

RESOLUCIÓN

Expediente S/DC/0548/15 SCHWEPPEES

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà
D^a. Clotilde de la Higuera González
D^a. María Ortiz Aguilar

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 29 de junio de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la presente resolución en el marco del expediente sancionador S/DC/0548/15 SCHWEPPEES, incoado por la Dirección de Competencia (DC), por posibles conductas prohibidas en los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 13 de febrero de 2015 se recibió en la Dirección de Competencia (DC) escrito de denuncia en nombre y representación de RED PARALELA BCN, S.L. (en adelante, RED), contra SCHWEPPEES, S.A. (en adelante, SSA), por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en acuerdos suscritos entre SSA y sus distribuidores independientes cuyo objeto sería restringir las importaciones paralelas del producto de la marca *Schweppes*[®]. Según la denunciante, estos hechos infringirían los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.
2. La DC, en el marco de lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, inició una información reservada con número de actuaciones S/DC/0548/15 con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

3. Con fecha 5 de marzo de 2015 se solicitó al denunciante que aportase los contratos de distribución firmados con SSA, que indicase la duración de su relación contractual con SSA así como que aportase, en su caso, pruebas de las ventas de SSA en otros países.

La contestación tuvo entrada con fecha 17 de marzo de 2015 (folios 90 a 94). La denunciante aportó información adicional con fecha 21 de abril de 2015 (folios 95 al 100).

4. Con fecha 24 de abril de 2015 se solicitó a SSA que indicase (i) el número de acuerdos firmados con distribuidores independientes de toda España a través de los que éstos se comprometían a comercializar sólo productos *Schweppes®* fabricados por su empresa en España, aportando copia de los mismos; (ii) su cuota de mercado nacional en la producción, distribución y comercialización de bebidas no alcohólicas, confirmando dónde se encuadraban las tónicas; (iii) precios en España de las diferentes tónicas fabricadas por ella; (iv) procedimientos judiciales iniciados por ella contra distribuidores independientes que comercializasen tónicas no fabricadas por SSA, indicando los motivos de origen de los mismos y situación actual; y por último, (v) que identificase la sociedad titular de los derechos de marca *Schweppes®* en España y aportase el contrato de licencia.

La respuesta tuvo entrada con fecha 20 de mayo de 2015 (folios 113 a 1244).

5. Como resultado de la información reservada y al observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, con fecha 17 de septiembre de 2015 la DC acordó la incoación de expediente sancionador contra SCHWEPPE, S.A. (SSA) por posibles conductas prohibidas por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.
6. El 13 de noviembre de 2015 la DC acordó la admisión de COMPRE Y COMPARE, S.A. (en adelante, COMPRE Y COMPARE) como interesado en el expediente (folio 2068).
7. Con fecha 23 de noviembre de 2015, SSA solicitó la apertura formal de la terminación convencional del expediente acompañando unas líneas generales de compromisos para resolver los problemas de competencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero (RDC) (folios 2075 a 2698).

8. Con fecha 1 de diciembre de 2015 la DC, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 39 del RDC, acordó el inicio de la terminación convencional así como la suspensión del plazo máximo de resolución del expediente (folio 2715), procediéndose a su notificación a los interesados (folios 2716 a 2721).
9. Con fecha 1 de diciembre de 2015 la DC remitió copia de las líneas generales de compromisos formuladas por SSA al Consejo de la CNMC (folio 2699 a 2714), en aplicación de lo establecido en el artículo 39.2 del RDC, y al resto de interesados (folios 2729 a 2732) con fecha 3 de diciembre de 2015.
10. Con fechas 22 y 23 de diciembre de 2015 tuvieron entrada los escritos de alegaciones al acuerdo de inicio de terminación convencional, respectivamente, de COMPRE Y COMPARE (folios 2872 a 2875) y de RED (folios 2876 a 2887).
11. Con fecha 23 de febrero de 2016 tuvo entrada nueva propuesta provisional de compromisos de SSA (folios 2918 a 2972) que fue remitida por la DC al Consejo de la CNMC (folio 2980) y al resto de interesados (folios 2982 a 2999) con fecha 29 de marzo de 2016.
12. Con fecha 15 de abril de 2016 tuvieron entrada los escritos de alegaciones a la propuesta provisional de compromisos de SSA, respectivamente, de RED (folios 3002 a 3087) y de COMPRE Y COMPARE (folios 3088 a 3092).
13. Con fecha 13 de junio de 2016 SSA remitió una versión definitiva de la propuesta de compromisos (folios 3107 a 3130), que fue remitida al Consejo de la CNMC y al resto de interesados con fecha 21 de junio de 2016 (folios 3132 a 3161).
14. Con fecha 5 de julio de 2016, RED remitió escrito de alegaciones a la propuesta de compromisos de SSA (folios 3163 a 3172), adjuntando como anexo a su escrito (folios 3173-3189) copia del auto de 17 de mayo de 2016 del Juzgado Mercantil nº 8 de Barcelona mediante el que, en el marco del procedimiento ordinario 774/2014 que dirige una demanda de SSA contra RED por infracción de derecho de marca, el mencionado Juzgado planteaba cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2008/95, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

15. Igualmente, con fecha 8 de julio de 2016, COMPRE Y COMPARE remitió escrito de alegaciones a la propuesta de compromisos de SSA (folios 3190 a 3194).
16. El 31 de agosto de 2016 la DC, de conformidad con lo previsto en el artículo 50.5 de la LDC, elevó al Consejo una propuesta de terminación convencional con la siguiente valoración del órgano instructor:

“IX. VALORACIÓN DE COMPROMISOS POR PARTE DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA

[...]

(96) Tras el análisis llevado a cabo respecto a los acuerdos suscritos por SSA y los distribuidores concernidos, en el marco de los procedimientos judiciales iniciados contra los mismos, y los autos judiciales que acuerdan las medidas cautelares solicitadas por SSA, esta Dirección considera que en algunos casos la redacción literal tanto de unos como de otros va más allá del ius prohibendi que legalmente puede ejercer SSA como titular exclusivo del derecho de la marca en España.

[...]

X. PROPUESTA

Teniendo en cuenta las valoraciones expuestas, se PROPONE que el Consejo de la CNMC resuelva la terminación convencional del expediente S/DC/0548/15 SCHWEPPEES, iniciado en virtud de la denuncia formulada por RED contra SSA, por presuntas prácticas de restricción de comercio paralelo, de conformidad con lo previsto en los artículos 52 de la LDC y 39.5 del RDC, al considerar que los compromisos presentados por SSA resuelven los problemas de competencia derivados de las conductas de la incoada por la firma de acuerdos y la celebración de pleitos judiciales con sus distribuidores con el fin de restringir la distribución y/o comercialización y/o importación en España de productos con la marca Schweppes® que no hayan sido fabricados por SSA (y/o, en su caso, con su autorización), y restringir las importaciones paralelas de estos productos. [...]

17. Con fecha de 7 de diciembre de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó remitir a la Comisión Europea la información prevista en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia

previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado. Dicho remisión tuvo lugar el mismo día 7 de diciembre de 2016.

