

**LA MILLORA DE LES
PRÀCTIQUES COMERCIALS EN
LA CADENA
AGROALIMENTÀRIA I LES
FUNCIONS DE L'AUTORITAT
CATALANA DE LA
COMPETÈNCIA**



Maig 2010

REF: AS 01/2010

ÍNDEX

1. Introducció	3
2. Avaluació de l'impacte competitiu de les normes i decisions públiques	4
3. Valoració de les conductes dels agents de la cadena agroalimentària	6
3.1 Consideracions prèvies.....	6
3.2 Possible aplicació dels articles 1, 2 i 3 de la LDC a les conductes realitzades en el sector agrícola.....	11
3.2.1 Consideracions a tenir en compte en l'aplicació de l'article 1.1 de LDC: acords col·lusoris	14
3.2.2 Consideracions a tenir en compte en l'aplicació de l'article 2 de LDC: abús de posició de domini	18
3.2.3 Consideracions a tenir en compte en l'aplicació de l'article 3 de LDC: falsejament de la competència per actes deslleials	19
4. Impacte de la normativa comunitària en el sector agroalimentari: una primera aproximació	21
5. Conclusions	25

1. INTRODUCCIÓ

En els últims anys, diverses institucions nacionals i internacionals han posat de manifest que els agents que formen part del sector agroalimentari han de fer front a problemes de naturalesa contractual originats, principalment, per una asimetria en el poder negociador entre les diferents baules que participen en la cadena. Aquest desequilibri en les relacions comercials es pot materialitzar en un trasllat abusiu de riscos financers, unes remuneracions inferiors als costos de producció o uns terminis de pagament excessivament llargs, tot això amb uns efectes que són suportats per la part més feble en les negociacions que, per regla general, són els agricultors.

Degut a la creixent preocupació sectorial, el Departament d'Agricultura, Alimentació i Acció Rural de la Generalitat de Catalunya (en endavant, DAR) ha constituït la **Taula de Foment i Modernització Agrària i Rural** amb l'objectiu d'entendre les causes d'aquesta situació i, molt especialment, identificar possibles solucions a curt i mig termini. En aquest marc, el DAR ha sol·licitat a l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, ACCO) que participi en la comissió de treball per elaborar un codi de bones pràctiques en la comercialització.

L'aportació dels òrgans de competència en la millora del funcionament de la cadena agroalimentària hauria de consistir, més que en accions específiques de defensa de la competència, és a dir, de persecució de pràctiques restrictives *ex-post*, en **accions de foment i promoció de la competència** com les següents: (i) l'avaluació, des de l'òptica de la competència, de les mesures¹ que puguin proposar les administracions públiques catalanes pel que fa a la millora de les pràctiques comercials en la cadena agroalimentària així com (ii) posar en alerta a les organitzacions i associacions sectorials sobre les conductes que *a priori* podrien ser considerades com a anticompetitives en el sector agroalimentari tenint en compte la seva estructura i funcionament així com d'aquelles que també *a priori* podrien quedar exemptes de prohibició per les normes de competència.

En particular, dins de les funcions definides per la Llei 1/2009, de 12 de febrer, de l'ACCO,² la Direcció General de l'ACCO podria realitzar una:

- **Avaluació de l'impacte competitiu de les normes i decisions públiques:** avaluar, des del punt de vista de la competència, aquelles propostes normatives i iniciatives sectorials que sorgeixin en el marc de la Taula de Foment i Modernització Agrària i Rural i, en particular, en la Comissió Tècnica de Bones Pràctiques Comercials, amb l'objectiu de contribuir a l'adopció de normes i decisions públiques procompetitives que permetin millorar la competitivitat de tots els operadors de la cadena agroalimentària.
- **Valoració de les conductes dels agents de la cadena agroalimentària:** valorar, des del punt de vista de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (en

¹ Aquestes mesures poden consistir, per exemple, en la millora de la transparència dels preus –per exemple, mitjançant la posada en funcionament de l'Observatori Agroalimentari de Preus creat pel Departament d'Agricultura, Alimentació i Acció Rural en virtut del Decret 152/2009-; el foment de l'aplicació de codis de conducta que dotin de transparència a les transaccions i que protegeixin als productors de modificacions unilaterals –per exemple, els treballs de la Taula de Foment i Modernització Agrària i Rural-; el foment de la concentració de l'oferta per millorar el poder de negociació dels productors tant de forma horitzontal com vertical; la promoció d'una major formalització contractual dels preus, quantitats i qualitats entre els productors i els distribuïdors, etc. sempre i quan no siguin contraris als principis de lliure competència.

² DOGC 5321 de 18 de febrer de 2009.

endavant, LDC), aquelles actuacions i conductes que portin a terme els agents de la cadena agroalimentària en el territori de Catalunya.

2. AVALUACIÓ DE L'IMPACTE COMPETITIU DE LES NORMES I DECISIONS PÚBLIQUES

Les administracions públiques poden adoptar normes o iniciatives molt diverses per a fer front a una situació problemàtica com és, en aquest cas, el deficient funcionament de la cadena agroalimentària. De fet, el DAR ha optat per crear una Taula de Foment i Modernització Agrària i Rural amb la finalitat d'arribar a un consens sectorial sobre les actuacions futures a seguir per a millorar aquesta deficiència que poden ser de molt diversa índole.

Davant d'aquesta iniciativa, l'ACCO manifesta que qualsevol mesura que permeti pal·liar les tensions en la cadena agroalimentària en el territori de Catalunya i que sigui favorable o, fins neutra des del punt de vista de la competència serà, sense cap mena de dubte, objecte d'una valoració positiva. Ara bé, com a òrgan de competència, l'ACCO ha de vetllar, en tot moment, per a promoure la competència i transparència en els mercats respecte a aquelles activitats econòmiques que s'exerceixen a Catalunya. Això inclou evitar que sigui el poder públic qui, a través de les seves actuacions normatives o administratives, introdueixi restriccions injustificades a la competència que perjudiquin la llibertat d'empresa i redueixin el benestar del consumidor.

En els supòsits en què una norma o actuació pública pugui tenir efectes sobre les condicions de competència en els mercats, l'ACCO pot iniciar una avaluació de l'impacte competitiu de la mateixa seguint els principis establerts en la [Metodologia per a avaluar l'impacte competitiu de les normes](#).³

Així doncs, l'avaluació d'una norma o actuació administrativa des del punt de vista de la competència es realitza sobre la base dels principis bàsics internacionalment acceptats per a establir una regulació eficient i afavoridora de la competència. Aquests principis són els següents:

- (1) Principi de necessitat i proporcionalitat: el principi de necessitat implica que tota norma que introdueixi restriccions a la competència ha de venir precedida d'una definició dels seus objectius i d'una clara justificació de la introducció de les restriccions (existència d'una relació de causalitat entre la restricció a la competència i la consecució de l'objectiu).
- (2) Principi de mínima distorsió: aquest principi implica que, entre els instruments possibles per a assolir un objectiu determinat, s'ha d'escollir aquell que suposi la mínima afectació negativa a la competència.
- (3) Principi d'eficàcia: el principi d'eficàcia suposa la capacitat de la norma d'assolir els objectius o efectes que es desitja.

³ Aquesta Metodologia es pot consultar a la pàgina web de l'ACCO (<http://acco.gencat.cat/avaluacio-regulacio/index.html>).

- (4) Principi de transparència: implica l'existència de transparència i claredat en el marc normatiu, en el procés d'elaboració de les normes i en la seva execució.
- (5) Principi de predictibilitat: aquest principi comporta oferir als operadors un marc estable i sòlid, sense incerteses, que els proporcionï seguretat jurídica.

Així doncs, l'ACCO podria elaborar un informe de regulació en el qual hi constarien les següents etapes (vegeu **II-Il·lustració 1**):

- (i) Identificar les principals restriccions a la competència que conté la norma.
- (ii) Analitzar si les restriccions a la competència introduïdes estan justificades per a la consecució dels objectius que la norma persegueix, segons els principis de necessitat i proporcionalitat, i la resta de principis d'una bona regulació des del punt de vista de la competència.
- (iii) En cas que les restriccions estiguin justificades, comprovar, aplicant el principi de mínima distorsió, que no existeixen alternatives menys restrictives de la competència que permetin assolir l'objectiu desitjat.

Un cop acreditada l'existència d'una restricció a la competència en el punt (i), la no superació de les etapes (ii) i/o (iii) comporta la recomanació, per part de l'ACCO, de no establir o bé de suprimir aquella restricció. L'objectiu final és, doncs, evitar la introducció de restriccions innecessàries o desproporcionades en el funcionament dels mercats, obtenint una regulació més eficient des del punt de vista de la competència, sense renunciar a les finalitats públiques perseguides per la norma.

II-Il·lustració 1. Seqüència temporal d'una avaluació de l'impacte competitiu



Font: Metodologia per a avaluar l'impacte competitiu de les normes de l'ACCO

Aquesta funció específica de l'ACCO, consistent en l'avaluació de l'impacte competitiu de les mesures públiques adreçades a millorar les pràctiques comercials en la cadena agroalimentària, té com a objectiu final donar seguretat de conformitat amb les normes de competència dels instruments posats a disposició dels operadors. Així, per exemple, si s'estableixen mecanismes per a permetre als agricultors cooperar entre ells o amb altres agents de la cadena, és important que aquest marc no condueixi a la realització de

comportaments anticompetitius susceptibles de sanció per part de la normativa de competència.

Adicionalment, tant l'ACCO com la Comisión Nacional de la Competencia (en endavant, CNC) tenen legitimació activa per impugnar davant de la jurisdicció competent actes de les administracions públiques subjectes al dret administratiu i disposicions generals de rang inferior a la llei dels quals derivin obstacles al manteniment d'una competència efectiva en els mercats. En el cas concret de Catalunya, aquesta capacitat es troba reconeguda en l'article 6 (apartat j) de la Llei 1/2009 en el qual es defineixen les funcions del president de l'ACCO.⁴

En resum, l'eliminació de restriccions injustificades de la competència establertes en les normes o actuacions de les administracions públiques constitueix un dels objectius prioritaris de l'ACCO. Aquests objectius de promoció de la competència s'apliquen de forma transversal a tots els sectors de l'economia, sense que les situacions particulars de dificultat econòmica hagin de fer pensar que es baixaran els llindars d'exigència referents a la regulació.

En aquest sentit, tota aquella normativa que pugui afectar al sector agroalimentari no en serà una excepció. Així doncs, en el cas de detectar la introducció de restriccions innecessàries o desproporcionades en el funcionament del mercat, es prendran les mesures corresponents per tal que la regulació sigui la més eficient des del punt de vista de la competència.

Per aquest motiu, si en el marc de la Taula de Foment i Modernització Agrària i Rural, fos adoptada una iniciativa administrativa amb un rang inferior a la llei contrària a la competència, l'ACCO té legitimació activa per impugnar-la davant de la jurisdicció contenciosa-administrativa tal i com s'estableix en la pròpia LDC i en la Llei 1/2009.

3. VALORACIÓ DE LES CONDUCTES DELS AGENTS DE LA CADENA AGROALIMENTÀRIA

3.1 Consideracions prèvies

La Unió Europea ha desenvolupat la Política Agrícola Comú (PAC) i ha adoptat una legislació específica segons la qual, tot i que les normes de competència són generalment aplicables a la producció i comercialització dels productes agroalimentaris, existeixen certes excepcions per a la seva aplicació. Per aquest motiu, en primer lloc, caldrà valorar si les conductes que es realitzen en aquest mercat poden ser analitzades i, posteriorment sancionades, des de l'òptica de la defensa de la competència.

En aquest sentit, no es pot obviar que l'article 42 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (en endavant, TFUE)⁵ admet certa supeditació de la política de competència als

⁴ L'article 6 apartat j de la Llei 1/2009 estableix "acordar, amb la consulta prèvia al Tribunal Català de Defensa de la Competència, la impugnació davant la jurisdicció competent de les normes i els actes subjectes al dret administratiu de les administracions públiques que consideri que obstaculitzen la lliure competència, d'acord amb la legislació estatal sobre competència."

⁵ Antic article 36 del Tractat de la Comunitat Europea (en endavant, TCE). El Títol III de la Tercera Part de Polítiques i Accions Internes de la Unió està dedicat a Agricultura i Pesca i les organitzacions comuns de mercat en aquest sector.

objectius establerts per la PAC en els termes assenyalats pel Consell Europeu i el Parlament. Conseqüentment, es pot deduir que l'ACCO no pot aplicar les normes de la competència de forma que posi en perill la realització de la PAC o de qualsevol altra finalitat del Tractat de Lisboa.

En aquesta mateixa línia ja es pronunciava el Reglament (CE) 1234/2007 del Consell de 22 d'octubre de 2007 pel qual es crea una organització comú de mercats agrícoles i s'estableixen disposicions específiques per a determinats productes agrícoles (Reglament Únic per a les OCM). En particular, l'article 175 estableix els criteris d'aplicació dels articles 101 a 106 del nou TFUE (antics articles 81 a 86 del TCE) mentre que l'article 176 estableix excepcions a l'aplicació de l'article 101 del TFUE en relació amb acords, decisions i pràctiques concertades que puguin afectar el comerç entre Estats membres i que tinguin per objecte o efecte impedir, restringir o falsejar el joc de la competència dins del mercat interior:

“1. El artículo 81, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 175 del presente Reglamento que sean parte integral de una organización nacional de mercados o necesarios para la consecución de los objetivos que se establecen en el artículo 33 del Tratado.⁶

En particular, el artículo 81, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de agricultores o de asociaciones de estas asociaciones pertenecientes a un solo Estado miembro que afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, y en virtud de los cuales no existe la obligación de aplicar precios idénticos, a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que se ponen en peligro los objetivos del artículo 33 del Tratado.”

2. Previa consulta a los Estados miembros y audición de las empresas o asociaciones de empresas interesadas, así como de cualquier otra persona física o jurídica que considere apropiada, la Comisión tendrá competencia exclusiva, supeditada al examen del Tribunal de Justicia, para determinar, mediante decisión que deberá publicarse, qué acuerdos, decisiones y prácticas cumplen las condiciones que se especifican en el apartado 1.⁷

La Comisión llevará a cabo esta determinación, bien por propia iniciativa, bien a petición de la autoridad competente de un Estado miembro o de una empresa o asociación de empresas interesada.

[...]”

En aquesta matèria, també és rellevant el Reglament (CE) 1184/2006 del Consell de 24 de juliol de 2006 sobre aplicació de determinades normes sobre la competència a la producció i comercialització de productes agrícoles, ja que el seu article 1 estableix la norma general

⁶ L'article 33 del TCE correspon, en l'actualitat, a l'article 39 del TFUE que defineix els objectius de la Política Agrícola Comú.

⁷ Per a una aplicació d'aquest precepte, vegeu Informe del Acuerdo del Sector Lácteo de la CNC.

d'aplicació dels articles 101 a 106 del TFUE mentre que l'article 2 en determina les excepcions:

“1. El artículo 81, apartado 1, del Tratado no será aplicable a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 1 del presente Reglamento que formen parte integrante de una organización nacional de mercado o que sean necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 33 del Tratado.

No se aplicará, en particular, a los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de estos o de asociaciones de estas asociaciones pertenecientes a un solo Estado miembro, en la medida en que, sin llevar consigo la obligación de aplicar un precio determinado, afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que los objetivos del artículo 33 del Tratado son puestos en peligro.”

Així doncs, tot i que la normativa comunitària estableix com a regla general l'aplicació de les normes de competència als acords, recomanacions i pràctiques concertades que es produeixen en el sector agrícola, el cert és que aquesta mateixa normativa preveu excepcions sempre i quan es compleixin determinades condicions. Aquestes condicions són bàsicament les següents:

- a) Que l'acord sigui part integrant d'una organització nacional de mercat;
- b) Que l'acord tingui per finalitat assolir els objectius de la PAC establerts en l'article 39 del TFUE (antic article 33 del TCE);
- c) Que siguin acords (i) entre agricultors, associacions d'agricultors o associacions d'aquestes associacions d'un únic Estat membre (ii) que no portin associada l'obligació d'aplicar un preu determinat i idèntic, (iii) que afectin a la producció o a la venda de productes agrícoles, o a la utilització d'instal·lacions comunes d'emmagatzemament, tractament o transformació de productes agrícoles i (iv) que no excloguin la competència.

Ara bé, tal i com ja s'ha pronunciat el Tribunal de Justícia de la UE, aquestes excepcions al principi general d'aplicació de l'article 101 del TFUE han de ser objecte d'una interpretació restrictiva, de forma que tots aquells acords restrictius que no hagin estat previstos per aconseguir els objectius de la PAC seran valorats per la Comissió Europea o els òrgans de competència corresponents.

Un exemple de la interpretació restrictiva d'aquestes excepcions és el que es detalla a continuació, en el qual la Comissió Europea va decidir sancionar a un conjunt d'empreses per conductes anticompetitives tot i tractar-se d'empreses del sector ramader:

Decisió de la Comissió Europea de 2 d'abril 2003 (COMP/C 38.3.279/F3) “Carnes de Vacuno Francesas”

La Comissió va analitzar un acord escrit amb data de 2001 entre sis federacions franceses pel qual es fixava un preu mínim de compra a certes categories de bovins i se susprenien les importacions de carn de vaca a França així com un acord oral, realitzat a finals de 2001, amb els mateixos objectius però que intentava mantenir-se en secret. En aquests acords, hi varen participar varies empreses dedicades a la cria de bovins juntament amb dos escorxadors, un dels quals tenia una quota de mercat del 75%.

La Comissió va tenir en compte diversos factors conjunturals que varen incidir en aquell sector com, per exemple, la detecció a finals de l'any 2000 de casos de vaques boixes o de febre aftosa i la caiguda del consum de carn de vaca en tots els Estats Membres de la UE i, especialment, a França. Durant el període 2000-2001, els preus d'entrada als escorxadors van disminuir un 20%. En aquests anys, també va ser rellevant la reforma de la PAC, la OCM de carn de vaca i les mesures comunitàries per a fer front a la crisi.

Les empreses afectades van al·legar que el citat acord es podia beneficiar de la segona exempció de l'article 2 del Reglament 26 (actuals Reglament 1184/2006 i Reglament 1234/2007). No obstant, la Comissió Europea va considerar que aquest acord no es podia acollir a la citada exempció bàsicament per quatre motius: (i) ja existia una OCM de boví, (ii) l'acord no solament era entre ramaders sinó que també incloïa escorxadors, (iii) l'acord obligava a aplicar un preu determinat i, finalment, (iv) l'acord no afavoria la realització de tots els objectius de la PAC.

Altres exemples similars els podem trobar a l'Office of Fair Trading (OFT) o a la pròpia CNC:

“Statement of Objections” de l'Office of Fair Trading (OFT) de 20 de setembre de 2007 segons el qual es van trobar evidències de col·lusió entre alguns supermercats i algunes empreses transformadores de la llet

Segons la OFT, 4 supermercats i 4 empreses transformadores de llet van arribar a un acord per incrementar els preus de compra de certs productes relacionats amb la llet, el formatge i la mantega. Aquest increment de preus va ser traslladat als preus finals de venda. Algunes d'aquestes empreses van argumentar que el seu únic objectiu consistia en beneficiar als agricultors.

La OFT va arribar a la conclusió que si bé, d'una banda, els agricultors es varen veure beneficiats per aquesta acció, d'altra banda, també era cert que els consumidors i el benestar global de la societat es va veure greument perjudicat.

De l'anàlisi d'aquest mercat s'observa com, en aquestes últimes dècades, els supermercats han esdevingut un dels canals més importants de venda dels productes agrícoles, fet que els ha proporcionat un gran poder de negociació i els ha permès forçar els preus dels seus proveïdors a la baixa. No obstant això, també és cert que, generalment, els consumidors finals s'han beneficiat d'aquesta circumstància ja que, en molts casos, els supermercats han traslladat part d'aquestes reduccions als preus finals de venda.

Informe CNC art. 26 “Acuerdo Sector Lácteo”

El 29 de juliol de 2009, el Consejo de la CNC va emetre un informe respecte del “Acuerdo sobre contratos homologados en el sector lácteo” en el qual es sol·licitava la notificació d'aquest Acord a la CE perquè fos aquesta qui determinés si complia les condicions necessàries per estar emparat per l'article 176 del Reglament (CE) n°1234/2007 del Consell de 22 d'octubre de 2007, o bé si s'havia d'analitzar des de la perspectiva de l'article 81.1 del TCE (actual 101.1 del TFUE).

Les parts que firmar l'acord varen ser: el Ministeri de Medi Ambient i Medi Rural i Marí (MARM), la Federació Nacional de Industrias Lácteas (FENIL), la Unión de Pequeños Agricultores y Ganaderos (UPA), La Asociación Agraria-Jóvenes Agricultores (ASAJA), Cooperativas Agroalimentarias, la Asociación nacional de grandes empresas de distribución (ANGED), la Asociación de Cadenas Españolas de Supermercados (ACES), i la Asociación Española de Distribuidores, Autoservicios y Supermercados (ASEDAS)

L'Acord estava format per 7 punts, dels quals 4 podien tenir efectes anticompetitius:

- En el **primer punt** s'establí l'objectiu principal de l'acord consistent en generalitzar el sistema de contractes homologats pel pagament de la llet i es proposava utilitzar com a base un contracte tipus que s'establiria per Ordre ministerial. En cada contracte individual hi hauria de constar una sèrie d'elements com el preu, la duració i les quantitats. En relació amb el preu, s'establí que aquest seria acordat entre el ramader (subministrador) i la indústria (comprador) a partir d'un sistema d'indexació.
- En el **segon punt** s'acordava el tractament favorable per part dels distribuïdors a la llet que tingués el seu origen en proveïdors que complissin el contracte tipus citat en el punt anterior.
- En el **punt cinquè**, els distribuïdors es comprometien a senyalitzar de forma destacada els productes làctics procedents d'explotacions ramaderes espanyoles.
- L'**últim dels punts** de l'Acord establí que aquest es basava en la previsió continguda en l'article 176 del Reglament, per el qual es crea una organització comú de mercats agrícoles i s'estableixen disposicions específiques per determinats productes agrícoles.

Segons la CNC, *a priori*, l'acord en qüestió no es podia acollir a l'exempció contemplada en l'article 176 del Reglament ja que: (i) ni formava part d'una organització nacional de mercats, (ii) ni era necessari per aconseguir els objectius que s'estableixen en l'article 33 del Tractat. (article 176.1), (iii) ni els firmants de l'Acord eren solament agricultors o associacions d'agricultors o d'associacions d'aquestes associacions (article 176.2) i (iv) el seu àmbit subjectiu era transversal a tota la cadena de valor.

Adicionalment, de la literalitat de l'acord no es podien extreure conclusions precises sobre si aquest establí o no la obligació d'aplicar uns preus idèntics o donava lloc a una fixació indirecta dels preus o a un preu mínim de venda. Fins i tot, la indeterminació amb què estaven expressats els punts 2 i 5 podia implicar un tracte discriminatori considerat com a anticompetitiu.

Aquesta mateixa filosofia ha estat seguida per la **normativa espanyola**, tal i com en queda constància en l'exposició de motius de la Llei 2/2000, de 7 de gener, reguladora dels contractes tipus de productes agroalimentaris, on es reconeix que aquesta llei queda supeditada a les normes i principis que recull l'antiga Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència (en l'actualitat, Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència) i a les disposicions reguladores d'aquesta matèria en el dret comunitari. En matèria de preus, l'article 3 de la Llei 2/2000, en relació amb el contingut dels contractes tipus, estableix que “*el preu a percebre és el que fixin lliurement les parts signatàries del contracte*”.

En relació amb les organitzacions interprofessionals agroalimentàries, tant el preàmbul de la Llei 38/1994, de 30 de desembre, com el seu article 7 estableixen que la constitució i el funcionament d'aquestes organitzacions han de respectar estrictament les normes reguladores de la competència.

L'esperit de les normes de competència també es troba present en la redacció de les noves **lleis catalanes** relacionades amb el sector agrari, pesquer i la indústria agroalimentària. Un exemple n'és la recent Llei 2/2010, de 18 de febrer, de pesca i acció marítimes que, en el seu preàmbul estableix *"la finalitat de promoure la participació dels productors en la comercialització de la pesca, cal dur-la a terme seguint els canals de comercialització existents, amb transparència, amb el màxim respecte a les normes de la lliure competència per tots els agents que hi intervenen i amb el màxim respecte a les normes que regulen el sector"*.

D'altra banda, si bé la Llei 18/2001, de 31 de desembre, d'orientació agrària no tracta específicament de temes relacionats amb l'aplicació de la normativa de competència, sí que estableix, en el seu Capítol V, els objectius i les mesures d'enfortiment de la cadena agroalimentària, a fi de promoure la producció i l'exportació de productes de qualitat així com incrementar la participació dels productors en el valor afegit final.

En concret, el seu article 15 defineix els objectius en l'àmbit de la transformació i la comercialització agroalimentàries, entre els quals destaca la millora de les estructures de la transformació i la comercialització agroalimentàries, el foment de la concentració de l'oferta agroalimentària i l'augment del grau de participació dels productors per tal de potenciar el valor afegit de les produccions agràries. Amb la finalitat d'aconseguir els citats objectius, l'article 16 defineix les línies d'actuació on s'apunten, entre d'altres, l'impuls d'instruments per a modernitzar l'estructura de la indústria agroalimentària, el foment de les organitzacions interprofessionals agroalimentàries, i la millora de les condicions per a la transformació i comercialització agroalimentàries.

3.2 Possible aplicació dels articles 1, 2 i 3 de la LDC a les conductes realitzades en el sector agrícola

En els últims informes publicats per la Comissió Europea⁸ referents al funcionament de la cadena agroalimentària es fa ressò de la problemàtica existent en aquest sector i es demana a les autoritats nacionals de la competència una especial atenció i col·laboració per tal de fer front a les pràctiques restrictives de la competència que puguin esdevenir-se en qualsevol de les baules de la cadena. En aquest sentit, les normes de defensa de la competència configuren un instrument d'intervenció econòmica que es caracteritza per operar *ex-post*, és a dir, una vegada l'actuació que motiva la intervenció ja s'ha produït.

⁸ Recentment, en data 28 d'octubre de 2009, la Comissió Europea va aprovar una Comunicació amb el títol "A better functioning of food supply chain in Europe" en la qual es proposen mesures per a millorar el funcionament de la cadena alimentària europea. En aquest document, la Comissió proposa 3 grans grups de mesures: (i) fomentar unes relacions sostenibles i basades en els principis del mercat entre els diferents esglaons de la cadena i detectar tota pràctica contractual deslleial generada per les asimetries de la capacitat negociadora dels agents; (ii) augmentar la transparència dins de la cadena, en especial pel que fa referència als preus; i (iii) fomentar la integració del mercat interior d'aliments i la competitivitat de tots els agents de la cadena, entre altres, reforçant la posició negociadora dels agricultors, mitjançant la creació d'organitzacions de productors.

Tal i com s'assenyala en els propis informes de la CE, la problemàtica sorgeix, principalment, pel diferent poder de negociació o contractual entre els diversos agents de la cadena agroalimentària, així com per les particularitats de la majoria dels productes agrícoles (estacionalitat, caducitat, etc). L'ACCO és conscient de la situació que viu el sector agroalimentari i, per aquest motiu, mostra una clara voluntat d'aplicar les normes de defensa de la competència en el sentit de fer-ne la interpretació més afavoridora per a les iniciatives que són susceptibles de corregir l'actual desequilibri de poder negociador entre els productors i els operadors de mercat de la distribució i la transformació de productes agroalimentaris. Ara bé, cal indicar expressament que aquesta orientació exclou que es deixin de perseguir les actuacions que infringeixin les normes de competència.

En el marc de la legislació vigent, l'ACCO és competent per a instruir i resoldre els expedients sancionadors relatius a conductes que tenen efectes, principalment, en el territori de Catalunya, segons allò que disposa la Llei 15/2007 de defensa de la competència. En concret, aquesta norma prohibeix: (i) qualsevol acord, decisió o recomanació col·lectiva, o pràctica concertada o conscientment paral·lela, que tingui per objecte, produeixi o pugui produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència en tot o part del mercat nacional (**article 1.1**); (ii) també queda prohibida l'explotació abusiva per una o diverses empreses de la seva posició de domini en tot o en part del mercat nacional (**article 2**); i, finalment, (iii) el falsejament de la lliure competència per actes deslleials (**article 3**).

En relació amb l'àmbit subjectiu de les normes de competència, cal ser conscients que aquestes seran d'aplicació a totes les empreses i operadors econòmics que intervenen en l'economia. Com que el terme empresa o operador econòmic pot conduir a certes confusions, la disposició addicional quarta de la LDC defineix aquest concepte de la següent manera: *“qualsevol persona o entitat que exerceixi una activitat econòmica, amb independència de l'estatut jurídic de l'esmentada entitat i de la seva forma de finançament.”* Així doncs, els agricultors, els pescadors, els escorxadors, les confraries, les empreses de primera transformació, els sindicats agrícoles, les cooperatives agrícoles, les confederacions de cooperatives així com la resta d'empreses que participen en la cadena agroalimentària tindran la consideració d'operador econòmic en termes de la LDC.

Tot i la prohibició de l'article 1.1 de la LDC en relació amb aquells acords que tinguin per objecte o efecte un falsejament de la competència, cal tenir en compte el redactat dels apartats 3 i 4 d'aquest mateix article que estableixen exempcions en aquells casos en què els acords, decisions, recomanacions i pràctiques puguin contribuir a millorar la producció o comercialització i distribució de béns i serveis o a promoure el progrés tècnic o econòmic o puguin quedar exempts en virtut de l'aplicació dels reglaments comunitaris.

Adicionalment, també caldrà valorar la possibilitat que les conductes analitzades no siguin aptes per afectar de manera significativa la competència i, per tant, puguin ser titllades de “conductes de menor importància” (**article 5**),⁹ o bé que aquestes pràctiques potencialment anticompetitives resultin de l'aplicació d'una llei i, per tant, puguin ser considerades

⁹ Els criteris per a determinar la delimitació de les “conductes de menor importància” es troben recollits en el Reglament corresponent.

“conductes exemptes per llei” (**article 4.1**).¹⁰ En ambdós casos, tampoc se’ls aplicaran les prohibicions recollides en els articles 1.1, 2 i 3 de la LDC.

Així doncs, si l’ACCO té indicis raonables sobre l’existència de conductes restrictives de la competència en el sector agroalimentari iniciarà les actuacions pertinents per a fer efectives les prohibicions establertes en la normativa de defensa de la competència. En aquesta mateixa línia d’actuació, es troba la recent incoació per part de la CNC d’un expedient sancionador contra diverses associacions agràries d’Almeria¹¹ així com d’un altre contra la indústria arrossera per un possible acord de preus de compra de l’arròs rodó.¹² Addicionalment, el passat mes d’octubre, el Consell de la CNC va sancionar a nou associacions del sector de l’alimentació per realitzar recomanacions col·lectives amb l’objectiu d’incrementar preus. Uns mesos més tard, el mateix organisme va publicar la “Guia para Asociaciones Empresariales” en la qual es recordava que no només els membres de l’associació estan subjectes a la legislació de competència sinó que la pròpia associació, degut al caràcter econòmic de l’activitat que exerceix, està subjecta a aquestes obligacions. De fet, no es pot oblidar que existeixen nombrosos expedients en els quals la CNC i l’antic Tribunal de Defensa de la Competència (TDC) han sancionat a diverses associacions pel seu comportament anticompetitiu.

Expedient Sancionador de la CNC contra associacions Agràries d’Almeria

El passat 16 de març de 2010, la Dirección de Investigación de la CNC va incoar un expedient sancionador contra diverses associacions agràries d’Almeria per un possible acord de preus mínims en el sector hortofrutícola i per la constitució d’una taula de treball per a regular la variació dels preus en aquest sector. En concret, les empreses investigades són la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA), la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos (COAG) i la Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (ALHÓNDIGAS).

Expedient Sancionador 0167/09 de la CNC contra empreses productores de raïm i most de Xerès

El passat 25 de febrer de 2010, la Dirección de Investigación de la CNC va incoar un expedient sancionador contra la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (FEDEJEREZ), la Unión de Agricultores y Ganaderos de Andalucía (UAGACOAG), la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA), AECOVI, la Asociación de Artesanos del Jerez y la Manzanilla (ARJEMAN) y el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen Jerez-Sherry, Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda y Vinagre de Jerez per un possible acord en la fixació de preus en el mercat del raïm i de most de Xerès.

Expedient Sancionador 0202/09 de la CNC contra la indústria arrossera

El passat 4 de març de 2010, la Dirección de Investigación de la CNC va incoar un expedient sancionador contra SOS CORPORACIÓN ALIMENTARIA S.A., HERBA RICEMILLS S.L., PRODUCTOS LA CAMPANA S.L., ARROCES Y CEREALES S.A., ARROCERÍAS ROVIRA BALLESTER S.L., ARROCERIAS PONS, S.A., HIJOS DE VICENTE CATALA PEIRO S.A. y ARROCERÍAS ANTONIO TOMAS S.L. per una possible conducta anticompetitiva que consistiria en un acord de fixació del preu de compra de l’arròs de gra rodó.

¹⁰ Tot i que, en virtut de l’article 4.2 de la LDC, les restriccions de competència que es derivin de l’exercici d’altres potestats administratives o siguin causades per l’actuació dels poders públics o les empreses públiques sense l’esmentada empara legal seguiran estant prohibides. En relació amb l’aplicació de l’article 4.1. de la LDC, cal ser conscient que la CNC ha manifestat que aquesta exempció no és d’aplicació a les organitzacions interprofessionals agroalimentàries.

¹¹ Comunicat de premsa de la CNC de 16 de març de 2010.

¹² Comunicat de premsa de la CNC de 4 de març de 2010.

Guia para Asociaciones Empresariales de la CNC

Durant el mes de desembre de 2009, la CNC va publicar una guia per a les associacions empresarials amb l'objectiu de difondre i promoure la competència. En concret, el document aporta pautes per a les associacions per tal que siguin elles qui puguin avaluar quines de les seves accions, decisions o recomanacions podrien ser considerades com una pràctica anticompetitiva en virtut de l'article 1.1 de la LDC. Tot això acompanyat amb casos resoltos en aquest àmbit pels òrgans estatals de competència.

Les recomanacions de competència que s'estableixen en aquesta Guia són clarament d'aplicació a totes les associacions, per tant, tot i que el model associatiu entre empreses en el sector agroalimentari compta amb una llarga tradició en el nostre país, les associacions agràries han de ser conscients que les seves actuacions poden transgredir l'àmbit d'allò que és lícit en competència, per exemple, si són aptes per alterar el funcionament del mercat mitjançant la unificació del comportament dels seus associats i de tercers, conducta sancionable per l'article 1.1 de la LDC.

Dit això, la Direcció General de l'ACCO considera que, en l'aplicació de les prohibicions de la LDC, és important tenir en compte el context jurídic i econòmic en el qual es desenvolupen les conductes. En particular, degut a la gran atomització dels productors agrícoles i a la major concentració de les empreses distribuïdores, semblaria lògic fomentar la cooperació entre productors per tal de reforçar la seva posició. Ara bé, aquests moviments poden induir a certes conductes anticompetitives; per tant, cal allunyar-nos de solucions anticompetitives i adoptar noves estratègies sectorials que permetin l'acompliment de la finalitat principal i alhora siguin acceptables des de l'òptica de la competència. Així, per exemple, la comercialització en comú seria possible sempre i quan no es fixessin preus; una altra via de comercialització és la contractació d'un mateix agent comercial sempre i quan aquest no serveixi per intercanviar informació sobre preus o per acordar-los; també es poden intentar cooperacions verticals o intersectorials que podrien ser compatibles si no superen certes quotes de mercat o no tenen efectes negatius per als consumidors.

D'altra banda, les prohibicions de la LDC també poden aparèixer com una eina per a protegir a les parts més dèbils en front de comportaments abusius o deslleials. Així, atesa l'estructura i funcionament del sector agrícola català, no es podria descartar l'existència d'un abús de posició de domini individual o conjunta per part de les empreses distribuïdores que impliqués una infracció de l'article 2 de la LDC. I, encara que amb més dificultats probatòries, tampoc es pot descartar com a resultat d'una anàlisi del comportament de les empreses involucrades en la cadena agroalimentària, la realització de conductes deslleials que es podrien tipificar per l'article 3 de la LDC sempre i quan afectessin de forma significativa l'interès general.

3.2.1 Consideracions a tenir en compte en l'aplicació de l'article 1.1 de LDC: acords col·lusoris

El recull de jurisprudència en matèria de competència permet concloure que un dels articles més vulnerats de la LDC en el sector agroalimentari per part de les primeres baules de la cadena és l'article 1.1.a) que "*prohibeix qualsevol acord, decisió o recomanació col·lectiva, o pràctica concertada o conscientment paral·lela, que tingui per objecte, produeixi o pugui produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència en tot o part del mercat nacional*

i, en particular, els que consisteixin en la fixació, de manera directa o indirecta, de preus o altres condicions comercials o de servei.”

Atesa la gran atomització del mercat per la banda dels productors, es considera especialment interessant exposar com s'aplica la figura de la **conducta de menor importància** en el cas d'una infracció de l'article 1.1 de la LDC. Efectivament, si l'autoritat de competència considera que la conducta no és susceptible de representar una reducció significativa sobre la competència efectiva en el mercat, llavors no pot haver-hi infracció de les normes de competència ni tampoc sanció. En concret, aquest raonament es contempla en l'article 5 de la LDC que, literalment, estableix:

“Les prohibicions recollides als articles 1 a 3 d'aquesta Llei no s'apliquen a les conductes que, per la seva escassa importància, no siguin capaces d'afectar de manera significativa la competència. Per reglament s'han de determinar els criteris per a la delimitació de les conductes de menor importància, atenent, entre altres, la quota de mercat.”

Segons el Reial Decret 261/2008, de 22 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament de defensa de la competència (en endavant, RDC), les conductes que realitzin les empreses seran considerades de menor importància sense que sigui necessària una declaració prèvia sempre i quan (i) les empreses que hi intervenen tinguin una quota de mercat reduïda (art. 1 del RDC) i (ii) no es tracti de conductes especialment restrictives, com podria ser la fixació dels preus de venda dels productes a tercers (**art. 2 del RDC**).

- L'article 1 del RDC destaca la possibilitat de declarar la conducta de menor importància en funció de les quotes de mercat, tant si l'acord s'ha produït entre empreses competidores (acord horitzontal) com no competidores (acord vertical). Si es tracta d'un acord vertical, la quota de mercat de cadascuna de les empreses no pot excedir el 15% en cap dels mercats rellevants afectats, mentre que en la resta de casos aquesta quota es redueix fins a un 10%. Aquest percentatge disminueix fins al 5% quan la competència estigui restringida pels efectes acumulatius d'acords paral·lels per a la venda de béns o serveis conclosos per proveïdors o distribuïdors diferents.¹³
- Ara bé, tot i que alguna d'aquestes conductes -per motius de quota de mercat- es pugui considerar *a priori* com de menor importància, el cert és que l'article 2 del RDC estableix que hauran de ser excloses del concepte de menor importància aquelles conductes entre competidors o no competidors que generin restriccions especialment greus a la competència com, per exemple:
 - a. La fixació dels preus de venda dels productes a tercers;
 - b. La limitació de la producció o les vendes;
 - c. El repartiment de mercats o clients, incloses les licitacions fraudulentament, o la restricció de les importacions o les exportacions.

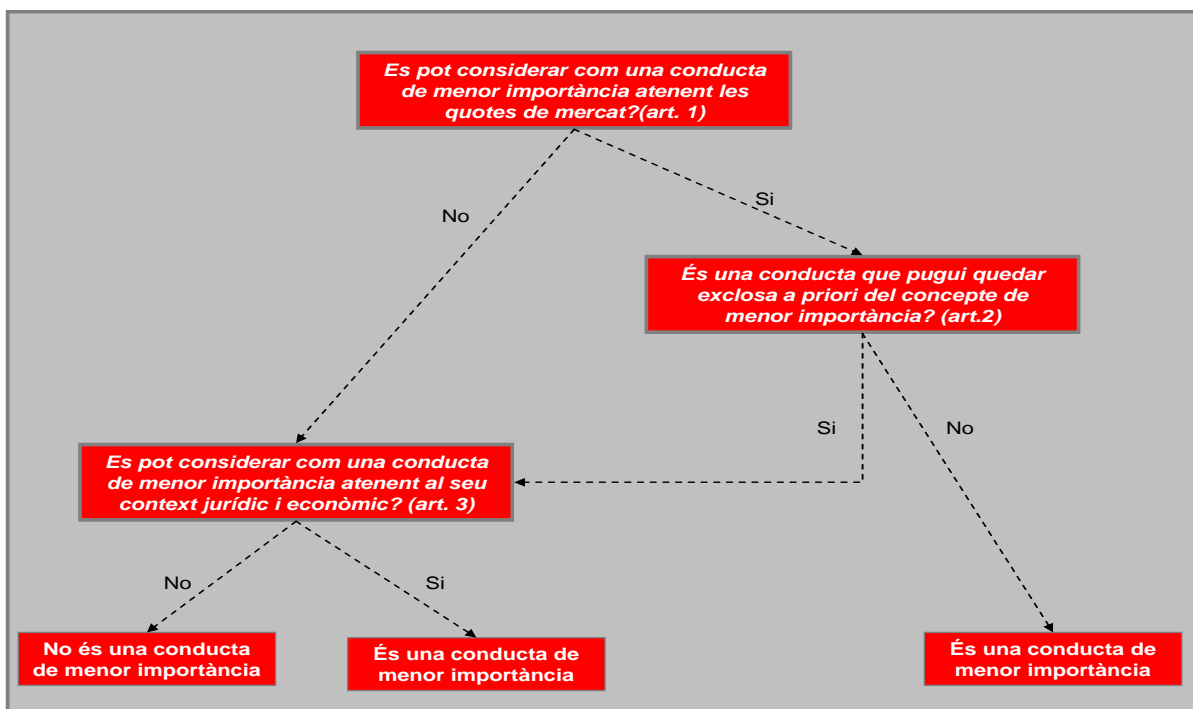
¹³ Segons el RDC, no s'aprecia l'existència d'un efecte acumulatiu si menys del 30% del mercat de referència està cobert per xarxes paral·leles d'acords.

- No obstant , el RDC fixa una clàusula de tancament en el seu **article 3** quan estableix que “sense perjudici del que disposen els articles anteriors i als efectes del que estableixen els articles 5 i 53.1.b) de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, el Consell de la Comisió Nacional de la Competència pot declarar no aplicables els articles 1 a 3 de la dita Llei a les conductes que, atenent el seu context jurídic i econòmic, no siguin aptes perquè afecten la competència de manera significativa.”

S'entén, doncs, que malgrat una conducta (i) pugui superar les quotes màximes establertes en l'article 1 del RDC per considerar prèviament que no existeix una afectació en el mercat, o bé, (ii) *a priori*, pel seu contingut, pugui ser considerada especialment restrictiva de la competència en virtut de l'article 2 del RDC, (iii) seguirà existint la possibilitat de realitzar una anàlisi econòmica i jurídica segons allò que estableix l'article 3 del RDC i si d'aquesta es conclou que la conducta realment no afecta de forma significativa a la competència, (iv) la decisió final dels òrgans de la competència haurà d'admetre la inexistència d'una conducta prohibida.

Així doncs, és important constatar que, mitjançant l'aplicació de l'article 3 del RDC, l'anàlisi econòmica pot ser determinant per a poder realitzar conductes per part dels productors agrícoles amb una quota de mercat reduïda sense haver d'incórrer en la prohibició de l'article 1.1 de la LDC. Ara bé, cal tenir present que l'anàlisi de la situació s'ha de fer de forma individualitzada i aplicant la metodologia del “cas a cas”. La **II-il·lustració 2** mostra aquest raonament de l'aplicació dels articles 1.1, 2 i 3 del RDC:

II-il·lustració 2. Aplicació del RDC en relació amb les conductes de menor importància



Font: Elaboració pròpia

Fent ús de la mateixa argumentació exposada en aquesta secció, la CNC recentment ha arxivat una denúncia contra una empresa del sector tèxtil que havia realitzat una conducta que, *a priori*, podria haver constituït una infracció de l'article 1.1 a) de la LDC.

Resolució (Expt. S 0105/08 El Corral de las Flamencas)

De l'anàlisi del cas, va quedar acreditat que l'empresa "El Corral de las Flamencas" dedicada al disseny, importació i comercialització de roba i accessoris de moda per a dones i nenes i que oferia els seus productes sota la marca "Flamenco" hauria incorregut en una infracció de l'article 1.1 a) de la LDC per a la fixació de preus de revenda a les seves distribuïdores.

- Es tractava d'una empresa amb una quota de mercat molt reduïda -inferior al 1%- que distribuïa els seus productes a través d'una xarxa de vendes molt dispersa, subjecta a la competència intermarca i amb escàs poder negociador. Per aquest motiu, la CNC es va plantejar la possibilitat de classificar aquesta conducta com de menor importància fent ús de l'article 5 de la LDC.
- Ara bé, tot i que l'empresa tenia una reduïda quota de mercat, no es podia aplicar l'article 1 del RDC ja que es tractava d'una conducta de fixació de preus clarament classificada en l'article 2 del mateix RDC i, per tant, exclosa a priori del concepte de menor importància.
- Per aquest motiu, la CNC va decidir realitzar una anàlisi dels efectes d'aquesta conducta en el mercat fent ús de l'article 3 del RDC i es va determinar que la conducta no era apta per afectar de forma significativa la competència i que, per tant, es podia classificar com una conducta de menor importància.

Arribats a aquesta conclusió, la CNC va declarar que, en virtut de l'article 5 de la Llei 15/2007 i de l'article 3 del RDC, la prohibició de l'article 1.1 de la LDC no era d'aplicació a la conducta denunciada.

Ara bé, si de la valoració de la conducta s'arriba a la conclusió que aquesta afecta de forma significativa a la competència i que, per tant, ha de ser exclosa de l'aplicació del concepte de menor importància que es preveu en els articles 1, 2 i 3 del RDC, serà necessari realitzar un últim pas abans de poder sancionar la conducta: es tracta de valorar l'acord en virtut dels **articles 1.3 i 1.4 de la LDC** que, en ambdós casos, quantifiquen si els potencials guanys d'eficiència de l'acord podrien superar les restriccions associades al mateix.

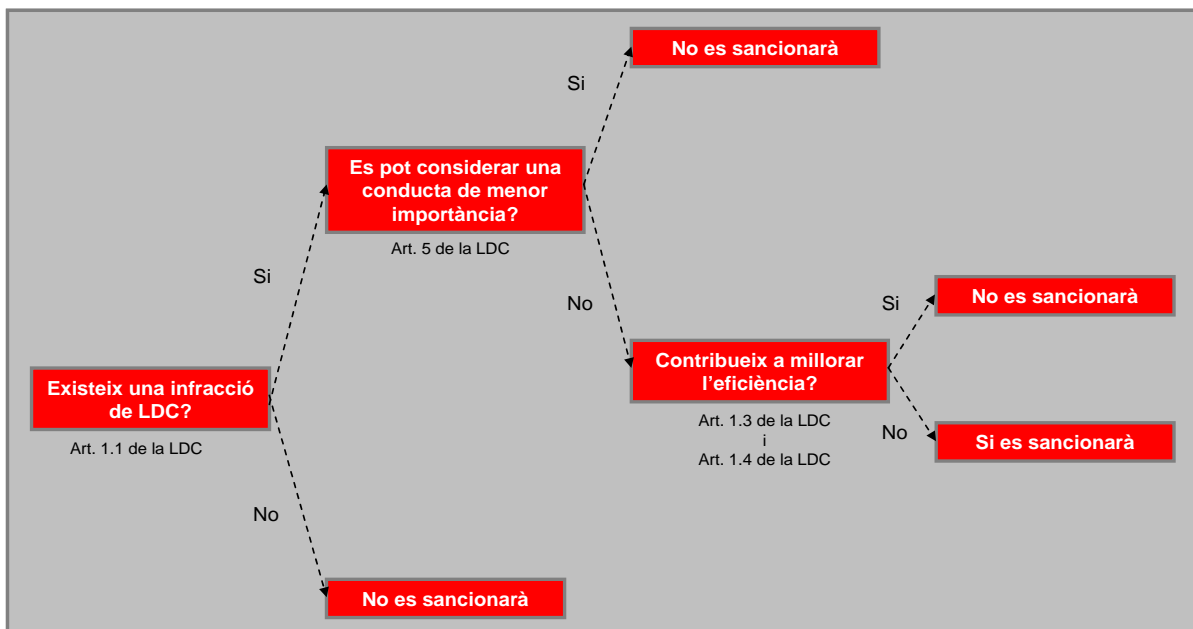
L'article 1.3 de la LDC estableix que la prohibició de l'apartat 1 no s'aplica als acords, decisions, recomanacions i pràctiques que contribueixin a millorar la producció o la comercialització i distribució de béns i serveis o a promoure el progrés tècnic o econòmic, sense que sigui necessària cap decisió prèvia a aquest efecte, sempre que:

- Permetin als consumidors o usuaris participar de manera equitativa dels seus avantatges.*
- No imposin a les empreses interessades restriccions que no siguin indispensables per a la consecució d'aquells objectius, i*
- No consentin a les empreses partícips la possibilitat d'eliminar la competència respecte a una part substancial dels productes o serveis previstos."*

L'article 1.4 es pronuncia en la mateixa línia, ja que estableix que les prohibicions establertes en l'article 1.1 de la LDC no s'aplicaran el cas que compleixin amb les disposicions establertes en els reglaments comunitaris relatius a l'aplicació de l'article 101.3 del TFUE

(antic article 81.3 del TCE), fins i tot i quan les corresponents conductes no puguin afectar el comerç entre els estats membres.

II-lustració 3. Procés per a determinar l'existència d'una infracció de l'article 1 de la LDC



Font: Elaboració pròpia

Per aquest motiu, en últim terme, sempre serà necessària **l'elaboració d'una anàlisi econòmica** per a poder determinar si l'acord en qüestió ha d'ésser sancionat des del punt de vista de la competència ja que, tot i que *a priori* la conducta pugui ser considerada com a restrictiva de la competència, la seva sanció quedarà supeditada a què aquesta no aportï un benefici social superior ja sigui en termes de millores de la producció, la comercialització, el progrés tècnic, etc.

3.2.2 Consideracions a tenir en compte en l'aplicació de l'article 2 de LDC: abús de posició de domini

Sigui quin sigui el mercat de referència, l'abús d'una posició de domini està perseguit per les normes de competència tal i com consta en l'article 2 de la LDC: *queda prohibida l'explotació abusiva per una o diverses empreses de la seva posició de domini en tot o en part del mercat nacional. L'abús pot consistir, en particular, en:*

- a) *La imposició, de manera directa o indirecta, de preus o altres condicions comercials o de serveis no equitatius.*
- b) *La limitació de la producció, la distribució o el desenvolupament tècnic en perjudici injustificat de les empreses o dels consumidors.*
- c) *La negativa injustificada a satisfer les demandes de compra de productes o de prestació de serveis.*

- d) *L'aplicació, en les relacions comercials o de serveis, de condicions desiguals per a prestacions equivalents, que col·loqui uns competidors en situació desavantajosa davant d'altres.*
- e) *La subordinació de la subscripció de contractes a l'acceptació de prestacions suplementàries que, per la seva naturalesa o d'acord amb els usos de comerç no tinguin relació amb els contractes esmentats.*

Degut a l'estructura i funcionament del sector agroalimentari, no es podria descartar l'existència d'un abús de posició de domini individual o conjunta per part de les empreses d'intermediació i distribució que formen part de la cadena que impliqués una infracció de l'article 2 de la LDC.

Tot i que els agricultors s'han queixat en nombroses ocasions d'aquesta situació de dependència econòmica i de desequilibri de forces amb els intermediaris i distribuïdors, el cert és que, fins a data d'avui, els expedients iniciats per la CNC per pràctiques restrictives realitzades per la indústria o la distribució enfront als productors s'han trobat amb problemes de prova insolucionables, o bé, amb la inexistència de la posició dominant per part de la indústria o del distribuïdor minorista.

En moltes ocasions, aquests problemes de prova es deuen, principalment, a la poca col·laboració que han mostrat les empreses que sofreixen la conducta abusiva ja que no volen comprometre el seu futur econòmic. En aquest sentit, qualsevol cooperació en matèria probatòria, tant per part de les associacions sectorials com interprofessionals, seria benvinguda.

Finalment, també cal ser conscients que, de la mateixa manera que succeïa amb les conductes prohibides per l'article 1.1 de la LDC, sota certes circumstàncies, un abús de posició de domini pot no estar prohibit si aquest respon a l'aplicació d'una llei (art. 4 LDC) o bé pot ser considerat com de menor importància (art. 5 LDC). En aquest últim cas, caldrà una valoració dels seus efectes en virtut dels articles 1, 2 i 3 del RDC.

3.2.3 Consideracions a tenir en compte en l'aplicació de l'article 3 de LDC: falsejament de la competència per actes deslleials

En l'àmbit de les conductes prohibides, l'ACCO també té facultats per aplicar l'article 3 de la LDC en el conjunt de pràctiques que es produeixen en el sector agroalimentari sempre i quan aquestes es puguin titllar de deslleials i afectin de forma significativa l'interès general. En particular, l'article 3 de la LDC estableix:

“La Comisión Nacional de la Competencia o els òrgans competents de les comunitats autònomes coneixen, en els termes que estableix aquesta Llei per a les conductes prohibides, dels actes de competència deslleial que per falsejar la lliure competència afectin l'interès públic.”

En concret, per aplicar aquest precepte és necessari que concorrin els següents requisits:

- (i) Que existeixi un acte deslleial, és a dir, un comportament d'un operador econòmic que resulti objectivament contrari a les exigències de la bona fe; i
- (ii) Que l'esmentat acte falsegi la lliure competència, entesa com el mecanisme garant del funcionament concurrencial del mercat, i que aquesta afectació sigui significativa, és a dir, que l'acte deslleial tingui entitat suficient com per causar una greu pertorbació en els mecanismes que regulen el mercat, posant d'aquesta forma en perill l'interès públic.

Per a valorar la concurrència del primer element, cal que la conducta qüestionada pugui ser titllada com a deslleial. Amb aquest objectiu, és necessari que la conducta vulneri la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial que, en els seus articles 6 a 18, llista un conjunt de conductes que haurien de ser considerades com a deslleials, per exemple, actes de dependència econòmica (art.16), violació de normes (art. 15) i venda a pèrdua (art. 17). A *priori*, i sense ànims de ser exhaustius, es podria intuir que els problemes de competència deslleial que es poden identificar en el sector agroalimentari serien:

- D'una banda, la possibilitat d'aplicació de preus per sota del cost per part dels agricultors, conducta tipificada en l'article 17 de la Llei 3/1991 com de venda a pèrdua.
- D'altra, la possible dependència econòmica dels agricultors per part dels seus clients i l'abús en les condicions comercials que estableixen els distribuïdors i intermediaris, conductes tipificades en l'article 16 de la Llei 3/1991.

Tot i això, tampoc es pot descartar l'aplicació de la clàusula general de l'article 5 de la Llei 3/1991 que estableix que *"es reputa deslleial qualsevol comportament que resulti objectivament contrari de les exigències de la bona fe"* així com l'article 15 de la mateixa norma que estableix com a *"deslleial la simple infracció de normes jurídiques que tinguin per objecte la regulació de l'activitat concurrencial"*.

No obstant, en opinió de l'ACCO, per evidenciar aquesta primera part de la prova és essencial tenir en compte les opinions d'aquelles institucions amb un coneixement sectorial més ampli i específic que poden identificar amb més facilitat l'existència d'aquest tipus de pràctiques entre els agents de la cadena agroalimentària. L'ACCO considera que haurien de ser els departaments corresponents qui, en el cas que apreciessin alguna infracció que pogués ser titllada de deslleial per la normativa corresponent, informessin a l'ACCO per tal que aquesta en fes la valoració més adequada respecte a un possible falsejament de la competència i afectació de l'interès general, circumstància que permetria tipificar i sancionar la conducta per l'article 3 de la LDC. Cal tenir present que els òrgans de competència únicament poden tipificar un acte deslleial com a contrari a la competència en el moment que aquest afecti a més d'un individu i, per tant, passi de ser un problema individualitzat a un problema social que afecti de forma significativa la competència i, per tant, l'interès general.

Finalment, cal advertir expressament que la tipificació d'un acte o conducta com a contrària a l'article 3 de la LDC resulta abstracta i ambigua, circumstància que ha impossibilitat en nombroses ocasions la sanció de conductes deslleials. Sense anar més lluny, en poques ocasions els òrgans de competència han declarat una infracció de l'article 3 degut a la dificultat de prova i, en la majoria de casos, les pràctiques suposadament deslleials s'han

analitzat com un possible abús de posició de domini. Actualment doncs, sorgeixen problemes per a la tipificació via article 3 de la LDC de les conductes deslleials practicades per empreses que, sense gaudir de posició de domini clara, poden exercir certa pressió en el mercat.

En resum, en el moment de valorar les conductes dels agents de la cadena agroalimentària, els òrgans de la competència no poden aportar solucions apriorístiques en sentit ampli (*rule of thumb*) respecte a l'aplicació dels articles 1, 2 i 3 de la LDC. Tots els agents econòmics han de respectar les normes de competència i cada cas haurà d'ésser analitzat i avaluat en particular (*rule of reason*).

Ara bé, donades les característiques dels agents econòmics que participen en el sector agroalimentari així com l'estructura i funcionament del mateix, la Direcció General de l'ACCO és de l'opinió que, en l'aplicació de les prohibicions dels articles 1, 2 i 3 de la LDC, ha de tenir una especial rellevància l'anàlisi econòmica.

4. IMPACTE DE LA NORMATIVA COMUNITÀRIA EN EL SECTOR AGROALIMENTARI: UNA PRIMERA APROXIMACIÓ

Els reglaments europeus relatius a l'apartat 3 de l'article 101 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (antic article 81.3 del Tractat CE) tenen la seva pròpia importància ja que són d'aplicació directa pels diferents òrgans estatals de competència tal i com queda establert en virtut de l'article 1.4 de la LDC:

“La prohibició de l'apartat 1 no s'aplica als acords, decisions o recomanacions col·lectives, o pràctiques concertades o conscièntment paral·leles que compleixin les disposicions establertes en els reglaments comunitaris relatius a l'aplicació de l'apartat 3 de l'article 81 del Tractat CE a determinades categories d'acords, decisions d'associacions d'empresa i pràctiques concertades, fins i tot quan les corresponents conductes no puguin afectar el comerç entre els estats membres de la UE.”

És per aquest motiu que caldrà estar especialment atents a les reformes de determinades normes comunitàries en els propers mesos, doncs podrien tenir un impacte directe en la valoració de les conductes dels operadors que intervenen en la cadena agroalimentària des de l'òptica de la competència. En particular, el 1 de juny de 2010 entrarà en vigor el nou **Reglament (UE) nº330/2010 de la Comissió de 20 d'abril de 2010 relatiu a l'aplicació de l'article 101, apartat 3, del Tractat de Funcionament de la Unió Europea a determinades categories d'acords verticals i pràctiques concertades** que substitueix l'anterior Reglament (CE) nº2790/1999 de la Comissió, de 22 de desembre de 1999, sobre l'aplicació de l'article 81, apartat 3, del TCE a determinades categories d'acords verticals i pràctiques concertades.

En breu, passarà el mateix amb el Reglament (CE) 2658/2000 de la Comissió de 29 de novembre de 2000 relatiu a l'aplicació de l'apartat 3 de l'article 81 del TCE a determinades categories d'acords d'especialització i amb el Reglament (CE) 2659/2000 de la Comissió de 29 de novembre de 2000 relatiu a l'aplicació de l'apartat 3 de l'article 81 del TCE a determinades categories d'acords d'investigació i desenvolupament ja que tots dos expiren el

31 de desembre de 2010. En data d'avui, els dos nous reglaments que han de substituir als anteriors es troben en fase d'elaboració i únicament se'n disposa d'un esborrany.

En relació amb el Reglament (UE) nº 330/2010, anomenat alternativament Reglament d'exempció per categories, la Comissió considera que existeix un conjunt d'acords que compleixen, a priori, amb les condicions previstes en l'article 101, apartat 3, del TFUE (antic article 81, apartat 3), i que, per tant, no estaran prohibits per la normativa de competència, ja que es presumeix que poden millorar l'eficiència econòmica en una cadena de producció o de distribució al permetre una millor coordinació entre les empreses participants, reduir els costos de transacció i distribució de les parts i optimitzar els nivells de vendes i d'inversió.

La probabilitat que aquesta millora de l'eficiència econòmica compensi els efectes contraris a la competència derivats de les restriccions contingudes en els acords verticals depèn de la mesura en què les parts estiguin exposades a la competència.

Per aquest motiu, el Reglament d'exempció per categories pot ser especialment rellevant en les relacions comercials que es tracten en aquest document, és a dir, en les relacions i els contractes que s'estableixin entre els diferents agents que intervenen en la cadena agroalimentària. Cal ser conscients que l'exempció també s'aplica als acords verticals subscrits entre una associació d'empreses i els seus membres o entre aquesta associació i els seus proveïdors únicament quan els seus membres siguin minoristes i cap membre individual de l'associació tingui un volum de negocis superior a 50 milions d'euros. L'exempció però no s'aplicarà als acords verticals subscrits entre empreses competidores.

Existeixen 5 punts bàsics a seguir per tal de poder avaluar una restricció vertical i determinar si se li pot aplicar el Reglament d'exempció per categories:

1. Establir les quotes de mercat del proveïdor i del comprador que participen en l'acord vertical.
2. En el cas que les quotes de mercat, tant del proveïdor com del comprador, no excedeixin del 30%, es podrà aplicar a priori el Reglament d'exempció per categories.
3. Avaluar si l'acord vertical té restriccions especialment greus (anomenades també **clàusules negres**) o alguna de les restriccions excloses del Reglament (anomenades **clàusules grises**).
4. En el cas que l'acord contingui alguna **clàusula negra**, l'acord no es podrà acollir al Reglament mentre que si conté **clàusules grises**, seran només aquestes clàusules les que quedaran fora de l'exempció contemplada en el Reglament.
5. En el cas que l'acord no es pugui acollir a l'exempció del Reglament, s'haurà d'avaluar si s'aplica allò que disposa l'article 1.1 de la LDC. En cas afirmatiu, el següent que s'hauria d'examinar és si es compleixen les condicions per l'exempció de l'article 1.3 de la LDC.

Quan no s'aplica l'exempció establerta en l'article 2 del Reglament 330/2010

- Quan la **quota de mercat tant del proveïdor com del comprador superi el 30%**.
- Quan els acords contenen restriccions especialment greus a la competència (**clàusules negres**) com, per exemple, una fixació de preus de revenda o determinats tipus de protecció territorial.
- Si els acords verticals, tot i no contenir **clàusules negres**, continguin restriccions a la competència perjudicials pels consumidors que no siguin imprescindibles per aconseguir les millores en l'eficiència econòmica.
- Quan la Comissió consideri que l'acord té efectes incompatibles amb l'article 101, apartat 3, del TFUE, podrà retirar el benefici de l'aplicació del Reglament. En relació amb aquesta decisió, seran especialment importants els efectes contraris a la competència que puguin derivar-se de l'existència de **xarxes paral·leles**.
- Addicionalment, cal tenir en compte que existirà un recull de clàusules que, tot i no comportar restriccions especialment greus, tampoc es podran acollir a l'exempció establerta en el Reglament. Aquestes clàusules són conegudes amb el nom de **clàusules grises**. Un exemple d'aquest tipus serien les clàusules de no competència de duració superior als 5 anys o infinita.

Clàusules negres

Aquestes restriccions també són conegudes amb el nom de **Clàusules negres** i retiren el benefici de l'exempció a la totalitat de l'acord, tot i que, en algunes ocasions, se'ls pot arribar a concedir l'exempció del Reglament. En general, són restriccions que imposen els proveïdors als compradors i que tenen per objecte:

- 1 Restringir la facultat del comprador de **determinar el preu de venda**.
Excepció 1.1: es permet que el proveïdor imposi **preus de venda màxims** o **recomani un preu de venda** si això no equival a un **preu de venda fix o mínim**.
- 2 La **restricció del territori** en el qual el comprador pugui vendre els béns o serveis contractuals, o la **restricció de la clientela** a la qual el comprador pugui vendre els béns o serveis contractuals:
Excepció 2.1: es permeten restriccions sobre el lloc d'establiment.
Excepció 2.2: es permet la **restricció de vendes actives** en un territori o a un grup de clients (poden estar reservats en exclusiva al proveïdor o assignats en exclusiva pel proveïdor a un altre comprador) si amb aquesta prohibició no es limita les vendes dels clients del comprador. **L'acord ha de permetre les vendes passives**.
Excepció 2.3: es permet la restricció de vendes a usuaris finals a un comprador que operi al nivell del comerç a l'engròs.
Excepció 2.4: es permet la restricció de vendes als membres d'un sistema de distribució selectiva als distribuïdors no autoritzats en el territori.
Excepció 2.5: es permet la restricció a la facultat del comprador de vendre els components subministrats amb l'objectiu de ser incorporats en un producte, a clients que tinguin intenció d'utilitzar-los per fabricar el mateix tipus de producte que el proveïdor.
- 3 Restringir les vendes actives o passives als usuaris finals per part dels membres d'un sistema de distribució selectiva que operen al nivell de comerç minorista al detall.
Excepció 3.1: es permet prohibir a un membre del sistema que operi fora d'un lloc d'establiment no autoritzat.
- 4 Restringir els subministraments creuats entre distribuïdors dins d'un sistema de distribució selectiva, (fins i tot entre distribuïdors que operen en diferents nivells de l'activitat comercial). La distribució selectiva no pot estar unida a restriccions verticals destinades a obligar als distribuïdors a adquirir els productes exclusivament d'una única font.
- 5 La restricció entre un proveïdor de components i un comprador que incorpora aquests components a altres productes, que limiti la capacitat del proveïdor de vendre aquests components com peces individuals a usuaris finals o a tallers de reparació o proveïdors d'altres serveis als que el comprador no hagi encomanat la reparació o manteniment dels seus productes.

Clàusules grises

Tot i que l'exempció no s'aplicarà a aquestes clàusules, **si aquestes són separables**, el Reglament d'exempció per categories es podrà seguir aplicant a la resta de l'acord vertical. Aquestes clàusules són:

- 1 Qualsevol clàusula, directa o indirecta de no competència, que tingui una duració indefinida o excedeixi els 5 anys (o que siguin renovables tàcitament després d'un període de 5 anys). Aquestes clàusules són obligacions que exigeixen al comprador adquirir del proveïdor més del 80% del total de les seves compres durant un any.
Excepció: quan els béns o serveis contractuals siguin venuts pel comprador des de locals o terrenys que siguin propietat del proveïdor sempre que la clàusula de no competència no excedeixi del període d'ocupació dels locals.
2. Qualsevol obligació directa o indirecta que prohibeixi al comprador fabricar, comprar, vendre o revendre béns o serveis després de l'expiració de l'acord.
Excepció: quan l'obligació sigui indispensable per protegir els coneixements tècnics transferits pel proveïdor al comprador i, addicionalment, es compleixin certs requisits com, per exemple, que es limiti a un període màxim d'un any.
3. Qualsevol obligació directa o indirecta que prohibeixi als membres d'un sistema de distribució selectiva vendre les marques de determinats proveïdors competidors.

A més d'aquests nous reglaments europeus, també caldrà tenir en compte si apareixen noves Comunicacions Europees relacionades amb les normes de competència doncs, malgrat que les Comunicacions de la Comissió Europea no són d'aplicació directa sí són utilitzades com a models inspiradors per a l'elaboració i interpretació de la normativa. En aquesta línia, seria especialment interessant una possible modificació de l'actual **Comunicació de la Comissió relativa als acords de menor importància** que restringeixen la competència de forma sensible en el sentit de l'apartat 1 de l'article 81 del TCE (actualment, art. 101.1 del TFUE) també coneguda com "Comunicació de Mínimis" que, malgrat no tenir una data de caducitat, és previsible que la Comissió pugui decidir realitzar alguna modificació en la seva actual redacció a la llum dels nous reglaments.

5. CONCLUSIONS

- L'eliminació de restriccions injustificades de la competència establertes en les normes o actuacions de les administracions públiques constitueix un dels objectius prioritaris de l'ACCO. Aquests objectius de promoció de la competència s'apliquen de forma transversal a tots sectors de l'economia, sense que les situacions particulars de dificultat econòmica hagin de fer pensar que es baixaran els llindars d'exigència referents a la regulació.

En aquest sentit, tota aquella normativa que pugui afectar al sector agroalimentari no en serà una excepció. Així doncs, en el cas de detectar la introducció de restriccions innecessàries o desproporcionades en el funcionament del mercat, es prendran les mesures corresponents per tal que la regulació sigui la més eficient des del punt de vista de la competència.

- Tal i com ha quedat constatat en el document, en el moment de valorar les conductes dels agents de la cadena agroalimentària, els òrgans de la competència no poden aportar solucions apriorístiques en sentit ampli (*rule of thumb*) respecte a l'aplicació dels articles 1, 2 i 3 de la LDC. Per tant, tots els agents econòmics han de respectar les normes de competència i cada cas haurà d'ésser analitzat i avaluat en particular (*rule of reason*).
- Ara bé, donades les característiques dels agents econòmics que participen en el sector agroalimentari així com l'estructura i funcionament del mateix, la Direcció General de l'ACCO és de l'opinió que, en l'aplicació de les prohibicions dels articles 1, 2 i 3 de la LDC, ha de tenir una especial rellevància l'anàlisi econòmica.

En efecte, l'ACCO considera que, en moltes ocasions, l'anàlisi econòmica pot permetre tenir en compte les condicions particulars en les quals es produeixen les conductes i, d'aquesta manera, permetre iniciatives dels operadors més febles que busquen corregir en certa mesura els desequilibris existents. En particular, aquestes iniciatives es poden avaluar sota la perspectiva de l'article 5 de la LDC relacionat amb les conductes de menor importància així com sota la perspectiva de l'article 1.3 de la LDC relacionat amb les millores en la producció, comercialització i distribució de béns i serveis o la promoció del progrés tècnic o econòmic.



L'aplicació d'aquests preceptes també ha de servir per evitar les actuacions dels agents amb un major poder de negociació dins la relació comercial quan aquestes afectin negativament el funcionament competencial del mercat.

- Finalment, cal mencionar que l'ACCO estarà especialment atenta a la redacció dels nous instruments comunitaris relatius a les restriccions verticals i a les restriccions horitzontals així com als acords *de minimis* i es compromet a fer una anàlisi de quins en poden ésser els seus efectes en el sector agroalimentari de Catalunya.