

RESOLUCIÓN (Expte. R 441/00, Codorniu/Freixenet)

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 24 de septiembre de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 441/00 (1390/96 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por Freixenet S.A., contra el Acuerdo de la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 12 de junio de 2000, por el que se sobresee parcialmente el expediente nº 1390/96 que tuvo su origen en la denuncia de Codorniu, S.A. y Robert J. Mur S.A. contra Freixenet, S.A. por presunta infracción del artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (LDC) y al que se acumuló posteriormente la denuncia de Freixenet S.A. contra Codorniu, S.A. por presuntas conductas infractoras del mismo artículo 7 LDC.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 25 de noviembre de 1996 tuvo entrada en el Servicio denuncia formulada por Freixenet, S.A. (en adelante FREIXENET) contra Codorniu, S.A. (en adelante CODORNIU) por: 1º) Elaboración de vino con variedad no autorizada, 2º) Riego periódico de viñedos, 3º) Parcelas con rendimiento de uva superior al límite permitido, 4º) Parcelas que superan los límites de densidad de plantación, 5º) Violación de resolución judicial, 6º) Imitación de Cava "Carta Nevada" de Freixenet, 7º) Erigirse en el primer elaborador del cava con menosprecio de los demás productores y 8º) Vender a precio irrisorio.

Estimando el Servicio que en la denuncia existían indicios racionales de infracción, con fecha 20 de diciembre se acumuló al expediente n° 1390/96, incoado el 16 de octubre de 1996 tras las denuncias formuladas por CODORNIU y Robert J. Mur, S.A. contra FREIXENET por supuestas conductas prohibidas por la LDC.

2. Con fecha 5 de noviembre de 1997 se formuló Pliego de Concreción de Hechos contra FREIXENET por elaborar cava en un período inferior a los nueve meses establecidos por las normas de elaboración al considerar que dicha práctica infringía el artículo 7 LDC.

Mediante Acuerdo de 9 de septiembre de 1998 del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia se sobreseyeron los hechos denunciados contra FREIXENET por abuso de posición de dominio y explotación de la reputación ajena.

Asimismo, mediante Acuerdo de 9 de septiembre de 1998 del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia se sobreseyó la denuncia de FREIXENET contra CODORNIU al estimar que los hechos denunciados no constituían infracción de la LDC.

3. El 29 de septiembre de 1998 FREIXENET recurrió (expte. R333/98) el Acuerdo de sobreseimiento de 9 de septiembre de 1998 antes mencionado ante el Tribunal, quien, por Resolución de 21 de junio de 1999, desestimó el recurso salvo en el punto referido a la elaboración de cava con variedad no autorizada, al considerar que:

“Por lo que se refiere a la primera denuncia de Freixenet, S.A. contra Codorniu, S.A., la denunciada ha reconocido que elaboró y comercializó cava con una variedad de uva, Pinot Noir, que no figura entre las autorizadas por el Reglamento de Denominación de Origen Cava (O.M. Agricultura, 14 de octubre de 1991) y así lo confirma el Consejo Regulador del Cava (folio 1503).

La violación de normas está tipificada como conducta desleal en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal y, aunque Codorniu alega que se trata de una elaboración experimental, el elevado número de botellas comercializadas con la variedad Pinot Noir no permite esta interpretación.

Sin embargo, el Tribunal considera que no existen suficientes datos en el expediente para saber si esta violación de normas ha afectado o no a la libre competencia de una forma sensible.

No basta con comparar, como hace el Servicio, las botellas elaboradas con Pinot Noir (11.200 botellas en 1995) con la cifra total de ventas de cava (112 millones de botellas) pues Freixenet, S.A. alega que la utilización del Pinot Noir confiere al producto elaborado características superiores y Codorniu, S.A. lo confirma cuando expresa que los productos con Pinot Noir (“Jaume de Codorniu” y “Rimat Gran Brut”) han obtenido las máximas calificaciones de las publicaciones especializadas: “mejor cava de España”, “máxima puntuación de 90, únicamente para estos dos cavas”, “medalla de plata” (folio 1266). Si este es el caso, parece necesario investigar la incidencia de esta comercialización tomando como referencia, no la producción total, sino únicamente la producción de la gama alta de los vinos espumosos con denominación Cava, es decir el segmento del mercado de cava de mayor calidad y precio. Si esta incidencia fuera elevada, podría haber una alteración del equilibrio competitivo al obtener Codorniu, S.A. un prestigio que sus competidores son incapaces de alcanzar por respeto a las normas de Denominación de Origen.

