

RESOLUCIÓN (Expte. R 219/97. Perfumerias Catalanias)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Fernández López, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 11 de junio de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada arriba y siendo Ponente D. Julio Pascual y Vicente, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 219/97 (1466/96 del Servicio de Defensa de la Competencia, Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por Perfumeries Catalanias S.L. (PERFUMERÍAS) contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 7 de marzo de 1997 mediante el que archiva las actuaciones seguidas por la denuncia de la recurrente contra Sanofi Beauté S.A. (SANOFI) por supuestas prácticas de abuso de posición dominante contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 7 de abril de 1997 tiene entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) un escrito de D. Martí Clos Casas mediante el que, en representación de PERFUMERÍAS, interpone recurso contra el Acuerdo del Servicio de 7 de marzo de 1997 por el que se archivan las actuaciones seguidas por la denuncia formulada por la recurrente contra SANOFI por supuestas prácticas prohibidas en la LDC que pueden implicar abuso de posición de dominio, consistentes, primero, en interrumpir injustificadamente el suministro de productos de perfumería y cosmética de la marca Yves Saint Laurent (YSL) y, segundo, en exigir el pago por adelantado de los productos solicitados como condición para continuar el suministro.

2. El Acuerdo del Servicio, comunicado al Tribunal mediante escrito de 14 de abril de 1997, hace constar que no ha observado en los hechos denunciados indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC por lo que, conforme a los apartados 1 y 2 del art. 36 del citado texto legal, procede el archivo de las actuaciones. El Acuerdo se fundamenta en dos tipos de consideraciones: 1º) Que para incurrir en una conducta abusiva de las tipificadas en el art. 6 LDC es necesario estar en posición de dominio, circunstancia de la que no gozan en el mercado español de perfumería selectiva ni SANOFI ni la marca YSL cuyos productos distribuye en exclusiva la primera, puesto que los productos YSL son sustituibles y la distribución exclusiva de una marca no implica dominio alguno del mercado cuando dicha marca es sustituible por otras similares. 2º) Que, aún sin tener en cuenta lo anterior, no procedería en el caso presente invocar el abuso de posición de dominio tipificado en el art. 6.2 c) LDC, ya que del escrito de denuncia no se desprende que haya negativa de suministro sino más bien una modificación de las condiciones de pago, que justifica la denunciada por los problemas de cobro que tuvo con el anterior titular del establecimiento vinculado a través de administradores comunes con el actual. Señala también el Servicio que una empresa puede tener en cuenta, a la hora de establecer las condiciones de pago con cada cliente, factores diversos, como la evolución de las relaciones comerciales, la solvencia y otros que la prudencia comercial aconseje.
3. El recurrente impugna el acto de archivo del Servicio y hace varias alegaciones que, en lo que pudieran referirse al asunto que se ventila en el actual expediente, quedan resumidas a continuación: 1º) La denunciada no pretendía cambiar las condiciones de pago sino cortar el suministro y por eso no envió previamente una circular anunciando unas nuevas condiciones de pago. 2º) Cuando el recurrente reitera la solicitud de suministro el 22 de febrero de 1996, no se le comunica que para reanudarlo hay que aplicar unas nuevas condiciones de pago sino que no hay contrato de distribución selectiva que obligue al suministro. 3º) SANOFI representa el 35 de las ventas de perfumería de lujo, lo que supone un porcentaje suficiente para considerar que existe posición de dominio.
4. El 8 de abril de 1997 el Tribunal remite fotocopia del recurso al Servicio, recabándole el preceptivo informe, la remisión del expediente, que precise la fecha de notificación del Acuerdo al denunciante para poder apreciar si el recurso está presentado en plazo hábil, y si es bastante la representación con la que actúa el recurrente.
5. El Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, mediante escrito que tiene entrada en el Tribunal el 14 de abril de 1997, informa que el recurso ha sido interpuesto en tiempo hábil y que es

bastante el apoderamiento del recurrente, y añade que las alegaciones de éste no añaden nada nuevo que haga modificar los motivos referidos en el Acuerdo de 7 de marzo de 1997, por lo que debe entenderse que el contenido del recurso no desvirtúa el citado Acuerdo que debe mantenerse.

