

## **RESOLUCIÓN**

### **(Expediente S/DC/0508/14 DIA, S.A)**

#### **Presidente**

D. José María Marín Quemada

#### **Consejeros**

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

#### **Secretario**

D. Tomás Suárez-Inclán González

Madrid, 10 de abril de 2014

La **SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición *ut supra*, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente Sancionador **S/DC/0508/14 DIA, S.A.**, instruido por la Dirección de Competencia de la CNMC. El mencionado Expediente tiene por objeto *determinar si las conductas de Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA, S.A.) denunciadas por ASAFRAS Afectados Franquicias Supermercados (ASAFRAS), y que más abajo se detallan, infringen la Ley de Defensa de la Competencia.*

Han sido ponentes los Consejeros D. Fernando Torremocha y García-Sáenz y D. Benigno Valdés Díaz.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de octubre de 2013, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de ASAFRAS Afectados Franquicias Supermercados (ASAFRAS) en el que denuncia a la Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA, S.A.) por abusos cometidos contra los franquiciados y que estarían prohibidos por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). En concreto, ASAFRAS denuncia las siguientes supuestas conductas de DIA S.A. en relación a sus franquiciados:

- (1) Obligación de aprovisionamiento exclusivo de DIA, S.A.
- (2) Imposición a los franquiciados de precios y de descuentos que reducen su margen de beneficio.
- (3) Trato discriminatorio frente a las propias tiendas de DIA, S.A.

- (4) Obligación de venta de artículos con márgenes negativos para las franquiciadas.
- (5) Cláusula de no competencia durante un año tras finalizar la vigencia del contrato de franquicia; y la prohibición de realizar prácticas comerciales activas fuera de la zona exclusiva (folios 5 a 88).

Asimismo, ASAFRAS denuncia otras cuestiones en relación con el propio contrato de franquicia, a saber:

- (6) Supuesto incumplimiento por parte de DIA S.A. de la cláusula de exclusividad, al permitir la instalación de tiendas SCHLECKER en la misma zona de exclusividad de los franquiciados;
- (7) Carácter engañoso de la documentación precontractual y del estudio de mercado realizado por DIA, S.A.
- (8) Imposibilidad de poder deducirse el impuesto sobre el valor añadido por el importe abonado por los servicios de suministro de electricidad, línea de teléfono y de agua.
- (9) Supuesto incumplimiento por parte de DIA S.A. del contrato de franquicia al no facilitarle al franquiciado el acceso a las mercancías.
- (10) Supuestas irregularidades por parte de DIA S.A. en la forma de entrega de las mercancías (folios 5 a 88).

**SEGUNDO.-** Con objeto de conocer la realidad de los hechos denunciados y determinar posibles indicios de infracción, la Dirección de Competencia de la CNMC llevó a cabo las siguientes acciones:

El día 14 de noviembre de 2013, la Dirección de Competencia solicitó a ASAFRAS subsanar determinados puntos de su escrito de denuncia al no cumplir los requisitos del artículo 25 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), apercibiéndole de que, en el caso de que no procediera a su cumplimiento, se le tendría por desistido de la denuncia sin perjuicio de que la Dirección de Competencia pudiera realizar de oficio todas aquellas actuaciones que considerase necesarias (folios 91 a 92).

Con fecha 26 de noviembre de 2013, ASAFRAS subsanó su escrito de forma incompleta. De acuerdo con la información aportada por ASAFRAS, el citado escrito de denuncia se habría remitido a distintos organismos oficiales (Ministerio de Economía y Competitividad, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Defensor del Pueblo, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, etc.) (Folios 95 a 109).

El día 12 de diciembre de 2013, la Dirección de Competencia solicitó a ASAFRAS aclaraciones sobre la subsanación. En concreto, se le requirió que,

i) explicase en qué consiste cada una de las prácticas que denuncia y que aportase para cada una de esas prácticas documentos probatorios y ii) aportase copia de un ejemplar del contrato de franquicia suscrito entre DIA, S.A. y sus franquiciados e identificase cuáles son las cláusulas que estarían prohibidas, explicando en qué medida dichas cláusulas restringen la competencia en todo o en parte del mercado nacional o europeo (folios 110 a 111). ASAFRAS contestó a dicho requerimiento con fecha 3 de enero de 2014 (folios 114 a 167).

Con fecha 26 de febrero de 2014, la Dirección de Competencia acordó el inicio de una investigación bajo la referencia S/DC/0508/14 y la incorporación a la misma de las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento (folio 1).

Con fecha 5 de marzo de 2014, la Dirección de Competencia solicitó a ASAFRAS que subsanará la solicitud de confidencialidad respecto a los escritos aportados por ella (folios 242 a 243).

