

II

(Comunicaciones)

COMUNICACIONES PROCEDENTES DE LAS INSTITUCIONES, ÓRGANOS Y ORGANISMOS DE LA UNIÓN EUROPEA

COMISIÓN EUROPEA

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

Modificaciones de la Comunicación de la Comisión — «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes»*(Texto pertinente a efectos del EEE)**(2023/C 116/01)*

1. A lo largo de los años, las normas de competencia de la Unión Europea («UE») han sido decisivas para proteger el proceso competitivo en el mercado interior de la UE ⁽¹⁾. La aplicación de dichas normas, a saber, los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), «redunda en beneficio de Europa al contribuir a la igualdad de condiciones en los mercados al servicio de los consumidores» ⁽²⁾. Además, contribuye a alcanzar objetivos que van más allá del bienestar de los consumidores, como la pluralidad en una sociedad democrática ⁽³⁾.
2. En este contexto, es de suma importancia que las normas de competencia de la Unión se apliquen con firmeza y eficacia, algo tanto más necesario en tiempos de dificultades económicas y en vista de la creciente concentración del mercado en diversos sectores.
3. El artículo 102 del TFUE prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante por parte de empresas que operan en el mercado interior. Dicho artículo ha sido fundamental para lograr un comportamiento más disciplinado de las empresas dominantes, que tienen una responsabilidad especial de no perjudicar, con su conducta, a la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior ⁽⁴⁾.
4. El 5 de diciembre de 2008, la Comisión adoptó la Comunicación «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE [actualmente artículo 102 del TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes» (en lo sucesivo, «Orientaciones sobre las prioridades de control») ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ La legislación en materia de competencia es uno de los componentes necesarios para la consecución del mercado interior, que «incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia», véase el Protocolo 27 del Tratado de la Unión Europea.

⁽²⁾ Véase la Comunicación de la Comisión «Configurar el futuro digital de Europa», COM(2020) 67 final, p. 8.

⁽³⁾ Sentencia de 14 de septiembre de 2022, Google y Alphabet / Comisión (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, apartado 1028.

⁽⁴⁾ Sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 135 y jurisprudencia citada; sentencia de 19 de enero de 2023, Unilever Italia Mkt.Operations Srl / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-680/20, EU:C:2023:33, apartados 28 y 38.

⁽⁵⁾ DO C 45 de 24.2.2009, p. 7.

5. Dicha Comunicación estableció las prioridades de control de la Comisión relativas a las conductas excluyentes abusivas de las empresas dominantes, con el fin de aportar una mayor claridad y previsibilidad al marco general analítico que la Comisión utiliza para determinar si debe intervenir en los asuntos referentes a distintas formas de conducta excluyente ⁽⁶⁾. Las Orientaciones sobre las prioridades de control contribuyeron a fomentar una aplicación del artículo 102 del TFUE centrada en la capacidad que tienen determinadas conductas de perjudicar a la competencia, mediante el análisis de la dinámica del mercado, lo que se conoce como un enfoque basado en los efectos ⁽⁷⁾.
6. Sin embargo, las Orientaciones sobre las prioridades de control no constituían un enunciado de la ley y no ofrecían una interpretación del concepto de abuso de posición dominante, sino que se limitaban a exponer el enfoque de la Comisión sobre la elección de los asuntos que examinará con carácter prioritario ⁽⁸⁾.
7. Las prioridades de control de la Comisión han evolucionado con el tiempo, gracias a la experiencia que esta ha ido adquiriendo a través de la práctica, en la que tuvo en cuenta la evolución de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión ⁽⁹⁾, así como del mercado. En particular, la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión ha confirmado un enfoque del artículo 102 del TFUE basado en los efectos y ha aclarado el significado y el alcance de determinados conceptos incluidos en las Orientaciones sobre las prioridades de control.
8. A la luz de esta evolución, la presente Comunicación modifica partes de las Orientaciones sobre las prioridades de control que ya no reflejan el enfoque de la Comisión a la hora de determinar si procede examinar determinados asuntos con carácter prioritario. Las modificaciones se realizan de conformidad con el principio de buena administración y con vistas a aumentar la transparencia de los principios en los que se basa la actuación de control de la Comisión.
9. Las modificaciones de las Orientaciones sobre las prioridades de control se detallan en el anexo de la presente Comunicación.

