

ANT.: Denuncia en contra de Porsche SpA por eventuales conductas anticompetitivas. Rol N° 2366-15 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 21 ENE 2016

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ABUSOS UNILATERALES (S)

Por la presente vía informo al señor Fiscal acerca de la admisibilidad de la denuncia indicada, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES DE LAS DENUNCIAS

1. Con fecha 4 de diciembre de 2015 ingresó a esta Fiscalía Nacional Económica (en adelante, "**FNE**") una denuncia reservada en contra de Porsche Chile SpA (en adelante, "**Porsche**"), importador y representante en Chile de las marcas de automóviles Volkswagen, Audi y Skoda.
2. De acuerdo al denunciante, Porsche habría exigido a sus concesionarias la firma de un contrato de distribución, el cual contendría una serie de cláusulas abusivas en desmedro de los concesionarios, pero que estos habrían estado forzados a firmar atendida su posición de dependencia económica respecto de Porsche.
3. A juicio del denunciante, diversas cláusulas del contrato serían abusivas, ya que permitirían a Porsche: (i) obtener el control de la dirección estratégica de los concesionarios; (ii) obtener el control de precios y márgenes de los concesionarios; (iii) obtener información estratégica de los concesionarios; (iv) aumentar discrecionalmente las obligaciones de los concesionarios; y (v)

hacer caer a los concesionarios en incumplimiento de contrato, y, consecuentemente, poner término a los contratos.

II. LA INDUSTRIA

4. La industria de automóviles es considerada como muy competitiva¹. En el mercado operan más de 60 marcas de vehículos livianos y medianos², cada una de las cuales comercializa diversos modelos, existiendo así una amplia gama de vehículos de distintos tipos, precios y calidades. Adicionalmente, y como se observa en la tabla siguiente, no existe ninguna empresa con una participación muy elevada o muy superior en relación a las demás.

Tabla N° 1
Participación de Mercado de Automóviles Livianos y Medianos,
Unidades Vendidas, Años 2014 y 2015 (primer semestre)

Marca	Participación 2015	Participación 2014
Chevrolet	13,5%	14,0%
Kia	10,5%	8,9%
Hyundai	8,8%	9,7%
Suzuki	7,9%	6,3%
Nissan	7,8%	7,0%
Toyota	6,2%	6,9%
Mitsubishi	5,2%	4,1%
Mazda	4,1%	3,2%
Peugeot	3,5%	3,5%
Ford	3,5%	3,9%
Ssangyong	2,5%	2,7%
Renault	2,4%	2,3%
Subaru	2,0%	1,7%
Grupo Chrysler	1,8%	2,2%
Volkswagen	1,6%	1,8%
(...)		
Audi	0,6%	0,6%
Skoda	0,1%	0,1%
(...)		
Otros	18,0%	21,1%

Fuente: Anuario Automotriz 2015/2016, Asociación Nacional Automotriz de Chile (ANAC), Pag. 46

¹ Al respecto véase, por ejemplo, los Dictámenes de la Comisión Preventiva Central números 808 de fecha 11 de junio de 1992, *Consulta de Nichimen Corporation*; 896 de 28 de enero de 1994, *Denuncia de Credisur Ltda. en contra de Automotores Gildemeister S.A. por discriminación arbitraria*; y 1061 de 22 de enero de 1999, *Consulta de General Motors Chile S.A. sobre contrato de concesión y post-venta automotriz*.

² Asociación Nacional Automotriz (ANAC), Anuario Automotriz 2015/2016.

5. El sector automotriz se caracteriza por operar a través de diversas empresas extranjeras que importan sus vehículos a Chile, quienes cuentan con un agente o representante de la marca en el país. El representante de la marca nombra a diversos distribuidores minoristas como concesionarios de sus marcas, sin perjuicio de poder también vender directamente los vehículos a través de tiendas propias. Así, a través de dichos contratos de concesión, la marca logra crear una red de ventas que abarque distintas zonas del país.
6. Como se aprecia en la Tabla 1, Porsche tiene una participación minoritaria el mercado de venta de automóviles livianos y medianos, refrendado en el hecho de que sus marcas (Volkswagen, Audi y Skoda) detentan cuotas de mercado que, agregadas, sólo alcanzan al 2,3% para el año 2015.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

7. Según lo señalado por el denunciante, en diciembre de 2015 Porsche exigió a sus concesionarios la firma de un contrato de concesión, como condición para continuar siendo distribuidor de los automóviles Volkswagen, Audi y Skoda. Dicho contrato, en opinión del denunciante, contiene varias cláusulas impuestas por Porsche que constituirían un abuso de la dependencia económica que tienen los concesionarios con el representante de dichas marcas.
8. En primer lugar, el denunciante objeta la cláusula en virtud de la cual Porsche debe aprobar todo nombramiento de los cargos directivos estratégicos de la concesionaria (tales como gerente general, gerente de marca, Servicio y Jefes de Venta y Administración)³, ya que ésta permitiría a Porsche obtener el control de la dirección estratégica de los concesionarios.
9. En segundo lugar, el denunciante cuestiona la cláusula en virtud de la cual el importador sugiere un precio de venta para los productos objeto del contrato y fija un margen al concesionario que puede ajustar según “condiciones de mercado”, o reducir en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones

³ Artículo 3, punto 6, del borrador de contrato tenido a la vista por esta División.

del contrato por parte del concesionario⁴, ya que a su juicio dicha cláusula permitiría a Porsche obtener el control de precios y márgenes de los concesionarios.

