

RESOLUCIÓN

(Expte. S/DC/0592/16 LABORATORIOS MARTÍ TORS)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep María Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García - Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 15 de diciembre de 2016

La SALA de COMPETENCIA de la CNMC, con la composición *ut supra*, ha dictado la presente *Resolución* en el **Expte. S/DC/0592/16 LABORATORIOS MARTÍ TORS**, instruido por la Dirección de Competencia (en adelante, DC) de la CNMC.

Ha sido Consejero Responsable D. Benigno Valdés Díaz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de julio de 2016, remitido por la Autoridad Vasca de Competencia (AVC) y de acuerdo con lo dispuesto en la *Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia*, se recibió en la Dirección de Competencia de la CNMC escrito de denuncia presentado el 25 de enero de 2016 por Dña. [XXX], farmacéutica y titular de una farmacia ubicada en San Sebastián, contra el laboratorio MARTÍ TOR IMPOMEDIC, S.L. (*folio 3*), por una presunta imposición de precios en determinados productos cosméticos –en concreto, las ampollas de proteoglicanos– y por la negativa de suministro a la denunciante en caso de no ajustarse a dichos precios. La denuncia se acompaña de las actuaciones llevadas a cabo por la AVC (*folios 7 a 87*).

SEGUNDO.- La Dirección de Competencia, con objeto de determinar si podía haber indicios de infracción en los hechos investigados, y si concurrían las

circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador, acordó llevar a cabo una información reservada bajo la referencia DP/0147/16.

En el seno de esta información reservada, con fecha 12 de septiembre de 2016 la Dirección de Competencia realizó un requerimiento de información al laboratorio denunciado, en el que se solicitaba información relativa a la actividad de la empresa, el mercado de producto y geográfico en el que opera y su sistema de distribución. Así mismo, se le requirió para que explicase su política de precios, su cuota de mercado y sus principales competidores (*folios 88 a 89*).

Con fecha 4 de octubre de 2016 tuvo entrada el escrito de respuesta del laboratorio denunciado (*folios 92 a 157*).

HECHOS ACREDITADOS

PRIMERO.- Son *parte* en este Expediente: como ***denunciante***, [XXX], titular de la farmacia Plaza Guipúzcoa, ubicada en San Sebastián; y como ***denunciada***, MARTI TOR IPOMEDIC, S.L. (MARTÍ TOR), empresa cuyo objeto social es la fabricación y venta de productos cosméticos y preparados con plantas medicinales, en particular productos de dermofarmacia distribuidos a través de mayoristas, clínicas y venta directa a una selección de farmacias. Comercializa sus productos en todo el territorio nacional bajo la marca registrada «Martí Derm La Fórmula» (*folio 93*).

SEGUNDO.- *El Mercado afectado.* MARTÍ TOR se halla activa en el sector del comercio al por mayor de productos de perfumería y cosmética (CNAE 4645). Por ello, la presunta conducta analizada afectaría al mercado de distribución minorista de productos de cosmética, en el canal farmacéutico y venta on-line.

De acuerdo con los precedentes nacionales (C-0102/08 NMAS1/MERCAPITAL/BEAUTY BELL, C/0486/12 DIA/SCHLECKER, N-0522 AVIATE/CADYSSA/IBEDROPER Y N-07049 IBERDROPER/JUTECO) y comunitarios (M.186 HENKEL/NOBEL, M.312 SANOFI/YVES SAINT LAURENT, M.1534 PINAULTPRINTemps-REDOUTE/GICCI, M.2951 A.S.WATSON/KRUIDVAT, M.3643 SEPHORA/EL CORTE INGLÉS/JV), referentes al sector de perfumería y cosmética, se distingue, en función de la gama del producto vendido, entre productos de lujo y productos de consumo de masas. Si bien ambos cumplen una función similar, en general no son intercambiables. La categoría de lujo incluye productos de alta calidad, relativamente caros y que se comercializan mediante una marca de prestigio. Por su parte, los productos de consumo de masas son más baratos y sencillos, y los supermercados son un canal de venta importante para ellos. Según la Comisión Europea, ambos mercados podrían segmentarse en categorías, como productos de maquillaje, tratamientos, perfumes para hombre y mujer, etc. La CE ha dejado abierta la definición geográfica de la distribución

minorista de los productos de perfumería y cosmética de lujo. No obstante, en precedentes mencionados ha considerado que el mercado es al menos nacional. Igualmente la venta on-line por Internet ha de considerarse, al menos, nacional.