⁽⁶⁾ Orientaciones sobre las prioridades de control, apartado 2.

⁽⁷⁾ Véase el comunicado de prensa de 3 de diciembre de 2008, Antitrust: el bienestar de los consumidores como razón de la lucha de la Comisión contra los abusos de las empresas dominantes, IP/08/1877.

⁽⁸⁾ Sentencia de 6 de octubre de 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, apartado 52.

⁽⁹⁾ Desde la adopción de las Orientaciones sobre las prioridades de control, la Comisión ha adoptado veintisiete decisiones basadas en el artículo 102 del TFUE (relativas a la conducta excluyente), y los órganos jurisdiccionales de la Unión han dictado treinta y dos sentencias.

ANEXO a la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

Modificaciones de la Comunicación de la Comisión — «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes»

1. Teniendo en cuenta la experiencia adquirida a través de la práctica de la Comisión en materia de control de la aplicación de la normativa y las aclaraciones aportadas por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión, conviene explicar que el concepto de «cierre anticompetitivo del mercado» (Orientaciones sobre las prioridades de control, apartado 19) se refiere no solo a los casos en los que la conducta de la empresa dominante puede llevar a la exclusión total o marginación de la competencia, sino también a los casos en los que puede dar lugar a un debilitamiento de la competencia, obstaculizando así la estructura competitiva del mercado en beneficio de la empresa dominante y en detrimento de los consumidores. Además, habida cuenta de la práctica de la Comisión en materia de control de la aplicación de la normativa y de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión, es importante aclarar que no es adecuado utilizar el elemento de la rentabilidad de la conducta de la empresa dominante para determinar las prioridades de control de la Comisión, es decir, para intervenir con carácter prioritario en los asuntos en los que la empresa dominante pueda mantener *de forma rentable* precios supracompetitivos o influir *de forma rentable* en otros parámetros de la competencia, como la producción, la innovación, la variedad o la calidad de los bienes o servicios. Por consiguiente, en el apartado 19 de las Orientaciones sobre las prioridades de control, la segunda frase se sustituye por el texto siguiente:

«En el presente documento se emplea el concepto “cierre anticompetitivo del mercado” para describir una situación en la que el comportamiento de la empresa dominante afecta negativamente a una estructura de competencia efectiva ^(1a), permitiendo así a la empresa dominante influir negativamente, en su propio beneficio y en detrimento de los consumidores, en los diversos parámetros de la competencia, como el precio, la producción, la innovación, la variedad o la calidad de los bienes o servicios ^(1b)».

^(1a) Sentencia de 19 de enero de 2023, Unilever Italia Mkt.Operations Srl / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-680/20, EU:C:2023:33, apartado 36.

^(1b) Sentencia de 14 de septiembre de 2022, Google y Alphabet / Comisión (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, apartado 281.

2. Teniendo en cuenta la experiencia adquirida a través de la práctica de control de la aplicación de la normativa de la Comisión y las aclaraciones aportadas por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión, no es adecuado, en relación con las conductas excluyentes basadas en los precios de una empresa dominante, examinar con carácter prioritario únicamente aquellos comportamientos que puedan conducir a la salida del mercado o a la marginación de competidores que sean tan eficientes como la empresa dominante en cuanto a su estructura de costes. En efecto, en determinadas circunstancias, la competencia real puede provenir también de empresas menos eficientes que la empresa dominante en cuanto a su estructura de costes. Por lo tanto, como se expone a continuación, se introducen dos modificaciones en las Orientaciones sobre las prioridades de control:

- (a) En el apartado 23 de las Orientaciones sobre las prioridades de control, la última frase se sustituye por el texto siguiente:

«Por lo general la Comisión intervendrá con objeto de impedir el cierre anticompetitivo del mercado cuando la conducta en cuestión pueda obstaculizar o ya haya obstaculizado la competencia de competidores que sean considerados tan eficaces como la empresa dominante ⁽¹⁾».

⁽¹⁾ Sentencia de 3 de julio de 1991, AKZO Chemie / Comisión, asunto C-62/86, EU:C:1991:286, apartado 72, en la que, al referirse a los precios inferiores a la media de los costes totales, el Tribunal de Justicia de la UE manifestó: “Dichos precios pueden eliminar del mercado a empresas que quizás sean tan eficaces como la empresa dominante pero que, debido a su inferior capacidad económica, son incapaces de resistir de la competencia que se les hace”; véase también la sentencia de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom / Comisión, T-271/03, EU:T:2008:101, apartado 194, confirmada en casación por el Tribunal de Justicia (véase la sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom AG / Comisión, C-280/08 P, EU:C:2010:603). El Tribunal de Justicia ha reconocido que el concepto de competidor “igualmente eficiente” se refiere a la eficacia y al atractivo para los consumidores desde el punto de vista, entre otras cosas, de los precios, la gama de productos, la calidad o la innovación; véanse las sentencias de 6 de septiembre de 2017, Intel Corp./Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 134, y de 19 de enero de 2023, Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, apartado 37.».

- (b) En el apartado 24 de las Orientaciones sobre las prioridades de control, la primera frase se sustituye por el texto siguiente:

«Al mismo tiempo, la Comisión reconoce que en ciertas circunstancias un competidor menos eficaz también puede ejercer una presión que debe tenerse en cuenta al considerar si una determinada conducta basada en el precio da lugar a un cierre anticompetitivo del mercado ^(1a)».

^(1a) Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark A/S / Konkurrencerådet*, C-23/14, EU:C:2015:651, apartados 59 y 60; sentencia de 19 de enero de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, apartado 57.».

3. Como se desprende de la práctica de la Comisión en materia de control de la aplicación de la normativa y de las aclaraciones aportadas por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión, el criterio precio/coste en la «prueba del competidor igualmente eficiente» es solo uno de los métodos para evaluar, junto con todas las demás circunstancias pertinentes, si una conducta puede producir efectos de exclusión. El Tribunal de Justicia también ha aclarado que el uso de una «prueba del competidor igualmente eficiente» es opcional y que un criterio de esta naturaleza puede ser inadecuado en función del tipo de práctica o de la dinámica del mercado de que se trate ⁽¹⁾. En consecuencia, un uso generalizado de dicha prueba para determinar en qué casos la intervención en asuntos de conducta excluyente basada en los precios no está justificado y, si se lleva a cabo dicha prueba, sus resultados deben evaluarse en cualquier caso junto con todas las demás circunstancias pertinentes. Por lo tanto, como se expone a continuación, se introducen dos modificaciones en las Orientaciones sobre las prioridades de control:

- (a) En el apartado 25 de las Orientaciones sobre las prioridades de control, la primera frase se sustituye por el texto siguiente:

«Para determinar si es probable que incluso un competidor hipotético tan eficiente en términos de costes como la empresa dominante quede excluido del mercado resultante de la conducta en cuestión, la Comisión podrá examinar los datos económicos relativos a los precios de coste y de venta, y, en especial, si la empresa dominante está aplicando unos precios inferiores al precio de coste ^(1b)».

^(1b) Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark A/S / Konkurrencerådet*, C-23/14, EU:C:2015:651, apartado 61; sentencia de 6 de septiembre de 2017, *Intel Corp. / Comisión Europea*, C-413/14 P, ECLI:EU:T:2017:632, apartado 141; sentencia de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet / Comisión (Google Android)*, T-604/18, EU:T:2022:541, apartado 643; sentencia de 19 de enero de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, apartados 57, 58 y 62.».

- (b) El apartado 27 de las Orientaciones sobre las prioridades de control se sustituye por el texto siguiente:

«Al analizar los datos para evaluar si un competidor con igual grado de eficiencia puede competir eficazmente con el comportamiento en términos de precios de la empresa dominante, la Comisión incorporará este análisis en su evaluación general del cierre anticompetitivo del mercado (véase la sección B), teniendo en cuenta otras pruebas cuantitativas o cualitativas pertinentes ⁽⁴⁾».

⁽⁴⁾ Sentencia de 30 de enero de 2020, *Generics (UK) y otros* (C-307/18, EU:C:2020:52), apartado 154; sentencia de 29 de marzo de 2012, *Telefónica y Telefónica de España / Comisión*, T-336/07, EU:C:2012:172, apartado 175; sentencia de 14 de octubre de 2010, *Deutsche Telekom/Comisión*, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, apartado 175; sentencia de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 28.».

4. Teniendo en cuenta la experiencia adquirida a través de la práctica de la Comisión en materia de control de la aplicación de la normativa en relación con el acceso a los insumos o activos de la empresa dominante y las aclaraciones aportadas por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión sobre dicho acceso, es importante distinguir las situaciones de denegación total de suministro de aquellas en las que la empresa dominante supedita el acceso a condiciones injustas («denegación implícita de suministro»). En situaciones de denegación implícita de suministro, no procede examinar con carácter prioritario únicamente los asuntos relativos al suministro

⁽¹⁾ Véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de enero de 2023, *Unilever Italia Mkt.Operations Srl / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, EU:C:2023:33, apartados 57 y 58.

de un insumo indispensable o al acceso a una infraestructura esencial. Esto está en consonancia con la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión, que ha aclarado que tales casos no pueden asimilarse a una denegación total de suministro y, por lo tanto, no se aplica el criterio del carácter indispensable del producto o servicio en cuestión ⁽³⁾.

Por lo tanto, en el apartado 79 de las Orientaciones sobre las prioridades de control, se suprimen las dos últimas frases.

5. Teniendo en cuenta la experiencia adquirida a través de la práctica de la Comisión en materia de control de la aplicación de la normativa y las aclaraciones aportadas por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión, no es adecuado examinar con carácter prioritario los asuntos relativos a compresión de márgenes únicamente cuando se trate de un producto o servicio que sea objetivamente necesario para poder competir eficazmente en el mercado descendente. Esto está en consonancia con la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión, que ha aclarado que la compresión de márgenes no es un tipo de denegación de suministro, sino una forma independiente de abuso sujeta a criterios de evaluación diferentes. Por lo tanto, como se expone a continuación, se introducen cuatro modificaciones en las Orientaciones sobre las prioridades de control.

- (a) El título anterior al apartado 75 de las Orientaciones sobre las prioridades de control se sustituye por el siguiente:

«D. Denegación de suministro»;

- (b) se suprime el apartado 80, incluidas las notas a pie de página 8 y 9;

- (c) los apartados 81 a 90 se reenumeran como sigue:

el apartado 81 pasa a ser apartado 80; el apartado 82 pasa a ser apartado 81; el apartado 83 pasa a ser apartado 82; el apartado 84 pasa a ser apartado 83; el apartado 85 pasa a ser apartado 84; el apartado 86 pasa a ser apartado 85; el apartado 87 pasa a ser apartado 86; el apartado 88 pasa a ser apartado 87; el apartado 89 pasa a ser apartado 88; el apartado 90 pasa a ser apartado 89.

- (d) Tras el nuevo apartado 89 de las Orientaciones sobre las prioridades de control, se insertan el título y el apartado 90 siguientes:

«E. Compresión de márgenes»

«90. Una empresa dominante puede aplicar al producto en el mercado ascendente un precio que, en comparación con el precio que aplica en el mercado descendente ⁽³⁾, no permite que ni siquiera un competidor con igual grado de eficiencia comercie de forma rentable en el mercado descendente de forma duradera (lo que se denomina “compresión de márgenes”) ⁽⁴⁾. En casos de compresión de márgenes el parámetro que suele utilizar la Comisión para determinar los costes de un competidor con igual grado de eficiencia es el LRAIC de la división descendente de la empresa dominante integrada ⁽⁵⁾».

⁽³⁾ Incluida la situación en que una empresa integrada que vende un “sistema” de productos complementarios vende a un competidor que produce otro producto complementario uno de los productos complementarios separado del paquete.

⁽⁴⁾ Este comportamiento es constitutivo de una forma autónoma de abuso diferente de la denegación de suministro, sentencia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 56.

⁽⁵⁾ No obstante, en algunos casos el LRAIC de un competidor no integrado en sentido descendente podría utilizarse como parámetro de referencia, por ejemplo cuando no es posible asignar claramente los costes de la empresa dominante a las operaciones en sentido descendente y ascendente.».

⁽³⁾ Sentencia de 25 de marzo de 2021, Slovak Telekom / Comisión (Slovak Telekom), C-165/19 P, EU:C:2021:239, apartados 50 y 51, y sentencia de 12 de febrero de 2023, Lietuvos geležinkeliai AB / Comisión Europea, C-42/21 P, EU:C:2023:12, apartados 81 a 84 y 91.