

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. ANTONIO TIZZANO

presentadas 2 de octubre de 2003<sup>1</sup>

1. Mediante resolución de 12 de julio de 2001, el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania; en lo sucesivo, «Landgericht») planteó a este Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 82 CE.<sup>2</sup> En síntesis, el órgano jurisdiccional alemán pregunta si, en determinadas circunstancias, una empresa incurre en abuso de posición dominante por el hecho de no permitir (a título oneroso) a sus competidores el uso de la estructura de una base de datos sobre la que posee derechos de autor.

### Hechos y procedimiento

#### *Elementos de hecho que dieron lugar al litigio principal*

2. El litigio principal opone a la sociedad IMS Health GmbH & Co. OHG (en lo sucesivo, «IMS») y a la sociedad NDC Health GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «NDC»), que en agosto de 2000 constituyó y registró la sociedad Pharma Intranet Information AG (en lo sucesivo, «PII»).

3. Las dos partes del litigio se dedican a la recogida, tratamiento e interpretación de datos sobre ventas regionales de productos farmacéuticos en Alemania. A los presentes efectos, es importante subrayar que los estudios elaborados por dichas sociedades están estructurados con base en un criterio geográfico, reagrupando los datos sobre ventas de medicamentos en una serie de «segmentos» en los que se subdivide el territorio alemán.

1 — Lengua original: italiano.

2 — Como se sabe, en dicho artículo se dispone lo siguiente: «Será incompatible con el mercado común 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 común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.»

4. De la resolución de remisión se desprende que, para la realización de sus estudios, en los años setenta IMS había subdividido inicialmente el territorio alemán en 418 segmentos, que coincidían en gran medida con las demarcaciones administrativas de los municipios y de los distritos (Landkreise). Dado que dicha estructura no era suficientemente precisa para los fabricantes de medicamentos interesados, en 1989 se llevó a cabo una subdivisión en 1.000 segmentos que tenía en cuenta, entre otros aspectos, las diferencias en cuanto a las características del mercado y las estructuras de distribución. Con ocasión de la introducción del sistema de códigos postales de cinco dígitos, que tuvo lugar el 1 de junio de 1993, la segmentación del mercado fue reelaborada, desarrollándose una estructura basada en 1.845 segmentos. Desde enero de 2000, IMS elabora sus estudios con base en una división del territorio alemán en 1.860 segmentos o en una subdivisión ulterior, derivada de la primera, en 2.847 segmentos (en lo sucesivo, «estructura de 1.860 segmentos» y «estructura de 2.847 segmentos», respectivamente).

5. Dichas estructuras fueron creadas con base en diversos elementos, entre los cuales revisten una especial importancia las demarcaciones administrativas de los municipios y de los distritos postales. Por lo demás, para la delimitación detallada de los segmentos se tuvieron en cuenta otros factores, como por ejemplo las características del territorio (zona urbana o rural), las conexiones de transporte y la densidad geográfica de farmacias y consultorios médicos.

6. Con el fin de implicar a la industria farmacéutica en la definición de su estructura, hace algunos años IMS creó el denominado grupo de trabajo «RPM» («Regionaler Pharmazeutischer Markt», Mercado Farmacéutico Regional). En dicho grupo, que se reúne dos veces al año, participan representantes de las empresas farmacéuticas clientes de IMS, que de este modo pueden formular propuestas de mejora de la segmentación del territorio alemán y adecuarla en mayor medida a sus respectivas necesidades. Según IMS, el grupo de trabajo (cuyas propuestas, según afirma, sólo han sido consideradas en casos excepcionales) se ha ocupado de menos del 10 % de los segmentos de su estructura, y constituye fundamentalmente un instrumento de marketing destinado a vincular a los clientes con sus productos. En cambio, según NDC dicho grupo tuvo un papel determinante en la delimitación de cada uno de los segmentos.

7. Las estructuras de 1.860 y de 2.847 segmentos no eran utilizadas por IMS únicamente para los estudios de mercado que vendía a las empresas farmacéuticas, sino que también las distribuía gratuitamente a los centros de cálculo de las farmacias o de las asociaciones de médicos concertados. En consecuencia, según precisa el órgano jurisdiccional remitente, dichas estructuras se convirtieron en un «estándar común» para los análisis regionales del mercado farmacéutico alemán. Las empresas farmacéuticas adaptaron a las mismas sus sistemas informáticos y de distribución.

8. PII, constituida por un antiguo administrador de IMS, elaboraba inicialmente sus estudios con base en una segmentación del territorio alemán en 2.201 segmentos. No

obstante, de los contactos mantenidos con clientes potenciales resultó que los estudios así organizados difícilmente habrían podido venderse, en la medida en que estaban basados en una estructura diferente de la estructura a la que se habían adaptado las empresas farmacéuticas. Por consiguiente, PII decidió adoptar estructuras de 1.860 y 3.000 segmentos que en gran medida se correspondían con las de IMS.<sup>3</sup>

### *Resoluciones anteriores de los órganos jurisdiccionales nacionales*

9. Con el fin de impedir la utilización de dichas estructuras, considerada lesiva para sus derechos de autor, IMS interpuso un recurso ante el Landgericht en el que solicitaba la adopción de medidas cautelares de cesación. Estimando dicho recurso, el 27 de octubre de 2000 el órgano jurisdiccional alemán adoptó una medida cautelar en virtud de la cual prohibía a PII la utilización de su estructura de 3.000 segmentos y de cualquier estructura derivada de la estructura de 1.860 segmentos de IMS. El 19 de junio de 2001, el Oberlandesgericht Frankfurt am Main desestimó el recurso de apelación interpuesto por PII contra dicha medida, que como consecuencia de ello adquirió fuerza de cosa juzgada. Tras la adquisición de PII por parte de NDC se adoptó una medida cautelar análoga bajo la forma de una orden dirigida a esta última sociedad. Dicha orden fue confirmada el 12 de julio de 2001 mediante sentencia del mismo Landgericht,

si bien en el momento de dictarse la resolución de remisión que ha dado lugar al presente procedimiento todavía no era firme.

10. Para la adopción de dichas medidas, el órgano jurisdiccional alemán estimó, en particular, que las estructuras de IMS eran equiparables a bases de datos (o a partes de bases de datos) protegidas por la normativa alemana en materia de derechos de autor. Sin pronunciarse sobre la aportación del grupo de trabajo RPM al desarrollo de dichas estructuras, consideró, además, que IMS era cuando menos cotitular de los correspondientes derechos de autor, por lo que podía impedir la utilización no autorizada de las estructuras.

### *La Decisión provisional de la Comisión Europea y los autos de los Presidentes del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia*

11. Tal como subrayó el órgano jurisdiccional remitente, mientras se desarrollaban dichos procedimientos la utilización de las estructuras de IMS era objeto asimismo de un procedimiento en materia de competencia ante la Comisión Europea.

12. En efecto, ante la inminente adopción por parte del Landgericht de la primera medida cautelar NDC solicitó a IMS que le concediera, a título oneroso, una licencia para la utilización de su estructura de

3 — La estructura de 1.860 segmentos tan sólo contenía 30 segmentos diferentes de los de la correspondiente estructura de IMS, mientras que la de 3.000 segmentos se basa en la estructura de 2.847 segmentos de IMS, con una ulterior subdivisión de aproximadamente 150 segmentos.

1.860 segmentos. Ante la negativa de IMS, que declaró que no estaba dispuesta a iniciar negociaciones para la concesión de la licencia, NDC presentó ante la Comisión una denuncia por abuso de posición dominante en la que solicitaba que se adoptaran medidas provisionales.

premisa de que dicha sociedad ocupaba una posición dominante en el mercado de servicios de datos de ventas regionales en Alemania (mercado que abarcaba la totalidad del territorio alemán y constituía una parte sustancial del mercado común).<sup>6</sup>

13. Estimando la solicitud de NDC, el 3 de julio de 2001 la Comisión adoptó con carácter provisional, con arreglo a la jurisprudencia en el asunto Camera Care/Comisión,<sup>4</sup> la Decisión 2002/165/CE, «relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE».<sup>5</sup> Mediante dicha Decisión, la Comisión: i) ordenó a IMS «que conceda sin demora una licencia a todas las empresas que operan actualmente en el mercado alemán de servicios de datos de ventas regionales, previa solicitud y de manera no discriminatoria, para el uso de la estructura de 1.860 bloques [léase segmentos], con el fin de permitir el uso y las ventas por tales empresas de datos de ventas regionales organizados con arreglo a dicha estructura» (artículo 1); ii) estableció las modalidades para la determinación de los correspondientes derechos (artículo 2); y iii) estableció una multa por mora con cargo a IMS (artículo 3).