18. Con fecha 9 de febrero de 2017, la denunciante RED remitió nuevo escrito de alegaciones (folios 3236 a 3239) al que acompañaba los escritos presentados por la Comisión Europea y por la representación procesal del Reino de los Países Bajos y de la República de Grecia (folios 3240 a 3277) en el asunto C-291/16, suscitado ante el TJUE a consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona en el marco del procedimiento ordinario 774/2014 que dirime una demanda de SSA contra RED por infracción de derecho de marca.
19. Con fecha 21 de junio de 2017, la representación procesal de SSA remitió nuevo escrito de alegaciones (folios 3296-3305) al que acompañaba los escritos de alegaciones presentados por la propia SSA y las empresas SIL y OSHBV ante el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona (folios 3306-3437) con ocasión del planteamiento ante el TJUE de la cuestión prejudicial C-291/16, así como los escritos de alegaciones y los informes para la vista oral presentados ante el propio TJUE por las citadas tres empresas en el marco de la citada cuestión prejudicial (folios 3438-3685)
20. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su reunión de fecha 29 de junio de 2017.
21. Son partes interesadas en este expediente: RED PARALELA BCN, S.L. (RED), SCHWEPPE, S.A. (SSA) y COMPRE Y COMPARE, S.A. (COMPRE Y COMPARE).

HECHOS ACREDITADOS

I. LAS PARTES

Las partes implicadas en el presente expediente son las que a continuación se indican.

1. DENUNCIANTE: RED PARALELA BCN, S.L.

RED PARALELA BCN, S.L. (RED) es una sociedad creada en 1991, con sede social en Sant Pere de Ribes (Barcelona), que anteriormente se denominaba CARBÓNICAS MONTANER, S.L. Su actividad principal es la importación,

distribución y comercialización de bebidas a distribuidores y comercios al por menor en España.

2. DENUNCIADA: SCHWEPPEES, S.A.

SCHWEPPEES, S.A. (SSA) es una empresa domiciliada en España perteneciente a Orangina Schweppes Group, cuya cabecera ocupa la sociedad holandesa Orangina Schweppes Holding B.V. (OSHBV), controlada desde el 2009 por el holding japonés Suntory Holdings Ltd (Suntory), presente en más de 80 países a través de una cartera de más de veinte marcas relevantes.

El grupo OSHBV opera en España a través de SSA, que comercializa bebidas no alcohólicas, entre ellas: (i) bebidas carbonatadas (con y sin sabor a cola): *Schweppes®* y *La Casera*; (ii) no carbonatadas: *Trina*, *Sunny Delight*, *Pulco* y *Lima Rose's*; y (iii) zumos y néctares: *Vida*. SSA distribuye sus bebidas directamente a clientes en el canal alimentación o a través de una red de más de 800 distribuidores mayoristas no exclusivos en el canal HORECA.

SSA es la licenciataria exclusiva de la marca *Schweppes®* en España desde 2008, habiéndose procedido a la inscripción de la licencia en la Oficina Española de Patentes y Marcas mediante resolución de fecha 11 de noviembre de 2013. El licenciante es la compañía inglesa Schweppes International Limited (en adelante, SIL), titular de la marca *Schweppes®* en numerosos países del EEE y filial de OSHBV, que vende bebidas al por mayor y arrienda productos de propiedad intelectual y similares, excepto trabajos protegidos por derecho de autor.

Tanto SIL como SSA están sujetas al control de OSHBV. Si bien la denuncia presentada por RED se dirige a SSA, la actuación de esta empresa está vinculada a la de SIL como titular de las marcas y a la matriz OSHBV.

3. INTERESADA: COMPRE Y COMPARE, S.A. (COMPRE Y COMPARE)¹

COMPRE Y COMPARE es una sociedad distribuidora de productos alimentarios, entre otros, los identificados con la marca *Schweppes®*. Pertenece al grupo Conservas Celorrio, domiciliado en Calahorra (La Rioja) y dedicado a la fabricación y distribución de conservas y otros productos alimentarios.

II. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

1. Marco Normativo

¹ Información aportada por la interesada y recabada en www.celorrio.com.

La conducta que se analiza en este expediente afecta a los derechos de propiedad industrial en el sector de las bebidas no alcohólicas.

En este ámbito resulta de aplicación la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que recoge el contenido de la Directiva 89/104/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988², relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, que ya fue incorporada al derecho interno por la Ley 32/1988, de Marcas, derogada por la ahora vigente.

El artículo 34 de la Ley 17/2001³, que recoge los derechos conferidos por la marca, entre ellos, el derecho exclusivo del titular de la marca a prohibir el uso, de cualquier signo idéntico a la marca de la que es titular, establece:

”1. El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico.

2. El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico:

a) Cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada.

b) Cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca.”

Y el artículo 36 regula el denominado agotamiento del derecho de marca, en los siguientes términos⁴:

² Derogada por la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, que también quedará derogada a partir del 15 de enero de 2019 conforme a lo dispuesto en la Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

³ El artículo 5 de la Directiva 89/104/CEE dispone: “La marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. El titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico: a) de cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada; b) de cualquier signo que, por ser idéntico o similar a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios designados por la marca y el signo, implique por parte del público un riesgo de confusión, que comprende el riesgo de asociación entre el signo y la marca.”

⁴ El artículo 7 de la Directiva 89/104/CEE establece: “1. El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento. 2. El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización.”

“1. El derecho conferido por el registro de marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso de la misma para productos comercializados en el Espacio Económico Europeo con dicha marca por el titular o con su consentimiento.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los mismos se haya modificado o alterado tras su comercialización.”

La jurisprudencia de la Unión Europea determina igualmente los límites de los derechos de propiedad industrial y la aplicación del principio del agotamiento del derecho de marca. Así, el Tribunal de Justicia declaró en su sentencia de 31 de octubre de 1974 (asunto , C-16/74, Centrafarm BV y otros/Winthrop BV, apartados 7-11)⁵ que *“en materia de marcas, el objeto específico de la propiedad industrial consiste en garantizar al titular el derecho exclusivo a utilizar la marca para la primera comercialización de un producto, y protegerlo de este modo contra los competidores que pretendan abusar de la posición y del prestigio de la marca vendiendo productos designados indebidamente con ella”*.

Sin embargo, la misma sentencia señala que *“si el titular de la marca pudiera prohibir la importación de productos protegidos, comercializados en otro Estado miembro por él o con su consentimiento, tendría la posibilidad de compartimentar los mercados nacionales, dando lugar con ello a una restricción en el comercio entre los Estados miembros, sin que dicha restricción sea necesaria para garantizarle el contenido del derecho exclusivo derivado de la marca”*.

En esta línea, el Tribunal de Justicia reconoció el principio del agotamiento del derecho de marca en el marco de los derechos de propiedad intelectual en la sentencia de 8 de junio de 1971, asunto Deutsche Grammophon/Metro SB (C-78/70). En dicha sentencia el Tribunal de Justicia sentó las bases de la doctrina de la primera venta en la aplicación del principio del agotamiento.

No obstante, en los supuestos excepcionales en los que se produce una doble titularidad legítima de derechos de marca, como es el caso, dado que la marca *Schweppes®* a nivel europeo tiene dos titulares (SIL y Atlantic Industries), los criterios de aplicación del agotamiento del derecho de marca varían.

⁵. El TJUE defendió la misma postura en las sentencias de 22 de junio de 1994, IHT Internationale Heiztechnik/Ideal-Standard, C-9/93, ECLI:EU:C:1994:261, apartados 33-34, y de 17 de octubre de 1990, CNL-SUCAL/HAG, C-10/89, ECLI:EU:C:1990:359, apartado 12.

