

RESOLUCIÓN (Expte. R 6/2007. Perfumerías de Ourense 2)

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vogal

D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

Santiago de Compostela, 30 de maio de 2008.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (“Tribunal” ou “TGDC”), coa composición indicada máis arriba e sendo relator o vogal D. Alfonso Vez Pazos, ditou a seguinte Resolución no Expediente R 6/2007 (11/2006, do Servizo) orixinado polo recurso interposto o 6 de setembro de 2007, por D. A. F. L., en nome e representación de Maryan Perfumerías S.L., contra o acordo de sobreseimento, con arquivo das actuacións, do Servizo Galego de Defensa da Competencia (“Servizo” ou “SGDC”), de 21 de agosto de 2007, en relación coa denuncia presentada polo recorrente contra Produtos de Belleza Sisley España, S.A. por presuntas prácticas contrarias á Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

ANTECEDENTES

- 1.- Con data 11 de xullo de 2006, o Servizo recibiu escrito de denuncia de D. A. F. L. contra Produtos de Belleza Sisley España, S.A. por presuntas condutas prohibidas pola Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia, consistentes na negativa de subministración dos seus

produtos de cosmética e perfumería a Maryan Perfumerías, S.L., con domicilio en Ourense, entidade da que é representante legal o denunciante.

- 2.- Unha vez concluído o trámite de información reservada, o Servizo decidiu archivar as actuacións orixinadas pola denuncia de D. A. F. L., mediante escrito de 8 de novembro de 2006.
- 3.- O 23 de novembro de 2006 recibíuse neste Tribunal un escrito con data do 20 de novembro de D. A. F. L. interpoñendo recurso contra o Acordo de arquivo de actuacións do Servizo de 8 de novembro de 2006.
- 4.- O 9 de marzo de 2007, O Pleno del Tribunal resolveu estimar o recurso interposto por D. A. F. L., representante legal da sociedade mercantil Maryan Perfumerías, S. L., contra o Acordo do SGDC de 8 de novembro de 2006, de arquivo da denuncia presentada polo recorrente contra Produtos de Belleza Sisley España, S.A., mediante Resolución na que se instruíu ao Servizo para que incoase expediente e fíxese as averiguacións pertinentes ata a completa cualificación xurídica do caso.
- 5.- En cumprimento do acordado polo TGDC, o 22 de marzo de 2007, o SGDC iniciou a incoación de expediente sancionador á denunciada por prácticas restrictivas da competencia prohibidas pola Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia.
- 6.- En aplicación do artigo 37 da LDC, o Servizo levou a cabo diversos actos de instrución para o esclarecemento dos feitos e a determinación de responsabilidades, ditando en data 21 de agosto de 2007 Providencia de sobreseimento, con arquivo das actuacións, por non quedar acreditada a existencia de prácticas contrarias á LDC.

- 7.-** Con data 6 de setembro de 2007, D. A. F. L., en nome e representación de Maryan Perfumerías S. L., interpuxo recurso contra o acordo de sobreseimento do expediente, con arquivo das actuacións, adoptado o 21 de agosto de 2007 polo SGDC. O recorrente fundamentou o seu recurso na alegación de que o SGDC non cumpriu co acordado por este Tribunal na súa Resolución de 9 de marzo de 2007 (Expte. R 4/2006 Perfumerías de Ourense), considerando que a conduta imputada a Produtos de Belleza Sisley España, S.A. supón unha clara discriminación para a denunciante, que infrinxe os artigos 1, 6 e 7 da Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia.
- 8.-** Tras recibir o expediente co correspondente informe do SGDC, o Pleno do TGDC, na súa reunión celebrada el 4 de outubro de 2007, acordou a súa tramitación, designando como relator ao vogal D. Alfonso Vez Pazos, e fixando prazo para que os interesados puidesen formular alegacións, ao amparo do previsto no artigo 48.3 LDC.
- 9.-** O 19 de outubro de 2007, a representación legal de Produtos de Belleza Sisley España, S.A. solicitou ampliación do prazo para formular alegacións, ao amparo do artigo 49 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común. Por Providencia de 22 de outubro de 2007, este Tribunal concedeu a ampliación do prazo a todas as partes interesadas no expediente por un período de oito días hábiles a partir da conclusión do prazo concedido na anterior Providencia de 4 de outubro.
- 10.-** Con data 6 de novembro de 2007, D. A. F. L. presentou as súas alegacións, solicitando que se estimase o seu recurso e se revocase o arquivo acordado polo SGDC.

- 11.-** Con data 7 de novembro de 2007, a representación legal de Produtos de Belleza Sisley España, S.A. presentou alegacións, solicitando a desestimación do recurso interposto e a confirmación do sobreseimento do expediente, con arquivo de actuacións, acordado polo SGDC.
- 12.-** O 20 de decembro de 2007, o Pleno do TGDC decidiu practicar unha proba consistente na toma de declaración do recorrente co fin de aclarar certas cuestións que se planteaban neste expediente, consideradas polo Tribunal de importancia crucial para emitir o seu xuízo.
- 13.-** En cumprimento do anterior, o 17 de xaneiro de 2008 compareceu ante o Tribunal o recorrente, dando resposta ás cuestións que interesaban ao Tribunal. Realizada esta proba abriuse un novo prazo para alegacións por parte da empresa Sisley, que respondeu mediante escrito de 10 de marzo de 2008.
- 14.-** O Pleno do Tribunal deliberou e fallou este asunto na súa reunión celebrada el 30 de abril de 2008.
- 15.-** Son interesados:
- Maryan Perfumerías, S.L.
 - Produtos de Belleza Sisley España.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- De acordo co establecido na Disposición transitoria primeira, apartado 1, da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia, os procedementos sancionadores en materia de condutas prohibidas incoados antes da entrada en vigor desta Lei se tramitarán e resolverán con arreglo ás disposicións vixentes no momento do seu inicio.

Na medida en que esta circunstancia concorre no presente expediente, procede a súa tramitación conforme ao procedemento establecido na Lei 16/1989, de 17 de xullo, de defensa da competencia.

SEGUNDO.- O artigo 47 da citada Lei 16/1989 sinala que os actos do Servizo que decidan directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinen a imposibilidade de continuar un procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos, serán recorribles ante o Tribunal.

Tendo en conta o anterior, a cuestión que debe dilucidar este Tribunal ante o recurso presentado é se está de acordo coa decisión do Servizo e, por tanto, desestima a petición do recorrente, ou revoca dita decisión de sobreseimento con arquivo de actuacións, estimando o recurso, por considerar que existen indicios dunha conduta contraria á LDC, sobre a que o Servizo debe efectuar proposta de sanción.

En todo caso, a avaliación que corresponde facer a este Tribunal recae exclusivamente sobre os posibles efectos anticompetitivos da conduta analizada e, por tanto, sobre o interese público que poida estar afectado, co fin último de protexer o ben xurídico amparado pola Lei de defensa da competencia, e non sobre a resolución de eventuais conflitos privados entre os axentes económicos participantes no mercado.

TERCEIRO.- Este Tribunal xa se pronunciou sobre este asunto con anterioridade con ocasión do recurso presentado o 23 de novembro de 2006 por D. A. F. L. contra o acordo de arquivo de actuacións do SGDC de 8 de novembro de 2006.

O Tribunal resolveu dito recurso estimando a petición de D. A. F. L. mediante Resolución de 9 de marzo de 2007, na que se instou ao SGDC para que incoase expediente co fin de verificar se os feitos denunciados eran certos ou non e, no seu caso, se analizase a posición da marca Sisley no mercado de perfumería e cosmética de gama alta, a partir da definición de mercado relevante de produto e xeográfico pertinente para o estudo dos feitos denunciados e a determinación da súa cota de mercado; se averiguasen as razóns da suposta negativa de subministración dos produtos Sisley a Maryan Perfumerías, e se ditas razóns respondían ou non a unha aplicación discriminatoria dos criterios de selección cualitativos nos que se basea o sistema de distribución selectiva de Produtos de Belleza Sisley España, S.A.; e demais actuacións que fosen de interese ata a completa cualificación xurídica do expediente.

Como se deduce do anterior, o Tribunal atribuía unha importancia prioritaria á verificación por parte do Servizo dos feitos denunciados, pois esa verificación se consideraba crucial para poder pronunciarse en debida forma sobre este expediente. Só despois de practicarse a comprobación dos feitos, o Tribunal consideraba que se debía analizar a natureza hipoteticamente anticompetitiva da conduta denunciada segundo o disposto na Lei de defensa da competencia.

CUARTO.- O SGDC, na súa proposta de sobreseimento de 6 de xuño de 2007, afirma que queda impexulgada a cuestión das relacións comerciais entre as partes e a precisión sobre si existiu ou non negativa de subministración por parte de Sisley España, S.A. a Maryan Perfumerías, precisamente a cuestión que este Tribunal consideraba prioritaria na súa Resolución de 9 de marzo de 2007 antes citada.

Na Providencia de sobreseimento de 21 de agosto de 2007, o SGDC acorda o arquivo de actuacións do expediente iniciado contra a denunciada por non quedar acreditada a existencia de prácticas contrarias á LDC, sen que exista ningunha achega adicional que permita aclarar a cuestión relativa á comprobación dos feitos denunciados.

QUINTO.- É certo, como sinala o Servizo, que non pode afirmarse que se producira unha violación do artigo 6 LDC, relativo ao abuso de posición de dominio, pois, tal como queda acreditado no expediente incoado, Sisley non ocupa unha posición de dominio no mercado de alta perfumería e cosmética de luxo. Mesmo na hipótese máis estreita, que identifica un hipotético mercado de

produtos de cosmética e perfumería da gama máis alta, como pretende o recorrente, as cifras achegadas polas partes non permiten concluír que Sisley ocupe unha posición de dominio.

SEXTO.- Tamén coincide este Tribunal co SGDC en considerar que non se produce no presente caso unha contravención do artigo 7 LDC, referente aos actos de competencia desleal que distorsionan gravemente as condicións de competencia no mercado e que afectan ao interese público, dado que a conduta denunciada non constitúe un acto de competencia desleal nin se produce afectación do interese público no grao que require a aplicación desta figura xurídica no campo do dereito da competencia.

SÉTIMO.- Porén, a revisión da conduta denunciada en sede do artigo 1 LDC esixe, en opinión deste Tribunal, unha consideración máis detida.

O SGDC argumenta que para que se poida falar dun ilícito prohibido polo artigo 1 LDC debe existir “colusión”, é dicir, un pacto, expreso ou tácito, que esixe pluralidade de partes. Dado que neste caso o Servizo non aprecia indicios de acordos de Sisley con outras empresas, chega a conclusión de que non se trata dunha conduta contraria ao citado artigo 1 LDC.

Sen embargo, en opinión deste Tribunal, a conduta denunciada debe analizarse tendo en conta que Sisley utiliza para a súa distribución comercial un sistema de distribución selectiva, amparado en principio polo Regulamento (CE) nº. 2790/99, do 22 de decembro, relativo á aplicación do apartado 3 do artigo 81 do Tratado CE a determinadas categorías de acordos verticais e prácticas concertadas, trasposto ao ordenamento español polo

Real Decreto 378/2003, relativo ás exencións por categorías, autorización singular e rexistro da competencia.

É certo, como sinala Sisley nas súas alegacións, que a distribución selectiva de carácter puramente cualitativo queda fora do apartado 1 do artigo 81 por ausencia de efectos anticompetitivos e, por tanto, tamén debe entenderse inocua para o artigo 1 LDC, sempre e cando se respecten os tres principios que se sinalan nas Directrices relativas ás Restriccións Verticais (Comunicación da Comisión 2000/C 291/01) de necesidade, proporcionalidade e non discriminación, amplamente reiterados tamén nas resolucións do extinto Tribunal de Defensa da Competencia.

A empresa denunciada argumenta que aínda no suposto de incumprimento do criterio de non discriminación, a actuación de Sisley estaría amparada polo disposto no Regulamento (CE) 2790/99, dado que o sistema de distribución selectivo que sigue constitúe un acordo vertical por parte dunha empresa que ten unha cuota de mercado inferior ao 30 por cento, de modo que se aplica plenamente o disposto nos artigos 2 e 3 do mencionado Regulamento, referentes á exención de ditos acordos verticais das prohibicións do apartado 1 do artigo 81 TR.

Ora ben, este Tribunal considera que, no suposto de que os feitos denunciados fosen certos e se demostrase, en consecuencia, que Sisley actuou de modo discriminatorio con Maryan Perfumerías, habería que analizar a conducta da denunciada dende a perspectiva da súa intencionalidade para proceder de tal modo e dos efectos buscados coa hipotética exclusión de Maryan

Perfumerías da súa cadea de distribución, así como a aptitude desa conduta para causar unha restricción no mercado, a fin de constatar se os feitos denunciados constitúen ou non unha práctica que puidese asociarse ao contemplado no artigo 4 do Regulamento (CE) 2790/99, que regula as causas de non aplicación da exención sobre acordos verticais, en particular no disposto no seu apartado a), tendo en conta que a firma Maryan Perfumerías segue unha política propia de prezos de venda ao público e practica descontos substanciais nos produtos que comercializa.

Trataríase, polo tanto, baixo o suposto da confirmación dos feitos denunciados, dun indicio referente a unha conduta hipoteticamente colusoria que requiriría examinar o sistema de distribución selectiva de Sisley á luz do obxecto de tal conduta e dos seus efectos posibles no mercado. As Directrices da Comisión relativas a Restriccións Verticais sinalan no parágrafo (103) que entre as consecuencias negativas que se poden derivar das restriccións verticais, que son, precisamente, as que pretenden evitarse a través da aplicación das normas de competencia, figura a redución da competencia intramarca entre distribuidores da mesma marca e a redución da competencia intermarca entre as empresas que operan no mesmo mercado de produto. Así mesmo, no parágrafo (187) a Comisión chama a atención sobre a necesidade de analizar de modo especial os efectos de posibles restriccións anticompetitivas cando a perda de competencia intramarca se asocia con situacións en que a competencia intermarca é limitada, como sucede, por exemplo, cando existe coincidencia de varios fabricantes ou maioristas que utilizan o canal de distribución selectiva, como ocorre, en efecto,

no mercado de perfumería e cosmética de luxo. Ademais, tal como indican as citadas Directrices no seu parágrafo (188), o sistema de distribución selectiva plantea un risco notable de exclusión de distribuidores eficaces, o que o *“converte nun sistema particularmente idóneo para evitar a presión á baixa sobre as marxes do fabricante por parte dos almacéns de desconto”*.

OITAVO.- En vista do anterior, este Tribunal considera que resulta perentorio analizar a veracidade dos feitos denunciados como base para pronunciarse cabalmente sobre este expediente, confirmando o disposto na súa Resolución anterior sobre este asunto.

Para poder chegar a unha conclusión definitiva sobre este extremo, tras analizar a documentación que consta no expediente e á vista da conclusión do SGDC referida no Fundamento Cuarto anterior, o Tribunal decidiu practicar unha proba complementaria consistente na toma de declaración ao recorrente, facendo uso da prerrogativa que lle asiste para a realización de todo tipo de probas cando a información que figura no expediente non permite dispoñer dos elementos necesarios para fundar a resolución ou en calquera outra circunstancia en que sexa necesario para resolver debidamente, tal como acertadamente recoñece a propia empresa denunciada no seu escrito de alegacións de 10 de marzo de 2008, citando a Resolución do Tribunal de Defensa da Competencia R 362/99 Bacardí, Fundamento de Dereito 2.

NOVENO.- Entrando na análise dos feitos denunciados, o recorrente afirma que pode considerarse probado que existiu negativa de subministración por parte de Sisley a Maryan Perfumerías e que esa negativa se constata pola falta real de envío de produtos á denunciante transcorrido un longo período de tempo desde que a comezos de 2006 Maryan Perfumerías solicitara por escrito a distribución dos produtos da marca Sisley nas súas tendas.

Pola súa parte, Sisley non nega que non estea subministrando os seus produtos a Maryan Perfumerías. Por tanto, a ausencia de subministración por parte de Sisley a Maryan Perfumerías é un feito incontrovertido, que ámbalas partes recoñecen, aínda que para o recorrente é, sen máis, unha negativa de subministración, en canto para a denunciada suporía, no caso máis extremo, unha negativa a contratar e non unha negativa de subministración.

Ora ben, en opinión deste Tribunal, o que hai que analizar é a causa desa ausencia de relación comercial entre ámbalas firmas e se pode considerarse ou non que Sisley actuou de modo discriminatorio con Maryan Perfumerías.

Para aclarar eses aspectos é necesario determinar, en primeiro lugar, se Sisley seguiu neste caso o procedemento que pode considerarse habitual para a selección de distribuidores, de acordo coas prácticas xeralmente admitidas no sector; e, en segundo lugar, se a decisión de Sisley se axustou aos requisitos de selección en que basea a denunciada o seu sistema de distribución selectiva, que son os que aparecen no documento “Condiciones Generales de Venta”, dentro das marxes de discrecionalidade con que poden aplicarse eses requisitos, ou se

a decisión ou ausencia de decisión se debeu a outros factores, entre os que puidera detectarse a aplicación de criterios discriminatorios.

De acordo coa información dispoñible, este Tribunal considera que non está probado que Sisley incumprira ningún dos aspectos sinalados no parágrafo anterior. Por unha parte, no referente ao procedemento seguido, non se pode dicir que Maryan Perfumerías se apartara de modo significativo do procedemento que pode considerarse normal para responder á solicitude dun distribuidor retalista, dado que Maryan Perfumerías recibiu a visita da representante de Sisley poucos días despois do envío do burofax de petición de incorporación á rede de distribución da denunciada.

Por outra parte, no tocante á aplicación dos requisitos de selección, tampouco pode afirmarse que Sisley actuara de modo discriminatorio, pois para poder aplicar eses requisitos é condición necesaria e indispensable dispoñer de información suficiente sobre as características dos puntos de venda do distribuidor retalista solicitante, sen que se demostrase de modo certo pola denunciante que a falta de envío desa información de Maryan Perfumerías a Sisley fose responsabilidade desta última.

Á vista da información analizada, este Tribunal considera que existen dúbidas razoables que impiden chegar á conclusión de que houbera vontade por parte de Sisley España, S.A. de excluír intencionadamente a Maryan Perfumerías da súa cadea de distribuidores con fins contrarios ás normas de competencia. O Tribunal estima que non existen probas firmes que demostren,

por unha parte, que Sisley España, S.A. excluíu da súa cadea de distribución a Maryan Perfumerías de xeito discriminatorio, non axeitadas ao documento “Condiciones Generales de Venta”, que é o documento de referencia que utiliza Sisley para a selección e contratación dos seus distribuidores; e, por outra parte, que esa exclusión se fixera con fins restrictivos da competencia efectiva no mercado, de maneira que, en aplicación do principio *in dubio pro reo*, procede desestimar o recurso interposto e confirmar o Acordo de sobresemento do Servizo de 21 de agosto de 2007.

A conclusión anterior remite en última instancia á aplicación no réxime administrativo sancionador do mesmo principio que rexe na orde penal referente ao dereito á presunción de inocencia consagrado no artigo 24.2 da Constitución, reiterado amplamente polo Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo en numerosas sentenzas (véxanse entre outras as SSTC números 13/1992, 137/1988 e 68/1998), de xeito que ninguén pode ser condenado ou sancionado sen a existencia de probas de cargo legalmente establecidas e suficientemente contrastadas.

En consecuencia, vistos os preceptos legais e os demais de xeneral aplicación, o Tribunal

RESOLVEU

ÚNICO.- Desestimar o recurso interposto por D. A. F. L., en nome e representación de Maryan Perfumerías S.L., contra o Acordo de sobreseimiento do expediente 11/2006, do Servizo, con arquivo das actuacións, adoptado o 21 de agosto de 2007, incoado en virtude da denuncia formulada polo recorrente contra Produtos de Belleza Sisley España, S.A. por presuntas prácticas contrarias á Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia.

Comuníquese esta resolución ao SGDC e notifíquese aos interesados, facéndolles saber que contra a mesma non cabe recurso algún en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses a partir da data de notificación desta resolución.