Con fecha 14 de marzo de 2014, ASAFRAS presentó un escrito ante el registro de la CNMC, solicitando una reunión. Asimismo, presentó el Acta de la reunión celebrada el 10 de diciembre de 2013 entre, por un lado, los representantes de las Asociaciones de Franquiciados de DIA de España, Francia y Portugal, entre las que figura la denunciante, y, por otro, el Grupo de Trabajo de Alimentos de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (DG COMP). En la reunión, los representantes de las Asociaciones informaron a la DG COMP sobre las prácticas comerciales presuntamente anticompetitivas y desleales realizadas por DIA, S.A. También comunicaron que dichas prácticas habían sido denunciadas a nivel nacional. A la vista de la información aportada, la DG COMP señaló que **las prácticas podrían estar simplemente relacionadas con cuestiones contractuales o con cuestiones de competencia desleal y no especialmente relacionadas con el derecho de defensa de la competencia**. En ese sentido, la DG COMP mencionó que algunas de esas quejas podrían ser relevantes para otra Dirección, en concreto la DG MARKT, Dirección General que se ocupa del Mercado Interior (folios 244 a 246).

Con fecha 14 de marzo de 2014, tuvo lugar la reunión en la sede de la CNMC entre, por un lado, representantes de ASAFRAS y, por otro, la Subdirección de Servicios de la Dirección de Competencia de la CNMC.

Con fecha 17 de marzo de 2014, ASAFRAS presentó información adicional relacionada, en su opinión, con los hechos denunciados (folios 247 a 249).

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** Son partes en este Expediente Sancionador:

**1ª La denunciante:** *Asociación Afectados Franquicia Supermercados (ASAFRAS)*. Según sus estatutos, tiene como objeto la defensa de los intereses comunes de las personas que sean o hayan sido titulares de tiendas franquiciadas de la cadena de supermercados DIA, pertenecientes a la mercantil DIA, S.A. y que se hayan visto afectados por distintos motivos en la realización de su actividad comercial por parte de DIA, S.A (folio 53). Según su propia página Web, ASAFRAS representa a entre 70 y 80 franquiciados de toda España

**2ª La denunciada:** *Distribuidora Internacional de Alimentación, Sociedad Anónima (DIA, S.A.)*. Desde 1979, desarrolla y explota una cadena de establecimientos comerciales de venta detallista de artículos de consumo de primer orden, que funcionan en régimen de autoservicio, siendo titular exclusivo de diversas marcas, entre ellas la marca DIA, que le permiten la actividad de venta de productos bajo la enseña de DIA. Con esa finalidad, DIA, S.A. ha desarrollado una imagen institucional sobre unos derechos de propiedad industrial e intelectual, know-how operativo, así como de técnicas de venta, gestión y administración propias (folios 139 a 140).

Entre los años 1999 y 2000, se llevó a cabo la integración del Grupo DIA en el Grupo Internacional Carrefour, hasta el año 2011, en el que la Junta de Accionistas de Carrefour decidió la escisión de DIA.

La salida a bolsa de DIA, S.A. se hizo efectiva el 5 de julio de 2011 y el 2 de enero de 2012 DIA, S.A. pasó a formar parte del índice IBEX 35.

Según su propia página Web, en el año 2012 la mercantil DIA, S.A. estaba presente en seis países: Argentina, Brasil, China, España, Francia y Portugal, con un total de 6914 tiendas. Asimismo, en ese año 2012 contaba en España con un total de 2925 establecimientos, de los cuales *1310 lo eran en régimen franquicia*; y según Alimarket, a 31 de diciembre de 2013 el negocio de alimentación de DIA, S.A. se componía de 3012 establecimientos, de los cuales 1582 eran propios y *1430 franquicias* (folio 169).

**SEGUNDO.- Estructura del sector de la *distribución minorista de bienes de consumo*.**

De acuerdo con los numerosos precedentes de las autoridades de competencia españolas y comunitarias, el mercado relevante a efectos de este expediente es el de la distribución minorista de bienes de consumo en formato de libre servicio, en el que están incluidas las diversas formas de venta minorista sin asistencia personalizada, y que constituye un mercado distinto al de la venta de productos en formato tradicional.

Asimismo, se ha determinado que el ámbito geográfico del mercado es local, eligiendo el consumidor el punto de venta en función del espacio

geográfico al que le resulta razonable desplazarse para efectuar una compra determinada; a estos efectos, se suele delimitar el mercado geográfico relevante mediante *isocronas* o líneas imaginarias que unen las poblaciones que distan de un centro comercial un determinado tiempo de desplazamiento (un radio de entre 20 y 30 minutos en coche).

Según los datos recogidos por Alimarket en su publicación de marzo de 2013 sobre la distribución comercial alimentaria, el mercado nacional de la distribución minorista organizada lo constituyen 20.215 tiendas y/o secciones de productos de gran consumo (incluyendo alimentación seca y fresca, productos de droguería y perfumería familiar, así como artículos de bazar ligero), con una superficie comercial conjunta de 12.239.666 m<sup>2</sup>.

