

RESOLUCIÓN (Expt. 2765/07, ANIMALES DE COMPAÑÍA)

Consejo:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuervo 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

Madrid, a 3 de Noviembre de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera Dña. Pilar Sánchez Núñez ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 2765/07 ANIMALES DE COMPAÑÍA, abierto por la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) a consecuencia de la denuncia presentada por la ASOCIACION DE DISTRIBIDORES ASOCIADOS DE PRODUCTOS PARA ANIMALES DE COMPAÑÍA (DAPAC) y otras siete empresas asociadas contra AFFINITY PETCARE S.A. (AFFINITY) por la realización de conductas prohibidas en los artículos 1,6 y 7 de la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*.

ANTECEDENTES

1. El 8 de marzo de 2007, D. (...) en nombre y representación de cuarenta y cinco de los cincuenta y siete asociados de DAPAC y como representante de (...), S.A., D. (...), en nombre y representación de Comercial de Productos Agropecuarios Arambol S.L., D. (...), en nombre y representación de Distribuciones Lucero Paz S.L., (...), en nombre y representación de Agricentro Villalba S.L., D. (...), en nombre y representación de J. Humet S.L., D. (...), en nombre y representación de Piensos Silla S.L. y D. (...), en nombre y representación de Hayedo S.L.,

presenta escrito en el que se formulaba denuncia contra AFFINITY, uno de los líderes en el sector de la alimentación de animales de compañía en España. El denunciante declara que los asociados en DAPAC mantienen con AFFINITY una relación comercial, nunca formalizada por escrito, de distribución en exclusiva, basada en la exclusividad recíproca y limitada a un ámbito geográfico, acreditado por la correspondencia mantenida entre la denunciada y los miembros DAPAC durante varios años. Lo que se denuncia es que *“AFFINITY viola, desde hace varios años, el pacto de exclusiva y viola la normativa de competencia distribuyendo directamente sus productos a supermercados e hipermercados sin el consentimiento de los distribuidores de la zona afectada, distribuyendo directamente sus productos a mayoristas de toda España, imponiéndoles desde siempre el precio de venta de los productos. Violación que desde el último trimestre de 2004 se ha agravado, al vender sus productos a estos establecimientos a precios considerablemente inferiores a los que aplica a sus distribuidores”*. La denuncia sostiene que el cambio en las condiciones de suministro y distribución que AFFINITY realiza a sus distribuidores desde mitad del año 2004 lo hace de forma unilateral abusando de su posición de dominio en el mercado, que AFFINITY les obliga a mantener una exclusividad que ellos rompieron deliberadamente, que desde siempre AFFINITY ha impuesto el precio de venta al público a través de sus catálogos y que es una conducta prohibida por la legislación española y la comunitaria, y que esta conducta de AFFINITY persigue expulsar del mercado a los distribuidores para distribuir de forma directa o a través de grandes superficies. Para ello se habían eliminado las ofertas y promociones que anteriormente se otorgaban a los distribuidores para dárselas a las grandes superficies. Esta estrategia se ha hecho primero con la gama de productos de menor calidad y después también con los de la gama superior. A su vez la denunciada ha abierto sus propios centros de distribución.

2. El entonces Servicio de Defensa de la Competencia, actualmente Dirección de Investigación, inició el 29 de marzo de 2007 una información reservada con objeto de conocer la realidad de los hechos denunciados. Esta información reservada figura con el número 2765/07. Con ese objeto se dirigieron solicitudes de información a los denunciados, y también al denunciado, al que se le preguntó por su política de distribución.
3. El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la Comisión Nacional de

Defensa de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia, asumiendo el Consejo y la Dirección de Investigación de la CNC, respectivamente, las funciones de aquellos.

4. El 1 de agosto de 2008 la Dirección de Investigación remitió al Consejo Propuesta de Resolución en el sentido de *“no incoación dl procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por (...), en nombre de la Asociación de Distribuidores Asociados de Productos para animales de Compañía (DAPAC) y en representación de Avila Fornell S.A., D. (...), en nombre y representación de Comercial de Productos Agropecuarios Arambol S.L., D. (...), en nombre y representación de Distribuciones Lucero Paz S.L., D. (...), en nombre y representación de Agricentro Villalba S.L., D, (...), en nombre y representación de J. Humet S.L., D. (...), en nombre y representación de Piensos Silla S.L. y D. (...), en nombre y representación de Hayedo S.L., contra Affinity Petcare S.A. por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley.”*