Freixenet, S.A., refiriéndose al número de botellas elaboradas con la variedad no autorizada declaradas por Codorniu, S.A. (folio 1687), señala como inverosímil el descenso en 1996 con respecto a 1995. Sin embargo, en un escrito anterior (folio 1198) Codorniu, S.A. precisaba que la cifra de 1996 corresponde únicamente al período enero-septiembre. Faltan, pues, por contabilizar las ventas correspondientes a los meses finales del año en los que probablemente más consumo existe de este producto.

El conocimiento de este dato puede ser importante para valorar la aceptación de este producto y la evolución de su penetración en el mercado. También puede ser interesante explicar el brusco descenso de precios que los datos aportados por Codorniu, S.A. señalan para el año 1996 y al que se refiere el recurrente en sus alegaciones ante el Servicio que reproduce ante el TDC.

Por último, alega también Freixenet, S.A. la contradicción que parece existir entre la producción de uva que Codorniu declara para la finca de Riubadella y que dice destinada toda ella a la producción de vino por otras empresas (830.400 kgs, folio 1695), y las ventas a estas otras empresas, acreditadas mediante factura que no alcanzan los 500.000 kgs. El denunciante considera que esto es una prueba de que la parte no vendida de Pinot Noir ha sido destinada a la elaboración de Cava. Aunque el Tribunal no puede admitir, sin más esta conjetura, considera

que se debe investigar el destino final de la totalidad de la producción de esta finca en los años señalados.

Procede, pues, estimar el recurso en lo que a esta primera denuncia se refiere, con objeto de que el Servicio practique lo necesario para investigar, en particular, los extremos señalados y, con más generalidad, la incidencia de la comercialización por Codorniu de productos elaborados con la variedad Pinot Noir en el mercado de vinos de denominación de origen Cava en su gama de mayor calidad y precio, con objeto de determinar si ha existido o no afectación sensible de la libre competencia.”

4. El 12 de junio de 2000, tras haber investigado el Servicio los extremos interesados por el Tribunal, el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó el sobreseimiento parcial del expediente nº 1390/96, iniciado por denuncia de CODORNIU, y Robert J. Mur, S.A. contra FREIXENET, en lo referente a la denuncia de FREIXENET contra CODORNIU por elaboración de cava con variedad no autorizada.
5. El 28 de junio de 2000 FREIXENET presentó ante el Tribunal recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento parcial del expediente 1390/96 citado en el anterior antecedente de hecho.
6. El 30 de junio de 2000 el Tribunal solicitó del Servicio el informe requerido por el artículo 48.1 LDC y el expediente seguido en el Servicio, recibándose ambos en el Tribunal el 5 julio de 2000.
7. El 14 de julio el Tribunal puso de manifiesto el expediente a los interesados concediendo plazo para la formulación de alegaciones, recibándose el 18 de septiembre de 2000 tanto las alegaciones de FREIXENET como las de CODORNIU.
8. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 18 de septiembre de 2001, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
9. Son interesados:
 - FREIXENET S.A.
 - CODORNIU S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Tribunal en su Resolución del expediente R333/98, de 21 de julio de 1999, estimó parcialmente, por las razones que se transcriben en el tercer antecedente de hecho, el recurso de FREIXENET contra el anterior sobreseimiento del Servicio en lo referente a su denuncia contra CODORNIU por presunta infracción del artículo 7 LDC por elaboración de cava con variedad no autorizada.
2. El Servicio, tras realizar la investigación que había sido interesada por el Tribunal, acordó el sobreseimiento parcial del expediente 1390/96, basando su Acuerdo en la siguiente valoración jurídica:

Según reiterada doctrina del Tribunal de Defensa de la competencia para que exista infracción del artículo 7 de la LDC se necesita que en la conducta denunciada concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que sea constitutiva de competencia desleal.*
- b) Que pueda producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional.*
- c) Que por su dimensión o entidad provoquen una afectación del interés público.*

De los hechos acreditados parece deducirse que Codorniu, S.A. puede haber infringido la ley de Competencia Desleal al haber elaborado y comercializado cava con una variedad de uva, Pinot Noir, que no figura dentro de las autorizadas por el Reglamento de Denominación de Origen de Cava, incurriendo por tanto en una infracción del art. 15 de la LCD consistente en la violación de normas como medio para adquirir una ventaja competitiva.

No obstante lo anterior y dado que como ha precisado el TDC en numerosas ocasiones, la LDC no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger directamente los intereses de los competidores supuestamente perjudicados, sino proteger la existencia de una competencia suficiente en el mercado, para que el referido acto desleal pueda ser reputado como contrario al art. 7 de la LDC es necesario que por su naturaleza, reiteración e influencia sobre el mercado, éste se vea gravemente afectado y el interés público, esto es la libre competencia, dañada.

Este evidentemente no es el caso, dado que a la luz de los datos obtenidos, difícilmente una producción del 0,25% y 0,053% para 1995 y 1996 respectivamente sobre el total de la producción de Codorniu, S.A.

en lo que al segmento de la gama alta se refiere, puede afectar de forma significativa a la competencia entre las empresas productoras de cava de gama alta.

Dicho de otro modo, las cantidades producidas como consecuencia del incumplimiento de las normas de Denominación de Origen son manifiestamente insuficientes como para pensar que la empresa denunciada haya podido prevalecerse de una ventaja competitiva frente a sus competidores que haya podido tener como consecuencia una alteración significativa de las condiciones de competencia en el mercado.

Por todo lo expuesto se propone el sobreseimiento parcial de la denuncia de Freixenet, S.A. contra Codorniu, S.A. en lo referente al uso de Pinot Noir en la elaboración de cava.”

3. FREIXENET recurre el Acuerdo de sobreseimiento por considerar que el Servicio no ha investigado suficientemente los aspectos que el Tribunal había ordenado esclarecer en la citada Resolución del expediente R333/98 de su recurso contra un anterior sobreseimiento del Servicio.

Por lo que se refiere al precio a partir del cual puede considerarse que un cava pertenece a la gama alta, alega el recurrente que al establecerlo en 800 pta / botella basándose en que el mayor porcentaje de personas encuestadas lo considera así en el estudio de *Research Institute*, el Servicio falta a la objetividad ya que en dicho estudio se recoge que el mayor porcentaje de consumidores que opinan sobre el precio del cava de calidad alta considera que supera las 1500 pta / botella y que *Nielsen* lo establece en 1400 pta / botella. Por ello, estima que habría que excluir de la gama alta de CODORNIU las marcas *Anna de Codorniu*, *Rimat Brut Nature* y *Rimat Brut*, con lo que la producción total de gama alta se reduciría a 4,5 millones de botellas, en lugar de los 9,7 millones que estima el SDC.

Alega también el recurrente que la investigación del Servicio sobre el número de botellas elaboradas por CODORNIU con la variedad *Pinot Noir* ha sido insuficiente ya que no ha investigado la drástica reducción a sólo 886 botellas de *Rimat Gran Brut* declaradas por CODORNIU en 1996, no ha tenido en cuenta la etiqueta de *Jaume de Codorniu* con el número 50.072, no ha analizado el contenido de las botellas *Non Plus Ultra* pese a que en sus etiquetas figura la inscripción *Pinot-Chardonnay* y tampoco ha investigado el destino de 340.000 Kgs de uva

Pinot Noir de la finca de Riudabella que, según el recurrente, “*cabe suponer CODORNIU ha utilizado para la elaboración de cavas*”.

De todo ello deduce el recurrente que, del total de 4.597.898 botellas en que estima la producción de CODORNIU de cavas de gama alta, 1.690.602 botellas fueron elaboradas con *Pinot Noir*.

4. Por su parte, CODORNIU coincide en sus alegaciones con los argumentos del Servicio añadiendo, con respecto al número de botellas elaboradas con *Pinot Noir*, las siguientes precisiones, apoyadas por evidencia documental que adjunta:

- La caída de ventas de *Raimat Gran Brut* y de *Jaume de CODORNIU* en 1996 se debió a que el Consejo Regulador advirtió que no se debía elaborar ni vender ninguna botella de cava con *Pinot Noir*. CODORNIU acató estas instrucciones y, por ello, no hubo ventas en el último trimestre de 1996.
- La numeración de las botellas no se corresponde con su producción.
- La denominación *Pinot-Chardonay* es el nombre técnico histórico de la variedad hoy llamada *Chardonay* y no es equivalente a *Pinot Noir* como intenta hacer creer FREIXENET para demostrar que el *Non Plus Ultra* fue elaborado con tal variedad.
- Un simple análisis no puede establecer si un cava contiene o no un determinado varietal. FREIXENET lo sabe y por ello no ha propuesto tal prueba en los dos procesos civiles (240/96 y 241/96) seguidos ante el Juzgado nº 1 de Vilafranca del Penedés.
- FREIXENET sostiene que en los procesos civiles mencionados se probó el uso de *Pinot Noir* para la elaboración del *Non Plus Ultra* y ello es falso. Ambas sentencias absolvían a CODORNIU.
- La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26/1/200 en los Autos 240/96 no contiene ninguna afirmación de que el cava *Non Plus Ultra* contuviera *Pinot Noir*. CODORNIU ha recurrido la sentencia ante el Tribunal Supremo por no estar conforme en que el uso experimental de *Pinot Noir* en 12.000 botellas pueda constituir infracción normativa.
- El destino de los 340.000 Kgs de *Pinot Noir* de la finca de Riubadella ha quedado acreditado por la *declaración de cosecha* al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

5. Con respecto a la estimación parcial por el Tribunal del anterior recurso de FREIXENET, CODORNIU alega en el apartado E) del punto 1 de la alegación segunda de su escrito de 18 de septiembre de 2000 *que es de todo punto cuestionable que el TDC pueda llegar donde la Ley no llega y dividir el mercado del cava en segmentos para ver si así atrapa*

a CODORNIU S.A., ya que la LDC ni remotamente menciona la posibilidad de subdividir los mercados en categorías ficticias y sólo existe un mercado español de cava en el que los distintos productores ofrecen un amplio abanico de productos con distintas marcas y precios.

El Tribunal rechaza esta alegación ya que, por una parte, atribuye al TDC una inexistente predisposición adversa hacia una de las partes y, por otra, ignora que, con independencia de las condiciones de oferta en las que hace hincapié y que resultan completamente irrelevantes, para definir los productos que forman parte de un mercado debe acudir primordialmente a la sustituibilidad de la demanda ya que ésta constituye la disciplina más inmediata y eficaz a la que se enfrentan los suministradores de un determinado producto, como se expone en la Comunicación de la Comisión 97/C 327/03, relativa a la definición de mercado de referencia. De esta forma, productos de características semejantes o destinados al mismo uso pueden no estar integrados en el mismo mercado si la demanda no los contempla como sustitutivos. Así, los llamados productos de lujo no suelen competir con los productos de características análogas e idéntico uso que se venden a precios inferiores puesto que raramente ligeras diferencias en el precio de unos determinan variaciones sensibles en la demanda de los otros.

En todo caso, el Tribunal no trataba de subdividir el mercado en categorías ficticias, sino que instaba al Servicio a comparar magnitudes comparables sin caer en la contradicción en la que incurre el alegante que, tras sostener que *no existe propiamente un segmento de "gama alta" de Cava* (folio 56 expdte. TDC), señala inmediatamente después que *el 90% de los elaboradores de Cava venden su "gama alta", esto es, sus productos "Brut Nature" por un precio entre 700 y 800 pesetas* (folio 57 expdte. TDC).

