II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 11 de marzo de 1998

relativa a un procedimento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE

(casos IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited)

[Notificada con el número C(1998) 292]

(El texto en lengua inglesa es el único auténtico)

(98/531/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE [1], cuya última modificación la constituye el Acta de adhesión de Austria, de Finlandia y de Suecia, y, en particular, el apartado 1 de su artículo 3,

Vistas las denuncias presentadas, con arreglo al apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17 por Masterfoods Limited y Valley Ice Cream (Ireland) Limited contra Van den Bergh Foods Limited, anteriormente HB Ice Cream Limited, alegando que se está entorpeciendo la venta de sus productos de heladería en Irlanda, restringiendo así la competencia,

Vista la Decisión de la Comisión de 29 de julio de 1993 de incoar el procedimiento,

Vista la solicitud de declaración negativa o de exención presentada por Van den Bergh Foods Ltd el 9 de marzo de 1995, con arreglo al apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 17, para los acuerdos de distribución de sus helados de consumo impulsivo en Irlanda,

Después de haber dado a las empresas interesadas, con arreglo al apartado 1 del artículo 19 del Reglamento nº 17 en relación con el Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo [2], la posibilidad de ser oídas en relación con los cargos planteados por la Comisión,

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes,

Considerando lo que sigue:

I. INTRODUCCIÓN

(1) La presente Decisión se refiere a los acuerdos concluidos por Van den Bergh Foods Limited, anteriormente denominada HB Ice Cream Limited, (en lo sucesivo denominada «HB»), para la distribución de sus helados de consumo impulsivo en Irlanda. La política de HB consiste en suministrar arcones congeladores a tiendas minoristas para que almacenen en ellos exclusivamente los productos de heladería de HB.

[1] DO 13 de 21.2.1962, p. 204/62.

[2] DO 127 de 20.8.1963, p. 2268/63.

(2) El 18 de septiembre de 1991, Master Foods Limited, conocida comercialmente como Mars Ireland (en lo sucesivo denominada «Mars»), presentó una denuncia [3] ante la Comisión, con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17, contra HB, con respecto al suministro de arcones a un gran número de minoristas para su uso en exclusividad. Mars afirma que, debido a dicha práctica, se le están poniendo trabas, contrarias a la competencia, para conseguir el acceso a puntos de venta con objeto de comercializar sus productos de heladería de consumo impulsivo en Irlanda.

(3) Mars se introdujo en el mercado irlandés del helado en 1989. En abril de 1990, el Tribunal Superior de Justicia de Irlanda (Irish High Court) dictó unas medidas cautelares en favor de HB por las que se prohibía depositar los productos de Mars en los arcones de HB. En mayo de 1992 [4], dicho Tribunal dictó en favor de HB una resolución firme por la que se prohibía a Mars inducir a los minoristas a almacenar sus productos de heladería en los arcones de HB. El Tribunal sostuvo asimismo que la prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 85 no era aplicable a la política de HB de exclusividad en los arcones; estimó igualmente que ni la exclusividad de HB ni su política de precios habían constituido una infracción del artículo 86. No obstante, el Tribunal estimó que HB ostentaba una posición dominante en el mercado irlandés del helado de consumo impulsivo. Mars ha recurrido estas resoluciones ante el Tribunal Supremo Irlandés (Irish Supreme Court).

(4) El 22 de julio de 1992, Valley Ice Cream (Ireland) Limited (en lo sucesivo denominada «Valley») presentó una denuncia [5] contra HB ante la Comisión en términos similares a la planteada por Mars. Valley era un fabricante de helados en Irlanda, pero se declaró en liquidación en 1997. Hasta poco antes de tal declaración, había sido el principal distribuidor de los productos de heladería de Mars en Irlanda.

(5) El 29 de julio de 1993, la Comisión llegó provisionalmente a la conclusión de que el sistema de distribución seguido en aquel momento por HB conculcaba tanto el artículo 85 como el artículo 86, y en consecuencia envió a HB un pliego de cargos a tal efecto. HB impugnó la opinión de la Comisión acerca de la legitimidad de sus acuerdos de distribución.

(6) En el pliego de cargos, la Comisión aceptaba el argumento de que los acuerdos de HB mejoraban en alguna medida la distribución, pero consideró que este aspecto se veía contrarrestado por el efecto negativo de restricción de la competencia. No obstante, quedó patente que HB tenía la posibilidad de modificar sus acuerdos de distribución de helados de consumo impulsivo en Irlanda de tal manera que pudiera concederse en su favor una exención con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85. Tras mantener conversaciones con la Comisión, HB presentó propuestas en este sentido, aunque seguía manteniendo su parecer sobre la legalidad de los acuerdos de distribución. El 8 de marzo de 1995, la Comisión recibió la notificación formal de dichas propuestas [6]; seguidamente, la Comisión publicó una nota [7] declarando que el sistema modificado podía, a primera vista, beneficiarse de una exención.

(7) Partiendo de estas propuestas, y a la vista de las expectativas expresadas por HB en relación con sus efectos sobre el mercado, la Comisión anunció el 15 de agosto de 1995 [8] su intención de adoptar una postura favorable ante los nuevos acuerdos de distribución de HB. Sin embargo, las modificaciones introducidas no han dado los resultados previstos en términos de locales abiertos, por lo que, dada la actual situación de este mercado, la Comisión ha reconsiderado su primera intención (véanse los considerandos 247 y siguientes). En consecuencia, el 22 de enero de 1997 la Comisión envió a HB un nuevo pliego de cargos. HB presentó su escrito de réplica con fecha de 24 de abril de 1997, exponiendo sus argumentos en una audiencia oral celebrada el 11 de junio de 1997.

II. HECHOS

1. *El producto*

i) **Helados en general**

(8) Las materias primas básicas utilizadas en la fabricación del helado son la leche (que puede ser descremada), las grasas (lácteas o vegetales) y el azúcar. Otros ingredientes pueden ser, por ejemplo, agentes emulsionantes o estabilizadores, sustancias colorantes y aromatizantes, nueces, chocolate y concentrado de frutas. La legislación en materia de definición, etiquetado y composición (coeficiente de aire, etc.) del producto varía en función de los diferentes Estados miembros. Los

[3] Caso nº IV/34.073.
[4] Masterfoods contra HB Ice Cream, [1992] 3 CMLR 830.
[5] Caso nº IV/34.395.
[6] Caso nº IV/35.436.
[7] Nota de prensa de la Comisión de 8 de marzo de 1995, IP/95/229.
[8] DO C 211 de 15.8.1995, p. 4; publicación con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17, en la que se recogía un resumen de los nuevos acuerdos de distribución de HB, instando a cualesquiera terceros interesados a enviar sus observaciones. Mars respondió a esta convocatoria manifestando sus puntos de vista.

ingredientes del helado de yogur, de los helados de agua con o sin palo (productos a base de agua) y de helado blando o batido (hecho de grasa vegetal y sin productos lácteos) son extremadamente distintos de los de los helados en general.

(9) Los productos de heladería deben mantenerse a bajas temperatura en todas las fases de fabricación y distribución, hasta su consumo. La única excepción es el helado blando, que se distribuye a los minoristas (como producto «fresco» o «estéril») en forma de mezcla para la fabricación instantánea de helado blando que es transformada posteriormente en el punto de venta mediante un proceso que requiere equipos especiales.

(10) El helado puede dividirse en categorías en función de su modo de fabricación y de distribución. Se suele distinguir entre helado artesanal, por lo general producido, distribuido y consumido localmente y a pequeña escala, y helado industrial, que se produce para su distribución a gran escala. Casi todo el helado producido y vendido en Irlanda es industrial.

(11) El helado puede dividirse igualmente en función de su lugar de consumo. A grandes rasgos, se distinguen tres categorías:

— «helado de consumo impulsivo», que consiste en helados individuales con envoltorio (frecuentemente con palo) y porciones individuales de helado en vasitos, para su consumo inmediato en el punto de venta o en sus cercanías;

— helado para llevar a casa, en forma de «multipacks» con porciones individuales o de bloques, barras, postres, etc., para consumo doméstico;

— helado para hostelería, que se vende al por mayor a hoteles, restaurantes, cafeterías, etc., para su consumo en dichos lugares.

ii) **Helado de consumo impulsivo**

(12) Los helados de consumo impulsivo, en envoltorios individuales, se conservan por regla general en arcones para «autoservicio» instalados dentro del local del minorista o a su entrada. Estos arcones suelen situarse en lugares destacados. Como ocurre con todos los productos que dependen de decisiones de compra instantáneas, la accesibilidad y la visibilidad en el punto de venta son importantes factores en la venta de helados «de consumo impulsivo». Si el producto no está accesible ni visible, quizás se pierde para siempre una oportunidad de venta([9]), ya que los compradores de helados por lo general no se desplazarán para comprar ni pospondrán una decisión de compra. El acceso a la distribución a gran escala reviste especial importancia para la degustación de productos nuevos por los consumidores, estimulando así la demanda de dichos artículos. Los helados individuales de consumo impulsivo son prácticamente siempre productos de marca, respaldados por una considerable inversión en publicidad y promoción.

(13) Las estaciones tienen una influencia considerable en el consumo de helado de consumo impulsivo, correspondiendo la mayor parte de las ventas a los meses de verano. En 1992, por ejemplo, aproximadamente dos tercios de las ventas de helado de consumo impulsivo de HB se realizaron en el cuatrimeste que va de mayo a agosto. Las ventas también dependen en gran medida de la climatología.

(14) Aunque los niños tienen una importancia particular, en su calidad de compradores de porciones individuales de helado, la tendencia de los nuevos helados de consumo impulsivo industriales apunta hacia productos de «calidad» o de «gran calidad» (lo que significa en general un alto contenido en grasas lácteas y una baja proporción de aire), de precio elevado, destinados a un mercado de espectro más amplio, en el que se incluyen los adultos, más proclives a adquirir estos artículos. Actualmente, éste es el segmento que más rápidamente está creciendo dentro del mercado del consumo impulsivo.

(15) El helado en porciones se distribuye a granel al minorista, que por lo general lo almacena en un arcón especial y lo sirve al cliente en un cucurucho. En Irlanda, esta variedad representa un volumen marginal de ventas.

(16) El helado blando se distribuye al minorista en forma de mezcla para helados blandos a temperatura ambiente, que debe ser elaborada posteriormente mediante la adición de nuevos ingredientes y un proceso que, utilizando equipos especiales, la

([9]) Noel McEneaney, directivo del departamento de marketing de HB, aparece en la edición de marzo de 1996 de *Shelflife* (revista irlandesa de comercio al por menor) manifestando lo siguiente: «Existe la regla de que por cada tres personas que compran un producto de consumo impulsivo, sólo una entraba inicialmente en el tienda con la intención de adquirir un helado. Intentamos optimizar este factor procurando que lo primero que el cliente ve al entrar sea el arcón de los helados, y para ello lo ubicamos en la entrada o cerca de la caja.».

transforma en el producto helado que se sirve al cliente. Normalmente, este tipo de helados se sirve en un cucurucho de barquillo.

(17) Desde el punto de vista del fabricante, la venta a gran escala de helado de consumo impulsivo requiere un importante volumen de capital e implica notables riesgos comerciales, ya que depende de factores climáticos impredecibles. Exige un elevado grado de capital circulante, con objeto de poder financiar la fabricación antes de la temporada y conservar las existencias. Las empresas se ven obligadas a hacer frente a importantes exigencias en materia de planificación y logística durante todo el ciclo anual, para poder sufragar la corta campaña estacionaria.

2. *Mercado del helado en la Comunidad*

(18) Dentro de la Comunidad, los mercados nacionales presentan diferentes características. Por ejemplo, el consumo anual de helado artesanal oscila entre más de seis litros per cápita en Italia y menos de medio litro en España, y aún menos en Irlanda. La mayor parte de los helados que se venden en Europa son de producción industrial. El país con mayor proporción de ventas de estos helados es el Reino Unido, seguido por Alemania, Italia y Francia. Las ventas de helados de consumo impulsivo en relación con el total de ventas del mercado de los helados varía también considerablemente entre Estados miembros.

(19) Las empresas del grupo Unilever son los principales proveedores de helado en la mayoría de los Estados miembros. En el sector del consumo impulsivo, este grupo ocupa la primera posición en el mercado en todos los Estados miembros, con la excepción de España, Grecia y Finlandia. Los grupos Nestlé, Artic/Beatrice, Grand Metropolitan y Schöller venden helados en más de un Estado miembro. Algunos de estos grupos de empresas, Unilever y Nestlé por ejemplo, operan en varios Estados miembros con diferentes nombres.

(20) Las normativas nacionales en materia de contenido del helado no están armonizadas en la Comunidad. Las diferencias, especialmente las relativas a los tipos de grasa vegetal y productos lácteos autorizados, pueden propiciar diferencias materiales en los productos disponibles en cada Estado miembro así como en su coste. Los precios medios al por menor de productos de heladería similares, e incluso idénticos, pueden variar considerablemente de un Estado miembro a otro. Sin embargo, un análisis de la gama de productos que venden los proveedores que trabajan en diferentes mercados muestra que a menudo se venden productos similares o idénticos con diferentes marcas. Además, existe un importante volumen de comercio intracomunitario de productos de heladería.

(21) La práctica de suministrar arcones a los minoristas supeditándolos a la condición de la exclusividad es muy común entre los fabricantes y distribuidores de helados en Europa, tanto por parte de las empresas del grupo Unilever como de muchos de sus competidores.

3. *Mercado del helado en Irlanda*

i) **General**

(22) El consumo per cápita de helados en Irlanda es uno de los más altos de la Comunidad. El cuadro que figura a continuación indica, para 1995 y 1996 [10], el volumen total del helado industrial comercializado en Irlanda, en términos de volumen y de valor:

	1996 (volumen) (miles de litros)	1996 (valor) (miles de libras irlandesas)	1995 (volumen) (miles de litros)	1995 (valor) (miles de libras irlandesas)
Consumo impulsivo	11 632	46 425	12 297	56 430
«Multi-packs»	1 480	5 585	1 388	5 597
Consumo doméstico	14 065	28 832	15 542	31 281
Hostelería	4 718	11 175	4 756	10 954
Total	31 895	96 523	33 983	104 262

En el verano de 1995, las ventas (especialmente de productos de consumo impulsivo) se multiplicaron gracias a las condiciones climáticas favorables. El verano de 1996, de peor clima, propició un descenso relativo de las ventas. HB estima que el valor total del mercado de helados blandos [11] en Irlanda es aproximadamente de [. . .] de libras irlandesas al año.

[10] *Fuente:* AC Nielsen, importante empresa de investigaciones de mercado. Las cifras corresponden a ventas al por menor, y no coinciden con las cifras de GSV incluidas igualmente en el presente texto; estas últimas no incluyen el margen de beneficio del minorista, como tampoco el tipo de IVA. Las cifras del presente cuadro incluyen los «polos».

[11] Según HB, la información de mercado de este sector no es pública.

ii) **HB**

(23) HB es el primer fabricante y distribuidor de helado en Irlanda desde 1968, año en que adquirió la actividad en este mercado de su principal competidor, Premier Dairies [12]. Desde 1974, HB pertenece al grupo Unilever. La empresa se reconstituyó en 1993 bajo la denominación Van den Bergh Foods Ltd, tras la fusión de HB Ice Cream Limited con otras empresas del grupo Unilever. En 1996, su facturación se elevó a unos [. . .] de libras irlandesas. En los años anteriores, el volumen de negocios en libras irlandesas fue, respectivamente, de [. . .] (1995), [. . .] (1994) y [. . .] (1993).

(24) La multinacional Unilever es uno de los principales fabricantes de bienes de consumo del mundo. Las dos empresas matrices, Unilever NV y Unilever PLC, alcanzaron una facturación mundial consolidada de unos 33 500 millones de libras esterlinas en 1996. El volumen de negocios del grupo Unilever en Irlanda se elevó a unos 231 millones de libras irlandesas en el mismo ejercicio. Las empresas del grupo Unilever fabrican y distribuyen productos de heladería en todos los Estados miembros, y ocupan la primera posición del mercado en muchos de ellos. La política del grupo en los diversos mercados nacionales de helados ha consistido en adquirir empresas heladeras locales y desarrollar marcas a escala nacional. No obstante, en los últimos tiempos ha desarrollado algunos productos a escala internacional, como por ejemplo el popularísimo helado con palo «Magnum».

(25) HB suministra una variada gama de productos de heladería, incluida una amplia gama de artículos de consumo impulsivo (incluidos artículos «de calidad»), muchos de los cuales disfrutan de gran popularidad entre los consumidores. La mayoría de los productos se fabrican en Irlanda, salvo algunos artículos que son fabricados por otras empresas de helados de Unilever e importados por HB. El helado se comercializa con la marca «HB», que es muy conocida en Irlanda. HB vende asimismo a minoristas mezcla para su posterior transformación en helado blando.

(26) El volumen total del helado de HB comercializado en Irlanda se indica (en miles de litros) en el cuadro que figura a continuación:

	1993	1994	1995	1996
Consumo impulsivo	8 138	8 563	10 170	9 736
«Multipacks»	648	908	1 091	2 664
Consumo doméstico	10 392	10 960	11 582	15 344
Hostelería	737	1 146	1 189	1 788
Total	19 915	21 577	24 032	23 398

(27) En 1996, HB comercializó un volumen de negocios de [. . .] de libras irlandesas en valor de ventas al por mayor, frente a una facturación total de aproximadamente [. . .] en 1995 y unos [. . .] en 1994.

(28) HB logró una cuota de mercado [13] en valor, para el helado de consumo impulsivo en Irlanda, de aproximadamente el 85 % durante el período de 4 meses que va de junio a septiembre de 1996, frente al 83 % obtenido en el mismo período en 1995, el 77 % en 1994 y el 76 % en 1993. En términos de volumen, la cuota de mercado de HB en el verano de 1996 ascendió aproximadamente al 85 %, frente a un 83 % en el mismo período en 1995, y a un 80 % en 1994 y 1993. En el bimestre de junio y julio de 1997, el volumen de la cuota de HB se elevó al 89 %, y su valor fue asimismo del 89 %. Según HB, este aumento se debe, al menos parcialmente, a las dificultades económicas que ha atravesado Valley, junto con el vencimiento de los acuerdos de distribución celebrados entre Mars y Valley. HB estima que su cuota en el mercado del helado blando en Irlanda es aproximadamente del [. . .] %.

iii) **Otros fabricantes**

(29) El resto del mercado irlandés del helado se lo reparten principalmente Mars, Valley, Nestlé, Leadmore (Ireland) Ltd (en lo sucesivo denominada «Leadmore»), Dale Farm Dairy Group Ltd. (en lo sucesivo denominada «Dale Farm»), y Häagen Dazs.

a) *Mars*

(30) Mars es una filial al 100 % de la multinacional Mars Incorporated, de capital privado y nacional-

[12] En muy poco tiempo, la cuota de HB en el mercado del helado pasó del 42 % al 80 %. Premier Dairies, a su vez, adquirió la actividad láctea de HB.

[13] Estas cifras de mercado proceden de AC Nielsen, y han sido calculadas utilizando la misma definición de mercado empleada en la presente Decisión, a excepción de la inclusión de los «polos», no obstante, esta última no altera significativamente las cuotas proporcionales de los diversos operadores presentes en el mercado.

lidad estadounidense. Forma parte de un grupo internacional que cuenta con filiales en la mayoría de los Estados miembros. Mars se introdujo en el mercado del helado con la adquisición de Dove, empresa heladera estadounidense. Apoyándose en la popularidad de sus productos de confitería, Mars desarrolló versiones heladas de algunos de estos artículos, ampliándolos así a una nueva categoría de productos. Mars fabrica todo el helado que destina al mercado europeo en sus instalaciones de Francia (Doveurope SA), y comercializa sus productos bajo los mismos nombres en todos los Estados miembros. En 1988 lanzó por vez primera sus productos helados en Europa.

(31) Mars empezó a vender sus helados en Irlanda, en forma de porciones individuales y de «multipacks», en 1989. El gran renombre de la marca entre los consumidores redujo los costes de su introducción en el mercado. La gama de productos de heladería ofrecida por Mars se ciñe a un pequeño número de artículos, casi todos del segmento de «calidad» (de precio elevado) del mercado, destinados principalmente a consumidores adultos.

(32) En el mercado irlandés de productos de heladería de consumo impulsivo, la cuota de Mars en términos de valor durante el período que va de junio a septiembre de 1996 giró en torno al 6 %, frente a un 7 % en el mismo período en 1995, un 10 % en el verano de 1994 y un 14 % en 1993. La cuota de Mars en términos de volumen es algo inferior, lo que refleja la condición de productos «de calidad» de la gama que ofrece. En los veranos de 1995 y 1996 realizó un 4 %, frente al 6 % de 1994 y al 8 % de 1993. En el bimestre de junio y julio de 1997, la cuota de Mars fue del 4 % en términos de volumen, y del 5 % en términos de valor.

b) *Valley*

(33) Hasta su liquidación en octubre de 1997, Valley suministraba una variada gama de productos de heladería de consumo impulsivo, aunque no competía en la gama de «calidad». Valley había atravesado prolongadas dificultadas económicas, como muestra su liquidación y posterior reconstitución en 1985. Su cuota de mercado (en valor) en el verano de 1996 fue de un 6 %, frente a un 7 % en 1994 y 1995 y un 5 % en 1993. En términos de volumen, su cuota se elevó a aproximadamente un 8 % en 1996, frente a un 9 % en el año anterior. En el bimestre de junio y julio de 1997, la cuota de Valley descendió a un 3 % en volumen y a un 2 % en valor. De 1989 a principios de 1997, Valley fue el principal distribuidor de los productos de heladería de consumo impulsivo de Mars.

c) *Nestlé*

(34) Nestlé es una empresa multinacional con filiales activas en el sector de los helados en la mayor parte de los Estados miembros. Su primera aparición en el mercado irlandés se produjo en 1994 y alcanzó una cuota de mercado de aproximadamente un 2 %, en términos tanto de volumen como de valor en 1995 y 1996, frente a un 1 % aproximado en 1994. En el bimestre de junio y julio de 1997, la cuota de Nestlé en volumen y en valor fue del 2 %.

d) *Häagen Dazs*

(35) Häagen Dazs (empresa del grupo Grand Metropolitan) entró en 1993 en el mercado irlandés del helado de consumo impulsivo con un gama limitada de helados de lujo, caros y de calidad. Su cuota de mercado en el segmento del helado de consumo impulsivo es muy reducida, y por tanto no es calculada individualmente por Nielsen.

e) *Dale Farm*

(36) Dale Farm, filial de la empresa lechera británica Northern Foods, tiene su sede principal en Irlanda del Norte, donde es la primera del mercado; distribuye sus productos de heladería mediante franquiciados independientes y agentes. En los veranos de 1995 y 1996 su cuota de mercado, tanto en volumen como en valor, fue del 1 %, frente a un 0,5 % en 1994. En el bimestre de junio y julio de 1997, ambas cuotas ascendieron al 1,5 %. Dale Farm distribuye asimismo productos de Mars, que le son suministrados principalmente por la filial británica de Mars, y no por la irlandesa.

f) *Leadmore*

(37) Leadmore es un fabricante regional de productos de heladería. En diciembre de 1994, Leadmore Ice Cream Ltd suspendió pagos. Fue adquirido al administrador de la quiebra en calidad de empresa en funcionamiento, y se reconstituyó bajo la denominación social de Leadmore (Ireland) Ltd Leadmore obtuvo una cuota de mercado, en valor, de aproximadamente un 0,5 % en los veranos de 1995, 1996 y junio y julio de 1997, frente a un 3 % en el verano de 1994. Leadmore opera fundamentalmente en un ámbito geográfico limitado.

g) *Proveedores de mezcla para helados blandos*

(38) Además de HB (véase anteriormente), otros suministradores importantes de mezcla para helados blandos en Irlanda son R&F Martin (que comercializa su producto bajo el nombre de «Angelito's»), con una cuota de mercado estimada en un 35 %; Pritchards, con una cuota de mercado estimada en un 20 %; Leepatrick Dairies y Dawn Dairies, con cuotas de mercado incluso más pequeñas.

4. *Canales de distribución del helado de consumo impulsivo en Irlanda*

i) **Consideraciones generales**

(39) En Irlanda, el helado industrial de consumo impulsivo se distribuye al público a través de una amplia gama de puntos de venta, entre los que figuran tiendas de ultramarinos, tiendas de minoristas «tradicionales» —estancos, confiterías y quioscos (denominados en lo sucesivo «ECQ»)—, gasolineras, restaurantes y locales destinados al ocio y entretenimiento. Los principales puntos de venta de artículos de consumo impulsivo son, con gran diferencia, las tiendas minoristas tradicionales, los ultramarinos (incluidos los grupos franquiciados) y gasolineras, como ilustran las encuestas de Nielsen [14] sobre el mercado del helado en Irlanda durante el verano de 1992 y los meses de abril y mayo de 1995, que desglosan (en valor) las ventas de helados de consumo impulsivo en función de los canales minoristas de distribución de la siguiente manera:

	junio/julio 1992	agosto/septiembre 1992	abril/mayo 1995
Cadenas	3 %	4 %	2 %
Ultramarinos	60 %	59 %	55 %
ECQ/Gasolineras	37 %	37 %	43 %

(40) Los estudios del mercado minorista de AC Nielsen para 1991 y 1994 muestran la siguiente estructura de puntos de venta al por menor para el comercio de productos alimenticios y de confitería (número de puntos de venta):

	1991	1994
Cadenas	154	160
Grupos	999	1 015
Ultramarinos	6 069	5 652
ECQ	1 864	1 863
Gasolineras	1 186	979
Total	10 272	9 669

(41) Como puede verse, la estructura ha cambiado poco en estos tres años, a excepción de la disminución de los ultramarinos. La mayor parte de estas tiendas venden helados de consumo impulsivo. En 1994, el porcentaje era del 95 %; HB estima que el número de puntos de venta al por menor que venden helados de consumo impulsivo es de 9 454, a partir de las cifras de AC Nielsen (1997).

(42) Los puntos de venta catalogados como «cadenas» (categoría que comprende fundamentalmente los supermercados) venden principalmente helados para llevar, entre los que se cuentan los «multipacks»; este tipo de productos se conserva en los arcones del minorista, junto con los alimentos congelados. Debe igualmente mencionarse que en algunos de los pequeños ultramarinos de Irlanda los productos de heladería, tanto de consumo impulsivo como para llevar, pueden venderse en los mismos puntos de venta y, en muchos casos, en el mismo arcón congelador.