5. La información que obra en el expediente ha permitido considerar a la Dirección de Investigación como hechos acreditados los siguientes:
 - ~ El denunciado, AFFINITY, es una compañía que ha continuado, desde el año 2002, en el negocio de alimentos para perros y gatos que venía desarrollando Gallina Blanca Purina S.A., previa escisión del resto de negocios relacionados con la fabricación de piensos para ganado.
 - ~ La denunciante DAPAC es una asociación formada por distribuidores de productos y accesorios para animales de compañía, que cuenta con 57 socios. Respaldan la denuncia 45 de ellos. A título individual otros siete distribuidores han presentado conjuntamente la denuncia.
 - ~ En la denuncia se aportan datos de publicaciones especializadas del sector donde se le atribuye una cuota de mercado a AFFINITY en el canal alimentación en alimentos para perros y gatos en 2004 del 28.9% en valor (28.4% en 2005), siendo las marcas de la

distribución y primeros precios (MDD+PP) quien cuenta con la mayor cuota al tener un 39.4% (38.2%), Nestlé el tercer grupo con 17.4% (19%), Masterfoods el cuarto con 12% (11.5%) y el resto un 2.1% (2.7%). Se informa también de que es un mercado con un crecimiento global mínimo debido al estancamiento del censo de animales domésticos, y que el canal alimentario está ganando cuota de mercado respecto al canal especializado de distribución. En el canal especializado la cuota de AFFINITY aparece estable en los años 2003, 2004, y 2005 (28.0%, 27.6% y 27.8%), seguida por MASTERFOOD con 15.2% durante los tres años. En estos tres años la cuota de diversos operadores con pequeñas cuotas sumaba un 44,6% del mercado. En 2004 la cuota de AFFINITY total, incluidos los dos canales especializados y alimentación, habría sido del 25% en volumen, seguido por MASTERFOOD con un 10.3%. También se informa de que la marca de distribuidor está aumentando calidad y reduciendo el diferencial de precios con las marcas de fabricante, prestigiando así su producto, que inicialmente irrumpió con precios muy inferiores a los de marca de fabricante a través del canal alimentación.

- ~ En la denuncia se aportan cartas en las que AFFINITY reconoce el pacto de exclusividad mutua para el canal especializado, que se ha venido manteniendo con los distribuidores en los últimos 30 años, iniciado por Gallina Blanca Purina, S.A., aunque sin contrato escrito. De dicha correspondencia no puede deducirse que en la misma zona no puedan vender directamente al canal alimentación o que las ventas pasivas estén prohibidas. Le recuerda a DAPAC que el pacto es mutuo y que sin embargo los distribuidores asociados están vendiendo producto de la marca DAPAC compitiendo pues con los de AFFINITY. Este último hecho conlleva que AFFINITY se dirija por carta a los distribuidores denunciados en el presente expediente comunicándoles que dé por finalizada la relación de distribución exclusiva debida a la participación, de dichos distribuidores, en la venta de productos competidores marca DAPAC y en la creación de la Central de Compras DAPAC S.L., continuándose sus relaciones comerciales con base en las condiciones aplicables a los puntos de venta.
- ~ Respecto a los precios, la denunciante aporta lista de tarifas de AFFINITY a los distribuidores con hasta cinco tarifas diferentes, y

también aparecen PVP recomendados en julio 2006 y PVP recomendados a clínicas y al público en noviembre de 2006.

6. El Consejo deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de 24 de septiembre de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La denuncia se plantea por infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la antigua *Ley 16/1989*, aunque toda la argumentación desarrollada por los denunciantes, así como la jurisprudencia citada, se centran en una conducta abusiva de tipo explotativo. Dado que la *Ley 15/2007*, que deroga la *Ley 16/1989*, entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, procede hacer el análisis en base a los correspondientes artículos 1, 2 y 3. La Dirección de Investigación no aprecia indicios de infracción en la conducta denunciada, lo que este Consejo comparte, basándose en los fundamentos que a continuación se desarrollan.

Segundo.- El art.1 prohíbe los acuerdos entre agentes que tengan por objeto, produzcan o puedan producir restricciones de la competencia en el mercado. Los anteriores Hechos Acreditados llevan a la Dirección de Investigación a concluir que la denuncia se refiere a un acuerdo entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución, esto es, acuerdos verticales, y que deben pues ser analizados a la luz del *Reglamento CE 2790/1999, 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. Bajo esta perspectiva AFFINITY tiene una cuota inferior al 30% en el mercado de “petfoods”, por lo que cumpliendo los requisitos de los arts.2 y 3 del citado Reglamento, éste le sería de aplicación, siempre y cuando el acuerdo no contenga restricciones de las consideradas especialmente graves. En el caso presente son susceptibles de valoración como restricciones especialmente graves las restricciones referentes a la fijación del precio de venta al que los distribuidores deben vender a sus clientes, y las referentes al territorio en el que los distribuidores pueden vender el comprador, o a los clientes a los que puede vender. Los precios que aparecen en las comunicaciones entre proveedor y distribuidor se refieren a precios de venta recomendados, y, en ausencia de contratos escritos entre estos operadores que permitirían analizar el conjunto de derechos y obligaciones que vinculan ambas partes en cuestión de exclusividad territorial, tampoco la documentación analizada

