

PUBLICACIONES

La tercera de GJ

» Acuerdos de gestión por categorías y Derecho de la Competencia. Conclusiones de la autoridad francesa.

Diego Crespo

Socio de CMS Albiñana & Suárez de Lezo
Departamento de Derecho de la Competencia

Artículo publicado en Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
Número 21, mayo-junio 2011
La Tercera de GJ, Págs. 5 y ss.

Acuerdos de gestión por categorías y Derecho de la Competencia. Conclusiones de la autoridad francesa (*)

Una gran superficie encarga a uno de sus proveedores de bebidas refrescantes diseñar la estrategia de comercialización no sólo de sus productos sino también los de sus competidores, esto es, acuerda con él que gestione la categoría de productos a la que pertenece.

Los conocidos como acuerdos de gestión por categorías (AGCs) no son nuevos; desde luego, no en el sector de la gran distribución alimentaria. Lo que sí es relativamente reciente es el interés creciente que las autoridades de defensa de la competencia europea han mostrado por una práctica que, siendo en sí misma procompetitiva, puede servir a comportamientos cuestionables desde el punto de vista del Derecho de la competencia (prácticas excluyentes, intercambios de información, entre otras).

La Comisión Europea menciona los AGC en sus nuevas Directrices sobre restricciones verticales, de mayo de 2010 (1), y el 7 de diciembre de 2010 pasó, la autoridad francesa de competencia después un informe sobre su visión general de los acuerdos de gestión de categorías entre la gran distribución principalmente alimentaria y sus proveedores, culminando así la investigación anunciada el 19 de marzo sobre la incidencia real en el mercado de este tipo de prácticas (2).

Al hilo de este último informe de l'Autorité de la Concurrence, cuyas conclusiones principales se exponen en el apartado II, se pretende hacer una exposición de los principales problemas para la competencia que se asocian a

(*) El autor agradece la colaboración de Patricia Lledo y de Jesús Azaola en la redacción de este comentario.

(1) Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C 130 de 19.5.2010, p. 209.

(2) "État des lieux n° 19 de la DCE du 7 décembre 2010 relatif aux accords de "management catégoriel" entre les opérateurs de la grande distribution à destination alimentaire et certains de leurs fournisseurs", publicado en la dirección: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis10a25.pdf>. El informe se encuentra en las instalaciones de estudio y de difusión de las mejores prácticas en materia de competencia de la autoridad.

El 7 de diciembre 2010 la autoridad francesa de competencia aprobó un informe sobre su visión de los acuerdos de gestión de categorías ("AGC") entre la gran distribución principalmente alimentaria y sus proveedores, culminando así la investigación anunciada el 19 de marzo sobre la incidencia real de este tipo de prácticas en el mercado¹. De esta manera, l'Autorité de la Concurrence se une al conjunto de otras autoridades que han estudiado la compatibilidad de estos acuerdos con la normativa de competencia.

A. ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?²

Como señala la Comisión Europea en sus Directrices sobre restricciones verticales de mayo 2010 (pár. 209), en virtud de los AGC el distribuidor confía a uno de sus proveedores (el "capitán") determinados aspectos de la comercialización de una categoría de productos, incluyendo los productos competidores, con el objeto de establecer una estrategia única de comercialización para todos ellos.

¹ Vid. "Avis n° 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs", publicado en la dirección: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10a25.pdf>. El informe se enmarca en las facultades de estudio y de difusión de las mejores prácticas en materia de competencia de la autoridad.

² Los AGC se desarrollan en los Estados Unidos a mediados de los años 90 en el ámbito de la distribución de productos de gran consumo, sustituyendo a los acuerdos de asociación vertical que vinculaban a un fabricante y un proveedor para reducir los costes fundamentalmente logísticos de distribución.

Entre los aspectos hipotéticamente incluidos en los AGC cabe citar³: (a) *el surtido de productos*: desde la definición de la categoría⁴, pasando por el número de referencias o SKU (*stock keeping units*) a incluir, hasta indicaciones más precisas sobre qué SKUs concretas han de figurar, o por el contrario deben salir del lineal (dependiendo de márgenes, rotación, variedad, etc.);⁵ (b) *la gestión del espacio del lineal*: el espacio dedicado a la categoría y su colocación en tienda, la disposición de los productos y el espacio ocupado por SKU incluyendo los denominados "planogramas" – imágenes visuales de la organización del lineal– que dependerán de la segmentación que se haga de la categoría en función de los criterios de decisión de compra del consumidor (árbol de decisión del comprador); (c) *la política promocional*: tipos de promoción, fechas idóneas, gestión

³ Según se desprende del estudio, no todos los aspectos mencionados forman parte de los AGC entre proveedores y distribuidores. Así, en ninguno de los casos analizados el proveedor ha participado en la recomendación de los precios de reventa (se ha limitado, a lo sumo, a facilitar estudios sobre elasticidades y a recomendar precios de reventa de sus propios productos, especialmente para aquellos que constituyen innovaciones en el mercado y respecto de los cuales, por tanto, los distribuidores no tienen información respecto de su posicionamiento).

