

## **RESOLUCIÓN (EXP. S/DC/0570/15 APROVISIONAMIENTO DIA/EROSKI)**

### **Presidente**

D. José María Marín Quemada

### **Consejeros**

D. Josep Maria Guinart Solà  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz  
D. Benigno Valdés Díaz

### **Secretario**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de septiembre de 2016

La SALA de COMPETENCIA de la CNMC, con la composición *ut supra*, ha dictado la presente *Resolución* en el Expediente de referencia.

Ha sido designado Consejero Responsable D. Benigno Valdés Díaz.

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 24 de junio de 2015 la Dirección de Competencia (DC) de la CNMC tuvo conocimiento a través de información publicada en diversos medios de comunicación (*Folios 3 a 8 del Exp.*) del acuerdo de cooperación firmado entre *DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. (DIA)* y *EROSKI S. COOP. (EROSKI)* para negociar conjuntamente con grandes proveedores.

**SEGUNDO.-** El 3 de julio de 2015, y con el fin de valorar el contenido del mencionado acuerdo, la DC remitió requerimiento de información a *DIA* y a *EROSKI* (*Folios 9 a 13 y 14 a 18*). La DC recibió respuestas el 23 del mismo mes (*folios **confidenciales** 169 a 319 y folios 320 a 328*, para el caso de *DIA*; y *folios **confidenciales** 33 a 157 y folios 158 a 165* para el de *EROSKI*).

**TERCERO.-** Sobre la base de la información facilitada en esas respuestas, la DC realizó, entre el 5 de octubre y 5 de noviembre de 2015, requerimientos de información a algunos de los proveedores incluidos en el mencionado acuerdo (*folios 329 a 440*). Tales requerimientos fueron respondidos entre el 16 de octubre y 7 de diciembre de 2015.

**CUARTO.-** El 22 de octubre de 2015 la DC realizó un nuevo requerimiento de información a *DIA* y a *EROSKI*, que fue respondido por *DIA* el 3 de noviembre de

2015 (*folios confidenciales 1882 a 1883 y folios 1884 a 1885*) y por EROSKI el 5 de noviembre de 2015 (*folios confidenciales 1890 a 1891 y folios 1892 a 1893*).

**QUINTO.-** El 25 de noviembre de 2015 se presentó ante DC escrito de FIAB (Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas) y PROMARCA (Asociación Española de Productos de Marca) en el que se denuncian posibles conductas constitutivas de infracción de lo dispuesto en los Arts. 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por parte de DIA y EROSKI en relación con el citado acuerdo de cooperación, y se solicita la adopción de medidas cautelares al amparo del Art. 54 de la LDC (*folios 1934 a 1994*).

Las denunciantes consideran que determinadas cláusulas del acuerdo incurren en algunas de las conductas prohibidas por el Art. 1 de la LDC, en particular: fijación de precios (Art. 1.1.a), limitación de las inversiones en innovación o promoción (Art. 1.1.b), obligación de aplicación de condiciones semejantes a prestaciones diferentes (Art. 1.1. c) y subordinación de la celebración de contratos con ambos a la aceptación de pagos y condiciones comerciales que no guardan relación con el acuerdo de suministro con cada distribuidor (Art. 1.1.e). Junto a ello, la denuncia considera que la aplicación del acuerdo daría lugar a conductas que podrían considerarse un abuso de posición de dominio contrario al Art. 2 de la LDC, así como infracción de lo previsto en el Art. 3 de la LDC en conexión con los Arts. 15, 16.2 y 16.3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE 10 de 11 de enero).

**SEXTO.-** El 27 de enero de 2016 la DC realizó un nuevo requerimiento de información a DIA y a EROSKI (*folios 2078 y 2083*) respondido por DIA el 8 de febrero (*folios confidenciales 2114 a 2118 y folios 2119 a 2120*) y por EROSKI el día 10 de febrero (*folios confidenciales 2121 a 2123 y folios 2124 a 2127*).

**SÉPTIMO.-** El 6 de abril de 2016 tuvo entrada en la DC escrito de DIA (*folios confidenciales 2140 a 2158 y folios 2159 a 2161*) comunicando **(i)** la introducción en el ámbito de aplicación del acuerdo de nuevos aspectos de la relación vertical entre DIA y EROSKI y los proveedores, y **(ii)** la ampliación de los proveedores afectados por el acuerdo. El 8 de abril de 2016, la DC solicitó a DIA aclaración sobre la mencionada modificación (*folios 2166 a 2168*).

El 8 de abril de 2016 tuvo entrada en la DC escrito de EROSKI (*folios confidenciales 2173 a 2189 y folios 2171 a 2172*) comunicando **(i)** la introducción en el ámbito de aplicación del acuerdo de nuevos aspectos de la relación vertical entre DIA y EROSKI y los proveedores, y **(ii)** la ampliación de los proveedores afectados por el acuerdo. El 12 de abril de 2016, la DC solicitó a EROSKI aclaración sobre la mencionada modificación (*folios 2190 a 2192*).

Las respuestas a dichas aclaraciones tuvieron entrada en el registro de la CNMC el 18 de abril de 2016 (*folios confidenciales 2195 a 2197 y 2198 a 2200*, por parte de DIA; y *folios confidenciales 2201 a 2202 y 2203 a 2205*, por parte de EROSKI).

**OCTAVO.**- El 6 de mayo de 2016 tuvo entrada en la DC escrito de ampliación de la denuncia presentado por *FIAB* y *PROMARCA* (folios 2208 a 2247), en el que aportan nuevos elementos en apoyo de su pretensión.

**NOVENO.**- Con fecha 19 de mayo de 2016, la DC elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su propuesta de archivo de actuaciones.

**DÉCIMO.**- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 29 de septiembre de 2016.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.- LAS PARTES INTERVINIENTES.** Son parte en el *Expediente*, como **denunciantes**, la *Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB)* y la *Asociación Española de Productos de Marca (PROMARCA)*; y como **denunciadas**, la *Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A (DIA)* y *Eroski S. Cooperativa (EROSKI)*.

*FIAB* es una entidad creada en 1977 para representar a la industria española de alimentación y bebidas. Actualmente está integrada por casi medio centenar de asociaciones que agrupan a más de 5.000 empresas. *FIAB* defiende los intereses de las asociaciones adheridas en áreas como internacionalización, *I+D+i*, legislación y seguridad alimentaria, política agraria, medio ambiente, nutrición, formación, fiscalidad y comunicación en los ámbitos nacional, comunitario e internacional.

*PROMARCA* es una asociación creada en 1989 para defender los intereses de los fabricantes de marcas de alimentación, bebidas, droguería y perfumería de España. Su objetivo es comunicar los valores de las marcas y poner de manifiesto las tareas que desarrollan los fabricantes de marcas líderes de alimentación, bebidas, droguería y perfumería de España, así como informar sobre el peso que tiene la actividad de esas empresas en la economía del país.

*DIA* es una compañía internacional del sector de la distribución de alimentación, productos de hogar, belleza y salud. En la actualidad opera en España, Portugal, Brasil, Argentina y China. Su actividad principal es el comercio al por menor de bienes de consumo diario a través de autoservicios, propios o en régimen de franquicia (*DIA Market, DIA Maxi, La Plaza, DIA Fresh, Clarel, Max Descuento Cash&Carry, Cada día, Minipreço, Mais Perto* y *El Arbol*). En 2016 *DIA* cuenta, según datos de la propia empresa, con un total de 4.941 establecimientos en España y otros 2.777 en el resto del mundo (Argentina, Brasil, Portugal y China).

*EROSKI* es una sociedad cooperativa fundada en 1969, integrada en la Corporación Mondragón y dedicada a la distribución minorista. Su principal rama

de actividad es el sector de la alimentación, aunque también cuenta con tiendas de deportes (*Forum Sport*), de perfumería (*IF*), ópticas, agencias de viajes y de seguros. En el año 2015 la CNMC autorizó la adquisición por parte de *DIA* del control exclusivo sobre los activos vinculados a la explotación de 160 establecimientos comerciales de distribución minorista del grupo *EROSKI*. (Expediente C/0634/15 DIA/ EROSKI-Activos).

**SEGUNDO.-** Con arreglo a los precedentes nacionales y comunitarios existentes, el acuerdo está relacionado con los siguientes **mercados**:

**(i) El mercado de la distribución minorista de bienes de consumo diario en formato de libre servicio.** La actividad de distribución minorista de bienes de consumo diario consiste en la venta a consumidores finales de una serie más o menos diversificada de productos alimentarios y no alimentarios (droguería, perfumería, hogar, higiene, etcétera) de consumo diario, en locales de diversas características y superficies, como hipermercados, supermercados, autoservicios de proximidad, tiendas especializadas, tiendas tradicionales, mercados de abastos, estaciones de servicio.

Las autoridades de defensa de la competencia han venido considerando que este mercado, en el que estarían incluidas las diversas formas de venta minorista sin asistencia personalizada, constituye un mercado de producto distinto del de la venta de productos en formato tradicional (pequeñas superficies y atención personalizada) y del de la venta a través de establecimientos especializados, debido a la competencia asimétrica existente entre ellos.

Así, el mercado de la distribución minorista de productos de consumo diario en formato libre servicio estaría integrado por todas aquellas superficies de venta en las que es posible el suministro de todo tipo de bienes de consumo diario, alimentario y no alimentario, sin la intermediación de una persona encargada de servir a los clientes. En concreto, forman parte de este mercado los servicios de proximidad, las medianas superficies, las grandes superficies y las tiendas de descuento.

La dimensión geográfica de este mercado es local, limitándose al espacio geográfico al que resulta razonable desplazarse para efectuar una compra determinada. La delimitación exacta del ámbito local de este mercado debe realizarse caso por caso, partiendo de aquellos núcleos donde las empresas afectadas actúan, y teniendo en cuenta el tipo de superficie de venta y las características de su entorno.

En principio, parece apropiado un análisis territorial de mayor dimensión en el caso de localidades que poseen en su cercanía una gran superficie comercial y en aquéllas en las que parece probada la existencia de una dependencia comercial con otras poblaciones cercanas. También resulta lógica tal consideración en el caso de zonas residenciales, donde el uso del vehículo forma parte de la vida cotidiana de sus habitantes, al ser habituales los desplazamientos en coche para realizar la mayor parte de sus actividades.

No obstante, en ocasiones también se ha tomado en consideración la posible dimensión nacional del mercado debido a que debe atenderse especialmente al hecho de que las relaciones competitivas entre las grandes cadenas comerciales al por menor no se limitan a la competencia local, sino que existe una dimensión geográfica mucho más amplia. Esto se pone de manifiesto, por ejemplo, en el hecho de que, en el caso de las grandes cadenas al por menor, el surtido de mercancías se controla en gran medida de modo centralizado y, por lo tanto, al menos en cuanto al surtido básico, es idéntico en cada mercado local. La publicidad, por otra parte, también se efectúa a nivel nacional.

A escala local, el criterio utilizado para medir el *poder de mercado* es el de la superficie de los establecimientos. El estudio de impacto económico anexo al Acuerdo aquí analizado (*folios confidenciales 247 a 289*) no proporciona esta información municipio a municipio, si bien contiene un análisis del impacto desde una perspectiva global (*folio confidencial 253*):

- La actividad de las partes en el mercado de referencia se solapa en un total de [3.000-3500] municipios.
- El informe destaca que tan sólo en un total de [200-250] municipios (sin detallar), que supone el [0-10] % del total en que se solapa la actividad de las partes, se superan los límites establecidos en precedentes de la CNMC para la autorización de concentraciones:

(a) Contar con una cuota conjunta superior al 30%; (b) ser la adición de cuota inferior o igual a 5 puntos porcentuales y (c) ser la cuota de mercado combinada de los dos principales competidores igual o superior a la cuota combinada de las partes.

Si se toma en consideración la dimensión nacional del mercado, con arreglo a la información facilitada por las partes, y utilizando los criterios de asignación por tipo de establecimiento utilizados en precedentes nacionales, la cuota conjunta de *Eroski* y *DIA* atendiendo a la superficie ascendió en 2014 a [20-30] %. Si se atiende al volumen de ventas, la cuota conjunta ascendió en 2014 a [10-20] %. Según la información actualizada de *Kantar Worldpanel* en enero de 2016, la cuota de mercado conjunta a escala nacional en términos de valor asciende a un 14,1% (*DIA* 8,2% y *Eroski* 5,9%). Con arreglo a esa misma fuente, se observa una progresiva reducción de la citada cuota a lo largo del año 2015, pues al inicio del mismo (mes de Enero), ésta ascendía a un 15,1% (*DIA* 8,4%, *Eroski* 6,7%).

Por lo que se refiere a los competidores, según los datos de *Kantar Worldpanel* en enero de 2016 *Mercadona* contaba con una cuota del 21,9%; *Carrefour*, un 8,6%; *Lidl* un 3,8% y *Auchan* un 3,8% en términos de valor. Los seis principales operadores del mercado de la distribución minorista, por tanto, ostentan una cuota del 52,2% a escala nacional. Según los datos aportados en

el informe económico anexo al *Acuerdo*, a escala nacional el índice HHI del mercado de distribución minorista se situó a inicios de 2015 en [ $< 1000$ ] (*Folio 280, confidencial*).

**(ii) El mercado ascendente del aprovisionamiento de bienes de consumo diario.** Comprende la venta de bienes de consumo corriente por los propios productores. Los clientes son los distribuidores mayoristas y minoristas de esos productos.

