

RESOLUCIÓN (Expte. 510/01 Fujifilm)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 17 de enero de 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 510/01 (2.101/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), iniciado por denuncia formulada por D. Rafael Saumell Ferrer, en representación de la entidad Safex'80 S.L. contra la entidad Fujifilm España S.A., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 81.1 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TCE) y al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la realización de diversas actividades tendentes a limitar las exportaciones paralelas.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 29 de noviembre de 1999, D. Rafael Saumell Ferrer, en nombre y representación de la entidad Safex'80 S.L., formuló denuncia contra la Compañía Fujifilm España S.A. Los hechos que eran objeto de denuncia consistían, básicamente, en los siguientes:

En primer lugar, señala que la entidad Fujifilm España S.A está obstaculizando a la denunciante y a otros distribuidores la realización de ventas de determinados de sus productos a otros operadores de la

Unión Europea distintos de España, impidiendo las “exportaciones paralelas”.

En segundo lugar, señala la sustitución en España y en Portugal de ciertos productos Fuji (en concreto, el SHR-E por el producto SHR-GB) con el fin de evitar que el primero sea exportado a otros países de la UE, así como el marcado de los productos vendidos con la finalidad de conocer el origen de los mismos en su circulación por el Mercado Europeo.

Y, finalmente, afirma la negativa por parte de Fujifilm España S.A. a suministrar a Safex'80 S.L., a partir del 5 de mayo de 1999, dichos productos destinados a la exportación.

Por todo ello, considera la denunciante que existe una concertación entre Fuji Europa y alguno de sus distribuidores exclusivos europeos para impedir las exportaciones paralelas, existiendo, por tanto, una vulneración del art. 81 del TCE.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia, tras efectuar una información reservada, el 4 de febrero de 2000 dictó Providencia acordando la incoación de expediente sancionador contra las Compañías Fujifilm España S.A. y Fuji Photo (Europe) por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el art. 1 de la LDC y art. 81.1 del Tratado de la Unión Europea.
3. El 7 de septiembre de 2000, el Servicio dicta el Pliego de Concreción de Hechos, en el que se declaran como probados los siguientes Hechos:
 - “1. *Que Safex'80 S.L. es una empresa dedicada a la distribución desde 1980 de productos para la diagnosis médica por imagen, actuando como distribuidor no exclusivo en España de Fuji España y de otros fabricantes como Kodak, Agfa Gevaert y Dupont.*
 2. *Que Safex'80, aparte de su actividad de venta en el mercado español de los productos Fuji a clínicas, hospitales y análogos inició en 1987 una actividad exportadora de forma regular de los productos radiológicos de la marca Fuji, SHR-E y UM MACHC, con destino a determinados países de la UE, especialmente Alemania, Bélgica, Italia, Reino Unido y Francia.*

3. *Que en marzo de 1997, la entidad Fuji lanzó al mercado una nueva gama dentro de sus películas para radiología general denominada SHR-GB, siendo presentado dicho producto en el Congreso Internacional de la Sociedad de Radiología, celebrado en Viena a principios del año 1997. Que esta película se comercializó con éxito en España, Austria, Grecia y Portugal, y no se vendió en el resto de los países de la UE, aumentando, en España, con la introducción de dicho producto las ventas de Fujifilm España directas y en concursos públicos y disminuyendo las ventas totales a los distribuidores.*
4. *Que, aprovechando el lanzamiento del producto antes citado, Fujifilm España llevó a cabo restricciones en el suministro del producto SHR-E a Safex'80 S.L. a partir de abril de 1997, consistiendo dichas restricciones en obstaculizar el suministro mediante la imposición al distribuidor de la exigencia de conocer el destinatario final del producto.*
5. *Por lo que se refiere al producto UM MAHC, desde el 5 de mayo de 1999 se sucedieron una serie de negativas de suministro y limitaciones al mismo, por parte de Fujifilm España a Safex'80.*
4. Notificado el Pliego de Concreción de Hechos a los interesados, y presentados por éstos respectivos escritos de alegaciones al mismo, el 20 de noviembre de 2000 el Instructor dicta Providencia declarando conclusas las actuaciones y acordando la redacción del Informe previsto en el artículo 37.3 de la LDC.
5. El 19 de enero de 2001 se redacta el Informe-Propuesta. En dicho Informe, se efectúa la siguiente valoración jurídica y propuesta:

“El Servicio, como se recoge en el Pliego de Concreción de Hechos imputa dos cargos a Fujifilm España S.A, que consisten en la realización de prácticas restrictivas, centradas en condicionar el suministro al conocimiento del destinatario final, para limitar las exportaciones paralelas desde España a otros países de la UE de los productos para radiografía de la marca Fuji SHR-E y UM MAHC, dentro de la relación comercial mantenida entre Fujifilm España y Safex'80.

El Servicio considera que la imputación de los cargos es extensible a la matriz Fuji Photo Film (Europe), que ejerce el control económico de su filial y por tanto influye sobre las decisiones comerciales de Fujifilm España. Así, las limitaciones de las exportaciones paralelas de los productos SHR-E y UM MAHC desde España a otros países de la UE,

han hecho posible la compartimentación del mercado comunitario donde opera la matriz, sus otras filiales y los distribuidores independientes, en beneficio de los citados operadores.

Por ello, propone:

Primero.- *que se declare la existencia de las siguientes conductas prohibidas:*

- 1. La infracción del art. 81 (1) del TCE consistente en la realización de diversas prácticas restrictivas para limitar las exportaciones paralelas desde España del producto SHR-E, dentro de la relación comercial mantenida entre Fujifilm España y Safex'80. Se considera responsable de las mismas a Fujifilm España S.A. y a su matriz Fuji Photo Film (Europe) que ejerce el control económico de su filial y por tanto influye sobre las decisiones comerciales.*
- 2. La infracción del artículo 81 (1) del TCE consistente en la realización de diversas prácticas restrictivas para limitar las exportaciones paralelas desde España del producto UM MAHC, dentro de la relación comercial mantenida entre Fujifilm España S.A. y Safex'80. Se considera responsable de las mismas a Fujifilm España S.A. y a su matriz Fuji photo Film (Europe) que ejerce el control económico de su filial y por tanto influye sobre las decisiones comerciales.*

Segundo.- *Que se intime a Fujifilm España S.A y a su matriz Fuji Photo Film (Europe) para que en el futuro se abstengan de realizar estas prácticas prohibidas.*

Tercero.- *Que se ordene a Fujifilm España S.A. la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución, que en su momento se dicte, en el BOE y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio nacional.”*

- 6. El 24 de enero de 2000 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, el expediente instruido, dictándose el 31 de enero de 2001 Providencia de admisión a trámite del mismo con el número 510/01, se nombra Ponente al Vocal D. José Hernández Delgado y se concede a los interesados el plazo de 15 días que establece el artículo 40.1 LDC para que puedan solicitar celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias. Por Providencia de 9 de mayo de 2001, se nombra Ponente a D^a M^a Jesús Muriel Alonso en sustitución del*

Ponente anterior al cesar éste en su cargo en el Tribunal en virtud del Real Decreto 296/2001, de 16 de marzo.

7. Mediante Auto de fecha 31 de julio de 2001, el Tribunal resolvió sobre las pruebas propuestas, declarando las que se consideraron pertinentes, decidiéndose en el mismo Auto dar lugar a la celebración de Vista.
8. Concluido el período de prueba, por Providencia de 17 de septiembre de 2001, se concedió, a instancia de los interesados, la prórroga del plazo para la valoración de la prueba, formulando los interesados los correspondientes escritos, alegando cuanto consideraron oportuno en defensa de sus intereses. Por Providencia de 30 de octubre de 2001 se señaló la celebración de Vista que tuvo lugar el día 29 de noviembre, en la sede de este Tribunal, y en la que intervinieron el Servicio de Defensa de la Competencia y ambos interesados.

