

RESOLUCIÓN (Expte. r 360/99, Glaxo)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Huerta Trolèz, Vocal
Franch Meneu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 14 de junio de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 360/99 (1824/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por Spain Pharma S.A. (en adelante, Spain Pharma) contra el Acuerdo del Servicio de 8 de febrero de 1999 por el que se archiva parcialmente su denuncia contra Glaxo Wellcome, S.A. (en adelante, Glaxo), sus filiales y sus licenciatarios, especialmente Laboratorios Alter S.A. (en adelante, Alter), por la realización de conductas prohibidas por los artículos 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), consistentes en la adopción y puesta en práctica, a través de distintas medidas, de una política destinada a impedir la exportación paralela de sus productos, desde España a otros países comunitarios.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escritos de 9 y 21 de julio de 1998 Spain Pharma formuló denuncia ante el Servicio contra el grupo Glaxo y sus licenciatarios, especialmente Alter, por la adopción y puesta en práctica, a través de distintas medidas, de una política destinada a impedir la exportación paralela de sus productos, desde España a otros países comunitarios. La denuncia se refiere a 8 productos fabricados o comercializados en España, bien por el grupo Glaxo, bien por alguno de sus 9 licenciatarios.

2. Mediante Providencia de 8 de febrero de 1999 el Servicio considera que - teniendo en cuenta que Alter no había tenido nunca relaciones comerciales con Spain Pharma en lo que se refiere a suministro de especialidades farmacéuticas para su posterior distribución y que Alter no está obligado a suministrar productos a todos los mayoristas que le realicen pedidos, dado que no tiene posición de dominio- de estos hechos no puede deducirse la existencia de indicios de restricciones a las exportaciones paralelas en las cláusulas de los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter.

Por ello, Acuerda:

"1.- Proceder al Archivo de la denuncia en lo referente a la posible existencia de restricciones a la competencia en los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter.

2.- Por lo que se refiere al otro hecho denunciado relacionado con el establecimiento, por parte de Glaxo, de unas nuevas Condiciones Generales de Venta con dos listas de precios diferentes y la negativa de suministro a todos aquellos mayoristas que no aceptaran las citadas condiciones, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 36 de la LDC, se acuerda la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea.

3.- Dado que el contenido de los hechos objeto del expediente sancionador guardan íntima conexión con los del expediente 1789/98, incoado por providencia de fecha 22 de abril de 1998, se acuerda la acumulación al mismo al amparo de lo dispuesto en el artículo 36.5 de la LDC."

3. El 26 de febrero de 1999 se recibió en el Tribunal un escrito de Spain Pharma por el que se interponía recurso contra el Acuerdo del Servicio de 8 de febrero de 1999 por el que se archivaba parcialmente su denuncia en lo relativo a la existencia de restricciones a la competencia en los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter, por considerar que la valoración de los hechos ha sido deficiente.
4. Mediante escrito de 1 de marzo se requirió del Servicio que emitiera el preceptivo informe, que expresara la fecha de notificación del Acuerdo recurrido a fin de apreciar la posible extemporaneidad del recurso, que remitiera las actuaciones seguidas y que, dado que el recurrente no acreditaba ante el Tribunal la representación con la que actuaba, indicase si aquélla constaba en las actuaciones seguidas en el Servicio y era bastante para recurrir.