6. También resulta improcedente la solicitud de confidencialidad de las alegaciones y documentos que adjunta CODORNIU ya que han influido en la decisión del Tribunal, no contienen secretos empresariales e incluyen documentos de pública difusión como copias de libros, recortes de periódico y páginas de Internet, junto a una declaración de cosecha y parte del informe del *Gabinete Orio* que han sido utilizados por el Servicio para argumentar el sobreseimiento.
7. Considera el Tribunal que la investigación realizada por el Servicio es suficiente para determinar que no puede acreditarse un número de botellas elaboradas con *Pinot Noir* superior a las 13. 000 declaradas por CODORNIU. Las conjeturas de FREIXENET no pueden

sustanciarse con la débil apoyatura de los indicios presentados, no permiten ignorar las explicaciones alternativas de CODORNIU, no encuentran el respaldo del Consejo Regulador de la Denominación de Origen Cava, órgano encargado de vigilar el cumplimiento de las normas establecidas, y resulta dudoso que pudiera esclarecerse el contenido varietal del *cava* de marca *Plus Ultra* a través de un análisis que a última hora echa de menos FREIXENET en la investigación del Servicio sin haberlo solicitado como prueba y cuando ni siquiera ha solicitado este peritaje en los juicios civiles planteados ante la jurisdicción ordinaria.

Con este número limitado de botellas parece también lógico que el Servicio detenga en este punto la investigación al compararlo con un tamaño de la producción de *cavas* de alto precio que estima en 9 millones de botellas. A este respecto, encuentra el Tribunal que el potencial de afectación sensible de la libre competencia, exigido por el artículo 7 LDC para las infracciones que tipifica, sería igualmente insignificante con la estimación discrepante de FREIXENET sobre la producción total de *cavas* de gama alta.

8. Por otra parte, aunque la elaboración desleal de *cava* por CODORNIU se hubiera acercado al elevado número de botellas que aventura FREIXENET y aunque se redujera la delimitación del segmento de *cava* de mayor calidad y precio a la cifra que el recurrente señala, ello no significaría, sin más, una infracción del artículo 7 LDC, tanto en su redacción actual (grave distorsión del mercado con afectación del interés público) como en la redacción vigente en el momento en que se cometieron los hechos denunciados (falseamiento sensible de la libre competencia y, en consecuencia, afectación del interés público).

La proporción de botellas elaboradas no es más que una aproximación inicial al problema de determinar la afectación del interés público. Aunque la proporción fuera mayor, habría que determinar si han existido efectos en el mercado de suficiente entidad.

El recurrente hace referencia a la especialísima trascendencia de la infracción justamente en la elaboración de los productos de mayor categoría. Sobre este punto no aporta el recurrente más argumentación que la genérica utilizada por el Tribunal en términos potenciales al estimar parcialmente el anterior recurso. No indica efectos concretos, cambios sustanciales inducidos en la demanda de los consumidores como consecuencia de la práctica desleal de CODORNIU, perjuicios tangibles observados en sus ventas ni indicio alguno que pudiera

asimilarse a una afectación sustancial de la libre competencia exigida por la LDC para que el artículo 7 pudiera ser de aplicación.

La deslealtad de la conducta ha sido declarada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, pero para constituir infracción de la LDC deberían probarse efectos en el mercado tales como cambios significativos en la demanda o eliminación de competidores que no han sido ni siquiera insinuados por el recurrente.

Por todo ello, el Tribunal considera que procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio.

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

HA RESUELTO

Único. Desestimar el recurso interpuesto por FREIXENET S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 12 de junio de 2000, por el que se sobresee parcialmente el expediente nº 1390/96 que tuvo su origen en la denuncia de Codorniu, S.A. contra Freixenet, S.A. por presunta infracción del artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (LDC) y al que se acumuló posteriormente la denuncia de Freixenet S.A. contra Codorniu, S.A. por presuntas conductas infractoras del mismo artículo 7 LDC.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciendo saber a éstos que agota la vía administrativa y que no es firme, pudiendo interponerse contra la misma sólo recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.