El mercado de perfumería y cosmética de lujo «se caracteriza por la presencia de grandes empresas multinacionales, junto a las que coexisten pequeñas empresas muy especializadas y la distribución, por lo general, sigue las pautas de la distribución selectiva, con un alto grado de competencia, dada la existencia de un elevado número de oferentes» (S/0257/10 - NATURAL BISSÉ).

Respecto a la situación de *MARTÍ TOR* en el mercado, y según su propia información, el único dato del que se dispone respecto a su cuota de mercado es el facilitado por la empresa auditora *HMR*, que le sitúa en el puesto 14, con el [CONFIDENCIAL] del grupo de laboratorios que trabajan en el mercado de «Personal Care» (folio 96). Asimismo, señala como principales competidores en el mercado nacional a *SeSderma*, *Industrial Farmacéutica Cantabria (IFC)*, *ISDIN*, *Beiersdorf*, *PIERRE FABRE*, *Caudalie*, *Lierac*, *Bioderma*, *VICHY* y *La Roche Posay* (folio 96).

TERCERO.- *MARTÍ TOR* comercializa productos *dermocosméticos*, considerados dentro del grupo «selectivo». El canal de distribución es exclusivo de venta en farmacias, parafarmacias y, en algún caso concreto, perfumerías que incluyen la venta de productos de parafarmacia. Asimismo, vende sus productos a mayoristas y distribuidores exclusivos para suministrar al canal farmacia. El sistema de distribución no varía según el tipo de distribuidor, pero sí las condiciones comerciales, concesiones, materiales y herramientas que pone a disposición del cliente, en función del volumen de negocio y de la implicación con la marca. Es exactamente igual para todas las comunidades autónomas, salvo para Canarias por sus peculiaridades logísticas (folios 93 y 94). No existen ni contrato ni hojas de pedidos donde se plasmen las condiciones de contratación (folios 32 y 94).

Las conductas denunciadas se refieren a un producto concreto, las ampollas de «*Proteoglicanos*», pero en el correo fechado el 5 de noviembre de 2014 se aprecia similar pauta de actuación respecto de otros productos, como el «*Proteum*» y el «*Beauty and Go*» (folios 13 y 14).

Según el catálogo aportado por el propio *MARTÍ TOR* ante la AVC (folios 51 a 78), las ampollas de proteoglicanos constituyen un tratamiento corrector anti-arrugas que se presenta en dos versiones y con dos formatos: «*Proteoglicanos Ampollas*» en formatos de 10 (C.N. 248302.6) y 30 ampollas (C.N. 247379.9) y «*Proteoglicanos FPS Ampollas*» en formatos de 10 (C.N. 264259.1) y 30 ampollas (C.N. 264267.6). La denunciada también comercializa el producto «*Proteum serum*», un fluido anti-arrugas, reafirmante y antioxidante que se presenta en formato de 30 ml (CN. 173136.4) y el producto «*Beauty and Go*», un estuche que

contiene, a su vez, dos productos: una ampolla «*Photo Age*» y una ampolla «*Flash*», más dos muestras de regalo, todos ellos productos anti-edad. (C.N: 174024.3) (Folios 57, 60 y 61)

A requerimiento de la AVC, la denunciante facilitó listas de precios y correos electrónicos fechados entre abril de 2014 y febrero de 2016 enviados por la visita médica de *MARTÍ TOR*. A continuación, se extractan algunos de los citados correos (folios 7 a 25):

(i) Correo de 22 de abril de 2014: *"Adjunto la nueva tarifa de precios 2014/2015 que entra en vigor hoy martes 22 de abril. Te recuerdo que lo ideal es respetar los pvp recomendados ya que nuestros productos no son caros y tiene una inmejorable relación calidad/precio. Tan solo puedes venderlos hasta un 12% por debajo del pvp recomendado" (folio 19).*

(ii) Correo de 24 de abril de 2014, 13:40 horas: *"Me han bloqueado el pedido desde el Laboratorio porque estás vendiendo por la web con precios muy bajos. Esta tarde te paso por mail los precios mínimos de venta web para que lo actualices y así poder dar salida a tu pedido," (folio 17)*