A este respecto la interpretación del Tribunal de Justicia evolucionó desde las doctrinas de la primera venta y del origen común (Sentencia de 3 de julio de 1974, Van Zuylen/Hag AG, C-192/73) hasta la doctrina del control, desarrollada en la sentencia de 17 de octubre de 1990, asunto C-10/89 (HAG II, Apartados 13 y ss.). Esta sentencia declara:

“En lo que al derecho de marca se refiere, debe destacarse que este derecho constituye un elemento esencial del sistema de competencia no falseado que el Tratado pretende establecer y mantener. En un sistema de tal naturaleza, las empresas deben estar en condiciones de captar la clientela por la calidad de sus productos o de sus servicios, lo cual únicamente es posible merced a que existen signos distintivos que permiten la identificación de tales productos y servicios. Para que la marca pueda desempeñar este cometido, debe constituir la garantía de que todos los productos designados con la misma han sido fabricados bajo el control de una única empresa, a la que puede hacerse responsable de su calidad” (subrayado añadido).

El pronunciamiento citado infería de lo anterior (apartado 19) que *“cada uno de los titulares de la marca, en el Estado miembro en que la marca le pertenezca, debe poder oponerse a la importación y a la comercialización de los productos que procedan del otro titular, cuando se trate de productos similares designados con una marca idéntica o que pueda crear confusión”*.

La doctrina del control sirvió de nuevo como fundamento para la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1994, IHT Internationale Heiztechnik/Ideal-Standard (C-9/93, apartados 24 y 26 y 37-39), en la que además se confirmó la irrelevancia, a efectos de la conclusión establecida en el apartado anterior, de que el fraccionamiento y la doble titularidad de la marca sean consecuencia de una expropiación o tengan carácter voluntario (Apartado 44 y ss.).

Igualmente la jurisprudencia nacional ha adoptado la doctrina asentada por la jurisprudencia comunitaria, como muestran las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2008 (STS 965/2008), que resume la doctrina del agotamiento del derecho de marca y sus límites, y de 18 de octubre de 2012 (STS 590/2012). Esta última sentencia, en el marco de un recurso de casación, confirma la argumentación de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia 300/2009, de 11 de diciembre de 2009, en la que se declara de *“plena aplicación la doctrina contenida en las sentencias del TJCE HAG II y la posterior IHT”* en un caso de doble titularidad de la marca Gulf en España y Holanda.

Tal y como se ha señalado en los antecedentes de hecho 14 y 18, en la actualidad se encuentra pendiente de resolución ante el TJUE la cuestión prejudicial C-291/16, planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona mediante auto de 17 de mayo de 2016 y concerniente a la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2008/95, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

2. Funcionamiento del mercado

La conducta analizada tiene lugar en el mercado de distribución y comercialización de bebidas no alcohólicas (Código NACE C.11.07), en concreto, en las tónicas, bebidas no alcohólicas carbonatadas sabor no cola.

Según el informe de Alimarket de mayo de 2016 sobre el sector de refrescos en España, las cuotas de las ventas de tónica serían las siguientes:

TÓNICAS	2014	2015
SCHWEPPE	52,6 %	52,5 %
NORDIC MIST	12,7 %	13,8 %
BLUE TONIC BY KAS	2,0%	1,2 %
FEVER-TREE	0,8 %	
RESTO	0,7 %	
MDD	31,3 %	31,1 %
TOTAL TÓNICAS 2014		52,6 MI
TOTAL TÓNICAS 2015		55,4 MI

Según señala la DC los precedentes nacionales⁶ y comunitarios⁷ han venido distinguiendo dentro del mercado de bebidas las alcohólicas (cerveza, whisky) y no alcohólicas, y dentro de estas: i) bebidas carbonatadas (sabor cola y sabor no cola); ii) bebidas no carbonatadas; iii) zumos y néctares; iv) aguas; y v) bebidas

⁶ S/195/09 ENTECOM, S.L./COMPAÑIA CASTELLANA DE BEBIDAS GASEOSAS, S.A. - CASBEGA-, C/390/14 EMBOTELLADORES DE COCACOLA, C/442/142 COBEGA/BEGANO, C/314/10 ORANGINA SCHWEPPE/SUNNY, N/04036 JW CHILDS/SUNDOR BRANDS/EURO JUICE y N/171 SCHWEPPE/LA CASERA.

⁷ IV/M.794 Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB; IV/M.833 The Coca-Cola Company/Carlsberg, IV/M.289 Pepsico/Kas, COMP/M.833 TCCC/Carlsberg, COMP/M.1065 Nestlé/San Pellegrino y COMP/M.2504 Cadbury Schweppes/Pernod Ricard.

lácteas. La Comisión Europea llegó incluso a sugerir que podrían distinguirse las bebidas refrescantes carbónicas cada una por su sabor, si bien no alcanzó a determinar dicha distinción de forma concluyente en su decisión IV/M.289 Pepsico/Kas de 21 de diciembre de 1992 que afectaba al mercado español.

En cambio, el Tribunal de Defensa de la Competencia sí separó los mercados de producto dentro de las bebidas refrescantes carbonatadas. En el expediente N/171 SCHWEPPE/ LA CASERA, correspondiente a una concentración cuya autorización se solicitó en 2001, se dividió el mercado en: (i) bebidas con sabor cola; (ii) cítricas; (iii) tónicas; (iv) bitters; (v) gaseosas; y (vi) bebidas combinables (ginger-ale y soda).

Por último, la división del mercado también se ha hecho en función del circuito de distribución empleado: el aprovisionamiento/fabricación y comercialización para el canal alimentación (hipermercados, tiendas de descuento, supermercados, etc.) y canal HORECA (restaurantes, bares y hoteles), respectivamente.

En relación con la dimensión geográfica del mercado, los precedentes nacionales y comunitarios del mercado de bebidas no alcohólicas han considerado que este es de ámbito nacional por: i) el elevado coste de transporte en relación con el valor de la mercancía; ii) la existencia de acuerdos de licencia y distribución nacionales, y en muchos casos en ámbitos geográficos regionales; y iii) las preferencias de los consumidores por determinadas marcas⁸. También se ha apuntado la posible existencia de un mercado geográfico peninsular (y el archipiélago balear) y otro propio de las Islas Canarias⁹, por su singularidad geográfica¹⁰.

En el presente caso, el denunciante propone considerar el submercado de tónica por la singularidad que ha adquirido en España en los últimos años el cóctel mezcla de ginebra y tónica conocido como gin-tonic. En cualquier caso, no es necesario cerrar la definición del mercado teniendo en cuenta que nos encontramos ante la posible aplicación de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. El artículo 1.1.b) de la LDC prohíbe todo acuerdo que limite o controle la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Si la conducta afecta al comercio intracomunitario, como en este caso, constituiría asimismo una infracción tipificada en el artículo 101 del TFUE.

⁸ N-171 SCHWEPPE/ LA CASERA, C/0442/12 COBEGA/BEGANO y COMP/M.2504 CADBURY SCHWEPPE/PERNOD RICHARD.

⁹ C-442/12 COBEGA/BEGANO y C-314/10 ORANGINA SCHWEPPE/SUNNY.

¹⁰ Distancia de la Península, dispersión geográfica y de población, régimen fiscal especial, preferencias locales por determinadas marcas, mayor peso del canal HORECA frente al de alimentación, etc.

III. HECHOS

Conforme a la información obrante en el expediente, la DC diferencia los siguientes hechos relevantes a los efectos de la presente Resolución:

1. **SSA ha iniciado acciones judiciales contra los distribuidores y comercializadores de productos *Schweppes*® provenientes de otros Estados Miembros.**

SSA tuvo conocimiento a finales del año 2013 de la comercialización en España, por parte de distribuidores independientes, de tónicas *Schweppes*® procedentes de Reino Unido y de otros países europeos. A consecuencia de ello, inició una serie de actuaciones procesales contra varios distribuidores y/o comercializadores en España de productos bajo la marca *Schweppes*® provenientes de otros Estados miembros, principalmente de Reino Unido.

Según declara SSA el motivo por el que inició dichas actuaciones fue la defensa de sus derechos sobre los productos de la marca *Schweppes*® en España, dándose la peculiaridad de que existen diferentes titulares de la marca *Schweppes*® en los países de la Unión Europea.

La marca *Schweppes*® ostenta un origen común puesto que inicialmente todas las marcas pertenecían a la empresa *Cardbury Schweppes*, y es esta empresa la que vende en 1999 a *Coca-cola Enterprises Ltd* (en adelante, *COCA-COLA*) la titularidad de la marca *Schweppes*® para algunos países de la UE, entre ellos Reino Unido, reservándose la titularidad de otras.

Cardbury Schweppes en 2001 absorbió a la francesa *Pernod Ricard, S.A.*, titular de la marca “*Orangina*” y adoptó en 2008 el nombre *Orangina Schweppes Group*, grupo cuya cabecera ostenta *Orangina Schweppes Holding B.V. (OSHBV)* y que tras algunas vicisitudes fue adquirido por el holding japonés *Suntory Holdings Ltd.* en 2009.

Por tanto, desde 1999, la titularidad de la marca *Schweppes*® en los distintos países europeos es compartida entre los grupos empresariales *COCA-COLA* y *OSHBV*.

En concreto, el titular de la marca nacional española *Schweppes*® es la sociedad *Schweppes International Limited (SIL)*, filial de *OSHBV*, registrada ante la Oficina Española de Patentes y Marcas, cuyo licenciataria exclusivo en España desde el 2008 es SSA.

Por otro lado, el titular de la marca nacional inglesa *Schweppes*® es la sociedad *Atlantic Industries*, registrada ante la Oficina de la Propiedad Intelectual de Reino

Unido, quien otorga a la empresa de su grupo COCA-COLA autorización para fabricar y comercializar el producto dentro de ese país.

SIL es titular de la marca Schweppes® en veintidós países europeos, entre ellos 16 pertenecientes a la UE: Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Italia, Luxemburgo, Holanda, Polonia, Portugal, Eslovaquia, España y Suecia. Además es titular de la marca en otros seis países europeos: Andorra, Liechtenstein, Mónaco, Noruega, San Marino y Suiza.

Por su parte, COCA-COLA es la propietaria de la marca Schweppes® en los restantes once Estados miembros de la UE: Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Grecia, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Rumania y Reino Unido. COCA COLA es también titular de la marca en Islandia (EEE) y en Albania, Bielorrusia, Ucrania, Rusia, Serbia y Turquía.

Las actuaciones procesales iniciadas por SSA consistieron en: (i) la interposición de demandas de medidas cautelares; (ii) diligencias preliminares; y (iii) demandas de juicio ordinario frente a los distribuidores que la denunciada consideraba que infringían sus derechos derivados de la titularidad de la marca.

2. SSA ha llegado a la firma de acuerdos con [...] comercializadores en los que se establece la obligación de no comercializar los productos que no hayan sido fabricados por SSA.

En el marco de los procedimientos judiciales referidos anteriormente, SSA ha firmado [...] acuerdos¹¹, homologados judicialmente, con distribuidores de productos *Schweppes®* provenientes de otros Estados miembros, los cuales pusieron fin a las actuaciones judiciales. La firma de estos acuerdos se inició el 14 de febrero de 2015 y ha continuado durante 2016.

En concreto, de la literalidad de dichos acuerdos se deriva que los distribuidores se comprometen a cesar en la comercialización y/o distribución y/o importación de productos de la marca *Schweppes®* “*que no hayan sido fabricados por SSA*” o “*al no haber sido fabricadas por SSA ni por un tercero autorizado*”, según las expresiones utilizadas en los distintos acuerdos a los que ha tenido acceso el órgano instructor durante la investigación.

3. SSA ha llegado a la firma de acuerdos con [...] comercializadores en los que se prohíbe expresamente la comercialización de la tónica *Schweppes®* fabricada en Reino Unido.

¹¹ Los acuerdos se han firmado con los siguientes comercializadores: [...]

Asimismo, SSA ha firmado acuerdos con otros distribuidores¹², en los que la prohibición sobre la actividad comercial de estos se refiere explícitamente a los “*productos identificados con la marca Schweppes, los cuales hayan sido fabricados en Reino Unido por Atlantic Industries y/o Coca-Cola*” o bien a los “*productos fabricados por Atlantic Industries y/o Coca-cola en Reino Unido en la medida en que no hayan sido autorizados por SIL*”, tal y como se expresan los acuerdos analizados durante la investigación.

4. SSA mantiene abiertos procedimientos judiciales con comercializadores en los que ha solicitado medidas cautelares.

Por último, SSA mantiene abiertos procedimientos judiciales contra aquellos distribuidores con los que no ha llegado a acuerdos en el marco de los mismos. En [...] de ellos, además, las medidas cautelares solicitadas por SSA han sido admitidas por el juzgado correspondiente.

En [...] ¹³ de las [...] medidas cautelares citadas, en la parte dispositiva de los autos que las aprueban se ordena “*cesar provisionalmente, hasta la resolución del juicio, de toda importación y/o comercialización y/o almacenamiento y/o distribución, de cualesquiera productos identificados con la marca Schweppes que no hayan sido fabricados por la mercantil Schweppes, S.A.*” y “*retener, precintar y depositar hasta la resolución del presente juicio de cualesquiera productos identificados con la marca Schweppes los cuales no hayan sido fabricados por la actora que pueda tener la demandada en cualquier establecimiento o dependencia o que pueda ser conocido durante la ejecución de las medidas cautelares*” (subrayado añadido).

Como se ha advertido, de forma paralela a la tramitación del presente expediente sancionador ante la CNMC, en el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona se tramita el procedimiento 774/2014, derivado de una demanda presentada por SSA contra RED y CARBÓNIQUES MONTANER, S.L. por infracción de su derecho sobre las marcas españolas 171.232 (“Schweppes”, denominativa, clase 32) y 2.097.078 (“Schweppes”, mixta, clases 32 y 33) de las que SSA es licenciataria en exclusiva.

Con fecha 25 de abril de 2016, el citado Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona dictó providencia dando traslado a las partes de su intención de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE al efecto de se pronunciaran acerca de determinadas dudas de interpretación del art. 7.1 de la Directiva 2008/95/CE del

¹² Estos acuerdos se han firmado con los siguientes comercializadores: [...]

¹³ Estos comercializadores son: [...]

Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas y art. 15.1 de la Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (folios 3094-3103).

El auto que acuerda la cuestión prejudicial fue presentado ante el TJUE el 23 de mayo de 2016 y en el mismo se plantean cuatro cuestiones prejudiciales.