El siguiente CUADRO recoge los 10 principales operadores que realizan actividades de distribución al por menor de bienes de consumo diario en régimen de libre servicio en España, según superficie (m<sup>2</sup>) de ventas:

<b>Principales grupos/empresas de distribución minorista por sala de venta en España (a 31/12/2012)</b>			
	<b>Nº Establecimientos</b>	<b>Superficie (m<sup>2</sup>)</b>	<b>Cuota (de superficie)</b>
MERCADONA, S.A.	1.411	1.844.955	15,1%
<b>DIA</b>	<b>2.925</b>	<b>1.242.932</b>	<b>10,2%</b>
GRUPO EROSKI	1.571	1.231.894	10,1%
CARREFOUR	385	963.099	7,9%
EL CORTE INGLÉS, S.A.	340	536.822	4,4%
LIDL SUPERMERCADOS, S.A.	526	476.659	3,9%
AUCHAN	301	462.321	3,8%
CONSUM	605	455.599	3,7%
COVIRAN, SCA.	2.292	439.347	3,6%
GRUPO EL ÁRBOL DISTRIB. Y SUPERM., S.A.	423	288.343	2,4%
<b>TOTAL</b>	<b>20.215</b>	<b>12.239.666</b>	<b>100%</b>

FUENTE: Alimarket (19 de marzo de 2013)

Según los datos recogidos por Alimarket en su publicación de 15 octubre de 2013 sobre la distribución comercial alimentaria (*Distribución: La eficiencia se hace determinante*, Alimarket, N. 276), las posiciones de los primeros operadores en cuanto a las cuotas de mercado en valor por operadores en el sector de distribución minorista con base alimentaria en 2012, respecto al total del mercado (alimentación envasada, droguería/perfumería, productos frescos y duraderos), se muestran en el cuadro siguiente:

Principales cuotas de mercado por operadores en el sector de distribución minorista con base alimentaria en 2012 (el valor del mercado en 2012 se estableció en los 68.955 M€netos)	
MERCADONA	25,4%
CARREFOUR	21,2%
EROSKI	17,0%
<b>DIA</b>	<b>6,3%</b>
ALCAMPO, SIMPLY, AUCHAN	12,2%
EL CORTE INGLES, GRUPO	11,2%
LIDL	3,5%
CONSUM	2,6%
AHORAMAS	2,0%
GADISA	1,2%

FUENTE: Alimarket núm. 276

A nivel local (ámbito geográfico más aproximado al mercado relevante), DIA, S.A. no ocupa el primer puesto como operador principal sobre superficie comercial en ninguna provincia; en concreto, su cuota de mercado sobre superficie de venta más alta la tiene en Palencia con el 13,3%, por detrás de SEMARK que tiene el 17,6 % en esa provincia. La siguiente cuota de mercado sobre superficie más alta de DIA, S.A. la tiene en Ciudad Real, con un 12,8%, por detrás de Mercadona con un 25,1%. En el resto de provincias DIA, S.A. queda, como mucho, en tercer lugar, sin superar el 10% de cuota sobre superficie (folios 235 a 236).

### **TERCERO.- El marco contractual entre la mercantil DIA, S.A. y sus franquiciados.**

DIA, S.A. explota una cadena de establecimientos comerciales de venta detallista organizados en régimen de autoservicio, basándose dicho sistema en el desarrollo continuo y actualizado de unas técnicas comerciales, publicitarias, de gestión y de métodos de venta propios, y cuya finalidad es poner a disposición del consumidor un conjunto de artículos a unos precios sensiblemente inferiores a los usuales en el mercado en relación a productos idénticos o similares a aquellos.

Con tal fin, DIA, S.A. ha creado la “Fórmula comercial DIA”, la “Filosofía DIA”, el “Producto DIA”, la “Cadena DIA”, el “Establecimiento DIA”, así como el “Sistema Logístico DIA” (folios 139 a 140). **Los establecimientos pueden ser explotados directamente por DIA, S.A. o en régimen de franquicia.**

La relación existente entre DIA, S.A. y sus franquiciados se asienta en un contrato cuyo objeto es el “establecimiento de un sistema de colaboración comercial entre DIA y el Franquiciado, basado en los principios y técnicas de cooperación propias del sistema de franquicia y en méritos del cual DIA expresamente autoriza, por el presente Contrato, al Franquiciado, en su calidad

de comerciante independiente para que proceda a la explotación de un Establecimiento DIA, en el Establecimiento” (folio 141). En los siguientes párrafos, se analizan las principales cláusulas del modelo de contrato de franquicia **aportado por la denunciante y firmado con fecha 29 de marzo de 2010**.

