Archivo por la CNMC del expediente contra Dia y Eroski, ¿una decisión razonable?

Noviembre 2016

Resumen

En este comentario explicamos las razones por las que pensamos que la CNMC se ha precipitado al archivar el expediente S/DC/0570/15 *Aprovisionamiento Dia/Eroski*, hasta el punto de que, en nuestra opinión, **existen sólidos argumentos para plantear un recurso contra la Resolución de 29 de septiembre de** 2016[1].

En efecto, más allá de la dificultad de conocer los razonamientos de la autoridad -al mantener confidencial gran parte de la información relevante–, la labor de instrucción ha sido manifiestamente insuficiente, incurriendo en equivocaciones de apreciación particularmente graves -por ejemplo, el análisis de las cuotas de mercado de Dia & Eroski tanto en los mercados de compra como en los de venta, que ha llevado a la CNMC a subestimarlas claramente-, y ha errado en el enfoque, al centrarse casi de manera exclusiva en los efectos del acuerdo en los mercados de aprovisionamiento, sin atender suficientemente los riesgos de coordinación entre Dia & Eroski, y entre estas dos empresas y sus demás competidores, en los mercados de venta.

La comparación entre la investigación realizada por la Dirección de Competencia de la CNMC con la labor de la autoridad francesa de competencia (en su informe de marzo de 2015) o con las conclusiones alcanzadas por la CNC en el informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores de 2011, que alertaba precisamente sobre los problemas del aumento de la concentración a nivel minorista, resulta particularmente elocuente.

Todos estos errores se podrían haber evitado con cierta facilidad si la Dirección de Competencia hubiera formulado las preguntas pertinentes a los denunciados y a los proveedores afectados por el acuerdo de cooperación.

[1] Disponible en www.cnmc.es/es-es/cnmc/ficha.aspx?num=S/DC/0570/15&ambito=Conductas&p=0

La Resolución de 29 de septiembre de 2016

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acaba de publicar la Resolución por la que acuerda el archivo de la denuncia de la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) y Promarca contra Dia y Eroski, por su acuerdo para negociar conjuntamente el aprovisionamiento con grandes proveedores.

La relación entre los procedimientos de competencia y de supervisión de la cadena

Lo primero que cabe comentar es que **no existe contradicción** entre la decisión de la Agencia de Información y Control Alimentarios (AICA) de incoar sendos expedientes sancionadores contra Dia y Eroski por infracción de la Ley de la Cadena Alimentaria (LCA) y lo resuelto por la CNMC.

Conforme a la LCA, la AICA tiene que verificar si a raíz del acuerdo entre las empresas, han modificado los acuerdos vigentes con los proveedores; han exigido pagos adicionales a lo pactado (fuera de los supuestos permitidos por la LCA); o han intercambiado información sensible. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre con las normas de competencia, no es necesario acreditar un daño efectivo o potencial al funcionamiento del mercado.

El análisis de competencia de la CNMC

Sobre los aspectos de competencia, el análisis de la CNMC respecto de la posible infracción del art. 1 LDC sigue las indicaciones de **las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos horizontales**, que llevan a una ponderación de los efectos restrictivos en los mercados ascendentes -definidos por la CNMC como el aprovisionamiento de bienes de consumo a nivel global y en siete categorías de productos- y descendentes -identificados con la distribución minorista de bienes de consumo diario en régimen de autoservicio, a nivel nacional y local-, junto con los posibles ahorros en los precios de compra gracias al mayor poder de negociación de las denunciadas. Si las partes del acuerdo no tienen un poder de mercado considerable en estos mercados -se habla de un **umbral del 15%** por debajo del cual no lo tienen-, se da por seguro que las reducciones de precio serán trasladadas a los consumidores finales.

Según este planteamiento, y pese a que la cuota combinada de Dia y Eroski más que duplica el umbral del 15% en al menos un tercio de los más de 3.000 municipios afectados[2], la CNMC concluye que no hay riesgo para la competencia pues, si se toma como referencia la dimensión nacional del mercado descendente, su cuota estaría en el entorno del 15%, mientras que en los mercados de compra la cuota a nivel global sería inferior al 10% y solo se superaría ligeramente este umbral en una de las siete categorías analizadas (desafortunadamente, no se dice cuál).

Además, la CNMC destaca el reducido grado de concentración en el nivel de la distribución (un índice HHI inferior a los 800 puntos); la ausencia de efectos acumulativos (al margen de los casos

[2] Increíblemente, la CNMC señala en la página 11 de la Resolución (énfasis añadido):

> *"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…".*

de IFA[3] y Euromadi[4], ningún otro distribuidor habría anunciado su participación en un acuerdo de compra conjunta); los mecanismos ideados por las partes para evitar los intercambios de información sensible (tampoco se explican cuáles son); o el impacto que estos acuerdos pueden tener sobre el fomento de la innovación de los proveedores (si bien no se especifica cómo se produciría tal cosa, y solo se cita un párrafo de las Directrices que nada dice al respecto).

En cuanto al posible **abuso de una posición de dominio** (art. 2 LDC) o **falseamiento de la competencia por conductas desleales** (art. 3 LDC) denunciados también por FIAB y Promarca, la CNMC rechaza las acusaciones por cuanto ni se ha acreditado la existencia de posición de dominio, ni la existencia de una situación de dependencia económica.

Crítica del razonamiento de la CNMC

Pese a que se han seguido los criterios de análisis de las Directrices europeas, entendemos que **la decisión de archivo de la CNMC resulta criticable por diversos motivos**.

— Primero, por **la falta de transparencia**.

La CNMC mantiene como confidencial información clave para el análisis, como la identidad o las cuotas de las partes en cada una de las categorías de productos analizadas en los mercados de compra, los datos sobre el funcionamiento del acuerdo, los mecanismos que evitarían el intercambio de información comercial estratégica entre las partes, etc.

— Segundo, **la CNMC debería haber hecho un esfuerzo mayor en la instrucción del expediente**.

Llama la atención el hecho de que los datos utilizados sobre cuotas de mercado, clientes afectados, etc., hayan sido facilitados por los denunciados **y no hayan sido contrastados**.

Respecto de los **mercados de compra**, la autoridad se ha limitado a estudiar los datos en siete categorías de productos (aquellas sugeridas por los denunciantes y que ni siquiera sabemos cuáles son), cuando conforme a la práctica constante de la Comisión Europea, o de otras autoridades de competencia que han analizado estos casos (la alemana y la francesa), **la segmentación debería ser muy superior**: hasta 23 categorías.

En este punto, conviene referirse al análisis realizado por la autoridad francesa de competencia en su **informe de marzo de 2015**, en la medida en que es el ejemplo más reciente y completo de análisis de los acuerdos de compra conjunta entre empresas de distribución minorista en Europa[5].

Como se explica en detalle en las páginas 27 y siguientes, no solo deben considerarse las 23 categorías, sino que en muchos casos habría que segmentar aún más los mercados en función de si se trata de marcas de fabricante (MDF) o del distribuidor (MDD)[6], o también del canal de distribución (separando la alimentación moderna de la alimentación tradicional, el canal especializado, el canal horeca, etc.)[7].

---

[3] Según la información en www.grupoifa.com, IFA agrupa a 34 asociados, con una cuota de mercado relevante (líder en más de la mitad de las áreas analizadas por Kantar).

[4] Euromadi agrupa a 145 empresas, con una cuota de mercado según www.euromadi.es del 20%.

[5] Vid. el Avis de la autoridad de competencia francesa de marzo de 2015 disponible aquí: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/15a06.pdf

[6] Esta separación ha sido incluso reconocida por la CNMC en expedientes recientes como C/0753/16 Cidacos/Productos Leoneses; C-0748/16 Bimbo/Panrico II; C-0677/15 Iberleche/Capsa; C-0639/15 Celin Investments/Grupo Palacios; C-0638/15 Schreiber/Senoble; C-0637/15 Findus/Nestlé Activos; C/667/15 Bolton/Garavina; C/0482/12 Agrial/Sogeslo, entre otros.

[7] En idéntico sentido, vid. el Informe del Bundeskartellamt alemán de septiembre de 2014 sobre el poder de compra en el mercado de la distribución minorista disponible en:

De haber realizado esta mayor segmentación, es muy probable que los resultados obtenidos habrían arrojado cuotas muy superiores al umbral del 15% en varios de los mercados identificados.

En los **mercados de venta**, choca que el mismo Consejo reconozca abiertamente la falta de información -pese a los poderes de investigación de los que dispone la Dirección de Competencia– y afirme que *"no se cuenta con más detalles acerca de los municipios afectados o sobre el grado de concentración existente en ellos"*. Y lo que es más grave: al analizar los datos a nivel nacional, la CNMC ignora las diferencias por formatos y mete en el mismo saco hipers, supers y también el canal especialista, incurriendo en seria contradicción pues, según su propia definición de mercado (página 4 de la Resolución), no habrían de incluirse los establecimientos especializados.

Pues bien, según los datos publicados por Kantar World Panel -la misma consultora utilizada por la CNMC- el canal especialista representó en 2015 un 30% de la distribución de los productos de consumo[8], de manera que, al descontar esta parte en el análisis, **la cuota conjunta de Dia y Eroski pasaría automáticamente del 15% al 21,5%**, un nivel similar al porcentaje del 22% identificado por la Comisión Europea para indicar que existe un riesgo de situación de dependencia económica -vid. asunto Rewe/Meinl, citado en la misma Resolución-.

Por tanto, **la CNMC ha adoptado una decisión equivocada, al tomar como referencia datos de cuotas de mercado erróneos y que subestiman el poder de mercado de las denunciadas** en los diferentes mercados a considerar. De hecho, de haberlas calculado bien, las cuotas resultantes seguramente no serían muy distintas de las de la central de compras *Centrale Italiana* (23% en el mercado de aprovisionamiento y por encima del 40% en los mercados de venta en numerosas regiones), siendo así que en el caso resuelto por la autoridad italiana de competencia, esta obligó a la disolución de la central[9].

Todo ello resulta muy relevante a los efectos de plantear un eventual recurso contra la Resolución, pues el análisis de cuotas ha sido el principal criterio (¿el único?) tenido en cuenta por la CNMC[10].

— Tercero, **la CNMC se equivoca de enfoque.**

Según se desprende de la Resolución, la CNMC se concentra en los efectos del acuerdo en los mercados de aprovisionamiento, cuando **los principales riesgos provienen de la potencial disminución de la competencia en los mercados descendentes:** menor rivalidad entre Dia y Eroski, y entre estas y los otros distribuidores.

Solo esto explica que la autoridad pase de puntillas por el hecho de que la cuota conjunta de ambas empresas supere el 30% en hasta mil municipios (seguramente bastante más en muchos de ellos) o ignore, **pese a reconocerlo, el efecto potencial de alineamiento de precios derivado de la cláusula de cliente más favorecido que *de***

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Sector%20Inquiries/Summary_Sector_Inquiry_food_retail_sector.pdf?__blob=publicationFile&v=3

"According to information provided by the vast majority of manufacturers surveyed, witching or shifting production from or to private labels and branded products is not an alternative although such measures would be technically possible. The arguments which they give against the economic efficiency of such adjustments are mainly the different cost structures and logistic requirements in producing private labels and branded products.

Neither is switching to alternative distribution channels considered by the manufacturers as a realistic outside option. Shifting sales to another distribution channel is either regarded as not economically viable or doubt is cast on the "absorptive capacity" of alternative distribution channels. Even companies already using other distribution channels envisage no further absorptive capacity in this respect".

8 Vid. http://www.kantarworldpanel.com/es/Noticias/Grupo-Dia-y-Lidl-los-que-mas-crecen-en-2015

9 Vid. la decisión de la *Autoritá* disponible en: http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/I768_acc_imp_ch.pdf/download.html

10 Además, como hemos visto, la CNMC ha menospreciado claramente el papel de las centrales IFA y Euromadi, que ya operan en el mercado.

***facto* conlleva el acuerdo** (cuando las mismas partes han manifestado su intención de dar entrada a otros socios), sin ni siquiera investigar si esta cláusula sigue siendo utilizada por terceros operadores, pese a haber sido uno de los riesgos detectados en el Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores realizado por la autoridad en 2011[11].

Y es que, ante el riesgo de que Dia y Eroski exijan a posteriori un cargo para compensar las diferencias entre los precios de cesión practicados -en esencia, este es el resultado de la cooperación entre ambos distribuidores-, los proveedores tenderán a reducir o incluso a eliminar (sobre todo para las nuevas referencias que salgan al mercado) cualquier disparidad en los precios aplicados a uno y otro operador.

Y si además consideramos que existe entre los proveedores un temor razonable a que este tipo de prácticas se extienda a otros distribuidores (vid. lo ocurrido en Francia), lo cierto es que estos incentivos a la equiparación de los precios podrían extenderse a todo el mercado (de manera que los proveedores tenderían a aplicar los mismos precios de cesión a todos los distribuidores, sin hacer distinciones).

Esto resulta particularmente grave dada la alta sensibilidad de la competencia entre distribuidores minoristas a los riesgos de coordinación, y el hecho de que los precios de compra al proveedor representan una parte importante de los precios de venta al público.

En este sentido, existe ya suficiente literatura que explica los efectos perversos para la competencia -en forma de mayores precios para los consumidores- cuando los proveedores no tienen incentivos a discriminar en precios entre los distribuidores (vid. lo ocurrido en Francia con la Loi Galland que impedía a los proveedores aplicar condiciones diferentes a unos y otros)[12].

Las comparaciones son odiosas

Respecto de la insuficiencia de la instrucción, la comparación entre la Resolución de 14 páginas de la CNMC y el informe de 90 páginas de la autoridad francesa sobre los acuerdos de compra conjunta de marzo de 2015 resulta ilustrativa.

Y también resultan chocantes muchas de las afirmaciones de la Resolución sobre el carácter disperso del mercado de distribución en España (¿quizás porque las cuotas no han sido calculadas correctamente?) o los supuestos estímulos a la innovación de los proveedores confrontados a un acuerdo de compra, si tenemos en cuenta que en el Informe de 2011 la propia CNMC alertaba de que *"existen determinados factores que elevan el riesgo de que, en el largo plazo, predominen, en términos netos, los efectos negativos sobre la competencia y el bienestar del mayor poder de negociación de los distribuidores"*.

Entre estos factores, por cierto, se encontraba el impacto de la marca de la distribución (que no ha dejado de crecer); los perjuicios para la competencia de algunas prácticas comerciales impuestas por los distribuidores como los pagos comerciales, las modificaciones retroactivas no pactadas o las cláusulas de cliente más favorecido (las mismas que se analizan aquí); la existencia de barreras legales a la entrada (que desafortunadamente no han desaparecido), así como de la dificultad de un análisis exhaustivo por la ausencia de reclamaciones de los proveedores debido a la existencia de situaciones individuales de dependencia económica, obstáculo que por primera vez se había conseguido vencer con la denuncia presentada.

[11] Disponible aquí: http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/agricultura/Documents/CNC-MDD.pdf

[12] Sobre este particular, vid. el análisis incluido en la decisión de la autoridad de competencia francesa por la que sanciona a varios fabricantes de productos de gran consumo por acuerdos horizontales de diciembre de 2014, disponible en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14d19.pdf.

Conclusión

En definitiva, sin prejuzgar el resultado final de la investigación, la labor de instrucción realizada por la Dirección de Competencia y que ha servido de base para la resolución del Consejo de la CNMC ha sido insuficiente.

Ciertamente, **se debería haber investigado**, al menos, las siguientes cuestiones:

- Las cuotas de mercado de Dia y Eroski en los mercados de compra, distinguiendo por las 23 categorías de productos tradicionalmente analizadas por las autoridades de competencia europeas; por tipo de marca (MDD o MDF); por tipo de distribución (solo los canales de alimentación moderna).
- El grado de concentración en el lado de aprovisionamiento, considerando únicamente a la alimentación moderna y las segmentaciones mencionadas, así como el impacto de los reagrupamientos en torno a IFA y Euromadi.
- Las cuotas de mercado de las denunciadas en cada uno de los mercados locales y regionales afectados, analizando en detalle la situación en los más de mil municipios en los que estas tendrían una cuota superior al 30%: en qué regiones se encuentran; qué parte del mercado total representan; etc.
- Si es cierto, como afirman las denunciadas, que estas solo han llegado a acuerdos con menos de la mitad de los proveedores, lo que contrasta con el número de expedientes incoados por la AICA.
- Si como consecuencia del acuerdo de cooperación, los proveedores afectados tienen en verdad incentivos para uniformizar los precios de cesión. La CNMC debería haberles pedido los datos sobre sus precios de cesión tanto a las denunciadas como al resto de distribuidores minoristas, respecto de referencias que ya estaban en el mercado antes de septiembre de 2015 (cuando se empezó a ejecutar el acuerdo) y, sobre todo, para las referencias lanzadas al mercado a partir de entonces (en este último caso, el proceso de equiparación de los precios es más sencillo).
- Si otros distribuidores o centrales de compra aplican efectivamente cláusulas de cliente más favorecido, o no.
- La evolución de los precios de venta al público aplicados por las denunciadas en las referencias que se habrían visto afectadas por el acuerdo de cooperación, para comprobar si se ha producido ya un efecto de alineamiento.

Lo anterior no resulta particularmente complejo en la medida en que toda la información mencionada puede ser proporcionada con relativa facilidad y un coste no muy elevado por las propias denunciadas, los denunciantes, los proveedores, así como por diversas consultoras especializadas en el sector como Nielsen, Kantar World Panel o Alimarket.

Madrid, 16 de noviembre de 2016

Diego Crespo
Socio responsable de Derecho de la Competencia
dcrespo@marimon-abogados.com