⁴ El concepto de "categoría de productos" suele ser bastante amplio, abarcando un conjunto de productos, sustitutivos y/o complementarios entre sí, que responden a una misma lógica de consumo. Así, por ejemplo, se podría hablar de la categoría de productos para el desayuno que incluiría cafés, té, cacao en polvo, cereales, zumos, repostería, etc.

⁵ Por consiguiente, los AGC están, por principio, en contra de las tasas por asignación de espacio a las que se refiere el apartado 203 de las Directrices de la Comisión sobre restricciones verticales.

de las cabeceras de góndola, decoración del lineal; (d) *la estrategia de precios de venta al público*: recomendaciones sobre precios o sobre diferencias entre distintos segmentos u objetivos de rentabilidad por producto, incluyendo la elaboración de análisis de elasticidades por SKU o para toda la categoría; y (e) *la gestión de las marcas del distribuidor*.

B. LAS CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS SOBRE LA SITUACIÓN EN FRANCIA

Según las conclusiones de la investigación, la participación de los proveedores en los AGC se limita a la emisión de meras recomendaciones al distribuidor sobre (algunos de) los aspectos señalados, sin conferir al *capitán* un poder de decisión sobre la política comercial del distribuidor, ni sobre sus propios productos ni mucho menos respecto de los competidores (en este sentido, puede utilizarse la expresión de “*category advisors*”)⁶. Estas recomendaciones –que no siempre responden a una invitación de los distribuidores– se hacen normalmente a nivel de central (para todas las enseñas), si bien los proveedores intervienen a veces más directamente, por regiones o por tipo de enseña, e incluso pueden actuar directamente con su personal en los puntos de venta para adaptar la categoría a las condiciones locales.

Además, el estudio analiza el intercambio de información entre proveedores y distribuidores, el cual constituye el eje sobre el que se sustenta el concepto de *gestión de la categoría*. En efecto, estos se intercambian recíprocamente numerosa información cuantitativa –información histórica o actual sobre ventas, precios, etc., obtenida de consultoras tipo Nielsen, IRI o TNS, de los propios distribuidores o de las sociedades que gestionan los programas de fidelización de las enseñas– o cualitativa (estudios sobre preferencias de los consumidores, evolución esperada de la categoría, etc.). Aún más, algunos de los acuerdos contemplan la entrega por el distribuidor al *capitán* de datos detallados sobre precios de reventa, cantidades vendidas y niveles de stock en tienda, por referencia y de manera bimensual, datos a los que no tendrían acceso el resto de competidores. Por lo demás, todos los consultados niegan que existan intercambios de información sobre las políticas de sus competidores: un mismo capitán para varios distribuidores no compar-

tiría la información que obtiene de cada uno de ellos con los demás⁷.

Sobre la designación de los *capitanes*, el estudio destaca que el procedimiento seguido normalmente es informal y poco transparente. En un número significativo de casos, no existe un capitán como tal, sino que todos –o muchos– de los proveedores de una categoría realizan sus recomendaciones. Y cuando sí existe un único capitán, este es designado de manera “*privada*”: ni los demás proveedores son informados de ello, ni los distribuidores saben si dicho proveedor realiza las mismas funciones para otros detallistas. En cuanto a los criterios de selección, estos son variados: liderazgo en el mercado, presencia en todos o la mayoría de segmentos de la categoría, disponibilidad y recursos puestos a disposición por el proveedor, etc. Por lo demás, la autoridad francesa constata que las prestaciones realizadas por los *capitanes* casi nunca son documentadas contractualmente, ni constituyen servicios remunerados por los distribuidores, como tampoco el gestor pagaría por ser elegido *capitán* (si bien en ocasiones los proveedores sí pagan por acceder a la información facilitada recabada por los programas de fidelización)⁸. Se destaca asimismo que los departamentos de gestión por categorías de los proveedores y de los distribuidores suelen estar desligados de los equipos encargados de la negociación comercial.

Las motivaciones de unos y otros

La autoridad francesa analiza las razones que han llevado a la aparición de estos acuerdos, constatando un desarrollo relativamente tardío en comparación con el mundo anglosajón, y ciertamente desigual (principalmente, en las grandes cadenas de distribución integradas, no así en las cooperativas y grupos de compra, ni en las enseñas más focalizadas en precios bajos). Las razones identificadas son:

⁷ Como señala LÓPEZ HERNÁNDEZ, M.L. “*Gestión por Categorías: Sistemas de Soporte de Decisiones y su Implementación Tecnológica*” (2005), disponible en <http://eprints.ucm.es/tesis/cee/ucm-t28622.pdf>: “*las empresas distribuidoras conocen los datos demográficos de sus compradores finales, sus ventas y su conducta, es decir, cómo compran, dónde, y con qué frecuencia, mientras que las empresas fabricantes conocen el producto, sus tendencias, evolución, posicionamiento y el perfil de los consumidores finales de sus marcas a través de herramientas de investigación que han aplicado durante años como reuniones de grupos, paneles de consumidores, etc.*” (p88).

⁸ Al parecer, los pagos por ser nombrado capitán de la categoría son frecuentes en el mundo anglosajón. Incluso se ha llegado a organizar subastas al respecto entre los proveedores. A este respecto, vid. Sin embargo, en el artículo de STEINER R.L. “*Category Management – A Pervasive, New Vertical/Horizontal Format*” (2001), disponible en <http://www.antitrustinstitute.org/files/115.pdf>.

⁶ Esta sería, al parece, una diferencia importante entre la práctica francesa y la anglosajona, en la que la delegación formal de las facultades de gestión de la categoría al proveedor es más frecuente.

- El mayor volumen y grado de sofisticación de la información manejada, que lleva a los distribuidores a buscar apoyo en los proveedores para realizar análisis más detallados;
- La madurez de algunas categorías, que obligan a buscar nuevas vías de crecimiento o, al contrario, las estrategias de diferenciación de los proveedores (productos “bio”, cambios de formatos, etc.) que exigen una mayor capacidad de respuesta de parte de los distribuidores;
- El contexto de crisis económica y el cambio de las relaciones entre ambos operadores, que han llevado a una mayor alineación de sus intereses para proteger el nivel de ventas, desplazando la competencia en precios por la mayor diferenciación entre enseññas de distribución.

De manera más específica, para los distribuidores, dos son las razones principales para que les llevan a adoptar acuerdos de este tipo: (i) en primer lugar, la mayor *expertise* sobre la categoría del proveedor⁹, quien dispone de estudios sobre el comportamiento de los compradores, evolución de la categoría, nuevas tendencias del mercado, efectos de la estacionalidad, políticas de promoción más efectivas, etc., que se derivan tanto de sus propias investigaciones, como de la información que obtienen sobre las técnicas de comercialización de sus productos que existen en el conjunto de los distribuidores; y (ii) en segundo término, la búsqueda de economías al externalizar una serie de funciones que podrían realizar ellos mismos, pero que obtienen gratuitamente, como hemos visto, por parte de los proveedores.

En cuanto a los proveedores, el estudio comienza por destacar el elevado coste que supone la realización de las funciones típicas del capitán de categoría (dedicación de entre 4 y 10 personas por cada gran distribuidor) lo que justifica que sean principalmente las grandes empresas de consumo –y no las pymes– las que se embarquen en este tipo de actividades. El estudio destaca varias razones. Primero, el interés de promover el conjunto de la categoría, indicando los principales ejes de crecimiento y promoviendo una mejor adaptación de la oferta a la demanda para aumentar el nivel de ventas (aumento que beneficia al conjunto de pro-

veedores y al distribuidor)¹⁰. Y en segundo lugar, el desarrollo de una relación *privilegiada* con el distribuidor lo que, según la autoridad, se traduciría en una cierta ventaja competitiva al permitirle anticiparse mejor a las estrategias de comercialización del propio distribuidor (pues tiene acceso a información relevante mucho antes que los demás proveedores) y acceder a determinada información en *exclusiva* (datos estadísticos más detallados sobre ventas, etc.). Por otra parte, la autoridad destaca como incentivo adicional para el proveedor el hecho de que el desarrollo de una relación de este tipo facilita la negociación comercial con los distribuidores (las partes se perciben mutuamente como colaboradores y no como enemigos)¹¹. Estas dos últimas razones explican que sea el propio capitán quien sufrague, por lo general, el coste de la implantación de la gestión por categoría¹².

Los AGC ¿sirven para algo?

Finalmente, la autoridad francesa ha analizado la información cuantitativa facilitada por las empresas con la intención de estudiar la evolución de las ventas de la categoría antes y después de poner en marcha los AGC, y de comparar las ventas entre aquellos distribuidores que sí han alcanzado un AGC con los que no. Pues bien, las conclusiones alcanzadas son que los efectos de los AGC son, por lo general, poco significativos, y ello con independencia de los parámetros de comparación considerados (número de referencias, precios, volúmenes, cifra de ventas del conjunto de la categoría, cuotas de mercado de los diferentes proveedores, etc.). En particular, el estudio destaca que no se puede concluir que el capitán de la categoría haya podido aumentar los precios de sus productos, o haya aumentado su cuota de mercado. En todo caso, la autoridad advierte que esta conclusión debe ser acogida con cautela, dadas las limitaciones del análisis estadístico realizado.

¹⁰ En relación con ello, algunos fabricantes sostienen que la gestión por categorías puede servir a los proveedores fabricantes para realzar el valor de sus marcas y diferenciarse así de las marcas de la distribución.

¹¹ Esto lo dicen algunos proveedores. La respuesta de los distribuidores no es tan clara, y de hecho niegan en muchas ocasiones que los *capitanees* gocen de un estatus preferente, pues la negociación comercial y los AGC son cuestiones que se mantienen desligadas. Si la primera no funciona, resulta irrelevante que las partes tengan proyectos de gestión por categorías conjuntos. En contra, vid. LÓPEZ HERNÁNDEZ, M.L. “Gestión por Categorías...” p88.

¹² No obstante, parece que existen casos (en España) en los que el coste de implantación de la gestión por categorías ha sido repartido, o así se ha pretendido, entre todos los proveedores. Esta circunstancia no se ha detectado en el estudio de la autoridad francesa, por lo que se ha pronunciado sobre sus efectos sobre la competencia.

⁹ Piénsese en que los distribuidores –alimentación moderna– tienen que gestionar más de 100 categorías al mismo tiempo, mientras que los fabricantes se concentran en unas pocas.

C. ANÁLISIS DESDE LO ÓPTICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Independientemente de las conclusiones sobre el alcance real de los AGC en el mercado francés, la autoridad de competencia destaca cómo algunas de las características de estas colaboraciones podrían suscitar, según cómo se ponen en práctica, objeciones desde la óptica del derecho de la competencia.

El marco de análisis contenido en las Directrices sobre restricciones verticales

Con carácter general, los AGC se benefician de una exención en virtud del Reglamento (UE) nº 330/2010, de la Comisión, de Exención por Categorías sobre acuerdos verticales cuando las cuotas de mercado del proveedor y del comprador no exceden del 30%. Por encima de este umbral, es necesario analizar los efectos restrictivos –riesgos de exclusión y de colusión– y las eficiencias derivadas de los AGC. A continuación nos centramos en los potenciales efectos restrictivos, no sin dejar de destacar la necesidad de considerar las eficiencias derivadas de este tipo de acuerdos que, a pesar de lo que señala la autoridad francesa, algunos autores señalan como muy significativas.

Riesgos de exclusión

El capitán puede perjudicar la distribución de productos de proveedores competidores gracias a su influencia sobre las decisiones del distribuidor, riesgo que será mayor cuando el propio distribuidor compita como fabricante de marca blanca, al aumentar los incentivos conjuntos para excluir a ciertos proveedores, en especial de productos de gama intermedia (vid. apartado 210 de las Directrices)¹³. En cuanto a los escenarios susceptibles de generar un riesgo de exclusión, la autoridad señala:

(i) **La posibilidad de influir sobre la colocación de los productos dentro de la tienda.**

La participación de un proveedor en la colocación de los productos en la tienda puede derivar en prácticas de acaparamiento que, en su caso, podrían constituir una restricción vertical prohibida (si existe acuerdo explícito o implícito con el distribuidor), un acto de competencia desleal o inclu-

so un supuesto de abuso de posición de dominio. Para realizar la autoevaluación, como dicen las Directrices, debe recurrirse a los criterios usados para las *cláusulas de marca única*, si bien la autoridad francesa destaca dos especificidades de los AGC que podrían justificar un análisis aún más severo: el proveedor no solo puede acaparar espacio en detrimento del *conjunto* de otras marcas, también puede atacar las SKUs *concretas* que en cada momento le interese¹⁴; además el capitán puede disponer de datos precisos sobre las estrategias de sus competidores. Así, si el capitán tuviera posición de dominio, sería imposible que estas prácticas puedan ser contestadas¹⁵. En última instancia, la

¹⁴ Vid. lo que se señala en la nota a pie siguiente sobre el caso *Conwood*. Téngase en cuenta que los AGC suponen, en el peor de los casos, una cláusula de exclusividad o marca única atenuada, por cuanto normalmente no implican la expulsión de las marcas competidoras de los lineales.

¹⁵ En este sentido, cabe citar el asunto más emblemático en materia de acuerdos por gestión de categorías, *Conwood Co. L.P. c. United States Tobacco Co.*, 290 F.3d 768 (6th Cir.2002), por el que se condenó a U.S. Tobacco a pagar 1.050 millones de dólares (el triple de los daños sufridos), como dominante en el mercado de tabaco de mascar, por haber perjudicado la visibilidad y presencia y haber realizado presentaciones denigratorias de los resultados obtenidos por los productos competidores, y todo ello a pesar de que la cuota de mercado de Conwood había aumentado y que las prácticas excluyentes se habían llevado a cabo aparentemente de manera esporádica. El Tribunal Supremo norteamericano destacó que no es necesario demostrar el daño realmente causado a los consumidores si este puede deducirse directamente de la naturaleza de la práctica en cuestión.

En idéntico sentido, vid. el párrafo 22 de la Comunicación sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 102 del Tratado a la conducta excluyente de las empresas dominantes: “*En ciertas circunstancias no es necesario que la Comisión efectúe una evaluación detallada antes de concluir que es probable que la conducta perjudique a los consumidores. Si resulta que la conducta no puede sino crear obstáculos a la competencia y que no genera ninguna eficiencia, cabe deducir que produce un efecto anticompetitivo. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si la empresa dominante impide que sus clientes prueben los productos de los competidores o si ofrece incentivos económicos a sus clientes a condición de que no prueben esos productos, o si paga a un distribuidor o a un cliente para que retrase la introducción del producto de un competidor.*”

Para un análisis crítico del caso *Conwood*, vid. KLEIN B., WRIGHT J., “*The Antitrust Law and Economics of Category Management*”, publicado en *American Law & Economics Association Annual Meetings* (2004), disponible en http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/06-38.pdf.

Para los autores, los AGC serían una forma (más) eficiente (comparada con la asignación en exclusiva o cláusula de *marca única*, por cuanto garantiza la variedad de productos) que tiene el distribuidor de “vender” el espacio disponible en los lineales a un determinado fabricante, asegurándole que va a respetar el acuerdo de venta y reduciendo los costes de monitorización del acuerdo. Al constituir una cláusula de *marca única* de efectos *atenuados*, su enjuiciamiento por las autoridades de competencia debería ser menos severo (en contra de lo que dice la autoridad francesa). Según los autores, si lo anterior se hubiera tenido en cuenta en el caso *Conwood*, las autoridades norteamericanas deberían haber reconocido que no se trataba de un caso de defensa de la competencia, sino de una cuestión de derechos de daños (los infligidos por UST a Conwood) puesto que no se habría demostrado la existencia de efectos excluyentes suficientes. Y téngase en cuenta que el derecho de daños no da lugar a indemnizaciones triples, como sí ocurre con las violaciones de las normas antitrust.

¹³ No obstante, según la investigación realizada en España, no es posible determinar si la implantación de un sistema de gestión por categorías supone un aumento o una disminución del número de SKUs en el lineal (depende de cada caso en particular).

autoridad considera que las eficiencias derivadas de una delegación al capitán de la colocación física de los productos son limitadas y, por tanto, difícilmente justifican los efectos restrictivos que pueden provocar.

(ii) Denigración de los competidores con ocasión de las recomendaciones realizadas;

La autoridad destaca la facilidad con la que pueden desarrollarse estas prácticas por cuanto los AGC suponen la realización de numerosos estudios comparativos entre productos en función de su localización, precio, política promocional, etc. Así, y en particular para los estudios cualitativos o particularmente complejos (p.e. estudio de elasticidades), los riesgos de que el capitán pueda falsear los resultados son elevados, especialmente si no se comparte la información de base de los estudios con el distribuidor (de manera que este pueda verificar las recomendaciones del capitán). El falseamiento de los datos con fines denigratorios es susceptible de ser castigado como un acto desleal o, en su caso, abuso de una posición de dominio, por lo que los capitanes deberán fundamentar sus recomendaciones sobre datos verificables, tomándose precauciones especiales cuando se lleven a cabo comparaciones entre productos (p.e. facilitar la información de base al distribuidor para que puede comprobar).

(iii) Acceso exclusivo a información relevante

Los intercambios de información entre el distribuidor y el capitán que versan sobre las intenciones futuras del distribuidor, o los comportamientos recientes de los competidores, confieren una ventaja significativa al capitán, que podría calificarse de indebida si las informaciones intercambiadas no fueran estrictamente necesarias para la ejecución del AGC y siempre que los demás competidores no tengan acceso a dicha información. Por ello, la autoridad recomienda que cuando la cuota del proveedor (o del distribuidor) supere el umbral del 30%, los intercambios se limiten en su precisión y en su grado de actualización para evitar que puedan ser calificados como una práctica restrictiva de la competencia.

Sin embargo, la consideración de los AGC como cláusulas de marca única *atenuadas*, como hacen los autores y como parece deducirse de las Directrices de la Comisión, no tiene en cuenta los beneficios conjuntos derivados de los AGC para el conjunto de la categoría que se derivarían de una gestión más eficiente por parte del capitán, ni tampoco otros aspectos típicos en los AGC como son los intercambios de información sobre la competencia o la posibilidad por parte del capitán de actuar selectivamente contra sus competidores.

(iv) La opacidad que caracteriza el funcionamiento en la práctica de estos acuerdos

Finalmente, la autoridad destaca la falta de transparencia que existe en relación con los AGC –no se sabe cómo se designan los capitanes e, incluso, se desconoce su misma existencia– y que impide que aquellas empresas que hayan podido ser víctimas de los efectos de exclusión mencionados puedan ser conscientes de ello y reaccionar en consecuencia. Por ello, y aunque ello pudiera facilitar la coordinación a nivel horizontal entre fabricantes y/o entre distribuidores, la autoridad considera recomendable que la decisión de nombrar a un capitán se haga de manera pública (sin que necesariamente se informe de quién ha sido el proveedor elegido) y que las funciones a desempeñar se consignen de manera detallada en un documento contractual firmado por las dos partes.

Riesgos de colusión

Como se ha dicho, los AGC pueden facilitar la concertación entre distribuidores o entre los propios proveedores. Estos riesgos son tanto más elevados cuanto mayor sea el poder de decisión conferido al capitán.

(i) Colusión entre distribuidores

Este es el principal riesgo identificado por la autoridad francesa (vid. también párrafo 211 de las Directrices). Cuando un mismo proveedor actúa como capitán para varios distribuidores, puede servir de enlace entre todos ellos, constituyendo punto de referencia común en la adopción de las decisiones comerciales. Si bien el hecho de que el distribuidor no delegue su política comercial en el capitán reduce los riesgos de colusión, no los elimina, pues los intercambios de información y las recomendaciones del capitán pueden servir como vía de comunicación permitiendo que se reduzca la incertidumbre sobre el comportamiento de los distribuidores (por ejemplo, el capitán podría informarles sobre una elevación de los precios o una reducción del surtido, lo que desembocaría en una práctica concertada trilateral o caso de *hub & spoke*, que a la postre permitiría un aumento de los precios mayoristas). Y poco importa que el estudio realizado ponga de manifiesto que los capitanes no efectúen recomendaciones sobre los precios de venta, pues las posibilidades de ponerse de acuerdo sobre otros aspectos son múltiples y los riesgos para la competencia muy elevados.

Las empresas consultadas reconocen haber adoptado medidas de seguridad, sujetando los intercambios de información a cláusulas de confidencialidad recogidas incluso en los contratos laborales con el personal encargado. No obstante, la autoridad francesa descarta que estas “murallas chinas” puedan resultar efectivas, pues los departamentos de las empresas implicadas suelen organizarse por categorías (una misma persona es la responsable ante varias enseñanzas de distribución). Asimismo, la autoridad destaca que el hecho de que no existan relaciones de exclusividad (una misma cadena de distribución puede recibir recomendaciones de varios capitanes de categoría) no elimina tampoco los riesgos de colusión, pues lo relevante es que un mismo proveedor actúe como capitán para varias cadenas.

Finalmente, la autoridad propone como remedio para reducir los riesgos mencionados que los distribuidores se abstengan de comunicar cualquier tipo de indicación respecto al grado de seguimiento de las recomendaciones recibidas, incluyendo cualquier dato estadístico que permita apreciar, de una manera suficientemente rápida, el grado de seguimiento.

(ii) Colusión entre proveedores

En principio, la autoridad francesa considera que los riesgos de colusión entre los proveedores derivados de la implantación de los AGC son menores. Por varios motivos: los distribuidores son los que mantienen –según la investigación– el poder de decisión último sobre su política comercial; las reuniones mantenidas entre fabricantes y distribuidores suelen ser bilaterales (no intervienen varios proveedores al mismo tiempo); lo normal es que cada distribuidor trabaje con un único capitán de categoría; y por último, los distribuidores no tienen por lo general interés alguno en que los proveedores se pongan de acuerdo sobre sus políticas comerciales. No obstante, también se reconoce que algunos proveedores pueden tener acceso, en su condición de capitanes, a información muy detallada, la cual le permitiría detectar y reaccionar de manera muy precisa (por tienda) y muy rápida ante cualquier iniciativa comercial de un competidor. De esta manera, el proveedor capitán –cuya posición se ve así reforzada– puede disuadir a sus competidores de poner en marcha estrategias más agresivas, facilitando el entendimiento tácito entre ellos. Por lo demás, ello será particularmente “peligroso” en aquellos mercados en los que tradicionalmente se ponen de manifiesto este tipo de riesgos (oligopolios con fuertes barreras de entrada). Y para prevenir estos riesgos, la autoridad recomienda de nuevo que los distribuidores no faci-

ten a los capitanes informaciones que permitan conocer la política comercial de sus competidores, especialmente cuando no sea necesario para el desarrollo de los AGC. Finalmente, la autoridad francesa se plantea el caso en el que el distribuidor es también competidor del capitán, por ser fabricante de marca blanca. Aquí, la recomendación pasa porque no se intercambie información sobre actuaciones futuras, sin que, una vez más, se considere como remedio efectivo el eventual establecimiento de murallas chinas dentro de la empresa.

Conclusiones

El análisis de la autoridad francesa sigue en gran medida los estudios realizados por otras autoridades de competencia en el pasado, como pueden ser la Federal Trade Commission (FTC) –v. el estudio “*Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry*”, febrero 2001, así como el artículo del Comisionado Thomas Leary, “*A second look at Category Management*” de mayo 2004–; la Competition Commission del Reino Unido –en sus estudios de 2000 “*Supermarkets: A Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom*” y de 2008 “*Market investigation into the supply of groceries in the UK*”–; el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (vid. en particular el epígrafe 9.3.3. del Informe “*La Distribución de bienes de consumo diario: competencia, oligopolio y colusión tácita*” de abril 2009¹⁶) o la propia Comisión

¹⁶ <http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-14000/es/contenidos/informacion/infomercados/es/infomerc/adjuntos/090420%20DISTRIBUCION%20COMERCIAL%2020%20ABRIL%202009%20FINAL.pdf>. En relación con dicho informe, recogemos aquí las conductas que el Tribunal Vasco considera como restrictivas de la competencia (conductas 29 a 33, p. 226 y 227), no sin antes advertir que no podemos estar de acuerdo con las conclusiones alcanzadas por cuanto prescinden del análisis de la posición del proveedor y de la valoración de las eventuales eficiencias generadas por los AGC.

“(29) Los proveedores que lleguen a un acuerdo de gestión de la misma categoría (“category captain”) con más de una empresa de la distribución incurrirán en un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.

(30) Los terceros (por ejemplo, empresas consultoras) que lleguen a un acuerdo de gestión de la misma categoría (“category captain”) con más de una empresa de la distribución incurrirán en un acuerdo anticompetitivo salvo que puedan demostrar la existencia de mecanismos internos que garanticen absolutamente una gestión independiente de las categorías de los clientes.

(31) Los pagos al distribuidor por gestión de categorías es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.

(32) Los pagos al “category captain” relacionados con su función, por parte de otros proveedores es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.

(33) Las decisiones o recomendaciones del “category captain” encaminadas a favorecer sus productos sin tener en cuenta la demanda de los con-

Europea, en las nuevas Directrices sobre acuerdos verticales a las que ya nos hemos referido (párrafos 209 a 213).

En este sentido, todos los análisis coinciden en que, más allá de las eventuales eficiencias que se generen¹⁷, los riesgos para la competencia derivados de los AGC son significativos, tanto desde el punto de vista de sus efectos excluyentes como de las mayores posibilidades que existen de colusión a nivel de proveedores pero sobretodo, dice la autoridad francesa, respecto de las posibilidades de coordinación entre distribuidores, a través de las prácticas de *hub&spoke* antes mencionadas¹⁸.

sumidores, son un abuso de posición dominante y/o acuerdo anticompetitivo”.

¹⁷ En cuanto a España, vid. los estudios a los que se hace referencia en LÓPEZ HERNÁNDEZ, M.L. “*Gestión por Categorías...*” p211. Así, para la empresa DANONE, el estudio de ROMEU de 1998 señala que tras tres años de implantación de AGC en cien establecimientos de ocho cadenas de distribución, los resultados eran de: (i) crecimientos en ventas que llegaran al 20%; (ii) disminución de existencias en un 15%; (iii) disminución en los costes logísticos; (iv) Reducción de roturas de stock. Por otro lado, el estudio de NAVAS también de 1998 para GALLINA BLANCA PURINA sobre la categoría de alimento para animales señalaba que la implantación de los AGC podrían aumentar las ventas por metro cuadrado en los hipermercados de 900.000 ptas. hasta los 2 millones, y en los supermercados de las 500.000 a las 900.000 ptas.

Asimismo, en cuanto al propio estudio realizado por LÓPEZ HERNÁNDEZ, se señala lo siguiente (p294): “*En nuestro trabajo hemos conseguido evaluar la efectividad de la GpC en las empresas detallistas de productos de gran consumo que pertenecen a la gran distribución generalista y las empresas fabricantes de droguería-limpieza y perfumería-higiene que operan en España, obteniéndose que la mayor parte incrementaron sus ventas en sus últimas experiencias de implantación de GpC. Adicionalmente, se observó que la mayoría de las empresas que utilizan GpC ocupan los primeros lugares en el ranking de ventas, detectándose que para ambos tipos de empresa (fabricantes y detallistas) existe dependencia entre la utilización de GpC y el lugar ocupado en el “ranking de ventas”, lo que induce a pensar, que la GpC es percibida por empresas líderes como un proceso que contribuye en el logro de producir mejores resultados empresariales*”.

¹⁸ Ello tiene sentido por cuanto los propios distribuidores no tienen incentivos –y por tanto adoptarán naturalmente las medidas necesarias para defenderse de ello– para permitir los denominados riesgos de exclusión (en los que el capitán de la categoría se beneficia consciente e interesadamente a sí mismo en perjuicio de los productos competidores pero también del propio distribuidor). A este respecto, téngase en cuenta al mismo tiempo el riesgo reputacional que está corriendo el capitán de la categoría, cuyas maniobras pueden ser además rápidamente detectadas por el distribuidor en función de los resultados obtenidos. En el mismo sentido, vid. KLEIN B., WRIGHT J., “*The Antitrust Law...*” (los autores exponen –criticándola– la doctrina desarrollada jurisprudencialmente en EUA sobre la adecuación del espacio reservado en el lineal a la cuota de mercado como forma de asegurar que no estamos ante un comportamiento excluyente; a este respecto, los autores consideran que es necesario tener en cuenta la “*mínima escala eficiente*” en la distribución). Por tanto, solo existirían riesgos de exclusión en los supuestos en los que el capitán dispusiera realmente de una posición de dominio (significativa) en el mercado. Y en cuanto al riesgo de colusión entre fabricantes, nos remitimos a las razones expuestas por la autoridad francesa.

No obstante, el remedio que se ha planteado a este respecto –que los detallistas no faciliten información sobre el grado de implementación de las recomendaciones– no parece el más adecuado desde el punto de vista de la eficiencia, ni de los propios AGC –pues dificulta la posibilidad de reaccionar rápidamente y adaptar las recomendaciones en función de los resultados obtenidos y desincentiva al fabricante a dedicar importantes recursos a esta tarea si no se asegura, y puede comprobar, que sus recomendaciones serán atendidas en una proporción significativa–, ni de la solución propuesta –no parece que muy complicado comprobar en las tiendas el grado de cumplimiento de las recomendaciones dadas¹⁹–.

Por nuestra parte, a los efectos de reducir, que no eliminar, los riesgos mencionados, entendemos que cabe efectuar las siguientes recomendaciones:

- Primeramente, y aunque parezca un tanto ingenuo, deben aumentarse los esfuerzos para concienciar a fabricantes y distribuidores sobre los riesgos asociados a los AGC, pues la experiencia demuestra que las infracciones de competencia responden en muchos casos, si no a un desconocimiento sobre la anti-juridicidad de la conducta, sí al menos a la creencia de que las prácticas son *indetectables* por las autoridades.
- En segundo lugar, salvo raras excepciones muy justificadas, los AGC deberían limitarse a la emisión de recomendaciones y, por tanto, no deben permitir que sea el proveedor quien tome las decisiones en nombre del distribuidor.
- Por lo demás, resulta aconsejable que estas recomendaciones no abarquen una cuestión tan *delicada* como son los precios o márgenes de las distintas SKU, sobre todo cuando tales recomendaciones e intercambios de información afecten a productos competidores (incluida la marca del distribuidor).
- Además, los acuerdos entre proveedor y distribuidor deben dotarse de mayor transparencia (a pesar de que, con razón, algunos argumenten que una mayor transparencia es *un arma de doble filo* en la medida en que también podría facilitar resultados colusorios).

¹⁹ Existen herramientas informáticas muy sofisticadas que permiten realizar un exhaustivo seguimiento del grado de implementación de las recomendaciones por el distribuidor.

Es preferible no solo que se sepa que existe un capitán de categoría, sino que todos los operadores deberían saber quién es, de forma que su actuación quede sometida al escrutinio de los competidores (particularmente, de aquellos que no tienen los recursos suficiente para embarcarse en una aventura similar) y eventualmente de las autoridades (sobre todo si un único proveedor actúa como capitán para varios distribuidores).

- En relación con lo anterior, las relaciones entre las partes deberían regularse en un contrato escrito en el que se establezcan con claridad las funciones de cada una de ellas. Y a los efectos de reducir los riesgos de exclusión, el contrato debería obligar a facilitar la información que ha servido de base para efectuar las recomendaciones.
- Además, y aunque la autoridad francesa se muestre escéptica, las empresas deberían desarrollar códigos internos de conducta y “murallas chinas” que dificulten la transmisión de información a nivel horizontal²⁰.
- Y por idénticas razones –riesgos de colusión a nivel horizontal– debe evitarse cualquier mecanismo que pretenda repartir el coste de la gestión por categorías entre varios proveedores (en este sentido, y con independencia de la posible existencia de varios “*category advisors*”, las relaciones entre proveedores y el distribuidor deben ser estrictamente bilaterales)²¹.
- Finalmente, las partes deben abstenerse de transmitirse información confidencial. Así, el fabricante no facilitará información sobre otros distribuidores y estos no darán acceso a información confidencial sobre otros fabricantes (especialmente, información sobre precios netos de cesión, pvps futuros, promociones o lanzamientos previstos, etc.), incluyéndose a si mismos en esta categoría cuando participen en el mercado con marcas blancas o de la distribución.

Más información

Diego Crespo

diego.crespo@cms-asl.com

²⁰ Las “murallas chinas” aparecen recomendadas en el estudio de la FTC 2001.

²¹ Esto ya se desaconsejaba en el estudio de la Competition Commission 2000.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España

T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid, Sevilla y Marbella. Combinamos tradición y vanguardia, experiencia e innovación, como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.

Con más de 90 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.

Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana y Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS, organización de los mayores despachos europeos independientes y cuya ambición es ser reconocida como la mejor firma de servicios legales y fiscales en Europa.

www.cms-asl.com

CMS oficinas y oficinas asociadas: **Ámsterdam, Berlin, Bruselas, Londres, Madrid, París, Rome, Viena, Zurich**, Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Colonia, Dresde, Dusseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Munich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofia, Stuttgart, Utrecht, Varsovia y Zagreb.