(iii) Correo de 24 de abril de 2014, 20:18 horas (Asunto: RE: MARTIDERM PRECIOS MINIMOS DE VENTA EN WEBS): *"Adjunto fichero con los precios mínimos para vender en tu web. Son precios actualizados con las nuevas tarifas que entraron en vigor el pasado martes 22 de abril. Es muy importante respetar estos precios con el fin de que no se bloqueen y retrasen tus pedidos..." (Folio 15).*

(iv) Correo de 25 de abril de 2014 (Asunto: RE: MARTIDERM PRECIOS MINIMOS DE VENTA EN WEBS): *"Veo las ampollas de proteoglicanos a 31,80 euros. No observo los cambios que me dices en tu Web" (folio 2).*

(v) Correo de 5 de noviembre de 2014 (Asunto: RE: MARTIDERM PRECIOS MINIMOS DE VENTA AL PÚBLICO): *"Os envío un fichero que todos los clientes Martiderm habéis de cumplir para poner los precios de venta al público en los mínimos aceptables. [...] Voy a controlar rigurosamente los precios señalados en este plan ninguna en los meses señalados. Aquellas farmacias que no cumplan con estos requisitos dejarán de ser clientes de Martiderm. Todas las Farmacias de San Sebastián habéis recibido esta misma información en igualdad de condiciones. Las promociones puntuales que la Farmacia realice de Martiderm habrá de comunicármelo (fechas y condiciones de los descuentos). Os ruego que me confirméis la recepción de este mail y me responsáis con vuestro compromiso de cumplir con esta regularización de los precios" (folio 13).*

(vi) Correo de 2 de febrero de 2016: *"Ya están bien los precios Web? Para que desbloqueen el pedido" (folio 23).*

A requerimiento de la AVC, la denunciada, *MARTÍ TOR IMPOMEDIC, S.L.*, señaló que todos sus clientes reciben el catálogo de productos y la tarifa oficial que incluye el PVL o precio de coste al distribuidor y el PVP recomendado (folio 31).

En relación a la tabla en formato Excel que la denunciada denomina “*Precios referidos*” aparecen además del PVL, bajo la denominación PVP, tres columnas “Recom”, “Rec Min” y “Rec Web”, que harían referencia a un precio recomendado, a un precio recomendado mínimo y a un precio de venta en la Web, respectivamente, indicando el denunciado que son meras recomendaciones lícitas y que en ningún caso ha habido “*amenaza con no suministrar productos a cliente alguno, ni ha fijado precios de reventa*”. El resto de columnas se refieren a los márgenes comerciales que se obtendrían en caso de aplicar dichos precios y que, según el denunciado, utiliza a modo de “supuesto” para calcular las rentabilidades (folios 31 a 32 y 34).

En la contestación al requerimiento de información de fecha 12 de septiembre de 2016, el laboratorio denunciado señala lo siguiente: “*En nuestra tarifa de precios oficial se fija una tarifa de precios “recomendados”. Esta tarifa de precios recomendados “no es de obligada aplicación” (conscientes de que la legislación actual nos lo impide) y eso se podría verificar de una forma muy sencilla si se analizan los precios reales que hay hoy en día entre nuestros clientes. Esta medida es “exactamente igual” en todo el territorio nacional*” (folio 95), si bien a continuación se refiere a aquellos casos en los que sus clientes tratan de fijar precios “*muy por debajo de los recomendados*”, indicando lo siguiente (folio 95):

“*[...] defendemos los intereses de nuestros clientes frente a las actividades y acciones comerciales abusivas de otros clientes que, haciendo uso de su libertad comercial, incurren en técnicas excesivamente agresivas, como aplicar precios de venta muy por debajo de lo que recomendamos, [...]. Cuando nos hemos encontrado con algún caso de este tipo [...], «nunca hemos dejado de suministrar el producto que se nos haya querido comprar», pero sí lo hemos hecho con unas condiciones distintas [...]. Esta medida se adoptó después de reiterados avisos y negociaciones donde se expresaba nuestro malestar y la del resto del colectivo, y para lo que, por supuesto, obtuvimos caso omiso.*”

FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS

PRIMERO.- El objeto del presente expediente es determinar si *MARTÍ TOR* ha incurrido en una conducta prohibida mediante la fijación de precios recomendados, que han actuado como precios mínimos de reventa, infringiendo así el artículo 1 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* (LDC).