15. Una vez determinado esto, para apreciar si la negativa a conceder una licencia sobre las estructuras de IMS podía constituir un abuso de posición dominante, la Comisión debía «evaluar si la estructura 1.860 u otras compatibles son indispensables para competir en el mercado de referencia, es decir, si existe una posibilidad realista de que las empresas que deseen ofrecer servicios de datos de ventas regionales en Alemania puedan utilizar otra estructura —en lugar de la 1.860 u otra compatible— que no infrinja los derechos de autor de IMS».<sup>7</sup> Asimismo, precisó que «la respuesta a esta pregunta depende de si existe una posibilidad real de que los clientes de datos de ventas regionales compren datos con el formato de otra estructura».<sup>8</sup>

14. En la parte de la Decisión relativa al *fumus boni iuris*, y por consiguiente a la infracción *prima facie* del artículo 82 CE por parte de IMS, la Comisión partió de la

16. La Comisión respondió afirmativamente a dicha pregunta con base en los resultados de sus investigaciones y, en particular, a la luz de la información proporcionada por numerosas empresas farmacéuticas a las que se dirigió.

4 — Auto del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1980, (792/79 R, Rec. p. 119).

5 — DO L 59, p. 18.

6 — Puntos 45 a 62.

7 — Punto 71.

8 — Punto 72.

17. A este respecto, la Comisión indicó, en primer lugar, una serie de elementos que vinculaban a los clientes (es decir, a las empresas farmacéuticas) a la estructura de 1.860 segmentos de IMS, subrayando, en particular, que:

- «el grupo de trabajo desempeñó un papel muy amplio en el diseño de la [...] estructura» de 1.860 segmentos y que «la industria farmacéutica en Alemania invirtió considerables recursos para asegurarse de que la estructura de bloques [léase segmentos] satisfacía plenamente sus exigencias». Esto explicaba, en parte, la «dependencia [de las empresas farmacéuticas], consolidada a lo largo del tiempo, de esta estructura, las razones extremadamente disuasorias para cambiar a otra y, por consiguiente, la imposibilidad de que un servicio de datos de ventas regionales organizado en otra estructura sea capaz de competir»;<sup>9</sup>
- «la estructura de 1.860 bloques [léase segmentos] funciona como una norma del sector, en parte por el papel desempeñado por las empresas del sector en su creación», y que «las empresas farmacéuticas se encuentran “atadas” a esta norma de tal manera que cambiar a otra para comprar datos de venta organizados en una estructura

no compatible, aunque posible teóricamente, sería una propuesta inviable económicamente»;<sup>10</sup>

- «los datos de distintos períodos de tiempo deben ser comparables, y los datos en cualquier estructura nueva tienen que ser convertidos a la estructura 1.860 (o viceversa) para poder ser comparados, con un coste considerable»;<sup>11</sup>
- «si los datos de ventas regionales se suministraran en una estructura incompatible con la estructura 1.860, necesitaría de cambios sustanciales en los territorios asignados a los representantes por su empresa farmacéutica», con la consiguiente «pérdida de relaciones entre médicos y representantes». Esta pérdida, «que sería el resultado inevitable de un cambio a una estructura de bloques [léase segmentos] incompatible con la estructura de 1.860 bloques [léase segmentos] sería una razón disuasoria importante para algunas empresas farmacéuticas a la hora de hacer un cambio»;<sup>12</sup>

10 — Puntos 86 y 92.

11 — Punto 93.

12 — Punto 114. Con respecto a las relaciones entre los médicos y los representantes, la Comisión observó, en particular, que «las empresas farmacéuticas conceden gran importancia a la relación entre médico y representante, que es una de las pocas formas de promocionar un medicamento» (punto 113).

9 — *Ibidem*.

— el territorio de ventas, definido como la suma de un determinado número de segmentos, podía «estar indicado en el contrato de trabajo entre la empresa y el representante comercial, en cuyo caso un cambio de estructura requeriría modificar el contrato de trabajo. Este procedimiento sería otro argumento disuasorio para cambiar de estructura de bloques [léase segmentos]»;<sup>13</sup>

— «los costes de modificar las aplicaciones internas que actualmente dependen por completo de la estructura de 1.860 bloques [léase segmentos] son significativos y tienen un importante efecto disuasorio para cambiar de una estructura de bloques [léase segmentos] a otra».<sup>14</sup>

18. A continuación, la Comisión puso de manifiesto los «impedimentos técnicos y jurídicos que [podían hacer] al menos enormemente difícil a otras empresas crear otra estructura en la que pudieran presentarse y comercializarse en Alemania servicios de datos regionales».<sup>15</sup> A este respecto observó, en particular, que la «mayoría de los parámetros utilizados para elaborar la estructura son fijos y de dominio público (códigos postales, ubicación de farmacias y médicos, datos sociodemográficos, topología, territorio que pueden cubrir los visita-

dores médicos en un día, etc.) [...]. Decidir dónde están las fronteras entre los bloques [léase segmentos] depende en gran medida de estos parámetros objetivos, con lo que se limitan las opciones de los creadores de posibles estructuras».<sup>16</sup>

19. Además, la Comisión indicó otros elementos que hacían improbable el desarrollo de una estructura alternativa por parte de los competidores de IMS, subrayando, en particular: la falta de certidumbre jurídica sobre la venta de datos con base en una nueva estructura;<sup>17</sup> los infructuosos intentos que se habían realizado en el pasado para elaborar nuevas estructuras,<sup>18</sup> y la imposibilidad de deducir indicios en favor del desarrollo de nuevas estructuras de la experiencia de otros países.<sup>19</sup>

20. Con base en el conjunto de los elementos que se han señalado, la Comisión consideró, por tanto, que la utilización de la estructura de 1.860 segmentos o de otras estructuras compatibles con ella era indispensable para poder competir en el mer-

16 — Punto 131. A continuación, la Comisión subrayó, más específicamente, que «la clara importancia de utilizar zonas de códigos postales limita las opciones para los potenciales diseñadores de nuevas estructuras de bloques [léase segmentos]» (punto 132); que existían poderosos argumentos «a favor de que las estructuras de bloques [léase segmentos] respeten la delimitación de los 440 Kreise (distritos) alemanes» (punto 137), y que existía «la probabilidad de que las leyes alemanas de protección de datos planteen algunos impedimentos para elaborar una segunda estructura en Alemania» (punto 142).

17 — Puntos 143 a 145.

18 — Puntos 146 a 152.

19 — Puntos 153 a 166.

13 — Punto 115.

14 — Punto 122.

15 — Punto 124.

cado relevante. Teniendo en cuenta que no había justificaciones objetivas para negar la concesión de licencias,<sup>20</sup> la Comisión consideró, por consiguiente, que a primera vista dicha negativa constituía un abuso de posición dominante.

21. A continuación, en respuesta a las alegaciones de IMS según las cuales con arreglo a la jurisprudencia comunitaria pertinente IMS consideraba que tenía «derecho a denegar licencias de sus derechos de autor a competidores en el mercado al que se aplican los derechos de autor»,<sup>21</sup> la Comisión subrayó que «el hecho de que los asuntos considerados por el [Tribunal de Justicia] y [Tribunal de Primera Instancia] y citados por IMS impliquen dos mercados no excluye la posibilidad de que una negativa de conceder la licencia sobre un derecho de propiedad intelectual pueda ser contraria al artículo 82». <sup>22</sup> En particular, la Comisión consideró que, para constituir una infracción de dicha disposición en el presente caso era suficiente: i) que «el uso de la estructura 1.860 [fuera] indispensable para permitir a las empresas competir en el mercado de servicios de datos de ventas regionales en Alemania»; ii) que existiera «una distinción importante entre el producto, que son los servicios de datos de ventas regionales, y la estructura de bloques [léase segmentos] en la que están organizados los datos utilizados para crear estos servicios»; iii) que «dadas las circunstancias excepcionales y específicas en las que se desarrolló la “estructura de 1.860 bloques [léase segmentos]”, se reconoció y confirmó su titularidad, el trabajo en cuestión, por los obstáculos técnicos,

jurídicos y económicos antes mencionados no [pudiera] ser reproducido mediante una creación paralela que no suponga una infracción». <sup>23</sup> Por otro lado, siempre remitiéndose a la jurisprudencia comunitaria pertinente, la Comisión subrayó que «para que la negativa de suministro constituya abuso no es necesario que impida la introducción de un nuevo producto». <sup>24</sup>

22. Mediante sendos recursos interpuestos el 6 de agosto de 2001, IMS solicitó al Tribunal de Primera Instancia la anulación de la Decisión de la Comisión con arreglo al artículo 230 CE y la suspensión cautelar de su ejecución con arreglo al artículo 243 CE. Mediante auto de 26 de octubre de 2001, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia estimó la demanda de suspensión provisional. <sup>25</sup> A los presentes efectos, procede subrayar que, en la parte del auto relativa al *funus boni iuris*, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia consideró a primera vista fundados (o al menos no manifiestamente infundados) los argumentos de IMS según los cuales la Comisión se apartó de la jurisprudencia comunitaria al considerar que la negativa a conceder una licencia constituyó una infracción del artículo 82 CE aun en el caso de que no impidiera «la aparición de un nuevo producto en un mercado distinto del mercado en el que dicha empresa ocupa una posición dominante». <sup>26</sup>

23 — Punto 184.