muestra indicios de que existan restricciones de las consideradas como especialmente graves, como la prohibición de ventas pasivas. El Consejo comparte esta valoración de la DI, debiéndose centrar, de cara al análisis de la conducta bajo la óptica del artículo 1, en dos cuestiones: fijación de precios de reventa, que en efecto quedaría fuera del ámbito de exención del reglamento de restricciones verticales y por ello sería susceptible de ser considerado infracción a la Ley 15/2007, y ruptura de exclusividad de ventas por parte del proveedor. No hay indicios de fijación de precios de reventa en la documentación aportada, sino de precios de venta recomendado, y la ruptura de exclusividad no supondría una vulneración de la normativa de competencia, sino en su caso, un incumplimiento contractual, para lo cual debería recurrirse a una instancia civil y no administrativa.

Tercero.- Tras la delimitación del mercado relevante procede valorar la posición de dominio para poder seguir con el análisis del carácter abusivo de una conducta en sede del art. 2 de la Ley 15/2007. En el mercado delimitado como el relevante, el de comida para animales de compañía *-petfoods-* la cuota de mercado del denunciado, y la existencia de otros numerosos operadores en el mercado, todos ellos con presencia internacional, no permiten concluir que AFFINITY detente una posición de dominio en el mercado, por lo que no sería de aplicación esta prescripción, y por tanto ni la fijación de precios ni la discriminación apuntadas en la denuncia podrían ser valoradas como abuso de posición de dominio. Pero en todo caso, la DI continúa con la valoración para señalar que además no hay indicios de fijación de precios, toda vez que éstos son recomendados, y, sobre la discriminación entre la venta a grandes superficies y a distribuidores, concluye que se trata de dos canales diferentes de distribución, por lo que en principio no cabría exigirle al proveedor el mantenimiento de las mismas condiciones comerciales en base a un efecto de distorsión de las condiciones de competencia en este mercado.

Cuarto.- En la valoración de conductas susceptibles de infringir el art. 3 de la Ley 15/2007, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha señalado con anterioridad en sus resoluciones que: *“el legislador afirma en el apartado I de la Exposición de Motivos de la vigente LDC, que esta Ley tiene por objeto “proteger la competencia efectiva en los mercados” por cuanto esta lucha competitiva permite “garantizar el buen funcionamiento de los procesos de mercado” en beneficio del “bienestar del conjunto de la sociedad”*. Por ello, este Consejo considera que la conducta denunciada deberá ser analizada bajo la óptica del citado artículo 3 cuando existan indicios de que dicha conducta produce una *“afectación significativa a la competencia susceptible*

de afectar al interés público”. Analizada la conducta y el mercado en que ésta se lleva a cabo no se aprecia que la competencia se haya podido ver afectada, ni mucho menos, con la gravedad que exige la normativa vigente sobre actos desleales contra la competencia como consecuencia de la actuación de AFFINITY.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar que de la conducta denunciada por la ASOCIACION DE DISTRIBIDORES ASOCIADOS DE PRODUCTOS PARA ANIMALES DE COMPAÑÍA (DAPAC) y por (...) como representante de Ávila Fornell, S.A., D. (...), en nombre y representación de Comercial de Productos Agropecuarios Arambol S.L., D. (...), en nombre y representación de Distribuciones Lucero Paz S.L., D. (...), en nombre y representación de Agricentro Villalba S.L., D. (...), en nombre y representación de J. Humet S.L., D. (...), en nombre y representación de Piensos Silla S.L. y D. (...), en nombre y representación de Hayedo S.L., contra AFFINITY PETCARE S.A., no se aprecian indicios que pudieran ser constitutivos de infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, procediendo pues el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación en el caso referenciado como 2765/07 ANIMALES DE COMPAÑÍA.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a la ASOCIACION DE DISTRIBIDORES ASOCIADOS DE PRODUCTOS PARA ANIMALES DE COMPAÑÍA (DAPAC), a D. (...), y a AFFINITY PETCARE S.A., haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.