El Asunto C-291/16, Schweppes S.A. / Exclusivas Ramírez S.L. y otros, se encuentra actualmente pendiente de sentencia, tras haber sido presentadas las observaciones por las partes interesadas en septiembre de 2016 y celebrada la vista oral en mayo de 2017, a la espera de la presentación de conclusiones por el Abogado General.

IV. LOS COMPROMISOS PRESENTADOS

Los compromisos definitivos aportados por SSA el 13 de junio de 2016 comprenden la corrección de la literalidad de algunas cláusulas incluidas en los acuerdos firmados con distribuidores que dieron lugar al expediente y determinadas actuaciones en relación con los procedimientos judiciales abiertos.

El primer compromiso consiste en modificar la literalidad de los acuerdos firmados con distribuidores y/o comercializadores en los que no se establece expresamente la limitación de su ámbito de aplicación, para reflejar que SSA únicamente se opone a la comercialización de la tónica *Schweppes®* proveniente de Reino Unido y que haya sido fabricada por COCA-COLA.

Este compromiso se implantará mediante dos acciones:

- a. SSA remitirá, en el plazo máximo de 3 meses desde la fecha de la resolución del Consejo de la CNMC que establezca la terminación convencional del expediente -que se extenderían a 4 meses en caso de que el mes de agosto fuera uno de ellos-, una nueva carta aclaratoria a los comercializadores firmantes de estos acuerdos, vía burofax, clarificando que el objeto de dichos acuerdos y, por tanto, el compromiso de cesar en la comercialización se ciñe exclusiva y únicamente a tónica *Schweppes®* que proviene de Reino Unido y que ha sido fabricada por COCA-COLA. El contenido de la carta sería el siguiente:

“Nos ponemos en contacto con Vd. en relación al acuerdo amistoso que fue firmado entre [] y Schweppes S.A. el pasado [], ante la existencia de un conflicto en materia de propiedad industrial, y por medio del cual se

acordó como Vd sabe. el cese por parte de su sociedad de la comercialización en España de tónica Schweppes® que proviene de Reino Unido y que ha sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD. (el "Acuerdo")

El propósito de la presente carta es el de clarificar, tal y como ya hicimos en nuestra carta de [], que el cese en la comercialización a que se refiere el Acuerdo se limita estrictamente a la referida tónica Schweppes® proveniente del Reino Unido y que haya sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD.

Adjuntamos una Adenda al Acuerdo suscrito, prefirmada por Schweppes S.A. incluyendo expresamente la clarificación contenida en la presente carta, es decir, que todos los compromisos adquiridos se ciñen exclusivamente al ámbito de la tónica Schweppes® proveniente del Reino Unido y que haya sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD. Le estaríamos muy agradecidos si pudiera firmar dos copias de la misma, quedándose una copia y devolviendo la otra a Schweppes, S.A.

Estamos a su disposición para elevar a público la Adenda firmada si lo estimara oportuno”.

- b. La firma con todos los comercializadores afectados de una adenda a los acuerdos firmados cuyo contenido aclararía que el ámbito de aplicación de los mismos se limita a la tónica Schweppes® proveniente del Reino Unido y que haya sido fabricada por COCA-COLA. A tal efecto, se remitiría a dichos comercializadores junto con la carta aclaratoria una adenda pre-firmada por SSA para su firma. SSA se pondrá a disposición de los comercializadores firmantes de estas adendas para su elevación a público.

La acreditación de este compromiso se realizará facilitando con carácter semestral y por parte de SSA a la DC copia de las adendas firmadas.

El segundo compromiso obliga a SSA, en los futuros acuerdos que se firmarán entre SSA y otros comercializadores, a ceñir el contenido de tales acuerdos única y exclusivamente a la tónica Schweppes® que proviene de Reino Unido y que ha sido fabricada por COCA-COLA. SSA someterá todos los acuerdos alcanzados en sede judicial a la homologación de los mismos por parte de los tribunales competentes.

La acreditación de este segundo compromiso se verificará mediante la remisión a la DC, de forma semestral (a contar desde la Resolución del presente expediente

y durante un periodo de dos años), de copia de todos los acuerdos que se alcancen con los comercializadores.

El tercer compromiso obliga a SSA a velar, en el caso de los acuerdos firmados con comercializadores con los que SSA tiene procedimientos judiciales actualmente en tramitación (ya sea en fase de medidas cautelares y/o diligencias preliminares, ya sea durante el procedimiento ordinario, recursos o ejecución), por que la prohibición se ciña exclusivamente a tónica *Schweppes®* proveniente del Reino Unido y que haya sido fabricada por COCA-COLA.

Este compromiso se llevará a cabo mediante las siguientes actuaciones:

- a. En el caso de detectar algún error involuntario en este sentido en el texto de las resoluciones judiciales, SSA se compromete a solicitar la corrección y/o subsanación de las mismas, de manera que en la parte dispositiva se haga referencia exclusivamente a la *“tónica Schweppes® proveniente del Reino Unido y que haya sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD.”*
- b. En los casos en los que pueda existir un error o la redacción pueda producir confusión en cuanto a que la resolución judicial únicamente se refiere a la importación de tónica proveniente de Reino Unido fabricada por COCA-COLA, y no sea subsanado mediante la petición de aclaración y corrección (ex art. 214 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, LEC) y/o subsanación y complemento (ex art. 215 de la LEC), SSA recurrirá utilizando los recursos legalmente establecidos (reposición y/o apelación) para que el tribunal modifique la resolución en el sentido de que en ningún caso pueda existir error alguno o dar lugar a una interpretación errónea de la resolución judicial.
- c. En aquellos casos en los que se han solicitado medidas cautelares para hacer frente a la comercialización en España de tónica *Schweppes®* fabricada en Reino Unido por COCA-COLA, si éstas han sido acordadas y en el auto que las acuerda se hace referencia únicamente a *“cesar en la comercialización de productos no fabricados por Schweppes, S.A.”*, SSA presentará en el plazo máximo de un mes desde la fecha de la Resolución del Consejo de la CNMC -que se extendería a dos meses en caso de que el plazo inicialmente previsto venciera en el mes de agosto-, un escrito ante los Juzgados de lo Mercantil competentes solicitando la aclaración y modificación de las mismas para que se precise que las medidas cautelares acordadas se refieren exclusivamente a *“cesar en la comercialización de tónica Schweppes® proveniente del Reino Unido del*

Grupo Coca-Cola Enterprises LTD, al no haber sido fabricada por Schweppes® S.A. o un tercero autorizado por el titular de la marca”, evitando así que en ningún caso pueda existir error alguno o dar lugar a una interpretación errónea respecto al alcance de las medidas cautelares.

Para la acreditación de este tercer compromiso, SSA proporcionará a la DC, con carácter semestral (a contar desde la fecha de la Resolución del Consejo de la CNMC), copia de aquellos documentos relevantes (resoluciones judiciales y escritos relacionados con la modificación de las medidas cautelares) que se adopten en atención a los compromisos enumerados en los anteriores puntos.

El cuarto compromiso consiste en la publicación, en la página web corporativa de SSA, de la resolución del Consejo de la CNMC relativa a esta terminación convencional, que ha de realizarse en el plazo máximo de un mes desde la fecha de dicha resolución. Este anuncio se mantendrá por un período mínimo de un año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del expediente

El artículo 52 de la LDC, que aborda la posibilidad de una terminación convencional de un expediente sancionador, dispone en su apartado primero que *“el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público”*. Y en el segundo apartado se dice que *“los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento”*. Finalmente en su apartado tercero se establece que *“la terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4”*.

