

RESOLUCIÓN

Expte. S/0152/09 CEGEDIM/DENDRITE

Consejo:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 13 de julio de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0152/09 CEGEDIM/DENDRITE que trae causa en la denuncia formulada por la mercantil FORMULAS DE MARKETING, S.L. contra CEGEDIM HISPANIA, S.A. y DENDRITE SPAIN, S.A. por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia consistentes en un supuesto abuso de posición de dominio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 26 de enero de 2009, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, tuvo entrada en esta Dirección de Investigación (DI) escrito de la Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalidad de Cataluña (DGDC) notificando la denuncia formulada por la mercantil FORMULAS DE MARKETING, S.L. (en adelante, FM) contra CEGEDIM HISPANIA, S.A. (en adelante, CEGEDIM) y DENDRITE SPAIN, S.A. (en adelante, DENDRITE) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). En particular, FM denuncia a CEGEDIM por la presunta comisión de un abuso de posición dominante al negarse a cerrar un nuevo contrato que le permita el uso de la base de datos OneKey de prescriptores médicos, con el fin de llevar a cabo campañas de marketing.
2. Con el motivo de esclarecer si se veía afectado por los hechos denunciados un ámbito supraautonómico, la DI acordó la apertura de un periodo de información reservada el 9 de febrero de 2009 en el que requirió información a las partes
3. A la luz de dichas respuestas, con fecha de 22 de abril de 2009, la DI se declaró competente para conocer del asunto y solicitó a la Autoridad Catalana de la Competencia la remisión del expediente original, el cual tuvo entrada en la CNC el 7 de mayo de 2009.

4. Con posterioridad, esta Dirección de Investigación volvió a enviar un requerimiento de información a la denunciante y a las denunciadas, con fecha de 3 de noviembre de 2009, cuyas contestaciones tuvieron entrada en la CNC con fechas 20 de noviembre de 2009 y 11 de noviembre de 2009, respectivamente
5. La Dirección de Investigación ofrece la siguiente información sobre denunciante y denunciados:

FORMULAS DE MARKETING, S.L. (FM) presta servicios de marketing directo, que cubren desde la concepción de la campaña hasta su ejecución. Según dicha empresa, su actividad se centra principalmente en clientes de la industria farmacéutica, la cual supone un 95% de su facturación. Su actividad atañe básicamente a la Comunidad Autónoma de Cataluña, si bien también presta servicios a clientes de fuera de ésta.

CEGEDIM HISPANIA, S.A. (en adelante, CEGEDIM), filial de la francesa CEGEDIM S.A, es una empresa de tecnología y servicios globales especializada en el campo de la atención médica. Su clientela principal está constituida por laboratorios farmacéuticos y trabaja ocasionalmente con agencias de publicidad. En particular, CEGEDIM se halla presente en las siguientes actividades:

- la comercialización de su base de datos de prescriptores médicos y farmacéuticos (base conocida como OneKey),
- la prestación de servicios de marketing en el campo de la salud, y
- la venta de soluciones de gestión de relaciones con clientes “Customer Relationship Management”, (soluciones de CRM), también en el campo de la salud. Más concretamente, se trata de aplicaciones de software que permiten almacenar, tratar y enviar de forma automatizada información recogida por los visitantes médicos de los laboratorios farmacéuticos, de modo a mejorar la eficacia del esfuerzo comercial.

DENDRITE SPAIN, S.A. se halla presente en las mismas actividades que CEGEDIM. DENDRITE es la filial española de la empresa DENDRITE INTERNATIONAL INC.

En mayo de 2007 CEGEDIM S.A. adquirió a la americana DENDRITE INTERNATIONAL INC., por lo que CEGEDIM y DENDRITE pasaron a formar parte del mismo grupo empresarial. Como resultado de la formación de CEGEDIM DENDRITE, en noviembre de 2009 se extinguió DENDRITE, pasando a integrarse en CEGEDIM.

A partir de 2008, CEGEDIM y DENDRITE pasaron a trabajar con una única base de prescriptores médicos y farmacéuticos, denominada OneKey, fruto de la fusión de las bases de datos de CEGEDIM (OneKey) y DENDRITE (Pharbase). Como apunta la DI, con la adquisición de DENDRITE, CEGEDIM pasó a contar con la fuerza de ventas propia que DENDRITE tenía en Cataluña, por lo que CEGEDIM reorganizó su presencia comercial en Cataluña, que antes de la compra de DENDRITE era canalizada primordialmente a través de FM.