24 — Punto 180.

25 — Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2001, IMS Health/Comisión (T-184/01 R, Rec. p. II-3193).

26 — Apartado 105 de la sentencia.

20 — Puntos 167 a 174.

21 — Punto 182.

22 — Punto 184.

23. El recurso de apelación interpuesto por NDC contra dicha resolución fue desestimado por el Presidente del Tribunal de Justicia mediante auto de 11 de abril de 2002.<sup>27</sup>

*El procedimiento principal y las cuestiones prejudiciales*

24. Según se precisa en la resolución de remisión, en el procedimiento principal IMS reitera su demanda destinada a que se prohíba a NDC la utilización de la estructura de 1.860 segmentos o de cualquier otra estructura derivada de la misma. No obstante, el Landgericht considera que el derecho de cesación que en principio garantiza a IMS la normativa nacional en materia de derechos de autor no podría aplicarse en el presente caso si debiera llegarse a la conclusión de que la negativa de IMS a celebrar con NDC un contrato de licencia en condiciones equitativas constituye un comportamiento abusivo en el sentido del artículo 82 CE.

25. En relación con dicha cuestión, el órgano jurisdiccional nacional hace suyas las conclusiones a las que llegó la Comisión sobre la definición del mercado relevante y la posición dominante que ocupa IMS.<sup>28</sup> No obstante, para determinar si la negativa

a conceder licencias opuesta por IMS constituye un abuso de posición dominante el Landgericht se dirige a este Tribunal de Justicia para que responda a las siguientes cuestiones:

- «1) El artículo 82 del Tratado CE, ¿debe interpretarse en el sentido de que constituye un comportamiento abusivo de una empresa que ocupa una posición dominante la negativa a celebrar un contrato de licencia para la utilización de una base de datos protegida por derechos de autor con una empresa que desea acceder al mismo mercado territorial y material cuando los operadores de la otra parte del mercado, es decir, los potenciales adquirentes, rechazan cualquier producto que no haga uso de la base de datos protegida por los derechos de autor debido a que se han organizado para utilizar productos desarrollados a partir de la base de datos protegida por los derechos de autor?
- 2) Para responder a la cuestión de la existencia de un comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante, ¿tiene alguna importancia en qué medida han participado en el desarrollo de la base de datos protegida por los derechos de autor empleados de los operadores de la otra parte del mercado?
- 3) Para responder a la cuestión de la existencia de un comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante, ¿tiene alguna importancia el esfuerzo de adaptación

27 — Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2002, NDC Health/IMS Health y Comisión [C-481/01 P(R), Rec. p. I-3401].

28 — En particular, el Landgericht se remite a los puntos 45 a 55, 59 y 60 de la exposición de motivos de la Decisión provisional de la Comisión.



(especialmente en términos de costes) que tendrían que hacer los clientes que hasta ese momento han adquirido el producto de la empresa que ocupa la posición dominante en el caso de que en el futuro adquirieran el producto de una empresa competidora que no haga uso de la base de datos protegida por los derechos de autor?»

*El procedimiento ante el Tribunal de Justicia y el procedimiento pendiente de resolución ante el Tribunal de Primera Instancia*

26. En el procedimiento así iniciado ante este Tribunal de Justicia, presentaron observaciones las partes en el procedimiento principal y la Comisión. También se oyeron los informes orales de dichas partes en la vista celebrada el 6 de marzo de 2003.

27. En el procedimiento iniciado por IMS ante el Tribunal de Primera Instancia que tiene por objeto la anulación de la Decisión provisional de la Comisión, mediante auto de 26 de septiembre de 2002 se suspendió el procedimiento hasta que el Tribunal de Justicia dicte sentencia en el presente asunto.

**Análisis jurídico**

*Observación preliminar*

28. Tal como se ha visto, las cuestiones prejudiciales se inscriben en un proceso

muy complejo que ya ha implicado, por diversos motivos, a la Comisión y a los Presidentes del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, con el fin de intentar dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional, teniendo en cuenta asimismo todo lo que se desprende de la Decisión de la Comisión y de los autos de medidas provisionales de los jueces comunitarios, considero oportuno hacer algunas observaciones preliminares acerca del alcance de las cuestiones y de la problemática sobre el fondo que plantean.

29. Empezaré señalando que, a mi entender, la primera cuestión parte de dos premisas: a) que la utilización de una determinada estructura de segmentos protegida por derechos de autor es *indispensable* para poder comercializar estudios sobre ventas regionales de productos farmacéuticos en un determinado país y, por consiguiente, para poder operar en dicho mercado, en la medida en que los potenciales clientes (las empresas farmacéuticas) *se niegan a adquirir cualquier estudio que no haya sido realizado con base en dicha estructura;*<sup>29</sup> b) que la empresa titular de los derechos de autor sobre la estructura de que se trata posee una posición dominante en el mercado de servicios de datos de ventas regionales de productos farmacéuticos en el país de que se trata. Partiendo de dichas premisas, el órgano jurisdiccional alemán pretende saber si el artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como ésta, la empresa titular de los derechos de autor abusa de su posición dominante al negarse a conceder (a título oneroso) una licencia para la

29 — Las razones de dicha negativa, que no parece ponerse en entredicho mediante la cuestión de que se trata, tienen su origen en problemas de organización de las empresas farmacéuticas.

utilización de su estructura a empresas que pretenden utilizarla para operar *en el mismo mercado* (geográfico y de productos) en el que dicha empresa ocupa la posición dominante y utiliza dicha estructura.

30. En otros términos, mediante la presente cuestión el órgano jurisdiccional nacional pretende saber, fundamentalmente, si, en una situación como la que se ha descrito, la negativa a conceder una licencia puede constituir un abuso de posición dominante aun cuando no restrinja ni elimine la competencia en un mercado distinto de aquel en el que el titular de los derechos de autor disfruta de su derecho y ocupa una posición dominante, sino que se limite a impedir a los potenciales competidores operar en el mismo mercado que la empresa dominante.

31. Por lo demás, ya he señalado que, refiriéndose precisamente a dicho aspecto, IMS criticó el planteamiento de la Comisión, sosteniendo que tenía «derecho a denegar licencias de sus derechos de autor a competidores en el mercado al que se aplican los derechos de autor». <sup>30</sup> Y precisamente en dicho aspecto se centra, como se ha visto, el procedimiento de medidas provisionales seguido ante el Presidente del Tribunal de Primera Instancia, que consideró a primera vista fundados (o al menos no manifiestamente infundados) los argumentos de IMS según los cuales la Comisión había considerado erróneamente

que la negativa a conceder una licencia constituía una infracción del artículo 82 CE aun cuando no impidiera «la aparición de un nuevo producto en un mercado distinto del mercado en el que dicha empresa ocupa una posición dominante». <sup>31</sup>

32. Las dos cuestiones posteriores parecen centrarse, en cambio, leídas a la luz de la Decisión de la Comisión y de los autos de medidas provisionales, en uno de los supuestos en que se basa la primera cuestión, y tienen fundamentalmente por objeto aclarar cuándo debe considerarse que una determinada estructura de segmentos es *indispensable* para la comercialización de los estudios sobre ventas regionales de productos farmacéuticos en un determinado país. Más concretamente, el órgano jurisdiccional pretende saber si, a efectos de dicha apreciación, tienen alguna importancia: i) el grado de participación de los representantes de las empresas farmacéuticas en el desarrollo de la estructura protegida por los derechos de autor; ii) el esfuerzo (en particular, en términos de costes) que tendrían que hacer las empresas farmacéuticas para poder adquirir estudios realizados con base en una estructura diferente de la protegida por los derechos de autor.

33. Aclarado de este modo el alcance de las cuestiones, a continuación paso a examinarlas, empezando por la primera y consi-

30 — Punto 182 de la exposición de motivos de la Decisión provisional de la Comisión.

31 — Apartado 105 del auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia.

derando después conjuntamente la segunda y la tercera. Una vez concluido dicho examen, será conveniente hacer, para terminar, algunas breves observaciones sobre los problemas relativos a la aplicación simultánea del artículo 82 CE por parte del órgano jurisdiccional nacional y de la Comisión.

