



Informe N°66/012

Montevideo, 1° de Noviembre de 2012.

ASUNTO 2008/2070: Osanil S.A. c/ FNC S.A.

1. ANTECEDENTES

Vienen para informe técnico las presentes actuaciones a fin de “expedirse sobre verificación, marco legal y posibles justificaciones o razones de eficiencia económica de la práctica denunciada como “prohibición de ofrecer productos de marca Heineken en el comercio minorista”.” (fs. 1416).

2. ANÁLISIS

2.1.- Primeramente antes de realizar el informe solicitado, cabe señalar que el objeto de estas actuaciones comprende el análisis de las conductas detalladas en la Resolución N° 17/09 (fs.395) de la CPDC, correspondiendo la referida en la solicitud del informe, la señalada en el numeral I “Prohibición de ofrecer productos marca Heineken en el comercio minorista”; por lo cual el hecho de que se analice únicamente la indicada en los antecedentes, no implica desconocer la pertinencia de estudio futuro sobre las restantes, e inclusive respecto de otras posibles infracciones a la ley de Competencia que puedan apreciarse en las actuaciones realizadas, como por ejemplo fijación de precios.

2.2.- Se aclara además que el presente informe se ha realizado a la luz de las probanzas diligenciadas y al estudio económico desarrollado en estas actuaciones (informes números 88/011 y 55/012), con el fin de determinar si la mentada práctica se verifica en los comercios minoristas; destacándose que el mismo

medio probatorio podría estar relacionado a la determinación sobre el cometimiento o no de otras inconductas.

2.3.- La conducta a estudiar se enmarca dentro del mercado relevante, según informe N° 9/010.

2.4.- Las pruebas diligenciadas hasta el momento, relacionadas a la práctica estudiada son:

Documental:

- △ Actas Notariales e informes con estudios varios.

Informes por Oficio:

- △ Respuesta de los comercios minoristas de Montevideo (fs. 770 a 791, 796 a 797, 800, 968, 969).
- △ Datos proporcionados por las partes (FNC - OSANIL) sobre ventas y bonificaciones por comercios de Montevideo y Zonas aledañas.
- △ Respuestas enviadas por los comercios de Salto y Paysandú (1004 a 1016, 1027 a 1070, 1141 a 1144, 1147).
- △ Encuestas realizada por Distribuidores de FNC, a sus clientes de Salto y Paysandú. (fs. 979 a 1001).
- △ Respuestas de distribuidores de FNC, en Montevideo, Salto y Paysandú. (fs. 887, 924 a 926, 1165, 1167).

Testimonial:

- △ la que luce a fojas 1287 a 1301.

2.5.- Esta práctica - prohibición realizada a los comercios minoristas, de vender productos de una marca competidora - se aprecia como una restricción a la competencia de tipo vertical entre agentes que operan en distintos niveles de la cadena de distribución. Su análisis, en el caso particular que nos ocupa, requiere considerar la posición de mercado de FNC y de sus competidores, así como evaluar la potencialidad del daño de la misma en términos de la exclusión de sus competidores -actuales y potenciales- y del bienestar de los consumidores.

2.6.- Mediante esta práctica operaría un aumento “artificial” de los costos de sus competidores en términos relativos, propiciando un incremento en los precios de sus productos, generando de este modo una reducción artificial de la competitividad de las cervezas competidoras, aumentando las ya elevadas

barreras a la entrada del sector; obsérvese los datos que surgen de estas actuaciones referidos a inversiones en activos, publicidad, así como también la necesidad de contar con una red de distribución eficiente para colocar los productos en el mercado. Las bonificaciones condicionadas que habría ofrecido FNC, no se vincularían directamente con la venta de sus propios productos, sino con aspectos ajenos a los mismos referidos a las cervezas competidoras.

De esta manera, con éste accionar se podría llegar a bloquear el ingreso de los competidores de FNC al mercado, dada la importante posición que ésta ostenta en el ámbito nacional; extremo que resultó de manifiesto en el expediente de autos, e inclusive fue reconocido por la propia denunciada al declarar a fj. 359 vto. “...teniendo una participación en el mercado total del Uruguay de un noventa y siete por ciento...”

2.7- Para estas asesoras, del estudio particular de cada medio probatorio y de su análisis en conjunto, resulta en el caso que nos ocupa acreditado el hecho de que FNC ofrecía bonificaciones (premios en productos) a comerciantes minoristas, a cambio de la limitación de la venta o incluso exhibición de productos – cervezas- de sus competidores. Pudo apreciarse que la exigencia impuesta por FNC, no implicaba únicamente la exclusión absoluta de las marcas competidoras, también se ofrecían diferentes descuentos según el grado de presencia en el comercio.

2.8- La política general de bonificaciones desarrollada por FNC, se llevó a cabo de manera flexible y selectiva, aplicando diferentes parámetros (además del volumen de ventas, se consideraban aspectos como: exhibición, cartelera, promociones especiales, ubicación del local, etc.) tal como surge de toda la probanza testimonial que luce a fs. 1289 a 1294.

2.9.- Dentro de esta política general de bonificaciones, encontramos comprendida la conducta anticompetitiva de impedir la venta o la presencia de productos de la competencia, resultando probada la aplicación de bonificaciones que en general rondaba en torno al 2% de las ventas, e incluso en ocasiones se podía ver aumentado dicho porcentaje por la eliminación total de venta. Todo lo antes dicho, coincide coherentemente con las declaraciones aportadas por acta notarial que acompañan la denuncia de Osanil (fs. 68 a 72 vto.).

2.10- La conducta señalada habría quedado verificada en el período comprendido entre los años 2007 y 2008, debiéndose señalar que de los documentos agregados a fs.968 y 969, podría inferirse que la misma se vendría llevando a cabo con anterioridad (años 2005-2006), no pudiendo precisar con exactitud si continuó sucediendo.

2.11- En relación a las respuestas dadas por los comercios de Salto y Paysandú, se advierte que existen dos tipos: i) aquellas brindadas directamente por los minoristas a la CPDC (21 respuestas, sobre un total de 100) y ii) aquellas brindadas a través de los propios distribuidores de FNC en base a la encuesta realizada por éstos a sus clientes (19 respuestas). Sobre las respuestas i) cabe precisar que aunque algunos comerciantes recibieron bonificaciones, ningún comerciante declara haber recibido algún tipo de imposición por parte de FNC, aunque vale destacar que ninguno de ellos vendía Heineken.

Asimismo destacamos que analizando las fechas de envío del cuestionario, se advierte que los distribuidores habrían encuestado a algunos comerciantes con las preguntas del oficio enviado a los comercios, antes de que éstos recibieran el oficio desde la CPDC.

En cuanto a la ii) existen dudas razonables sobre su objetividad, debido a que el propio interesado y proveedor fue quien formuló las preguntas. Para mayor abundamiento ver informe número 98/011.

2.12- Al analizar las respuestas de los comercios de Montevideo y los datos de ventas y bonificaciones para este departamento y zonas aledañas, surgen evidencias de la existencia de una política de otorgamiento de bonificaciones asociadas al grado de venta e incluso no venta de la marca Heineken. (fs. 776, 779,783, 786, 968, 969).

2.13- Los datos de ventas y bonificaciones aportados por las partes se analizaron en los informes económicos 88/011 y 55/012. A partir de los análisis efectuados se concluyó que no corresponde descartar la existencia de la práctica en los comercios analizados, aclarándose que existen diversos aspectos que limitan la evaluación de esta conducta a partir de dichos datos. Por un lado, los datos de ventas y bonificaciones de ambas partes presentan distinta frecuencia temporal, por otro lado, las políticas de bonificaciones de FNC -como ya se dijera-

no eran fijas ni uniformes, no existiendo datos respecto de otras variables que podrían influir sobre las bonificaciones y las ventas de FNC y Osanil.

2.14- Resulta probado el hecho de que algunos comercios se vieron forzados a aceptar las condiciones impuestas por FNC, porque sino tendrían un incremento en sus costos, que de no poder trasladarlo a los precios cobrados al consumidor final, harían que dejaran de ofrecer algunos de los productos de FNC, lo cual resulta bastante restrictivo dada la predominancia de éstas cervezas en el mercado interno.

2.15- Esta práctica, también perjudicaría a los consumidores en tanto no tendrían posibilidad de elegir entre las marcas de FNC y las de la competencia. Además, dada la relevancia de FNC en el mercado, una vez que ésta impide el ingreso de otras marcas, eventualmente estaría en condiciones de modificar los precios, de acuerdo a sus intereses.

2.16- Corresponde precisar que en la norma de Orden Público de Promoción y Defensa de la Competencia -Nº 18.159-, el legislador estipuló claramente en su artículo 2º que quedan prohibidas “...todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, **que tengan por efecto u objeto**, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir, la competencia actual o futura en el mercado relevante...” -resaltados nuestros-. Por tanto, las conductas serán pasibles de observación tanto en lo que atañe a sus **efectos** como a su **objeto**. Vale decir, que se entiende anticompetitivo aquel comportamiento que produzca efectos negativos (“restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir, la competencia actual o futura en el mercado relevante”), como el que sin haber llegado a esto, se realice con el objetivo de un eventual perjuicio competitivo.

3. CONCLUSIONES

En razón de lo expuesto, se entiende pertinente informar que a criterio de las suscritas ha quedado constada la práctica realizada por FNC sobre diferentes comercios minoristas, limitando dentro de su operativa la venta de cervezas competidoras, a través del manejo de bonificaciones en las compras de sus productos.

La existencia de bonificaciones no significaría en principio por sí evidencia de práctica anticompetitiva, lo reprochable para nuestra normativa en el caso que nos ocupa, es la condición en la que se suscribió el otorgamiento de tal beneficio, obstaculizando, limitando e incluso hasta impidiendo, la venta de productos competidores.

A criterio de las suscritas, en el presente caso la conducta de bonificaciones condicionadas, practicada por FNC tendría por objeto alterar el principio de libre competencia perseguido por la norma (artículos 1 y 2 ley 18.159).

De los elementos ventilados en este expediente, no surgen razones que pudieran sustentar una justificación valedera para realizar dicha práctica, razón por la cual la mentada práctica, encuadra en las descriptas por los literales A, B, F del artículo 4º de la ley 18.159.

Por lo expuesto y a la luz de lo dispuesto en el artículo 17 de la norma antes mencionada, corresponde aconsejar la aplicación de alguna de las sanciones establecidas en dicha normativa, recordando lo informado sobre el posible cometimiento de otras inconductas.