10. En tercer lugar, el denunciante desaprueba la cláusula en virtud del cual se obliga al concesionario a participar en los programas ofrecidos por Porsche para el intercambio de datos de los clientes⁵, ya que éste permitiría al importador obtener información estratégica de los concesionarios.
11. En cuarto lugar, el denunciante indica que diversas cláusulas contractuales otorgan gran arbitrariedad a Porsche, lo que le permite a ésta aumentar discrecionalmente las obligaciones de los concesionarios. A juicio del denunciante, dicha discrecionalidad queda de manifiesto en los denominados "*Lineamientos del Importador*", que sin estar definidos ni delimitados en el contrato o en sus anexos, forman parte fundamental de éste⁶.
12. Por último, el denunciante critica que el importador pueda a través de lineamientos y circulares modificar las obligaciones, cargas y responsabilidades del concesionario, por cuanto ello permitiría a Porsche hacer caer a los concesionarios en incumplimiento de contrato y, consecuentemente, poner término a los contratos⁷.
13. A objeto de determinar eventuales efectos anticompetitivos de las cláusulas reseñadas precedentemente, resulta indispensable analizarlas en su contexto económico y legal, esto es, analizar dichas cláusulas en el contexto particular del mercado en que tienen lugar⁸.
14. Al respecto, el mercado automotriz, tanto en Chile como a nivel mundial, es atomizado, observándose una fuerte competencia entre las distintas marcas

⁴ Artículo 17, puntos 2, 3, 4 y 5 del borrador de contrato tenido a la vista por esta División.

⁵ Artículo 10, punto 2, del borrador de contrato tenido a la vista por esta División.

⁶ Artículo 1 (y otros) del borrador de contrato tenido a la vista por esta División.

⁷ Artículo 21 del borrador de contrato tenido a la vista por esta División.

⁸ Al respecto, véase la Guía para el Análisis de Restricciones Verticales de la Fiscalía Nacional Económica, Junio 2014, pág. 13.

de vehículos. Los fabricantes invierten importantes sumas de dinero en desarrollar nuevos productos y modelos para atraer a sus clientes, así como en publicidad para la creación de sus marcas. Sin embargo, el fabricante no puede por sí solo alcanzar los distintos puntos a nivel mundial en los cuales se demandan sus vehículos, en virtud de lo cual otorga la concesión de estos a diversos actores.

15. En virtud de los contratos de concesión, el fabricante otorga a su distribuidor la posibilidad de vender sus vehículos, generalmente de manera exclusiva en un determinado territorio. Como contrapartida a esta distribución, el concesionario debe asumir diversas obligaciones que permitan al fabricante mantener un determinado estándar de calidad uniforme en sus distintos puntos de ventas, tales como tener infraestructura adecuada para la exhibición de los vehículos, mantener un inventario mínimo de los mismos y repuestos originales, contar con servicios de post-venta apropiados, cumplir con un precio máximo de venta, entre otros⁹.
16. De esta manera, ambas partes comerciales se necesitan mutuamente para el desarrollo del negocio¹⁰, y juegan un rol esencial para la captación y mantención de clientes; el fabricante invierte en la marca y en el desarrollo del producto, mientras que el distribuidor se encarga de prestar al cliente los servicios de pre y post venta.
17. En este contexto, y según los antecedentes recopilados por esta División en el contexto del análisis de admisibilidad, el contrato impuesto por Porsche a los distribuidores de las marcas Volkswagen, Audi y Skoda es bastante similar a los existentes con otras marcas, y buscan garantizar al fabricante el buen

⁹ Al respecto véase, por ejemplo, los Dictámenes números 808, 896 y 1061 de la Comisión Preventiva Central citados en 1.

¹⁰ En este sentido, se ha señalado que “[los] acuerdos verticales pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto, pueden dar lugar a una reducción de los costes de transacción y distribución de las partes y optimizar sus niveles de ventas y de inversión” Reglamento (UE) No 461/2010 de la Comisión Europea, de 27 de mayo de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

desempeño del distribuidor, por cuanto este redunda directamente en un beneficio propio.

18. Así, en primer lugar, la cláusula que requiere la aprobación del fabricante para el nombramiento de ciertos cargos estratégicos, buscaría que dichos cargos sean detentados por personas idóneas y calificadas, y no tener injerencia en las decisiones estratégicas del concesionario. Lo anterior se refuerza considerando que, como señala el contrato, dicha aprobación no puede negarse sin causa justificada¹¹.
19. En segundo lugar, la cláusula en virtud de la cual el importador sugiere un precio de venta y garantiza un margen al concesionario, busca otorgar una uniformidad de los precios de lista de los vehículos en los distintos puntos de venta así como también fijar un nivel máximo de precio. Así, según pudo constatar esta División, el precio de lista que se informa a público es común para todos los concesionarios, siendo éstos informados por el fabricante, pero dejando en libertad a los concesionarios para de fijar el precio de venta final al consumidor, otorgando descuentos sobre el precio de lista¹².
20. En tercer lugar, los programas de intercambio de datos de los clientes permiten al fabricante crear una base de datos de los usuarios de sus vehículos, de manera de evaluar su experiencia con el producto o con el servicio, entregar información, dirigir ofertas promocionales, entre otros.
21. En cuarto lugar, en relación a la posibilidad del importador de dictar lineamientos que sean obligatorios para los concesionarios, dicha cláusula no puede interpretarse en abstracto. Si bien ésta podría utilizarse arbitrariamente en desmedro de los concesionarios como señala el denunciante, ello es inconsistente con la relación comercial existente entre el fabricante y el distribuidor, por cuanto aquél necesita de éste último para el buen desarrollo

¹¹ Artículo 3, punto 6 del borrador de contrato tenido a la vista por esta División:

*"(...)Todo nombramiento de los cargos directivos estratégicos [...] deberá ser aprobada previamente por el Importador. **El importador no negará su consentimiento sin expresión de causa.**(...)"* [Énfasis agregado].

¹² Según la declaración de un concesionario de Porsche de fecha 29 de diciembre de 2015.

de su negocio. Por lo demás, esta cláusula permite otorgar mayor flexibilidad a la relación comercial, permitiendo al importador hacerse cargo de diversos temas sin necesidad de modificar el contrato. Lo anterior no obsta a que, en caso de utilizarse esta cláusula arbitrariamente, ello pueda analizarse en su oportunidad.

22. Finalmente, resulta necesario pronunciarse respecto de la alegación del denunciante de que los concesionarios se encontrarían en una posición de dependencia económica con el importador, lo que habilitaría a éste a imponer cláusulas abusivas en los contratos de distribución.
23. Al respecto, cabe considerarse que una situación de dependencia económica se produce cuando no existen suficientes alternativas de suministro de un determinado insumo, por lo que la viabilidad de las empresas aguas abajo depende de la continuación del suministro por parte de la proveedora de dicho insumo¹³.
24. Así, en este caso en particular, no se configuraría una situación de dependencia económica, por cuanto el mercado automotriz es competitivo, existiendo diversas alternativas de las cuales un concesionario puede proveerse de vehículos nuevos para la venta. De hecho, diversos concesionarios de vehículos importados por Porsche son a su vez concesionarios de vehículos de otras marcas¹⁴, no existiendo limitación en el contrato al respecto¹⁵.

¹³ Véase, por ejemplo *Lotterievertrieb*, sentencia del Tribunal Federal de Justicia Alemán (Bundesgerichtshof), del 7 de marzo de 1989; *Bahnhofsbuchhandel*, sentencia del Tribunal Federal de Justicia Alemán (Bundesgerichtshof), del 17 de marzo de 1998; *Depotkosmetik*, sentencia del Tribunal Federal de Justicia Alemán (Bundesgerichtshof), del 12 de mayo de 1998; y *La Cinq*, sentencia de la Corte de Apelaciones de París, de 10 de febrero de 1992.

¹⁴ Por ejemplo, Círculo Autos, Salazar Israel, y Carmona y Cia.

¹⁵ El borrador de contrato tenido a la vista por esta División solamente limita la posibilidad de que otros vehículos sean vendidos en las mismas sucursales, sin autorización del importador, pero no limita la posibilidad de que el concesionario ponga otras salas de venta para la distribución de vehículos de otras marcas. Al respecto, véase el artículo 3, punto 5 del borrador de contrato:

“En las Sucursales, el Concesionario no podrá vender directa ni indirectamente vehículos nuevos de marcas diferentes a VOLKSWAGEN PASAJEROS, salvo que para tal efecto, cuente con el consentimiento previo y por escrito del importador”.

IV. CONCLUSIONES

25. Que en relación a los supuestos actos anticompetitivos denunciados en el mercado automotriz, esta División no ha podido determinar la existencia de antecedentes que den cuenta de posibles infracciones a la libre competencia.
26. En efecto, considerando la estructura de la industria automotriz y el modelo de negocios estándar existente ésta, las cláusulas objeto de la denuncia no se observan como abusivas.
27. Dado lo anterior, se recomienda al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, el archivo de esta denuncia.

Saluda atentamente a usted,


JID


GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ABUSOS UNILATERALES (S)