En dicho acto, el Servicio de Defensa de Competencia reiteró el contenido del Pliego de Cargos y del Informe-Propuesta, estimando suficientemente justificada la realidad de las infracciones imputadas a Fujifilm España S.A., solicitando se dictase una Resolución en tal sentido.

La denunciante, Safex'80 S.L., compartiendo los razonamientos expuestos por el Servicio, solicita que en la Resolución que se dicte por este Tribunal se declaren las infracciones imputadas por el Servicio, imponiendo a la denunciada la sanción que proceda.

Por contra, la parte denunciada, Fujifilm España S.A., se opone a las pretensiones del Servicio y la denunciante, reiterándose en sus anteriores alegaciones, negando la comisión de infracción alguna.

9. El Tribunal deliberó y falló sobre el presente expediente en su sesión de Pleno celebrada el día 10 de enero de 2002.
10. Son interesados:
 - Safex'80 S.L.
 - Fujifilm España S.A.
 - Fuji Photo Film (Europe) GmbH

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes extremos:

1. Fujifilm España S.A es la filial española del grupo Fuji, (Fuji Photo Film Japón, que es la empresa matriz del grupo japonés, fabricante, entre otras cosas, de películas para radiología médica, y de Fuji Photo Film (Europe), GmbH, que es la filial en Europa del grupo), y se dedica, básicamente, a la venta y comercialización de películas Fuji de radiografía médica a través de distribuidores no exclusivos, de forma directa y accediendo a concursos públicos.
2. Safex'80 S.L. es una empresa dedicada a la distribución desde 1980 de productos para la diagnosis médica por imagen. Es uno de los trece distribuidores no exclusivos que Fujifilm España S.A tiene en España, actuando también como distribuidor de otros fabricantes como Kodak, Agfa Gevaert y Dupont.

Esta empresa, aparte de su actividad de venta en el mercado español de los productos Fuji, inició en 1987 una actividad exportadora de forma regular de dos productos radiológicos de la marca Fuji: de las películas SHR-E, para radiología general, y de las películas UM-MAHC, para radiografía mamaria.

3. En marzo de 1997, la entidad Fuji lanzó al mercado una nueva gama dentro de sus películas para radiología general, denominada SHR-GB. El fin era introducir un producto más competitivo y con menor precio que la película SHR-E y de características similares. Este nuevo producto se presentó oficialmente en el Congreso Internacional de la Sociedad de Radiología, celebrado en Viena a principios del año 1997.

Este producto se comercializó con éxito en España, Austria, Grecia y Portugal, y no se vendió en el resto de los países de la UE.

4. En marzo de 1997, Safex'80 S.L. dirigió a Fujifilm España S.A. una carta en la que manifestaba su desacuerdo con la sustitución de la película SHR-E por la SHR-GB, y con su realización en España y Portugal y no en otros países de la UE.
5. Fujifilm España S.A. respondió a Safex'80 S.L. con una carta de fecha 11-4-1997, cuyo contenido es el siguiente: "En contestación a su atenta de fecha 10 de marzo de 1997, pasamos a contestarle los criterios que

