

RESOLUCIÓN (Expte. A 313/02, Pacto Foodservice-Mercat)

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
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 8 de abril de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 313/02 (2350/02 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC) iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular, formulada por Marr Foodservice Ibérica, S.L. Unipersonal y por Distribución de Servicios Hoteleros Mercat, S.L. Unipersonal, al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) para un pacto de *no competencia* vinculado a un contrato de arrendamiento de industria con opción de compra.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante Providencia del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 29 de enero de 2002 se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación del expediente 2350/02 del Servicio.
2. El 7 de febrero de 2002 se publicó en el B.O.E. la nota extracto a que se refieren los artículos 38.3 LDC y 5 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, a los efectos del trámite de información pública, sin que se produjesen comparecencias o alegaciones por parte de terceros.
3. El 30 de enero de 2002 el Servicio solicitó al Instituto Nacional del Consumo el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 de la Ley 16/1989.

4. El 28 de febrero de 2002 el expediente, junto con el informe del Servicio, tuvo entrada en el Tribunal, el cual, por Providencia de igual fecha, lo admitió a trámite.
5. El 10 de junio de 2002 el Servicio remitió al Tribunal el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios que no contiene alegaciones.
6. El Pleno del Tribunal, en su sesión del 2 de abril de 2003, deliberó y falló sobre este expediente, encargando la redacción de la Resolución al Vocal Ponente.
7. Son interesados:

Marr Foodservice Ibérica, S.L. Unipersonal
Distribución de Servicios Hoteleros Mercat, S.L. Unipersonal

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los notificantes consideran que el arrendamiento con opción de compra puede considerarse como una operación de concentración ya que supone una modificación estable de la estructura de control de la empresa. La estipulación de *no competencia* que se notifica sería, con respecto a dicha operación, una cláusula accesorio necesaria para su ejecución.

Al no tener la operación de concentración tamaño suficiente, de acuerdo con el artículo 14 LDC, para ser notificada como tal, solicitan la autorización singular de dicha cláusula en virtud del artículo 4 LDC.

2. El Servicio, fundándose en la doctrina del Tribunal contenida en la Resolución 40/92 ICI PAINTS (*Si el pacto se circunscribe a establecer la obligación del vendedor de abstenerse de hacer competencia al comprador durante el tiempo y el espacio geográfico necesario para que éste consolide la clientela y las expectativas del establecimiento mercantil transmitido, habrá que concluir que sólo busca dotar de efectividad al contrato de compraventa y que, por tanto, se sustrae a las prohibiciones establecidas en la citada LDC...*) considera que el pacto no es una conducta prohibida por el artículo 1 LDC y, por ello, no precisa de autorización.
3. La Comunicación de la Comisión Europea de 4 de julio de 2001, *sobre las condiciones directamente relacionadas y necesarias para las*

operaciones de concentración en el caso de adquisición de una empresa y referidas a las cláusulas de inhibición de la competencia, establece, entre otros, los siguientes criterios:

- En una adquisición, el comprador, para poder obtener la totalidad de los activos transferidos debe protegerse de la competencia del vendedor , en particular para conseguir la fidelidad de los clientes y explotar el *know how* transferido.
 - Las cláusulas de *no competencia* sólo están justificadas si su duración, su ámbito geográfico y su contenido no exceden de lo razonablemente necesario. La inhibición de la competencia no se considera necesaria si sólo se traspasan activos materiales (terrenos, edificios, maquinaria) o derechos de propiedad industrial y comercial que pueden defenderse mediante acciones legales.
 - Si se incluyen en la adquisición el fondo de comercio y el *know how*, las cláusulas de inhibición de la competencia suelen estar justificadas durante un periodo de tres años y sólo pueden justificarse para periodos más largos cuando las partes puedan demostrar que la clientela va a mantenerse fiel al vendedor durante más de tres años o cuando la naturaleza del *know how* transferido justifique un periodo adicional de protección.
 - El ámbito geográfico de aplicación de las cláusulas de inhibición de la competencia se debe limitar a la zona en que el vendedor ofreciese su producto antes de la operación y se ha de limitar a los productos y servicios objeto de la actividad económica de la empresa transferida.
4. El Tribunal considera que los pactos de *no competencia*, aunque tengan por objeto principal la efectiva transferencia al vendedor de activos inmateriales, incurren, por sus efectos, en la prohibición que establece el artículo 1 LDC, ya que restringen la competencia al eliminar del mercado a un competidor experimentado.