(43) Los minoristas normales disponen de un espacio limitado para la ubicación de los arcones. Los puntos de venta más importantes en el sector de los helados de consumo impulsivo suelen ser reducidos y estar, por tanto, sujetos a limitaciones espaciales de particular importancia. El helado de consumo impulsivo es un producto marginal para la mayoría de los minoristas, en la medida en que sólo representa un porcentaje reducido de la facturación y los beneficios del punto de venta, y compite por el espacio de venta con una gran variedad de productos (tanto de consumo impulsivo como otros), muchos de los cuales tienen la ventaja de que sus ventas no varían con las estaciones, de modo que anualmente pueden arrojar mayores ventas por unidad de superficie [15]. De acuerdo con los datos comunicados por HB, los helados representan tan sólo el 8,5 % del valor de las ventas globales de productos de consumo impulsivo en Irlanda (confitería, refrescos, aperitivos y helados). Además, todo el espacio disponible en un punto de venta no presenta las mismas ventajas para las ventas de consumo impulsivo, ya que una ubicación bien visible es crucial para este segmento (véase la nota 9).

(44) El acceso a la distribución suele medirse en los términos siguientes: a) «distribución no ponderada (numérica)», es decir, en términos numéricos, porcentaje de puntos de venta de helados de consumo impulsivo en que se ofrecen los productos del fabricante, y b) «distribución ponderada», es decir, porcentaje de puntos de venta de helados de consumo impulsivo en que se ofrecen los productos del fabricante, ponderado por facturación en helados de consumo impulsivo. Aunque la distribución ponderada se considera en general la medida más importante de los niveles de distribu-

[14] El análisis financiero de AC Nielsen del sector de la heladería de consumo impulsivo es la única fuente fiable de datos de mercado sobre la distribución de este tipo de helados en Irlanda. Los puntos de venta incluidos en el denominado «Universo» de Nielsen son los mismos que se utilizaron en su estudio de los productos de confitería y no incluyen algunos puntos marginales de venta de helados, como, por ejemplo, cines, teatros y puestos de helados.

[15] La encuesta de mercado realizada por Lansdowne en verano de 1996, descrita con detalle más adelante, descubrió que no se suele desplazar los arcones para satisfacer la variación estacional de demanda (véase el considerando 97).

ción de una empresa, en el caso de los productos de consumo impulsivo la distribución numérica reviste especial importancia, dado que constituye la indicación más exacta de la disponibilidad (y visibilidad) general del producto de cara a los consumidores. La importancia de unos altos niveles de distribución numérica se multiplica en los casos de lanzamiento de productos de consumo impulsivo, ya que aumenta la posibilidad de que los consumidores los prueben por lo menos una vez.

ii) **HB**

(45) Los productos de heladería de HB están presentes en todas las categorías de canales de distribución mencionados en el considerando 38. HB vende sus productos de heladería de consumo impulsivo a un número total de [. . .] clientes; de ellos, [. . .] ([. . .] %) presentan una facturación anual inferior a 1 500 libras irlandesas en helados de consumo impulsivo de HB.

(46) Según las encuestas de AC Nielsen realizadas en Irlanda durante los últimos años, HB ha logrado aproximadamente una distribución numérica del 79 % y una distribución ponderada del 94 % en todos los productos de heladería de consumo impulsivo en el período de agosto a septiembre de 1995. Esto quiere decir que sus productos se vendían en un 79 % de los puntos de venta, en términos numéricos [16], y que los productos de consumo impulsivo de HB se vendían en tiendas a las que correspondía el 94 % de las ventas totales de helados de consumo impulsivo en Irlanda. Las cifras fueron prácticamente idénticas en junio y julio del mismo año, con una cuota ponderada del 95 %. En junio y julio de 1994, las cifras de distribución numérica y ponderada de HB fueron, respectivamente, un 78 % y un 92 %. En agosto y septiembre de dicho año, estos conceptos fueron del 78 % y 93 %. En junio y julio de 1996, la distribución numérica de HB fue del 82 %, y su cuota ponderada, del 96 %; en agosto y septiembre de 1996 se mantuvieron las mismas cifras, pero en junio y julio de 1997 la distribución numérica de HB fue del 85 % y su cuota ponderada fue del 97 %.

iii) **Mars**

(47) Según AC Nielsen, Mars logró una distribución numérica del 35 % y una distribución ponderada del 48 % en sus productos de heladería de consumo impulsivo en el período que va de agosto a septiembre de 1995. Las cifras no cambiaron en el bimestre de junio y julio del mismo año; por su parte, en junio y julio de 1994 las distribuciones numérica y ponderada de Mars fueron, respectivamente, del 36 % y 56 %. En agosto y septiembre de ese año, las cifras fueron del 34 % y 52 %. En el período de junio y julio de 1996, la distribución numérica de Mars fue del 32 %, y su cuota ponderada del 43 %; en el bimestre de agosto y septiembre de 1996, la cantidad numérica fue del 31 % y la cuota ponderada se mantuvo inalterada. En junio y julio de 1997, la distribución numérica de Mars fue del 30 %, y la ponderada fue del 40 %.

(48) Partiendo de la encuesta realizada por su personal de ventas en aquel momento, Mars considera que, antes de las medidas cautelares que dictó contra ella el Tribunal Superior Irlandés en 1990 (convertidas en firmes; véase el considerando 3), por las que se prohibía a Mars que indujese a los minoristas a almacenar sus helados en arcones de HB, Mars había alcanzado el 42 % de la distribución numérica en el mercado irlandés del helado de consumo impulsivo. Este porcentaje se logró en los primeros meses de lanzamiento de sus productos en el mercado irlandés, y fue obtenido, en buena medida, almacenando productos de Mars en arcones de HB. A partir de la adopción de las citadas medidas, Mars estima que su nivel de distribución descendió hasta niveles inferiores al 20 %.

iv) **Otros fabricantes**

(49) En los meses de agosto a septiembre de 1995, Valley obtuvo una distribución numérica del 29 % y una cuota ponderada del 36 %. En junio y julio de 1995, estas cifras fueron, respectivamente, del 30 % y 37 %. En el bimestre de junio y julio de 1994, ambos conceptos fueron del 28 % y 39 %; en agosto y septiembre de 1994, las cifras reflejaron un 29 % y 39 % respectivamente. En el período de junio y julio de 1996, la distribución numérica de Valley fue un 26 %, y su cuota ponderada, un 31 %; en agosto y septiembre del mismo año, la numérica fue del 30 %, y la ponderada se mantuvo sin cambios. En junio y julio de 1997, la distribución numérica descendió a un 20 %, y la cuota ponderada, a un 19 %.

(50) Por su parte, Nestlé alcanzó una distribución numérica del 20 % en agosto y septiembre de 1995, con una cuota ponderada del 25 % en dicho bimestre. En junio y julio de 1995 los valores respectivos fueron del 20 % y del 26 %. En junio y julio de 1994, estas cifras fueron, respectivamente, del 19 % y 18 %; en agosto y septiembre del mismo año, se obtuvieron unas cifras del 20 % y 19 %. La mayor parte de la distribución de Nestlé en 1994 correspondió a las ventas de una de sus gamas de productos, los denominados «Pastillas de Fruta» («Fruit Pastilles»). En el período de junio y julio de 1996, la distribución numérica de Nestlé fue del 19 %, y su cuota ponderada, del 24 %; en agosto y septiembre de 1996, la cifra

[16] Las cifras reales de distribución no ponderada o numérica son algo mayores, debido a que no todos los puntos de venta incluidos en el estudio almacenan helados de consumo impulsivo; por ejemplo, sólo el 93 % de ellos vendían este tipo de helados. Por lo tanto, a nuestros efectos resulta más exacto ajustar la cifra del 79 % a 79/93 = 85 %. Similar ajuste puede asimismo aplicarse para todos los períodos temporales, pero a los efectos de la presente Decisión no se ha procedido así. Esta distorsión no existe para la cifra ponderada.

sin ponderar correspondió al 18 %, y la ponderada al 25 %. En junio y julio de 1997, su distribución numérica aumentó al 20 % y su cuota ponderada disminuyó a un 21 %.

(51) La distribución numérica de Dale Farm fue del 11 % en agosto y septiembre de 1995, con una cuota ponderada del 12 % en dicho bimestre. En junio y julio de 1995, estas cifras fueron, respectivamente, del 11 % y 11 %. En junio y julio de 1994, se obtuvieron unas cifras del 5 % y 6 %; en agosto y septiembre del mismo año, las distribuciones alcanzaron, respectivamente, un 4 % y un 6 %. En el período de junio y julio de 1996, la distribución numérica de Dale Farm fue del 9 %, y su cuota ponderada, del 8 %; en agosto y septiembre de 1996, la cifra sin ponderar correspondió al 8 %, y la ponderada al 7 %. En junio y julio de 1997, su distribución numérica fue del 11 % y su cuota ponderada de un 11 %.

(52) Antes de declararse en suspensión de pagos a finales de 1994, Leadmore había obtenido una distribución numérica del 17 % en junio y julio de 1994, y una cifra ponderada del 15 % en dicho período. En los mismos meses de 1995, su cuota numérica fue aproximadamente del 10 %; en junio y julio de 1996, la distribución numérica de Leadmore fue del 7 % y su cuota ponderada fue del 6 %. En junio y julio de 1997, la cifra numérica alcanzó el 4 % y la ponderada el 7 %.

5. *Acuerdos de distribución en general para el helado de consumo impulsivo en Irlanda.*

(53) La distribución a gran escala de helados industriales requiere, entre otras cosas, la realización de entregas frecuentes mediante transporte refrigerado desde la fábrica hasta el punto de venta o el establecimiento de hostelería, que debe disponer a su vez de equipos de almacenamiento *in situ* (por lo general, arcones). El fabricante necesita o bien su propria red de distribución para los productos congelados o bien un acceso a un fabricante o mayorista que disponga de ella. Por su parte, el distribuidor debe garantizar un reparto frecuente y responder a pedidos con plazos cortos, especialmente en verano.

(54) En Irlanda es habitual que los fabricantes que suministran helados de consumo impulsivo pongan arcones a disposición del minorista en calidad de préstamo gratuito (es decir, sin cargas directas) y sujetos a acuerdos sobre arcones, que estipulan que el minorista debe usarlos exclusivamente para el almacenamiento de los productos del proveedor (la denominada exclusividad de arcones). Esta circunstancia queda patente en el estudio de mercado expuesto más adelante (véanse los considerandos 90 y 91). Generalmente, el proveedor ofrece también un servicio de mantenimiento de los arcones, también gratuito (sin cargas directas). Los fabricantes suelen suministrar sus productos de forma directa, mediante agentes, a los minoristas, sin pasar por intermediarios independientes; la venta al por mayor de helados es una actividad de pequeña escala en Irlanda.

(55) Hasta 1996, año en que HB se desprendió de una parte de sus arcones (véanse los considerandos 72 y 73), en Irlanda parece haber habido pocos minoristas en posesión de un arcón *in situ* para el almacenamiento y venta de productos de heladería de consumo impulsivo, tal como pone de manifiesto el estudio de mercado expuesto en los considerandos 85 y siguientes.

6. *Acuerdos de distribución de HB para los helados de consumo impulsivo en Irlanda*

i) **Observaciones generales**

(56) HB utiliza un sistema de distribución directa para el 80 % de sus puntos de venta en Irlanda. Los productos se depositan directamente en el arcón, ya sea propiedad de HB o no. HB dispone de almacenes regionales, desde los cuales reparte localmente utilizando su propia flota de camionetas frigoríficas. El 20 % restante de sus puntos de venta es surtido por ocho agentes locales que distribuyen por cuenta de HB; los acuerdos con estos distribuidores son ya antiguos, y se deben a problemas logísticos de HB para lograr de otro modo la cobertura geográfica directa de todos los puntos de venta. Dentro del mercado irlandés, HB es la única empresa que cuenta con una red de distribución de escala nacional integrada verticalmente.

(57) HB ofrece descuentos proporcionales al volumen de negocios en la adquisición de sus helados (excepto en el caso de la mezcla para helados blandos). Dichos descuentos se aplican conforme a una escala graduada que va de un descuento del 2 % para compras por valor de 1 350 a 2 750 libras irlandesas a un 11 % para compras iguales o superiores a 26 601 libras irlandesas (1997). Los descuentos se ofrecen a todos los minoristas de helados de HB, independientemente de la titularidad del arcón.

ii) **Suministro de arcones**

a) *Arcones exclusivos de HB*

(58) Durante muchos años, HB ha puesto a disposición de los minoristas arcones para el almacenamiento y exhibición de los helados de consumo impulsivo en el punto de venta [17]. La empresa presta el arcón al minorista «gratuitamente» (véanse los

[17] Se permite asimismo almacenar en estos arcones los helados de HB para llevar a casa.

considerandos 76 a 79) o lo alquila a un precio anual simbólico (una libra irlandesa) que no se cobra. HB se encarga igualmente del mantenimiento y reparación de los arcones. HB no suministra equipos de procesamiento para la fabricación de helado blando.

(59) El arcón se suministra de acuerdo con lo establecido en un contrato tipo celebrado entre HB y el minorista. Las principales disposiciones del Acuerdo sobre arcones son:

— HB accede a poner a disposición del minorista un arcón, cuya propiedad queda en poder de HB, que se compromete a mantenerlo a sus propios costes (salvo cuando el daño se deba a negligencia o maltrato del minorista);

— el arcón deberá usarse exclusivamente para almacenar productos en venta suministrados por HB; por consiguiente, ningún producto fabricado o suministrado por un tercero deberá venderse o ponerse a la venta en el arcón, ni almacenarse en él;

— el acuerdo puede ser resuelto en cualquier momento por cualquiera de las dos partes, con un preaviso de dos meses [18];

— el minorista se compromete a colocar el arcón en una situación destacada. En la parte superior o en los laterales del arcón sólo se podrá mostrar publicidad de HB.

(60) El número de minoristas con que HB ha celebrado estos acuerdos de arcones (es decir, aquellos a los que ha suministrado uno con la condición de la exclusividad) es de 7 907 (1997). HB desglosa como sigue sus acuerdos de arcones:

	1995	1996 [1]	1997
Ultramarinos	10 224	8 420	8 315
ECQ	1 749	1 440	1 410
Gasolineras	1 170	951	925
Otros puntos de venta	323	487	500
Total	13 453	11 298	11 150

[1] Estas cifras reflejan la posición de HB en septiembre de 1996, teniendo en cuenta los arcones instalados por HB en 1995 y 1996 (véanse los considerandos 72 y 73).

(61) Actualmente, HB ha instalado [. . .] arcones en puntos de venta en Irlanda, en calidad de arcones situados «en la parte delantera de la tienda» [19] (1997). En 1995, HB facturó [. . .] de libras irlandesas en puntos de venta vinculados mediante acuerdos de arcones, lo que representa aproximadamente un [. . . más del 95 % . . .] del volumen de negocios total de helados de consumo impulsivo de HB en Irlanda en ese año (considerando 27). En 1994, la facturación de HB en puntos de venta con arcones de la empresa fue de [. . .] de libras irlandesas, lo que constituye asimismo el [. . . más del 95 % . . .] aproximado del volumen de negocios total de helados de consumo impulsivo facturado por HB en Irlanda en ese año.

(62) HB no suele ceder un arcón a cualquier tienda que le propone almacenar helado, sino que aplica criterios financieros y comerciales [20]. Los criterios financieros se basan en el coste marginal que para HB supone hacerse cargo del nuevo punto de venta, asociado a un aceptable rendimiento de dicha inversión. Por consiguiente, ello incluye una valoración de: a) el coste neto del arcón para HB, y b) su margen variable sobre las correspondientes ventas de helado en la tienda en cuestión. Los criterios comerciales se reflejan en un objetivo anual de ventas, basado en una facturación mínima prevista en el punto de venta.

(63) En comparación con los minoristas o incluso con grandes grupos de compra, HB realiza sustanciales ahorros en la compra y mantenimiento de los arcones. Como parte del grupo Unilever (que compra un alto número de arcones al año), HB obtiene descuentos considerables para estas compras a gran escala. A modo de ejemplo, HB calcula que el coste en capital (incluidos la entrega, almacenamiento, manejo, etc.) para un minorista que comprara un arcón estándar de un metro sería mucho mayor que el que supone para HB. Éste dispone de sus propios expertos en refrigeración para la reparación y el mantenimiento de los arcones y utiliza también los servicios de las empresas locales de refrigeración. En 1994, 1995 y 1996, el gasto de HB en arcones (incluidos la adquisición, instalación, mantenimiento, controles y amortización) ascendió respectivamente a un [. . .] %, un [. . .] % y un [. . .] % de su facturación en helados de consumo impulsivo.

[18] No obstante, HB ha señalado que en realidad no intenta aplicar el requisito de los dos meses de preaviso para los minoristas que expresan el deseo de resolver el contrato con menos antelación o sin antelación alguna.

[19] Algunos arcones se ubican en la parte trasera de la tienda para almacenamiento.

[20] Sin embargo, HB ha indicado que en la práctica no siempre exige que se cumplan estrictamente estos criterios para suministrar un arcón.

(64) La importancia atribuida por el grupo Unilever a la política de suministrar arcones sujetos a exclusividad se puso especialmente de manifiesto tras la entrada de Mars en el mercado europeo, a finales de la década de los ochenta. Los extractos de documentos de la empresa que se citan a continuación (considerandos 65 a 68) muestran lo importante que era para Unilever en ese momento el mantenimiento de la exclusividad de arcones.

(65) En un documento del grupo Unilever de 3 de septiembre de 1990, titulado «Posición de Mars en Europa y respuesta de FPC» [21], bajo el epígrafe «Enfoque estratégico», una de las medidas establecidas es «hacer *todos* los esfuerzos posibles por mantener la exclusividad de arcones».

(66) En otro documento de abril de 1989, titulado «Estrategia de comercialización del helado en Europa», se hace referencia a la importancia de la exclusividad de arcones conservando la propiedad de los mismos: «Debemos conservar *la propiedad del arcón,* especialmente cuando son terceros quienes se encargan de la distribución, con objeto de mantener, en la medida de lo posible mediante *contratos en exclusiva,* el suministro exclusivo de la marca al arcón y, de hecho, al punto de venta.».

(67) Las «Actas de la reunión de los directores de marketing» (documento de FPC) celebradas en Rotterdam en noviembre de 1989 contienen las siguientes frases: «HB ha logrado que Mars descienda a 400 puntos de venta de HB (4,2 %), frente a los 1 920 arcones (29,7 %) que poseía en agosto, mediante la creación de un Grupo de trabajo especial ... En algunos casos, [HB] ha "comprado" la expulsión de Mars de los puntos de venta. Se está recurriendo asimismo al desplazamiento a otros refrigeradores y a una retirada muy selectiva de arcones ...». Bajo el epígrafe «Mars, ¿y ahora, qué?», se afirma lo siguiente: «Para lograr sus economías de escala en la producción, Mars tiene que obtener importantes aumentos de volumen. Tiene que salvar el obstáculo de la distribución ... Impedir la distribución de Mars es la respuesta inmediata a su entrada ...».

(68) En un documento de estrategia interna de Unilever, titulado «Coordinación de productos congelados, Conferencia de directores de ventas, junio de 1990, Viena, Puntos principales y acciones de seguimiento», se destaca la importancia de la exclusividad en materia de arcones. Bajo el epígrafe «Exclusividad», se afirma: «Somos perfectamente conscientes de que en muchos países una de las claves de nuesto éxito —la exclusividad— se ve ahora amenazada:

— exclusividad a nivel de concesionario y de distribuidor

— exclusividad en los puntos de venta y arcones.».

b) *Revisión de la política de arcones*

(69) A la luz del pliego de cargos de la Comisión de 29 de julio de 1993 (considerando 5), y tras varias reuniones con la Comisión, HB ha revisado sus acuerdos de distribución. Los acuerdos revisados han sido notificados a la Comisión en calidad de apoyo a una solicitud de declaración negativa o de exención (considerando 6). En ellos se incluye el contrato tipo que HB sigue utilizando para suministrar, a solicitud del minorista, arcones exclusivos a los puntos de venta en las circunstancias anteriormente expuestas (considerandos 58 y 59), junto con las condiciones de venta estándar y programación de descuentos (considerando 57). Éstas incluyen en la actualidad un nuevo programa de precios para los productos de heladería (véanse los considerandos 76 a 79) y un programa de compraventa a plazos (véanse los considerandos 70 y 71) concebido para facilitar a los minoristas la adquisición de arcones.

(70) Como alternativa opcional al suministro de un arcón de HB supeditado al acuerdo estándar sobre arcones, HB ha introducido un nuevo programa de compraventa a plazos concebido para que los minoristas puedan adquirir un arcón propio. Los arcones se ofrecen al mismo precio al por mayor que se aplicó a HB, tal como demuestra la factura del proveedor (independiente) de arcones. Este programa ofrece a los minoristas un arcón «visitop» de un metro, a razón de un arcón por punto de venta en cualquier momento. HB explica los pormenores del programa en sus listas de precios y en el correspondiente material publicitario. El pago se efectúa en un período máximo de cinco años; las condiciones de amortización sin recargo se especifican asimismo al minorista. El tipo de interés debe ser el mismo que se aplica en Irlanda a la compraventa a plazos [22]. El arcón se utilizará

[21] Frozen Products Coordination (Coordinación de productos congelados).

[22] Debe determinarse de acuerdo con criterios objetivos, como por ejemplo el tipo de préstamo del Banco de Irlanda a la pequeña empresa.

exclusivamente para el almacenamiento de productos de HB sólo durante el período de pago. Unilever se encarga del mantenimiento en dicho período, en el cual los arrendatarios pueden beneficiarse de la suma a tanto alzado establecida en el sistema de precios duales (véanse los considerandos 76 a 79), descontado el factor de mantenimiento ([23]).

(71) Unilever informó a la Comisión de que, en su opinión, el programa «sería atractivo para los minoristas y les incitaría a adquirir sus propios arcones». Desde la introducción del programa de compraventa a plazos en Irlanda, a principios de 1995, no ha habido ningún minorista que haya aceptado esta oferta.

(72) Como medio de liberar a una cantidad sustancial de puntos de venta en poco tiempo, Unilever se comprometió ante la Comisión a garantizar la venta *in situ* de un arcón para ser ubicado en la parte delantera de la tienda, con una «vida útil» razonable, a un número considerable de tiendas (aproximadamente el 20 %) que dispusieran ya de arcones de HB en ese momento (diciembre de 1994). En total se venderían 1 750 arcones. No se venderían más de 400 de estos arcones en puntos de venta con una facturación anual inferior a 650 libras irlandesas en helados de consumo impulsivo de HB, y no se suministraría ninguno a puntos de venta con un volumen de negocios inferior a las 400 libras irlandesas anuales en tales productos. A partir de la venta, los minoristas podrían beneficiarse de una cantidad anual a tanto alzado con arreglo al programa de precios duales (véanse los considerandos 76 a 79). Debía venderse a minoristas que ya poseyeran un solo arcón de HB, y el precio debía fijarse en un nivel que garantizase estos resultados. Todas las ventas tenían que producirse en bloque entre 1995 y 1996, con una dispersión geográfica suficiente. Se consideraba que la venta de arcones debía catalizar la evolución hacia la posesión de arcones por parte de los minoristas. Unilever declaró que el efecto de esta medida sería «introducir, para la temporada de 1995, un cambio visible e importante en el mercado pertinente. Esto funcionaría como de lanzamiento de todo el proceso, cuya evolución posterior se basa en la estructura de precios duales y el Programa de compraventa a plazos.».

([23]) El coste de mantenimiento se calculó en [. . .] libras irlandesas en 1995, y en consecuencia la suma pagada a los arrendatarios ese año fue de [. . .] libras irlandesas. HB debía mostrarse flexible en relación con el pago de bonificaciones a aquellos que decidiesen arrendar durante el año 1995.

(73) De acuerdo con este compromiso, HB vendió [. . .] arcones en [. . .] puntos de venta desde inicios de 1995; casi todas estas ventas se produjeron en la primera mitad de 1996 ([24]) y, en la [. . .]. Según HB, 1 750 de las ventas reúnen las condiciones mencionadas en el considerando 72. Prácticamente todos los arcones eliminados eran modelos o tipos que HB no ha instalado en puntos de venta desde hace al menos [. . .] años; la media de edad de los arcones eliminados es levemente inferior a los [. . .] años ([25]). No todos los arcones vendidos se habían instalado en tiendas de minoristas; algunos ([. . .], según HB) se instalaron en escuelas, comedores de empresa, piscinas, etc. Unos [. . .] clientes adquirieron más de un arcón gracias al programa de venta. HB concentró las ventas en lo que ha denominado el «sector de las tiendas pequeñas». Según HB, la facturación total en helado de consumo impulsivo para todos los puntos de venta que se han hecho con un arcón por este procedimiento es de unos [. . .] de libras irlandesas.

c) *Instalaciones recientes de arcones y proliferación del producto*

(74) En 1994, HB intensificó la campaña de modernización de sus arcones, sustituyendo muchos de los modelos más antiguos ([26]). En 1993, se instalaron [. . .] nuevos arcones en puntos de venta; en 1994, [. . .]; en 1995, [. . .]; en 1996 (hasta agosto), [. . .]. En general, los nuevos congeladores ocupan más superficie en las tiendas de minoristas (aunque son, en algunos casos, de menor volumen), no sólo porque tienen una mayor área, sino también porque muchos son de tipo «isleta», y no permiten adosar ningún otro elemento ni pueden situarse junto a la pared. HB habla de modificaciones en sus pautas de arcones, que describe como «la creciente popularidad del modelo isleta, que supera ampliamente a los modelos Visitop y Closed Top», «un progresivo aumento en la propor-

([24]) Sólo se vendieron [. . .] en 1995, y la mayor parte de ellos en la última parte del año.

([25]) HB estima la vida media de un arcón en diez años; HB amortiza un arcón tras ocho años de utilización.

([26]) HB declara que «emprendió un programa destinado a mantener la imagen de marca de HB y la visibilidad de la gama de productos de HB mediante, entre otras cosas, la sustitución de los arcones antiguos por unidades más actuales»; Mars declara que «Unilever desarrolló un programa excepcional de sustitución de arcones en 1994 y 1995; la comparación entre las dos encuestas Rosslyn muestra que la tasa de sustitución de 1994-1995 superó el 230 % de la correspondiente a 1990-1991». Mars continúa diciendo que «los nuevos arcones de Unilever son invariablemente más grandes que los sustituidos (excepto un tipo que no se ha instalado extensamente).».

ción de arcones de una longitud superior a un metro», y «una reducción gradual del tamaño total de los arcones, teniendo en cuenta las tres dimensiones». De acuerdo con HB, estas pautas se explican invocando «dos factores principales»: «i) la disminución de la proporción de puntos de venta totales representados por ECQ y pequeños ultramarinos independientes se refleja en la correspondiente disminución del número de arcones Visitop de un metro, típicos de estos puntos de venta; y ii) la introducción por parte de los fabricantes de nuevos arcones de más fácil utilización para el autoservicio del cliente y, a tal fin, más largos y menos profundos.».