Como resultado de la formación de CEGEDIM DENDRITE, en noviembre de 2009 se extinguió DENDRITE, pasando a integrarse en CEGEDIM, por lo que se entenderá que la denuncia pasa a dirigirse exclusivamente contra CEGEDIM.

6. Con base en la información obtenida en la información reservada realizada por la DI se puede realizar la siguiente descripción de las actividades de las partes.

Dentro de las acciones de marketing, cabe distinguir el llamado marketing directo (al que se dedica en exclusiva la denunciante), actividad que consiste en dirigirse a un público objetivo (en el presente caso, los prescriptores, médicos o farmacéuticos), ya sea por correo o por teléfono, para dar a conocer el producto en cuestión (en el presente caso, los fármacos de un laboratorio). Esta acción de promoción se puede desdoblar, a su vez, en las siguientes dos actividades:

- el diseño de la campaña de marketing directo (creatividad, determinación del público objeto de la misma, etc), y
- la ejecución de la campaña, ya sea mediante buzoneo (mailing) o llamadas telefónicas (telemarketing) al público objetivo.

Para la realización de la segunda actividad, es preciso contar con una base de datos de prescriptores, de modo a poderse dirigir al público objetivo de la campaña (por ejemplo, los médicos de una determinada especialidad en una zona geográfica concreta). De no ser propietario de una base de datos, una agencia de marketing o laboratorio que desee realizar una campaña puede acceder a la base de datos como la de CEGEDIM, quien la comercializa para que terceros realicen sus acciones de marketing.

De acuerdo con CEGEDIM, la comercialización de la base de datos no supone la entrega física de la misma, lo que constituiría una cesión y requeriría el consentimiento de los prescriptores conforme a la LOPD, sino que la agencia o laboratorio, para cada acción de marketing, contrata con CEGEDIM para que ella ejecute la campaña. Ahora bien, CEGEDIM no dispone de centro de producción propio para el manipulado y envío, por lo que a su vez subcontrata esta actividad con terceros, con los que firma un contrato de encargado de tratamiento de datos (Artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal), de manera que puedan manipular la base de datos propiedad de CEGEDIM sin precisar, cada vez, del consentimiento previo de los prescriptores incluidos en la misma.

Ambas partes del expediente se hallan presentes en el segmento del marketing directo, aunque no del mismo modo en las actividades que lo conforman. CEGEDIM, que cuenta con una base de datos, ofrece sus servicios en todas las actividades de la cadena de valor del marketing directo, si bien subcontratan con diversas empresas la actividad de ejecución de las campañas, siendo esta mercantil en todo momento quien negocia con los potenciales clientes y asume el riesgo.

FM, mientras estuvo en vigor el contrato con fecha 29 de septiembre de 2004, pudo ejecutar ella misma sus campañas de marketing directo, al haber obtenido de CEGEDIM la mencionada condición de encargado de tratamiento. Sin embargo, debido al fracaso de las negociaciones para cerrar un nuevo contrato con CEGEDIM, FM dejó de tener esa condición y sólo puede realizar directamente el diseño, por lo que tiene que contratar con CEGEDIM para proceder a la ejecución de una campaña.

7. De acuerdo con la denunciante, los mercados de producto que se verían afectados por la conducta denunciada serían dos:
 - por un lado, la comercialización de bases de datos de profesionales sanitarios, y
 - por otro lado, la prestación de servicios de marketing a la industria farmacéutica.

La DI está de acuerdo con el primer mercado definido. Considera en cambio que no hay un mercado de servicios de marketing directo específico de la industria farmacéutica. Los laboratorios farmacéuticos realizan acciones de promoción de ventas de sus productos, ya sean ellos directamente o contratando a empresas de marketing. Estas empresas de marketing suelen prestar servicios a clientes procedentes de múltiples sectores. Así, la sustituibilidad por el lado de la oferta para prestar servicios de marketing a todo tipo de clientes parece significativa, pues las actividades realizadas y las habilidades requeridas son fundamentalmente las mismas para cualquier sector. Cuestión a parte es que estas empresas deban contar como input para realizar esta actividad con una base de datos específica del sector, que contratan.