### *Sobre la primera cuestión*

#### Alegaciones de las partes

34. En relación con la primera cuestión, IMS comienza subrayando que el poder de disfrutar de manera exclusiva de un derecho de propiedad intelectual y, por ende, el poder de un titular de negar a terceros una licencia para su utilización, constituye un elemento esencial de dicho derecho. Por este motivo, tal como precisa la jurisprudencia, la simple negativa a conceder una licencia, aun cuando proceda de una empresa que ocupe una posición dominante, no puede constituir en sí misma un comportamiento abusivo en el sentido del artículo 82 CE. Dicha disposición sólo podría infringirse si la denegación de la licencia fuera acompañada de un elemento adicional que permitiera identificar la existencia de un comportamiento abusivo.<sup>32</sup> Por lo demás, según IMS una interpretación diferente de la norma en virtud de la cual la denegación de una licencia se considerara en sí misma

abusiva tendría consecuencias gravísimas e indeseables para la economía de mercado, en la medida en que privaría a los titulares de un derecho de propiedad intelectual de la debida recompensa por sus esfuerzos creativos y desincentivaría las inversiones en innovación e investigación.

35. A continuación, IMS observa que, en un caso como el que se examina, la denegación de una licencia no puede constituir un abuso de posición dominante tampoco con base en la denominada teoría de los servicios esenciales (*essential facility*), en la que se basa fundamentalmente la Decisión provisional de la Comisión. En efecto, dicha teoría presupondría que la empresa dominante ofreciera en un mercado (situado en una fase de producción y comercialización anterior) productos o servicios indispensables para competir con ella en un segundo mercado (situado en una fase de producción y comercialización posterior): en esa situación, al negar de forma injustificada el acceso a sus productos o servicios, la empresa dominante restringiría de manera abusiva la competencia en un mercado situado en una fase de producción y comercialización posterior.<sup>33</sup> En consecuencia, según IMS no puede imponerse a la empresa dominante, a través de la teoría de los servicios esenciales, la

32 — Sobre este particular, IMS invoca las sentencias de 5 de octubre de 1988, CICRA y otros/Renault (53/87, Rec. p. 6039) y Volvo/Veng (238/87, Rec. p. 6211), y de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión (asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743; en lo sucesivo, sentencia «Magill»), apartado 49.

33 — En ese sentido se pronuncian, según IMS, todas las sentencias comunitarias y las decisiones de la Comisión relativas a la negativa a celebrar contratos y a los servicios esenciales. A este respecto, se remite, en particular, a las sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, Commercial Solvents/Comisión (asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223); de 3 de octubre de 1985, CBEM/CLT e IPB, «Telemarketing» (311/84, Rec. p. 3261); de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Rec. p. I-5941); Magill, citada en la nota 32 *supra*, de 26 de noviembre de 1998, Bronner (C-7/97, Rec. p. I-7791), y del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 1997, Tiercé Ladbroke/Comisión (T-504/93, Rec. p. II-923), así como a la Decisión 98/190/CE de la Comisión, de 14 de enero de 1998, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 86 del Tratado CE (asunto IV/34.801 FAG — Flughafen Frankfurt/Main AG) (DO L 72, p. 30).

obligación de compartir con otros operadores su derecho de propiedad intelectual con el único fin de permitir a estos últimos competir más eficazmente con ella en el mismo mercado en que ésta disfruta de su derecho.

36. Por otro lado, IMS subraya que, en el presente caso, no puede invocarse la sentencia Magill para sostener que la negativa a conceder una licencia constituye un abuso de posición dominante. En efecto, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia afirmó que la negativa a conceder una licencia sólo puede constituir un abuso en «circunstancias excepcionales» cuando: i) impida la aparición de un producto nuevo no ofrecido por la empresa dominante titular del derecho de propiedad intelectual y para el que exista una demanda potencial; ii) no esté justificada; iii) tenga por efecto reservar un mercado secundario a la empresa dominante. Sin embargo, según IMS en el presente caso no se cumplen ni la primera ni la tercera condición, en la medida en que NDC no pretende introducir un producto nuevo en el mercado secundario, sino utilizar la estructura desarrollada por IMS para ofrecer en el mismo mercado un producto casi idéntico al de dicha sociedad.

37. A juicio de IMS, por último, una interpretación del artículo 82 CE según la cual la negativa de una empresa dominante a conceder una licencia supone en sí misma un abuso constituiría una vulneración: a) del derecho de propiedad protegido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; b) de los compromisos internacionales de la Comunidad derivados

del Acuerdo de la OMC sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio y del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

38. Obviamente, las conclusiones de NDC son absolutamente opuestas.

39. Esta sociedad sostiene, en particular, que los hechos del procedimiento principal presentan numerosas analogías con el caso Magill, en el que el Tribunal de Justicia declaró abusiva la negativa a conceder la licencia opuesta por el titular de los derechos de autor. En efecto, como en aquel caso:

— el bien inmaterial protegido por los derechos de autor no es el fruto de un gran esfuerzo creativo ni de considerables inversiones (en el presente caso, la estructura se basa en gran parte en los límites de los distritos postales alemanes y se ha realizado gracias a la aportación decisiva de la industria farmacéutica);

— dicho bien se ha puesto a disposición de entidades que no se encuentran en situación de competencia con el titular de los derechos de autor (en el presente caso, por ejemplo, los servicios cartográficos);

— el producto de la empresa que pretende obtener la licencia es mejor, en relación con diversos aspectos, que el realizado por el titular de los derechos de autor (en el presente caso, por ejemplo el espectro de datos tratados es más amplio, se ofrece a los clientes la posibilidad de acceder en línea a dichos datos, los datos tienen un mayor valor significativo y se presentan de manera más amena para el cliente);

— la situación de monopolio en la actividad situada en una fase de producción y comercialización anterior (en el presente caso, la estructura de segmentos) se extendería a la actividad situada en una fase de producción y comercialización posterior (en el presente caso, la comercialización de los estudios sobre ventas regionales de productos farmacéuticos).

40. Según NDC, en favor de la solución indicada cabe aducir asimismo el hecho de que no pretende limitarse a reproducir los datos recogidos por IMS, sino que se propone recoger y tratar de manera autónoma los datos sobre ventas regionales para incorporarlos después a un producto propio. NDC subraya, por otro lado, que, en el presente caso, el bien inmaterial protegido por los derechos de autor constituye una norma del sector que, de acuerdo con las apreciaciones efectuadas por la Comisión en sus «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal»,<sup>34</sup> debe ser lo más accesible posible.

41. Por último, NDC observa que, para considerar abusiva una negativa a conceder una licencia no es necesaria la existencia de dos mercados separados (en una fase de comercialización anterior y en una fase de comercialización posterior).<sup>35</sup> Tal como a su entender se desprende de la sentencia Magill, para la aplicación del artículo 82 CE es suficiente que la empresa dominante en un determinado mercado posea un monopolio sobre informaciones que sean necesarias para poder competir con ella. En cambio, el hecho de que dichas informaciones no sean comercializadas por la empresa dominante no tiene ninguna importancia.

42. Por su parte, la Comisión sostiene que, para considerar abusiva la negativa de la empresa dominante a permitir a sus competidores el acceso a una infraestructura esencial no es necesario que dicha infraestructura se encuentre en un mercado diferente del mercado en el que pretenden operar los competidores. Para ello, basta, de hecho, con que la infraestructura se sitúe en una fase de producción anterior, y que constituya un insumo claramente separable para la producción de un determinado bien o servicio de una fase de producción y comercialización posterior.

43. Más concretamente, según la Comisión, para que un determinado bien o servicio pueda considerarse como una infraestructura o un insumo esencial es necesario que se distinga del bien o servicio

35 — A este respecto, NDC subraya, en particular, que, en el apartado 47 de la sentencia Magill, el Tribunal de Justicia no se detuvo a evaluar si, en aquel caso, debían distinguirse, desde un punto de vista técnico, dos mercados.

comercializado en una fase posterior y que entre el primero y el bien o servicio comercializado en la fase posterior tenga lugar la creación de «valor agregado». Este planteamiento, basado en la distinción entre distintas fases de producción y comercialización más que en la existencia de mercados separados, se ve confirmado, según la Comisión, por los análisis llevados a cabo por el Tribunal de Justicia en las sentencias Magill y Bronner y por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia Tercé Ladbrooke/Comisión.