(75) Mars señala que «la proliferación general de productos de Unilever, así como la expansión de la gama, tiene la finalidad de llenar estos congeladores... de manera que los minoristas se convenzan de que disponen de una "gama completa" de productos de heladería y de que, por lo tanto, no necesitan vender productos de otros fabricantes.».

d) *Fijación de precios*

(76) Hasta marzo de 1995, HB suministró sus productos de heladería y arcones a un precio denominado «global», que incluía los costes de capital del arcón, sus costes de mantenimiento y el valor de los productos de heladería. Se cargaba el mismo precio a todos los minoristas, independientemente de a quién pertenecían los arcones en que se almacenaban los productos. Así, una tienda minorista con arcón propio pagaba lo mismo por los helados HB que un minorista que aceptase la oferta de un arcón HB. En el pliego de cargos de 1993 (véase el considerando 5), la Comisión llegó a la conclusión provisional de que esta política de fijación de precios conculcaba el artículo 86, al discriminar en perjuicio de aquellos minoristas que compraban helados de HB sin haber instalado un arcón de dicha empresa. Asimismo, la Comisión concluía que la política de precios globales no sólo servía para propiciar la exclusividad, en detrimento de los proveedores de helados de consumo impulsivo de la competencia, sino que también provocaba una discriminación entre los socios comerciales, al tratar situaciones diferentes de la misma manera. Un minorista que dispone de su propio arcón paga el mismo precio que el que tiene un arcón de HB, de modo que está siendo forzado a subvencionar el suministro de arcones a los minoristas que sí disponen de un arcón HB; esto supone una desventaja competitiva para los primeros respecto de los segundos.

(77) En la vista de la objeción de la Comisión, HB abandonó en 1995 la «política de precios globales», para introducir el programa de precios denominados «diferenciados» o «duales», que consiste en el pago de una suma a tanto alzado a aquellos minoristas que almacenen helados de HB sin optar por un arcón de HB, siempre que tales minoristas obtengan un volumen de negocios anual mínimo en helados de HB (ventas en la tienda) de 650 libras irlandesas (en valor bruto de ventas). Esta suma a tanto alzado se establece actualmente en 78 libras irlandesas anuales, y refleja el ahorro en costes de adquisición y mantenimiento que para HB supone no suministrar un arcón estándar de un metro al minorista, cuyo umbral de facturación se ha fijado en un nivel que, en opinión de HB, le permita garantizar un rendimiento mínimo en la venta de helados a un minorista.

(78) Unilever ha afirmado que el nuevo programa estaba «destinado a eliminar cualquier incentivo económico que empujase al minorista a aceptar un arcón de HB». Unilever continúa diciendo que el programa tendría «un efecto significativo sobre los presuntos obstáculos para la entrada en el mercado, a medida que los minoristas se convenzan de que la bonificación puede financiar la adquisición de un arcón propio».

(79) Este programa viene desarrollándose desde inicios de 1995, y sus condiciones se publican en las listas de precios de HB; para 1995, los minoristas que dispusieran de congelador propio durante parte del año recibirían una bonificación parcial. La cantidad a tanto alzado puede ajustarse de forma periódica en función de los posibles cambios en los costes de HB. Análogamente, el umbral de facturación puede asimismo cambiar esporádicamente. Todas las variaciones se llevan a cabo con una transparencia satisfactoria. En marzo y abril de 1996, [...] minoristas pudieron acogerse —y recibieron— a la bonificación de precios duales correspondiente a las adquisiciones de helados de consumo impulsivo de HB en 1995. En 1997, [...] minoristas pudieron acogerse —y recibieron— a la bonificación de precios duales correspondiente a las adquisiciones de helados de consumo impulsivo de HB en 1996.

7. ***Acuerdos de distribución de otros fabricantes para el helado de consumo impulsivo en el mercado irlandés***

i) **Mars y Valley**

(80) En 1989, Mars nombró a Valley distribuidor de sus nuevos productos de heladería. Antes de que el

Tribunal Superior de Justicia de Irlanda dictase resolución contra Mars en 1991 (considerando 3), algunos minoristas almacenaban los productos de Mars en arcones de HB. En un principio, Mars suministraba a Valley, que a su vez suministraba los productos de Mars para su almacenamiento en arcones de Valley o de Mars, así como en congeladores de propiedad conjunta de ambas empresas. Sin embargo, Mars ha efectuado una cierta distribución directa desde 1993. Tras la sentencia del Tribunal Superior de 1992, que declaraba firmes las medidas contra Mars, ésta y Valley modificaron sus acuerdos sobre arcones para incluir la cláusula de exclusividad de proveedor. Mars declara que su «gasto total en arcones en 1994 fue del 22 % de su volumen de negocios en helados de consumo impulsivo» en ese año. En marzo de 1997, Mars puso fin a su acuerdo de distribución con Valley.

ii) **Nestlé**

(81) Desde que Nestlé entró en el mercado irlandés de helados de consumo impulsivo en el año 1994, ha instalado arcones en tiendas de minoristas bajo la condición de exclusividad. Nestlé distribuye sus helados en Irlanda únicamente a través de distribuidores. Al entrar en el mercado en 1994, Nestlé celebró un acuerdo de cooperación con Leadmore para la distribución, acuerdo que no se mantuvo más allá de la primera temporada de helados.

iii) **Dale Farm**

(82) Dale Farm suministra arcones a tiendas de venta en condiciones de «préstamo gratuito», exclusivamente para el almacenamiento de helados de Dale Farm y Mars y de otros productos alimenticios congelados de Northern Foods.

iv) **Häagen Dazs**

(83) Häagen Dazs instala arcones en tiendas de minoristas para el almacenamiento de sus productos de heladería de consumo impulsivo y de otros tipos; por lo general, los congeladores son pequeños y están supeditados a una condición de exclusividad. Todos sus productos de heladería se venden a través de distribuidores.

v) **Leadmore**

(84) Leadmore suministra arcones a las tiendas de minoristas, supeditándolos a una condición de exclusividad.

8. ***Investigación de mercado y determinación de los obstáculos a la entrada***

(85) En primer lugar, debe dejarse claro que en la investigación de mercado existe siempre un margen de error cuando los datos se obtienen mediante un muestreo limitado de todo el mercado en cuestión, independientemente del cuidado con que se haya considerado la representatividad de la muestra. No obstante, se trata del único medio efectivo y viable de obtener numerosos datos de mercado. Además, la fiabilidad de esta información puede ampliarse significativamente si varios estudios de un mercado determinado tienden en esencia a confirmar recíprocamente los resultados, como es el caso de los tres estudios de mercado que se describen a continuación.

(86) Aunque HB reconoce la existencia de una correlación general entre los resultados de los estudios de Lansdowne y B&A, estima dudosa la representatividad del estudio de Rosslyn, que se basa «en visitar nuevamente puntos de venta ya estudiados cinco años antes» en una encuesta similar, que supuestamente se basaba «en una muestra aleatoria sin estratificar» en función del tipo o tamaño de los puntos de venta. Siempre según HB, en el estudio de Rosslyn se da «una desproporcionada representación de ECQ, en detrimento de los ultramarinos independientes», a diferencia de los estudios de Lansdowne y B&A, estratificados de acuerdo con el denominado «universo de puntos de venta Nielsen». Asimismo, se trata del único de los tres estudios que se llevó a cabo antes de que HB eliminase algunos de sus arcones como parte del programa de lanzamiento de la sustitución. La Comisión ha tomado buena nota de estas críticas al considerar la fiabilidad de dicho estudio, y ha observado asimismo que en el estudio de B&A los grandes puntos de venta están mucho más representados que en los otros dos.

i) **El estudio de Lansdowne**

(87) Este estudio fue realizado para la Comisión por Lansdowne Market Research Limited en julio y agosto de 1996, momento álgido de la temporada de los helados. Se escogió una muestra aleatoria de 501 puntos de venta, y se garantizó la representa-

tividad de dicha muestra en relación con el comercio minorista pertinente ([27]). Se garantizó asimismo la cobertura geográfica, que incluía una clara división entre zonas rurales y urbanas. Los datos se obtuvieron entrevistando directamente a los propietarios o a los encargados en todos los puntos de venta. A continuación se exponen los resultados principales del estudio.

(88) El 84 % de todos los arcones instalados en los puntos de venta entrevistados eran propiedad de un proveedor o fabricante de helados: el 61 % de los arcones suministrados por un proveedor correspondían a HB ([28]), el 11 % a Mars, el 9 % a Valley, el 8 % a Nestlé, el 4 % a Dale Farm ([29]), el 2 % a Leadmore, y el 1 % a Häagen Dazs.

(89) El 12 % de todos los arcones resultaron ser propiedad del minorista, el 2 % en régimen de compraventa a plazos a un fabricante de helados y el 1 % era de un grupo minorista. El 38 % de los arcones propiedad de los minoristas fueron adquiridos a HB o agentes de HB.

(90) El porcentaje de puntos de venta con sólo un arcón para helados de consumo impulsivo fue del 58 %; el porcentaje de puntos de venta con dos congeladores fue del 35 %; y el de tres o más fue del 7 %. La media de arcones por punto de venta era de 1,50.

(91) El 85 % de los puntos de venta que venden helados de consumo impulsivo tenían al menos un arcón suministrado por un proveedor: el 72 % ([30]) poseían al menos un arcón de HB, el 14 % al menos un congelador de Mars; el 10 % de Nestlé, el 10 % de Valley, el 5 % ([31]) de Dale Farm; el 2 % de Leadmore; el 1 % de Häagen Dazs; el 5 % de otros proveedores. Un 17 % de los puntos de venta tenían al menos un arcón propiedad del minorista.

(92) El 56 % de los puntos de venta tenían uno o más arcones de un único proveedor o fabricante (y, en consecuencia, sólo podían vender los productos de heladería de dicho proveedor o fabricante), el 27 % tenían congeladores de más de un proveedor o fabricante (sin ningún arcón propiedad del minorista); en consecuencia, el 83 % de los puntos de venta cuentan sólo con arcones suministrados por proveedores o fabricantes. El 17 % de los puntos de venta cuentan al menos con un arcón propiedad del minorista; este 17 % se compone de un 12 % de los puntos de venta que sólo tienen arcones propios más un 5 % de puntos de venta que tienen arcones propios y arcones de proveedores o fabricantes.

(93) Esta información se desglosó asimismo en tres categorías en función del volumen de negocios de cada punto de venta en helados de consumo impulsivo: i) puntos de venta con una facturación inferior a 1 000 libras irlandesas (22 %), ii) puntos de venta con una facturación entre 1 000 y 2 000 libras irlandesas (23 %), y iii) puntos de venta con una facturación igual o superior a 2 000 libras irlandesas (40 %) ([32]). El 28 % de los puntos de venta pertenecientes a la categoría i) tenían por lo menos un arcón del propio minorista (un 22 % tenía sólo un arcón del minorista, el 6 % tenía uno o más arcones propios junto con arcones de un fabricante o proveedor); el 19 % de los puntos de venta pertenecientes a la categoría ii) tenían por lo menos un arcón del propio minorista (un 15 % tenían sólo un arcón del minorista, el 4 % tenían uno o más arcones propios junto con arcones de un fabricante o proveedor); sin embargo, sólo el 10 % de los puntos de venta de la categoría iii) tenían por lo menos un arcón del propio minorista (un 4 % tenían sólo un arcón del minorista, el 6 % tenían uno o más arcones propios junto con arcones de un fabricante o proveedor). El 58 % de los puntos de venta de las categorías i) y ii) tenían uno o más arcones de un único fabricante o proveedor (y, en consecuencia, sólo podían vender helados de ese proveedor o fabricante); el 53 % de los puntos de venta de la categoría iii) podían vender únicamente helados de ese proveedor o fabricante.

([27]) El 68 % de la muestra constaba de tiendas de ultramarinos, el 21 % de ECQ, el 11 % eran gasolineras. No se incluyeron los supermercados. El 92 % de la muestra era de titularidad independiente; otro 6 % era propiedad de una cadena (grupo de marca).

([28]) Incluidos los arcones de agentes de HB.

([29]) Incluidos los arcones de agentes de Dale Farm.

([30]) Incluido el 2 % (de los puntos de venta) en que había arcones propiedad de agentes de HB.

([31]) Incluido el 1 % (de los puntos de venta) en que había arcones propiedad de agentes de Dale Farm.

([32]) El 15 % de los puntos de venta se negaron a declarar su facturación.

(94) El 95 % de los arcones de HB se hallan en puntos de venta que sólo disponen de congeladores suministrados por fabricantes o proveedores; el 58 % de los arcones de HB se hallan en puntos de venta que sólo disponen de congeladores de HB. El nivel de ventas de helados de consumo impulsivo en tiendas de esta última categoría es casi idéntico al de cualesquiera puntos de venta con arcones de HB.

(95) El 47 % de los puntos de venta pueden vender únicamente productos de heladería de un solo fabricante o suministrador, con un solo arcón en cada tienda; el 8 % puede vender únicamente productos de heladería de un solo fabricante o suministrador, con dos arcones. Un 41 % de los puntos de venta pueden vender únicamente productos de HB (el 35 % de los puntos de venta pueden vender únicamente productos de heladería de HB, con un solo arcón de HB; el 6 % con dos o más arcones de HB únicamente). El 15 % de los puntos de venta puede vender únicamente productos de heladería de un solo fabricante o suministrador distinto de HB. Ninguna de estas otras marcas es significativa en términos de número de puntos de venta vinculados exclusivamente a sus productos.

(96) La media de edad de los arcones incluidos en el estudio era de 3,02 años; para los arcones propiedad de los minoristas, la media de edad era de 4,59 años; para los arcones propiedad de HB, de 2,92 años; para Mars, de 2,06; para Valley, de 3,53; para Nestlé, de 1,65. Los minoristas no pudieron determinar la edad de uno de cada seis arcones incluidos en el estudio.

(97) A la pregunta de si para el minorista sería una opción «viable» dedicar más espacio a la instalación de un arcón adicional para helados de consumo impulsivo, el 87 % de los puntos de venta respondieron que no, y el 11 % que sí. Un 53 % de los puntos de venta consideraron que el número óptimo de congeladores que se pueden tener en la tienda durante la temporada estival (de los helados) es uno; un 36 % dijeron que dos; el 8 % que tres, y el 1 % que cuatro o más. El número óptimo medio resultante fue el 1,57. Lansdowne ha observado que «es evidente que el número de arcones de helados que existe actualmente en las tiendas de minorista en Irlanda se considera próximo al máximo viable».

(98) El 97 % de los arcones incluidos en la encuesta se hallan en la tienda de manera permanente (es decir, no se han instalado sólo para el verano). El 87 % de los puntos de venta declararon que no instalan más congeladores para hacer frente al aumento de demanda correspondiente al verano; el 6 % dijeron que ocasionalmente lo hacen, y otro 6 % declararon que lo hacen invariablemente.

(99) El 90 % de los arcones incluidos en el estudio se utilizan exclusivamente para el almacenamiento de helados (un 50 % se usan únicamente para productos de consumo impulsivo, y un 40 % para ambos tipos de productos); el 94 % de los arcones de fabricantes se emplean exclusivamente para el almacenamiento de helados (un 54 % se usan únicamente para productos de consumo impulsivo, y un 40 % para ambos tipos de productos); sin embargo, sólo un 67 % de los arcones propiedad de minoristas se utilizan exclusivamente para almacenar helados (un 26 % se usan únicamente para productos de consumo impulsivo, un 41 % para ambos tipos de productos, y un 34 % para productos de heladería y para productos de otra índole).

(100) Se preguntó a aquellos minoristas que no poseen congelador propio qué razones había para ello. El 54 % respondieron que no era rentable; un 25 % que el coste era prohibitivo; el 9 % indicaron que sólo tenían demanda de una marca de helados; el 4 % declararon que no era conveniente.

(101) Se preguntó a todos los minoristas que no contaban con arcón propio y que no estaban adquiriendo un congelador con el programa de compraventa a plazos de HB si este programa les interesaría: el 8 % resultaron estar interesados, frente a un 78 % que no lo estaban. El 54 % respondieron que no, en absoluto, el 24 % dijo que no estaban excesivamente interesados, el 5 % se mostraron indiferentes, un 6 % se manifestaron interesados y un 2 % muy interesados. En prácticamente todos los casos, la razón de este desinterés fue la satisfacción con los acuerdos de arcones que tenían.

(102) Se preguntó a todos los puntos de venta que sólo podían vender productos de heladería de HB si había demanda para otras marcas distintas: el 53 % respondieron que no, el 40 % que sí la había (un 31 % declararon una demanda escasa y un 9 % una demanda grande). Se preguntó a la misma categoría de puntos de venta si estaban interesados

en almacenar marcas distintas de HB: el 62 % ([33]) dijeron que no estaban interesados [el 32 % ([34]) en absoluto, y el 30 % ([35]) no demasiado]; un 9 % se manifestaron indiferentes, y un 25 % ([36]) se declararon interesados [un 17 % ([37]) bastante, un 8 % ([38]) mucho].

(103) De los interesados en almacenar marcas distintas de HB (el 25 % del 41 % de todos los puntos de venta, es decir, el 10 % de todos los puntos de venta), el 53 % declararon que no estarían dispuestos a instalar otro arcón para almacenar dichas marcas; el 40 % se manifestaron dispuestos a hacerlo. Casi todos los que no estaban dispuestos aducían para ello problemas de espacio. La mayoría de los que sí lo estaban expresó su preferencia por un arcón exclusivo de un fabricante.

(104) Se preguntó a aquellos interesados en almacenar marcas distintas de HB si estarían dispuestos a sustituir o intercambiar uno de los arcones de HB por un congelador de otro proveedor: un 82 % respondieron que no, y un 11 % que sí. Las principales razones invocadas para no hacerlo fueron la popularidad y posición en el mercado de HB, así como la satisfacción con el acuerdo actual. Se preguntó además al mismo grupo si sustituirían o intercambiarían uno de sus arcones de HB por un congelador propio, alquilado o adquirido. El 76 % declararon no estar dispuestos a hacerlo, y un 18 % respondieron que sí. Las principales razones para no hacerlo fueron la satisfacción con el sistema actual y consideraciones de costes. Por último, se preguntó al mismo grupo si intercambiarían un arcón de HB por dos congeladores más pequeños, uno de los cuales no fuera propiedad de HB: el 49 % dijeron que no, y el 44 % que sí.

ii) **El estudio de Rosslyn**

(105) También Mars encargó un estudio del mercado irlandés de helados de consumo impulsivo. Este estudio fue llevado a cabo por la firma londinense Rosslyn Research Ltd ([39]) (aunque el trabajo de campo corrió a cargo de la empresa local Irish Marketing Surveys). El estudio de Rosslyn abarca 408 puntos de venta, repartidos geográficamente por toda Irlanda, con una amplia representación de tipos y tamaños de puntos de venta. A continuación se exponen algunas de las conclusiones principales de Rosslyn, junto con varias cifras comparativas extraídas del estudio de Rosslyn de 1991. Partiendo de los resultados de este estudio, Mars encargó un análisis económico, que también se analiza más adelante.

(106) La proporción de puntos de venta con sólo un arcón para helados de consumo impulsivo «en la parte delantera de la tienda» fue del 64 % ([40]); la proporción con dos de ellos fue del 31 % ([41]); la proporción con tres o más fue del 4 % ([42]). El número medio de arcones por punto de venta fue 1,42 ([43]).

(107) El 92 % ([44]) de los arcones pertenecían al fabricante del producto almacenado en él. Un 6 % ([45]) de los arcones eran propiedad del propio minorista. Un 64 % ([46]) de los arcones pertenecían a HB ([47]), el 14 % ([48]) a Mars, el 4 % a Valley, el 2 % a Dale Farm y el 1 % a Leadmore.

(108) El 50 % de los puntos de venta tenían sólo un arcón de HB; un 5 % tenían sólo dos arcones de HB; 2 % tenían sólo un arcón de Mars; un 1 % tenían sólo un arcón respectivamente de Valley, Dale Farm y Leadmore; un 14 % tenía un arcón de

([33]) En el pliego de cargos, esta cifra se citó erróneamente en el texto como un 65 % (cifra procedente de los resultados provisionales del estudio); el texto entero del estudio se incluyó en anexo al pliego de cargos.
([34]) Ibid.; citado erróneamente en el pliego de cargos como el 37 %.
([35]) Ibid.; citado erróneamente en el pliego de cargos como el 28 %.
([36]) Ibid.; citado erróneamente en el pliego de cargos como el 22 %.
([37]) Ibid.; citado erróneamente en el pliego de cargos como el 16 %.
([38]) Ibid.; citado erróneamente en el pliego de cargos como el 6 %.

([39]) La misma empresa realizó para Mars un estudio prácticamente idéntico en diciembre de 1991-enero de 1992, cuyos resultados se citan en el pliego de cargos de la Comisión de 29 de julio de 1993. Se entrevistaron los mismos puntos de venta que en 1991, excepto 40 tiendas.
([40]) 79 % en 1991.
([41]) 20 % en 1991.
([42]) 1 % en 1991.
([43]) 1,22 en 1991.
([44]) 89 % en 1991.
([45]) 11 % en 1991.
([46]) 71 % en 1991.
([47]) 68 % de los arcones ubicados en la parte trasera de la tienda.
([48]) 1 % en 1991.

HB y uno de Mars; el 7 % tenía un arcón de HB y uno de cualquier otro fabricante excepto Mars.

(109) El 97 % de los arcones suministrados por fabricantes se encontraban en el punto de venta en concepto de préstamo; de estos, el 99 % se suministraron sin costes; un 88 % se suministraron con una condición de exclusividad [49]; el 27 % [50] de los minoristas que contaban con arcones suministrados por fabricantes dijeron que estarían interesados en almacenar productos de otros fabricantes en los arcones [un 68 % [51] no estaban interesados].

(110) El 87 % de los minoristas que contaban con arcones exclusivos para el fabricante tendrían que instalar otro arcón si desearan vender otra marca de helados; de éstos, el 67 % dijeron «no tener sitio» para hacerlo. De los que declararon tener espacio, un 15 % señalaron que habían decidido no instalar uno porque «no sería rentable en términos de gastos corrientes» y el 13 % adujeron que dedicaban el espacio a «mejores usos»; un 43 % de los minoristas con espacio dijeron que estarían dispuestos a instalar otro arcón «si la demanda de otro producto era alta».

(111) De los arcones sustituidos (devueltos, intercambiados o cambiados) por otro arcón del mismo u otro fabricante de helados en los cinco años anteriores, el 78 % de ellos pertenecían a HB; se devolvieron, intercambiaron o cambiaron un 55 % de los arcones para instalar un arcón más moderno; otro 25 % se devolvieron, intercambiaron o cambiaron para instalar un arcón mayor; un 74 % de los nuevos arcones pertenecían a HB; los arcones devueltos, intercambiados o cambiados fueron casi invariablemente sustituidos por arcones del mismo fabricante, 214 de los 234 arcones sustituidos fueron de HB, y reemplazaban igualmente arcones de HB.

(112) Un 72 % de todos los puntos de venta declararon que no estarían dispuestos a instalar un arcón de sustitución o adicional; de los que sí lo estarían (un 26 % de la muestra total), el 82 % no comprarían un arcón propio; el 94 % de ellos no aceptarían el suministro de un arcón en condiciones de exclusividad si el préstamo reflejase los costes de suministro del arcón; el 80 % no alquilarían un arcón no exclusivo; no obstante, el 84 % se dijeron dispuestos a aceptar un arcón sin costes de alquiler pero en condiciones de exclusividad de proveedor. Cuando se preguntó al mismo 26 % de la muestra si podría instalar otro arcón (además de uno con exclusividad de proveedor), el 77 % dijeron que no; de ellos, un 51 % adujeron problemas de espacio y mejores usos para el espacio, mientras que otro 22 % respondieron que no sería económico en términos de gastos corrientes. De los que podrían hacerlo (el 20 % del 26 % de la muestra total), sólo un 17 % estaban dispuestos a ello.

(113) El estudio se realizó a mediados de abril de 1996. Sólo el 5 % de los minoristas habían recibido una oferta de arcón dentro del programa de lanzamiento de HB (véanse los considerandos 72 y 73). Sólo un 13 % de los minoristas estaban al corriente de la existencia del programa de compraventa a plazos de HB.

(114) El análisis económico fue realizado por una empresa de economistas, Case Associates, y se titula «Estimación de los niveles de obstáculos a la entrada al mercado irlandés de los helados». Este análisis ha sacado varias conclusiones del estudio. El análisis se propone, entre otras cosas, calcular qué proporción de todos los puntos de venta están «cerrados» en el sentido de que tendrían que instalar un nuevo arcón para que un nuevo competidor pudiera vender allí helados. Concluye que, mediante un método de cálculo, al menos el 89 % [52] de todas las tiendas que venden helados de consumo impulsivo están condicionadas de esta manera. Utilizando otro método de cálculo, el análisis llega a un nivel de condicionamiento (en el mismo sentido) del 84 % [53]. Un tercer

[49] Dado que ningún proveedor parece suministrar arcones en condiciones distintas de la exclusividad, es muy probable que el 12 % restante estuvieran igualmente sujetos a dicha condición sin que el minorista tuviera conciencia de ello.

[50] 52 % en 1991.

[51] 44 % en 1991.

[52] El cálculo se basa en el hecho de que, en los 408 puntos de venta objeto de muestreo, sólo 45 arcones no eran suministrados por un proveedor (eran propiedad del minorista, «de otro dueño» o «desconocido»); si una tienda tuviera más de uno de estos arcones, el nivel de obstáculos al acceso sería aún mayor.

[53] 234 puntos de venta contaban únicamente con un arcón de un proveedor, 87 tenían un congelador de HB y otro de otro proveedor y 23 tenían 2 arcones de HB: estos 344 puntos de venta representan el 84 % de la muestra total.

método de cálculo sitúa este nivel en el 93 % ([54]).

iii) **Los estudios de B&A**

(115) HB encargó asimismo un estudio de mercado, realizado en agosto y septiembre de 1996 por Behaviour & Attitudes Limited, una empresa de estudios de mercado. Los resultados de este estudio estaban incluidos en la réplica escrita de HB al pliego de cargos. La muestra para el estudio incluyó 507 tiendas de minoristas, geográficamente repartidos por toda Irlanda, y con representación de tipos y tamaños de puntos de venta ([55]). Las conclusiones principales del estudio se exponen más adelante.

(116) El [. . .] % de los puntos de venta incluidos en el estudio tenían un arcón en la parte delantera de la tienda, el [. . .] % 2 arcones, y el [. . .] % 3 o más. Los productos de HB se vendían en un [. . .] % de los puntos de venta estudiados, los de Mars a partir del [. . .] %, los de Valley a partir del [. . .] %, los de Nestlé a partir del [. . .] %, y los de Häagen Dazs a partir del [. . .] %. El [. . .] % de los puntos de venta almacenaban productos de heladería de HB separados de los productos de los demás fabricantes de helados. HB se enfrenta a la competencia directa de otras marcas de helados en el [. . .] % de los puntos de venta estudiados, es decir, menos de un [. . .] % de los puntos de venta que venden sus productos.

(117) De aquellos puntos de venta que sólo disponen de un arcón, el [. . .] % de éstos eran de HB, el [. . .] % de Mars, el [. . .] % de Valley, el [. . .] % de Nestlé y el [. . .] % del minorista. De aquellos con 2 o más arcones, el [. . .] % contaban al menos con uno de HB, el [. . .] % con uno de Mars, el [. . .] % con uno de Valley, el [. . .] % con uno de Nestlé, el [. . .] % con uno de Häagen Dazs, y el [. . .] % con uno del minorista. Un [. . .] % de todos los puntos de venta estudiados tenían únicamente un arcón de HB en la parte delantera de la tienda.

(118) B&A preguntó a los minoristas con cuánta frecuencia se les pedían marcas que no tuviesen en almacén. El [. . .] % respondieron que nunca, el [. . .] % que raras veces, el [. . .] % que de vez en cuando y el [. . .] % que con frecuencia. De los que recibían peticiones de marcas no almacenadas, un [. . .] % no reaccionaban en ningún sentido, un [. . .] % «añadían otro fabricante», y ninguno «cambiaba de fabricante». El estudio concluyó que, durante los siete años anteriores, un [. . .] % de los puntos de venta habían almacenado en algún momento nuevas marcas de helados, y que el [. . .] % de los puntos de venta se habían deshecho en algún momento de marcas de helados; las principales razones invocadas para esta última decisión fueron la falta de demanda por parte de los clientes ([. . .] %), una distribución insatisfactoria ([. . .] %) y un mantenimiento insatisfactorio del arcón ([. . .] %).

(119) Se preguntó a los minoristas que sólo disponían de un arcón en la tienda si estaban dispuestos a instalar un segundo arcón: el [. . .] % no lo estaban, el [. . .] % sí, y el resto no sabía. La principal razón mencionada para esta negativa fue la falta de espacio. Se preguntó también a los mismos puntos de venta su disposición a sustituir el arcón existente: el [. . .] % no estaban dispuestos, el [. . .] % sí y el resto no sabían. Las principales razones de ello fueron la satisfacción con la gama de productos y con el arcón del proveedor actual. Además, se preguntó a los mismos minoristas si sustituirían el arcón existente por dos más pequeños; el [. . .] % respondieron que no, el [. . .] % que sí y el resto no sabían.

(120) Se preguntó a los minoristas si, en el caso de que los fabricantes dejasen de imponer la exclusividad sobre arcones y optasen por cobrar un alquiler independiente por el arcón, almacenarían una gama más amplia como resultado de ello: el [. . .] % manifestaron que almacenarían una gama más amplia; el [. . .] % dijeron que no lo harían, el [. . .] % dijeron que almacenarían la misma gama y el [. . .] % dijeron que dejarían de almacenar. Se preguntó al [. . .] % que almacenarían una gama más amplia si preferirían alquilar mediante arrendamiento financiero o comprar un arcón en lugar de pagar el alquiler; un [. . .] % contestaron afirmativamente, y el [. . .] % negativamente. Por último, el estudio de B&A registró niveles muy altos de satisfacción de los minoristas con la gama de

([54]) Utilizando el método empleado por William Bishop, un economista que analizó los niveles de obstáculos partiendo del estudio de Rosslyn de 1991: el método implica dividir el número total de puntos de venta de la muestra por la media de arcones presentes en todos ellos, y luego multiplicar por el número de arcones propiedad del minorista o de «otros». Este método supone que es probable que se den arcones de minoristas en la misma proporción que cualesquiera otros arcones.

([55]) Un 20 % eran ECQ; un 63 % eran ultramarinos, de los cuales el 10 % pertenecían a cadenas; el 10 % eran gasolineras; y había un 7 % de varios. No se incluyeron los supermercados.

productos, acuerdos de distribución y servicio de mantenimiento de todos los proveedores de helados a los puntos de venta incluidos en el estudio.

(121) HB presentó igualmente, junto con su réplica al pliego de cargos, otro estudio de B&A, realizado en 1994 y titulado «Nuevos arcones de HB: puntos de vista de los minoristas». Este estudio se llevó a cabo al objeto de obtener la opinión de los minoristas y consumidores acerca de los arcones de HB de reciente instalación. En consecuencia, el estudio se orientó hacia puntos de venta mayores, lo que disminuye su utilidad a los efectos de la presente Decisión. El estudio concluyó, entre otras cosas, que los minoristas valoran el rendimiento de HB más que el de otros proveedores de helados, por varios conceptos diferentes. Otra de las conclusiones del estudio consistió en que no era probable que los minoristas aceptasen de buen grado la idea de instalar dos arcones de HB en un punto de venta, esencialmente a causa de problemas de espacio y de costes.

(122) Además, HB presentó, junto con su réplica al pliego de cargos, un «estudio cualitativo» titulado «Política de almacenamiento de los minoristas», efectuado por B&A para HB en marzo-abril de 1997 a partir de 25 entrevistas. El objetivo de esta investigación era «obtener datos cualitativos de primera mano de la gestión de las tiendas por parte de los minoristas», aunque aceptando que los resultados solamente podían considerarse «indicadores en sentido amplio». Entre tales resultados se cuentan las conclusiones que a continuación se exponen.

(123) La mayor parte de los minoristas entrevistados «no llegan a calcular el beneficio por pie cuadrado», sino más bien «recurren a un cálculo estimativo de naturaleza intuitiva». Se expresó igualmente cierto grado de preocupación en torno al hecho de que no puede almacenarse nada encima de los arcones de helados, lo que determina una tendencia a «ubicarlos en medio de la tienda», lo cual, «obviamente, genera problemas de infrautilización espacial». Los minoristas indicaron igualmente que rellenar un arcón «con más frecuencia para maximizar el rendimiento durante los meses de verano» era preferible a «instalar congeladores adicionales para los picos estivales de demanda de helados». El estudio concluyó igualmente que no se lleva a cabo una significativa «redistribución del espacio» para hacer frente a «cambios en la demanda», «ya que las propias tiendas son en general relativamente pequeñas».

iv) **Otras fuentes**

(124) Según los cálculos de HB, [. . .] puntos de venta cuentan con un arcón de HB en la «parte delantera de la tienda», casi [. . .] puntos disponen de más de uno de estos arcones y, del total de [. . .] tiendas resultantes, aproximadamente [. . .] almacenan exclusivamente productos de consumo impulsivo de HB. A partir de las estimaciones de HB de [. . .] puntos de venta totales (considerando 41), el [más del 40 %] de todas las tiendas minoristas de Irlanda sólo puede poner a la venta productos de heladería de consumo impulsivo de HB.

(125) En un documento titulado «Ventas de arcones *in situ*», presentado por HB a la Comisión el 29 de noviembre de 1994, HB declara que «posee [. . .] puntos de venta, incluidos los de agentes. De éstos, [. . .] ([. . .] %) se comparten con otros proveedores. El total ("universo Nielsen") es de 9 669 puntos de venta». Partiendo de esta base, [. . .] puntos de venta (un [. . .] % de los puntos de venta de HB) vendían exclusivamente productos de HB en ese momento, lo que corresponde al [más del 60 %] de todos los puntos de venta (a partir del «universo Nielsen»).

9. *Mercado del helado en Irlanda del Norte*

(126) La estructura de la industria del helado en Irlanda del Norte difiere en buena medida de la de Irlanda. Mientras que HB es el único fabricante de helados de Unilever en Irlanda, en Irlanda del Norte comparte el suministro de estos productos con la filial británica de Unilever, Walls Ice Cream. Walls vende principalmente a supermercados, mientras que HB lo hace sobre todo a tiendas tradicionales. Dale Farm ha sido hasta hace poco el principal fabricante de helados en Irlanda del Norte [56], pero desde 1996 HB/Walls comparten esta posición en el mercado. Sin embargo, la conciencia de marca del consumidor varía notablemente de Irlanda del Norte a Irlanda, como lo demuestra el que Dale Farm siga ostentando una cuota de mercado de aproximadamente el 40 % en valor (frente a una cuota mínima en el mercado irlandés; véase el considerando 36). También difieren en cierta medida los precios de productos similares.

[56] Dale Farm opera como distribuidor de Mars en Irlanda del Norte.

(127) Mientras que, en Irlanda, HB suele distribuir sus productos de heladería directamente a los minoristas, en Irlanda del Norte recurre exclusivamente a agentes. En cuanto a los acuerdos sobre arcones en Irlanda del Norte, HB cobra a los minoristas una renta anual por el préstamo de sus arcones y aplica una reducción de precios a los productos suministrados a los minoristas que cuentan con arcón propio.

(128) Las normas que rigen el contenido autorizado de helado difieren de Irlanda a Irlanda del Norte. En Irlanda se exige que el helado contenga un 5 % como mínimo de grasa láctea, mientras que la legislación británica no plantea dicha exigencia. También varía en cierta medida el tipo de IVA.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

(129) El objeto de la presente valoración jurídica es la determinación de la compatibilidad con los artículos 85 y 86 del Tratado de los acuerdos de HB para la distribución de sus productos de heladería de consumo impulsivo en Irlanda, donde aplica una política consistente en ceder arcones a los puntos de venta que almacenan sus productos, supeditándolos a la exclusividad. La evaluación de la compatibilidad de estos acuerdos de exclusividad con el artículo 85 tiene en cuenta el contexto jurídico y económico en que éstos se insertan ([57]).

A. APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 85

1. *Mercado de referencia*

i) **Mercado de productos de referencia**

(130) El mercado de productos de referencia incluye, en principio, todos los bienes que el consumidor percibe como razonablemente intercambiables entre sí, debido a sus características, su precio o su finalidad prevista ([58]). De acuerdo con estos criterios, puede establecerse una primera clasificación de los productos en función de la forma de fabricación y distribución: helado industrial y helado artesanal (considerando 10). En este sentido, en Irlanda sólo es significativa la categoría del helado industrial. En segundo lugar, puede distinguirse entre los productos siguientes ([59]) tres categorías ([60]) en función del lugar de consumo: helado de consumo impulsivo, helado para llevar a casa y helado para hostelería (considerando 11).

(131) El helado ofrecido al consumidor como parte de un servicio de hostelería constituye un mercado de producto diferenciado ([61]), compuesto esencialmente ([62]) de helados industriales para clientes mayoristas, que pueden servir, por ejemplo, como postres; con frecuencia, el restaurador añade cierto valor al producto.

(132) Debido a la naturaleza del producto, el lugar de consumo es esencial para la determinación del mercado de referencia. Dado que el helado debe necesariamente conservarse a baja temperatura, un cliente que adquiera este tipo de producto en una tienda de minorista tiene dos opciones: consumirlo inmediatamente en o cerca del lugar de compra, para satisfacer un impulso repentino, o guardarlo cuanto antes en un congelador, en su propia casa, para su consumo en otro momento. Esta distinción basada en la intención del consumidor al comprar el helado determina a su vez las diferencias en características y precios entre los productos de consumo impulsivo y los de consumo a domicilio. Así, estos últimos presentan con frecuencia la forma de bloques de helado o tartas heladas, así como *multipacks* de artículos sueltos, mientras que los helados de consumo impulsivo se venden siempre como artículos sueltos. Por consiguiente, es obvio que el helado de consumo impulsivo y el de llevar a casa conforman mercados de productos distintos ([63]) e independientes.

([57]) Asunto 23/67, Haecht I, Rec. 1967, p. 407, apartado 415.

([58]) Asunto 27/76, United Brands, Rec. 1978, p. 207, apartado 12.

([59]) Se acepta en general que los productos distintos del helado no se inscriben en el mismo mercado de producto que los helados. Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Irlanda de mayo de 1992 (véase la nota 4).

([60]) Debido a la desdeñable cantidad de helado artesanal vendido en Irlanda, no es necesario distinguir entre esta clase y el helado industrial a los efectos de la presente valoración jurídica. Así pues, la única categoría de helado a que se alude es la de helado industrial.

([61]) Asunto C-234/89, Delimitis, Rec. 1991, p. I-935, apartado 17, y asuntos T-7/93, Langnese, Rec. 1995, p. II-1532, apartado 63, y T-9/93, Schöller, Rec. 1995, p. II-1611, apartado 42.

([62]) Los productos de la gama de consumo impulsivo también pueden usarse en *catering*.

([63]) Asuntos T-7/93, Langnese, y 9/93, Schöller, apartados 64-65 y 43-44 respectivamente.

(133) Desde el punto de vista del consumidor, los helados individuales con envoltorio y las porciones individuales y los helados blandos se perciben como razonablemente intercambiables. En el caso de los helados blandos, ello puede ser objeto de conflicto, dada la naturaleza no láctea del producto. Sin embargo, el punto de vista del consumidor no es siempre el criterio único en la determinación de un mercado de producto, como tampoco basta con un examen que se ciña a las características objetivas de los productos. También deben considerarse las condiciones en que se produce la competencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado([64]). En el caso del helado de consumo impulsivo, es pues necesario realizar una nueva distinción, debido a las diferentes condiciones en que compite la distribución de las dos categorías de helado de consumo impulsivo. Debido a la importancia marginal de las porciones individuales en Irlanda, no es necesario considerar estas variedades en la determinación del mercado de productos de referencia. En cambio, los helados blandos son ampliamente comercializados en dicho país.

(134) Los minoristas adquieren los helados individuales con envoltorio en la forma en que los revenden luego a los consumidores. Están particularmente adaptados al autoservicio para el cliente (véase el considerando 12). En cambio, los helados blandos requieren que se procese la mezcla antes de poder servirse al consumidor. El valor añadido creado así por el minorista se refleja en márgenes comerciales generalmente superiores a los de los helados individuales con envoltorio. Además, este helado requiere instalaciones diferentes de los arcones en que se guardan los helados individuales con envoltorio. Para los helados blandos, es necesario instalar maquinaria especial en el punto de venta, para procesar y servir el producto. También es necesario asignar personal especializado (para el servicio al cliente y para el mantenimiento), así como un espacio determinado.

(135) Como resultado de las mencionadas diferencias en las condiciones de distribución de los helados blandos y de los helados individuales con envoltorio, las condiciones de competencia en que se ofrecen al comercio minorista son diferentes. En la fase de fabricación, las características de ambos productos (helados individuales y helados blandos) son distintas, al igual que lo es la tecnología utilizada; ambos factores impiden que estos dos productos puedan considerarse intercambiables desde el punto de vista de la oferta. Además, los helados individuales se caracterizan por un elevado grado de conciencia de marca, mientras que el helado blando generalmente no tiene siquiera indicación de marca. De hecho, los fabricantes de las dos categorías no son los mismos (considerando 38): sólo HB fabrica las dos clases, y su cuota de mercado de helado blando es mucho menor que la de la otra categoría (véanse los considerandos 27 y 38). Por consiguiente, ambas categorías de helados constituyen mercados de productos independientes.

([64]) Asunto 322/81, Michelin, Rec. 1983, p. 3461, apartado 37.

(136) Aun cuando las dos categorías en cuestión fueran consideradas un solo mercado de producto, ello no afectaría sustancialmente a la presente valoración, debido a que el helado blando tiene una importancia comparativamente menor frente al valor de mercado del helado de consumo impulsivo en su conjunto. En consecuencia, las cuotas de mercado de los diversos fabricantes no se verían alteradas a efectos prácticos. De hecho, entre los productores de helados con envoltorio, HB es la empresa cuya posición en el mercado resultaría menos debilitada de la adición de su cuota de helado blando (considerando 38).

(137) Las condiciones de competencia en canales de distribución no minoristas (como por ejemplo colegios, comedores de empresa o lugares de ocio y esparcimiento) suelen ser distintas de las que se dan en las tiendas al por menor; en particular, los productos no son vendidos al público en general, sino a un grupo cautivo de consumidores. Consideraciones tales como la gestión del espacio pueden ser extremadamente distintas para estos casos, al igual que pueden serlo los niveles de precios. En cualquier caso, las ventas de consumo impulsivo a través de estos canales no minoristas son por lo general desdeñables, y por lo tanto no es necesario decidir si este tipo de ventas debe incluirse o no en el mercado de referencia. Por ejemplo, sólo un 4 % de los acuerdos de arcones de HB corresponden a máquinas instaladas en este tipo de establecimientos (considerando 60).

(138) El mercado de producto de referencia para el presente procedimiento es el de los helados individuales con envoltorio y de consumo impulsivo. En adelante, todas las menciones a «helado de consumo impulsivo» deberán entenderse como referencias exclusivas a este tipo de helados individuales.

ii) **Mercado geográfico**

(139) Las condiciones objetivas de competencia de la oferta y la demanda de helado de consumo impulsivo no son similares en toda la Comunidad. Pese

a que la producción de helado industrial ha mostrado una palmaria tendencia a la internacionalización, la distribución se sigue llevando a cabo en buena medida a escala nacional. Los acuerdos de distribución, incluidos los de arcones y los contratos de exclusividad análogos, se concluyen a nivel nacional; lo propio ocurre en Irlanda. Las peculiaridades nacionales se reflejan en estructuras de mercado, productos y precios diferentes. Asimismo, los consumidores pueden preferir marcas que difieren de un país a otro, lo que se debe en parte al hecho de que varios fabricantes de helados que operan en varios Estados miembros adoptan la política de usar marcas que varían de un país a otro (considerando 20), claro reflejo de la naturaleza nacional de los mercados. Además, las normativas en materia de fabricación de helados no están armonizadas a escala europea.

(140) En particular, el mercado del helado de consumo impulsivo en Irlanda difiere del de Irlanda del Norte en varios aspectos fundamentales, como se ha expuesto en los considerandos 126, 127 y 128. Por consiguiente, las condiciones de la competencia no son lo bastante homogéneas para que los fabricantes y proveedores traten las dos partes de Irlanda como un solo mercado. El mercado geográfico de referencia es, por lo tanto, Irlanda ([65]).

iii) **Posición de HB en el mercado de referencia**

(141) La posición de HB en el mercado irlandés del helado de consumo impulsivo en porciones individuales con envoltorio es especialmente fuerte, como queda demostrado, entre otras cosas, por su cuota de mercado durante muchos años (considerando 28 y los considerandos 255 y siguientes). Esta posición de fuerza resulta aún más patente si se observa el grado de distribución, tanto ponderada como numérica, de los productos de consumo impulsivo de HB (considerando 46), o la poderosa imagen de marca y la amplitud y popularidad de su gama de productos (considerandos 24 y 25). Además, la posición de HB en el mercado de consumo impulsivo se ve aún más reforzada por la fuerte posición de Unilever, no sólo en los demás mercados de helados de Irlanda (consumo a domicilio y hostelería), sino también en los mercados internacionales de helados y en los mercados de alimentos congelados y de bienes de consumo en general.

2. ***Restricción de la competencia***

(142) HB suministra arcones a minoristas subordinándolos a acuerdos sobre arcones, que establecen su utilización para almacenar exclusivamente productos en venta suministrados por HB (considerando 56); por consiguiente, ningún producto fabricado o suministrado por un tercero deberá venderse o ponerse en venta a partir del arcón ni se almacenará en su interior. Estos contratos entre HB y los minoristas constituyen acuerdos entre empresas en el sentido de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85. HB ha establecido una red de estos acuerdos de arcones para los arcones instalados en puntos de venta en todo el mercado geográfico de referencia.

(143) Estas cláusulas contractuales tienen por efecto restringir la capacidad de los minoristas contratantes para almacenar y vender productos de consumo impulsivo de otros fabricantes siempre que los únicos arcones de que disponga el punto de venta sean los suministrados por HB, toda vez que es escasa la probabilidad de que se sustituya el arcón de HB por otro, y no resulta económicamente viable dedicar más espacio a la instalación de un segundo arcón. Por lo tanto, esta limitación impide a otros fabricantes vender sus productos a estos puntos de venta, restringiendo así la competencia entre proveedores en el mercado de referencia.

(144) Tras determinar el origen de la restricción de competencia provocada por la red de acuerdos de exclusividad de HB (considerando 142), así como las circunstancias en las cuales genera efectos restrictivos para los minoristas y proveedores en el mercado de referencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85 (considerando 143), queda por demostrar la existencia de dichas circunstancias. Para ello no se ha considerado el efecto restrictivo de cada uno de los acuerdos de exclusividad de arcones, sino que se han tenido en cuenta las consecuencias de toda la categoría de acuerdos que reúnen las condiciones expuestas y constituyen por ello una parte identificable de la red de acuerdos de exclusividad de HB en su conjunto ([66]); la valoración del efecto restrictivo de

([65]) Véase el apartado 18 del asunto C-234/89, Delimitis, en relación con el mercado alemán de la cerveza; asunto T-9/93, Schöller, apartado 54, en el que el Tribunal de Primera Instancia aceptó que Alemania era el mercado geográfico adecuado para el helado de consumo impulsivo.

([66]) Asunto C-234/89, Delimitis, apartados 19 a 24, asuntos T-7 y 9/93, Langnese y Schöller, apartados 95 a 99 y 129 a 131, respectivamente.

esta parte de la red de HB se aplica igualmente a cada uno de los acuerdos que la conforman [67].

(145) Este efecto restrictivo se ha evaluado con referencia al efecto que tienen todas las redes de acuerdos sobre arcones establecidas por el resto de los proveedores de helados del mercado de referencia, y teniendo en cuenta todas las demás condiciones del mercado. Además, se ha cuantificado el efecto restrictivo para demostrar que es de una dimensión considerable.

3. *Perfil de los puntos de venta*

(146) Para determinar exactamente el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 a los acuerdos sobre arcones de HB, es necesario en primer lugar analizar el perfil de los puntos de venta, para determinar en cuáles de ellos se encontrarán únicamente arcones de HB.

(147) Es obvio que las redes de acuerdos sobre arcones sujetos a exclusividad (es decir, acuerdos por los cuales un proveedor suministra un arcón con la condición de que sólo se almacenen en él sus productos) producen el efecto de restringir la capacidad de los minoristas de almacenar y poner a la venta productos de heladería de consumo impulsivo de los proveedores de la competencia. Esta restricción se debe a las inevitables limitaciones espaciales de que adolecen las tiendas de minoristas (considerando 43). El número medio de arcones ubicados en puntos de venta se ha calculado en 1,5 en el estudio de Lansdowne y en 1,42 en el estudio de Rosslyn, lo cual ilustra claramente estas limitaciones (considerandos 89 y 105). Además, los minoristas son conscientes de estos condicionantes, como demuestra su percepción del número óptimo de congeladores que pueden tenerse en un punto de venta en el punto álgido de la estación: 1,57 (considerando 97).

(148) En Irlanda, sólo una pequeña proporción de tiendas de minoristas tiene instalados arcones no sujetos a una condición de exclusividad [68]: podemos denominarlas puntos de venta «abiertos», en el sentido de que los minoristas tienen plena libertad para almacenar helados de consumo impulsivo de cualquier proveedor. El estudio de Lansdowne, llevado a cabo en julio de 1996 [69], llegó a la conclusión (considerando 92) de que sólo el 17 % de los puntos de venta contaban con arcones propios, pudiendo así calificarse de «abiertos» en este sentido, y el 83 % restante disponían únicamente de arcones suministrados por un proveedor. En abril de 1996 [70], el estudio de Rosslyn llegó a la conclusión (considerando 114) de que como máximo el 11 % de los puntos de venta podían contar con al menos un arcón no sujeto a exclusividad; sólo el 6 % de los congeladores instalados en los puntos de venta incluidos en el estudio pertenecían al minorista. Estos son los únicos puntos de venta a los que pueden acceder directamente los proveedores de helados de consumo impulsivo sin ofrecer al minorista un congelador para el almacenamiento de sus nuevos productos, y sin convencerle de que acepte esta oferta.

(149) El resto de los puntos de venta, cuyos arcones están sujetos a exclusividad, disponen de uno o más congeladores para el almacenamiento exclusivo de productos de un proveedor. Según el estudio de Lansdowne, el 83 % de los puntos de venta del mercado de referencia pueden incluirse en esta categoría (considerando 92). Según el estudio Rosslyn (considerandos 108 y 114), un total del 84 % de las tiendas que venden helados de consumo impulsivo cuentan únicamente con arcones sujetos a exclusividad. Se trata de puntos de venta en los que los proveedores no pueden vender directamente sus productos si no tienen ya instalado un arcón en la tienda, sin vencer previamente las importantes barreras a la entrada descritas a continuación. De esta manera, estos puntos de venta están cerrados al acceso de nuevos proveedores. Aunque esta compartimentación no es absoluta, en el sentido de que no se impide contractualmente al minorista vender productos de otros proveedores, estas tiendas pueden denominarse «cerradas» en tanto en cuanto el acceso a ellas es muy difícil para los proveedores de la competencia.

(150) Resulta evidente asimismo que la mayor parte de las ventas de helados de consumo impulsivo se

[67] El Tribunal de Primera Instancia, en los asuntos T-7 y 9/93, Langnese y Schöller, estableció lo siguiente en los apartados 129 y 95: «La valoración de los efectos sobre la competencia de una red de contratos de exclusiva similares establecida en el mercado por un solo suministrador [. . .] se aplica a todos los contratos individuales que constituyen la red.».

[68] En la práctica, dado que todos los proveedores presentes en el mercado de referencia aplican la exclusividad de arcones, esto significa un congelador propiedad del minorista o arrendado a otra entidad que no es un proveedor de helados.

[69] Es decir, tras la eliminación de parte de los arcones de HB (considerandos 72 y 73).

[70] Es decir, antes de la eliminación de parte de los arcones de HB (considerandos 72 y 73).

realiza a través de tiendas que sólo cuentan con arcones sujetos a exclusividad. Esto queda demostrado no sólo por la absoluta superioridad numérica de estos puntos de venta en el mercado de referencia, sino también por la mucho menor proporción de tiendas de elevada facturación (en helados de consumo impulsivo) «abiertas» en el sentido del considerando 138: sólo el 10 % de las tiendas de mayor volumen de negocios son abiertas en este sentido, frente a un 28 % de puntos de venta con menor facturación (considerando 93).

(151) Además, la mayoría de estos puntos de venta cerrados sólo pueden ofrecer productos de heladería de consumo impulsivo de un proveedor, es decir, solamente tienen arcones de un proveedor de helados: según el estudio de Lansdowne, el 56 % de las tiendas están en esta situación (considerando 92).

(152) La mayor parte de los arcones suministrados por proveedores en el mercado de referencia han sido suministrados por HB: el 61 % según el estudio de Lansdowne (considerando 88) y el 64 % según el estudio de Rosslyn (considerando 107). De acuerdo con el estudio de Lansdowne, el 72 % de las tiendas tienen al menos un arcón de HB (el 76 % según el estudio Rosslyn; considerando 108). Según ha estimado el propio HB (considerando 124), el 75 % de las tiendas minoristas del mercado de referencia cuentan al menos con un arcón de HB.

(153) Otra de las conclusiones del estudio de Lansdowne consistió en que el 41 % de las tiendas sólo pueden vender productos de heladería de consumo impulsivo de HB, dado que solamente tienen arcones suministrados por esta empresa; el 35 % de los puntos de venta cuentan sólo con un arcón de HB, y el 6 % tienen más de uno. Según el estudio de Rosslyn, en el 50 % de las tiendas (considerando 108) el único arcón presente en el punto de venta pertenece a HB; en otro 5 % hay más de un congelador de HB, y no hay arcones de ningún otro proveedor; esto significa que un 55 % de la muestra de puntos de venta solamente pueden ofrecer productos de heladería de consumo impulsivo de HB (almacenistas exclusivos de HB) en el sentido que se ha expuesto. Según el estudio de B&A, en el [. . .] % ([. . .] % del [. . .] %, considerandos 116 y 117) el único arcón de la tienda es de HB; el [. . .] % de la muestra de puntos de venta constituyen almacenistas exclusivos de HB en el sentido expuesto (considerando 116). Según las estimaciones del propio HB, el [más del 40 %] de las tiendas son almacenistas exclusivos de HB en este sentido (estimaciones de HB de noviembre de 1994: [más del 60 %]; considerando 125).

(154) Prácticamente todas las ventas de helados de consumo impulsivo de HB se realizan a través de tiendas que sólo cuentan con arcones sujetos a exclusividad, como demuestra el hecho de que el [más del 95 %] de las ventas de helados de HB se realizan en puntos de venta que disponen de arcones de HB (considerando 61). Dado que sólo el 5 % de las tiendas son abiertas y tienen también arcones sujetos a exclusividad (considerando 92), y que el 95 % de los arcones de HB se encuentran en puntos de venta que sólo tienen arcones sujetos a exclusividad (considerando 94), es inevitable llegar a la conclusión de que prácticamente todas las ventas de HB se efectúan a través de este tipo de tiendas [71].

(155) El estudio de Lansdowne demuestra que el nivel de ventas de HB a través de tiendas que sólo cuentan con arcones de HB, es decir, minoristas que son almacenistas exclusivos de HB en el sentido descrito, es casi idéntico al nivel de ventas de helados de consumo impulsivo realizadas a través de otros puntos de venta a los que HB ha suministrado un arcón (considerando 94). Además, los grados de distribución de HB, tanto numérica como ponderada, muestran que el nivel de ventas en las tiendas en que esta empresa está presente es normalmente más alto que en aquellas en que no lo está (considerando 46). Por tanto, el nivel de ventas de HB a través de tiendas que sólo cuentan con arcones de HB es, como mínimo, tan alto como el que se realiza a través de todos los demás puntos de venta del mercado de referencia.

(156) Por lo tanto, puede concluirse que, en un 40 % [72] aproximadamente de todos los puntos de venta del mercado de referencia, los únicos arcones presentes para el almacenamiento de helados de consumo impulsivo han sido suministrados por HB (considerando 153). En su réplica al pliego de cargos, HB ha declarado expresamente que no niega esta conclusión. Además, se ha demostrado que aproximadamente un 40 % de las ventas de helados de consumo impulsivo en el mercado de referencia se realizan a través de esta categoría de puntos de venta (considerando 155). Estas tiendas son almacenistas exclusivos de HB en el sentido descrito. Los acuerdos sobre arcones instalados en estos puntos de venta constituyen una parte identificable de la red de acuerdos sobre arcones de HB.

[71] La eliminación de arcones de HB en la primera mitad de 1996 no modifica significativamente esta valoración; aparte de que los arcones eliminados tenían una media de edad de nueve años (o sea, se aproximaban ya, como mínimo, al final de la vida útil normal de un congelador), las eliminaciones se produjeron fundamentalmente en puntos de venta de baja facturación (considerando 73).

[72] De lo anterior puede deducirse que este es un cálculo prudente.

4. ***Condiciones para que se cumpla la conclusión de que la parte identificada de la red de acuerdos sobre arcones de HB produce un efecto restrictivo en el mercado de referencia***

(157) Si un proveedor desea vender productos de heladería de consumo impulsivo a través de una tienda de minorista (es decir, un proveedor nuevo para un punto de venta) en la cual haya al menos un arcón sujeto a exclusividad, sólo podrá hacerlo si en la tienda hay además un arcón no sujeto a exclusividad (es decir, si es un punto de venta «abierto» en el sentido del considerando 148) o si consigue convencer al minorista, bien de sustituir un arcón sujeto a exclusividad, bien de que instale otro arcón junto al anterior. Estas dos alternativas se analizan en los incisos i) e ii) con respecto a la categoría de puntos de venta determinada en el considerando 156.

i) **Probabilidad de convencer a un minorista de que sustituya un arcón de HB**

(158) En el caso de que un proveedor de la competencia desee acceder a un punto de venta que sólo almacene helados de consumo impulsivo en arcones de HB, puede tratar de convencer al minorista de que sustituya uno de ellos por un congelador propio o arrendado a una parte distinta de un proveedor de helados, o bien por un arcón del proveedor de la competencia (el nuevo proveedor del punto de venta).

a) *Sustitución por un arcón propiedad del minorista*

(159) Si un minorista se plantea sustituir un arcón exclusivo, sólo lo hará si espera aumentar sus beneficios como resultado de la operación. Al efectuar estos cálculos, debe tener en cuenta la fuerza de la posición en el mercado del proveedor ya presente. Por lo tanto, al plantearse la sustitución de un arcón de HB, los minoristas deberán considerar la abrumadora fuerza de esta empresa en el mercado de referencia (considerando 141). Esto cobra especial importancia si el único arcón de la tienda es de HB: si el minorista contempla sustituir este congelador por uno propio, puede esperarse que los productos de heladería que almacenará en su congelador reflejarán en general las respectivas cuotas de mercado de los fabricantes presentes en el mercado de referencia. Dada la fuerte posición de HB, no es probable que la gama de productos puesta a la venta en la tienda cambie demasiado tras la sustitución. En consecuencia, no es probable que el minorista pueda esperar un gran aumento de los beneficios derivado de la posibilidad de vender productos de varios fabricantes.

(160) Otro factor que no debe menospreciarse es la resistencia de los minoristas a asumir riesgo, que hace más improbable que un minorista decida adquirir un arcón propio: la incertidumbre en torno a los beneficios futuros, junto con las molestias generales de la adquisición y mantenimiento de un arcón propio, constituyen desincentivos importantes, especialmente para minoristas pequeños. Debe tenerse en cuenta que la incertidumbre en torno a beneficios futuros supondrá probablemente un freno para aquellos pequeños minoristas para los que el riesgo de esta inversión (véase más adelante) puede tener consecuencias graves, lo cual la haría menos interesante.

(161) La inversión necesaria para adquirir un arcón propio del minorista, así como su coste de mantenimiento, constituye un desincentivo para los minoristas, que haciéndolo desaprovecharían la posibilidad de obtener un congelador suministrado en préstamo, sin gastos, y con el mantenimiento cubierto por el proveedor, HB: aun cuando el minorista paga indirectamente por este servicio (considerandos 76 a 79), las economías de escala que un gran mayorista de helados como HB puede realizar en la adquisición, instalación y mantenimiento a gran escala de arcones no están al alcance de los pequeños minoristas, y por tanto representan un incentivo para aceptar el arcón del proveedor. Antes de la introducción del sistema de precios duales en 1995, la política de precios globales de HB (véase lo anterior) acentuaba aún más este desincentivo. Como resultado de la inclusión de este elemento en el precio directo de los helados, un minorista con arcón propio estaba financiando indirectamente los arcones de HB sin beneficiarse del suministro de un congelador. Además, este tipo de inversión es un coste «inmovilizado» para el minorista si éste no puede revender fácilmente el arcón. Estas consideraciones de costes cobran especial relevancia para minoristas con limitaciones de capital o de crédito, por las razones que sean, y por lo tanto se aplican particularmente a los puntos de venta más pequeños. Según

el estudio de Lansdowne, estas preocupaciones comerciales y de costes de los minoristas constituían claros desincentivos para adquirir un arcón propio (considerandos 100 y 104).

(162) La necesidad de poner fin a la relación con el proveedor que suministró el arcón que va a sustituirse supone un nuevo obstáculo, sobre todo si ese proveedor ostenta en el mercado una posición tan fuerte como la de HB. El propio hecho de que sean tan pocos los minoristas que han decidido adquirir o arrendar arcones para almacenar helados de consumo impulsivo en Irlanda confirma este análisis. Antes de la campaña de HB de eliminación de arcones de 1996, muy pocos minoristas irlandeses habían decidido adquirir un arcón propio (véase el apartado 107 del estudio de Rosslyn, realizado en abril de 1996, es decir, antes de las eliminaciones). La mayor parte de las eliminaciones de arcones de 1996 se realizaron [. . .], y explican una gran proporción de los arcones de minoristas en el mercado de referencia. El programa de compraventa a plazos de arcones de HB, introducido en 1995, no ha atraído a ningún minorista (considerandos 70 y 71), pese a la convicción expresa de HB de que estas condiciones serían atractivas para ellos; sólo un 11 % de los minoristas entrevistados por Lansdowne que no poseían ya un arcón ni se habían decantado por la opción de compraventa a plazos expresaron interés por el programa de HB. Según la investigación de mercado de Rosslyn, del 26 % de los minoristas entrevistados que se declararon dispuestos a instalar un arcón sustitutivo o adicional, el 82 % no adquirirían un congelador propio y el 80 % no arrendarían un arcón no sujeto a exclusividad.

(163) HB ha aducido que en los puntos de venta con más de un arcón de HB es más probable que el minorista sustituya uno de ellos por uno propio manteniendo otro u otros. A este respecto cabe señalar que la mayoría de las tiendas de la categoría de referencia (es decir, aquellas que sólo poseen arcones de HB) sólo disponen de un arcón para la venta de helado de consumo impulsivo (considerando 153); el resto cuenta, por lo general, con dos arcones. En el caso de los puntos de venta con dos o más arcones de HB, el minorista normalmente sólo sustituirá uno de ellos si prevé que el nuevo arcón dará lugar como mínimo al mismo volumen de negocios en helados de consumo impulsivo. Aunque es posible que un minorista llegue a esta conclusión, los datos apuntan más bien a que este tipo de iniciativa es muy poco frecuente (véase más adelante); aunque la principal causa de esta renuencia a sustituir arcones de HB debe ser la fuerte posición de esta empresa en el mercado, los mencionados desincentivos para la adquisición de arcones también pueden intervenir en esta actitud general.

(164) El estudio de mercado en que se basa la Comisión muestra que la sustitución de arcones suministrados por proveedores por arcones propiedad de los minoristas o por otros suministrados por proveedores de la competencia es muy inusual (considerando 111) y que los minoristas se muestran particularmente reticentes a efectuar esta sustitución (considerandos 104, 112 y 119). Además, este estudio indica que la sustitución de arcones suministrados por HB por congeladores no suministrados por HB es muy escasa: en los últimos cinco años, el 78 % de los arcones sustituidos en puntos de venta eran congeladores de HB, y el 74 % de los que se han instalado en su lugar eran también de HB (considerando 111) y, en la mayor parte de los casos, se trataba de arcones mayores (considerando 74).

(165) Asimismo, la investigación muestra que en general los minoristas no están interesados en la posibilidad de sustituir. El estudio de Lansdowne planteó específicamente determinadas preguntas a los minoristas que sólo disponían de arcones de HB, y que en consecuencia sólo podían poner a la venta productos de heladería de consumo impulsivo de HB. Se les preguntó si estaban interesados en almacenar otras marcas; sólo el 25 % lo estaban. El 76 % de estos minoristas (los que contaban sólo con arcones de HB pero estaban interesados en almacenar otras marcas) dijeron que no se plantearían sustituir el arcón de HB (o uno de ellos) por un congelador arrendado o adquirido por ellos mismos (considerandos 102 a 104).

b) *Sustitución por un arcón suministrado por un proveedor*

(166) Un minorista que se plantee la posibilidad de sustituir un arcón suministrado por un proveedor por un congelador de otro proveedor distinto sólo lo hará si puede esperar de ello un mayor beneficio ([73]): en general, debe estar convencido de que hay más demanda del producto del nuevo proveedor, y de que el arcón de éste generará, por lo

([73]) Debe observarse que, si el arcón de un proveedor es sustituido por el de otro competidor, el punto de venta pasa a estar cerrado para el primero, si el congelador de éste era el único presente en la tienda, y sigue cerrado para los demás proveedores (los que no estén presentes en el punto de venta).

tanto, un mayor beneficio. Si el proveedor que entra en el punto de venta es un fabricante de helados menos conocido que el que ya está presente, si tiene una gama de productos menos amplia o menos popular, si el arcón que suministra es más pequeño o las condiciones son menos interesantes, el minorista no verá incentivo alguno para sustituir. En los casos en que el arcón sujeto a exclusividad es el único que hay en el punto de venta, estos minoristas abandonarán completamente la posibilidad de ofrecer helados de consumo impulsivo de otros proveedores, dado que los fabricantes parecen suministrar arcones invariablemente sujetos a exclusividad.

(167) En el caso de los minoristas que desean la sustitución de un arcón de HB por otro suministrado por otro fabricante de helados, la fuerza de la posición que ostenta HB en el mercado de referencia supone una desincentivo aún mayor que en el caso de la sustitución por un arcón propio. Esto es especialmente cierto cuando el arcón de HB es el único existente en la tienda: la sustitución del mismo equivaldría a renunciar definitivamente a disponer de productos de heladería de consumo impulsivo de HB [74]. El minorista sólo optará por esta posibilidad si considera probable obtener mayores beneficios, por lo que es casi seguro que no lo hará si el arcón de HB es el único existente en la tienda. Ninguno de sus competidores ofrece productos tan conocidos ni de una gama tan amplia. Por ello no constituyen una alternativa válida a los productos de HB desde el punto de vista del minorista.

(168) La resistencia a asumir riesgos que muestran muchos minoristas, las molestias y las relaciones ya establecidas con proveedores son otros tantos factores contrarios a la probabilidad de que un minorista decida sustituir el arcón de un proveedor por el de otro. Cuando se sustituye el arcón de un proveedor, no por un congelador propio sino por uno de otro proveedor, esto supone casi invariablemente rechazar la relación con el proveedor actual. Estas consideraciones cobran especial relevancia para la sustitución de un arcón de HB, dada la fuerte posición de esta empresa en el mercado. Aun cuando un punto de venta disponga solamente de dos o más arcones de HB (es decir, sea almacenista exclusivo de HB), la sustitución de uno de estos arcones es poco probable debido a la fuerte posición de HB en el mercado: la probabilidad de sustituir se ve condicionada por las expectativas del minorista de que el nuevo arcón genere un mayor beneficio. La investigación de mercado citada anteriormente confirma la improbabilidad de este tipo de sustitución.

(169) La probabilidad de que un arcón de HB sea sustituido por el suministrado por otro fabricante de helados debe abordarse también desde el punto de vista del otro fabricante. Como ya se ha expuesto, éste sólo podrá realizar la inversión necesaria si prevé que la rentabilidad será satisfactoria, en forma de un incremento de las ventas. Dada la fuerza de HB en el mercado de referencia, la inversión de cualquier otro fabricante tendrá una rentabilidad inferior. En algunos casos, esta desventaja competitiva frente a la principal empresa del mercado hace menos probable que un competidor ofrezca un arcón a un minorista.

(170) Debe recordarse que los datos empíricos, es decir, el estudio de mercado en que se basa la Comisión, indican que en general la sustitución de arcones suministrados por un proveedor, y en particular de los de HB, desemboca casi invariablemente en la instalación de nuevos arcones del mismo proveedor (considerando 111). En el estudio de Lansdowne, el 82 % de los minoristas que sólo contaban con arcones de HB y expresaron su interés por almacenar otras marcas declararon que no sustituirían el congelador de HB (o uno de ellos) por un arcón de otro proveedor de helados (considerando 104); como principales razones se adujeron la posición de HB de líder del mercado y la popularidad de sus productos.

(171) Los acuerdos sobre arcones de HB se concluyen por un período de tiempo indefinido. Cada acuerdo sigue vigente hasta que HB o el minorista dan a la otra parte un preaviso por escrito, con dos meses de antelación, en el que le comunican su deseo de rescindirlo [75]. Pese a que los minoristas

[74] La devolución del arcón de HB podría también dar lugar a que el minorista tuviera que renunciar a disponer de helados de HB para consumo a domicilio ya que a veces éstos se almacenan en el mismo arcón que los helados de consumo impulsivo (considerando 42). Esta consecuencia adicional hace que la posibilidad de sustituir el arcón de HB por el de otro fabricante sea aún menos interesante.

[75] La aparente despreocupación de HB acerca de esta condición (véase lo anterior) sólo puede considerarse un atenuante parcial, dada la posible ignorancia o incertidumbre del minorista sobre esta práctica.

suelen ser conscientes de que los acuerdos pueden denunciarse con rapidez, su carácter indefinido constituye un factor que les puede hacerse mostrar reticentes a tomar la iniciativa de darlos por concluidos para sustituir el arcón de HB por uno propio o por uno de otro proveedor.

ii) **Probabilidad de convencer a un minorista de que instale un arcón adicional**

(172) Cabe también la posibilidad de que un proveedor de la competencia que desee acceder a un punto de venta en el cual los únicos arcones destinados a almacenar helados de consumo impulsivo hayan sido suministrados por HB trate de convencer al minorista de que instale, junto al arcón de HB presente, bien otro congelador adquirido o arrendado por el propio minorista a una entidad distinta de un proveedor de helados, o bien un arcón suministrado por este proveedor de la competencia (el nuevo proveedor que entra en el punto de venta).

(173) Cuando los minoristas estudian la instalación de un arcón suplementario, deben tener en cuenta las limitaciones espaciales de las tiendas en general y de las tiendas del mercado de referencia en particular (considerando 43). El minorista tiene que estar convencido de la viabilidad económica de esa decisión. Por regla general, un minorista distribuye el espacio de venta de acuerdo con su percepción de la rentabilidad potencial de dicho espacio ([76]). En particular, tendrá en cuenta varios factores, como por ejemplo los que se exponen a continuación. Según la encuesta Lansdowne, el 87 % de los minoristas estudiados no consideraban una «opción viable» atribuir más espacio a la instalación de otro arcón (considerando 96). Además, el estudio de mercado muestra que la mayoría de los minoristas son extremadamente reacios a instalar nuevos arcones (encuesta Lansdowne, apartados 97-100 y 103; encuesta Rosslyn, apartado 112, y encuesta B&A, apartado 119). Por ejemplo, la encuesta Lansdowne concluyó que sólo un 40 % del 25 % de aquellos minoristas que sólo pueden poner a la venta helados de HB, y que mostraron interés por almacenar otras marcas, estaban dispuestos a aceptar la instalación de otro arcón; por su parte, la encuesta B&A expone que únicamente el [. . .] % de los minoristas que sólo disponen de un arcón en la tienda contemplarían la instalación de otro adicional.

(174) Para la venta de helado de consumo impulsivo, la accesibilidad y visibilidad del arcón son capitales. Por consiguiente, no cualquier espacio del punto de venta es idóneo ([77]) (considerandos 10 y 43). Al propio tiempo, el espacio adecuado debe poder utilizarse también para mostrar otros productos, en particular los de consumo impulsivo. Las ventas de estos otros productos no varían en función de la temporada y pueden proporcionar una mayor rentabilidad del espacio empleado. En general, el espacio que el minorista conceda a los arcones de helados de consumo impulsivo será directamente proporcional a la cuota de ventas que originen estos productos.

(175) La instalación de un arcón adicional o de uno suministrado por un fabricante que no sea HB tiene por resultado inmediato la disponibilidad de una mayor gama de productos. Con todo, esta ampliación de la gama de productos no genera automáticamente un incremento de la facturación en helados de consumo impulsivo de dicho punto de venta. De hecho, aunque es posible que las ventas globales de este tipo de helados aumenten, puede ocurrir que el incremento no corresponda a las expectativas del minorista a la hora de asignar más espacio. No solamente no es probable que el arcón nuevo genere el mismo nivel de ventas que el antiguo, sino que además este último no seguirá generando el mismo nivel de ventas que anteriormente. Únicamente si todas las ventas resultantes del nuevo arcón son atribuibles por completo a una demanda específica de los productos del nuevo proveedor, y no a la demanda de todos los helados de consumo impulsivo disponibles en el punto de venta, no sufrirán las ventas de los arcones ya presentes como resultado de la instalación. Desde el punto de vista del minorista, la instalación de un arcón sólo será viable si prevé que la demanda suplementaria creada por el nuevo arcón compensará la oportunidad perdida de utili-

([76]) La validez de esta afirmación no se ve menoscabada por una de las conclusiones del «estudio cualitativo» de B&A, según la cual los minoristas suelen operar basándose en cálculos de potencial de beneficio más instintivos que técnicos (véanse los considerandos 122 y 123), puesto que sus cálculos instintivos tendrán en cuenta las mismas consideraciones básicas.

([77]) Véase la Decisión 78/172/CEE de la Comisión relativa al asunto Liebig (DO L 53 de 24.2.1978, p. 20, apartado 9).

zar el espacio de otra forma. El importante nivel de retiradas de marcas registrado por el estudio de B&A (considerando 118) es coherente con estas consideraciones sobre la rentabilidad del espacio. Los minoristas en cuestión pueden haber considerado que las ventas de los helados de un proveedor no justificaban el uso del espacio necesario para el arcón de tal proveedor.

(176) Debido a la fuerte posición de HB en el mercado de referencia, es muy poco probable que un minorista instale un arcón propio en una tienda que ya tiene uno o más arcones de HB. A causa de la gama y popularidad de los productos de HB, los beneficios adicionales que pueden esperarse de la instalación de un arcón propio junto al de HB son reducidos. Por lo tanto, las probables ineficiencias descritas resultarán más acusadas en este caso.

(177) Además, la forma más eficaz de aumentar la capacidad de almacenamiento del arcón con objeto de satisfacer un incremento de la demanda por parte de los consumidores consiste en realizar entregas más frecuentes a los arcones ya instalados, más que en instalar arcones suplementarios [78]. La instalación de más arcones para vender productos de todos los proveedores ocasiona evidentes ineficiencias para el minorista.

(178) Otro factor que hace poco probable la instalación de otro arcón es el hecho de que los nuevos arcones de HB ocupan una mayor superficie (considerando 74). Esta circunstancia reduce por sí sola la probabilidad de que un minorista dedique más espacio a la venta de productos de heladería de consumo impulsivo.

(179) Debe asimismo considerarse la posibilidad de sustituir un arcón de HB por dos (o más) congeladores de menor tamaño. Aunque es posible que esta opción no tenga por efecto incrementar la cantidad de espacio dedicado a almacenar helados de consumo impulsivo, y parece atraer el interés de algunos minoristas (véase el estudio de Lansdowne; considerando 104), la posibilidad se ve limitada por el hecho de que los proveedores parecen suministrar arcones diseñados para toda su gama: de hecho, tienden a aumentar de tamaño para los proveedores de una gama completa, especialmente para HB (considerandos 74 y 75 sobre los arcones de HB). Sea como fuere, en condiciones normales un minorista no tendrá la posibilidad de hacerse con arcones de proveedores que ofrezcan exactamente la gama y cantidad de productos que desea poner a la venta. Además, instalar un mayor número de arcones más pequeños puede dificultar la oferta de una gama completa de todos los tipos de productos de heladería de consumo impulsivo. Desde el punto de vista del proveedor, los arcones muy reducidos tienen la desventaja de limitar las posibilidades de expansión en el mercado de referencia. Por otra parte, debe observarse que los costes de adquisición, instalación, mantenimiento y gestión de dos arcones son mucho mayores que los correspondientes a un arcón de tamaño doble.

(180) HB ha argumentado que el número medio de arcones por punto de venta puede seguir aumentando, como parece haber ocurrido en los últimos cinco años: el estudio de Rosslyn mostró un incremento de la media de arcones de 1,22 en 1991 a 1,42 en 1996; el estudio de Lansdowne registró una cifra media de 1,50. Con todo, es evidente que debe existir un límite máximo del número de arcones que puede instalar una tienda para la venta de helados de consumo impulsivo. Este aspecto queda ilustrado no solamente por la pequeña proporción de puntos de venta que cuentan con más de dos arcones [79], sino también por la renuncia de los minoristas ante la pregunta de si están dispuestos a instalar más congeladores; el estudio de Lansdowne ofrece datos muy detallados al respecto (considerandos 97 a 100 y 103). En particular, debe señalarse que los minoristas indicaron que el número óptimo de arcones que se pueden tener en el punto álgido de la estación era de 1,57 (media), lo cual indica, a partir de las cifras medias de arcones ya instalados en los puntos de venta, que el mercado se encuentra en un punto aproximado a la saturación con respecto a los arcones, y que esta circunstancia hace mucho menos probables nuevas entradas o expansiones en el mercado en el futuro.

[78] Este punto queda confirmado por el «estudio cualitativo» de B&A, según el cual los minoristas prefieren un abastecimiento frecuente del congelador antes que la instalación de otro (considerando 123).

[79] El 7 % según Lansdowne; el 4 % según Rosslyn; el [. . .] % según B&A, estudio orientado fundamentalmente a puntos de venta más grandes (considerando 86).

(181) Aparte de las consideraciones generales que se acaban de exponer en relación con la probabilidad de que un minorista decida instalar un arcón adicional además del arcón de HB ya presente en su punto de venta, deben tenerse en cuenta asimismo las observaciones siguientes con respecto a las posibilidades concretas citadas en el considerando 172.

a) *Adición de un arcón del minorista a uno o más arcones de HB*

(182) La mayor parte de los desincentivos descritos en la letra a) del inciso i) en relación con la adquisición de arcones propios por parte de los minoristas se aplican igualmente a estas posibilidades. Un minorista se verá frenado por los riesgos de esta inversión (probablemente «inmovilizada»). Las molestias que entraña adquirir y mantener un arcón constituyen igualmente un desincentivo importante para los minoristas.

b) *Adición de un arcón exclusivo de un proveedor a uno o más arcones de HB*

(183) Desde el punto de vista del proveedor, los factores mencionados en el considerando 169 (que se discuten detalladamente más adelante) se aplican al menos en la misma medida. Si un proveedor suministra otro arcón en lugar de sustituirlo, sus beneficios se verán limitados por el arcón competidor que sigue instalado en el punto de venta, mientras que un arcón de sustitución no tendrá que competir con ningún otro en esa tienda. Cuando el arcón ya presente es de HB, la fuerte posición de HB en el mercado de referencia hace aún menos probable que un minorista instale un arcón sujeto a exclusividad en su punto de venta. A causa de la mayor gama y popularidad de los productos de HB frente a los de cualquier otro proveedor, los beneficios adicionales que se pueden derivar de la instalación de un congelador de otro proveedor junto al de HB son reducidos ([80]).

([80]) Debe observarse que, si se instala un arcón adicional sujeto a exclusividad, el punto de venta queda forzosamente cerrado a cualesquiera terceros proveedores.

iii) **Conclusión**

(184) De todo ello cabe concluir que los acuerdos sobre arcones de HB, celebrados con puntos de venta que sólo tienen uno o más arcones de dicha empresa, reúnen las condiciones establecidas en el apartado 143 y, por lo tanto, tienen por efecto la restricción de la competencia en el mercado de referencia. A la vista de esta conclusión, puede afirmarse que la categoría de puntos de venta en cuestión se ve en la práctica obligada a vender exclusivamente productos de heladería de consumo impulsivo de HB. En consecuencia, se niega a los demás proveedores el acceso a estos puntos de venta.

5. *Otras condiciones del mercado de referencia*

i) **Exclusividad de arcones como una importante barrera logística y de costes para la entrada y expansión en el mercado de otros proveedores**

(185) La práctica general de los proveedores de helados de suministrar a los minoristas arcones sujetos a exclusividad dificulta el acceso al mercado de referencia y la expansión en él (considerandos 147 a 156); la mayoría de los puntos de venta pueden ofrecer los productos de heladería de consumo impulsivo de un solo proveedor. En consecuencia, ello constituye una restricción importante de la competencia entre proveedores.

(186) Es evidente que el suministro de arcones sujetos a exclusividad representa una barrera logística a la entrada en el mercado y a la expansión en él para los proveedores de helados. En el considerando 4 quedó demostrado que en los puntos de venta que sólo cuentan con arcones de HB es difícil convencer a los minoristas de que sustituyan los congeladores que ya tienen, al igual que persuadirles de que instalen arcones adicionales para vender helados de consumo impulsivo. Además, a partir de lo expuesto en el considerando 4 resulta claro que, en general, esto es cierto no solamente para los arcones de HB en puntos de venta que sólo cuentan con estos congeladores, sino también para todos los arcones sujetos a exclusividad instalados en puntos de venta en general. Si bien otros proveedores no cuentan con la fuerte posición de mercado de HB, no es menos cierto que suministran a los minoristas arcones en condiciones muy similares, y que estos arcones imponen a los puntos de venta las mismas limitaciones espaciales.

Las molestias para los minoristas, su resistencia al riesgo y su reticencia a poner fin a las relaciones con los proveedores establecidos son otros tantos factores que agudizan esta barrera logística para los proveedores de la competencia.

(187) La investigación de mercado en que se basa la Comisión ilustra esta barrera logística general. Los tres estudios de mercado demuestran que los minoristas, en general, sólo sustituyen los arcones sujetos a exclusividad que ya tienen por congeladores del mismo proveedor, y que los minoristas se muestran reacios a atribuir más espacio a la instalación de arcones (considerandos 164, 165 y 173).

(188) El suministro de arcones sujetos a exclusividad constituye igualmente una barrera a la entrada y expansión en el mercado de referencia con respecto a los costes. Si un proveedor de helados de consumo impulsivo en el mercado de referencia, ya sea un participante establecido en el mercado o una empresa de reciente aparición en él, desea vender sus productos en una tienda que ya cuente con uno o más arcones sujetos a exclusividad (es decir, la mayor parte de los puntos de venta del mercado de referencia; considerando 149), y si no consigue convencer al minorista de que adquiera un arcón propio, no exclusivo, la única opción que le queda es suministrar al minorista un arcón para el almacenamiento de sus productos (los productos del nuevo proveedor). Además de la dificultad de convencer al minorista de que acepte esta oferta (expuesta anteriormente), el coste de este servicio para el proveedor es muy importante.

(189) Los gastos que implica adquirir una cantidad de arcones para su instalación en un número de puntos de venta suficiente para garantizar que los productos de un proveedor lograran unos niveles viables de distribución dificultan en buena medida la entrada en el mercado de referencia, y su mantenimiento en él, para las empresas pequeñas e incluso medianas. Existen también gastos corrientes de mantenimiento del arcón, que sólo son soportables si existe un número mínimo de arcones del proveedor en una zona geográfica razonablemente concentrada. Los dos pequeños fabricantes de helados de consumo impulsivo activos en Irlanda, Valley (actualmente en liquidación) y Leadmore, han atravesado graves problemas financieros en los últimos tiempos, y ambos han recurrido a cooperar en la distribución con empresas de nuevo acceso al mercado (Valley con Mars y Leadmore con Nestlé). HB, Mars, Nestlé, Dale Farm y Häagen Dazs pertenecen sin excepción a grandes grupos multinacionales. Además del mayor riesgo de financiar esta inversión para empresas pequeñas, los grupos grandes pueden asimismo conseguir economías de escala, tanto en la adquisición como en el mantenimiento de los arcones, que no están al alcance de compañías más pequeñas, lo cual tiene el efecto de elevar aún más el coste de la entrada para estas empresas.

(190) Debe igualmente considerarse la amplitud de la gama de productos ofrecida por el proveedor. Cuanto más pequeña sea la gama, más difícil será justificar la inversión. Si un proveedor solamente ofrece uno o dos productos, es prácticamente seguro que no suministrará un arcón, y por lo tanto no podrá entrar en el punto de venta. Esto resulta particularmente perjudicial para los proveedores de un segmento de la gama de helados de consumo impulsivo, limitando sus posibilidades de acceder a la distribución a gran escala.

(191) Los proveedores que ya están establecidos, y que cuentan ya con arcones en un número importante de tiendas, se ven protegidos de la entrada de competidores a los puntos de venta mediante esta barrera de costes: la presencia de todas estas redes de arcones sujetos a exclusividad, que se extiende a prácticamente todas las tiendas del mercado de referencia, tiene el efecto de elevar los costes de entrada en el mercado de referencia para los competidores que no estén ya presentes en él, así como la expansión en el mercado para todos los proveedores. Es poco probable que los minoristas acepten arcones de proveedores que no ofrezcan unas condiciones al menos tan favorables como las de fabricantes que ya cuentan con arcones en el punto de venta, o como las de los proveedores del mercado en general. En el contexto del mercado de referencia, esto quiere decir que el proveedor tiene que estar dispuesto a ofrecer gratuitamente un arcón moderno y hacerse cargo del mantenimiento. Además, en condiciones normales, una empresa que accede al mercado no puede esperar de la instalación de un arcón los mismos beneficios que una empresa ya presente, por lo menos hasta consolidar su posición en el mercado. Esta ventaja ha provocado que los únicos proveedores nuevos en el mercado de referencia en los últimos tiempos sean empresas con una enorme capacidad de financiación: Mars, Häagen Dazs y Nestlé. El coste de la entrada de Mars queda claro si se observa su inversión en arcones en 1994, en proporción de su facturación en helados en ese año (considerando 80). Esta importante inversión en el suministro de arcones implica un coste para el resto de las inversiones exigidas al proveedor de

helados, especialmente durante el período que sigue a la entrada en el mercado, en que el proveedor aún no ha recuperado del minorista el coste de su inversión en arcones.

(192) HB es, con mucho, el proveedor más importante presente en el mercado de referencia. Ya se ha descrito su fuerte posición en el mercado, largamente consolidada. Su red de arcones es la mayor del mercado de referencia, aproximadamente tres veces la del competidor que le sigue, y los arcones de HB están presentes en la mayor parte de los puntos de venta. Además, estos arcones suelen ser mayores que los de sus competidores, y se han modernizado ampliamente en los últimos años.

(193) A este respecto, HB ha expresado su opinión de que un sistema de distribución en que los arcones se ponen a la disposición de los minoristas bajo una condición de exclusividad no representa, en todas las circunstancias del mercado de referencia, una restricción de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85. HB ha afirmado que «la competencia del tipo considerado en el apartado 1 del artículo 85 en relación con la letra g) del artículo 3 es lo bastante grande para incluir un sistema en que los proveedores de helados compitan, entre otras cosas, mediante el suministro de arcones a los puntos de venta». Este argumento se basa esencialmente en el hecho de que el sistema constituye una práctica comercial establecida tanto en el mercado de referencia como en los demás mercados, y en que la competencia en el mercado de referencia incluye la competencia en el suministro a minoristas de arcones sujetos a exclusividad. Esta competencia en el suministro de arcones se aplica tanto a los operadores ya establecidos en el mercado como a las empresas de nueva aparición en él.

(194) A esta consideración puede responderse que la competencia en el mercado de referencia no debería obligar a los fabricantes de helados a suministrar arcones como requisito indispensable para operar en el mercado del suministro de helados de consumo impulsivo a minoristas. En la mayor parte de los casos en que los proveedores desean vender sus productos mediante un punto de venta que no dispone de un arcón «abierto», esta obligación parece ser una realidad. Además, la competencia de marcas ante los consumidores no puede sustituirse por la competencia en el acceso al nivel minorista. Esto es especialmente válido en el caso de los productos de consumo impulsivo, mercado en el cual la competencia se desarrolla en gran medida en el mismo punto de venta y no entre puntos de venta distintos (véanse los considerandos 195 y siguientes). En el caso presente, la necesidad de competir en el suministro de arcones tiene el efecto de restringir sustancialmente la competencia en el mercado de helados de consumo impulsivo. Huelga decir que la competencia entre proveedores de helados en el suministro de arcones a los minoristas no es indeseable en sí misma; solamente cuando todos los proveedores de helados realizan este suministro en condiciones de exclusividad, los posibles beneficios económicos de esta práctica se ven contrarrestados por el perjuicio sobre la competencia en el mercado de referencia.

ii) **Otras consecuencias contrarias a la competencia de la citada barrera a la entrada y expansión en el mercado**

(195) Existen al menos dos factores adicionales que dificultan aún más la entrada en el mercado de referencia; en primer lugar, el relativamente escaso desarrollo del comercio mayorista independiente de helados de consumo impulsivo en Irlanda implica una mayor dificultad de acceder a la distribución a través de estos intermediarios independientes; en segundo lugar, la fuerza de las marcas presentes en el mercado de referencia, y la lealtad de los consumidores hacia ellas, constituye un enorme obstáculo para los proveedores nuevos. Es un hecho reconocido que en el sector de los helados la familiaridad con la marca —al igual que en la mayor parte de los bienes de rápido consumo— es de la mayor importancia. A este respecto, debe señalarse que tanto Mars como Nestlé se han beneficiado sustancialmente de la fuerza de sus respectivas marcas en el sector de la confitería, marcas que en muchos casos son las mismas que las de sus productos de heladería. La otra empresa de reciente acceso al mercado, Häagen Dazs, disfruta de un perfil de marca muy elevado a escala internacional, y ha invertido unos recursos considerables en publicidad; en cualquier caso, su cuota de mercado sigue siendo muy reducida. La especial fuerza de la marca HB en el mercado de referencia, unida a la amplia gama de productos que ofrece bajo esta marca, constituye un obstáculo que dificulta aún más la competencia con HB.

(196) En la práctica, las empresas que acceden al mercado quedan excluidas de muchas tiendas minoristas para vender sus productos, a causa de las barreras descritas. Cuando es posible entrar, es a un coste importante, lo cual representa un especial obstáculo para la entrada de empresas pequeñas y medianas al mercado. Los proveedores existentes se ven sujetos a una restricción similar en el ámbito de la expansión en el mercado. Las cifras relativas de distribución numérica y ponderada

que han conseguido los diversos proveedores de helados ofrecen una clara prueba de la dificultad de conseguir una distribución amplia (considerandos 46 a 52): en particular, ningún proveedor se acerca a las cifras de distribución de HB. Mars, por ejemplo, había conseguido en el año siguiente a su entrada (cuando los minoristas almacenaban sus productos en los arcones de HB) un mayor grado de penetración en el mercado que en los siguientes cinco años y pico (considerandos 47 y 48). Nestlé, que entró en el mercado en 1994, no ha conseguido variar su distribución numérica desde entonces, y sólo ha incrementado ligeramente el nivel ponderado (considerando 50). La efectividad de estas barreras es perfectamente comprendida por los proveedores que suministran arcones sujetos a exclusividad, como hacen patente las diversas reacciones de HB a la entrada de Mars en el mercado en 1989 (considerandos 64 a 68): de la documentación de la empresa se desprende de manera palmaria que la insistencia de HB en mantener la exclusividad de arcones no estaba motivada únicamente por preocupaciones de «pirateo» de su propiedad, sino que más bien consideraba la exclusividad un medio muy útil de limitar la entrada y expansión del nuevo competidor en el mercado.

(197) Como ya se ha mencionado, la gran inversión en suministro de arcones se produce en detrimento de otras inversiones necesarias, y la consiguiente asignación de recursos de los proveedores puede llevar al falseamiento del juego de la competencia en el mercado de referencia. Los competidores que se ven obligados a invertir sumas tan cuantiosas en conseguir la distribución, especialmente cuando entran en el mercado, pueden verse forzados a marginar otros aspectos de la mercadotecnia de sus productos. Esta mercadotecnia (publicidad, promociones, etc.) es particularmente importante en la fase de entrada en el mercado, momento en el cual también reviste mayor importancia la inversión en arcones. Los nuevos proveedores que traten de crecer en este mercado se ven igualmente limitados en su capacidad de innovar y de desarrollar nuevos productos, en detrimento no solamente de los proveedores sino también de los consumidores, como resultado de este coste de obtener o incrementar los niveles de distribución.

(198) Como ya se ha demostrado, las redes de arcones sujetos a exclusividad tienen el efecto de restringir gravemente el número de productos de la competencia que puede vender una tienda. Dado que la competencia en los productos de consumo impulsivo se desarrolla en gran medida dentro del mismo punto de venta, debido a la naturaleza espontánea de la demanda creada por el impulso de adquirir (considerando 12), ello provoca una grave restricción de la competencia entre marcas (competencia entre proveedores) en el mercado de referencia. Si un punto de venta sólo puede ofrecer productos de un proveedor, esta competencia se elimina completamente a nivel de los consumidores: sólo tiene lugar competencia entre los diversos productos que ofrece el mismo proveedor. Este es el caso de más de la mitad de las tiendas minoristas del mercado de referencia, en que el punto de venta cuenta únicamente con arcones de un proveedor ([81]). En estas circunstancias, es probable que se reduzca la competencia de precios entre proveedores ([82]). En consecuencia, los consumidores se verán perjudicados tanto por el menor número de posibilidades de elección entre productos como por la menor competencia de precios.

(199) Los efectos perjudiciales que para los minoristas producen las redes de arcones sujetos a exclusividad consisten en la limitación de su capacidad de ofrecer productos de proveedores distintos, lo cual restringe su capacidad de seleccionar entre las gamas de productos de estos fabricantes en función de la demanda real o percibida. Esta restricción puede reducir las posibilidades de que un minorista aumente su eficacia, y con ella su rendimiento, mediante la selección de la oferta de productos: puede ocurrir que un minorista almacene en arcones sujetos a exclusividad productos que, de no ser por tal exclusividad, no adquiriría para su reventa. Es igualmente probable que las redes exclusivas den como resultado una asignación ineficiente del espacio dentro de una tienda (como ya se ha observado); cuanto más intente el minorista compensar esta incapacidad de almacenar todos los productos que desea poner a la venta para sus consumidores, aceptando la instalación de más arcones, más acusadas serán las ineficiencias espaciales.

([81]) El 56 % según el estudio de Lansdowne (considerando 92); al menos el 60 %, según el estudio de Rosslyn (considerando 108). HB se enfrenta a la competencia directa de otras marcas a nivel del punto de venta en [. . .] de las tiendas incluidas en el estudio de B&A en que las se venden productos de HB (considerando 116).

([82]) En junio y julio de 1995, Mars aplicó una oferta especial de reducción de los precios de reventa recomendados (y con ello los comerciales) de sus productos en más del 20 %: esta promoción no recibió respuesta alguna de HB; véase la carta de Mars de 9 de agosto de 1996. Mars volvió a introducir su oferta en verano de 1996; nuevamente, no recibió respuesta. Tampoco pareció afectar la cuota de mercado de HB, que aumentó en ese período.

(200) Los acuerdos sobre arcones de HB, que constituyen la red más amplia y más extensa de acuerdos sobre arcones sujetos a exclusividad, contribuyen sustancialmente a los efectos contrarios a la competencia que se acaban de describir. De hecho, en el caso de la red de HB, estos efectos se ven agravados por la fuerte posición de HB en el mercado. En aquellos puntos de venta que sólo disponen de arcones de HB (aproximadamente un 40 % de todos los puntos de venta del mercado de referencia), HB no se ve expuesta a absolutamente ningún grado de competencia entre marcas a nivel del consumidor.

6. *Probabilidad de que el comercio entre Estados miembros se vea afectado*

(201) En aquellos puntos en que, por las razones expuestas, estos acuerdos de exclusividad tienen el efecto de restringir la libertad de los minoristas para almacenar y poner a la venta al consumidor helados de consumo impulsivo de proveedores competidores, producen el efecto de impedir a dichos competidores, independientemente de su ubicación geográfica y del origen de los productos, vender sus productos en dicho punto de venta. A su vez, esta restricción de tiendas de minoristas y de proveedores dificulta el acceso al mercado irlandés para competidores extranjeros; en consecuencia, el nivel de comercio de productos de heladería puede ser menor de lo que sería en circunstancias normales. Los proveedores extranjeros tienen así menos posibilidades de establecerse en el mercado irlandés del helado de consumo impulsivo, lo cual contribuye a la consolidación de mercados eminentemente nacionales ([83]). Además, existe un volumen considerable de comercio de productos de heladería entre Irlanda y otros Estados miembros, como demuestran, entre otras cosas, las importaciones de todos los helados de Mars desde Francia y la importación de parte de los productos de HB en Irlanda (considerandos 25 y 29). En consecuencia, los acuerdos de exclusividad de arcones de HB pueden afectar al comercio intracomunitario.

7. *Apreciabilidad*

(202) Sin embargo, la parte identificada de la red de HB de acuerdos sobre arcones mencionada en el apartado 184 sólo infringe el apartado 1 del artículo 85 si afecta a la competencia y al comercio entre Estados miembros en un grado considerable. Ha quedado establecido que la parte identificada de la red de HB de acuerdos sobre arcones se refiere a arcones instalados en aproximadamente un 40 % de todos los puntos de venta en el mercado de referencia, lo que representa aproximadamente un 40 % de todas las ventas de helados de consumo impulsivo en dicho mercado. Esta circunstancia, por sí sola, pero especialmente en combinación con los graves efectos anticompetitivos que producen las diversas redes de acuerdos sobre arcones sujetos a exclusividad establecidas generalmente por los proveedores en el mercado de referencia, y en vista de las demás circunstancias del citado mercado ya tratadas, demuestra ampliamente una considerable restricción de la competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 85 y un efecto considerable sobre el comercio entre los Estados miembros.

(203) Por tanto, puede concluirse que la parte de la red de HB de acuerdos sobre arcones que comprende los arcones instalados en puntos de venta que sólo disponen de arcones de HB, reúne todas las condiciones para la aplicación del apartado 1 del artículo 85.

(204) HB ha argumentado que la Comisión no ha respetado el principio de igualdad de tratamiento, en tanto en cuanto sólo ha investigado la red de arcones de HB sujetos a exclusividad, y no en relación con los de los competidores de HB en el mercado de referencia, con lo cual ha «desequilibrado el ámbito de la competencia» en perjuicio de HB. A este argumento cabe responder que la Comisión ha tenido en cuenta todos los efectos anticompetitivos del resto de las redes de arcones sujetos a exclusividad existentes en el mercado. Sin embargo, el análisis de la Comisión no ha determinado una contribución importante de ninguna red de arcones exclusivos (ni de partes identificables de las mismas) a las barreras al acceso al mercado de referencia, además de la de la parte en cuestión de la red de HB (considerando 95).

(205) De acuerdo con la versión de HB, el apartado 1 del artículo 85 no exige que se eliminen todos los obstáculos a la disponibilidad en los puntos de venta del mercado de referencia de los productos de los diferentes fabricantes de helados de consumo impulsivo. En este sentido, alude a los argumentos del Tribunal en el asunto Delimitis ([84]), señalando que basta con que los competidores tengan acceso al número mínimo de puntos de venta necesarios para el funcionamiento económico de un sistema de distribución (apartado 21 de

([83]) Véase el asunto T-7/93, Langnese, apartados 119 a 124.

([84]) Asunto C-234/89, Delimitis.

la sentencia). Según HB, basta con que los competidores tengan alguna posibilidad de expansión en el mercado. HB considera que estas condiciones se cumplen siempre que un proveedor pueda, independientemente de los costes que ello suponga, lograr un grado mínimo de penetración en el mercado y funcionar rentablemente.

(206) Con respecto a este argumento, debe reiterarse que este tipo de acuerdos de exclusividad no pueden considerarse propiamente infracciones del apartado 1 del artículo 85 sin la referencia expresa al contexto en que se inscriben (considerando 129). Tampoco se sugiere que el apartado 1 del artículo 85 exija que deban eliminarse todos los obstáculos a la disponibilidad de los productos de heladería de consumo impulsivo de los diferentes fabricantes en todos los puntos de venta del mercado de referencia. No obstante, si la red de acuerdos de exclusividad de la empresa (o una parte identificable de la misma) produce los considerables efectos contrarios a la competencia antes descritos, afectando también así al comercio entre Estados miembros, la red de acuerdos en cuestión es incompatible con el mercado común.

(207) Además, HB ha alegado que la condición de exclusividad contenida en sus acuerdos sobre arcones no entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, ya que se trata de una restricción accesoria al por lo demás presunto objeto legítimo de dichos acuerdos, a saber, suministrar a los minoristas unas instalaciones que les permitan almacenar helados para su venta ([85]). No obstante, dichas restricciones sólo pueden constituir una excepción a la aplicación del apartado 1 del artículo 85 si están directa y objetivamente relacionadas con el objeto de los acuerdos. Dado que no existe ningún vínculo objetivamente indispensable entre el suministro de arcones a los minoristas para almacenar helados de consumo impulsivo y la cláusula de exclusividad, no puede considerarse accesoria.

(208) HB considera que el análisis de la Comisión no es objetivo al concluir que los acuerdos sobre arcones, que pueden resolverse «a voluntad» (ya que HB, aparentemente, no hace cumplir el preaviso de dos meses) pueden en la práctica producir el vínculo mencionado en el considerando 184. Según HB, una «relación temporal» de este tipo no es compatible con la existencia de tal vínculo. La Comisión no está de acuerdo. Los acuerdos sobre arcones son de duración indefinida, y es necesaria la iniciativa de una de las partes para ponerles fin. En lugar de indicar que la relación contractual es temporal, los datos demuestran que ocurre exactamente lo contrario. La realidad económica, confirmada por la investigación de mercado, es que los minoristas que aceptan arcones de HB sólo los sustituyen en muy raras ocasiones por congeladores propios o de competidores (véanse los considerandos 158 y siguientes). Los acuerdos sobre arcones de HB se ven casi invariablemente sustituidos por acuerdos idénticos sobre arcones (considerando 111).

(209) HB tampoco acepta que existan pruebas de que la categoría de puntos de venta que sólo cuentan con arcones de HB determinada en el apartado 184 esté cerrada a los competidores, o que exista una conexión causal entre tal efecto restrictivo y la cláusula de exclusividad de los acuerdos de HB sobre arcones en relación con tales puntos de venta. A este respecto, se basa principalmente en el grado de satisfacción de los minoristas con sus actuales acuerdos de suministro. HB aduce que aquellos puntos de venta en que «el minorista no tiene interés en almacenar otras marcas de helados» deben excluirse de la estimación del grado de barrera a la entrada. HB señala también que esta falta de interés se debe, probablemente, al aparentemente bajo nivel de demanda de los consumidores de marcas distintas de HB en los puntos de venta en cuestión.

(210) Nuevamente, la Comisión no puede aceptar este razonamiento. Un acuerdo entre cualesquiera dos partes puede producir un efecto restrictivo sobre la competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 85, independientemente de la motivación que lleve a las partes a celebrar tal acuerdo restrictivo. Más concretamente, un acuerdo de adquisición exclusiva de cualquier tipo puede en principio contravenir el apartado 1 del artículo 85 si tiene el efecto de excluir a terceros proveedores de manera significativa, a pesar de que la parte sometida a la exclusividad declare en un momento dado que no tiene interés por adquirir a ningún tercer proveedor. En cuanto al aparentemente bajo nivel de demanda de los consumidores de marcas distintas de HB, debe señalarse que la incapacidad de los competidores de obtener acceso a la distribución a gran escala para estos productos de consumo impulsivo es una de las principales razones para esta ausencia de demanda, especialmente en el caso de productos de nuevo lanzamiento (considerandos 12 y 44). En ausencia de la cláusula de

([85]) HB ha manifestado que «la disposición referente a la exclusividad del congelador es necesaria con objeto de garantizar que el sistema da sus plenos frutos» y prosigue afirmando, entre otras cosas, que «no es restrictivo más allá de lo razonable» por lo que no entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 al ser una restricción accesoria.

exclusividad, podría convencerse más fácilmente a los minoristas de almacenar otros productos, dado que ello no requeriría, en tales circunstancias, la sustitución de un arcón ya presente o la instalación de otro. A partir de ahí, es posible que ese almacenamiento de otras marcas estimulase a su vez una mayor demanda de marcas distintas de HB.

8. *Derechos de propiedad*

(211) HB ha alegado que la aplicación del apartado 1 del artículo 85 ([86]) del Tratado a la cláusula de exclusividad de sus acuerdos sobre arcones equivaldría a vulnerar sus derechos de propiedad, infringiendo el artículo 222 del Tratado al permitir que los productos de otros fabricantes se guardaran en sus arcones.

(212) La Comisión no acepta este argumento. En el ordenamiento jurídico comunitario, el derecho a la propiedad, tal como lo establece el artículo 222 del Tratado, se garantiza de acuerdo con los principios comunes a las constituciones de los Estados miembros. No obstante, en ellas se reconoce que el ejercicio de los derechos de propiedad, y no su esencia, puede restringirse en bien del interés público y en la medida necesaria a tal respecto ([87]).

(213) Por ser una de las normas capitales del derecho comunitario, el artículo 85 del Tratado sirve al interés público. Además, la aplicación del apartado 1 del artículo 85 en el presente procedimiento no concierne al ejercicio de los derechos de propiedad de HB, sino a las restricciones que impone a terceros a quienes ha cedido el uso de su propiedad. El ejercicio de los derechos de propiedad de HB sólo quedaría restringido, en este caso, en la medida necesaria para garantizar que no se producen falseamientos de la competencia en el mercado interior [letra g) del artículo 3 del Tratado].

(214) Como regla general, este enfoque queda reflejado en las exenciones por categorías que la Comisión concede, *inter alia,* a las restricciones al comercio con productos de la competencia contenidas en los acuerdos de compra exclusiva [Reglamento (CEE) nº 1984/83 de la Comisión ([88]), modificado por el Acta de adhesión de Austria, de Finlandia y de Suecia, apartado 2 del artículo 8] y a las obligaciones que pueden acogerse a exención contenidas en los acuerdos de licencia de patentes [Reglamento (CE) nº 240/96 de la Comisión ([89]), artículo 1]. En estos Reglamentos, las restricciones impuestas por los propietarios de los derechos de propiedad sobre los usuarios de dichos derechos están exentas, en determinadas circunstancias y, por lo tanto, no entran inicialmente en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 ([90]).

(215) HB ha aducido que la cláusula de exclusividad de sus acuerdos sobre arcones es similar a las restricciones autorizadas, por ejemplo, en el artículo 2 del Reglamento (CE) nº 240/96, y en particular a las relacionadas en el punto 8 del apartado 1 y en el punto 2 del apartado 1 de dicho artículo; se trata de cláusulas que autorizan restricciones a «ámbitos técnicos de aplicación» y restricciones a la concesión de sublicencias. Dicha analogía adolece de los siguientes defectos:

(216) En primer lugar, una restricción aplicable a un «ámbito de utilización» se referiría a la utilización del arcón para almacenar helado en lugar de otras categorías de productos; sin embargo, la cláusula de exclusividad de los acuerdos sobre arcones de HB impide la utilización del arcón para almacenar productos semejantes de otros fabricantes. Incluso cuando la restricción a un «ámbito de aplicación» pudiera considerarse similar a la cláusula de exclusividad de los acuerdos sobre arcones de HB, el artículo 2 del Reglamento (CE) nº 240/96 no excluye la posibilidad de que estas imposiciones puedan restringir la competencia en determinadas circunstancias, como ocurre en este caso.

(217) En segundo lugar, el presente procedimiento no vulnera el derecho de HB, en su calidad de propietario del bien, a denegar a terceros, que no sean el minorista a quien se ha suministrado el arcón, la utilización de éste. Al contrario, se propone permitir que el minorista ejerza su libertad comercial

([86]) Este problema se trata más detalladamente en la valoración relativa al artículo 86.
([87]) Asunto 44/79, Hauer, Rec. 1979, p. 3727, apartado 18.
([88]) DO L 173 de 30.6.1983, p. 5.
([89]) DO L 31 de 9.2.1996, p. 2.
([90]) Véase igualmente la Decisión 89/491/CEE de la Comisión, Aalsmeer Bloemenveilingen (DO L 262 de 22.9.1988, p. 27).

pudiendo decidir qué productos desea poner en venta en su tienda. El presente procedimiento se refiere a las cláusulas contractuales que regulan las condiciones en las que el minorista puede utilizar el bien que su propietario ha puesto a su disposición mediante el pago de un arrendamiento.

(218) HB ha alegado también que tendría que hacer frente a una considerable merma competitiva si los competidores pudieran, induciendo a los minoristas a usar los arcones que HB suministra, ahorrarse los costes a que de otro modo deberían hacer frente si tuvieran que suministrar sus propios arcones en el punto de venta. HB aduce así que los demás fabricantes se beneficiarían de su inversión.

(219) Con respecto a este argumento, no se debe olvidar que, en último término, son los minoristas —y no HB— quienes pagan por el suministro del arcón. También cabe señalar que no es necesario que haya relación objetiva entre la cláusula de exclusividad de los acuerdos sobre arcones de HB y las disposiciones para la recuperación de su inversión en dichos arcones. La inclusión de este elemento de coste en el precio del helado cargado a los minoristas es una opción de HB por sus propias razones comerciales. Se podrían concebir otras formas de recuperar la inversión en arcones que impidieran que el minorista repercutiera dicho coste sobre los consumidores exclusivamente a través del precio que cobra por los productos de HB. En particular, la aplicación del apartado 1 del artículo 85 a la cláusula de exclusividad de los acuerdos sobre arcones de HB no impide que HB cobre al minorista una renta por el suministro del arcón que baste para cubrir el coste completo de dicha inversión. Aunque HB asegura que el cobro de dicha renta implicaría la adición de los costes de transacción correspondientes a la administración y cobro de alquileres, esta circunstancia no puede ser excesivamente onerosa para HB, dado que la empresa ya tiene que ocuparse de facturar a sus clientes en concepto del propio helado y de cobrar los pagos de tales clientes.

(220) En este contexto, como se expone en el apartado 230, HB aduce que si introduce otro sistema de alquiler, ello implicará unos costes considerables, puede no resultar atractivo para los minoristas y constituirá un incentivo para que los minoristas recurran a los competidores de HB para el suministro de arcones sin costes. La Comisión sólo puede dar a este punto la respuesta que se expone en el apartado 231.

B. APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 85

(221) Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 no puede, con arreglo al apartado 3 del artículo 85, declararse inaplicable a los acuerdos sobre arcones concluidos entre HB y los minoristas para puntos de venta que sólo dispongan de uno o más arcones de HB, por las razones que se exponen a continuación.

1. *Mejor distribución de los productos*

(222) Las mejoras en la distribución que pueden reportar los acuerdos sobre arcones de HB que cumplen las condiciones establecidas en el apartado 1 del artículo 85 (ver considerando 203) deben contrapesarse con su efecto restrictivo, y en particular con sus forma de limitar el acceso, en el mercado de referencia, al nivel de los minoristas y, en último término, de los consumidores.

(223) Este efecto restrictivo de la parte determinada de la red de acuerdos sobre arcones de HB es análogo en gran medida al producido por las obligaciones de compra exclusiva. En el considerando nº 5 del Reglamento (CEE) nº 1984/83 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, se afirma que las obligaciones de compra exclusiva «tienen generalmente como resultado una mejora de la distribución» y «permiten que el proveedor planifique la venta de sus productos de modo más exacto y con mayor antelación, y garantizan al revendedor un abastecimiento regular durante la vigencia del acuerdo (. . .) las empresas interesadas pueden limitar así las posibles fluctuaciones del mercado y reducir los costes de distribución».

(224) Los acuerdos sobre arcones de HB pueden garantizar algunos o todos los beneficios expuestos en el considerando nº 5 del Reglamento (CEE) nº 1984/83 para la propia HB y para los minoristas con quienes haya celebrado dichos acuerdos. Sin embargo, el hecho de que dichos acuerdos puedan resultar beneficiosos para sus partes no basta para mejorar la distribución en el sentido del apartado 3 del artículo 85, sino que deben producir ventajas objetivas apreciables en bien del interés público suficientes para compensar las desventajas que causen en el ámbito de la competencia [91].

[91] Asuntos acumulados 56 y 58/64, Consten/Grundig, Rec. 1996, p. 299, apartado 348; véase también asunto T-7/93, Langnese, apartado 180.

(225) Un beneficio objetivo que la cláusula de exclusividad de los acuerdos sobre arcones de HB puede reportar al público en general es una intensificación de la competencia entre marcas [considerando nº 6 del Reglamento (CEE) nº 1984/83]. Es obvio que los acuerdos sobre arcones refuerzan considerablemente la posición de HB con respecto a los competidores actuales y potenciales. Sin embargo, un refuerzo de una empresa tan importante en el mercado como HB no propicia una mayor competencia, sino que la reduce, porque la red de los acuerdos de dicha empresa constituye un obstáculo difícil de salvar para los competidores que desean entrar en el mercado, así como una traba a la expansión en el mercado de los competidores presentes en él.

(226) En esta situación, HB ha destacado la importancia de la mercadotecnia en la venta de productos con marca; la cláusula de exclusividad permite a HB comercializar conjuntamente su cartera de marcas, en una muestra unificada o «bloque corporativo», en el que las marcas se dan credibilidad mutuamente, así como sacar partido de su visibilidad a distancia y de su colocación prominente en el punto de venta. HB ha señalado que la exhaustividad de su gama supone que un arcón de HB satisfará por lo general la demanda del consumidor de diferentes tipos de helados de consumo impulsivo. Siempre según la empresa, en ausencia de exclusividad podría ocurrir que se desplazase parte de su oferta (especialmente los «productos de consumo impulsivo más baratos y de menos margen»). Estas ventajas para HB refuerzan claramente su posición en el mercado y, en las tiendas que sólo cuentan con arcones de HB —y muy especialmente si sólo existe un arcón—, incrementan las barreras al acceso y a la expansión en dicho mercado descrita en el análisis del apartado 1 del artículo 85.

(227) La gran disponibilidad de arcones suministrados a los minoristas para la venta de productos de heladería de consumo impulsivo, que cubren la totalidad del mercado geográfico, debida en gran parte a la red de arcones de HB, puede considerarse una ventaja objetiva (en la distribución de los productos) de interés público. A este respecto, HB aduce que no puede presuponerse que le siguiera resultando rentable suministrar arcones a todos los puntos de venta actuales si debiera renunciar a la cláusula de exclusividad. HB ha afirmado que, si dejara de suministrar arcones a algunos de los minoristas, es probable que varios de ellos dejaran de vender cualquier tipo de helado de consumo impulsivo, ya que no podrían hacer frente a la inversión necesaria para la instalación de sus propios arcones.

(228) En relación con este argumento, debe señalarse que es poco probable que HB optara por dejar de suministrar arcones —independientemente de las condiciones de suministro— más que a un número muy reducido de minoristas. La situación comercial de una empresa como HB, que desea conservar su posición de fuerza en el mercado, le empuja a estar presente en cuantos puntos de venta pueda, incluso cuando el volumen de negocios de algunos de ellos no sea demasiado elevado, ya que la disponibilidad y la accesibilidad son capitales para los productos de consumo impulsivo. La necesidad de contar con unas ventas y unos beneficios asegurados constituyen un incentivo suficiente para que un proveedor de helados, y especialmente para el que tenga una gama de productos y una cuota de mercado tan importantes como la de HB, continúe garantizando que las tiendas minoristas pueden seguir almacenando sus productos para la venta al consumidor. Además, en caso de que los arcones no estuvieran sujetos a exclusividad, sería de esperar que los productos almacenados en dichos arcones reflejaran las diferentes cuotas de mercado de los diversos fabricantes en el mercado de referencia. Por consiguiente, HB podría esperar, gracias exclusivamente a la importancia de los productos que ofrece, seguir manteniendo una cuota considerable de ventas en dichos comercios. Es poco probable, por lo tanto, que HB corra el riesgo de perder estas ventas por dejar de suministrar arcones a dichas tiendas que de lo contrario optarían por no almacenar ningún helado. Sea como fuere, HB sigue una línea consistente en no suministrar arcones a los minoristas que no cumplan determinados criterios financieros y comerciales que garanticen una mínima rentabilidad a sus inversiones (considerando 62), lo que hace que las tiendas más pequeñas no suelan disponer de arcones de dicha empresa. A este respecto, debe asimismo observarse que la mayoría de los arcones que HB ha eliminado últimamente correspondían a puntos de venta de baja facturación (considerando 73).

(229) HB alega que, si careciera de la posibilidad de imponer la exclusividad sobre los arcones que suministra, la competencia le perjudicaría en comparación con los proveedores que no suministran congeladores ya que estos otros fabricantes de helados podrían ofrecer condiciones preferentes a los minoristas, al no tener que hacer frente al coste del arcón. HB llega a la conclusión de que su reacción natural sería la de dejar de suministrar arcones a los minoristas. En relación con este argumento, debe recordarse que el hecho de que se aplique el apartado 1 del artículo 85 (cuando no sea aplicable el apartado 3 de dicho artículo) a la cláusula de exclusividad de los acuerdos sobre arcones de HB, no impide a dicha empresa recuperar por cualquier otro método la inversión que ha realizado en los arcones. Estos métodos no implican necesariamente que los demás proveedores de helados se beneficien de la inversión de HB (considerandos 218 y 219).

(230) HB sigue argumentando que, si introduce otro sistema de alquiler, no tiene la certidumbre de que los minoristas seguirán decidiendo aceptar arcones de HB. En apoyo de este argumento, HB indica el fracaso del programa de compraventa a plazos que introdujo en 1995, que no logró suscitar el interés de los minoristas, la cifra generalmente baja de arcones propiedad de los minoristas o arrendados por estos en el mercado, y el bajo nivel de interés de los minoristas por comprar o alquilar sus propios arcones que se desprende del estudio de Rosslyn. En estas circunstancias, según HB, los minoristas se mostrarán más inclinados a recurrir a otros proveedores de helados, que podrán seguir suministrando arcones sujetos a exclusividad, lo cual excluirá a HB de muchos de estos puntos de venta.

(231) En relación con este argumento, debe indicarse que el fracaso del programa de compraventa a plazos introducido por HB en 1995 no se debe únicamente a la falta de interés de los minoristas en poseer o arrendar arcones propios; al contrario, según el estudio de Lansdowne (considerando 100), la razón fue la satisfacción con los acuerdos actuales; la experiencia ha demostrado que los minoristas, ante la posibilidad de aceptar un arcón de HB sin costes o adquirir uno a plazos, han elegido invariablemente la primera opción. Esto no quiere decir que, en ausencia de la exclusividad de arcones, los minoristas no seguirían almacenando helados: según el estudio de B&A, más del [. . .] % de los minoristas se manifestaron dispuestos a seguir haciéndolo en tales circunstancias hipotéticas, y muchos optarían por arrendar o adquirir un arcón propio para ello (considerando 120). En relación con la afirmación de HB de que los minoristas recurrirán a los competidores de HB para el suministro de arcones sin costes, y sujetos a exclusividad, sólo puede argumentarse que si los minoristas hicieran esto en tal medida que tales redes de arcones exclusivos (y cuando éstos sean los únicos arcones presentes en los puntos de venta) contribuyeran significativamente a cerrar la entrada en el mercado de referencia, en tal caso las partes de referencia de dichas redes contravendrían igualmente el apartado 1 del artículo 85.

(232) No obstante, no puede descartarse que HB decida dejar de suministrar arcones a un limitado número de tiendas, por ejemplo aquellas que dejan de cumplir determinadas condiciones relativas a la venta de helados de HB o por criterios de distancia de un almacén de HB. No es necesariamente cierto que estos minoristas cesen por ello de almacenar helados de consumo impulsivo; pueden adquirir o arrendar un arcón propio, y otro proveedor puede poner un arcón a su disposición. Los fabricantes de helado de la competencia pueden también seguir una política de suministro de arcones a puntos de venta que generan en helados de consumo impulsivo una facturación menor que la exigida por HB, en unas condiciones más atrayentes de lo que el minorista puede esperar por sí solo.

(233) Incluso aunque dichos competidores no estén dispuestos a ceder arcones a los puntos de venta de los que HB ha retirado los suyos, sigue existiendo la posibilidad de que la función de distribución sea asumida por minoristas independientes, que obtendrían suministros de varias procedencias y los distribuirían a los puntos de venta que los requirieran. El hecho de que en la actualidad no exista este tipo de minoristas independientes se debe en parte a las cláusulas de exclusividad de los acuerdos sobre arcones habituales en el sector, unido a la política del proveedor principal (HB) de suministrar directamente a prácticamente todos los puntos de venta. De no existir la exclusividad de arcones, no es probable que la oferta de helados a los consumidores se viera por ello afectada de forma muy significativa.

(234) La posible ligera reducción en el número de puntos de venta que almacenan helados de consumo impulsivo en el mercado geográfico de referencia que podría deberse a la desaparición de la cláusula de exclusividad de los acuerdos sobre arcones de HB, concluidos con tiendas que sólo tienen arcones de HB, debería contraponerse a los efectos restrictivos de dichos acuerdos. En esta comparación, la ventaja que supone el hecho de que un número reducido de tiendas sólo sigan vendiendo helados de consumo impulsivo si se mantiene la cláusula de exclusividad de los acuerdos sobre arcones de HB, no basta para compensar las desventajas provocadas por la restricción de la competencia que dichos acuerdos causan globalmente.

(235) A este respecto, se debe hacer referencia al programa de compraventa a plazos introducido por HB en 1995. Se esperaba que este programa serviría de incentivo para que los minoristas adquiriesen arcones propios, con el consiguiente cambio estructural en el mercado, que a su vez reduciría el efecto restrictivo de la red de HB a una medida en que sus beneficios para la distribución compensarían los efectos restrictivos. Estas expectativas han resultado injustificadas (considerando 71).

(236) HB ha alegado también que sus acuerdos de distribución han aportado ventajas de planificación, logísticas y de distribución; aduce que agilizan la planificación de las entregas y el ritmo del suministro; los acuerdos mejoran la distribución debido a que el volumen de las entregas a los arcones que almacenan exclusivamente sus productos es mayor de lo que sería de no regir la cláusula de exclusividad y a que una alta densidad de arcones de HB también contribuye a mejorar este rendimiento. Como se ha indicado anteriormente (considerando 224), el hecho de que los acuerdos sobre arcones puedan resultar beneficiosos para HB e incluso para los minoristas no basta para que pueda considerarse una mejora de la distribución a efectos del apartado 3 del artículo 85; sólo se puede considerar que dichos acuerdos suponen una mejora cuando se puede demostrar que sus ventajas son objetivas. A este respecto, es obvio que el actual sistema de distribución utilizado por HB puede resultarle beneficioso a ella y a los minoristas, en términos de eficacia. También cabe añadir que los acuerdos de exclusividad de HB tienen por efecto restar eficacia a los demás proveedores al obligarles en realidad a competir no sólo en el suministro de helados sino también en el suministro de arcones a los minoristas en condiciones interesantes. Todo ello provoca un refuerzo de la posición de HB en el mercado de referencia, al consolidar un obstáculo a la entrada en dicho mercado o a su expansión en él. Por consiguiente, cualquier ventaja derivada de dichos acuerdos se verá claramente anulada por los inconvenientes que provocan al restringir la competencia.

(237) La evaluación de las ventajas derivadas de la red de arcones de HB debe asimismo tener en cuenta las economías de escala que genera en la adquisición y mantenimiento de los arcones (considerando 63). HB ha alegado que estas economías de escala contribuyen a la mejora de la distribución de los productos a efectos del apartado 3 del artículo 85. A este respecto, hay que reconocer que los acuerdos de exclusividad constituyen de hecho un incentivo para que un fabricante instale una gran cantidad de arcones, reduciendo así los costes de adquisición y mantenimiento. Sin embargo, debe destacarse que la exclusividad no es una condición necesaria para la obtención de dichas economías de escala; no hay razón para que estas economías de escala en arcones no sigan lográndose sin cláusula de exclusividad alguna.

(238) Aunque se acepta que el suministro de arcones a minoristas por parte de proveedores de helados mejora en conjunto la distribución de helados de consumo impulsivo, entre otras cosas eliminando la necesidad de que los minoristas se preocupen de requisitos de capital o de las molestias que supone la adquisición y mantenimiento de arcones, de todo lo expuesto en el considerando anterior puede deducirse que estas ventajas podrían lograrse igualmente en ausencia del requisito de exclusividad. Tampoco puede afirmarse que la red de HB produzca únicamente ventajas para la distribución de cara a los minoristas. Como se expone en el considerando 199, la red también implica desventajas, al contrbuir sustancialmente a limitar la capacidad de los minoristas de escoger los productos que desean poner a la venta, así como al crear ineficiencias espaciales en sus puntos de venta.

2. *Reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio*

(239) En las tiendas que sólo tienen arcones de HB, la libertad de los minoristas para almacenar y poner a la venta helados de la competencia está restringida. La parte de la red de arcones de HB corres-

pondiente a los arcones instalados en dichas tiendas restringe por consiguiente la selección de helados puestos a la disposición del consumidor, puesto que tan sólo se exponen los helados de HB en dichas tiendas. Aunque haya otro punto de venta que ofrezca la gama de productos de otro fabricante en el mismo barrio, la alternativa que representa no es equivalente a la gama de productos que se podrían ofrecer en una sola tienda ya que por lo general los consumidores de helados de consumo impulsivo no se desplazan para efectuar sus compras ni posponen una decisión de compra. Sea como fuere, esta posibilidad no existirá casi nunca. Además, a un consumidor que desea adquirir productos de diferentes gamas le resultará incómodo tener que dirigirse a diferentes puntos de venta para hacerlo. No se tomará este tipo de molestias para comprar helados de consumo impulsivo. Debido a la restricción de las opciones, no se puede considerar que los consumidores participen del supuesto beneficio que puedan reportar los acuerdos. Por otra parte, es probable que la restricción de competencia entre marcas derivada de la red de HB debilite también la competencia de precios entre proveedores, en detrimento de los consumidores (considerando 198).

(240) Por cuanto hace a las economías de escala en la adquisición y mantenimiento de arcones y en la eficiencia de la distribución (véanse los considerandos 222 y siguientes), facilitadas supuestamente por la cláusula de exclusividad de los acuerdos sobre arcones de HB, debe observarse que, dada la potencia económica de HB, que le permite impedir el mantenimiento de una competencia real (véanse los apartados 255 y siguientes), no hay garantías de que estos beneficios reviertan en la práctica en los consumidores.

3. ***Indispensabilidad***

(241) La condición de exclusividad recogida en la parte de referencia de la red de acuerdos sobre arcones de HB sólo puede calificarse de indispensable para conseguir cualquiera de los supuestos beneficios si constituye el medio menos restrictivo de hacerlo. HB no ha presentado ninguna razón que justifique que las supuestas ventajas objetivas, que llevarían a la mejora general de la producción y distribución en beneficio, entre otros, de los consumidores, no puedan alcanzarse con igual efectividad eliminando la exclusividad en favor de los productos de HB, y «liberando» así el suministro de arcones y de helados de la forma descrita en el considerando 219.

4. ***Posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos***

(242) En este apartado deben estudiarse las trabas a la entrada en el mercado de referencia, así como el efecto que dichas trabas pueden tener sobre las relaciones de competencia que se dan en el interior de dicho mercado, tratadas pormenorizadamente en los considerandos 130 y siguientes. A partir de tal análisis, puede concluirse que toda la red de acuerdos sobre arcones de HB en general, y, en particular, la parte de dicha red relativa a los arcones instalados en puntos de venta que sólo disponen de arcones de HB, constituye una importante barrera a la entrada en el mercado o a la expansión en el mismo. A su vez, esta barrera redunda en un deterioro de la competencia entre proveedores competidores en el mercado. Como tal, y especialmente en combinación con la fuerza de la posición de HB en el mercado de referencia, contribuye sustancialmente a eliminar la competencia en dicho mercado.

(243) Esta eliminación de la competencia queda patente si se observa la enorme proporción de tiendas de minoristas en el mercado de referencia que actualmente sólo pueden poner a la venta los productos de heladería de consumo impulsivo de HB, como resultado de la cláusula de exclusividad en la parte de referencia de la red de HB de acuerdos sobre arcones: aproximadamente el 40 % de todos los puntos de venta en el mercado de referencia pertenecen a esta categoría, lo que corresponde aproximadamente al 40 % de las ventas totales de helados de consumo impulsivo en el mercado de referencia (considerandos 156 y 184).

(244) La posición dominante de HB en el mercado de referencia, que se trata más adelante, le permite impedir el mantenimiento de una competencia real en dicho mercado. Por ello debe considerarse una traba capital a la competencia en el mercado. La imagen de marca de los productos de heladería de consumo impulsivo de HB, labrada a lo largo de muchos años, representa asimismo un impedimento fundamental para la estructura de la competencia en el mercado de referencia.

(245) Las consideraciones económicas que se acaban de exponer revelan que la competencia en el mercado de referencia se ve gravemente restringida, como ilustra el hecho de que hace mucho tiempo que no se produce un cambio esencial en la estructura competitiva del mercado, que sigue estando dominado por un proveedor que se ha procurado una estable cuota de cuatro quintos del mercado en la zona; el resto del mercado es ocupado por varios

proveedores pequeños, algunos de los cuales pueden cambiar. Los acuerdos sobre arcones de HB han contribuido a garantizar que se perpetúe esta inercia estructural. Estos acuerdos, y en especial los concluidos con puntos de venta que sólo cuentan con arcones de HB, dan a esta empresa la posibilidad de eliminar la competencia con respecto a una parte considerable de los productos en cuestión, de suerte que no puede acogerse a la exención contemplada en el apartado 3 del artículo 85.

(246) En opinión de la Comisión, el programa de compraventa a plazos de arcones introducido en 1995 por HB como uno de los elementos de revisión de sus acuerdos de distribución (considerandos 69 y siguientes) parecía en principio ofrecer, unido al resto de los cambios introducidos al mismo tiempo, una posibilidad de cambio estructural de gran alcance en el mercado. HB expresó su convencimiento de que el programa constituiría un incentivo para que los minoristas adquiriesen arcones propios, a causa de las interesantes condiciones. Así, se esperaba que el programa redujese la restricción de la competencia hasta un grado en el cual no pudiera seguir considerándose que el suministro residual de arcones de HB con exclusividad tenía el efecto de eliminar sustancialmente la competencia en el mercado de referencia. Sin embago, este resultado no se ha materializado.

5. ***Conclusión***

(247) Por consiguiente, los acuerdos sobre arcones de HB no pueden acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85. En consecuencia, es necesario rechazar la correspondiente solicitud de HB; en particular, debe observarse que las distintas modificaciones que HB introdujo en sus acuerdos de distribución (considerandos 69 a 73) al objeto de que los acuerdos pudieran acogerse a una exención con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85, no han resultado ser suficientes —en contra de la primera opinión de la Comisión— para desencadenar los cambios estructurales que habrían hecho posible la concesión de una exención. Se mencionan explícitamente varios aspectos de estos cambios en los considerandos 228, 230, 231, 235 y 246. Por tanto, la Comisión no puede mantener la «postura favorable» que se proponía tomar en la publicación efectuada el 15 de agosto de 1995 de conformidad con el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17 (nota 6 a pie de página).

(248) HB arguye que la negativa de la Comisión a adoptar una decisión de exención constituye una quiebra de sus expectativas legítimas. A este respecto, HB afirma que «llegó a un acuerdo con la Comisión», y que ha «cumplido enteramente su parte del trato, lo que le ha supuesto costes comerciales». HB prosigue diciendo que la Comisión se ha «vuelto atrás en su postura favorable» a la vista del «fracaso de uno de los elementos del trato en atraer el interés de los minoristas (es decir, el fracaso del elemento de compraventa a plazos)». HB señala que la razón de este fracaso es «completamente ajena al control de HB».

(249) Al argumentar la quiebra de sus expectativas legítimas, HB trata de fundarse en la indicación de la Comisión de que las propuestas de HB habían sido consideradas, en una primera valoración, capaces de producir efectos que situarían a los acuerdos de distribución de HB en condiciones de acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85. Esta opinión provisional se expresó en una nota de prensa emitida tras la notificación de HB y, posteriormente, fue publicada en el Diario Oficial con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17. En consecuencia, calificar el resultado de las reuniones entre la Comisión y HB de «trato» o «acuerdo» por el cual la Comisión renunciaba a la posibilidad de decantarse por una decisión de prohibición es completamente erróneo. Huelga decir que la Comisión no puede en ningún caso llegar al acuerdo de desistir de la aplicación de normas objetivas. Como se acaba de exponer, ninguna de las indicaciones preliminares de la Comisión puede dar pie a expectativas legítimas que puedan invalidar una medida posterior de la Comisión que entre en conflicto con tales indicaciones preliminares. La nota de prensa se refirió explícitamente a la naturaleza provisional de la evaluación de la Comisión. Una comunicación con arreglo al apartado 3 del artículo 19 solo puede, por definición, contener un anuncio de las primeras intenciones de la Comisión; el objeto de tal publicación es instar a cualesquiera terceros interesados a presentar sus observaciones antes de la adopción de una posición definitiva.

(250) Como ya se ha mencionado (considerandos 235 y 246), la evaluación preliminar de la Comisión se basó en la expectativa de que los acuerdos revisados de distribución, tendentes a aumentar la adquisición de arcones propios por parte de los minoristas, llevarían a una reducción sustancial del efecto de cierre producido por los acuerdos sobre arcones de HB. El hecho de que esta expectativa no se haya visto materializada no puede atribuirse a que HB no aplicase los cambios propuestos, sino

a que tales cambios no produjeron los efectos en términos de locales abiertos previstos por la empresa.

(251) HB se muestra especialmente crítica ante el hecho de que la evaluación de la Comisión se base en el fracaso de sólo uno de los elementos de los acuerdos revisados: el programa de compraventa a plazos. A este respecto, debe responderse que el programa de compraventa a plazos no se limitaba a ser uno de los elementos de los nuevos acuerdos, sino que era su aspecto fundamental, a la vez que el factor de lanzamiento esencial de la evolución prevista hacia el aumento de arcones propiedad de los minoristas. Por tanto, su fracaso en atraer la atención de los minoristas implica inevitablemente la no materialización de los efectos deseados. HB critica asimismo a la Comisión por haber llegado a una conclusión prematura en torno a una medida prevista para tener efectos a largo plazo. En relación con esto, sólo puede decirse que, en el momento en que la Comisión publicó el pliego de cargos, en enero de 1997, el programa ya llevaba dos temporadas de helados en marcha. Dado que ni un solo minorista había decidido hacerse con un arcón aprovechando el programa en todo ese tiempo, era lógico asumir que no iba a tener efecto a largo plazo.

(252) Tras la indicación de la Comisión a HB de que no parecían cumplirse ya las condiciones necesarias para la concesión de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85, HB elaboró nuevas propuestas, concebidas aparentemente para garantizar el resultado deseado de la introducción del programa de compraventa a plazos, y las presentó a la Comisión en junio de 1996. Tales propuestas pueden resumirse como sigue: i) se limitaría a cinco años la cláusula de exclusividad para dos tipos de arcones más pequeños suministrados por HB a los minoristas; ii) al final del período de cinco años, el minorista tendría «la posibilidad de quedarse con el arcón, sin vinculaciones de ningún tipo, para darle la utilización que desee»; iii) tras un intervalo de doce meses, los puntos de venta que instalasen estos arcones podrían acogerse a la suma a tanto alzado establecida en el sistema de precios duales.

(253) La Comisión considera que estas propuestas no harían que los acuerdos de distribución de HB pudieran acogerse a una exención, principalmente por las razones siguientes: i) la oferta se limitaría a dos tipos de arcones pequeños y, más esencialmente, la decisión de qué puntos de venta que podrían beneficiarse de esta oferta estaría en manos de HB y no del minorista, como es el caso en virtud del actual programa de compraventa a plazos; ii) no habría posibilidad de aplicar el programa retroactivamente, y por tanto sus primeros efectos se dejarían sentir, como mínimo, cinco años después de su introducción; iii) no existirían garantías de que el arcón no fuera sustituido por uno sujeto a exclusividad dentro del período de cinco años o poco después, lo que perpetuaría la exclusividad en favor de HB.

(254) En opinión de HB, la Comisión no ha considerado seriamente estas nuevas propuestas, y el pliego de cargos debería haber contenido una valoración de las mismas. La Comisión no está de acuerdo. Las razones por las que las nuevas propuestas no alteran la opinión de la Comisión en cuanto a la posibilidad de conceder una exención a los acuerdos de distribución de HB, como se acaba de exponer, fueron detalladas en una carta enviada a Unilever varias semanas después de recibir las propuestas. Se trata de una respuesta administrativa adecuada a propuestas que una empresa presenta con el objeto de obtener una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85. Dado que las propuestas no se materializaron, no resultaba necesario considerarlas en el pliego de cargos. Además, la Comisión reiteró su postura en relación con las propuestas en la audiencia oral celebrada en junio de 1997.

C. ARTÍCULO 86

1. *Posición dominante*

i) **Mercado de referencia**

(255) El mercado de referencia en que debe determinarse la posición de HB es el del helado de consumo impulsivo con envoltorio individual en Irlanda. No hay motivo (tampoco HB ha adelantado ninguno al respecto) para considerar que los mercados geográficos y de producto difieren de los que fijó la Comisión en la valoración que realizó con arreglo al artículo 85 (considerandos 120 y siguientes). Irlanda constituye una parte sustancial del mercado común a efectos del artículo 86.

ii) **Fuerza económica**

(256) El Tribunal de Justicia ha afirmado [92] que la posición dominante a que hace referencia el artículo 86 consiste en una posición de fuerza económica de que disfruta una empresa, lo que le permite impedir una competencia real en el mercado de referencia, al darle la capacidad de comportarse con gran independencia de sus competidores, de sus clientes y, en último término, de sus consumidores.

(257) La existencia de una posición dominante puede derivarse de una combinación de factores que, considerados por separado, no son necesariamente concluyentes pero que, sumados a otros, permiten determinar su presencia; entre ellos figura la existencia de una importante cuota de mercado.

(258) Las grandes cuotas de mercado son por sí mismas, salvo en circunstancias excepcionales, indicios de una posición dominante [93]. El Tribunal de Justicia, en el Asunto Akzo [94], afirmó que, en circunstancias normales, una cuota de mercado del 50 % basta para inferir una posición dominante. En el asunto Hilti [95], el Tribunal de Primera Instancia afirmó: «En el caso de autos se ha demostrado que Hilti tiene en el mercado de referencia una cuota de entre un 70 % y el 80 %. Tal cuota constituye, en sí misma, un claro indicio de la existencia de posición dominante en el mercado de que se trata».

(259) Durante mucho tiempo, HB ha poseído una cuota en volumen y en valor superior al 75 % del mercado de referencia (véase el considerando 27). Debido a su volumen de producción y a la importancia de sus suministros, esta empresa disfruta de una posición de gran fuerza económica. Para muchos de los minoristas que almacenan helados de HB, los competidores de ésta no constituyen fuentes alternativas de suministro válidas habida cuenta de la gama y popularidad de los productos de HB. Por este motivo, los competidores no estarían en condiciones de satisfacer eficazmente la demanda de dichos minoristas. En la práctica, HB constituye un socio inevitable para la mayoría de los minoristas del mercado de referencia, como lo ilustra el hecho de que la inmensa mayoría de los minoristas optan por vender helados de HB, y muchos de ellos sólo de esta marca. La posición de fuerza de HB se ve ratificada tanto por las cuotas de mercado relativas de sus rivales como por sus gamas de productos, más limitadas [96]. Este hecho da a HB, al menos en un futuro inmediato, la libertad de acción [97] que caracteriza a una posición dominante [98]. La libertad de acción de HB se ve aún más ampliada por el hecho de que, en aproximadamente un 40 % de las tiendas de minoristas del mercado de referencia —lo cual corresponde a aproximadamente un 40 % de las ventas de helados de consumo impulsivo en tal mercado—, es el único proveedor de estos productos (considerando 159).

(260) Además de la amplísima cuota de mercado de HB, deben tenerse en cuenta otros factores que contribuyen a su fuerza económica. HB forma parte de un grupo multinacional de empresas que lleva muchos años produciendo y distribuyendo helados en todos los Estados miembros y en muchos otros países, en muchos de los cuales son líderes empresas de ese grupo. Por consiguiente, tiene acceso a conocimientos técnicos consolidados acerca de la producción y distribución de estos productos, que ha acumulado gracias a su experiencia en estos ámbitos; ningún otro operador en el mercado de referencia tiene semejante grado de conocimientos y de experiencia. Además, HB goza de una buena posición en el mercado contiguo de los alimentos congelados, y otras empresas del grupo Unilever ocupan posiciones similares en el mercado alimentario considerado en su conjunto, lo que les sitúa en una posición privilegiada en su comercio con las tiendas de ultramarinos, que son el canal de distribución más importante para el helado de consumo impulsivo en Irlanda (considerandos 39 y siguientes). Además, HB dispone de una completa gama de productos, en la que figuran la mayoría de las marcas líderes de helados de consumo impulsivo en el mercado de referencia, así como una red de distribución que le asegura una cobertura a escala nacional. También es obvio que, gracias a su enorme cuota de mercado, HB logra economías de escala en la distribución, de las que no se benefician por igual sus competidores.

(261) Teniendo en cuenta todos estos factores, puede concluirse que HB tiene una posición dominante en el mercado de helados de consumo impulsivo en Irlanda.

([92]) Asunto 27/76, United Brands y asunto 85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p. 461.

([93]) Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche, apartado 41.

([94]) Asunto C-62/86, AKZO, Rec. 1991, p. I-3439, apartado 60.

([95]) Asunto T-30/89, Hilti, Rec. 1991, p. II-1439, apartado 92 (confirmado por el Tribunal de Justicia tras apelación, asunto C-53/92-P, sentencia de 2 de marzo de 1994, Rec. 1994, p. I-667).

([96]) Asunto 27/76, United Brands.

([97]) La promoción de precios introducida por Mars en el verano de 1995 (nota 83 a pie de página) no fue respondida por ninguno de sus competidores.

([98]) Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche, apartado 41.

2. *Abuso de posición dominante*

i) **Concepto**

(262) El Tribunal de Justicia ha defindo un abuso de posición dominante como «. . . un concepto objetivo relacionado con el comportamiento de una empresa que cuenta con una posición dominante que le permite influir en la estructura de un mercado en el que, como resultado de la mera presencia de la empresa en cuestión, se reduce el grado de competencia y que, mediante el recurso a métodos diferentes de los que condicionan la competencia normal en materia de productos o servicios en función de las transacciones de los operadores comerciales, produce el efecto de entorpecer el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el crecimiento de la misma» ([99]). En particular, los pequeños competidores no deben ser víctimas de la actuación que la empresa dominante, gracias a su fuerza en el mercado, desarrolla al objeto de excluir del mismo a dichos competidores, ni de la práctica que produce este efecto excluyente.

ii) **Infracción**

(263) HB abusa de su posición dominante en el mercado de referencia, vulnerando el artículo 86, al inducir a los minoristas (tal y como son descritos en el considerando 266) que no tienen uno o más arcones propios o cedidos por otro fabricante de helados a concluir acuerdos sobre arcones que contienen una cláusula de exclusividad, proponiéndoles el suministro y mantenimiento de los arcones sin costes directos para el minorista.

(264) Dadas las dificultades que plantea convencer a los minoristas de que sustituyan los arcones o de que instalen más arcones en los puntos de venta (descritas con detalle en el epígrafe correspondiente al apartado 1 del artículo 85), la imposición de HB a los minoristas para que concluyan acuerdos en exclusiva sobre arcones, expuesta en el considerando anterior, produce el efecto de hacer que dichos minoristas se conviertan de hecho en vendedores exclusivos de los productos de heladería de consumo impulsivo de HB. Este hecho refuerza su posición dominante, y por ello supone una vulneración del artículo 86. Cualquier imposición de un proveedor dominante a un cliente para granjearse la exclusividad, de tal forma que impida durante largos períodos de tiempo a los proveedores de la competencia que entablen relaciones comerciales con dicho cliente, está prohibida por el artículo 86, como han confirmado en varias ocasiones el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia ([100]).

(265) Cuando, como en el presente caso, un operador económico ostenta una posición dominante en el mercado, el suministro exclusivo [independientemente de que sea el objeto o el efecto ([101]) de los acuerdos concluidos por tal operador] constituye un obstáculo intolerable a la entrada en el mercado, y restringe la estructura de competencia efectiva contemplada en la letra g) del artículo 3 del Tratado ([102]). Los acuerdos sobre arcones de HB concluidos con puntos de venta que sólo cuentan con uno o más arcones de HB, tienen por efecto eliminar la libertad de un considerable número de minoristas ([103]) (aproximadamente un 40 % de todos los puntos de venta del mercado de referencia, lo que corresponde aproximadamente al 40 % de las ventas de helados de consumo impulsivo en dicho mercado; véanse los considerandos 156 y 184) a la hora de almacenar y poner a la venta los helados de los proveedores de la competencia. En la práctica, estos minoristas, debido a los acuerdos, obtendrán todos los productos que requieran exclusivamente de HB. Por consiguiente, el acceso de los demás proveedores al mercado de referencia queda aún más obstaculizado. El efecto de un acuerdo en exclusiva sobre arcones es, en este caso, el mismo que podría tener cualquier otra medida adoptada por un proveedor en situación de posición dominante que impidiera a sus competidores entablar relaciones comerciales con dicho minorista ([104]). Aunque el concepto de abuso sea objetivo, cabe señalar que HB no sólo es consciente de dicho efecto de exclusividad sino que ha utilizado sus acuerdos sobre arcones para conseguirlo (considerandos 64 y siguientes).

(266) Al inducir a los minoristas a concederle la exclusividad en las circunstancias expuestas en el apar-

([99]) Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche, apartado 91.

([100]) Asuntos 85/76 Hoffmann-La Roche; C-62/86, AKZO; T-65/89, BPB y British Gypsum, Rec. 1993, p. II-389.

([101]) Asuntos 85/76, Hoffmann-La Roche, apartado 91; 322/81, Michelin, apartado 70.

([102]) Asuntos 85/76, Hoffmann-La Roche, apartado 89; T-65/89, BPB y BG, apartado 68; citado anteriormente.

([103]) En el asunto T-65/89, BPB y British Gypsum, apartado 68, el Tribunal declara que la conclusión de contratos de suministro exclusivo respecto a una proporción sustancial de adquisiciones constituye un obstáculo inaceptable a la entrada en el mercado en cuestión.

([104]) Asuntos 85/76, Hoffmann-La Roche, apartado 89; 322/81, Michelin, apartado 70; C-62/86, AKZO, apartado 149; T-65/89, BPB y British Gypsum; C-393/92, N.V. Energiebedrijf Ijsselmij, Rec. 1994, p. I-1477, apartado 44.

tado 263, HB utiliza un método diferente de los que suelen regir la competencia normal en los bienes de consumo. Esta práctica es atractiva para los minoristas —lo que la convierte en un incentivo— gracias a la comodidad que ofrece, especialmente porque HB también se ocupa del mantenimiento del arcón, y gracias a que evita a los minoristas cualquier preocupación relativa al capital, incluido el riesgo de este tipo de inversión. Además, ofrece a los minoristas un arcón cuyo coste incluye las economías de escala de HB en el suministro de este servicio, coste que ningún minorista podría conseguir si adquiriera un arcón propio. Sin embargo, limita la libertad del minorista de escoger proveedores por criterios de conveniencia de los productos que éstos ofrecen. La exclusividad resultante de esta actuación de HB no sólo afecta a los competidores de HB en el mercado de referencia, al dificultar la penetración en el mercado y la expansión en él, sino que es al mismo tiempo contraproducente para los intereses de los minoristas y, en último término, de los consumidores, toda vez que se impide a aquéllos ejercer su derecho a escoger los productos que pueden almacenar y a los últimos los productos que pueden comprar. Por consiguiente, HB abusa de su posición dominante en el sentido del artículo 86 ([105]).

(267) HB ha alegado que los acuerdos sobre arcones constituyen una práctica comercial habitual en el mercado analizado y, por lo tanto, no representan un abuso con arreglo al artículo 86. Puede ser cierto que la utilización de estos acuerdos constituya una práctica habitual en el mercado de referencia y que dichos contratos pueden ser ventajosos para ambos contratantes en el sentido de que el proveedor se asegura unas ventas mínimas mientras que el distribuidor puede contar con la garantía del suministro y con la ventaja de la instalación facilitada. Sin embargo, estas consideraciones, que serían admisibles en una situación de competencia normal de mercado, no pueden aceptarse sin reservas en el caso de un mercado en el que, precisamente debido a la posición dominante, el grado de competencia ya es reducido. Una empresa en una posición dominante tiene una responsabilidad especial en evitar que su comportamiento genere falseamientos de la competencia en el mercado común ([106]).

(268) Además, HB alega que una prohibición de sus acuerdos sobre arcones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 86 supondría condenarla a ir en contra de sus propios intereses y penalizarla por el mero hecho tener una posición dominante. Señala que el Tribunal de Primera Instancia ha dejado claro que el mero hecho de que una empresa en posición dominante celebre acuerdos que restrinjan la competencia no constituye de por sí un abuso con arreglo al artículo 86 ([107]). A este respecto, cabe señalar, a efectos de la aplicación del artículo 86, que a la hora de demostrar la existencia de un abuso de posición dominante deben tenerse en cuenta las circunstancias en que se celebran los acuerdos y, en particular, sus efectos sobre la estructura de la competencia en el mercado de referencia, tal y como se ha realizado en los considerandos 264 a 266.

(269) HB ha aducido que la cláusula de exclusividad en sus acuerdos sobre arcones queda justificada por su intención de impedir que otros proveedores puedan utilizar su propiedad. En este sentido, HB considera que la normativa comunitaria, excepcionalmente, podría considerar abusivos aspectos de los derechos de propiedad, como las cláusulas contractuales, en circunstancias en que pudieran considerarse «desleales» o «no razonables» ([108]). No obstante, HB afirma que los términos usuales de sus acuerdos sobre arcones, incluida la cláusula de exclusividad, no pueden considerarse «desleales».

(270) Además de los argumentos anteriores sobre el ejercicio del derecho de propiedad en el contexto del artículo 85 (considerandos 211 a 220), cabe señalar que los minoristas pagan un alquiler, que está integrado en el precio del helado, en concepto de arrendamiento del equipo que HB pone a su disposición. En estas circunstancias, una cláusula de exclusividad adicional relativa a la utilización de la propiedad por el arrendatario no puede justificarse por la referencia a los derechos de propiedad. La exclusiva concedida sólo beneficia al proveedor, en perjuicio de la libertad de elección del minorista, y en este sentido puede considerarse desleal. HB usa su propiedad como medio de inducir a los minoristas a concederle la exclusi-

([105]) Asuntos 85/76, Hoffmann-La Roche, apartado 89; C-62/86, AKZO, apartado 149.

([106]) Asuntos 322/81, Michelin, apartado 57 y T-65/89, BPB y British Gypsum, apartado 67.

([107]) Asunto T-51/89, Tetra Pak, Rec. 1990, p. II-309, apartado 24.

([108]) Asunto 247/86, Alsatel, Rec. 1988, p. 5987, apartado 10.

vidad en la compra de productos, de forma tal que este uso constituye en sí mismo un abuso con arreglo al artículo 86 ([109]).

3. *Repercusión sobre el comercio entre Estados miembros*

(271) El abuso de HB de su posición dominante puede afectar al comercio entre Estados miembros del mismo modo expuesto en el epígrafe correspondiente al artículo 85 (considerando 201).

IV. ARTÍCULO 3 DEL REGLAMENTO Nº 17

(272) En respuesta a la solicitud de Mars y Valley y a la solicitud presentada por HB de declaración negativa o, en su defecto, de exención de sus acuerdos de distribución, la Comisión, por las razones expuestas anteriormente, considera, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 17, que en Irlanda y en lo referente a las porciones de helado individuales con envoltorio vendidas en tiendas minoristas:

a) la cláusula de exclusividad de los acuerdos sobre arcones de HB, concluidos con puntos de venta en los que sólo existen arcones suministrados por HB, constituye una infracción al apartado 1 del artículo 85; y

b) el hecho de que HB haya inducido a los minoristas que no tienen un arcón propio o cedido por un fabricante de helados que no sea HB a concluir acuerdos sobre arcones sujetos a una cláusula de exclusividad, ofreciéndoles el suministro de uno o varios arcones y su mantenimiento, sin coste directo para los minoristas, constituye una infracción al artículo 86.

(273) Los acuerdos sobre arcones mencionados en la anterior letra a) que contienen la cláusula de exclusividad siguen vigentes. HB sigue ofreciendo arcones en las condiciones mencionadas en la anterior letra b). Por consiguiente, la Comisión exige a HB, con arreglo al apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 17, que ponga fin a estas infracciones. Además, la Comisión exige a HB que informe a las partes con las que ha concluido los acuerdos mencionados en la letra a) de la nulidad de cada uno de los citados acuerdos, y de que el hecho de que HB les induzca a celebrar este tipo de contratos constituye, en estas circunstancias, un abuso de su posición dominante que conculca el artículo 86.

(274) HB ha expresado su opinión de que la Comisión, al continuar con el presente procedimiento, no actúa de acuerdo con el principio de subsidiariedad, que tiene su expresión concreta, en el ámbito de la legislación en materia de competencia, en la Comunicación de 13 de febrero de 1993 relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales ([110]). HB ha alegado que el presente caso, que concierne al mercado irlandés, se ha analizado detenidamente y ha sido objeto de una decisión del Tribunal Superior de Justicia irlandés (considerando 3), en la que se dictamina que no se habían infringido ni el artículo 85 ni el 86.

(275) La exclusividad en materia de arcones es una práctica contractual que aplica la mayor parte de los fabricantes de helados en toda la Comunidad. La legalidad de dicha práctica no sólo es puesta en entredicho por los dos denunciantes en este caso, sino también por Mars en una denuncia suplementaria relacionada con el mercado alemán. La exclusividad en materia de arcones en el mercado británico del helado de consumo impulsivo también ha sido recientemente objeto de un informe elaborado por el Comité de monopolios y fusiones ([111]). Por último, un fabricante alemán de helados ha notificado acuerdos estándar sobre arcones a la Comisión. La Comisión se ve obligada a adoptar una postura sobre dichas notificaciones. En estas circunstancias, es conveniente que la Comisión adopte una decisión para velar por la aplicación coherente de las normas comunitarias de competencia a las diferentes modalidades de exclusividad practicadas por los fabricantes de helados en toda la Comunidad.

(276) En su Comunicación de 13 de febrero de 1993 relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86, la Comisión afirma que por lo general el interés comunitario no justifica por sí solo el examen de un caso en que el denunciante puede asegurar una correcta protección de sus derechos ante los tribunales nacionales (al menos cuando se eleva ante ellos al mismo

([109]) A este respecto, véanse las Decisiones 88/589/CEE de la Comisión London-European/Sabena (DO L 317 de 24.11.1988, p. 47), y de 11 de junio de 1992, B&I/Sealink (pendiente de publicación), Informe de Competencia 1992, nº 219 y [1992] 5 C.M.L.R. 255.

([110]) DO C 39 de 13.2.1993, p. 6.

([111]) Informe sobre el suministro de helados de consumo inmediato en el Reino Unido, abril de 1994.

tiempo una denuncia, sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el Asunto T-24/90, «Automec II» ([112]). La Comisión desea centrar sus esfuerzos en los procedimientos que tengan especial importancia política, económica o jurídica para la Comunidad.

(277) Cuando un asunto tiene semejante importancia para la Comunidad, la Comisión puede adoptar iniciativas propias, aun cuando el asunto ya esté en manos de un tribunal nacional. Para tomar una decisión al respecto, la consideración de que el asunto tiene importancia para la Comunidad se antepone a la de que el denunciante pueda obtener una reparación de acuerdo con los procedimientos nacionales o de que ya se hayan iniciado los procedimientos.

(278) El presente caso sí reviste especial importancia política, económica y jurídica para la Comunidad, ya que plantea problemas fundamentales acerca de las prácticas comerciales que se dan en toda la Comunidad, no sólo en el mercado del helado, sino también (como señala la propia HB) en muchos otros mercados, en que los proveedores suministran equipo a los revendedores en relación con la venta de productos. Pertenece por lo tanto a la categoría de casos que la Comisión seguirá investigando por sí misma, aun cuando los tribunales nacionales ya hayan dictado sentencia al respecto.

(279) En su sentencia de 28 de mayo de 1992 (considerando 3), el Tribunal Superior irlandés se remite a las Decisiones de la Comisión de 25 de marzo de 1992 ([113]) accediendo a medidas provisionales. El Tribunal Superior también estudió la posibilidad de entrar en contacto con la Comisión, así como la de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 117 del Tratado. Ejerciendo su discrecionalidad en el asunto, el Tribunal Superior no juzgó necesaria ninguna de ambas opciones para dictar sentencia. No resulta contradictorio con los principios que rigen las competencias concurrentes de los órganos jurisdiccionales nacionales y de la Comisión en la aplicación del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 del Tratado, el que la Comisión adopte una decisión que difiera de una sentencia pronunciada por un tribunal nacional, siempre que el interés comunitario justifique dicho proceder. Como ya se ha indicado, en este caso dicho interés consiste principalmente en resolver problemas fundamentales acerca de las prácticas comerciales que se llevan a cabo en toda la Comunidad.

([112]) Rec. 1992, p. II-2223.

([113]) Decisiones en los asuntos acumulados IV/31.533 y IV/34.072 Schöller/Langnese-Iglo.

(280) En cuanto a la duda de HB relativa a la coexistencia de decisiones contradictorias, con la consiguiente inseguridad jurídica que se derivaría de ello, cabe indicar que es al Tribunal de Justicia a quien corresponde dar una interpretación definitiva de los artículos del Tratado que se aplican al caso. Cualquier decisión de la Comisión puede ser objeto de revisión judicial por parte del Tribunal de Primera Instancia y, en último término, sobre cuestiones de derecho, por parte del Tribunal de Justicia. Con arreglo al artículo 177 del Tratado, el Tribunal Supremo irlandés, ante el que se encuentra en trámite una apelación contra la decisión del Tribunal Superior, puede asimismo recabar del Tribunal de Justicia una decisión prejudicial,

HA ADOPTADO LA SIGUIENTE DECISIÓN:

Artículo 1

La cláusula de exclusividad contenida en los acuerdos sobre arcones concluidos entre Van den Bergh Foods Limited y varios minoristas de Irlanda, para la instalación de arcones en puntos de venta que sólo cuentan con uno o más arcones suministrados por Van den Bergh Foods Limited para el almacenamiento de porciones individuales con envoltorio de helado de consumo impulsivo, y que no tienen un arcón propio o suministrado por otro fabricante de helados distinto de Van den Bergh Foods Limited, constituye una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE.

Artículo 2

Se deniega la solicitud de exención presentada por Van den Bergh Foods Limited con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado respecto de la cláusula de exclusividad citada en el artículo 1.

Artículo 3

El hecho de que Van den Bergh Foods Limited haya inducido a los minoristas de Irlanda que no disponían de uno o varios arcones propios o cedidos por un fabricante de helados distinto de Van den Bergh Foods Limited, a concluir acuerdos sobre arcones supeditándolos a una cláusula de exclusividad y proponiendo el suministro y mantenimiento sin costes directos de uno o varios arcones para el almacenamiento de porciones individuales con envoltorio de helado de consumo impulsivo sin coste directo alguno, constituye una infracción del artículo 86 del Tratado CE.

Artículo 4

Se requiere a Van den Bergh Foods Limited a cesar inmediatamente en la comisión de la infracción mencionada en los artículos 1 y 3, y a abstenerse de tomar medida alguna que pudiera tener el mismo objeto o efecto.

Artículo 5

Se requiere a Van den Bergh Foods Limited para que, en el plazo de tres meses a partir de la fecha de notificación de la presente Decisión, informe a los minoristas con los que tiene acuerdos que conculquen el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE, como se expone en el artículo 1, del contenido completo de los artículos 1 y 3, y les notifique la nulidad de las cláusulas de exclusividad en cuestión.

Artículo 6

El destinatario de la presente Decisión será:

Van den Bergh Foods Limited
Whitehall Road
Rathfarnham
Dublín 14
Irlanda

Hecho en Bruselas, el 11 de marzo de 1998.

Por la Comisión
Karel VAN MIERT
Miembro de la Comisión