Por su parte, el RDC desarrolla el anterior precepto en su artículo 39.

El procedimiento o régimen de terminación convencional está previsto en el artículo 52.2 de la LDC como una forma especial de finalización del procedimiento sancionador, sin pronunciamiento alguno por parte de las autoridades de competencia sobre la existencia o no de infracción en las conductas objeto de incoación, distinto por tanto de la finalización habitual de los expedientes

sancionadores, que según el artículo 53 de la LDC deben terminar o bien declarando la existencia de conductas prohibidas, o bien la existencia de conductas que por su escasa importancia no son capaces de afectar a la competencia, o bien no ha resultado acreditada la existencia de conductas prohibidas.

Como se deduce de la redacción del citado artículo 52.1 de la LDC, que habla de los presuntos infractores, el procedimiento de terminación convencional en la normativa española no tiene como presupuesto una previa declaración de infracción por parte de la autoridad de competencia, ni tan siquiera es preciso que el órgano de instrucción haya formulado pliego de concreción de hechos, como ocurre en este caso, ya que es un instrumento previsto para que de forma temprana, y ante la incoación por parte de las autoridades de competencia de un expediente sancionador por considerar que existen indicios de infracción, el incoado pueda poner fin al expediente de forma rápida –coadyuvando al principio de eficacia administrativa, posibilitando una utilización más adecuada de los recursos con un acortamiento de los plazos de resolución del expediente sancionador–, siempre que proponga compromisos que a juicio de la autoridad de competencia resuelvan los posibles efectos que las conductas, indiciariamente infractoras, pudieran tener sobre la competencia.

De conformidad con la Comunicación de la CNC sobre terminación convencional de expedientes sancionadores (2011), y según se ha señalado, los compromisos deben ser de tal naturaleza que resuelvan la situación anticompetitiva analizada, de forma que deben establecerse garantías sobre el comportamiento futuro de los supuestos infractores y mitigar o resolver los efectos perniciosos de las supuestas conductas anticompetitivas.

Esta Sala se pronunciará sobre la propuesta de terminación convencional del expediente en función de que los compromisos propuestos resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas investigadas que pudieran ser contrarias a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y que garanticen suficientemente el interés público.

El objeto del presente expediente son los acuerdos firmados por SSA con distribuidores independientes que estarían restringiendo la distribución y/o comercialización en España de productos con la marca *Schweppes*® que no hayan sido fabricados por SSA, lo que excedería del ejercicio legítimo de sus derechos de marca de acuerdo con el principio de agotamiento del derecho de marca, y estarían obstaculizando o impidiendo las importaciones paralelas de estos productos, lo que podría suponer una infracción de los artículos 1.1.b) de la LDC y 101 del TFUE.

De acuerdo con la jurisprudencia mencionada anteriormente, SSA, como licenciatario exclusivo en el territorio nacional, no puede prohibir las importaciones de productos *Schweppes*® provenientes de otros Estados Miembros de la Unión Europea cuando han sido comercializados por SIL (matriz de SSA y titular del derecho de marca) o con su consentimiento.

Según el apartado 24 de la Comunicación de la CNC sobre Terminación Convencional de expedientes sancionadores, la CNMC valorará que las propuestas cumplan los requisitos de resolver de manera clara e inequívoca los problemas de competencia detectados, que los compromisos puedan implementarse de manera rápida y efectiva, y que la vigilancia del cumplimiento sea viable y eficaz.

En el presente caso, la terminación convencional pretende poner fin al expediente sancionador S/DC/0548/15 SCHWEPPEES, resolviendo mediante compromisos presentados por SSA el potencial problema de competencia derivado de la firma de acuerdos de SSA con sus distribuidores y del inicio y desarrollo de procedimientos judiciales con el fin de restringir la distribución y/o comercialización y/o importación en España de productos con la marca *Schweppes*® que no hayan sido fabricados por SSA (y/o, en su caso, con su autorización), y restringir las importaciones paralelas de estos productos.

No obstante, un incumplimiento de los compromisos pactados podría dar lugar a un procedimiento sancionador por el incumplimiento de dichas obligaciones, en virtud de lo establecido en los artículos 62 de la LDC y 21.4 del RDC, así como a la imposición de multas coercitivas encaminadas a forzar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el acuerdo de terminación convencional.

SEGUNDO.- Valoración jurídica de los compromisos

La terminación del procedimiento sancionador en materia de prácticas prohibidas exige que la propuesta de compromisos por parte, en este caso, de SSA, resuelva los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y que quede suficientemente garantizado el interés público.

Los compromisos contenidos en la propuesta presentada por SSA se basan en la no obstaculización de los productos marca *Schweppes*® que hayan sido comercializados por SIL (matriz de SSA y titular de la marca) o con su consentimiento, de conformidad con el principio del agotamiento del derecho de marca y, en concreto:

- (i) para aquellos acuerdos ya firmados, la modificación de su literalidad para reflejar que únicamente SSA se opone a la importación y/o distribución y/o

comercialización de la tónica *Schweppes*® proveniente de Reino Unido fabricada por COCA-COLA;

- (ii) para los futuros acuerdos, su contenido se ceñirá exclusivamente a prohibir la tónica *Schweppes*® proveniente de Reino Unido y fabricada por COCA-COLA; y
- (iii) para los procedimientos judiciales en tramitación, durante todos los procesos, las pretensiones de SSA se ceñirán únicamente a la tónica *Schweppes*® proveniente de Reino Unido y fabricada por COCA-COLA y, en cuanto a las futuras resoluciones judiciales y las medidas cautelares vigentes que no se adecúen al espíritu de estos compromisos, se solicitará ante el órgano judicial la modificación de su contenido.

En el informe propuesta elevado (párrafos 94 y siguientes), la DC considera que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria analizada anteriormente, SSA, como licenciatario exclusivo en el territorio nacional, no puede prohibir las importaciones de productos *Schweppes*® provenientes de otros Estados Miembros de la Unión Europea cuando han sido comercializados por SIL (matriz de SSA y titular de la marca) o con su consentimiento. La valoración por la Sala de Competencia del Consejo de los compromisos propuestos por SSA en su escrito de 13 de junio de 2016 coincide con la realizada por la DC, considerando que los mismos pueden resultar adecuados para restablecer las condiciones de competencia efectiva en el mercado nacional de distribución y comercialización de tónica y eliminar algunas de las prácticas investigadas en el expediente

Esta Sala, coincidiendo con el criterio de la DC, considera que los efectos sobre la competencia de los acuerdos firmados por SSA con sus distribuidores independientes quedan resueltos por los compromisos propuestos: de una parte, por lo que se refiere a los distribuidores firmantes de acuerdos, estos recibirán una carta aclaratoria, especificando que el ámbito de aplicación de la prohibición se ciñe exclusivamente a los productos de Reino Unido fabricados por COCA-COLA, y firmarán con SSA una adenda a los acuerdos anteriores recogiendo dicha clarificación. Asimismo, SSA se compromete a que los acuerdos que pueda firmar en un futuro se ciñan expresamente a la tónica proveniente de Reino Unido fabricada por COCA-COLA. Por último, para reforzar el conocimiento generalizado por el mercado de los límites de los derechos conferidos por la marca de SSA, ésta se obliga a mantener publicada la resolución del Consejo, al menos durante un año, en su página web.

De otra parte, y por lo que se refiere a los procedimientos judiciales que siguen en curso, SSA ha de asegurar que la resolución judicial final se refiera, en cuanto al

alcance de la prohibición, a los productos provenientes de Reino Unido que hayan sido fabricados por COCA-COLA. Asimismo, se compromete a solicitar a los órganos judiciales correspondientes la modificación de las medidas cautelares que han sido adoptadas y que vayan más allá de sus derechos de marca, conforme a los expuesto anteriormente.

En consecuencia, esta Sala entiende que los compromisos definitivos propuestos por SSA resuelven los problemas de competencia identificados derivados de la conducta de SSA en España en el mercado nacional de distribución y comercialización de tónica, salvaguardando debidamente el interés público.

La presente terminación convencional debe entenderse en todo caso sin perjuicio del resultado del asunto C-291/16, Schweppes S.A. / Exclusivas Ramírez S.L. y de la sentencia que pueda llegar a emitir el TJUE en el mismo en relación a la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2008/95, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, así como del resultado del procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona en el que dicha cuestión prejudicial fue formulada.

TERCERO. Ejecución de los compromisos y vigilancia de su cumplimiento

El artículo 52.2 de la LDC señala que *“Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento”*. Por tanto, dado que la presente Resolución del Consejo valora los compromisos presentados el 13 de junio de 2016 como adecuados y pone fin al procedimiento sancionador mediante su terminación convencional, la entidad SSA viene obligada al cumplimiento de los citados compromisos.

Por lo que se refiere a la vigilancia de los compromisos, estos dotan a la CNMC de los instrumentos necesarios para garantizar su cumplimiento. A tal efecto, SSA deberá:

- En relación al primer compromiso, facilitar, con carácter semestral, a contar desde la fecha de Resolución de este expediente, copia de las adendas firmadas;
- En relación al segundo compromiso, facilitar, con carácter semestral, a contar desde la fecha de la Resolución del expediente, y durante un período de dos años, copia de los acuerdos que se alcancen;

- Respecto al tercer compromiso, remitir a la Dirección de Competencia, con carácter semestral a contar desde la fecha de Resolución del expediente, copia de los documentos relevantes: resoluciones judiciales y escritos relacionados con la modificación de las medidas cautelares; y
- Mantener durante un año, a contar desde la fecha de Resolución de este expediente, en su página web corporativa, la publicación del contenido de dicha Resolución.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO. Declarar adecuados y vinculantes los compromisos presentados por SCHWEPPEES, S.A. (SSA), recogidos en el Apartado IV de los Hechos Acreditados de esta Resolución y que se contienen en el Anexo a la misma y, en vista de ello, acordar la terminación convencional del expediente sancionador S/DC/0548/15 SCHWEPPEES, al amparo de lo previsto en el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO. Acordar que, para asegurar el debido cumplimiento de esta Resolución de terminación convencional, SSA deberá cumplir las obligaciones contenidas en el Apartado IV de los Hechos Acreditados (“Los compromisos presentados”), conforme a la interpretación recogida en la misma.

TERCERO. Encomendar la vigilancia de la Resolución de terminación convencional y, por tanto, de los compromisos alcanzados y de las obligaciones contraídas, a la Dirección de Competencia.

CUARTO. El incumplimiento de cualquiera de los compromisos tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia y en el artículo 39.7 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo acudir ante el orden jurisdiccional

contencioso-administrativo en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación.

ANEXO

PROPUESTA DE COMPROMISOS DE SSA DE 13 DE JUNIO DE 2016

“4.- COMPROMISOS PROPUESTOS EN RELACIÓN A LOS ACUERDOS:

SSA entiende que, tal y como explicaba en la Solicitud, los Acuerdos respecto de los que sería preciso clarificar su extensión y ámbito de aplicación son aquellos de cuya redacción no se desprende con suficiente detalle que el acuerdo de no comercializar en España tónica Schweppes® se limita al producto fabricado en el Reino Unido por COCA-COLA ENTERPRISES LTD, es decir, los alcanzados con los Comercializadores enumerados en el epígrafe B. del apartado segundo.

No obstante lo anterior, toda vez que existen otros aspectos que pudieran ser relevantes para acordar la terminación convencional, SSA quisiera agrupar los compromisos ofrecidos en tres grupos:

1.- Compromisos ofrecidos en relación a los acuerdos alcanzados con Comercializadores, en los que no se establece expresamente la limitación de su ámbito de aplicación a la tónica proveniente de Reino Unido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD.¹⁴ (ver epígrafe B del apartado 2):

- a. *SSA remitirá, en el plazo máximo de 3 meses desde la fecha de la resolución del Consejo de la CNMC que establezca la terminación convencional del Expediente (la "**Resolución**"), que se extenderían a 4 en caso de que el mes de agosto fuera uno de ellos, una nueva carta aclaratoria a las Comercializadoras firmantes de estos Acuerdos, vía burofax, a través de la cual se vuelva a eliminar cualquier posible malinterpretación del contenido de los mismos, clarificando que el objeto de dichos acuerdos y, por tanto, el compromiso a cesar en la comercialización se ciñe exclusiva y únicamente a tónica Schweppes® que proviene de Reino Unido y que ha sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD (la "**Carta Aclaratoria**").*

¹⁴ SSA entiende que, a pesar de que no consta expresamente la limitación del ámbito de aplicación de éstos Acuerdos a la referida tónica Schweppes® procedente de Reino Unido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD, éste sentido se desprende tanto del contenido global del Acuerdo como de las negociaciones llevadas a cabo con cada uno de los Comercializadores para su firma. Además, cabe destacar que, con el fin de solventar cualquier duda interpretativa que pudieran albergar al efecto los referidos Comercializadores, SSA les remitió un carta aclaradora vía burofax a cada uno de ellos (copia de la cual se adjuntada como Anexo 7 del escrito de contestación al requerimiento de información de esta Subdirección de fecha 24 de abril de 2015) recalcando que el objeto de todos los Acuerdos firmados se limitaba exclusivamente a la tónica Schweppes® de Reino Unido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD.

Se propone asimismo la firma con todas las Comercializadoras afectadas de una Adenda a los acuerdos firmados cuyo contenido aclararía que el ámbito de aplicación de los mismos se limita a la tónica Schweppes® proveniente del Reino Unido y que haya sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD. A tal efecto, se remitiría a dichos Comercializadores para su firma junto con la Carta Aclaratoria una adenda pre-firmada por SSA¹⁵. SSA propone que la Carta Aclaratoria tenga el siguiente contenido:

"Estimado []

Nos ponemos en contacto con Vd. en relación al acuerdo amistoso que fue firmado entre [] y Schweppes S.A. el pasado [], ante la existencia de un conflicto en materia de propiedad industrial, y por medio del cual se acordó como Vd sabe. el cese por parte de su sociedad de la comercialización en España de tónica Schweppes® que proviene de Reino Unido y que ha sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD. (el "Acuerdo")

El propósito de la presente carta es el de clarificar, tal y como ya hicimos en nuestra carta de [], que el cese en la comercialización a que se refiere el Acuerdo se limita estrictamente a la referida tónica Schweppes® proveniente del Reino Unido y que haya sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD".

Adjuntamos una Adenda al Acuerdo suscrito, prefirrada por Schweppes S.A. incluyendo expresamente la clarificación contenida en la presente carta, es decir, que todos los compromisos adquiridos se ciñen exclusivamente al ámbito de la tónica Schweppes® proveniente del Reino Unido y que haya sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD. Le estaríamos muy agradecidos si pudiera firmar dos copias de la misma, quedándose una copia y devolviendo la otra a Schweppes S.A.

Estamos a su disposición para elevar a público la Adenda firmada si lo estimara oportuno.

Atentamente,"

¹⁵ SSA quisiera destacar que si bien puede comprometerse a ofrecer la firma de una adenda al acuerdo con los Comercializadores, no puede hacerlo a que los mismos consientan en firmarla, pues ello requerirá en cualquier caso de la voluntad favorable de los referidos Comercializadores. SSA pondrá en conocimiento de esta Subdirección toda incidencia que pueda producirse en este sentido.

- b. SSA se pondrá a disposición de las Comercializadoras firmantes de las Adendas al Acuerdo explicadas en el punto anterior, para su elevación a público.*
- c. SSA facilitará a esta Subdirección, con carácter semestral, a contar desde la fecha de la Resolución, copia de las Adendas firmadas.*
- d. SSA se compromete a continuar¹⁶ absteniéndose de realizar ninguna actuación frente a los Comercializadores distribuidores firmantes de estos Acuerdos por la potencial comercialización de otros productos identificados con la marca Schweppes® que no sean los expresamente señalados, siempre y cuando no se detecte una nueva infracción de los derechos de propiedad industrial de SSA¹⁷.*

2.- En relación a los futuros acuerdos que puedan ser firmados por SSA con Comercializadores con los que se haya iniciado o se vayan a iniciar acciones tendentes a impedir la ilícita importación de tónica proveniente de Reino Unido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD:

- e. El contenido de los futuros Acuerdos que eventualmente se alcancen con otros Comercializadores se ceñirá única y exclusivamente a tónica Schweppes® que proviene de Reino Unido y que ha sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD.*
- f. SSA someterá todos los acuerdos alcanzados en sede judicial a la homologación de los mismos por parte de los tribunales relevantes.*

¹⁶ Como se destacaba en la Solicitud, SSA ya cumple en la actualidad con este compromiso, pues nunca ha realizado actuación alguna, ni judicial ni extrajudicial, ni frente a estos Comercializadores ni frente a ningún otro, por la comercialización de cualquier producto que no sea — exclusivamente— la tónica Schweppes® que proviene de Reino Unido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD-.

¹⁷ SSA quisiera destacar que los presentes compromisos se plantean en el contexto del Expediente, que afecta en particular a los Acuerdos alcanzados con los Comercializadores en relación a la importación de tónica Schweppes® proveniente de Reino Unido y que ha sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD. Como SSA ha tenido ocasión de manifestar a esta Subdirección en los contactos mantenidos en relación a la terminación convencional del Expediente, entiende que los mismos no se extienden a las eventuales acciones futuras que pudiera verse obligada a adoptar contra la importación ilícita de tónica proveniente de otros Estados Miembros en los que la marca Schweppes® sea ostentada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD, y que se produzcan en infracción de sus derechos marcarios. En cualquier caso, en el supuesto de que SSA se viera obligada a iniciar acciones contra distribuidores por estos hechos, tendrá muy presente los presentes compromisos, y limitará el ámbito de cualquier posible acuerdo amistoso alcanzado con dichos comercializadores a lo estrictamente necesario.

- g. *SSA facilitará a esta Subdirección, con carácter semestral, a contar desde la fecha de la Resolución, y durante un periodo de dos años, copia de aquellos acuerdos que se alcancen con estos Comercializadores.*

3.- En relación a los procedimientos judiciales que se encuentran en tramitación (ver epígrafe 3):

- h. *SSA velará por que, en el transcurso de todos los procedimientos judiciales en tramitación, ya sea en fase de medidas cautelares y/o diligencias preliminares, ya sea durante el procedimiento ordinario, recursos o ejecución, todos los pedimentos se ciñan exclusivamente a la tónica Schweppes® proveniente del Reino Unido y que haya sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD.*
- i. *En el caso de detectar algún error involuntario en este sentido en el texto de las resoluciones judiciales, SSA se compromete a solicitar la corrección y/o subsanación de las mismas, de manera que en la parte dispositiva se haga referencia exclusivamente a la tónica Schweppes® proveniente del Reino Unido y que haya sido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD.*
- j. *SSA se compromete a que en los casos en los que pueda existir un error o la redacción pueda producir confusión en cuanto a que la resolución judicial únicamente se refiere a la importación de tónica proveniente de Reino Unido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD, y no sea subsanado mediante la petición de aclaración y corrección (ex art. 214 LEC) y/o subsanación y complemento (ex art. 215), a recurrir utilizando los recursos legalmente establecidos (reposición y/o apelación) para que el tribunal modifique la resolución en el sentido de que en ningún caso pueda existir error alguno o dar lugar a una interpretación errónea de la resolución judicial.*
- k. *Respecto a las medidas cautelares que actualmente se encuentran acordadas y en vigor, SSA se compromete a SSA se compromete a, en aquellos casos en los que se han solicitado medidas cautelares para hacer frente a la comercialización en España de tónica Schweppes® fabricada en Reino Unido por COCA-COLA ENTERPRISES LTD., que hayan sido acordadas, y en las que en el Auto que las acuerda se haga referencia únicamente a "cesar en la comercialización de productos no fabricados por Schweppes S.A.", a presentar en el plazo máximo de un mes desde la fecha de la Resolución, que se extendería a 2 meses en caso de que el plazo inicialmente previsto venciera en el mes de agosto,*

un escrito ante los Juzgados de lo Mercantil competentes solicitando la aclaración y modificación de las mismas en el sentido de que se precise en el fallo que las medidas cautelares acordadas se refieren exclusivamente a "cesar en la comercialización de tónica Schweppes® proveniente del Reino Unido del Grupo COCA-COLA ENTERPRISES, al no haber sido fabricada por Schweppes S.A. o un tercero autorizado por el titular de la marca", evitando así que en ningún caso pueda existir error alguno o dar lugar a una interpretación errónea respecto al alcance de las medidas cautelares resolución judicial".

- I. SSA proporcionará a esta Subdirección, con carácter semestral (a contar desde la fecha de la Resolución) copia de aquellos documentos relevantes (resoluciones judiciales y escritos relacionados con la modificación de medidas cautelares) que se adopten en atención a los compromisos enumerados en los anteriores puntos (h) a (k).*

SSA entiende que, puesto que la redacción de los Acuerdos en los que se establece clara y expresamente que el objeto de los mismos es la tónica proveniente de Reino Unido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD (ver epígrafe A del apartado 2 anterior) no deja lugar a dudas, estableciendo de manera expresa, clara y terminante que el objeto de los mismos es exclusivamente la tónica Schweppes® que proviene de Reino Unido fabricada por COCA-COLA ENTERPRISES LTD, no ha lugar a confusión alguna y, por tanto, no se propone ningún compromiso específico en relación a ellos.

SSA se compromete a publicar el texto de la Resolución en su página web corporativa, en el plazo máximo de un mes desde la fecha de la Resolución, y a mantenerlo en la misma durante un periodo mínimo de un año.

Adicionalmente a los Compromisos arriba descritos, SSA asimismo se compromete a respetar escrupulosamente la normativa de competencia de aplicación en su actividad en el mercado".