No existen ni contrato ni hojas de pedidos donde se plasmen las condiciones de contratación. No obstante, tras las investigaciones llevadas a cabo por la Dirección de Competencia ha quedado acreditada la imposición de precios mínimos de reventa al menos en los productos “Ampollas de Proteoglicanos”, “Proteun serum” y “Beauty and Go”. Igualmente queda acreditada la negativa a suministrar el producto hasta que no se cumplan las condiciones de precio (Vid. Hecho Acreditado TERCERO, Correos **(i)** y ss.), sin que las alegaciones del denunciado hayan podido desvirtuar este extremo.

SEGUNDO.- El artículo 1.1 de la LDC establece que *“se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio [...]”*.

Las relaciones entre las partes en el presente Expediente son, siguiendo lo dispuesto en el *Reglamento (UE) nº 330/2010*, de 20 de abril (DOUE de 23.04.10), de la Comisión Europea 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, de carácter vertical, puesto que tienen lugar entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de distribución y se refieren a las condiciones en las que pueden adquirir, vender o revender determinados bienes.

En su Art. 4, el *Real Decreto 261/2008*, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), considera como restricciones especialmente graves la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, la restricción del territorio o de la clientela a la que el comprador pueda vender los bienes contractuales y la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva.

Ahora bien, las consecuencias negativas para la competencia derivadas de tales restricciones dependen de su capacidad para reducir la competencia y facilitar la colusión, ya sea de manera explícita o tácita. En efecto, procede analizar el contexto jurídico y económico en el que se estaría produciendo esta fijación vertical de precios tal y como exige el Art. 3 del RDC, que excluye la aplicación de los artículos 1 a 3 de la LDC a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa la competencia.

El RDC en su Art. 2 exceptúa ciertas conductas de la aplicación de la exención de *minimis*, aun cuando por la cuota de mercado de las empresas intervinientes pudieran considerarse de menor importancia. Entre ellas, en el apartado a) del párrafo segundo de dicho artículo se incluye el establecimiento de

un precio de reventa fijo o mínimo al que haya de ajustarse el comprador. No obstante, dada la naturaleza vertical de esta conducta, su exclusión de la regla de *minimis* no impide su análisis individual para verificar la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia y, en su caso, para que las empresas puedan aportar sus alegaciones de eficiencia.

En este sentido, el Consejo de la extinta CNC, en su Resolución de 3 de diciembre de 2009 (Expte. S/0105/08 EL CORRAL DE LAS FLAMENCAS, Fundamento de Derecho Tercero) señala que

“...el artículo 5 de la Ley 15/2007 establece respecto a las Conductas de menor importancia lo siguiente: “Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado.

El Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) ha venido a establecer esos criterios para la delimitación de las conductas de minimis. En su artículo 1 delimita las conductas de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado. Entre otras, se incluyen entre ellas las conductas entre empresas que no sean competidoras, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada una no exceda del 15 por ciento en ninguno de los mercados relevantes afectados. El RDC en su artículo 2 exceptúa ciertas conductas de la aplicación de la exención de minimis, aun cuando por la cuota de mercado de las empresas intervinientes pudieran considerarse de menor importancia. Entre ellas, en el apartado a) del párrafo segundo de dicho artículo se incluye el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que haya de ajustarse el comprador. La normativa considera que la fijación de precios de carácter vertical es apta para causar un perjuicio a la competencia. Por ello, siguiendo de cerca a la Comunicación de Minimis de la Comisión Europea, el artículo 2 del RDC excluye este tipo de conducta del concepto de menor importancia por cuota, impidiendo su exención automática. Sin embargo, dada la naturaleza vertical de esta conducta, su exclusión de la regla de minimis –o de la exención en bloque a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (apartado 62 de las Directrices relativas a las restricciones verticales)- no impide su análisis individual para verificar la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia y, en su caso, para que las empresas puedan aportar sus alegaciones de eficiencia. El Consejo entiende que en aquellos casos en que la fijación de precios de reventa no tenga capacidad de afectar significativamente a la competencia en el mercado puede resultar de aplicación el artículo 3 del RDC que dice: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y a efectos de lo establecido en los artículos 5 y 53.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar no aplicables los artículos 1 a 3 de la citada Ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia».”

