encuentran incluidas dentro de este artículo.

En cuanto a la cuota de mercado del proveedor, BK, como se describe en el apartado III, en cualquiera de los tres posibles mercados relevantes analizados por las autoridades de competencia comunitarias y españolas las cuotas serían inferiores a dicho umbral. Ello significa que se podría aplicar la exención del Reglamento N° 2790/1999 al contrato de franquicia firmado entre BK y sus franquiciados.”

La DI añade que “el nuevo sistema PDV adoptado por BK también puede generar eficiencias en la prestación de servicios de restauración, mejorando la comercialización de los productos de BK y facilitando la innovación.

Así, la homologación permite a los franquiciados beneficiarse de la demanda agregada de la red que se traduce en un menor coste de los nuevos sistemas PDV y en un menor gasto por actualizaciones. Los nuevos sistemas cuentan con una mayor funcionalidad, ofrecen una mejor gestión de los movimientos financieros de los franquiciados, facilitan la gestión de los horarios laborales, aportan funciones mejoradas de auditoría y son más sencillos de utilizar, lo que reduce el coste de formación de los empleados e incrementa el tiempo de atención al cliente.

Además, permite la incorporación de futuras tecnologías y aplicaciones como la banda ancha, la identificación global, la formación on-line u otras sin realizar grandes inversiones en la adaptación de los sistemas PDV de cada uno de los franquiciados.”

Por todo ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la DI propone a este Consejo *“la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por GLOBAL BOST SOFT, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley.”*

2. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 4 de febrero de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. El objeto de esta Resolución es resolver el alcance de los hechos denunciados ante la CNC por BOST GLOBAL SOFT, S.L. contra BURGER KING ESPAÑA S.L.U., por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en un acuerdo entre BK y los proveedores globales de servicios de software para hostelería homologados por esa entidad, lo que supone una restricción, por un lado, de la libertad de los franquiciados para elegir proveedor y, por otra, de los proveedores de software que no han sido homologados por BK para prestar servicios a sus franquiciados, tal y como se ha detallado en los Antecedentes de Hecho.

Para la denunciante, Burger King ha seguido un nuevo proceso de homologación de proveedores de servicios de software, llegando a nuevos acuerdos verticales con los proveedores finalmente homologados, que han discriminado a Global en esa elección, además de un cambio en las cláusulas de los contratos con sus franquiciados que estaría vulnerando la legislación de defensa de la competencia española, en la medida en que los nuevos acuerdos estarían encaminados a *“controlar los sistemas informáticos de las franquiciadas”* y *“restringir la libertad de las franquiciadas para la contratación de estos servicios”*.

El Consejo considera acertada la apreciación de la DI cuando señala que el rechazo de Burger King a no homologar a Global como proveedor global de servicios informáticos se corresponde con el orden civil y no con la jurisdicción de defensa de la competencia. En primer lugar, aunque Global haya perdido un buen cliente, también ha podido seguir ofertando sus

servicios en el mercado del software, tal y como ella misma ha señalado. Además, el proceso de selección de proveedores globales por parte de Burger King, tanto sus características, como las exigencias técnicas y de prestación de servicios, han sido debidamente comunicadas a Global para que tuviera la oportunidad de homologarse, y solamente el incumplimiento de algunos de esos requisitos, explicado y justificado por el cliente, han impedido esa homologación. En cualquier caso, no parece que esté en juego el orden competitivo cuando una empresa, de la que se no presentan indicios de poder de mercado ni en el suministro de software ni en los mercados de la restauración rápida, selecciona el conjunto de proveedores más adecuados a sus propias características y objetivos empresariales, de acuerdo con criterios publicitados y debidamente anticipados.

Por otra parte, el Consejo también coincide con la DI en su apreciación de que el nuevo sistema de homologación global de proveedores de software seguido por Burger King cumple con el Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Por una parte, las cuotas de mercado en los tres mercados definidos para este franquiciador en otros expedientes (N-06046, Vidisco/TelePizza), es decir, los de la restauración informal, *quick service* y *take away*, están por debajo de lo que se exige. Por otra parte, tampoco se incumplen las otras exigencias del Reglamento para mantener la exención, tal y como han sido desarrolladas por la DI y analizadas, según consta en los Antecedentes de Hecho.

Como bien señala la DI, el proceso de homologación de proveedores de sistemas de PDV va a permitir a los franquiciados acceder a mejores tecnologías de gestión del negocio y el acceso a potenciales mejoras en costes y, por lo tanto, posibles ganancias de margen en el negocio. En unos mercados como los señalados, donde el nivel de competencia efectiva intermarca no parece cuestionarse, este argumento se ajusta a lo establecido por el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando señalaba en su Resolución del Expediente r 621/04, Tele Pizza, que *“las razones de no enfatizar los efectos anticompetitivos de una restricción vertical intramarca tienen soporte en la idea de poder producir una importante reducción de costes de información, cuando se genera una alta uniformidad en el producto, propiciada precisamente por el acuerdo vertical intramarca. Además, se reconoce que hay una reducción en los costes operativos y en los costes de integración de mercados, derivados todos ellos de este tipo de acuerdo*

restrictivo. Todo lo cual puede resultar muy beneficioso para el consumidor final”.

Tampoco puede olvidarse que la obligación de contratación de los franquiciados con alguno de esos proveedores homologados es parte sustantiva de los contratos de franquicia, en la medida en que el franquiciador se asegura con ello que los franquiciados se ajustan a los sistemas homologados de gestión y planificación del negocio bajo la marca Burger King. El antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia señaló en la Resolución del Expediente r 642/05, Franquiciados Papelería, que la obligación del franquiciado de aprovisionarse en exclusiva de determinados productos que el franquiciador facilita al franquiciado para el desarrollo del negocio *“tiene su fundamento en la protección del derecho de propiedad industrial con la finalidad de mantener la identidad común, reputación y calidad de la propia red franquiciada”*. Teniendo en cuenta, además, que en el presente caso los franquiciados tienen la libertad de contratar con varios proveedores globales de servicios de software, que cumplen con todos los requisitos que impone el franquiciador, y que el propio franquiciador asume para sus franquiciados periodos de adaptación a los nuevos sistemas y a los nuevos proveedores suficientemente justificados en forma y tiempo.

En definitiva, el Consejo considera que la propuesta de archivo de la DI de la denuncia de Global contra Burger King ha quedado suficientemente fundamentada, por lo que solamente cabe a este Consejo confirmar el archivo de la denuncia.

Vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

Único. Archivar la denuncia presentada por BOST GLOBAL SOFT, S.L. contra BURGER KING ESPAÑA S.L.U., por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a BOST GLOBAL SOFT, S.L. y a BURGER KING ESPAÑA S.L.U., haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso en vía administrativa, pudiendo interponer recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.