En virtud del citado contrato de franquicia, DIA, S.A. es **titular posesorio**, con facultad para ceder el uso comercial y explotación al franquiciado, del local donde se sitúa el establecimiento DIA (folio 140).

En su apartado 4.4, el contrato recoge el destino del establecimiento: **Cedido por DIA, S.A.**, deberá destinarse única y exclusivamente a la venta al por menor de cualquier producto DIA que, en el presente o en el futuro, sea comercializado por DIA, S.A. Como consecuencia de lo anterior, *queda prohibido al franquiciado vender, comercializar o promocionar en el establecimiento cualquier otro producto que no sea un producto DIA, ni realizar prácticas comerciales activas sobre artículos competitivos, iguales o semejantes a los productos DIA*. A estos efectos, tienen la consideración de productos DIA, no sólo aquellos que estén registrados e identificados con la marca o cualquier otro signo distintivo DIA, sino también aquellos otros productos que sean igualmente objeto de comercialización, presente o futura por DIA, S.A. (folio 145).

Como excepción al apartado 4.4, el apartado 4.5 (zona de perecederos) permite al franquiciado, previo consentimiento expreso y escrito por parte de DIA, S.A., la comercialización de productos alimenticios perecederos diferentes a los productos DIA, y que no compitan con dichos productos, siempre que se ubiquen dentro de la zona de perecederos. Esta zona, siempre que sea autorizada por DIA, S.A., podrá estar compuesta por secciones como charcutería-derivados lácteos, carnicería y hortofrutícola, entre otras, y podrá ser explotada por el propio franquiciado o por un tercero. En este último caso, el franquiciado deberá informar al tercero de la necesidad de obtener por parte de DIA, S.A. la autorización expresa y discrecional respecto de la relación entre el franquiciado y el tercero, así como del contrato que formalice dicha relación. DIA, S.A. podrá otorgar dicha autorización si se cumplen determinadas condiciones que no perjudiquen la estrategia comercial DIA, S.A. y no supongan competencia para la cadena DIA (folios 145 a 147).

DIA, S.A. suministrará al franquiciado la totalidad de los productos DIA que componen el stock inicial del franquiciado y que son definidos una semana antes de la apertura del establecimiento (folio 150). El contrato de franquicia establece el precio de dicho stock mediante un determinado procedimiento que se detalla en el propio contrato (folios 151 y 152). Asimismo, el contrato recoge unas cláusulas que establecen unas cantidades mínimas de pedidos que deberán realizar los franquiciados (folios 151 a 153).

El contrato de franquicia establece tanto el precio del stock inicial como el precio del resto de pedidos que paga el franquiciado a DIA, S.A. Así, los productos suministrados al franquiciado por DIA, S.A. son vendidos con un descuento sobre el precio de venta al público (PVP) máximo de los productos DIA. **El PVP máximo** figurará como recomendado por DIA, S.A. De acuerdo con el contrato, el franquiciado conoce las limitaciones legales que pesan sobre

el comercio minorista en relación con la práctica conocida como venta a pérdida. Todo ello, sin perjuicio de la **libertad del franquiciado para aplicar en la venta de los productos DIA un PVP inferior al PVP máximo recomendado por DIA, S.A. (folio 151).**

Durante la vigencia del contrato, queda expresamente prohibido al franquiciado (folio 158):

- a. Crear y/o participar directa o indirectamente en cualquier tipo de entidad dentro de la zona de exclusividad que tenga como actividad el comercio minorista de productos alimenticios de toda clase o productos competitivos por ser iguales o parecidos a los productos DIA,
- b. Ejercer actividades, directa o indirectamente, que pudieran entrar en competencia con las llevadas a cabo por DIA, S.A., salvo que dichas actividades se vinieran desarrollando con anterioridad y no estuvieran relacionadas con empresas del sector del comercio que sean competencia directa de DIA, S.A.

Además, durante el periodo de un año tras la fecha en que hubiera terminado la vigencia del contrato de franquicia y si el franquiciado se quedara de manera no consentida con el local, no se podrá llevar a cabo la actividad idéntica o similar a la explotación de una franquicia DIA. Asimismo, se impone al franquiciado una restricción ilimitada en el tiempo en relación al uso y cesión de los conocimientos técnicos aportados por DIA al franquiciado, mientras no pasen a ser de dominio público (folio 158).

De igual forma, el contrato recoge una cláusula de propiedad industrial e intelectual por la que, entre otras cosas, DIA, S.A. concede al franquiciado el derecho a utilizar los *signos distintivos que son propiedad de DIA, S.A.* y por la que el franquiciado reconoce que son propiedad única y exclusiva de la citada entidad, generando dicha circunstancia una serie de derechos, obligaciones y prohibiciones para el franquiciado (folios 158 y 159).

La duración del contrato es de un año. No obstante, una vez vencido dicho plazo, el contrato podrá ser renovado tácitamente por sucesivos e iguales plazos de un año, si una de las partes se abstiene de denunciarlo fehacientemente a la otra, con al menos una antelación de tres meses al vencimiento del citado plazo inicial de duración y, no pudiendo extenderse la relación de franquicia más allá de lo que se extiende la relación de cesión prevista en el apartado 4.1 entre DIA, S.A. y el franquiciado (ni viceversa) (párrafo 25). El contrato de franquicia se terminará sin causa imputable a ninguna de las partes si se resuelve o termina el contrato por el que DIA, S.A. es titular del local donde se explota el establecimiento DIA, por cualquier causa no imputable a las partes o a terceros dependiente de las partes (folios 161 y 162).

ASAFRAS ha presentado, en apoyo de los hechos denunciados, los siguientes documentos:

1. Con el fin de demostrar la imposición de precios de venta al público por parte de DIA, S.A., aporta una copia de unas etiquetas con el logotipo de DIA indicando la bajada o cambio de precio de determinados artículos (folios 72 a 73), varias copias de promociones de productos (folio 18) y de



tickets de descuento (folios 19 a 20), así como una foto de una caja registradora principal con unas etiquetas (folio 122).

2. Con el objeto de demostrar la venta de productos con márgenes negativos para los franquiciados, aporta varias copias de tickets de compra que muestran los descuentos que ofrece DIA (folios 10, 11, 46 y 123), la copia de parte de un albarán relativo a un producto, la copia de un ticket-descuento y de un folleto promocional sobre ese mismo producto, y la copia del correspondiente ticket de compra del producto por parte del cliente (folios 115 a 116).
3. Con la finalidad de demostrar el trato discriminatorio que reciben las tiendas franquiciadas respecto a las tiendas en propiedad de DIA, S. A, aporta la copia de un pedido en el que se aprecia “*no hay suficiente stock*” (folio 117).
4. Con el fin de demostrar que DIA, S.A. incumple la zona de exclusividad, aporta la copia de un cupón de descuento con el logotipo de CLUB DIA% y SCHLECKER, en el que se indica que el consumidor solamente puede beneficiarse del descuento en tiendas SCHLECKER (folio 13), así como un plano de la zona en la que se ubican ambos establecimientos (folio 125).
5. Para demostrar la práctica abusiva de DIA, S.A. relativa a la acumulación de tickets descuento que conllevaría una reducción del margen de beneficio de los franquiciados, aporta la copia de tres tickets (folio 123).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Debemos valorar en este Expediente si todas o alguna las siguientes alegaciones de la denunciante infringen, en relación con la denunciada, la Ley de Defensa de la Competencia: (a) la obligación de aprovisionamiento exclusivo de DIA, S.A.; (b) la imposición de precios máximos de venta al público; (c) la venta de artículos con márgenes negativos; (d) las practicas denunciadas como abusivas, a saber: la imposición de descuentos a los franquiciados reduciendo su margen de beneficio y el trato discriminatorio que reciben los franquiciados frente al trato otorgado a las tiendas propiedad de DIA, S.A.; (e) la cláusula, establecida en el contrato con los franquiciados, de no competencia durante un año tras finalizar la vigencia del contrato de franquicia, y (f) la prohibición de realizar prácticas comerciales activas fuera de la zona exclusiva.

**PRIMERO.- La obligación de aprovisionamiento exclusivo de DIA, S.A.** El contrato de franquicia establece la obligación de aprovisionamiento exclusivo (párrafo 26).

En su primer apartado, el artículo 1 de la LDC 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; y el apartado 4 del mismo artículo establece

la no aplicación del apartado 1 a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los *Reglamentos Comunitarios* relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea.

El *Reglamento 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 (TFUE) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, define como “*cláusula de no competencia*” aquella “(...) *obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80% del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor o, cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus comprar en el año precedente*”.

En relación con este tipo de cláusulas de no competencia, el artículo 5.1 del citado *Reglamento* establece, con carácter general, que la exención prevista en el *Reglamento* no se aplicará a cláusulas, directas o indirectas, de no competencia, contenidas en un acuerdo vertical cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años, incluso si la cuota de mercado no supera el 30%. Por ello, en el presente caso, y puesto que el contrato de franquicia objeto de denuncia tiene una duración indefinida, la obligación de suministro exclusivo por parte de DIA, S.A., que se extiende durante toda la vigencia del contrato, podría parecer un ejemplo de cláusula de no competencia que no se beneficiaría automáticamente de la exención del citado *Reglamento*.

Sin embargo, de la lectura del artículo 5.2 del citado *Reglamento* y de los párrafos 65 a 67 de las Directrices relativas a las restricciones verticales dictadas por la Comisión Europea que lo desarrollan, se desprende que “**el plazo máximo de cinco años no se aplica si el comprador revende los bienes o servicios desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el proveedor**”. En tales casos, prosigue el párrafo 67 de las Directrices, “**la obligación de no competencia puede tener la misma duración que el periodo de ocupación del punto de venta por parte del comprador**”. La justificación de esta excepción reside en que, de forma general, no es razonable esperar que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad **sin su permiso**.

