

# La relación entre fabricantes y distribuidores y el Derecho de la Competencia

Jesús Alfaro Águila-Real

Catedrático de Derecho Mercantil

Socio CMS-Albiñana & Suárez de Lezo

Desayuno de trabajo  
30 de octubre de 2009

**A. Las tendencias en el mercado**

## El nuevo papel de los distribuidores

- ❖ Son los **clientes** de los fabricantes (y, a veces, sus clientes más poderosos)
- ❖ Se han convertido en **competidores**, cuando venden sus propias marcas (**MD**) en sus tiendas en competencia con las marcas de fabricante (**MF**)
- ❖ Son **proveedores** de los fabricantes: los fabricantes “compran” a los distribuidores *esfuerzos promocionales de su marca*

*Estos nuevos papeles ha afectado a la competencia entre distribuidores*

## Alteración de las relaciones de poder a favor de los distribuidores

- ❖ Aumento del poder de los distribuidores
  - Incremento del nivel de concentración
  - Barreras a la entrada
- ❖ Intensificación de la competencia entre distribuidores: estrategias de diferenciación

*Las marcas blancas han jugado un papel central*

*¿Es posible una estrategia diferenciada en relación con los fabricantes por parte de algunos distribuidores a la de competir con ellos a través de marcas propias?*

## Datos sobre marcas blancas (I)

- ❖ PLMA 2007 “private labels now account for one of every five items sold every day in U.S. supermarkets, to grow to 27% in 2010 (Planet Retail 2005)
- ❖ 26% in Western Europe (Planet Retail 2005)
- ❖ Spain is one of the countries with best opportunities for private label ...higher growth. In 2004, Spain ranked fourth on top 10 countries with bigger private label market shares (with 26% of all sales), its private label sales grew three times faster and were, on average, 44% cheaper than national brands (AC Nielsen 2005)
- ❖ Besides, Spanish consumers' attitude towards private labels is pretty positive, both regarding their price and quality

## Datos sobre marcas blancas (II)

- ❖ Private label market share is specially significant in some food product categories such as **canned food**, for which it represents **42.4%** of total sales in value
- ❖ The categories of **milk and milk shakes**, with **34.1%**
- ❖ However, it is worth mentioning that **drinks are one of the product categories with lower private label market shares**
- ❖ Dry food and dairy products **30.4%** and **26.6%** (AC Nielsen 2008)
- ❖ For **house-hygiene and cleaning products**, private labels represent **37.6%**
- ❖ Private label market share is considerably lower for perfumery and personal hygiene products, (AC Nielsen 2008).

## Otras tendencias

- ❖ Creciente lealtad a la tienda
- ❖ Menor lealtad a las marcas
  - ¿menos innovación?
  - ¿oligopolio estrecho en todas las categorías de productos?
- ❖ Extensión en categorías de productos
  - *“the most significant development in the structure of UK book retailing in the last decade, ... the rapid growth... of internet sellers (notably Amazon) and the one-stop grocery supermarket chains (especially Tesco, Asda and Sainsbury)”*

***La entrada masiva de los distribuidores en un mercado reduce la diferenciación e intensifica la competencia en precios***

## La estrategia de los distribuidores

- ❖ El programa de marcas blancas
  - La concentración los incentiva
  
- ❖ Efectos
  - Incremento de poder de negociación con fabricantes
  - Diferenciación con otros *retailers*
  - Incremento de márgenes
  
- ❖ Desarrollo de 2 marcas blancas

## Limites a las marcas blancas (I)

- ❖ ¿Desaparecerán las marcas de fabricante?
- ❖ ¿Oligopolio estrecho en todas las categorías de productos?
- ❖ Reacción (BCG)
  - patentes/genéricos: compran empresas que fabrican genéricos
  - Potenciación de canales de distribución alternativos
  - Leadership en toda una categoría
  - Reforzar el ritmo de las innovaciones: *“the firms willing to remain sellers of branded products to keep brand loyalty of their brands at a level higher than retailer’ store loyalty”*
  - Aprovechar su carácter multinacional: más variedad a menor coste
  - reinforce their core brands eliminating less successful ones

## Limites a las marcas blancas (II)

### ❖ Delisting

Niall FitzGerald, then co-chairman of Unilever:

*"I don't see Wal-Mart as a threat. I see Wal-Mart as a positive opportunity, just as I see Tesco and Carrefour as an opportunity. They're a positive opportunity for the relatively **small number of people who have the big brands** (...)What the Wal-Marts, Tescos and Carrefours need are **big brands that drive traffic**. What they don't need are the secondary brands, the No. 3, 4, 5 and 6. You have to be positioned with the leading brands in each category the consumers demand or the dominant brands in a niche category*

## Limites a las marcas blancas (II) (cont.)



El presidente de Mercadona, Juan Roig, en la apertura del congreso de AECOC, reconoció que la cadena de distribución se equivocó *"en las formas"* cuando tomó la drástica decisión de *retirar cientos de referencias de sus lineales* ante la crisis. "Quizá debimos explicarnos mejor", dijo Roig.

## Limites a las marcas blancas (III)

- ❖ *Retailers will be more likely to **replace second - tier brands***
- ❖ *Interaction between the mechanism of delisting and the evolution of private labels determines a dynamic process which may finally involve **even the strongest manufacturer brands**. Finally, the risk of being delisted and replaced by private labels may become *a real threat for market leaders themselves**
- ❖ *Losing sales caused by consumers who remaining loyal to their preferred brands go and buy them in competing stores*
- ❖ *PL share exceeds a certain point, it has a **negative effect on Share of the Wallet***

## Limites a las marcas blancas (IV)

### ❖ El caso Heijn

- ❖ First, Albert Heijn **replaced the popular national brand** Peijenburg with a private label in 2005; only to bring the national brand back later
- ❖ Second, the chain also experimented with **opening private label-only stores** in 2006, only to abandon them within a year due to low consumer interest... In the U.S., too, retailers who have pushed private label too far in the past have suffered and had to retract
- ❖ Two well-known examples are Sears and A&P, both of whom substantially increased their private label assortment at the expense of national brands and found that store traffic, revenue, and profitability suffered major setbacks... **increases in PL share improve SOW only up to private share levels of about 30-40%**

## Limites a las marcas blancas (V)

- ❖ Further increases beyond that actually reduce SOW as **heavy private label users** tend to focus on price savings (versus quality) and **visit both hard discounters and competing legacy chains for their private label offerings**
- ❖ Mayor riesgo de los distribuidores que los fabricantes: si compro la private label en un producto y me sale mal, aplicaré el juicio a todos los productos bajo esa marca, lo que no sucede con las marcas del fabricante

## **B. El Derecho de la Competencia**

## Comisión Europea, Octubre 2009

- ❖ *Market operators and NCAs have expressed concerns related to the **potential long-term anti-competitive effects of private labels on consumer choice, quality of products and pricing of food in general***
- ❖ *... When the extensive use of private labels leads a retailer and its competing leading brand supplier to coordinate their respective pricing and assortment strategies, **in-store competition between brands may be restricted and, absent a sufficient competitive pressure from other retailers, consumers may suffer from higher prices or reduced choice for the relevant products***
- ❖ *However, since private labels are primarily the expression of a competitive dynamic which may contribute to rationalizing the food supply chain, **more robust data would need to be gathered before reaching any conclusion on possible negative effects they may entail***

## La regulación vigente de los acuerdos verticales

- ❖ **Reglamento 2790/1999, presunción de legalidad** de aquellos acuerdos verticales en los que la cuota de mercado del proveedor/distribuidor no > 30%
- ❖ **No exentos** Aquellos que contengan cláusulas prohibidas (lista negra)
  - Fijación del **precio de reventa**.
  - Cláusulas de **territorialidad**.
    - Restricción de ventas de distribuidores selectivos a consumidores finales.
    - Restricción de suministros cruzados entre distribuidores selectivos
    - Restricción de las ventas pasivas

*El contrato entero queda fuera de la exención y elevada probabilidad de ser declarado nulo por los tribunales*

## Novedades en la regulación proyectada de los acuerdos verticales (I)

- ❖ Han de estar por debajo del 30 % tanto la del fabricante/proveedor como la del comprador/distribuidor
- ❖ Han de considerarse ventas pasivas las realizadas por Internet.
- ❖ Fijar precio mínimo de reventa,
  - La Comisión reconoce que su uso puede generar *eficiencias*
  - Pero mantiene la prohibición
  - Aunque admite su legitimidad en casos excepcionales
    - para la introducción en nuevos mercados o de nuevos productos,
    - para acciones promocionales a corto plazo -2 a 6 semanas- o para evitar que la gran distribución utilice una marca particular como reclamo vendiendo por debajo de su coste
    - Se pruebe que "*incentiva la realización de esfuerzos promocionales*" por parte del distribuidor

## Novedades en la regulación proyectada de los acuerdos verticales (II)

- ❖ No se consideran prohibidos
  - los "*peajes de entrada*" (aquellos pagos que el proveedor realiza a los distribuidores para tener presencia en su red) o
  - los acuerdos de "*gestión por categoría*" (cuando el distribuidor confía al proveedor la comercialización de una categoría de productos, no sólo los del proveedor), lo que aporta mayor certidumbre jurídica sobre estas prácticas

## Los peajes de acceso: efectos excluyentes

- ❖ En caso de que no se den las condiciones para la exención general (si se dan, son acuerdos verticales **exentos**),
- ❖ Las Directrices consideran que generan el **riesgo de exclusión de distribuidores** porque incentiven a los proveedores – que no pueden hacer tales pagos a cualesquiera distribuidores – a concentrar sus ventas en unos pocos – grandes – distribuidores.
- ❖ Evaluar estos acuerdos de forma semejante a los **acuerdos de suministro exclusivo** de modo que los efectos excluyentes serán más probables cuanto más fuerte sea la posición del comprador.
- ❖ Efecto **sobre otros proveedores**, puede provocar la exclusión de los más pequeños que no están en condiciones – por falta de economías de escala – de realizar tales pagos. De manera que el marco de análisis será el de los acuerdos de **abastecimiento exclusivo** o marca única.
- ❖ Pagos a final de año por servicios prestados: ¿**existe relación entre pagos, volúmenes y precios?**

*To date NCAs have only to a limited extent dealt with such issues.*

## Los acuerdos de gestión de categorías

- ❖ Conflicto **capitán de la categoría/demás fabricantes** riesgo especial cuando el capitán es el fabricante líder
- ❖ El análisis antimonopolio: acuerdos **abastecimiento exclusivo**
- ❖ Efectos
  - aumento de la **variedad de marcas** presentes en las estanterías
  - “**compensador**” del poder de mercado de los grandes distribuidores en cuanto
    - al aumentar el número de marcas presentes,
    - los márgenes del distribuidor pueden disminuir y
    - el distribuidor pierde el “control” de la información sobre sus clientes
- ❖ Puede facilitar la **colusión**

*To date NCAs have only to a limited extent dealt with such issues.*

## Fijación del precio de reventa

- ❖ **Cuestión muy polémica.** Ganan terreno los partidarios de la liberalización: permitirlo en las mismas condiciones que las demás restricciones verticales
- ❖ El informe español al informe de la OCDE sobre MPR en octubre de 2009
  - *hardcore restrictions may only have negative effects when the undertakings have enough size and strength as to influence the market and interbrand competition is weak.*
  - *hardcore clauses may be procompetitive... it should not be per se assumed that their object or effects is a restriction of competition.*
  - *In the opinion of the CNC... In order to prohibit RPM clauses ... competition authorities should show that they have a likely negative net impact on competition and on consumer welfare*

## Fijación del precio de reventa y marcas blancas (I)

- ❖ “. . . in time I believe you will see **only two offerings per category on the shelf** – the national brand leader and the store brand. There will be no space available for the second or third brand player in the category” (un ejecutivo de Wal Mart)
- ❖ “in the UK, where PL market share grew from 16.4% to 30% from 1975–1997, the share of the brand leader fell only from 34.2% to 31.8 % and the #2 brand only from 15.3% to 13.7%. But the combined market share of brands ranked below second plunged from 34.1% in 1975 to 24.2% in 1997 (KPMG, 1999).

**Esta tendencia puede reducir la competencia interbrand**

## Fijación del precio de reventa y marcas blancas (II)

- ❖ Las marcas del distribuidor provocan la integración vertical desde la distribución.
- ❖ El fabricante (no líder) se convierte en una división del distribuidor.

*Interbrand competition within stores is far more vibrant than among stores. Within a store brands of a category are displayed together enabling consumers to make quick comparisons of price, quality and performance features. But if consumers must visit numerous stores to make such comparisons, the high search cost enfeebls competition.*

## Fijación del precio de reventa y marcas blancas (III)

- ❖ Las marcas blancas justifican que se autorice la fijación del precio de reventa a los fabricantes que son 2, 3 o 4º en el mercado (para el líder, v después):
- ❖ Sería la forma que tendría el fabricante de “pagar” a los distribuidores para que no le “desreferencien” garantizándoles un margen elevado
- ❖ Se cumpliría la exigencia del reglamento ya que

*Incentiva la realización de esfuerzos promocionales y promueve la competencia interbrand*

## Fijación del precio de reventa y marcas blancas (IV)

- ❖ *To the extent one manufacturer's RPM policy induces retailers to provide costly retail service that knowledgeable consumers do not value, an opportunity is created for other manufacturers to sell "plain vanilla" merchandise at lower prices to attract knowledgeable consumers.*
- ❖ Los distribuidores y sus marcas blancas son los que están en mejor posición para ofrecer "plain vanilla merchandise" a precios más bajos
- ❖ Luego, incluso aunque el PVP lo fije el fabricante líder...

*La fijación del precio de reventa con distribuidores poderosos y titulares de marcas propias no perjudica a los consumidores*

Porque los *fabricantes de marca tendrían que internalizar los costes del PVP en forma de reducción de las ventas*

## Otras consecuencias de las marcas blancas

- ❖ **Definición del mercado** y cálculo de cuotas de mercado a efectos de control de concentraciones: incluir las marcas blancas
- ❖ **Conductas abusivas** de los distribuidores
  - Dilución de marca renombrada
  - Utilización como anzuelo
  - Denigración
  - Aprovechamiento indebido de la reputación ajena

### *Aplicación del Derecho de la competencia desleal*

*...EC competition rules are not in principle designed to address the above-mentioned practices...pertain to the field of contractual or commercial law, as regulated by the laws of the different Member States.*

*Pero ... ¿qué es lo que sucede en España? (art. 3 LDC)*

## *Comisión Europea Octubre 2009*

- ❖ La competencia entre grandes distribuidores es generalmente feroz, entre sí y con otros tipos de formato como las tiendas de descuento, lo que se ha traducido en márgenes pequeños y precios bajos para los consumidores
  
- ❖ Las autoridades de competencia se han centrado en las restricciones más graves: **cárteles y fijación del precio de reventa**; no obstante, habría que prestar más atención a otro tipo de acuerdos que pueden restringir la competencia: ventas conjuntas (productos perecederos) y restricciones a las importaciones paralelas

## Otras prácticas

- ❖ Acuerdos horizontales disfrazados (a nivel fabricantes y/o a nivel distribuidores): precios, información, etc.
- ❖ Acuerdos de compraventa de información sobre competidores (a nivel fabricantes y/o a nivel distribuidores)
- ❖ Acuerdos de intercambio de información / negociación conjunta entre fabricantes no competidores

## Bibliografía

- **Kusum L. Ailawadi/Karen Gedenk/Scott A. Neslin**, Understanding competition between retailers and manufacturers: an integrated analysis of store brand and national brand deal usage **May 2003**
- **Robert L. Steiner** “The Nature and Benefits of National Brand/Private Label Competition”
- **Fiona Scott Morton/ Florian Zettelmeyer**, “The Strategic Positioning of Store Brands in Retailer – Manufacturer Bargaining”
- **Luciano Venturini** “Vertical competition between manufacturers and retailers and upstream incentives to innovate and differentiate”
- Paul W. Dobson EXPLOITING BUYER POWER: LESSONS FROM THE BRITISH GROCERY TRADE, Antitrust L. J. 2005
- **Ailawadi, Kusum L., Pauwels, Koen H. and Steenkamp, Jan-Benedict E. B. M.**, The Reciprocal Relationship between Private Label Use and Store Loyalty (May 1, 2007). Tuck School of Business Working Paper No. 2007-38. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1016842>
- **Goldman, Eric**, Brand Spillovers. *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 22, 2008; Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1324822>
- **Arce-Urriza, Marta and Cebollada, Javier**, Private Labels and National Brands Across Online and Offline Channels (June 8, 2009). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1416122>