Fujifilm España S.A ha adoptado para la introducción en el mercado nacional de la nueva película tipo Super HR-GB. En primer lugar Fujifilm España S.A. tiene competencias exclusivas para la promoción y comercialización de los productos representados en el territorio nacional, siguiendo las instrucciones que nos vienen dadas por nuestra Central de Europa y Japón. En la primera quincena de diciembre se comunicó de forma oficial a toda la red de distribuidores y clientes, la decisión de cambiar la película tipo Super HR-E por la Super HR-GB, siguiendo los criterios de aceptación de soporte más azulado que siempre había sido solicitado en España y en el resto de Europa. Esta nueva película fue probada por la División de Sistemas Médicos en diversos Centros tanto Públicos como Privados, obteniendo resultados muy satisfactorios y una aceptación unánime por parte de los clientes. Ante esta situación, consideramos que el cambio era muy interesante y de forma progresiva, así se efectuaría. Tan sólo los Concursos Públicos que estaban pendientes de finalizar nos obligaban a mantener el suministro de la película anteriormente citada Super HR-E. Asimismo, los clientes que dispusieran de Procesadoras con tiempo de revelado inferior a 90", se aconsejaba mantuvieran el consumo de película Super HR-E para evitar el problema de secado. Los clientes (Hospitales, Clínicas, Gabinetes Radiológicos, etc) que por cualquier tipo de razón desearan trabajar con la película tipo Super HR-E, se les podría mantener este suministro, siempre y cuando efectuaran un compromiso de consumo con programación directa a Fujifilm España S.A. Por otro lado y de acuerdo con la opinión que Vd. Comparte es imprescindible la promoción de la nueva película tipo Super HR-GB y aquellos clientes que por criterios particulares no sean partidarios de este cambio, antes de perderlos deberemos mantener el suministro con la Super HR-E. También queremos hacer mención que el departamento comercial de esta División está plenamente dispuesto a colaborar como siempre ha hecho con su empresa para efectuar demostraciones, controles, etc. y de esta forma respaldar el mencionado cambio".

6. Con fecha 16 de abril de 1997, Safex'80 S.L. envió una carta a Fujifilm España S.A, mostrando su desacuerdo con que la introducción de un nuevo producto suponga la sustitución del anterior, disminuyendo así las posibilidades de elección, y con que la introducción de la nueva película SHR-GB no se llevase a cabo en gran parte de la Unión Europea.
7. Con fecha 6 de junio de 1997, Fujifilm España S.A. contesta a Safex'80 S.L., manifestando que "seguía las directrices de sus centrales en Europa y Japón", señalando que "En cuanto a la Comunidad Europea, España forma parte como nación de pleno derecho y es un país con

peculiaridades propias y con un mercado potencial distinto de otros países comunitarios. Sin embargo, nuestra política o criterios comerciales en Fujifilm España S.A. no son muy diferentes de los demás países comunitarios. Respetamos su opinión, aunque nos gustaría compartiera como otros distribuidores, las decisiones comerciales de Fujifilm España S.A. en beneficio mutuo”.

8. En un documento interno, aportado por Fujifilm España S.A. S.A, sobre “mantenimiento del suministro de la película Super HR-E y proceso de distribución”, se contienen, entre otras, las siguientes manifestaciones: “El proceso de venta se realiza de la forma habitual de la división de sistemas médicos de Fujifilm España S.A., que es: 1) venta directa a clientes propios de Fujifilm España S.A., 2) venta a través de distribuidores y 3) por licitación pública o concurso público. Algunos distribuidores continuaron solicitando la película Super Hr-E por las razones antes apuntadas. En todos estos casos, Fujifilm España S.A. mantuvo el suministro según las necesidades de los clientes de los distribuidores, por lo cual se establecieron unos niveles de stock acordes con sus consumos. Mediante esta política se perseguía no perder ninguna de nuestras cuentas con los clientes por el mero hecho de la introducción de una nueva película. Es criterio de Fujifilm España S.A. mantener siempre un stock suficiente de cualquier producto que sea utilizado por nuestros clientes, lo cual también se aplicó a la película Super HR-E. Este stock se cuantifica en función de los clientes usuarios existentes y sus consumos. La programación de los pedidos por parte de los clientes, cuando se puede obtener, es una herramienta muy útil para la optimización del stock. Por esta razón Fujifilm España S.A pidió a los distribuidores que comunicaran los consumos previstos por aquellos clientes que decidieran seguir utilizando el producto Super HR-E y de esta forma adecuar el stock con unas fechas de caducidad aceptables por el cliente.”
9. Con fecha 4 de mayo de 1999, Safex’80 S.L. reclama, mediante carta a Fujifilm España S.A, el envío de los pedidos números 352 y 356, que se habían efectuado los días 26-4-99 y 29-4-99 y no se habían servido. Los productos solicitados en dichos pedidos se referían a la película Super HR-GB y a otros productos de la marca Fuji. A dicha reclamación contesta Fujifilm España S.A., mediante carta de 5 de mayo de 1999, en la que se indica *“que como ya se señaló en una anterior reunión, la elevada cuantía que había alcanzado el riesgo comercial de su cuenta con Safex’80, le obligaba a cancelar los suministros hasta una completa normalización de la misma”*. A dicha carta contesta Safex’80 S.L., con fecha 6 de mayo de 1999, en la que manifiesta su sorpresa por la decisión unilateral de Fujifilm España S.A. de cambiar las

condiciones comerciales, respondiendo, a su vez, Fujifilm España S.A. mediante carta de 11 de mayo de 1999, indicando “que dicha situación es consecuencia del riesgo comercial de Safex’80 S.L., cuya deuda en aquel momento ascendía a 39.546.300 pesetas”.

10. A partir de dicho momento se suceden una serie de entrevistas entre los abogados de ambas empresas, hasta que con fecha 23 de junio de 1999, Safex’80 S.L. envía a Fujifilm España S.A una carta notarial en la que le acusa de infringir el Derecho de la Competencia, manifestando literalmente lo siguiente: *“Safex’80 no puede quedarse impasible ante una tal prohibición a las exportaciones paralelas, ya que precisamente su aceptación constituiría una connivencia a una práctica prohibida”*. A dicha carta, respondió Fujifilm España S.A rechazando la existencia de violación alguna por su parte del Derecho de la competencia, y declarando el cese de suministro a Safex’80 S.L. con fecha 2 de julio de 1999.
11. Posteriormente, con fecha 25 de noviembre de 1999, Fujifilm España S.A presentó demanda ejecutiva contra Safex’80 S.L. ante el juzgado nº 13 de Barcelona, formulándose el 29 de noviembre de dicho año por Safex’80 S.L. la denuncia que ha dado origen a este expediente.
12. Finalmente, señalar que durante el período de tiempo comprendido entre la carta que remitió Fujifilm España S.A, con fecha 23 de junio de 1997, y a la que se ha hecho referencia en el apartado quinto de estos Hechos, hasta la carta notarial remitida por Safex’80 S.L., el 23 de junio de 1999, Fujifilm España S.A suministró, prácticamente, todos los pedidos efectuados por Safex’80 S.L., sin que en ninguno de ellos constase identificación alguna de los clientes finales. Tan sólo no fueron suministrados, el pedido nº 33, efectuado el 12 de mayo de 1999, referido al producto UM-MACH, y el pedido nº 395, referido al producto ADMAMO, constando, tan sólo, identificación de los clientes por parte de Safex’80 S.L. en el pedido nº 391, que se refería al producto SHR-GB, efectuado el 25 de junio de 1999 y, por tanto, posterior a la carta notarial remitida por Safex’80 S.L. y en el pedido nº 401, efectuado el 30 de junio de 1999 y que no fue suministrado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El objeto del presente expediente consiste en determinar si los hechos declarados probados son o no constitutivos de las infracciones que el Servicio denuncia.

En tal sentido, es importante comenzar señalando que las imputaciones que efectúa el Servicio consisten en la existencia de “**acuerdos**” contrarios al art. 81 del TCE. Es decir, el Servicio considera que Fujifilm España S.A., desde el mes de abril de 1997, en relación con el producto SHR-E, y desde mayo de 1999, respecto al producto UM-MAHC, llevó a cabo restricciones a Safex’80 S.L. en el suministro de dichos productos, no de forma directa, sino consistentes en exigir a Safex’80 S.L. conocer el destinatario final del producto, y que éste se ha visto obligado a aceptar, y que dichas restricciones tenían como finalidad evitar las exportaciones paralelas de dichos productos, y, por ello, aplicando la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11-1-90, (Sandoz), estima que existe un “acuerdo” contrario al art. 81 del TCE, del que ha de ser responsable sólo Fujifilm España S.A y la empresa matriz de ésta, Fuji Photo Film (Europe), que ejerce su control económico.