En el mismo sentido, la Resolución del Consejo de la extinta CNC de 17 de diciembre de 2010 (Expte. S/0257/10 NATURA BISSE INTERNACIONAL,

Fundamento de Derecho Segundo, doctrina reiterada en Expte. S/0417/12 MANTRA) establece lo siguiente:

“Respecto al análisis del artículo 1, procede seguir los fundamentos expuestos por el Consejo en la RCNC S/105/08 El Corral de las Flamencas. En dicha resolución se fundamentaba que si bien una conducta de fijación de precios está exenta de aplicación automática de la Regla de mínimos que se aplicaría por su cuota de mercado, dicha excepción no impide su análisis individual para apreciar la existencia o ausencia de efectos, y así en dicha Resolución, el Consejo se pronunció en los siguientes términos: “El Consejo entiende que en aquellos casos en que la fijación de precios de reventa no tenga capacidad para apreciar significativamente a la competencia en el mercado puede resultar de aplicación el artículo 3 del RDC que dice: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y a efectos de lo establecido en los artículos 5 y 53.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar no aplicables los artículos 1 a 3 de la citada ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia”.

Procede valorar si en este caso concreto es de aplicación la doctrina de *minimis* expuesta más arriba, analizando el contexto jurídico y económico en el que la conducta ha tenido lugar. En este sentido, si atendemos a las características del mercado de referencia, de naturaleza atomizada, con numerosos y relevantes competidores (Vid. Hecho Acreditado SEGUNDO), así como, a la concreta posición de la denunciada en el referido mercado, donde cuenta con una cuota de mercado poco significativa [CONFIDENCIAL] dentro del grupo de laboratorios que trabajan en el mercado de Personal Care (Vid., en ambos casos, Hecho Acreditado SEGUNDO), estos elementos restringen el impacto que la conducta denunciada pudiera llegar a tener en el mercado, limitando los efectos apreciables contrarios a la competencia, motivo por el cual se trataría de un caso adecuado para la aplicación de la doctrina antes citada que permite declarar la no aplicación de los artículos 1 a 3 de la LDC en aquellos casos en que la fijación de precios de reventa no tenga capacidad para afectar significativamente a la competencia.

No obstante lo anterior, la DC, y en ello concuerda esta SALA de COMPETENCIA, considera oportuno recordar a la denunciada, en respuesta a sus alegaciones relativas a los clientes que *“tratan de fijar precios muy por debajo de los recomendados”* (Vid. Hecho Acreditado TERCERO) que, aun cuando dichos clientes lleven a cabo una política agresiva en precios, la defensa de los intereses comerciales de la denunciada no justifica su intervención en la fijación del precio de los distribuidores, que deben gozar de plena libertad para su establecimiento. Y ello porque la recomendación de precios no puede convertirse en una fijación de precios mínimos de reventa y las medidas de presión desarrolladas para lograr el acatamiento de estos precios mínimos son contrarias a lo dispuesto en el Art. 1 de la LDC, sin perjuicio de que excepcionalmente, como sucede en el caso actual, el contexto jurídico-económico, justifique la no aplicación de dicho artículo. La libertad de precios

resulta un pilar esencial para el mantenimiento de la competencia en el mercado y redundando en beneficio de todos los operadores económicos y en especial de los consumidores, sin que exista justificación alguna para prácticas como las llevadas a cabo por la denunciada.

Por lo expuesto, aunque la fijación de precios constituye una infracción del artículo 1.1.a) de la LDC no parece que, teniendo en cuenta el contexto económico en el que se ha llevado a cabo, sea apta para afectar de manera significativa la competencia.

TERCERO.- A la vista de todo lo anterior, y de acuerdo con lo previsto en el Art. 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la DC propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones por considerar que no ha quedado acreditado, a la luz de la información obrante en el Expediente, que la fijación de precios mínimos de venta al público llevada a cabo por *MARTÍ TOR*, aun constituyendo una infracción tipificada en el Art. 1.1.a) de la LDC, sea apta para afectar de manera significativa a la competencia. Esta SALA de COMPETENCIA concuerda y hace suya la propuesta de la DC.

En virtud de todo lo señalado, vistos los preceptos legales arriba mencionados y los demás de general aplicación, esta **SALA de COMPETENCIA** de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, en su Sesión del día 15 de diciembre de 2016, y en relación con los hechos examinados en este *Expediente*,

HA RESUELTO

ÚNICO.- La no incoación de procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas en el Expediente que nos ocupa, por considerar que a la luz de la información obrante en el Expediente no ha quedado acreditado que la fijación de precios mínimos de venta al público llevada a cabo por *MARTÍ TOR*, sea apta para afectar de manera significativa a la competencia.

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