En el caso que nos ocupa, la denunciada es titular posesorio del “*establecimiento DIA*”, con facultad para ceder el uso comercial y explotación al franquiciado de dicho establecimiento. Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5.2 del *Reglamento* y las *Directrices*, la cláusula de no competencia recogida en el contrato de franquicia estaría cubierta por dicho *Reglamento*.

A lo anterior hay que añadir que, teniendo en cuenta la estructura de la actividad de distribución minorista de bienes de consumo en formato de libre

servicio y el peso que en ella tiene la denunciada, los distintos competidores de ésta que actúan como proveedores de los operadores de distribución minorista pueden seguir suministrando a dichos operadores, por lo que la cláusula de aprovisionamiento exclusivo no entraña efectos restrictivos sobre la competencia.

**SEGUNDO.- La Imposición de precios de venta al público por parte de DIA, S.A.** El contrato de franquicia establece en el párrafo 6 la cláusula relativa a los pedidos. En dicha cláusula se hace referencia al precio de venta al público **máximo** recomendado por DIA, S.A. **que el franquiciado tiene libertad para modificar**. Como prueba de la presunta imposición de precios, ASAFRAS aporta distinta documentación (etiquetas de DIA, S.A., foto de una caja registradora) (párrafo 34, letra a).

ASAFRAS no ha demostrado que los franquiciados no puedan modificar el precio que recomienda DIA, S.A. Según lo estipulado en el contrato de franquicia, el precio de venta al público recomendado por DIA, S.A. es un **precio máximo**. En este sentido, cabe recordar que en su artículo 4 a) el *Reglamento nº 330/2010* antes citado prohíbe los precios de reventa **mínimos y fijos, pero permite al proveedor imponer precios de venta máximos**. En esta línea, conviene tener presente que en la franquicia se utiliza un modelo de negocio en el que es elemento esencial la imagen de marca, que es lo que distingue a un franquiciador de otro franquiciador. En este caso, la imagen de DIA, S.A. está asociada a unos artículos con unos precios sensiblemente inferiores a los usuales en el mercado en relación a productos idénticos o similares. Por esa razón, es lógico que DIA, S.A. imponga precios **máximos** con la finalidad de que se ajusten a su imagen de enseña económica.

**TERCERO.- Las supuestas prácticas abusivas de DIA, S.A.** Del contenido de la denuncia, esta SALA DE COMPETENCIA de la CNMC deduce que ASAFRAS denuncia a DIA, S.A. por prácticas que aquélla estima abusivas, como la diferencia de trato entre una tienda de franquicia y una tienda propia de DIA, S.A. en cuanto al suministro de productos se refiere, y por la imposición de distintos tipos de descuento con acumulación en un solo ticket, que según la denunciante reduciría el margen de beneficio de los franquiciados.

Esta SALA DE LA COMPETENCIA entiende que la denunciante interpreta dichas prácticas como una presunta infracción del artículo 2 de la LDC. Ahora bien, para que una conducta constituya un abuso en el sentido de lo previsto en el citado artículo, se requiere que de manera simultánea concurren dos condiciones: 1) que la empresa denunciada ocupe una posición de dominio en el mercado relevante y 2) que su conducta pueda calificarse como uso abusivo de esa posición.

Ya hemos indicado que a efectos de este expediente el mercado relevante es el de la distribución minorista de bienes de consumo en formato de libre servicio en un ámbito local, y cuya dimensión estaría limitada por *isocronas* que delimitan un tiempo de desplazamiento aproximado al centro comercial analizado de entre 20 y 30 minutos en coche.

La denunciante no ha aportado información que pueda probar la supuesta *posición de dominio* de DIA, S.A. en ese mercado. No obstante, de la información recabada por la Dirección de Competencia de la CNMC no se deriva una posición de dominio por parte de DIA, S.A. en el mercado relevante.

Así, de acuerdo con la información procedente de la revista Alimarket, la cuota en superficie de ventas de DIA, S.A. en ese mercado se sitúa en el 10,2%, por detrás del actual líder del mercado, Mercadona, que tiene el 15,1%, quedando en la tercera y en la cuarta posición el Grupo Eroski (con el 10,1%) y Carrefour (7,9%), respectivamente. Si la referencia es a la cuota de mercado en valor, el primer operador es Mercadona con el 25,4%, seguido del Grupo Carrefour con el 21,2%, Grupo Eroski con el 17% y solo en cuarto lugar DIA, S.A. con un 6,3%.