Sin embargo, en el caso de adquisición de empresas, pueden estar justificados para proteger al comprador y, en tal caso, pueden ser autorizados bien en el procedimiento de control de concentraciones, si la operación tiene el tamaño suficiente para tener que ser notificada, o bien, en otro caso, mediante autorización singular, si se dan los supuestos a los que se refiere el artículo 3 LDC

El pacto de *no competencia* cuya autorización se solicita en este expediente se refiere a una operación en la que, mediante la fórmula de arrendamiento con opción de compra, se transfieren no sólo activos materiales, sino también el listado de clientes, la marca, los contratos vigentes y el personal de la empresa (folio 16).

Con los criterios de la Comisión expuestos en el anterior fundamento de derecho, la cláusula de inhibición de la competencia parece estar justificada, al limitarse al mercado geográfico en que el arrendador ejercía su actividad previamente (Islas Baleares) y a los productos y servicios a los que antes se dedicaba.

La duración del pacto (seis años) es más larga de la que señala la Comisión como suficiente para conseguir la adecuada transmisión de los conocimientos técnicos, la fidelización de la clientela y la efectiva cesión del personal y de la actividad pero, teniendo en cuenta que el contrato está en vigor desde el 1 de enero de 2002 y la duración del pacto coincide con la del periodo en que el comprador tiene opción de compra, puede, en este caso, admitirse esa duración mayor de la que, en principio, se considera suficiente.

5. Las autorizaciones singulares pueden concederse si se cumplen los supuestos que señala el artículo 3 LDC, en particular, si están justificados por el interés público los tipos de acuerdo a los que se refiere el apartado 2 de dicho artículo.

El Tribunal estima que resulta de interés público la existencia de un mercado fiable de empresas, dotado de instrumentos que den seguridad a las partes en la compra y venta de empresas. Las cláusulas de inhibición de la competencia, debidamente limitadas en el tiempo y en su ámbito de aplicación, contribuyen a dicha seguridad al proteger los intereses de los compradores de empresas en los casos de transferencia de fondo de comercio y de conocimientos técnicos.

En el presente caso, dada la pequeña cuota de mercado de la empresa transmitida (2% del mercado balear de distribución alimentaria con destino a la restauración y hostelería) y las características de la restricción (no disminuye el número de competidores, no desaparece ninguna empresa, se limita a los mercados geográficos y de producto en que operaba el empresario arrendador, no sobrepasa el periodo en que el arrendador tiene opción de compra), el acuerdo puede autorizarse en virtud del artículo 3.2.c LDC ya que, por su escasa importancia, no afectará de manera significativa la competencia.

6. Los interesados solicitan confidencialidad para los datos suministrados así como para el contrato que adjuntan a la solicitud (folio 1 expte. SDC). Ponderando esta solicitud con lo exigido por el artículo 35 LDC respecto a la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia, el Tribunal considera que únicamente deben inscribirse en dicho Registro datos de imprescindible conocimiento que obran en el expediente del Servicio como son la identidad de los intervinientes en el contrato que se expone en el folio 14 y primera parte del folio 15; la Estipulación Séptima del contrato contenida en el folio 27, que constituye el pacto que se autoriza en esta Resolución y la parte del expositivo V, contenida en el folio 16, y la parte de la Estipulación Primera que se contiene en el folio 18, que establecen el carácter de los activos que se arriendan y la duración del contrato.

El resto de datos y documentos aportados debe considerarse confidencial formando con ellos pieza separada.

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

HA RESUELTO

Primero.- Conceder una autorización singular para el *pacto de no competencia* entre Marr Foodservice Ibérica, S.L. Unipersonal y Distribución de Servicios Hoteleros Mercat, S.L. Unipersonal, cuyo texto figura como Estipulación Séptima del contrato en el folio 27 del expediente del Servicio.

La autorización se concede hasta el 31 de diciembre de 2007 y queda sujeta a las condiciones que establece el artículo 4 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Segundo.- Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia de lo dispuesto en esta Resolución y la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia de las partes del expediente que se indican en el sexto fundamento de derecho, de las que se le remitirá copia compulsada.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno 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.