Frente a dichas imputaciones, la expedientada, Fujifilm España S.A., esgrime, básicamente, las siguientes alegaciones:

- 1) Por una parte, afirma que Fujifilm España S.A. tenía perfecto conocimiento de la actividad exportadora de Safex’80 S.L., puesto que las relaciones entre ambas entidades se vienen desarrollando desde el año 1987, sin que Fujifilm España S.A. se haya opuesto a ella en ningún momento. Que lo que ha ocurrido es que es que Safex’80 S.L., desde el año 1996, ha incurrido en un endeudamiento excesivo, empezando, desde dicha fecha, a incumplir sus obligaciones de pago. Que el hecho de que Fujifilm España S.A. decidiera dejar de suministrar a Safex’80 S.L. hasta que su deuda se normalizara es una decisión puramente comercial basada en criterios puramente comerciales. Señala que es de advertir que Fujifilm España S.A. interpuso dos demandas contra Safex’80 S.L. para exigir el pago de las deudas atrasadas, el 25 de noviembre de 1999 y, posteriormente, el 29 de noviembre de 1999, es cuando Safex’80 S.L. interpone la denuncia que ha dado origen a este expediente.
- 2) Por otra parte, afirma que el lanzamiento del nuevo producto “SHR-GB”, en sustitución del producto SHR-E no tenía en absoluto como finalidad el evitar las exportaciones paralelas de este último, sino que respondía a una política comercial de la empresa, toda vez que algunos de sus competidores habían lanzado otro producto que estaba siendo muy aceptado
- 3) Niega que en algún momento haya solicitado información sobre la identidad y país de los clientes destinatarios de la película “SHR-E y

UM-MAHC . Así, señala que el Servicio basa su acusación, por lo que se refiere al producto SHR-E, en una carta de fecha 11 de abril de 1997 que Fujifilm España S.A. dirigió a Safex'80, pero que, sin embargo, esa carta ha sido erróneamente interpretada por el Servicio, pues lo cierto es que Safex nunca envió un pedido facilitando la identidad de los clientes finales, pese a que Fuji le suministró todos los pedidos que Safex'80 S.L. efectuó hasta junio de 1999. Afirma que no existe ninguna carta en la que Fujifilm España S.A. solicitara los nombres de los clientes finales, ni prueba alguna de que Safex'80 S.L. se los facilitara, al igual que los demás distribuidores, pese a que se les continuó suministrando el producto.

Señala que los únicos pedidos en los que se identifica a los clientes finales por Safex'80 S.L. son los relativos al 25 y 30 de junio de 1999, y, además de que se refieren al otro producto, al UM-MAHC, es significativo que tuvieron lugar después de la reunión de los abogados de ambas entidades que tuvo lugar el día 23 de junio de 1999.

Por todo ello considera que Fujifilm España S.A. no ha cometido infracción alguna de la normativa de defensa de la competencia.

Segundo.- Así las cosas, la adecuada resolución del presente expediente, al estar como estamos dentro del marco del artículo 81 del TCE, requiere que se analicen fundamentalmente las siguientes cuestiones: a) la existencia de un acuerdo entre, por lo menos, dos empresas o un supuesto similar, como una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada entre empresas; b) que pueda afectar al comercio intracomunitario, y c) que tenga por objeto o por efecto la restricción sensible de la competencia, toda vez que, como señala reiterada jurisprudencia (entre otras, sentencia del Tribunal de Justicia de junio de 1966, 56/65), “los efectos del comportamiento de una empresa sobre la competencia, sólo pueden examinarse cuando haya quedado probada la existencia de un acuerdo, pues el objetivo del artículo 85 del TCE (actual 81), no es eliminar de manera absolutamente general los obstáculos al comercio intracomunitario, sino que es más limitado, puesto que sólo prohíbe los obstáculos a la competencia creados por una voluntad conjunta entre al menos dos partes”.

Y, si bien es cierto que este Tribunal no desconoce que el concepto de “acuerdo”, en determinadas ocasiones, ha sido interpretado por la jurisprudencia en un sentido amplio, entendiendo dentro del mismo y, por tanto, del artículo 81 del TCE, aquellas prácticas restrictivas de la competencia que, aun habiendo sido adoptadas de forma aparentemente unilateral por el fabricante en el marco de sus relaciones contractuales con sus distribuidores, cuentan, sin embargo con la aquiescencia, al menos tácita,

de estos últimos (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11-01-90, C-277/87, asunto Sandoz), ha de indicarse que, en todo caso, debe haber una “concordancia” expresa o tácita, de voluntades.

Tercero.- Pues bien, en el presente caso, tras una valoración de la prueba practicada y obrante en el expediente, ha de concluirse que, aunque se admitiera que por parte de Fujifilm España S.A hubiera habido las exigencias y limitaciones que el Servicio señala, no existe prueba alguna de que éstas hayan sido aceptadas, ni siquiera tácitamente, por Safex’80 S.L..

En efecto, respecto de las películas para radiología general SHR-E, es cierto que el grupo Fuji lanzó en marzo de 1997 un nuevo producto, el SHR-GB, pero, además de que no puede afirmarse que tuviera como única finalidad la sustitución de las anteriores películas para evitar las exportaciones que por parte de Safex se venían realizando desde 1987 de la película Super HR-E, existiendo prueba en el expediente de que su finalidad respondía, como afirma la expedientada, a la existencia de otros productos de sus competidores más competitivos, (en concreto, unas películas lanzadas por Kodak), es especialmente relevante que, frente a la carta de Fujifilm España S.A de 11-de abril de 1997,(obstante al folio 22 y 23 del expediente) y al documento interno sobre mantenimiento del suministro de la película Super HR-E y proceso de distribución, aportado por la propia denunciada (obstante al folio 730 del expediente) y en los que el Servicio fundamenta básicamente su imputación, lo cierto es que no resulta acreditado que Safex’80 S.L. haya aceptado dicha política comercial del grupo Fuji, pues de la abundante prueba documental existente en el expediente, no aparece probado ni que Safex’80 S.L. haya realizado pedidos de dicho producto, SHR-E, y le hayan sido denegados por la hoy expedientada por no designar los clientes finales, ni que Safex haya consentido dicha imposición, sino que, por el contrario, de la prueba documental aportada por Fujifilm España S.A a este Tribunal, (documentos nºs 23 y 24 de su escrito de proposición de prueba), se desprende que, con fecha 7-1-98, Safex’80 S.L. realizó un pedido de dicha película Super RH-E, siéndole suministrado por Fujifilm España S.A, pese a que en el mismo no figuran los consumidores finales.

Lo mismo ocurre en relación con las películas para mamografías, UM-MAHC, con respecto a las que no deja de resultar curioso que los únicos pedidos en los que parece que Safex aceptó la exigencia que dice le imponía la hoy denunciada, son posteriores a la carta notarial que recibió Fujifilm España S.A. de Safex’80 S.L., siendo, incluso, uno de ellos, no servido por la expedientada, como se ha expuesto en los Hechos declarados probados.

De otra parte, existe en el expediente informe pericial, presentado por Fujifilm España S.A, y no impugnado por Safex’80 S.L., que señala que la hoy

denunciada, que tiene en España un cuota de mercado de un 12%, frente a Kodak y Agfa, que ostentan un 35% y un 42%, respectivamente), no ha requerido a ninguno de sus distribuidores información identificativa alguna sobre sus clientes finales.

Finalmente, es de destacar que la propia Safex'80 S.L. en la carta que dirige a Fujifilm España S.A. dice "*Safex no puede quedarse impasible ante una tal prohibición a las exportaciones paralelas, ya que precisamente su aceptación constituiría una connivencia a una práctica prohibida*".

En definitiva, en el caso que analizamos no existe ninguna prueba documental directa ni indirecta de que haya habido acuerdo alguno, ni siquiera tácito, entre la hoy expedientada y Safex'80 S.L., en relación con la limitación o reducción de las exportaciones de los dos productos Fuji antes señalados, como afirma el Servicio, sin que, por otra parte, pueda negarse con rotundidad que las restricciones en el suministro por parte de Fujifilm España S.A no obedecieran a la reiterada morosidad de la denunciante, Safex'80 S.L., pues si bien es cierto que, como se afirma por aquél, en otros momentos anteriores ya se habían producido impagos, lo cierto es que éstos nunca alcanzaron períodos de dilación tan extensos como en el período de tiempo al que se refiere el presente expediente (como se desprende del documento nº 17, pág. 31 y siguientes de los aportados por la expedientada con su escrito de proposición de prueba) .

Cuarto.- Lo anteriormente expuesto conduce a concluir en la imposibilidad de estimar la existencia de vulneración del art. 81 del TCE por parte de Fujifilm España S.A, ni de su matriz, Fuji Photo Film (Europe) .

En efecto, como antes se ha indicado, resulta claro que en momento alguno se ha probado la aceptación por parte de Safex'80 S.L. de la política que según el Servicio pretendía imponer el grupo Fuji, y, por tanto, aunque se admitiera que por parte de la denunciada se hubieran exigido las limitaciones que pretende el Servicio,(que no está probado), incluso, que haya habido una negativa de suministro, no dejaría de ser un comportamiento unilateral de una empresa que no ostenta posición de dominio, y por tanto, se trataría de una actuación no sancionable por el art. 81, porque no existe acuerdo alguno, y tampoco sería sancionable por el art. 82, porque no ostenta posición de dominio. En este sentido es de señalar que el Tribunal de Justicia Europeo, en Sentencia de 11 de enero de 1990, reconoce el derecho del fabricante a aplicar la solución más adecuada a sus intereses, siempre y cuando observe las prohibiciones de los arts 85 y 86 del TCE, (hoy 81 y 82), señalando "*que un fabricante, siempre y cuando lo haga sin abusar de una posición dominante, o cuando no exista ninguna concordancia de voluntades con sus mayoristas, puede adoptar la política de suministros que estime necesaria,*

aun cuando la aplicación de dicha política pueda dar lugar a restricciones de competencia y afectar a los intercambios entre Estados miembros”.

Finalmente, hay que señalar que el caso Sandoz que aplica el Servicio no tiene ninguna similitud con el presente expediente, toda vez que en aquel asunto el fabricante había incluido de forma expresa en todas sus facturas una cláusula restrictiva de la competencia, formando parte, por tanto, de las relaciones contractuales entre el proveedor y los mayoristas, quienes sin discutirla, la habían respetado y, por tanto, existía una aceptación tácita, que en el presente caso, como he dicho, no existe en momento alguno por parte de Safex'80 S.L., como ella misma reconoce.

En definitiva, de las consideraciones anteriores se deduce que el Servicio no efectuó una apreciación correcta de los hechos del presente asunto y tampoco una valoración jurídica adecuada, al considerar probada la existencia de una concordancia de voluntades entre Fujifilm España S.A y Safex'80 S.L., destinado a impedir o limitar las exportaciones que ésta última realizaba de los productos Fuji referidos.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

Único. Declarar que no han resultado acreditadas las infracciones al art. 81.1 del Tratado de la Unión Europea que eran objeto de este expediente, dándose por finalizado el mismo, que se archivará una vez que sea firme esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, 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.