En ambos casos, el ámbito del mercado afectado sería nacional.

Con todo, la DI considera que a efectos del presente expediente, no resulta necesario pronunciarse sobre la existencia de un mercado específico de servicios de marketing directo específico de la industria farmacéutica, ya que ello no afecta a la valoración de los hechos denunciados. El Consejo coincide con esta conclusión de la DI.

8. De acuerdo con la información obtenida por la DI en la información reservada realizada resultan relevantes los siguientes hechos para el análisis de caso.

FM y CEGEDIM estaban inicialmente vinculados mediante un contrato firmado en 2004, conforme al cual FM actuaba en la Comunidad Autónoma de Cataluña como distribuidor exclusivo de la base de datos OneKey y prestador de servicios de marketing directo (diseño y ejecución de la campaña) empleando la base de datos OneKey.

En mayo de 2007 se produjo la adquisición de la matriz de DENDRITE por parte de la matriz de CEGEDIM. Un mes más tarde, CEGEDIM comunicó a FM su voluntad de no renovar el contrato, por lo que éste finalizaría en septiembre de 2007.

Con todo, CEGEDIM mantuvo con posterioridad contactos con FM de cara a suscribir un nuevo contrato que sucediese a aquél que les unió con anterioridad. Describe la DI los siguientes hitos:

- Reunión de 4 de septiembre de 2007 en la que CEGEDIM y DENDRITE proponen los siguientes cambios en la relación comercial entre ambas partes: pérdida de la exclusividad de FM en la distribución de la base de datos, elevación del coste de esta y cambio del sistema de remuneración de FM.
- En un correo electrónico posterior de 7 de septiembre de 2007, FM se muestra conforme con el cambio de remuneración, manifiesta que con la subida de precios de la base de datos la oferta de FM pierde competitividad en el mercado; y se muestra conforme con la pérdida de exclusividad, pero sugiere la inclusión de una cláusula en el contrato que recoja que la relación entre ambas partes *“no puede ser replicada con otro proveedor externo”*.
- CEGEDIM responde a estos comentarios de FM mediante correo electrónico de 8 de septiembre de 2007 manifestando que los precios de las bases de datos para FM serán los mismos que para CEGEDIM y DENDRITE y que lo determinante para la competitividad en el mercado no es el precio de la base de datos, sino la calidad del servicio. No tiene inconveniente en incluir la cláusula sugerida por FM, pero ello sólo estaría referida a la cuestión de la facturación entre ambas empresas, ya que CEGEDIM seguirá ofreciendo su

base de datos a otras agencias de marketing, (si bien, en este caso, CEGEDIM se ocuparía del manipulado y depósito en correos de la campaña). Según CEGEDIM, a raíz del nuevo contrato, FM sería la única agencia de marketing que tendría firmado con CEGEDIM un contrato de tratamiento de la base de datos por cuenta de terceros para que FM pueda manipular sus propias campañas.

- Posteriormente, CEGEDIM remite a FM tres tipos de contratos para su negociación: dos sobre temas de protección de datos y el tercer contrato, definido por las partes como ‘de colaboración’ y enviado el 12 de noviembre de 2007, iba destinado a regular la relación comercial que se estableciese entre CEGEDIM y DENDRITE, por un lado, y FM, por otro bajo la modalidad de arrendamiento de servicios, que se circunscribía el área de Cataluña y que abarcaba los siguientes ámbitos:
 - Actividad promocional: CEGEDIM y DENDRITE autorizan a FM a promover la contratación de acciones de marketing que empleen sus bases de datos a cambio de que FM proponga con carácter preferente a sus clientes acciones que empleen las bases de datos de CEGEDIM o DENDRITE.
 - Actividad de marketing, fruto de la anterior actividad promocional. Esta actividad se define como el envío a médicos o farmacéuticos recogidos en las bases de datos de CEGEDIM o DENDRITE, de publicidad por cuenta del cliente. CEGEDIM y DENDRITE autorizan a FM para utilizar su base de datos en las acciones de marketing que realice a cambio de un precio.
- FM envía el 13 de diciembre de 2007 su propuesta de contrato en la que introduce, entre otras, las siguientes modificaciones principales al contrato enviado por CEGEDIM, siguiendo indicaciones de sus abogados: distribución con carácter exclusivo de las bases de datos de CEGEDIM y DENDRITE por parte de FM en la Comunidad Autónoma de Cataluña, CEGEDIM y DENDRITE no podrán comercializar sus bases de datos a un precio inferior a aquellos aconsejados que faciliten a FM; duración del contrato pasa a ser de 5 años, renovable automáticamente por períodos sucesivos de 2 años; se suprime la referencia a que la relación no es de agencia, sino de arrendamiento de servicios, compensación en beneficio de FM en caso de extinción contractual, equivalente a la media ponderada de la facturación de FM hacia CEGEDIM y DENDRITE durante los últimos 5 años de relación contractual; en caso de incumplimiento grave del contrato, FM estima que debe existir un preaviso de 3 meses a la otra parte antes de resolver.
- El 14 de diciembre de 2007 los abogados de CEGEDIM responden subrayando que las propuestas de cambio enviadas suponen una modificación sustancial del enfoque del contrato e instando a que se vuelva al enfoque inicial.
- El 24 de enero de 2008 los abogados de FM responden que 1) CEGEDIM viene obligado a negociar dada su posición en el mercado o de lo contrario estará incurriendo en prácticas anticompetitivas y 2) en todo caso, sino se negocia, se debe volver al contrato inicial. Consideran que aunque la terminación del contrato se comunicó conforme al procedimiento acordado, FM ha seguido utilizando la base de datos, por lo que la práctica ha sido que el contrato seguía en vigor.
- El 31 de enero de 2008 mediante correo electrónico CEGEDIM da por terminadas las negociaciones, basándose en el carácter inaceptable, a su juicio, de las modificaciones

que FM quiere introducir en el borrador de contrato enviado. CEGEDIM añade que seguirá facilitando a FM información sobre precios y recuentos de médicos para las campañas que FM realice para sus clientes, si bien no podrá facilitarle directamente los datos al no haber llegado a un acuerdo, por lo que FM deberá utilizar para el manipulado los servicios de los proveedores homologados de CEGEDIM.

- FM responde el 6 de febrero de 2008 mediante correo electrónico en el que manifiesta su sorpresa por la decisión adoptada y reclama una indemnización a CEGEDIM por la clientela que le ha aportado.
 - FM presenta su denuncia ante la DGDC el 31 de julio de 2008.
9. Según la denunciante, el presunto abuso consistiría en una negativa de suministro de la base de datos, por parte de CEGEDIM a FM, de cara a la prestación de servicios de marketing directo (buzoneo y telemarketing). CEGEDIM estaría abusando, por tanto, de una hipotética posición de dominio en el mercado de elaboración y comercialización de bases de datos de prescriptores médicos para extender esta posición de dominio al mercado de marketing directo para empresas farmacéuticas.

La DI admite que la base de datos OneKey es la de referencia en el sector y la de mayor calidad. Sin embargo, considera la DI que pese a la información recopilada, no obran en el expediente datos concluyentes que permitan atribuir a CEGEDIM la condición de operador dominante en la comercialización de bases de datos de profesionales sanitarios. Hay alternativas a la base de datos que produce CEGEDIM aunque, según el denunciante, presentan algunas características que limitan sus sustituibilidad (son menos completas o no permiten segmentar los datos en función de criterios de mercado con la misma facilidad). Entre otras la DI ha identificado las siguientes:

- Saludalia (base de datos Saludbase), Infonis (base de datos Pharmatarget), y Doctoralia disponen de bases de datos médicas.
- PUNTEX, ésta elabora base de datos relativas a directores de hospitales, odontólogos y farmacéuticos.
- Las listas de médicos incluidas en los directorios de las aseguradoras privadas.
- El panel de la empresa Harris Interactive centrado en profesionales médicos.
- Los propios laboratorios farmacéuticos mantienen sus propias de bases de datos, como señala el denunciado.

La DI considera que no cabe apreciar la existencia de una negativa de suministro ‘absoluta’, ya que, como ha quedado acreditado, CEGEDIM y DENDRITE no se niegan a entablar relaciones con FM, sino que simplemente no se produce un acuerdo sobre las condiciones del contrato. Por lo tanto, de existir negativa de suministro en este caso, ésta habría de consistir en una negativa ‘constructiva’, es decir, las condiciones que ofrecía CEGEDIM a FM (y que CEGEDIM no quiso modificar ante los cambios que proponía FM) habrían de resultar ‘no razonables’, lo cual motivaría la negativa de FM a aceptarlas.

CEGEDIM ofrece un acuerdo por el cual FM actuaría como distribuidor de la base de datos, en el que los precios de la base de datos para FM serían los mismos que para CEGEDIM DENDRITE, y en virtud del cual FM sería la única agencia de marketing que tendría firmado con CEGEDIM un contrato de tratamiento por cuenta de terceros para que FM pueda

manipular sus propias campañas. CEGEDIM estaba dispuesta, por tanto, y a tal efecto envió los diferentes borradores de contrato, a dar acceso a FM a su base de datos.

Por su parte FM propone una serie de modificaciones que CEGEDIM considera inaceptables. La DI considera que no hay motivos para que CEGEDIM tenga que aceptar tales modificaciones que, además, *“implican condiciones más restrictivas para la competencia que las originalmente propuestas, cuando no, incluso, potencialmente contrarias a la propia LDC”*.

En otro orden de cosas, tampoco cabe apreciar la existencia de discriminación hacia FM en relación con terceras empresas que contraten la base de datos o el marketing directo de CEGEDIM, puesto que llegó a ofrecer a FM incluso mejores condiciones: con el nuevo contrato FM podía manipular sus propias campañas y tenía la posibilidad de subcontratar, a su vez, el buzoneo y telemarketing.

Por lo que respecta a la actividad de FM en el segmento de marketing directo, tras la no conclusión del nuevo contrato con CEGEDIM, FM retiene la capacidad de diseñar campañas de marketing directo, si bien, al igual que sucede con las demás agencias de publicidad, si FM quiere emplear la base de datos OneKey en la ejecución de la campaña, debe dirigirse a CEGEDIM o a las terceras empresas con las que esta tiene subcontratado este servicio y que tienen la condición de ‘encargado de tratamiento de datos’, tal y como exige la legislación de protección de datos. La DI enumera varias de estas agencias de publicidad que realizan acciones de marketing utilizando la base de datos de CEGEDIM en sus campañas.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, se propone la no incoación del procedimiento sancionador

10. El Consejo deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de 9 de junio de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El número 3 del artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley 15/2007.

SEGUNDO. En línea con lo que concluye la Dirección de Investigación, el Consejo considera que de la información que obra en el expediente no se desprende indicios de un abuso de posición de dominio como el que se denuncia. En primer lugar, la evidencia apunta que existen sustitutos, más o menos imperfectos, a la base de datos de datos de CEGEDIM que, por otra parte, todo apunta a que podría ser replicable con un lógico esfuerzo. En segundo lugar, la conducta de CEGEDIM no puede calificarse de negativa de suministro puesto que, de acuerdo con los hechos que obran en el expediente, sus propuestas de acuerdo comercial con el denunciante no han sido irracionales ni desproporcionadas y su negativa a continuar la negociación proviene de unas pretensiones del denunciante que resultaban más restrictivas desde el punto de vista de la competencia. Por último, de acuerdo con el denunciante el supuesto abuso tendría por objeto extender su posición de dominio al mercado de marketing directo para empresas farmacéuticas. Este riesgo resulta poco plausible a la vista de las condiciones de

competencia de ese supuesto mercado que, por otra parte, en opinión de la DI podría incluso ser más amplio.

Por consiguiente, vista la propuesta de la Dirección de Investigación y no apreciando indicios de infracción de la Ley 15/2007 en los hechos denunciados, el Consejo ha decidido la no incoación de expediente y el archivo de las actuaciones conforme a lo previsto en el artículo 49.3 de la citada Ley.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar la denuncia presentada por FORMULAS DE MARKETING, S.L. contra CEGEDIM HISPANIA, S.A. y DENDRITE SPAIN, S.A. por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia consistentes en un supuesto abuso de posición de dominio.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al denunciante y al denunciado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.