44. El mero hecho de que el insumo indispensable para la producción del bien o servicio de una fase de producción y comercialización posterior no sea comercializado de manera autónoma por la empresa dominante no basta, por lo demás, para excluir que la negativa injustificada a permitir el acceso a dicho insumo constituya un comportamiento abusivo. En efecto, también en ese caso la negativa a permitir el acceso da lugar a una importante restricción de la competencia en el mercado del bien o servicio de una fase de producción y comercialización posterior, infringiendo así el artículo 82 CE. La restricción sería todavía más grave si el insumo indispensable no fuera comercializado de ningún modo, puesto que las empresas interesadas en la producción del bien o servicio de una fase de producción y comercialización posterior no podrían obtener dicho insumo tampoco de manera indirecta a través de terceros que lo hubieran adquirido a la empresa dominante.

45. Este razonamiento, añade la Comisión, se aplica también en el caso de que el insumo esencial estuviera constituido por un bien inmaterial protegido por derechos de autor. En efecto, si dicho bien inmaterial se distingue del bien o servicio de una fase

de producción y comercialización posterior para cuya producción fuera indispensable, la negativa a conceder una licencia por parte de la empresa dominante titular de los derechos de autor excedería de la función esencial de dichos derechos, ya que reservaría a la empresa el mercado del bien o servicio de una fase de producción y comercialización posterior. A este respecto, la Comisión subraya, por lo demás, que los derechos de autor son derechos de propiedad como tantos otros, con los que tienen en común la facultad del titular de disponer de manera exclusiva del bien (material o inmaterial) que constituye su objeto, pero también las obligaciones derivadas del Derecho de la competencia.

#### Apreciación

46. Como se ha visto, la cuestión examinada plantea un importante y delicado problema de interpretación del artículo 82 CE, referido a la obligación para una empresa dominante de conceder a sus competidores (a título oneroso) la utilización de un bien inmaterial protegido por derechos de autor cuando ello sea indispensable para operar en el mismo mercado en el que dicha empresa disfruta de su derecho y ocupa la posición dominante.

#### a) La jurisprudencia pertinente

47. Para proceder al examen de dicha cuestión, considero que deben recordarse, en primer lugar, las sentencias del Tribunal de Justicia relativas a la posibilidad de

calificar la negativa a celebrar un contrato como un abuso de posición dominante, en las cuales (o al menos en algunas de las cuales) parece poderse vislumbrar una aplicación de la denominada teoría de los servicios esenciales, a la que las partes se han referido reiteradamente.<sup>36</sup>

48. A este respecto, empezaré recordando la sentencia *Commercial Solvents/Comisión*, en la que dicha problemática se abordó en relación con una interrupción del suministro de materias primas. Confirmando la Decisión de la Comisión impugnada en aquel asunto, el Tribunal de Justicia precisó que «el poseedor de una posición dominante en el mercado de materias primas que, en un intento de reservar dichas materias primas a su propia producción de productos acabados, se niegue a suministrar a uno de sus clientes, igualmente fabricante de productos acabados, con el riesgo de eliminar por completo del mercado al cliente y competidor, incurre en una explotación abusiva de su posición dominante en el sentido del artículo 86».<sup>37</sup>

49. Posteriormente, en la sentencia *CBEM* el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de precisar que dicho razonamiento «es válido [o] también para el caso de una empresa que ocupa una posición dominante en el mercado de un servicio indispensable para las actividades de otra empresa en otro mercado».<sup>38</sup> En aquel caso, el órgano

jurisdiccional comunitario consideró contrario al artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE) el hecho de que una empresa dominante en el mercado de la radiodifusión televisiva se negara, sin ninguna justificación objetiva, a suministrar espacios televisivos a empresas independientes de televenta, reservando de este modo a una empresa asociada las operaciones en ese sector, con el riesgo de eliminar cualquier competencia en el correspondiente mercado. En relación con tales hechos, el Tribunal de Justicia enunció, en particular, el principio según el cual «constituye un abuso a efectos del artículo 86 el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado concreto, se reserve [...], sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que podría ser realizada por una tercera empresa como parte de las actividades de ésta en un mercado afín, pero distinto, con la posibilidad de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa».<sup>39</sup>

50. En relación específicamente con los derechos de propiedad intelectual, resulta pertinente asimismo el asunto *Volvo/Veng*, en el que se había preguntado al Tribunal de Justicia, fundamentalmente, si dicha empresa automovilística abusaba de su posición dominante en el (supuesto) mercado de piezas de recambio originales al no conceder a terceros una licencia para la fabricación de dichas piezas de recambio. En respuesta a dicha cuestión, el Tribunal de Justicia afirmó que «la facultad del titular de un modelo protegido de impedir a terceros fabricar y vender o importar, sin

36 — En relación con dicha teoría y con su aplicación en Estados Unidos y en Europa, véanse, en particular, las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto en el que recayó la sentencia *Bronner*, citada en la nota 33 *supra*, puntos 45 a 53.

37 — Sentencia citada en la nota 33 *supra*, apartado 25.

38 — Sentencia citada en la nota 33 *supra*, apartado 26.

39 — *Ibidem*, apartado 27. El mismo principio aparece reafirmado posteriormente en un contexto en parte diferente en la sentencia *GB-Inno-BM*, citada en la nota 33 *supra*, apartado 18.

su consentimiento, productos que incorporen dicho modelo constituye el contenido mismo de su derecho exclusivo. Por tanto, una obligación impuesta al titular del modelo protegido de conceder a terceros una licencia para suministrar productos que incorporen el modelo protegido, incluso a cambio de una compensación económica razonable, supondría privar a dicho titular del contenido de su derecho exclusivo, y la negativa a conceder tal licencia no constituye en sí misma un abuso de posición dominante». <sup>40</sup> No obstante, el Tribunal de Justicia añadió que «el ejercicio del derecho exclusivo por el titular de un modelo relativo a piezas para carrocería de vehículos automóviles puede estar prohibido por el artículo 86 si da lugar, por parte de una empresa que ocupe una posición dominante, a determinados comportamientos abusivos tales como la negativa arbitraria a suministrar piezas de recambio a los talleres independientes, la fijación de los precios para las piezas de recambio a un nivel no equitativo o la decisión de no seguir produciendo piezas de recambio para un determinado modelo cuando todavía circulan muchos vehículos de ese tipo, a condición de que dichos comportamientos puedan afectar al comercio entre Estados miembros». <sup>41</sup>

51. Pronunciándose en instancia de apelación sobre dos sentencias del Tribunal de Primera Instancia, en el conocido asunto Magill el Tribunal de Justicia tuvo posteriormente la ocasión de volver a ocuparse de la cuestión de la negativa a conceder una licencia sobre un derecho de propiedad

intelectual. Mediante las sentencias impugnadas, el Tribunal de Primera Instancia había confirmado, en particular, una Decisión en la que la Comisión había considerado que algunas emisoras de televisión habían abusado de la posición dominante que ocupaban en el mercado de sus listas de programas invocando los derechos de autor que poseían sobre dichas listas de programas para impedir a terceros la publicación de guías semanales completas de los programas de las distintas emisoras.

52. A este respecto, el Tribunal de Justicia subrayó, en primer lugar, que de la sentencia Volvo/Veng se desprendía que la negativa a conceder licencias sobre un derecho de propiedad intelectual no constituye, en sí misma, un abuso de posición dominante, si bien «el ejercicio de un derecho excluyente por el titular puede dar lugar, en circunstancias excepcionales, a un comportamiento abusivo». <sup>42</sup> En opinión de la Comisión, en aquel caso concurrían precisamente circunstancias que permitían considerar abusivo el comportamiento de las emisoras recurrentes, en la medida en que:

- en primer lugar, «las recurrentes —que eran, por la fuerza de los hechos, las únicas fuentes de la información básica sobre la programación, materia prima indispensable para crear una guía semanal de televisión— no dejaban a un espectador que deseaba informarse de las ofertas de programas para la semana próxima otra posibilidad que comprar las guías semanales de cada

40 — Sentencia Volvo/Veng, citada en la nota 32 *supra*, apartado 8.

41 — Apartado 9. En esa misma fecha, el Tribunal de Justicia se pronunció fundamentalmente en el mismo sentido en la sentencia Renault, citada en la nota 32 *supra*.

42 — Apartado 50.



cadena y extraer él mismo de ellas los datos útiles para efectuar comparaciones. La negativa de las recurrentes a proporcionar las informaciones básicas alegando las disposiciones nacionales sobre derechos de autor obstaculizaron, pues, la aparición de un producto nuevo, una guía semanal completa de programas de televisión, que las recurrentes no ofrecían, y para la que había una demanda potencial por parte de los consumidores, lo que constituye un abuso conforme a la letra b) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado»;<sup>43</sup>

— en segundo lugar, «esta negativa no estaba justificada ni por la actividad de radiodifusión televisiva ni por la de edición de revistas de televisión»;<sup>44</sup>

— en tercer lugar, «las recurrentes se reservaron mediante su comportamiento un mercado secundario, el de las guías semanales de televisión, excluyendo cualquier competencia en el mercado [...], puesto que las recurrentes negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía».<sup>45</sup>

53. Por último, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de ocuparse de la problemática relativa a la negativa a celebrar un contrato en la conocida sentencia Bronner. En aquel

asunto, partiendo del supuesto de la existencia de un mercado autónomo relativo a los sistemas de reparto de periódicos a domicilio de ámbito nacional, el Tribunal debía apreciar, en particular, «si el hecho de que el propietario del único sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional existente en el territorio de un Estado miembro, que utiliza dicho sistema para la distribución de sus propios diarios, deniegue el acceso al mismo al editor de un diario competidor constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado, por cuanto dicha negativa priva al citado competidor de una modalidad de distribución que se considera esencial para la venta de éste».<sup>46</sup>

54. Tras haber recordado la sentencia Magill, el Tribunal de Justicia observó que, «aun suponiendo que esta jurisprudencia relativa al ejercicio de un derecho de propiedad intelectual [fuese] aplicable al ejercicio de un derecho de propiedad de otro tipo», para poder deducir de ello que en aquel caso la negativa a celebrar un contrato constituía un abuso de posición dominante hubiera sido preciso «no sólo que la denegación del servicio que constituye el reparto a domicilio pudiera eliminar toda competencia en el mercado de los diarios por parte de quien solicita el servicio y no pudiera justificarse objetivamente, sino, además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio».<sup>47</sup>

43 — Apartados 53 y 54.

44 — Apartado 55.

45 — Apartado 56.

46 — Apartado 37.

47 — Apartado 41.

b) Deducciones

55. Del breve repaso de la jurisprudencia que precede se desprende que, efectivamente, tal como subrayó IMS, en todos los casos en los cuales el Tribunal de Justicia admitió que la negativa a suministrar o a facilitar determinados bienes (materiales o inmateriales) o servicios podía constituir un abuso de posición dominante, el Tribunal de Justicia distinguió un mercado correspondiente a dichos bienes o servicios (en una fase de producción y comercialización anterior) y un mercado secundario (en una fase de producción y comercialización posterior) en el que dichos bienes o servicios se utilizaban como insumo para la producción de otros bienes o servicios diferentes. En efecto, las infracciones del artículo 82 declaradas o presuntas en dichos casos se referían a empresas integradas verticalmente que (al menos presumiblemente), al negarse a celebrar un contrato, abusaban de su posición dominante en un mercado situado en una fase de producción y comercialización anterior para restringir o eliminar la competencia en un mercado situado en una fase de producción y comercialización posterior.

56. No obstante, tal como acertadamente observaron NDC y la Comisión, para identificar la existencia de un mercado de los insumos (en una fase de producción y comercialización anterior) el Tribunal no consideró necesario que dichos insumos fueran comercializados de manera autónoma por la empresa dominante. En efecto, en la sentencia Magill el Tribunal de Justicia identificó la existencia de un mercado de listas de programas de televisión aun cuando éstas no eran comercializadas de manera autónoma por las emisoras de televisión, sino únicamente ofre-

cidas de manera gratuita a algunos periódicos. En la sentencia Bronner, el Tribunal de Justicia admitió, posteriormente, que podía identificarse la existencia de un mercado de sistemas de reparto de periódicos a domicilio de ámbito nacional aun cuando la empresa que poseía un monopolio en dicho (supuesto) mercado no vendía de manera autónoma el servicio de reparto a domicilio.<sup>48</sup>

57. Por tanto, a efectos de la aplicación de la jurisprudencia relativa a la negativa a celebrar un contrato invocada me parece suficiente que *pueda identificarse* un mercado de los insumos situado en una fase de producción y comercialización anterior. Y esto aun en el caso de que el mercado sea sólo «potencial», en el sentido de que en él opera una empresa monopolista que decide no comercializar de manera autónoma los insumos de que se trate (aun cuando exista una demanda efectiva de los mismos), sino utilizarlo de manera exclusiva en el mercado situado en una fase de producción y comercialización posterior, restringiendo o eliminando por completo la competencia en dicho mercado.

58. Por tomar un ejemplo clásico de la teoría de los servicios esenciales, piénsese en el caso en el que el acceso a un puerto sea indispensable para poder prestar servicios de transporte marítimo en un determinado

48 — A efectos de la identificación del mercado relevante, el Tribunal de Justicia no parece haber tenido en cuenta el hecho de que el propietario del sistema de reparto prestaba una serie de servicios a un ente independiente, entre los cuales se encontraba el reparto a domicilio de uno de sus diarios. En todo caso, en aquel asunto el servicio de reparto a domicilio no se vendía de manera autónoma, sino que formaba parte de un «paquete» que comprendía también la impresión y la venta en los quioscos del diario de que se trataba.

mercado geográfico. Se supone que el propietario del puerto utiliza de manera exclusiva dicha infraestructura para garantizarse un monopolio en el mercado de servicios de transporte marítimo, denegando sin ninguna justificación objetiva la prestación de los servicios portuarios necesarios a las empresas terceras que lo solicitan. Ahora bien, considero que, en ese caso, la jurisprudencia relativa a la negativa a celebrar un contrato debería aplicarse con independencia del hecho de que los servicios portuarios no sean ofrecidos en el mercado. En efecto, dicha circunstancia no excluiría la posibilidad de identificar la existencia de un mercado de los servicios portuarios solicitados por las empresas de transporte marítimo, teniendo en cuenta que existe efectivamente una petición de dichos servicios y que no existen obstáculos de carácter técnico a su comercialización. Por consiguiente, con arreglo a la jurisprudencia relativa a la negativa a celebrar un contrato podría considerarse que, al negar de manera injustificada el acceso a la infraestructura portuaria, el propietario de dicha infraestructura abusa de su posición dominante (de monopolio) en el mercado de servicios portuarios, en la medida en que mediante su comportamiento elimina toda competencia en el mercado secundario de los servicios de transporte marítimo.

59. Una vez aclarado, por tanto, que para poder identificar la existencia de un mercado de los insumos en una fase de producción y comercialización anterior no es necesario que dichos insumos sean comercializados de manera autónoma por la empresa que tiene el control de los mismos, me parece evidente que la existencia de dicho mercado puede identificarse por definición en todos los casos en que: a) los insumos de que se trate sean indispensables (por no ser sustituibles ni reproducibles) para operar en un determi-

nado mercado; b) exista una demanda efectiva de los mismos por parte de empresas que pretenden operar en el mercado para el cual dichos insumos son indispensables.

60. Si examinamos ahora, a la luz de todas las consideraciones anteriores, el caso planteado mediante la primera cuestión, debemos reconocer que, en el presente asunto, no puede descartarse la aplicación de la jurisprudencia relativa a la negativa a celebrar un contrato por el solo hecho de que la empresa que solicitó la licencia sobre la estructura de segmentos pretendiera operar en el mismo mercado que el titular de los derechos de autor. En efecto, habida cuenta de que dicha cuestión parte del supuesto de que la estructura de segmentos para la cual se solicitó la licencia es indispensable para poder comercializar los estudios sobre ventas regionales de productos farmacéuticos en un determinado país, es posible identificar sin más la existencia de un mercado situado en una fase de producción y comercialización anterior relativo al acceso a la estructura de segmentos (monopolizado por el titular de los derechos de autor) y de un mercado secundario situado en una fase de producción y comercialización posterior relativo a la venta de los estudios.

61. Aclarado esto, debo añadir, sin embargo, que las sentencias del Tribunal de Justicia sobre la negativa a conceder licencias sobre un derecho de propiedad intelectual me llevan a considerar que, para calificar como abusiva una negativa no justificada no basta el hecho de que el bien inmaterial objeto del derecho de propiedad intelectual sea indispensable para operar en un determinado mercado y que, por consiguiente, mediante dicha negativa el titular del derecho pueda eliminar toda competencia en el mercado secundario.

62. Aun cuando concurren dichas circunstancias, en la ponderación entre el interés en la protección del derecho de propiedad intelectual y de la libre iniciativa económica de su titular, por una parte, y el interés en la protección de la libre competencia, por otra, el fiel de la balanza sólo puede inclinarse en favor de este segundo interés, a mi entender, si la negativa a conceder una licencia impide el desarrollo del mercado secundario en perjuicio de los consumidores. Más concretamente, considero que la negativa a conceder una licencia sólo puede considerarse abusiva si la empresa que la solicita no pretende limitarse básicamente a reproducir los bienes o servicios ya ofrecidos en el mercado secundario por el titular del derecho de propiedad intelectual, sino que pretende producir bienes o servicios con características diferentes que —aun cuando compitan con los del titular del derecho— respondan a necesidades específicas de los consumidores que no son satisfechas por los bienes o servicios existentes.

63. En este sentido me parece que apunta claramente la sentencia Magill, en la cual, como se ha visto, el Tribunal de Justicia consideró abusiva una negativa no justificada a conceder una licencia en la medida en que: a) dicha negativa había «obstaculizado [...] la aparición de un producto nuevo, una guía semanal completa de programas de televisión, que los recurrentes no ofrecían, y para la que había una demanda potencial por parte de los consu-

midores»; b) mediante dicha negativa «las recurrentes se reservaron [...] un mercado secundario, el de las guías semanales de televisión, excluyendo cualquier competencia en el mercado». <sup>49</sup>

64. En aquel caso, el Tribunal de Justicia consideró abusiva, por tanto, la negativa a conceder una licencia teniendo en cuenta el hecho de que la empresa que la solicitaba pretendía comercializar en el mercado una guía de televisión semanal diferente de la elaborada por los titulares de los derechos de autor (en la medida en que no recogería los programas de una sola emisora, sino que ofrecería la programación completa de todas las cadenas) que habría satisfecho necesidades específicas de los consumidores. De ese modo, se había impedido la aparición de un producto «nuevo» que habría competido con los de los titulares de los derechos de autor en el mercado general de las guías de televisión semanales.

65. Ahora bien, en este sentido debe leerse también tal vez la sentencia Volvo/Veng, en la que el Tribunal de Justicia precisó que «la negativa a conceder [una] licencia no constituye en sí misma un abuso de posición dominante». <sup>50</sup> Aun cuando en aquel caso el modelo protegido de las diversas partes de la carrocería podía considerarse un insumo indispensable para operar en el (supuesto) mercado de piezas de recambio originales, puede considerarse que el Tribunal de Justicia no declaró

49 — Apartados 54 y 56.

50 — Apartado 8.

abusiva la negativa a conceder una licencia teniendo en cuenta el hecho de que el solicitante no pretendía sino reproducir los productos del titular del modelo, es decir, producir las piezas de recambio originales de Volvo.

66. A la luz del conjunto de consideraciones expuestas, considero, por tanto, que puede responderse a la primera cuestión prejudicial que el artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que la negativa a conceder una licencia para la utilización de un bien inmaterial protegido por derechos de autor constituye un abuso de posición dominante en el sentido de dicha disposición cuando: a) no existan justificaciones objetivas para dicha negativa; b) la utilización del bien inmaterial sea indispensable para operar en un mercado secundario, con la consecuencia de que, mediante dicha negativa, el titular del derecho acabará eliminando toda competencia en dicho mercado. No obstante, esto sólo es así a condición de que la empresa que solicita la licencia no pretenda limitarse básicamente a reproducir los bienes o servicios ya ofrecidos en el mercado secundario por el titular del derecho de propiedad intelectual, sino que se proponga producir bienes o servicios con características diferentes que —aun cuando compitan con los del titular del derecho— respondan a necesidades específicas de los consumidores que no son satisfechas por los bienes o servicios existentes.

### *Sobre las cuestiones segunda y tercera*

67. Como queda señalado, mediante las cuestiones segunda y tercera el órgano jurisdiccional nacional pretende saber, fundamentalmente, cuándo debe considerarse que una estructura de segmentos protegida por derechos de autor es indispensable para la comercialización de los estudios sobre ventas regionales de productos farmacéuticos en un determinado país. En particular, el órgano jurisdiccional pregunta si, a efectos de dicha apreciación, tienen alguna importancia: i) el grado de participación de los representantes de las empresas farmacéuticas en el desarrollo de la estructura protegida por los derechos de autor; ii) el esfuerzo (en particular, en términos de costes) que tendrían que hacer las empresas farmacéuticas para poder adquirir estudios realizados con base en una estructura diferente de la protegida por los derechos de autor.

### *Alegaciones de las partes*

68. En relación con la problemática planteada por las cuestiones examinadas, IMS observa, con carácter general, que las preferencias de la clientela no pueden justificar la calificación de una estructura de 1.860 segmentos como un servicio esencial. En efecto, para apreciar si la estructura de segmentos es indispensable para comercializar estudios sobre ventas regionales de productos farmacéuticos no

puede hacerse referencia a la disposición subjetiva de los clientes a aceptar estudios realizados con base en otra estructura; en cambio, a tal efecto resulta determinante, a su entender, la posibilidad objetiva para un competidor de dimensiones comparables de desarrollar una estructura alternativa.

69. En relación con el papel desempeñado por las empresas farmacéuticas en el desarrollo de su estructura de segmentos, IMS observa, a continuación, que la participación de los clientes en el proceso de desarrollo de productos o servicios que cada vez respondan mejor a sus exigencias es completamente normal. Desde esta óptica, la imposición de una obligación de licencia tendría consecuencias negativas, en la medida en que incitaría a las empresas a renunciar a cualquier contacto con la clientela para el desarrollo de sus productos.

70. Por lo que respecta a los costes de adaptación que los clientes deberían soportar para poder utilizar estudios realizados con base en otras estructuras, IMS observa, por último, que el hecho de que los clientes deban afrontar determinados gastos para optar por un producto diferente resulta completamente normal y no puede tener ninguna pertinencia a la hora de determinar si la negativa a conceder una licencia constituye un abuso de posición dominante o no.

71. En sentido opuesto, NDC observa que las prácticas de la industria o las expectativas de los clientes tienen una gran

importancia a la hora de determinar si una infraestructura constituye un servicio esencial, puesto que en determinadas circunstancias pueden hacer indispensable el acceso a una infraestructura que de otro modo no lo sería.

72. A continuación, NDC subraya que, de acuerdo con la sentencia Bronner, el acceso a una determinada infraestructura puede considerarse indispensable cuando la creación de una infraestructura alternativa no sea rentable. En el presente caso, los costes de adaptación que deberían soportar las empresas farmacéuticas para pasar a otra estructura de segmentos serían tan elevados que la introducción de una estructura competidora no sólo no sería rentable, sino que directamente sería económicamente inviable.

73. Por su parte, la Comisión recuerda que, en su Decisión provisional, se mencionan numerosos elementos que llevan a considerar que la estructura de 1.860 segmentos de IMS es indispensable para la comercialización de los estudios sobre ventas regionales de productos farmacéuticos en Alemania; por consiguiente, los elementos a los que alude el órgano jurisdiccional nacional sólo son algunos de los elementos que deben tenerse en cuenta a efectos de dicha apreciación.

74. Una vez precisado esto, la Comisión subraya que la importante participación de los clientes en el desarrollo de la estructura de segmentos de IMS contribuyó a crear

una relación de dependencia de las empresas farmacéuticas con respecto a dicha estructura. A su juicio, una colaboración de los clientes tan regular e intensa con el fin de crear una estructura común para la prestación de una serie de servicios compatibles presenta las características propias de un proceso para la creación de una norma de hecho.

75. A continuación, la Comisión observa que, para determinar el carácter indispensable de una infraestructura, debe apreciarse si un competidor de dimensiones análogas podría crear una alternativa válida. Ahora bien, para llevar a cabo dicha apreciación también sería útil un examen en profundidad de los factores pertinentes por el lado de la demanda, y muy especialmente de los esfuerzos de adaptación que los clientes deberían hacer para pasar a otra infraestructura. En particular, para determinar si la creación de una infraestructura alternativa es económicamente rentable la Comisión considera oportuno un análisis conjunto de la situación desde el punto de vista de la oferta y de la demanda.

76. Por último, la Comisión hace hincapié, remitiéndose a las apreciaciones efectuadas en su Decisión provisional, en los obstáculos que en el presente caso desincentivan el paso de las empresas farmacéuticas a una estructura de segmentos incompatible con la de IMS, y en los extraordinarios esfuerzos, no sólo de carácter económico, que dicho paso entrañaría.

## Apreciación

77. Para el análisis de la cuestión examinada, procede basarse, sin más, en la sentencia Bronner, en la cual el Tribunal de Justicia proporcionó algunas indicaciones útiles para determinar cuándo un bien (material o inmaterial) o un servicio puede considerarse indispensable para operar en un determinado mercado.

78. En aquel caso, el Tribunal excluyó, en particular, que el único sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional existente en el territorio de un Estado miembro fuera indispensable para la venta de diarios, subrayando, por un lado, que había «quedado acreditado que existen otras modalidades de distribución de diarios y que son utilizados por los editores, como la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos, aun cuando sean menos ventajosas para la distribución de algunos de ellos», y, por otro, que «no parece que haya obstáculos técnicos, reglamentarios ni económicos que puedan hacer imposible, ni siquiera enormemente difícil, para cualquier otro editor de diarios, el crear, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional y utilizarlo para la distribución de sus propios diarios».<sup>51</sup>

51 — Apartados 43 y 44.

79. Además, el Tribunal de Justicia precisó que «para demostrar que la creación de tal sistema no constituye una alternativa potencial realista y, por consiguiente, que el acceso al sistema existente resulta indispensable, no basta con alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o los diarios que deben distribuirse. En efecto, para que el citado acceso pueda considerarse, en su caso, indispensable, sería preciso acreditar al menos [...] que no es económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de aquellos diarios que tengan una tirada comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente». <sup>52</sup>

80. Por consiguiente, de dicha sentencia se desprende que, para determinar si un insumo es indispensable para operar en un determinado mercado, debe apreciarse: a) si existen insumos alternativos que puedan utilizarse para operar (con mayor o menor eficacia) en el mercado de que se trate; b) si existen obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos que puedan hacer imposible o enormemente difícil para cualquier empresa que pretenda operar en dicho mercado la creación, eventualmente en colaboración con otros operadores, de insumos alternativos. Según el Tribunal de Justicia, para poder admitir la existencia de obstáculos de carácter económico a la creación de insumos alternativos debe

acreditarse, cuando menos, que su creación no es económicamente rentable para un nivel de producción equiparable al del titular de los insumos existentes.

81. Como queda señalado, en el caso examinado debe determinarse qué importancia tienen, a efectos de dicha apreciación: i) el grado de participación de las empresas farmacéuticas en el desarrollo de la estructura protegida por los derechos de autor; ii) el esfuerzo (en particular, en términos de costes) que tendrían que hacer las empresas farmacéuticas para poder adquirir estudios realizados con base en una estructura diferente de la protegida por los derechos de autor.

82. En mi opinión, dichos aspectos deben considerarse conjuntamente, en la medida en que ambos se traducen, en última instancia, en obstáculos de carácter económico a la creación de una estructura alternativa.

83. En efecto, tal y como sostienen NDC y la Comisión, la intensa participación de las empresas farmacéuticas en el desarrollo de la estructura de IMS, aun cuando no constituye un impedimento técnico o jurídico absoluto al paso a una estructura alternativa, sí es una de las causas de la dependencia de las empresas farmacéuticas con respecto a la estructura existente. Ahora bien, así las cosas la participación

52 — Apartados 45 y 46.



de las empresas farmacéuticas en el desarrollo de la estructura de IMS explica simplemente por qué dichas empresas tendrían que realizar esfuerzos extraordinarios para poder pasar a adquirir estudios realizados con base en una estructura diferente.

84. Pues bien, está claro que, si las empresas farmacéuticas tuviesen que hacer esfuerzos (organizativos y económicos) extraordinarios para pasar a una estructura alternativa, ello haría más gravosa o, dependiendo del punto de vista, menos rentable la creación de dicha estructura por parte de un competidor de IMS. En efecto, para convencer a los potenciales clientes de que adquieran los estudios realizados con base en la estructura alternativa el competidor de IMS debería ofrecer unas condiciones especialmente ventajosas, con el riesgo de no conseguir amortizar las inversiones realizadas.

85. Por consiguiente, de ello debe deducirse que el grado de participación de las empresas farmacéuticas en el desarrollo de la estructura protegida por los derechos de autor y el esfuerzo que dichas empresas tendrían que hacer para poder adquirir estudios realizados con base en una estructura alternativa a la protegida por los derechos de autor son elementos que deben tenerse en cuenta para determinar si existen o no obstáculos de carácter económico que puedan hacer imposible o enormemente difícil para cualquier empresa que pretenda operar en dicho mercado la creación, eventualmente en colaboración con otros

operadores, de una estructura alternativa como esa.

86. A la luz de las consideraciones anteriores, considero, por tanto, que debe responderse a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el grado de participación de las empresas farmacéuticas en el desarrollo de la estructura protegida por los derechos de autor y el esfuerzo que dichas empresas tendrían que hacer para poder adquirir estudios realizados con base en una estructura alternativa a la protegida por los derechos de autor son elementos que deben tenerse en cuenta para determinar si esta última estructura es indispensable para la comercialización de los estudios sobre ventas regionales de productos farmacéuticos.

*Sobre la aplicación simultánea del artículo 82 CE por parte del órgano jurisdiccional nacional y de la Comisión*

87. Tal como anuncié antes, antes de concluir quisiera efectuar algunas consideraciones sintéticas sobre los problemas que se plantean en el presente caso como consecuencia de la aplicación simultánea del artículo 82 CE por parte del órgano jurisdiccional nacional y de la Comisión. Dichos problemas se suscitan en la medida en que, presumiblemente, la sentencia que dictará el Tribunal de Justicia en el presente procedimiento prejudicial, aun indicando la

interpretación correcta del artículo 82 CE en relación con las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional, dejará a este último un cierto margen de apreciación para determinar si la negativa a conceder licencias opuesta por IMS constituye o no un abuso de posición dominante. Por consiguiente, en teoría el órgano jurisdiccional nacional podría dictar una sentencia contradictoria con la Decisión provisional de la Comisión, en la que ésta declaró que, a primera vista, dicha negativa es contraria al artículo 82 CE.

Institución se haya pronunciado con carácter provisional, en la medida en que el carácter provisional de la decisión no menoscaba, desde luego, ni su carácter vinculante ni dicha obligación de cooperación. Por otro lado, tal como aclaró el Tribunal de Justicia, la prohibición de adoptar decisiones incompatibles con la Decisión de la Comisión se mantiene aun en el caso de que dichas decisiones sean suspendidas con carácter provisional por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia.<sup>55</sup>

88. En una situación como ésta, me parece pertinente recordar, por consiguiente, que el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de aclarar que «cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncian sobre acuerdos o prácticas que ya han sido objeto de una Decisión de la Comisión [con arreglo a los artículos 81 CE u 82 CE], no pueden dictar resoluciones que sean incompatibles con dicha Decisión».<sup>53</sup> Dicha prohibición, que tiene su fundamento en la obligación de cooperación leal consagrada en el artículo 10 CE y en el carácter vinculante de las decisiones adoptadas por la Comisión con arreglo a los artículos 81 CE u 82 CE,<sup>54</sup> debe aplicarse también, a mi entender, cuando dicha

89. Obviamente, si el órgano jurisdiccional nacional alberga dudas –en el marco del margen de apreciación que presumiblemente le dejará el Tribunal de Justicia– sobre la validez de la Decisión de la Comisión, siempre podría plantear una nueva cuestión prejudicial a este respecto.<sup>56</sup> Además, si lo considera oportuno, dicho órgano jurisdiccional podría asimismo suspender su procedimiento hasta que el Tribunal de Primera Instancia dicte una resolución definitiva sobre la Decisión provisional de la Comisión<sup>57</sup> o esperar su Decisión definitiva, eventualmente tras consultar a la propia Comisión. Por último, tal como subrayó el Tribunal de Justicia, en caso de que el órgano jurisdiccional nacional suspendiera el procedimiento, deberá apreciar la necesidad de ordenar medidas cautelares a fin de salvaguardar los intereses de las partes hasta que recaiga una resolución definitiva.<sup>58</sup>

53 — Sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods* (C-344/98, Rec. p. I-11369), apartado 52.

54 — Apartados 49 y 50.

55 — Apartado 53.

56 — Apartado 57.

57 — Apartado 57.

58 — Apartado 58.

## Conclusión

En virtud de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia, por tanto, que responda del siguiente modo al Landgericht:

- «1) El artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que la negativa a conceder una licencia para la utilización de un bien inmaterial protegido por derechos de autor constituye un abuso de posición dominante en el sentido de dicha disposición cuando: a) no existan justificaciones objetivas para dicha negativa; b) la utilización del bien inmaterial sea indispensable para operar en un mercado secundario, con la consecuencia de que, mediante dicha negativa, el titular del derecho acabará eliminando toda competencia en dicho mercado. No obstante, esto sólo es así a condición de que la empresa que solicita la licencia no pretenda limitarse básicamente a reproducir los bienes o servicios ya ofrecidos en el mercado secundario por el titular del derecho de propiedad intelectual, sino que se proponga producir bienes o servicios con características diferentes que –aun cuando compitan con los del titular del derecho– respondan a necesidades específicas de los consumidores que no son satisfechas por los bienes o servicios existentes.
- 2) El grado de participación de las empresas farmacéuticas en el desarrollo de la estructura protegida por los derechos de autor y el esfuerzo que dichas empresas tendrían que hacer para poder adquirir estudios realizados con base en una estructura alternativa a la protegida por los derechos de autor son elementos que deben tenerse en cuenta para determinar si esta última estructura es indispensable para la comercialización de los estudios sobre ventas regionales de productos farmacéuticos.»