6. El 17 de abril de 1997 el Tribunal designa Ponente al Vocal D. Julio Pascual y Vicente, acuerda Providencia, que se comunica fehacientemente a los interesados y en la que, entre otras disposiciones, de acuerdo con lo establecido en el art. 48.3 LDC, se ordena poner de manifiesto el expediente a los interesados, a fin de que formulen alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes dentro del plazo legal.

7. El 9 de mayo de 1997 tiene entrada en el Tribunal escrito, hábil en plazo, de la representación de SANOFI en el que, tras atribuir al recurso de PERFUMERÍAS el carácter de temerario por la falsedad de las premisas que lo sustentan, se hacen las alegaciones que seguidamente se resumen: 1ª) SANOFI no ostenta una posición de dominio en el mercado relevante y, en consecuencia, es imposible que haya abusado del mismo ya que, como quedó acreditado en el expediente, mediante certificación de la Asociación Nacional de Fabricantes de Perfumería y Afines, la cuota de mercado de SANOFI en el marco de la distribución selectiva era en 1995 de entre el 6,5% y el 7%, correspondiendo de dicha cuota a los productos YSL entre un 4,5 % y un 5%, siendo erróneo el criterio que utiliza el recurrente de considerar su propia facturación para valorar la cuota de mercado de SANOFI, lo que le lleva equivocadamente a afirmar que tal cuota de mercado es del 35 %. 2ª) SANOFI inició sus relaciones comerciales con la empresa GRUP NOU ESTIL S.L. (GNE), en enero de 1992, mediante un contrato de distribución selectiva que termina en julio de 1995, por quiebra de GNE declarada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Figueras, siendo a partir del 8 de agosto de 1995 cuando SANOFI comienza a suministrar a PERFUMERÍAS sin contrato alguno de distribución selectiva, suministro que se ve obligado a rodear de cautelas cuando confirma, mediante información obtenida en el Registro Mercantil Central, la estrecha vinculación personal existente entre los administradores de PERFUMERÍAS y de la quebrada, a la que aquélla había venido a suplantar formalmente como aseveraban varias circunstancias entre las que destaca que la antigua Administrador Único de GNE, Dª Rita María Creus Dalmau, que había sido Administradora de PERFUMERÍAS, fuera la esposa del actual Administrador de PERFUMERÍAS D. Martí Clos Casas. 3ª) Las cautelas que se vió obligada a establecer SANOFI cuando conoció las vinculaciones entre la quebrada y la nueva empresa que venía a sustituirla, se tradujeron en la aplicación de unas condiciones de pago más severas, que fueron aplicándose paulatinamente desde agosto de 1995 y que, tras la insistente

negativa de PERFUMERÍAS a aceptarlas, le fueron expresamente comunicadas por escrito el 15 de abril y el 2 y el 23 de julio de 1996, como obra en el expediente; además tampoco la recurrente se mostró dispuesta a suscribir el preceptivo contrato de distribución selectiva ni a someterse a los test de evaluación standard de SANOFI, habiéndosele ofrecido, por lo que ésta se vió obligada a dejar de suministrar sus productos a la recurrente para no dejar de actuar como corresponde a un comerciante prudente, ante una clientela de dudosa solvencia, sin vulnerar la LDC.

Finaliza su escrito SANOFI solicitando la desestimación del recurso contra el Acuerdo del Servicio.

8. El día 16 de mayo de 1997 tiene entrada en el Tribunal escrito, hábil en plazo, de la representación de PERFUMERÍAS, que contiene diversas alegaciones cuyo contenido, en lo que afecta a este expediente, se resume a continuación: 1º) Las condiciones de pago entre la recurrente y la denunciada siempre fueron 60 ó 90 días, nunca al contado. 2º) SANOFI rompe las relaciones comerciales con la recurrente a finales de 1995, sin que nada justificara que se pasara al pago por adelantado ni fuera obstáculo para continuar las relaciones comerciales que no se suscribiera un contrato de distribución selectiva. 3º) Contra el criterio sostenido en su acuerdo por el Servicio, hubo negativa de suministro sin comunicación previa de cambio en las condiciones de pago. 4º) La Decisión de la Comisión Europea de 16 de diciembre de 1991 relativa al procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado a Yves Saint Laurent Parfumes estableció que los contratos podrían rescindirse de forma anticipada si el distribuidor autorizado vulneraba sus obligaciones contractuales, lo que no ha quedado acreditado en el presente caso. 5º) La clientela de los productos YSL no los sustituye por otros si deja de encontrarlos en su establecimiento habitual.

Finaliza su escrito PERFUMERÍAS solicitando que se declare la existencia de un abuso de posición dominante por parte de SANOFI, se imponga una sanción a esta empresa y a su director comercial y se acuerde la reiniciación inmediata de la relación comercial entre SANOFI y PEFUMERIAS en las condiciones de pago de 60 y 90 días.

9. Son interesados en el expediente:
 - Perfumeries Catalanés S.L.
 - Sanofi Beauté S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El objeto de este procedimiento es resolver si se estima el recurso contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de archivar las actuaciones iniciadas, en aplicación de lo dispuesto en el art. 36.2 LDC, sin incoar expediente.
2. El art. 36 de la LDC, en su apartado 1, impone al Servicio la obligación de incoar expediente ante una denuncia de conductas prohibidas en dicha Ley cuando se observen indicios racionales de su existencia y, en su apartado 2, le permite que, antes de resolver la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones, pueda acordar la instrucción de una información reservada.
3. Es doctrina reiterada de este Tribunal que la tramitación de una información reservada constituye un procedimiento sumario, inquisitivo y no contradictorio, en el que es bastante que el Servicio únicamente indague los elementos idóneos para fundar el acuerdo de incoar el expediente o de archivo, procediendo este último cuando el Servicio no advierta indicios racionales de que hayan tenido lugar conductas prohibidas.
4. En el presente caso, el Servicio ha llevado a cabo en la información reservada una investigación suficiente, que le ha permitido establecer sobre base firme las conclusiones de que no hay indicios de práctica abusiva de posición dominante, como se había denunciado, y de que no procede, en consecuencia, incoar un expediente sancionador al denunciado como, sin embargo, correspondería en caso contrario.

En efecto, tal como hace notar el Servicio en su Acuerdo, para que un operador económico pueda incurrir en una conducta abusiva de posición de dominio de las tipificadas en el art. 6 LDC, es requisito previo que tal operador esté en una posición dominante en el mercado de referencia. La posición de dominio como tal no está sancionada en la legislación española de la competencia ni tampoco en la europea, pero constituye condición necesaria, aunque no suficiente, para que puedan llevarse a cabo los comportamientos que la Ley prohíbe por reputarlos de abusivos. En el caso que nos ocupa, como bien advierte el Servicio, ni el denunciado SANOFI goza de posición dominante en el mercado de referencia de los productos de perfumería selectiva, pues su cuota de mercado es como máximo de un 7%, ni los productos de la marca YVS que el denunciado distribuye en exclusiva alcanzan de aquélla más de un 5%. Mal puede darse en esas circunstancias, tan lejanas del dominio, un abuso de posición dominante.

5. El Servicio en su Acuerdo de archivo añade que, aunque tal evidencia no se diera, tampoco procedería en el caso presente invocar el abuso de posición de dominio tipificado en el art. 6.2 c) LDC ya que del escrito de denuncia no se desprende que haya negativa de suministro sino más bien una modificación de las condiciones de pago, que justifica la denunciada por los problemas de cobro que tuvo con el anterior titular del establecimiento vinculado a través de administradores comunes con el actual, haciendo notar además el Servicio que una empresa, a la hora de establecer las condiciones de pago con cada cliente, puede tener en cuenta factores diversos como la evolución de las relaciones comerciales, la solvencia y otros que la prudencia comercial aconseje.

El Tribunal considera que no debe entrar en esta disquisición. Se trata de una mera digresión que no viene al caso. No hay indicios de abuso de posición de dominio porque no concurre el requisito necesario para que tal abuso pueda darse, que es la existencia previa de una posición dominante en el mercado. Siendo esto así, no hay que averiguar, a nuestros efectos, si hubo endurecimiento de las condiciones de pago o negativa de suministro.

6. En estas condiciones, el Tribunal considera acertado, según las previsiones del art. 36 LDC, el criterio del Servicio que, después de las pesquisas llevadas a cabo, acuerda no incoar expediente sancionador a SANOFI por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 6 LDC y archiva las actuaciones. Y, como consecuencia de lo cual, califica como ajustado a derecho el Acuerdo del Servicio de 7 de marzo de 1997 en el que decide el archivo de sus actuaciones, al no haber apreciado indicios racionales de prácticas sancionables.
7. Por lo que respecta a las alegaciones del recurrente, el Tribunal considera que no son atendibles por los siguientes motivos:
 - a) Las relativas a poner de manifiesto que ha habido, por parte del denunciado, decisiones unilaterales de interrupción del suministro y de endurecimiento de las condiciones de pago, porque no es asunto que corresponda enjuiciar a este Tribunal, ya que no hay posición de dominio en el mercado por parte del denunciado. El ámbito para cualquier reclamación de esta naturaleza es la jurisdicción ordinaria.
 - b) La que se refiere a la Decisión de la Comisión Europea en la que se estableció que los contratos de distribución podrían rescindirse de forma anticipada si el distribuidor autorizado vulneraba sus obligaciones contractuales, por no ser de aplicación al caso ya que entre el recurrente y el denunciado nunca ha existido contrato de distribución.

c) La relativa a demostrar que el denunciado goza de una posición de dominio, indicando que dispone de un 35% del mercado, porque es falaz. Desea el Tribunal destacar aquí dos cuestiones. La primera se refiere al mercado de producto que está afectado; es el de productos de perfumería de lujo y no cómo pretende el recurrente el de productos YSL, ya que existe una sustituibilidad amplia entre productos para la misma finalidad de diferentes marcas, dentro de la gama de alta perfumería o perfumería de lujo. La segunda cuestión es la relativa a la certera alegación de SANOFI cuando en su escrito oponiéndose al recurso asevera que resulta totalmente inaceptable el proceder de PERFUMERÍAS consistente en dar como cuota de mercado de una empresa el porcentaje de ventas de sus clientes y, sobre la base de esta equívoca práctica, valorar erróneamente en un 35 % una cuota de mercado que, lejos de este porcentaje, es para SANOFI -según se acredita- de un 6,5%-7,0%, en el marco de la distribución selectiva, correspondiendo de dicha cuota a los productos YSL un 4,5 %-5,0%. El calificativo de temerario que SANOFI aplica al comportamiento así seguido en su cálculo por PERFUMERÍAS está lejos de parecer desproporcionado a este Tribunal. Ignora PERFUMERÍAS los criterios más básicos de apreciación de situaciones de dominio elaborados por la jurisprudencia y la doctrina comunitaria europea y la española en esta materia, y también los más elementales usos de la aritmética comercial.

9. Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso, confirmando el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 7 de marzo de 1997 por el que se archivaron las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por la recurrente.

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

RESUELVE

- Desestimar el recurso interpuesto por D. Martí Clos Casas, en representación de Perfumeries Catalanes S.L., contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 7 de marzo de 1997, mediante el que se archivan las actuaciones seguidas por la denuncia formulada por el recurrente, confirmando en todos sus términos dicho Acuerdo.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole 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 a partir de la fecha de la notificación de esta Resolución.