A nivel local (ámbito geográfico más aproximado al mercado relevante), DIA, S.A. no ocupa el primer puesto como operador principal sobre superficie comercial en ninguna provincia. En concreto, su cuota de mercado sobre superficie de venta más alta la tiene en Palencia con el 13,3%, por detrás de SEMARK que tiene el 17,6 % en esa provincia.

Adicionalmente hay que tener en cuenta que la situación de crisis de los últimos años ha llevado a una reducción del gasto en la cesta de la compra del consumidor y ha provocado que los grandes grupos de distribución que operan a nivel nacional hayan llevado a cabo estrategias empresariales para contener la pérdida progresiva de rentabilidad y arañar cuota de mercado a sus competidores directos, mediante políticas agresivas de reducción de precios. Por un lado, los consumidores se ven beneficiados por los precios bajos que encuentran en el mercado para los mismos artículos dentro de un abanico variado de tiendas de la competencia donde elegir, lo que pone de manifiesto la existencia de una competencia efectiva. Por otro, la presencia de competidores sólidos en el mercado de distribución de bienes de consumo diario impide que la denunciada pueda actuar con independencia de sus competidores, clientes y proveedores.

En definitiva, de la información disponible no se deducen indicios de *posición de dominio* por parte de la denunciada en el mercado de referencia; **y sin posición de dominio, no cabe apreciar existencia de una infracción del artículo 2 de la LDC.**

**CUARTO.- Imposición de venta de artículos con márgenes negativos.** ASAFRAS denuncia que los distintos tipos de descuento impuestos por DIA, S.A. para determinados productos suponen para el franquiciado su venta por debajo de coste. El artículo 3 de la LDC establece que “*La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.*”

En virtud de los precedentes de los extintos Tribunal de Defensa de la Competencia y Consejo de la CNC, los actos de competencia desleal, independientemente de que exista o no infracción de la Ley 3/1991, de 10 de

enero, de Competencia Desleal (LCD), suponen una infracción del artículo 3 de la LDC **únicamente cuando falsean la libre competencia y afectan, por tanto, al interés público**. Así, en la Resolución de 26 de junio de 2013, Expediente S/0350/11 Asistencia en Carretera, en su tercer Fundamento de Derecho establece lo siguiente:

*“La aplicación de la Ley de Competencia Desleal corresponde a los Tribunales de Justicia, y la Autoridad de Competencia sólo está facultada para realizar el reproche de desleal competitiva cuando la conducta enjuiciada, dado el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado, que es el interés público tutelado por la LDC. En consecuencia, ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no sólo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal”.*

En consecuencia, para poder determinar si existe un falseamiento grave de la competencia y una afectación del interés público en la práctica de DIA, S.A. denunciada por ASAFRAS, es preciso acreditar la existencia de un *perjuicio* que esté limitando las condiciones de competencia en el mercado de la distribución minorista de bienes de consumo, *explicando en qué consiste dicho daño, sobre quién recae, y el nexo directo entre éste y la conducta denunciada*.

En este sentido, la Dirección de Competencia de la CNMC requirió a ASAFRAS documentos probatorios relativos a esta práctica así como una explicación de *en qué medida las distintas cláusulas del contrato de franquicia objeto de denuncia restringían la competencia*. ASAFRAS aportó como únicas pruebas distintos tickets, así como la copia de un albarán asociado a un ticket de compra y un vale de descuento.

Las pruebas aportadas por ASAFRAS son insuficientes para poder determinar una infracción del artículo 3 de la LDC. Los 9 tickets de compra presentados por ASAFRAS se refieren a un número muy reducido de artículos en relación con la totalidad de artículos que vende DIA, S.A., por lo que no constituyen una muestra representativa a efectos de valorar una presunta venta a pérdida prohibida por la LDC.

Por tanto, no se puede concluir de manera indubitada que la actuación de DIA, S.A. en relación con sus franquiciados suponga una infracción del artículo 3 LDC.

**QUINTO.- Cláusula de no competencia durante un año tras finalizar la vigencia del contrato de franquicia.** ASAFRAS denuncia que tras finalizar el contrato de franquicia y durante el año siguiente, el franquiciado no pueda vender en el establecimiento en el que operaba la franquicia productos similares a los productos suministrados por DIA, S.A. Como prueba, ASAFRAS aporta el contrato de franquicia, que establece en su párrafo 12 la prohibición de competencia durante el periodo de un año, tras finalizar la vigencia de dicho contrato. Asimismo, se impone al franquiciado una restricción ilimitada en el tiempo en relación al uso y cesión de los conocimientos técnicos aportados por DIA, mientras no pasen a ser de dominio público

Esta cláusula de no competencia es un tipo de disposición permitida por el *Reglamento nº 330/2010* antes citado. Así, el artículo 5.3 declara exenta la cláusula de no competencia cuando reúna una serie de condiciones: “(a) que dicha cláusula se refiera a bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales; (b) que se limite al local desde el que el comprador haya operado durante el período contractual; (c) sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador; y (d) siempre y cuando la duración de dicha cláusula de no competencia se limite a un período de un año tras la expiración del acuerdo”. El artículo añade que este tipo de cláusula de no competencia se entenderá, “sin perjuicio de la posibilidad de imponer una restricción ilimitada en el tiempo, relativa al uso y la divulgación de conocimientos técnicos que no sean de dominio público”.