Según se ha considerado en algunos precedentes relativos a este mercado (*C/0600/14 DIA/ GRUPO EL ÁRBOL* y asuntos comunitarios *M.991 PROMODES/CASINO* y *M.1087 PROMODES/SIMAGO*), desde el punto de vista de la demanda los productos o grupos de productos considerados no son sustitutivos entre sí, por lo que cada uno de ellos podría constituir un mercado diferente. Sin embargo, considerando la homogeneidad de la demanda, que no varía sustancialmente de un grupo de productos a otro, tanto la autoridad española de defensa de la competencia como la Comisión Europea han considerado que, en ciertos casos, bastaría con apreciar el poder de compra de las partes en relación con el conjunto de los bienes de consumo diario.

No obstante, en ciertos casos también se señala que es necesario proceder a una segmentación por productos, con el fin de analizar el poder de compra de las partes en cada uno de ellos y/o tomar en consideración la segmentación entre marcas de fabricante y marcas de distribuidor, atendiendo siempre a las características de los productos afectados.

La dimensión geográfica de este mercado es nacional, ya sea a través de una central de compras o mediante compras directas del grupo al que pertenecen las empresas.

Según la información facilitada por las partes, la cuota conjunta en este mercado es del [0-10] % (*Folios confidenciales 36 y 177*). Si se acepta la segmentación por productos utilizada en algunos precedentes y empleando la división en 7 categorías seguida en el informe económico anexo al *Acuerdo* puede observarse, de acuerdo con los datos aportados por *DIA* (*folio confidencial 178*), que las partes ostentan las siguientes cuotas: [CONFIDENCIAL].

**(iii) el mercado de la distribución cash&carry.** La distinción entre la distribución minorista de bienes de consumo diario y la distribución en formato *cash&carry* reside en que esta segunda modalidad de venta se dirige esencialmente a empresas y profesionales distintos de los consumidores finales. Por lo general, se exige algún tipo de identificación que acredite a los clientes como empresas o profesionales. La dimensión geográfica de este mercado es local o regional.

La cuota conjunta en este mercado, según la información aportada por las partes, se sitúa por debajo del [0-10] % (*folios confidenciales 36 y 180*).

### **TERCERO.- Objeto y vigencia del Acuerdo.**

El objetivo del acuerdo firmado entre DIA y EROSKI, es incrementar la competitividad de las partes por medio de negociaciones conjuntas con los proveedores y de este modo obtener una mejora en las condiciones de compra respectivas. El acuerdo fue firmado el 24 de junio de 2015, con duración inicial [no superior a 5 años] años a contar desde la fecha de firma, y con la posibilidad de prórrogas anuales automáticas de forma indefinida hasta que cualquiera de las Partes inste su terminación. El acuerdo prevé la adhesión de nuevos socios, si bien tomando en consideración las implicaciones que ello podría tener en materia de competencia (*cláusula 13.1.4*).

Los proveedores afectados por el *Acuerdo* son los que aparecen listados en el *Anexo 5.1 del Acuerdo (folios 2149 y 2150, por parte de DIA; y folios 2178 y 2179, por parte de Eroski)*: [CONFIDENCIAL]

Los proveedores pertenecen a un diverso elenco de segmentos de productos de gran consumo, con exclusión de los productos frescos tradicionales y los pequeños productores locales de proximidad.

### **CUARTO.- Funcionamiento del Acuerdo. [CONFIDENCIAL]**

**(a) Determinación del volumen global de ahorro [CONFIDENCIAL]**, las partes no intercambiarán información entre ellas, sino que la transmitirán a un tercero, denominado *el Consultor* [CONFIDENCIAL], el Consultor partirá de la información proporcionada por las Partes en relación a dos conceptos:

- [CONFIDENCIAL]
- [CONFIDENCIAL]

[CONFIDENCIAL]

**(b) Negociaciones conjuntas con los proveedores.[CONFIDENCIAL]**

El acuerdo recoge distintas cláusulas para garantizar la estanqueidad de la información:

- La misma existencia del *Consultor* actúa como filtro en los intercambios de información entre las Partes [CONFIDENCIAL]

- Configuración por el *Consultor* de un [CONFIDENCIAL] con el fin de garantizar que los datos facilitados se mantienen en la más estricta confidencialidad [CONFIDENCIAL]
- [CONFIDENCIAL] a través de dos negociadores por cada parte, y sometimiento de los mismos a un específico compromiso de confidencialidad [CONFIDENCIAL]
- [CONFIDENCIAL], obligándose los negociadores a informar a los representantes del [CONFIDENCIAL] al comienzo de cada sesión de que no están autorizados a tratar ninguna otra cuestión en presencia de la otra Parte [CONFIDENCIAL]

**(c) Negociaciones bilaterales.** [CONFIDENCIAL], en el propio *Acuerdo* se manifiesta que no son de su objeto el intercambio de información que vulnere las normas de defensa de la competencia, [CONFIDENCIAL]

**(d) Evaluación del acuerdo.** [CONFIDENCIAL]

## ANÁLISIS ECONÓMICO-JURÍDICO DEL ACUERDO

**PRIMERO.-** La **denuncia** plantea que el *Acuerdo* aquí considerado incurre en las siguientes conductas prohibidas por el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la Competencia (LDC): (i) fijación de los precios que ambos distribuidores pagan a sus proveedores, del precio de los servicios que ambos distribuidores ofrecen a sus proveedores para incrementar las ventas de sus productos y los P.V.P. de los productos afectados por el acuerdo (Artículo 1.1.a); (ii) limitación de las inversiones que los proveedores pueden desarrollar para mejorar sus productos (innovación) o promocionar sus ventas como consecuencia de las exigencias de mayores pagos comerciales y la oferta de menores contraprestaciones/servicios (artículo 1.1.b); (iii) obligación a los proveedores de aplicar en sus relaciones comerciales con ambos las mismas condiciones para prestaciones diferentes (ambos distribuidores son muy diferentes en términos de volumen de compra, presencia geográfica, plataformas logísticas, etc.) (Artículo 1.1.d); y (iv) subordinación de la celebración de contratos con ambos a la aceptación de unos pagos comerciales y unas condiciones comerciales que no guardan relación con el acuerdo de suministro con cada distribuidor (Artículo 1.1.e).

Con el objeto de evaluar los efectos sobre la competencia del citado *Acuerdo*, tomaremos como referencia el esquema de análisis propuesto por las «*Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*» (Diario Oficial C 11 de 14.1.201. En adelante, las *Directrices*), en particular en sus párrafos 209 y siguientes.



Con carácter preliminar, es importante tener en cuenta que no cabe considerar que el *Acuerdo* aquí analizado tenga por objeto la restricción de la competencia (Párrafo 205 de las *Directrices*), y por tanto debe procederse al análisis de sus efectos en los términos previstos en el Párrafo 207: «*Los arreglos de compra conjunta que no restringen la competencia por el objeto deben analizarse en su contexto jurídico y económico teniendo en cuenta sus efectos reales y probables sobre la competencia. El análisis de los efectos restrictivos de la competencia generados por un arreglo de compra conjunta debe incluir los efectos negativos en los mercados tanto de la compra como de la venta*».

**(a) Mercado de distribución minorista.** El apartado 201 de las *Directrices* establece que «*en caso de que las partes tengan un grado considerable de poder de mercado (que no necesariamente tiene que ser equivalente a una posición dominante) en el mercado de la venta, es probable que los menores precios de compra logrados gracias al arreglo de compra conjunta no beneficien a los consumidores*».

El análisis del informe económico anexo al *Acuerdo* para tratar de demostrar la ausencia de poder mercado en la gran mayoría de municipios afectados por él, emplea la metodología utilizada por la *CNMC* para el control de concentraciones. No obstante, al tratarse de un acuerdo entre dos empresas y no de una operación de concentración, el análisis debe realizarse a la luz de los criterios establecidos en el párrafo 208 de las *Directrices*, según el cual «*no es probable que exista poder de mercado si las partes del arreglo de compra conjunta tienen una cuota de mercado conjunta que no excede del 15 % en los mercados de compra y además una cuota de mercado conjunta que no excede del 15 % en los mercados de venta*».

El citado informe económico indica que en el [40-50] % de los municipios en que se solapa la actividad de distribución minorista de bienes de consumo diario de las partes, éstas cuentan con una cuota de mercado superior al 15%, superando por tanto el umbral establecido en el citado párrafo 208. Así, en función de la cuota de mercado ostentada en cada municipio por las partes de forma conjunta, los municipios en que ambas se hallan presentes se pueden clasificar del modo siguiente:

- En el [50-60] % de los municipios, la cuota conjunta se encuentra por debajo del 15%.
- En un [10-20] % de los municipios, la cuota conjunta se encuentra entre el 15 y el 30%.
- En un [30-40] % de los municipios la cuota conjunta supera el 30%.

No se cuenta con más detalles acerca de los municipios afectados o sobre el grado de concentración existente en ellos. En cualquier caso, la superación de cuota del 15% en cuota, como dice el citado Párrafo 209, no indica automáticamente que el *Acuerdo* produzca efectos restrictivos de la competencia, aunque sí hace necesario evaluar sus efectos en el mercado,

«abarcando, entre otros, factores tales como la concentración del mercado y el posible poder de negociación de los proveedores fuertes».

A escala nacional, el informe económico anexo al *Acuerdo* revela que el índice HHI del mercado de distribución minorista se situó a inicios de 2015 en [700-800] (*Folio confidencial 280*), lo que con arreglo a los criterios de la Comisión Europea se encuentra por debajo del umbral a partir del cual se considera que pueden plantearse riesgos para la competencia. (El apartado 19 de las *Directrices* sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al *Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, Diario Oficial C 31 de 5 de Febrero de 2004, menciona que «es improbable que la Comisión detecte problemas de competencia horizontal en un mercado que después de la concentración tenga un IHH inferior a 1000. En general, no es necesario proceder a un análisis pormenorizado de este tipo de mercados»).

Junto a ello, en su escrito las denunciadas exponen el riesgo que para la competencia supone el establecimiento de una cláusula de cliente más favorecido como la que de facto viene a suponer el *Acuerdo*. Ello coincide con la opinión de cuatro de los proveedores requeridos ([...]), que consideran que se obliga a los proveedores a compensar a aquella de las partes que viniera disfrutando de unas condiciones menos ventajosas en relación con cada categoría de productos. Ello podría, según la denuncia, facilitar el alineamiento de precios y la coordinación indirecta entre los distribuidores. Tales cláusulas podrían presentar riesgos para la competencia si se adoptaran en presencia de un alto grado de concentración del mercado, pero eso no ocurre en el presente caso (*CNC: Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*, 2011, p. 106-107).

Por último, es necesario tener en cuenta que un intercambio de información como el previsto en el *Acuerdo* puede, en determinadas circunstancias, presentar riesgos para la competencia (Párrafo 58 de las *Directrices*). No obstante, se debe considerar la posibilidad de que los mecanismos de salvaguarda previstos por el *Acuerdo* puedan evitar que el intercambio de información lleve a resultados colusorios. A priori, la información que reciben las partes es agregada y, en teoría, si bien la información que las partes remiten al consultor sí puede tener la calificación de estratégica, los mecanismos previstos en el acuerdo garantizan la estanciedad, de manera que no se produzca el trasvase de información entre las partes.

**(b) Mercado de aprovisionamiento.** Tal como señalan las *Directrices* (Párrafo 202) y la denuncia (*folios 1936 a 1944*), uno de los riesgos que puede plantear este tipo de acuerdos es que un excesivo poder de mercado en el lado de la demanda (compras) induzca a los proveedores a reducir la gama o la calidad de los productos, así como la inversión en el lanzamiento de innovaciones. No obstante, estudios recientes señalan que no existen evidencias que permitan establecer una vinculación directa entre el incremento del poder de compra de los distribuidores y una eventual reducción de la innovación y variedad de los productos a disposición de los consumidores [*vid.*, a este

respecto, COMISIÓN EUROPEA, 2014: *El impacto económico de la nueva distribución sobre la variedad e innovación en el sector alimentario en la UE. Informe final (The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector. Final Report)* p.33, disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/publications/KD0214955ENN.pdf>; AUTORIDAD BRITÁNICA DE MERCADOS Y COMPETENCIA (COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY), 2008: *Estudio de mercado sobre el abastecimiento de productos de alimentación en el Reino Unido («The Supply of groceries in the UK market investigation»)*, párrafo 9.29 «la innovación en la oferta de productos es difícil de medir, y existen otros factores más allá del poder de distribución de los minoristas que pueden afectar a la tendencia de los productores a invertir e innovar», disponible en: <http://www.ias.org.uk/uploads/pdf/Price%20docs/538.pdf>.]

El umbral establecido por las *Directrices* a partir del que se considera que el poder de mercado de las partes puede plantear riesgos para la competencia es el 15% (Párrafo 208). No obstante, según lo expuesto anteriormente, en este *Acuerdo* las partes sólo cuentan con una cuota conjunta superior a dicho umbral en el segmento de [CONFIDENCIAL] con un [10-20] %.

**(c) Mercado de la distribución cash&carry.** La Sala considera que el *Acuerdo* no plantea riesgos para la competencia en este mercado al ser la cuota conjunta a escala nacional inferior al [0-10] %, según la información aportada por las partes en el *Acuerdo* (folios **confidenciales** 36 y 180).

**(d) Conclusión.** Con arreglo al Párrafo 208 de las *Directrices*, «no es probable que exista poder de mercado si las partes del arreglo de compra conjunta tienen una cuota de mercado conjunta que no excede del 15 % en los mercados de compra y además una cuota de mercado conjunta que no excede del 15 % en los mercados de venta». Sobre esa base, esta SALA entiende que el poder de mercado ostentado por *DIA* y *Eroski* de forma conjunta, tanto en el mercado ascendente como en el descendente, no es lo suficientemente elevado como para que el *Acuerdo* plantee riesgos para la competencia. De hecho, en el momento presente *DIA* y *Eroski* sólo han podido aplicar este *Acuerdo* de colaboración con un número de proveedores que supone menos de la mitad de los 40 proveedores inicialmente incluidos en el ámbito de la negociación conjunta (folio 2204).

Si bien es cierto que en determinados municipios las partes pueden ostentar una cuota de mercado conjunta en el mercado de distribución minorista que supera levemente el límite del 15% previsto por las *Directrices*, y a partir del cual se aconseja evaluar los efectos del *Acuerdo* sobre el entorno competitivo del mercado (párrafo 209 de las *Directrices*), hay que tener en cuenta que, de según la información aportada, la cuota de mercado conjunta ostentada por *DIA* y *Eroski* en el mercado de aprovisionamiento asciende a escala nacional a un [0-10] %. En los distintos segmentos afectados, la cuota conjunta se mantiene siempre por debajo del citado umbral del 15%, con una sola excepción en uno de ellos, donde levemente se supera ese valor. Por ello, cabe afirmar, a la luz de la información aportada, que el poder de negociación que los proveedores mantienen sigue siendo suficiente para contrarrestar el refuerzo del poder de compra por parte de *DIA* y *Eroski*.

En adición a ello, en el momento presente la CNMC no tiene constancia de la existencia de acuerdos similares al concluido por *DIA* y *Eroski* que pudieran, cumulativamente, suponer un refuerzo de la concentración del poder de compra en el mercado de aprovisionamiento de bienes [En línea con el análisis propuesto en el Párrafo 211 de las *Directrices*. Sin perjuicio de la existencia de centrales de compra como *EUROMADI* o *IFA*, no le consta a esta SALA de COMPETENCIA la existencia en España una red de acuerdos como la que se ha desarrollado en Francia entre 6 de los principales operadores del mercado de la distribución minorista, y que motivó el citado informe. En particular, los acuerdos agrupan a *INTERMARCHÉ/CASINO* (cuota de mercado conjunta en el mercado de distribución minoristas: 25,7%); *CARREFOUR/CORA* (24,4%) y *SYSTÈME U/AUCHAN* (20,4%)].

Desde el punto de vista de la relación vertical entre *DIA* y *Eroski*, por un lado, y los respectivos proveedores, por otro, y de acuerdo al esquema de análisis propuesto en el apartado 196 de las *Directrices*, la cuota de mercado conjunta de *DIA* y *Eroski* en el mercado de aprovisionamiento de bienes quedaría cubierta por la exención prevista en el *Reglamento UE nº 330/2010* de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del Artículo 101, Apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (*Diario Oficial* L 102, de 23 de abril de 2010). En su Artículo 3, establece que la exención prevista en el Artículo 2 se aplicará siempre que «*la parte del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la parte del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales*». Con independencia de la cuota de mercado de cada uno de los proveedores afectados, en ninguno de los segmentos que integraría el mercado de aprovisionamiento se supera ese umbral conjuntamente por parte de *DIA* y *Eroski*.

Se debe destacar, igualmente, la mención *in fine* del Párrafo 208 de las *Directrices*: «*si las cuotas de mercado conjuntas de las partes no exceden del 15% tanto en el mercado de las compras como en el de las ventas, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3*», que viene a poner de manifiesto los eventuales efectos positivos para la competencia de este tipo de acuerdos (como precios de compra más bajos o reducción de los costes de transacción), en unas determinadas condiciones de mercado como las que se dan en el presente caso. También se debe señalar el impacto, destacado en el Párrafo 208 de las *Directrices*, que este tipo de acuerdos puede tener sobre el fomento de la innovación o el incremento de la diversidad de productos ofertados por los proveedores.

Por todo ello, esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC considera que el *Acuerdo* analizado no constituye una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el Artículo 1 de la LDC.

**SEGUNDO.-** La **denuncia** considera que las exigencias realizadas a los proveedores en el marco del *Acuerdo* pueden constituir un abuso de posición de dominante prohibido por el artículo 2 de la LDC. Sin entrar a valorar el supuesto

carácter abusivo de las conductas denunciadas, hay que tener en cuenta que la aplicación del citado artículo exige, necesariamente, la acreditación de la existencia de posición de dominio, entendiéndose por tal «*la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes, y, finalmente, los consumidores*» (Párrafo 10 de las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (2009/C 45/02, DOUE C/45 de 24 de febrero de 2009).

Si bien son numerosos los factores que pueden incidir en la constitución de una situación de dominio, la propia Comisión expone en sus *Orientaciones* (Párrafo 14), que es improbable que exista «*si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia es inferior al 40%*». A la luz de los datos antes expuestos al describir el poder de mercado de las denunciadas, esta SALA considera que no se da posición de dominio habida cuenta, principalmente, de las cuotas de mercado y del entorno competitivo existente en el mercado nacional; y como ha manifestado el Consejo de la extinta CNC (S/0165/09 *GRAN DISTRIBUCIÓN GALICIA*), al no quedar acreditada la posición de dominio, individual o conjunta, no es posible que la conducta denunciada pueda constituir una infracción de abuso de la posición dominante según Artículo 2 de la LDC.

**TERCERO.**- La ***denuncia*** considera que las conductas aquí analizadas son constitutivas de una infracción del Artículo 3 de la LDC en conexión con los Artículos 15, 16.2 y 16.3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de *Competencia Desleal* (BOE 10 de 11 de enero).

Ante una denuncia por infracción del Artículo 3 de la LDC, la atención de la CNMC debe dirigirse a la presencia de dos requisitos **conjuntamente**: falseamiento de la libre competencia y afectación al interés público (*Resolución del Consejo de la CNC de 15 de diciembre de 2011, Asunto S/0350/11 Asistencia en Carretera, folio 31*). Pues bien, esta SALA entiende que no existe una afectación a la competencia en los términos del Artículo 3 de la LDC. En particular, considera que los proveedores cuentan con un importante poder de negociación por la combinación de dos factores: (i) las cuotas de las partes del *Acuerdo* en el mercado de aprovisionamiento de bienes, y (ii) la competencia existente en el mercado de distribución minorista, que actuaría como factor de refuerzo de la posición negociadora de los proveedores, habida cuenta de la notoriedad de sus marcas, y que dificulta, por el propio interés de las firmantes del *Acuerdo*, una ruptura de las relaciones comerciales. Por todo ello, los proveedores cuentan con un poder de negociación suficiente para forzar el establecimiento de condiciones no restrictivas de la competencia.

En relación a un posible abuso de dependencia económica, el escrito de ampliación de la denuncia de fecha 6 de mayo de 2015 se apoya (*folio 2209*) en el razonamiento empleado por la Comisión en el expediente *Rewe/Meinl* (COMP/M.1221 *REWE/MEINL*), en el que se considera que a partir de un

determinado porcentaje de negocio de un proveedor con un determinado cliente puede resultar difícil o incluso imposible para aquél prescindir de este último y encontrar un cliente o canal de negocio alternativo. La Comisión Europea, no obstante, no fija un umbral concreto sino que se limita a mencionar el porcentaje del 22%, que es la media resultante de las respuestas facilitadas por los productores interpelados en el marco del Expediente de referencia. Por otra parte, la denuncia no aporta información alguna en relación al concreto volumen de negocio que los proveedores afectados por el *Acuerdo* entre *DIA* y *Eroski* pudieran mantener con las denunciadas. Finalmente, hay que tener en cuenta que el razonamiento de la Comisión Europea se realiza (i) en el marco de un procedimiento de control de una operación de concentración, que conduce a la fusión entre dos operadores relevantes en el marco de la distribución minorista, y (ii) en el marco de un escenario más que probable de constitución de una posición de dominio en los mercados relevantes como consecuencia de la citada operación de concentración, lo que elimina la posibilidad de aplicación del mismo en el presente expediente.

Por otra parte, en línea con precedentes de la CNMC (*S/DC/0524/14 LIDL*) y teniendo en cuenta lo argumentado en apartados anteriores, el *Acuerdo* es susceptible de generar efectos positivos para los consumidores, lo que reduciendo notablemente la posibilidad de incidir negativamente sobre el interés general, que constituiría el tercer requisito necesario para apreciar una infracción del Artículo 3 de la LDC.

En virtud de lo señalado, vistos los preceptos legales arriba mencionados y los demás de general aplicación, la **SALA**, en su Sesión del día 29 de septiembre de 2016,

### HA RESUELTO

**ÚNICO.-** Declarar la no incoación de procedimiento sancionador y proceder al archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por *FIAB* y *PROMARCA*, por considerar que en las acciones denunciadas no hay indicios de infracción la Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta *Resolución* a la Dirección de Competencia de la CNMC y notifíquese fehacientemente a las partes, haciéndoles saber que no cabe recurrir en esta vía previa administrativa, pudiendo hacerlo ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional, en el plazo de **DOS MESES** contados desde el día siguiente a la notificación.