5. En respuesta al escrito del Tribunal, el Servicio comunicó que el recurso había sido interpuesto dentro de plazo, que constaba en el expediente la representación con la que actuaba el recurrente y, después de realizar algunas precisiones en relación con las alegaciones expuestas por el mismo, considera que no desvirtuaban las razones que fundamentaron el Acuerdo de Archivo, por lo que entendía que procede desestimar el recurso.
6. Por Providencia de 11 de marzo de 1999 se designó Ponente al Vocal Sr. Hernández Delgado y se puso de manifiesto el expediente a la interesada para que formulara alegaciones y presentara los documentos y justificaciones que estimara pertinentes.
7. La interesada, en fecha 29 de marzo de 1999, presentó su escrito de alegaciones. En esencia, alegaba: a) la incongruencia entre la Providencia impugnada y la denuncia formulada, por lo que considera imposible determinar el alcance del acuerdo de archivo objeto del recurso; b) la nulidad de un eventual acuerdo implícito de archivo de algunas de las conductas denunciadas; y c) la nulidad del acuerdo expreso de archivo de la denuncia en lo referente a la posible existencia de restricciones a la competencia en los contratos de licencia firmados por Glaxo y sus licenciarios y, entre ellos, el suscrito con Alter por la existencia, en la denuncia, de suficientes indicios racionales de conductas infractoras, así como por incongruencia y falta de motivación suficiente.
8. En su reunión del día 18 de mayo de 1999 el Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre el expediente, encargando al Ponente redactar la correspondiente Resolución.
9. Es interesada en este expediente, Spain Pharma S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Es objeto de impugnación en este recurso el Acuerdo del Servicio de 8 de febrero de 1999 por el que se archiva parcialmente la denuncia de Spain Pharma de 9 y 21 de julio de 1998. Ante todo conviene destacar, en relación con los sujetos denunciados, que mientras la primera página de la misma dice: *"Que mediante este escrito denuncio ante esa Dirección General, ..., a Glaxo Wellcome y a sus filiales por la realización de conductas contrarias al artículo 86 del Tratado CE y por imposición de acuerdos contrarios al artículo 85 del Tratado CE."* y en el suplico indica: *"... y tener por formulada denuncia por conductas prohibidas por los artículos 85 y 86 del Tratado CEE frente, por un lado, a la sociedad británica Glaxo Wellcome y sus filiales y, por otro, frente a Laboratorios Alter, licenciario de Glaxo en España."*, a lo

largo del cuerpo del escrito hace determinadas referencias a todos los licenciarios de Glaxo establecidos en España, que han sido ignoradas en el Acuerdo del Servicio.

Entre las diversas referencias a dichos licenciarios existentes en el escrito de denuncia destacan: la alegación primera, donde se señala que Glaxo, sus filiales y sus licenciarios en España son empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del TUE y se considera que tienen posición de dominio conjunta para determinados productos farmacéuticos y la sexta, donde se considera que Glaxo tiene suscritos acuerdos con sus licenciarios españoles frontalmente contrarios al artículo 85 del TUE y se indica que existen indicios suficientes para creer que en sus acuerdos de licencia de patente, por los que permite a operadores españoles fabricar y comercializar sus productos (en particular, Alter y Faes), Glaxo ha establecido una prohibición de venta de esos productos fuera del mercado español, es decir, una prohibición de venta para la exportación paralela.

De todo ello, se deduce que la denuncia se refería no sólo a Glaxo y sus filiales, así como a Laboratorios Alter (en adelante, Alter), sino también a los demás licenciarios establecidos en España de los 8 productos farmacéuticos señalados en la denuncia (otras 8 empresas), por las conductas antes indicadas.

Por tanto, Spain Pharma denunció al grupo Glaxo por la adopción y puesta en práctica, a través de distintas medidas, de una política destinada a impedir la exportación paralela de sus productos, desde España a otros países comunitarios. La denuncia se refiere a 8 productos fabricados y/o comercializados en España, bien por el grupo Glaxo, bien por alguno de sus 9 licenciarios, y formando parte de esa política se denuncian, en particular, tres conductas concretas del grupo Glaxo:

- 1) la negativa de suministro del grupo Glaxo y su licenciario español Alter a Spain Pharma, que se llevó a cabo antes y con independencia del posterior establecimiento y aplicación del sistema de doble precio, lo que considera constituye un abuso de posición de dominio colectiva prohibido por el art. 86 TUE
- 2) el sistema de doble precio incluido en las nuevas condiciones de venta del grupo Glaxo que la filial española comunica a Spain Pharma el 13 de abril de 1998, lo que considera contrario a los arts. 85 y 86 TUE y

-3) los acuerdos entre Glaxo y todos sus licenciarios españoles (que aparecen identificados en las páginas 45 y 46 del escrito de denuncia), en particular sus dos principales, Alter y FAES, para prohibir la exportación de sus productos, que considera contrarios al art. 85.1 TUE.

2. Según el Acuerdo del Servicio de 8 de febrero de 1999 éste entendió como conductas denunciadas:

"1.- La reducción, en un principio, de las ventas a Spain Pharma, S.A., por parte de Glaxo y sus filiales, para terminar imponiendo unas Condiciones Generales de Venta que:

- establecen dos listas de precios enormemente divergentes dependiendo de que los productos sean finalmente destinados al mercado interior u objeto de exportación paralela, siendo los precios establecidos para el segundo caso superiores a los que se practican habitualmente en los países comunitarios

- niegan el suministro a sus distribuidores tradicionales que no suscriban sus condiciones de venta.

2.- La existencia de contratos de licencia entre Glaxo y Alter que presumiblemente pueden contener alguna cláusula que prohíba suministrar a mayoristas que fundamentalmente se dediquen a la exportación de productos farmacéuticos."

Asimismo, el Acuerdo analiza la negativa del suministro de Alter, considerando que no está obligada a suministrar productos a todos los mayoristas que le realicen pedidos dado que no tiene posición de dominio.

3. Al comparar las conductas denunciadas con la interpretación realizada por el Servicio del escrito de denuncia, se observa que por la segunda conducta denunciada (las nuevas Condiciones Generales de Venta de Glaxo, con dos listas de precios) se ha incoado expediente. Sin embargo, sobre la primera (negativa de suministro de Glaxo y Alter, antes del establecimiento del doble precio, desde posición de dominio conjunta) y tercera (acuerdo de licencia de patentes de Glaxo con sus licenciarios españoles estableciendo una prohibición de venta de las exportaciones paralelas) el Servicio no se ha pronunciado, incurriendo en un improcedente archivo tácito de la denuncia, excepto en lo que se refiere al caso de Alter, en que existe un acuerdo explícito de archivo.

4. Dado que la venta de productos licenciados por Glaxo, por parte de Alter, a Spain Pharma, realizada con pago al contado, únicamente supone beneficios para Alter, el hecho de renunciar a un importante volumen de ventas constituye un indicio racional de que Glaxo ha convenido con (o impuesto a) Alter una prohibición de sus ventas para la posterior exportación, máxime dada la política que está realizando el grupo Glaxo en relación con el comercio paralelo y que se ha traducido en sus nuevas Condiciones Generales de Venta. No es razonable pensar que Glaxo esté presuntamente tratando de evitar el comercio paralelo de sus productos y no ponga algún tipo de objeciones a que sus licenciatarios lo realicen.
Por otra parte, aunque Alter no tenga, por sí misma, posición de dominio, es necesario investigar si para los productos objeto del expediente tiene posición de dominio conjunta con Glaxo y sus otros licenciatarios.
5. Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso y revocar el Acuerdo del Servicio de 8 de febrero de 1999 por el que se archiva parcialmente la denuncia, presentada por la ahora recurrente, en lo referente a la posible existencia de restricciones a la competencia en los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter, así como interesar del Servicio la incoación de expediente sancionador para investigar las conductas primera y tercera denunciadas, que se recogen en el Fundamento Jurídico 1.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

1. Estimar el recurso interpuesto por Spain Pharma S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 8 de febrero de 1999 por el que se archiva parcialmente su denuncia en lo que se refiere a la posible existencia de restricciones a la competencia en los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter, el cual se revoca en dicho extremo.
2. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente sancionador para investigar las siguientes conductas denunciadas por Spain Pharma: a) las negativas de suministro de Glaxo Wellcome S.A., sus filiales y Laboratorios Alter a Spain Pharma de determinados productos farmacéuticos ocurridas antes de abril de 1998, y b) los presuntos acuerdos entre el grupo Glaxo Wellcome S.A. y sus licenciatarios españoles para evitar las exportaciones paralelas.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la interesada haciéndole saber que contra la misma no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo que, en su caso, proceda contra la Resolución definitiva que, en su momento, dicte este Tribunal.