En el presente caso, la cláusula del contrato de franquicia cumple los requisitos establecidos por el mencionado artículo 5, apartado 3. Así, de acuerdo con la cláusula de no competencia (i) no se podrán desarrollar actividades idénticas o similares a la explotación de una franquicia DIA; (ii) dicha limitación se refiere al local desde el que se hubiera explotado comercialmente la franquicia; (iii) se impone con la finalidad de proteger los conocimientos técnicos transferidos por DIA, S.A. a sus franquiciados; y (iv) la cláusula se aplica durante un año tras la finalización del contrato de franquicia.

Por otro lado, el contrato de franquicia recoge la imposición al franquiciado de una restricción ilimitada en el tiempo relativa al uso y cesión de los conocimientos técnicos transferidos por DIA, S.A. a sus franquiciados, ***en tanto no pasen a ser de dominio público. Dicha restricción está plenamente cubierta por el último párrafo del artículo 5 del citado Reglamento.***

**SEXTO.- La prohibición de realizar prácticas comerciales activas fuera de la zona exclusiva.** La franquicia se puede conceder *para un determinado territorio en exclusiva*. Según la cláusula 2.2 del contrato de franquicia, la denunciada organiza la distribución de bienes de tal forma que *a cada franquiciado le asigna un territorio en exclusiva, con la consiguiente prohibición de realizar ventas activas fuera de dicha zona.*

A este respecto, en su artículo 4.b (i) el *Reglamento nº 330/2010* prevé que la exención prevista en el *Reglamento* no se aplicará a los acuerdos

verticales (...) que tengan por objeto la restricción del territorio en el que (...) el comprador parte del acuerdo pueda vender los bienes o servicios contractuales, **excepto: la restricción de ventas activas en el territorio (...)**. Por lo tanto, dicha cláusula del contrato de franquicia **estaría cubierta por el Reglamento nº 330/2010** y no habría infracción de la normativa de defensa de la competencia.

**SEPTIMO.- Resto de cuestiones denunciadas por ASAFRAS en relación al contrato de franquicia entre DIA, S.A. y sus franquiciados.** Las otras cuestiones denunciadas forman parte de la negociación e implementación del contrato de franquicia entre las partes. En este sentido, tal y como ha manifestado el Consejo de la CNMC en la Resolución del Expediente S/0456/13 CARREFOUR:

*“[...] no hay que olvidar que los miembros de la denunciante han decidido voluntariamente ser Franquiciados de [...], frente a las alternativas de ser franquiciados de otras enseñas de establecimientos de venta de bienes de consumo o de instalar y gestionar libremente sus propios establecimientos, asumiendo el riesgo que ello conlleva. La opción elegida implica la aceptación de ciertas condiciones en relación con las cuales los desacuerdos son cuestiones privadas que afectan a las partes, pero no al interés público. No obstante, en el caso de que [la denunciante] considere que los supuestos incumplimientos contractuales y la política comercial de la Franquiciadora [...] perjudican ilícitamente los derechos económicos de sus Asociados, podrá acudir a la Jurisdicción de lo Mercantil, en lugar de acudir a la Autoridad de Competencia, para defender sus derechos, por ser la sede más apropiada para dirimir los conflictos que afectan a intereses privados entre partes y la competente para la aplicación de la Ley de Competencia Desleal”.*

La naturaleza de conflicto *inter partes* de los hechos denunciados por ASAFRAS queda patente en los diversos documentos y manifestaciones disponibles en su página Web. A juicio de esta SALA DE LA COMPETENCIA de la CNMC, se desprende de la mencionada página Web que la denunciante muestra una clara intención de acudir ante los tribunales para resolver sus diferencias con DIA, S.A. A ello hay que añadir que, como ha sido indicado más arriba, la DG COMP coincide en señalar que las cuestiones a las que hacemos referencia encuentran mejor acomodo en el ámbito de las relaciones contractuales que en el derecho de defensa de la competencia.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, esta **SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la Sesión Plenaria del día 10 de abril de 2014

## HA RESUELTO

**ÚNICO.-** Declarar la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por ASAFRAS contra DIA, S.A. y considerada en este Expediente, por cuanto de las conductas examinadas no se aprecian indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese fehacientemente a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en esta vía previa administrativa, pudiendo hacerlo en el plazo de DOS MESES, contados desde el siguiente día al de su notificación, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional.