



FUNDACIÓN CEFI - XIV CURSO DE DERECHO FARMACÉUTICO

Posición de dominio y tipos de descuentos pro-competitivos

(Antonio Martínez, Socio Allen & Overy)

antonio.martinez@allenoverly.com

Madrid- 26 de abril de 2016

Introducción

1. Abuso de Posición de Dominio
2. Descuentos comerciales y Derecho de la Competencia

ALLEN & OVERY



1. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Abuso de posición de dominio

Art. 2 LDC

Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

Art. 102 TFUE

Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Posición de dominio

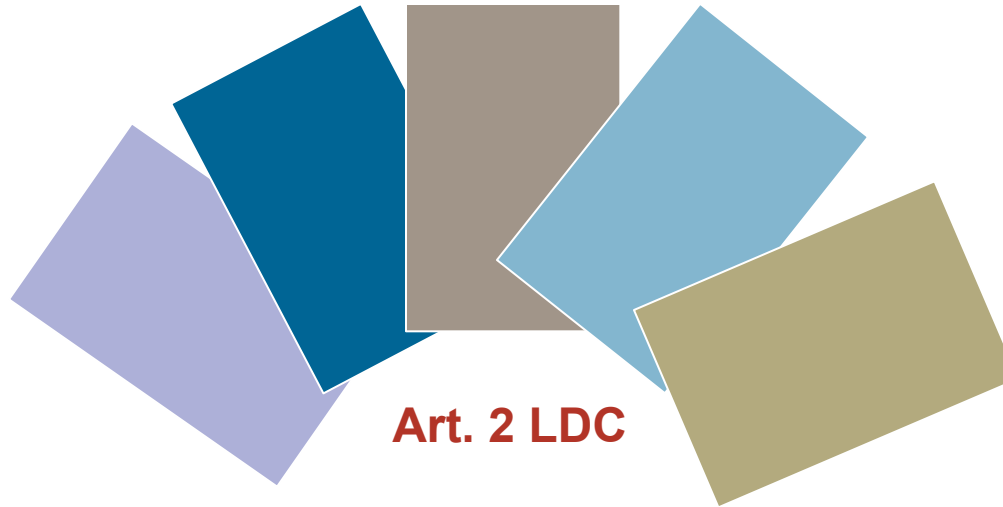
- Posición de fortaleza económica que permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva permitiendo a quien la ostenta comportarse con suficiente **independencia** de sus **competidores, clientes y consumidores** (STJUE *United Brands*)
- Implica un alto grado de **poder de mercado**
- Especial responsabilidad de las empresas en posición de dominio



- No es probable que haya posición de dominio si la cuota de mercado de la empresa es inferior al 40%
- Consideración de las barreras legales, economías de escala o alcance, acceso privilegiado a insumos esenciales o recursos naturales, tecnología...
- Poder de negociación de la demanda

Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado

Conductas constitutivas de abuso de posición de dominio



La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos

La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, colocando a unos competidores en desventaja frente a otros.

La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con su objeto

Tipos de Abusos

Excluyentes

- Provocan un efecto de cierre del mercado
- Impiden la entrada o desarrollo de un competidor nuevo
- ¿Reducen el beneficio del consumidor?
- Ejemplos: precios predatorios, descuentos de exclusividad, negativa de suministro, estrechamiento de márgenes, etc.

Explotativos

- No dan lugar a cierre del mercado
- Pero lesionan los intereses económicos no concurrenciales de proveedores y consumidores
- Ejemplos: precios excesivos, discriminación entre clientes, condiciones comerciales inequitativas, etc.

Expedientes recientes de abusos de posición de dominio

Comisión Europea

Expediente	Conducta	Multa (euros)
Bulgarian Energy Holding (BEH) (10/12/2015)	Restricciones a la reventa de electricidad comprada a BEH	Compromisos
Slovak Telecom (15/10/2014)	Negativa de suministro Estrechamiento de márgenes	38 millones
Motorola Mobility (29/04/2014)	Explotación de patentes esenciales sobre normas GRPS	No se impone sanción
Samsung Electronics (29/04/2014)	Explotación de patentes esenciales sobre normas UMTS	Compromisos
OPCOM (05/03/2014)	Discriminación frente a traders de otros Estados miembros	1 millón

CNMC/CNC

Expediente	Conducta	Multa (euros)
AGEDI/AIE Radio (26/11/2015)	Tarifas discriminatorias e inequitativas	2,79 millones
SGAE Autores (09/07/2015)	Descuentos y tarifas discriminatorias	Compromisos
Correos 2 (21/01/2014)	Estrechamiento de márgenes	8,2 millones
SGAE Conciertos (06/11/2014)	Tarifas inequitativas y excesivas	3,1 millones
Endesa Distribución (10/07/2014)	Cobro indebido por la ejecución de instalaciones de nueva extensión de red	1,18 millones

Investigaciones abiertas

Comisión Europea

Expediente	Conducta	Estado
Qualcomm	Precios predatorios Pagos exclusividad	Pliego de Cargos
International Skating Union	Restricciones a atletas y cierre de mercado a otros organizadores de eventos deportivos	Incoación
Amazon	Distribución E-books	Incoación
Google (Shopping)	Favorecer sus propios productos	Pliego de Cargos
Google (Android)	Vinculación-Venta por paquetes	Pliego de Cargos
Motorola	Ejecución patentes esenciales	Incoación
Gazprom	Fragmentación del mercado de gas en el Centro y Este de Europa	Pliego de Cargos

CNMC/CNC

Expediente	Conducta	Estado
IMS Health	Establecimiento de condiciones contractuales con los distribuidores mayoristas farmacéuticos en España	Incoación
Nokia	Precios inequitativos y discriminatorios Negativa injustificada de suministro	Incoación
Sociedades RENFE	Condiciones discriminatorias en la prestación de servicios de tracción o en el alquiler de vagones	Incoación

Numerosos expedientes archivados/ no incoados

Comisión Europea

Expediente	Conducta denunciada
Magyar Suzuki (14/10/2014)	Ventas paralelas
UEFA (12/10/2014)	Requisitos exigidos a clubes de futbol para competir en las competiciones de la UEFA
Telefónica (3/10/2014)	Cierre de mercado de servicios de tránsito a competidores
Deutsche Telekom (3/10/2014)	Cierre de mercado a competidores
SU/CEZ (24/03/2014)	Precios discriminatorios y condiciones no equitativas

CNMC/CNC

Expediente	Conducta denunciada
CNAE Cursos (12/01/2016)	Prácticas de vinculación por paquetes
Telefónica (29/10/2015)	Estrechamiento de márgenes
Continental Automotive (15/10/2015)	Precios abusivos
Canales TV de Pago (01/09/2015)	Negativa de distribución de canales de tv a plataformas de tv de pago de nueva creación
Binter La Graciosa (30/07/2015)	Prácticas de venta por paquetes
TIB Chemicals AG (23/04/2015)	Negativa de suministro

Posición de domino y sector farmacéutico

Mercado de referencia

Mercado de producto

Clasificación ATC

- Habitualmente nivel ATC3 (indicaciones terapéuticas)
- En ocasiones, nivel ATC4 (igual subgrupo químico)
- No obstante, otras alternativas son posibles (examen caso a caso)

Mercado geográfico

De ámbito nacional



¿Posición de dominio de laboratorios farmacéuticos?

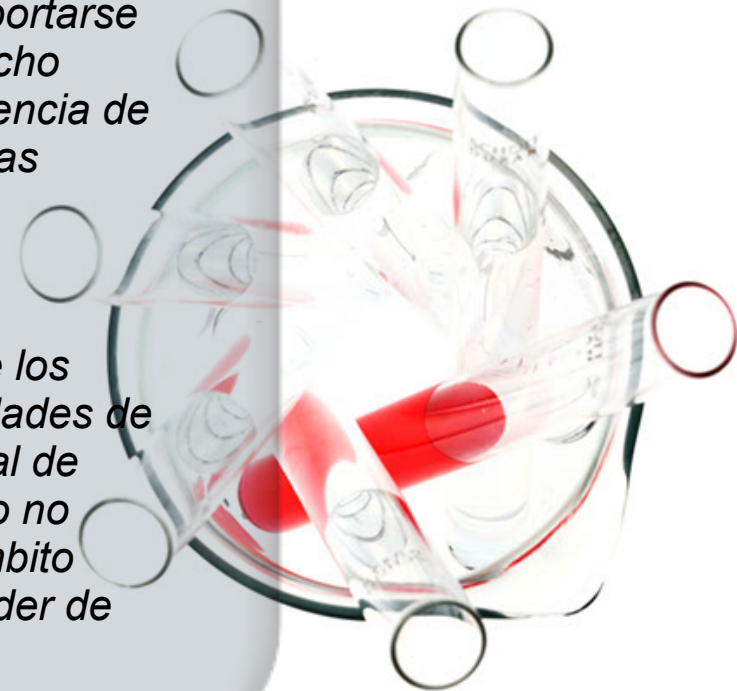
TDC

Expte. 488/2001 Laboratorios Farmacéuticos

“(...) dada la regulación del mercado y el gran poder de compra del Sistema Nacional de Salud, existiendo otras empresas fuertemente instaladas y con productos sustitutivos, unos bien posicionados y otros todavía en fase de investigación, no pudiendo comportarse con independencia respecto de sus competidores y de dicho Sistema Nacional, como cliente, no cabe concluir la existencia de la mencionada posición en los mercados en que operan las empresas denunciadas.”

Expte. R 547/02 Cofares/ Organon

“en este caso, la denunciada no puede desentenderse de los consumidores o clientes que, en el caso de las especialidades de prescripción, están representados por el Sistema Nacional de Salud, con un enorme poder de compra. Finalmente, pero no menos importante, la intervención administrativa en el ámbito farmacéutico dificulta la consecución de un verdadero poder de mercado



¿Posición de dominio de laboratorios farmacéuticos?

Sin embargo...

CNC

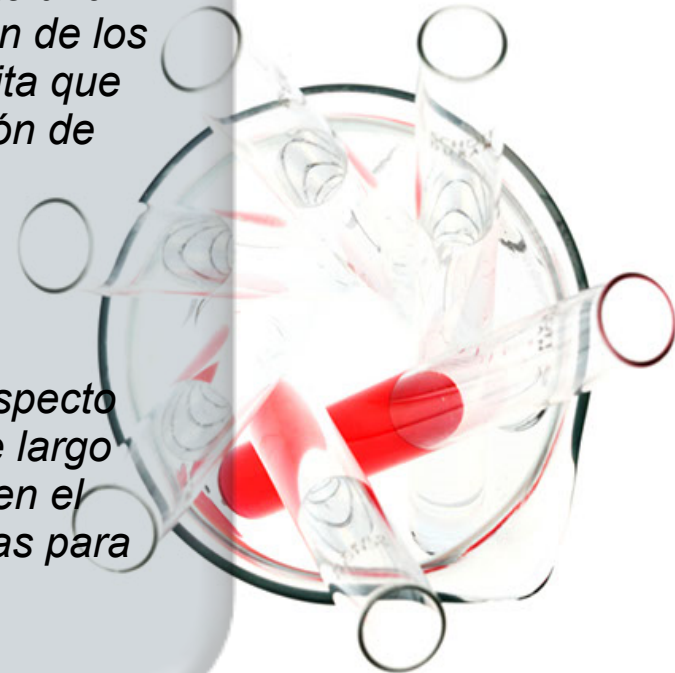
Expte. *SEDIFA/ GRUFARMA* (RCNC 9/06/2010)

“El Consejo considera que el hecho de que nos hallemos ante una actividad regulada de tal modo que la capacidad de actuación de los operadores se pueda ver limitada en ciertos aspectos, no evita que eventualmente se pueda concluir la existencia de una posición de dominio”.

CNMC

Expte. *Pfizer/Xalatan* (RCNC 13/02/2014)

“la exclusividad de la explotación, legalmente reconocida, respecto del principio activo latanoprost confiere a Pfizer, durante este largo periodo de tiempo una posición dominante o monopolística en el mercado de los medicamentos análogos a las prostaglandinas para la cura del glaucoma”



Expedientes de abusos de posición de dominio en el sector farmacéutico

Comisión Europea

Expediente	Conducta	Multa (euros)
Servier (09/07/2014)	Abuso del sistema de patentes	330 millones
Boehringer (06/07/2011)	Abuso del sistema de patentes	Archivo
AstraZeneca (19/06/2006)	Abuso del sistema de patentes	60 millones

CNMC/CNC/TDC

Expediente	Conducta	Multa (euros)
Pfizer (13/02/2014)	Abuso del sistema de patentes	Archivo
Industrial Farmacéutica Cantabria (30/12/2011)	Negativa de suministro Discriminación entre establecimientos de venta tradicional/ electrónica	Archivo
Novartis (25/04/2011)	Abuso del sistema de patentes	Archivo
SEDIFA/ GRUFARMA (09/06/2010)	Limitación de la distribución Negativa suministro Condiciones desiguales	Archivo
COFARCA (26/05/2003)	Cierre de mercado (obligación de compra mínima)	50.000
COFAS (01/09/1999)	Sistema de descuentos por fidelidad	90.000

Expedientes de abusos de posición de dominio en el sector farmacéutico

Otras jurisdicciones

País	Expediente	Conducta	Multa
Portugal	Associação Nacional das Farmácias (Diciembre 2015)	Estrechamiento de márgenes en el mercado de datos comerciales de farmacias y de estudios de farmacia	10,34 millones de euros
Italia	Xalatan (Febrero 2014)	Abuso del sistema de patentes	10,6 millones de euros
Francia	Subutex (Diciembre 2013)	Denigración de un producto genérico competidor	15,3 millones de euros
Francia	Plavix (Mayo 2013)	Denigración de un producto genérico competidor	40,6 millones de euros
Reino Unido	Gaviscon (Abril 2011)	Abuso del sistema de patentes	10,2 millones de libras
Suiza	Documed (Julio 2008)	Precios discriminatorios y negativa de suministro en relación con información sobre productos farmacéuticos	50 mil francos suizos



2. DESCUENTOS COMERCIALES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Descuentos Comerciales y Derecho de la Competencia

Regla general: carácter pro-competitivo



- Pueden beneficiar al cliente
 - Menores precios
- Pueden beneficiar al fabricante/distribuidor
 - Economías de escala
 - Incrementar la producción

Descuentos Comerciales y Derecho de la Competencia

Para todo tipo de supuestos



No obstante, necesidad de análisis previo, especialmente:

Si están vinculados a una conducta no permitida:



- Situación de riesgo, con independencia de que la empresa disponga o no de posición de dominio
- Razón: el descuento forma parte de la conducta ilegal

Descuentos Comerciales y Derecho de la Competencia

Para supuestos de Posición de Dominio

Descuentos no condicionados a una pauta comercial del cliente

Ejemplo: Descuentos por pronto pago

Cuestión a examinar: ¿Existe razón objetiva?

Descuentos condicionados a una pauta comercial del cliente

1. Exclusividad (Fidelidad)
2. Descuentos por volumen
3. Vinculados a la compra de un producto no dominado

Descuentos por exclusividad (fidelidad)

Condicionados a que el cliente adquiriera de la empresa dominante la totalidad o mayor parte del producto en cuestión



*Materialmente
equivalentes a
compra
exclusiva*

Hoffman la Roche (STJUE 13/02/1979)

“El hecho de vincular a los compradores- aunque sea a instancia de éstos- mediante una obligación o promesa de abastecerse, en lo que respecta a la totalidad o gran parte de sus necesidades, exclusivamente en dicha empresa, constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE”

- Constituyen una explotación abusiva de posición dominante si no existe una justificación objetiva para su concesión.
- No se exige que se demuestre una capacidad de restringir la Competencia.

Descuentos por exclusividad (fidelidad)

*Materialmente
equivalentes a
compra
exclusiva*

COFAS (RTDC 01/09/1999)

- *“El <Sistema de Descuentos por Fidelidad> establecido por COFAS no está asociado al volumen de compras (...), sino al porcentaje del potencial total de compras que destinen a dicha cooperativa”*
- *“Objeto del sistema y ánimo de COFAS de atraer el mayor número posible de compradores, lo cual sería lícito si se consiguiera por métodos transparentes”.*
- *“Al conceder ventajas económicas substanciales a las OF [Oficinas de Farmacia] que adquieran la mayor parte de sus pedidos a COFAS, ésta desincentiva que las OF compren a otros suministradores, con lo que se tiende a producir un cierre del mercado”.*

Descuentos por volumen

Retroactivos

Si las compras de un cliente durante un determinado período de referencia superan un cierto umbral, se le concede un descuento sobre todas las compras

Individualizados



Se adaptan a las características propias de cada cliente (Ej. *Michelin I*, *British Airways*, *Tomra*)

Estándar



El umbral es el mismo para todos los clientes o grupos de clientes (Ej. *Michelin II*, *Post Danmark*, *Iberia*)

Incrementales

Si las compras de un cliente durante un determinado período de referencia superan un cierto umbral, se le concede un descuento sobre aquellas unidades adquiridas que superan el umbral

Individualizados



Se adaptan a las características propias de cada cliente

Estándar



El umbral es el mismo para todos los clientes o grupos de clientes

Descuentos vinculados a la compra de un producto no dominado

Bundling

Un descuento multi-producto puede ser contrario a la competencia en el mercado vinculado o en el vinculante si es tan grande que los competidores con igual grado de eficiencia que sólo ofertan una parte de los componentes no pueden competir contra el paquete objeto de descuento

Investigaciones de descuentos en el sector farmacéutico (ejemplos)

País	Fecha	Conducta	Estado
Reino Unido	Diciembre 2015	Investigación de una supuesta infracción de la normativa de competencia por los descuentos ofrecidos por un producto farmacéutico	Investigación en curso
Reino Unido	Junio de 2015	Investigación de una supuesta infracción de la normativa de competencia relativa a descuentos	Archivo
España	Marti Tor Impomedic Noviembre 2010	Política diferente de descuentos a distribuidores	No hay posición de dominio Archivo
Francia	Sandoz Julio de 2003	Descuentos vinculados	Constatación de abuso de posición de dominio Sanción 7,8 millones de euros
Reino Unido	Napp Pharmaceutical Holdings Marzo de 2001	Ofreció descuentos más altos sobre aquellos productos en donde hacía frente a mayor competencia. Efecto e intención de exclusión de competidores.	Constatación de abuso de posición de dominio Sanción de 2,2 millones de libras
España	COFAS Septiembre 2000	Sistema de descuentos de fidelidad	Constatación de abuso de posición de dominio Sanción de 15 millones de pesetas (90.000 euros)

¿Preguntas?

These are presentation slides only. The information within these slides does not constitute definitive advice and should not be used as the basis for giving definitive advice without checking the primary sources.

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. The term partner is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings.