



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 6 de octubre de 2015*

«Procedimiento prejudicial — Artículo 82 CE — Abuso de posición dominante — Mercado de la distribución de envíos postales masivos — Publicidad por correo — Sistema de descuentos retroactivo — Efecto de exclusión — Criterio del competidor igualmente eficiente — Grado de probabilidad y seriedad de un efecto contrario a la competencia»

En el asunto C-23/14,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Sø- og Handelsretten (Tribunal de lo Marítimo y Mercantil) (Dinamarca), mediante resolución de 8 de enero de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de enero de 2014, en el procedimiento entre

Post Danmark A/S

y

Konkurrencerådet,

con intervención de:

Bring Citymail Danmark A/S,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por la Sra. R. Silva de Lapuerta, Presidenta de Sala, y los Sres. J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, J.L. da Cruz Vilaça (Ponente) y C. Lycourgos, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 26 de marzo de 2015;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Post Danmark A/S, por los Sres. S. Zinck, advokat, y T. Lübbig, Rechtsanwalt;
- en nombre de Bring Citymail Danmark A/S, por el Sr. P. Jakobsen, advokat;
- en nombre del Gobierno danés, por la Sra. M. Wolff, en calidad de agente, asistida por el Sr. J. Pinborg, advokat;

* Lengua de procedimiento: danés.

- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. T. Henze y J. Möller, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. É. Gippini Fournier y L. Malferrari y por la Sra. L. Grønfeldt, en calidad de agentes;
- en nombre del Órgano de Vigilancia de la AELC, por los Sres. X. Lewis y M. Schneider y por la Sra. M. Moustakali, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 21 de mayo de 2015;
dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 82 CE.
- 2 Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre Post Danmark A/S (en lo sucesivo, «Post Danmark») y el Konkurrencerådet (Consejo de la Competencia), en relación con un sistema de descuentos retroactivo aplicado por dicha empresa en los años 2007 y 2008 para los envíos publicitarios con destinatario masivos.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 3 Cuando se produjeron los hechos que dieron lugar al litigio principal, es decir, durante los años 2007 y 2008, Post Danmark estaba controlada por el Estado danés y era la responsable del servicio postal universal de distribución en el plazo de un día, en todo el territorio danés, de cartas y paquetes, en particular, de envíos masivos, de menos de 2 kg de peso. Debía aplicar un régimen de tarifas según el cual los precios de las prestaciones incluidas en la obligación de servicio universal no podían variar según el lugar de destino.
- 4 Para compensar la obligación de servicio universal y el régimen de tarifas único que se le imponía, Post Danmark disfrutaba de un monopolio legal para la distribución de cartas, entre ellas las de envíos masivos, en particular, de publicidad por correo, de un peso máximo de 50 gramos.
- 5 La publicidad por correo es un segmento del mercado de los envíos masivos, consistente en la distribución, en el marco de campañas comerciales, de envíos publicitarios de contenido uniforme, que incluyen la dirección del destinatario.
- 6 De la resolución de remisión resulta que Post Danmark estableció un sistema de descuentos para la publicidad por correo en 2003, en un momento en el que no existía competencia en el mercado de la distribución de envíos masivos y en el que el monopolio para la distribución de cartas se aplicaba a todas las cartas de un peso de hasta 100 gramos máximo.
- 7 Estos descuentos se aplicaban a envíos remitidos por el cliente, que incluyeran un mínimo de 3 000 cartas a la vez, el total de los envíos debía alcanzar o bien un mínimo de 30 000 cartas al año, o bien representar un importe bruto de franqueo anual de al menos 300 000 coronas danesas (DKK) (aproximadamente 40 200 euros). Este sistema de descuentos incluía una escala de tipos que oscilaba del 6 % al 16 %, éste último era aplicable a los clientes que remitían más de 2 millones de correos al año, o correos de más de 20 millones de DKK (aproximadamente 2 680 426 euros) al año. La escala de los descuentos estaba «estandarizada», es decir, que todos los clientes podían obtener el mismo descuento en función de sus compras acumuladas durante el período de referencia, a saber, un año.

- 8 Post Danmark y sus clientes celebraban, a principios de año, acuerdos que indicaban las cantidades de envíos estimadas para ese año. Los descuentos se concedían y la facturación se realizaba periódicamente sobre dicha base. A fin de año, Post Danmark procedía a un ajuste cuando las cantidades enviadas no eran las mismas que las cantidades que habían sido objeto de la estimación inicial. El precio de los envíos de cada cliente se ajustaba a fin de año, con efecto retroactivo desde el inicio de ese mismo año, sobre la base de la cantidad de correo efectivamente remitido. El tipo de descuento finalmente establecido se aplicaba así a todos los envíos remitidos durante el período de referencia y no exclusivamente a los envíos que superaran la cantidad inicialmente estimada. De la misma manera, un cliente cuyo volumen de envíos resultase inferior a la cantidad estimada debía reembolsar a Post Danmark.
- 9 El sistema de descuentos controvertido en el litigio principal era aplicable a todos los correos publicitarios en los que figuraba la dirección del destinatario, estuvieran o no comprendidos en el monopolio de Post Danmark y tuviera o no lugar la distribución en zonas no cubiertas por otros operadores. De la resolución de remisión se desprende que la progresividad de los descuentos aplicados a los servicios de publicidad por correo beneficiaba más a los clientes de tamaño medio, ya que las cantidades enviadas por los clientes muy importantes superaban ampliamente el escalón superior.
- 10 Bring Citymail Danmark A/S (en lo sucesivo, «Bring Citymail»), una filial de Poste Norge AS, sociedad responsable del servicio postal universal en Noruega comenzó, el 1 de enero de 2007, a distribuir correspondencia comercial, incluida la publicidad por correo, en Dinamarca. Bring Citymail ofrecía un servicio de distribución de esta correspondencia no en el plazo de un día a partir del envío, sino en el plazo de tres días. Disfrutaban de este servicio aproximadamente un millón de hogares en Copenhague (Dinamarca) y en sus alrededores, lo que suponía aproximadamente un 40 % de la totalidad de los hogares posibles.
- 11 Durante el período pertinente, Bring Citymail fue el único competidor serio de Post Danmark en el mercado del correo masivo.
- 12 Bring Citymail se retiró del mercado danés en 2010 tras haber sufrido grandes pérdidas. Según las explicaciones dadas al respecto, sufrió un perjuicio de 500 millones de DKK (aproximadamente 67 010 654 euros) a causa de los gastos de establecimiento y de los resultados negativos durante los ejercicios contables de 2006 a 2009.
- 13 A raíz de una denuncia presentada por Bring Citymail, el Konkurrencerådet consideró, mediante resolución de 24 de junio de 2009, que Post Danmark había abusado de una posición dominante en el mercado de la distribución de envíos masivos al aplicar, en los años 2007 y 2008, descuentos a la publicidad por correo lo que provocó la fidelización de la clientela y el «cierre» del mercado, sin haber podido justificar mejoras de eficiencia que hubieran podido beneficiar a los consumidores y neutralizar los efectos restrictivos de la competencia de los referidos descuentos.
- 14 El Konkurrencerådet estimó, en particular, que Post Danmark era un socio comercial ineludible en el mercado de los envíos masivos, ya que tenía más de un 95 % de un mercado cuyo acceso se veía dificultado por grandes barreras y que se caracterizaba por economías de escala. Además, Post Danmark disfrutaba de importantes ventajas estructurales conferidas, en particular, por el monopolio previsto por la ley, ya que, durante el período pertinente, más del 70 % de todos los envíos masivos en Dinamarca estaban incluidos en este monopolio, así como de una cobertura geográfica única que englobaba toda Dinamarca.

- 15 Según el Konkurrencerådet, estos elementos obligaron a la clientela de este tipo de servicios a dirigirse a Post Danmark para un 70 % de los envíos sobre los que ésta tenía un derecho exclusivo y para una parte significativa de los envíos masivos que debían realizarse más allá de la cobertura geográfica de Bring Citymail, de modo que, en su propia zona geográfica, Bring Citymail, sólo podía competir en aproximadamente un 30 % de los envíos.
- 16 Asimismo, el Konkurrencerådet insistió sobre la estructura y el contenido del sistema de descuentos, en particular, su carácter retroactivo con un período de adquisición de derechos de un año y la amplitud de los tipos aplicados a los descuentos. Según las apreciaciones del Konkurrencerådet, unos dos tercios de los envíos realizados en concepto de publicidad por correo ajenos al monopolio no podían ser transferidos de Post Danmark a Bring Citymail sin repercusiones negativas sobre la escala de los descuentos.
- 17 De ello dedujo que el citado sistema provocaba un efecto de exclusión contrario a la competencia en el mercado. A este respecto, el Konkurrencerådet estimó, contrariamente a Post Danmark, que no era pertinente basar la evaluación del efecto de exclusión contrario a la competencia provocado en el mercado por el sistema de descuentos en el criterio del denominado «competidor igualmente eficaz», que implica una comparación de los precios con los costes de la empresa dominante. En efecto, según dicha autoridad, habida cuenta de las características específicas del mercado de que se trata, no podía exigirse, a efectos de dicha comparación, que un nuevo competidor fuera igualmente eficaz a corto plazo como Post Danmark.
- 18 Mediante resolución de 10 de mayo de 2010, la Konkurrenceankenævnet (Comisión de Apelación en materia de Competencia) confirmó la resolución del Konkurrencerådet de 24 de junio de 2009.
- 19 Post Danmark llevó el caso al Sø- og Handelsretten que consideró que, si bien es cierto que, para ser contrario al artículo 82 CE, un sistema de descuentos, como el controvertido en el litigio principal, debe tener cierto efecto de exclusión del mercado, no obstante, existe incertidumbre sobre los criterios que han de aplicarse para apreciar si tal sistema puede tener un efecto de exclusión contrario al artículo 82 CE.
- 20 En estas circunstancias, el Sø- og Handelsretten decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:
- «1) ¿Qué directrices deben utilizarse para determinar si la aplicación por una empresa dominante de un sistema de descuentos con un umbral estándar de volumen que presenta las características descritas en los apartados 10 a 11 de la resolución de remisión constituye un abuso de posición dominante contrario al artículo 82 CE?

Se solicita al Tribunal de Justicia que aclare en su respuesta qué importancia tiene para la apreciación el hecho de que los umbrales del sistema de descuentos se fijen de forma que el sistema de descuentos se aplique a la mayoría de los clientes del mercado.

Se solicita asimismo al Tribunal de Justicia que aclare qué importancia tienen, en su caso, los precios y costes de la empresa dominante para la valoración conforme al artículo 82 CE de dicho sistema de descuentos (importancia del criterio del “competidor igualmente eficaz”).

Se solicita también al Tribunal de Justicia que aclare qué importancia tienen a este respecto las características del mercado, en particular si las características del mercado pueden justificar que el efecto de exclusión del mercado se demuestre mediante exámenes y análisis distintos del criterio del competidor igualmente eficaz (véase a este respecto el apartado 24 de la comunicación de la Comisión [titulado] “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” [(DO 2009, C 45, p. 7)]).

- 2) ¿Hasta qué punto debe ser probable y grave el efecto anticompetitivo de un sistema de descuentos que presenta las características descritas en los apartados 10 a 11 de la resolución de remisión para que se aplique el artículo 82 CE?
- 3) Teniendo en cuenta las respuestas a las cuestiones primera y segunda, ¿qué circunstancias específicas debe tomar en consideración el órgano jurisdiccional nacional para valorar si un sistema de descuentos, en circunstancias como las descritas en la resolución de remisión (características del mercado y del sistema de descuentos), tiene o puede tener un efecto de exclusión del mercado en el caso concreto que constituya un abuso comprendido en el artículo 82 CE?

A este respecto, ¿es necesario que el efecto de exclusión del mercado sea apreciable?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión, párrafos primero y segundo, y la tercera cuestión, párrafo primero

- 21 Mediante la primera cuestión, párrafos primero y segundo, y la tercera cuestión, párrafo primero, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, al Tribunal de Justicia que precise los criterios que procede aplicar para determinar si un sistema de descuentos, como el controvertido en el litigio principal, puede tener un efecto de exclusión del mercado, infringiendo el artículo 82 CE. El órgano jurisdiccional remitente pregunta además qué importancia debe atribuirse, en dicha apreciación, al hecho de que el citado sistema de descuentos sea aplicable a la mayoría de los clientes del mercado.
- 22 De la documentación remitida al Tribunal de Justicia resulta que el sistema de descuentos aplicado por Post Danmark durante los años 2007 y 2008 tenía tres características principales.
- 23 En primer lugar, la escala de los descuentos, que incluía tipos del 6 % al 16 %, estaba «estandarizado», es decir, que todos los clientes podían obtener el mismo descuento en función de sus compras acumuladas durante un período de referencia anual.
- 24 En segundo lugar, los descuentos eran «condicionales», en el sentido de que Post Danmark y sus clientes celebraban, a principios de año, acuerdos que indicaban las cantidades de envíos estimadas para ese año. A fin de año, Post Danmark realizaba un ajuste cuando las cantidades enviadas no coincidían con las que se habían estimado en principio.
- 25 En tercer lugar, los descuentos eran «retroactivos», en tanto, cuando el umbral de envíos fijados inicialmente se superaba, el tipo de descuento establecido a fin de año se aplicaba a todos los envíos remitidos durante el período de referencia y no exclusivamente a los envíos que superaran el umbral inicialmente estimado.
- 26 En lo que atañe a la aplicación del artículo 82 CE a un sistema de descuentos, cabe recordar que, al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, dicho artículo tiene por objeto los comportamientos que puedan influir en la estructura de un mercado en el que la competencia está ya bastante debilitada, en razón precisamente de la presencia de una empresa que ocupa dicha posición, y que tienen por efecto impedir el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (véanse, en este sentido, las sentencias *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, 322/81, EU:C:1983:313, apartado 70, y *British Airways/Comisión*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 66).

- 27 Asimismo, de reiterada jurisprudencia resulta que, a diferencia de un descuento por volumen, relacionado únicamente con el volumen de compras efectuadas al productor de que se trata que, en principio, no infringe el artículo 82 CE, un descuento de fidelidad, que pretende impedir, mediante la concesión de ventajas financieras, el abastecimiento de los clientes en otros productores competidores para la totalidad o una parte importante de sus necesidades, constituye un abuso en el sentido de dicho artículo (véanse las sentencias *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, 322/81, EU:C:1983:313, apartado 71, así como *Tomra Systems y otros/Comisión*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, apartado 70).
- 28 Respecto al sistema de descuentos controvertido en el litigio principal, debe observarse que este sistema no puede considerarse como un mero descuento por volumen relacionado únicamente con el volumen de compras, en la medida en que los descuentos de que se trata se conceden no por cada encargo individual, correspondiendo así al ahorro de costes conseguido por el proveedor, sino en función de todos los encargos realizados durante un período determinado. Por otro lado, tampoco iba acompañado de una obligación o de una promesa de los adquirentes de abastecerse exclusivamente o para una determinada cuota de sus necesidades en la *Post Danmark*, lo que le diferenciaba de los descuentos de fidelidad en el sentido de la jurisprudencia indicada en el apartado anterior.
- 29 En estas condiciones, a fin de determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición aplicando un sistema de descuentos como el controvertido en el litigio principal, el Tribunal de Justicia ha establecido reiteradamente que procede apreciar el conjunto de circunstancias, en particular, los criterios y condiciones de concesión del descuento, y examinar si dicho descuento pretende, mediante la concesión de una ventaja no basada en ninguna contraprestación económica que la justifique, privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar la posición dominante mediante la distorsión de la competencia (sentencias *British Airways/Comisión*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 67, así como *Tomra Systems y otros/Comisión*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, apartado 71).
- 30 Atendiendo a las particularidades del presente asunto, procede tomar en consideración, al examinar todas las circunstancias pertinentes, el alcance de la posición dominante de *Post Danmark* y las peculiares condiciones de la competencia en el mercado de referencia.
- 31 A este respecto, es necesario, en primer lugar, verificar si estos descuentos pueden producir un efecto de exclusión, es decir, si pueden, por un lado, dificultar o imposibilitar el acceso al mercado de los competidores de la empresa en posición dominante y, por otro, dificultar o imposibilitar, para las otras partes contratantes de dicha empresa, la elección entre varias fuentes de aprovisionamiento o socios comerciales. Procede averiguar, seguidamente, si existe una justificación económica objetiva de los descuentos otorgados (sentencia *British Airways/Comisión*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartados 68 y 69).
- 32 En primer lugar, por lo que se refiere a los criterios y condiciones para la concesión de los descuentos, debe recordarse que los descuentos controvertidos en el litigio principal eran «retroactivos», en el sentido de que, si se superaba el umbral fijado inicialmente a principio de año para las cantidades de correo, el tipo de descuento establecido a fin de año era aplicable a todos los envíos remitidos durante el período de referencia y no exclusivamente a los envíos que superasen el umbral inicialmente estimado. En cambio, un cliente cuyo volumen de envíos resultase inferior a la cantidad estimada debía reembolsar a *Post Danmark*.
- 33 Pues bien, de la jurisprudencia se desprende que las obligaciones contractuales que recaen sobre las otras partes contratantes de la empresa en posición dominante y la presión ejercida sobre ellos pueden ser particularmente intensos cuando un descuento no se limita solamente al incremento de las compras de productos de dicha empresa realizadas por las otras partes contratantes durante el

período tomado en consideración, sino que se extiende igualmente a la totalidad de esas compras. De este modo, variaciones proporcionalmente modestas de las ventas de los productos de la empresa en posición dominante producen efectos desproporcionados sobre las otras partes contratantes (véase, en este sentido, la sentencia *British Airways/Comisión*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 73).

- 34 Además, es preciso poner de relieve que el sistema de descuentos controvertido en el litigio principal se basaba en un período de referencia de un año. Pues bien, es inherente a cualquier sistema de descuentos concedidos en función de las cantidades vendidas durante un período de referencia relativamente dilatado que la presión para el comprador para alcanzar el volumen de compras necesario para obtener la ventaja o no incurrir en la penalización prevista para el conjunto del período aumente al final del período de referencia (sentencia *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, 322/81, EU:C:1983:313, apartado 81).
- 35 Por consiguiente, como señaló la Abogado General en los puntos 37 y 38 de sus conclusiones, tal sistema de descuentos puede permitir a la empresa en posición dominante fidelizar más fácilmente a sus propios clientes y atraer a los clientes de sus competidores, captando para sí la parte de la demanda abierta a la competencia en el mercado pertinente. Este efecto de captación se acentúa por el hecho de que, en el asunto principal, los descuentos se aplicaban indistintamente tanto a la parte de la demanda abierta a la competencia como a la que no lo estaba, es decir, en este último caso, al correo publicitario remitido de un peso inferior a 50 gramos, comprendido en el monopolio legal de Post Danmark.
- 36 En el litigio principal, de la documentación enviada al Tribunal de Justicia resulta que, para 25 de los clientes más importantes de Post Danmark, que representan alrededor de la mitad del volumen de las operaciones en el mercado de que se trata durante el período de referencia, aproximadamente dos tercios de los envíos realizados en forma de publicidad por correo ajena al monopolio no podían ser transferidos de Post Danmark a Bring Citymail sin repercusiones negativas sobre la escala de los descuentos. Si se acreditase tal apreciación, lo que incumbe al juez remitente comprobar, la incitación a proveerse exclusivamente o sustancialmente en Post Danmark es especialmente fuerte, reduciendo de manera significativa la libertad de elección de los clientes de sus fuentes de abastecimiento.
- 37 Por otro lado, por lo que se refiere a la estandarización de la escala de los descuentos, consistente en que todos los clientes podían obtener el mismo descuento en función de sus compras acumuladas durante el período de referencia, tal característica permite, efectivamente, concluir que, en principio, el sistema de descuentos aplicado por Post Danmark no se traducía en la aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el sentido del artículo 82 CE, letra c).
- 38 Sin embargo, el mero hecho de que un sistema de descuentos no sea discriminatorio no es óbice para que se considere que puede producir un efecto de exclusión del mercado, infringiendo el artículo 82 CE. En efecto, en la sentencia *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión* (322/81, EU:C:1983:313, apartados 86 y 91), el Tribunal de Justicia, tras rechazar la alegación de la Comisión de que el sistema de descuentos aplicado por Michelin era discriminatorio, declaró, no obstante, que violaba el artículo 82 CE, ya que creaba un vínculo de dependencia de los revendedores con respecto a dicha empresa.
- 39 En segundo lugar, en cuanto al alcance de la posición dominante de Post Danmark y las peculiares condiciones de la competencia en el mercado de los envíos postales masivos, de la resolución de remisión resulta que Post Danmark tenía un 95 % de este mercado cuyo acceso estaba protegido por grandes barreras y que se caracterizaba por la existencia de economías de escala significativas. Post Danmark disfrutaba además de ventajas estructurales conferidas por el monopolio legal sobre la distribución de cartas de un peso máximo de 50 gramos que abarcaba al 70 % de todos los envíos masivos. Asimismo, Post Danmark se beneficiaba de una cobertura geográfica única que englobaba toda Dinamarca.

- 40 Pues bien, el hecho de tener una cuota de mercado muy alta coloca a la empresa que la posee en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que le proporciona una independencia de comportamiento (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, EU:C:1979:36, apartado 41). En estas condiciones, resulta particularmente difícil a los competidores de la empresa en posición dominante mejorar estos descuentos fijados en función del volumen total de ventas. Como consecuencia de su cuota de mercado notablemente superior, la empresa en posición dominante se constituye por regla general en un socio comercial inevitable en el mercado (véase la sentencia British Airways/Comisión, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 75).
- 41 Esta circunstancia, junto con los elementos indicados en el apartado 39 de la presente sentencia que contribuyen a precisar la situación competitiva existente en el mercado pertinente, permite concluir que la competencia en éste ya se encontraba muy limitada.
- 42 En estas condiciones, procede considerar que un sistema de descuentos aplicado por una empresa, como del que se trata en el litigio principal, que, sin comprometer mediante una obligación formal a los clientes de ésta, no obstante, si pretende dificultar el abastecimiento de estos clientes acudiendo a los productores competidores, produce un efecto de exclusión contrario a la competencia (véase, en este sentido, la sentencia Tomra Systems y otros/Comisión, C-549/10 P, EU:C:2012:221, apartado 72).
- 43 Por otro lado, el órgano jurisdiccional remitente solicita asimismo que se determine qué importancia debe atribuirse, en la apreciación del sistema de descuentos aplicado por Post Danmark, al hecho de que este sistema se aplique a la mayoría de los clientes del mercado.
- 44 La circunstancia de que los descuentos aplicados por Post Danmark afectaran a una gran parte de los clientes del mercado no constituye, en sí, un indicio de un comportamiento abusivo de esta empresa.
- 45 En efecto, en un asunto cuyo objeto era la apreciación de descuentos de fidelidad aplicados por una empresa en posición dominante, el Tribunal de Justicia declaró que no era menester comprobar cuáles fueron las proporciones respectivas de los contratos que contenían la cláusula controvertida y los que no (sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, EU:C:1975:174, apartado 511).
- 46 No obstante, el hecho de que un sistema de descuentos, como del que se trata en el litigio principal, abarque a la mayoría de los clientes del mercado puede constituir una indicación útil de la importancia de esta práctica y de su impacto en el mercado, que puede reforzar la verosimilitud de un efecto de exclusión contrario a la competencia.
- 47 Por último, en caso de que el órgano jurisdiccional remitente deba declarar la existencia de efectos contrarios a la competencia imputables a Post Danmark, debe recordarse que una empresa en posición dominante puede, no obstante, justificar actuaciones susceptibles de estar comprendidas en la prohibición establecida en el artículo 82 CE.
- 48 En particular, tal empresa puede demostrar que el efecto de exclusión que resulta de su comportamiento puede verse contrarrestado, o incluso superado, mediante mejoras de la eficacia que también puedan beneficiar al consumidor (véanse las sentencias British Airways/Comisión, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 86, y TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 76).
- 49 A este último respecto, corresponde a la empresa que ocupa una posición dominante demostrar que las mejoras de eficacia que puedan derivarse del comportamiento considerado neutralizan los efectos perjudiciales probables sobre la competencia y los intereses de los consumidores en los mercados afectados, que dichas mejoras de eficacia han podido o pueden realizarse gracias a dicho comportamiento, y que éste es indispensable para conseguirlas y no elimina una competencia efectiva al suprimir la totalidad o la mayoría de las fuentes existentes de competencia actual o potencial (sentencia Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 42).

50 A la vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión, párrafos primero y segundo, y a la tercera cuestión, párrafo primero, que, para determinar si un sistema de descuentos, como el controvertido en el litigio principal, aplicado por una empresa que se encuentra en posición dominante, puede tener un efecto de exclusión del mercado, infringiendo el artículo 82 CE, procede examinar el conjunto de circunstancias del caso concreto, en particular, los criterios y las condiciones de concesión de los descuentos, el alcance de la posición dominante de la empresa de que se trata y las condiciones de competencia específicas del mercado pertinente. La circunstancia de que el citado sistema de descuentos abarque a la mayoría de los clientes del mercado puede constituir una indicación útil de la importancia de esta práctica y de su impacto en el mercado, que puede reforzar la verosimilitud de un efecto de exclusión contrario a la competencia.

Sobre la primera cuestión, párrafos tercero y cuarto

51 Mediante la primera cuestión, párrafos tercero y cuarto, el órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, al Tribunal de Justicia que aclare qué importancia debe atribuirse al criterio del competidor igualmente eficaz para la apreciación de un sistema de descuentos conforme al artículo 82 CE.

52 Dado que el órgano jurisdiccional remitente ha mencionado en su primera cuestión, párrafo cuarto, la comunicación de la Comisión titulada «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo [82 CE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», procede señalar, con carácter preliminar, que este texto se limita a circunscribir el enfoque de la Comisión sobre la elección de los asuntos que examinará de manera prioritaria, aun cuando la práctica administrativa seguida por ésta carece de efectos vinculantes para las autoridades de defensa de la competencia y los tribunales nacionales.

53 Debe señalarse que la aplicación del criterio del competidor igualmente eficaz consiste en examinar si la política de precios de una empresa en posición dominante amenaza con expulsar del mercado a un competidor tan eficiente como dicha empresa.

54 Este criterio se basa en una comparación de los precios aplicados por una empresa que ocupa una posición dominante y de determinados costes contraídos por dicha empresa así como en el análisis de la estrategia de ésta (véase la sentencia *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 28).

55 El Tribunal de Justicia ha aplicado específicamente el criterio del competidor igualmente eficaz a prácticas de precios reducidos en forma de precios selectivos o de precios predatorios (véanse, para los precios selectivos, la sentencia *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, apartados 28 a 35, y para los precios predatorios, las sentencias *AKZO/Comisión*, C-62/86, EU:C:1991:286, apartados 70 a 73, y *France Télécom/Comisión*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, apartados 107 y 108), así como de compresión de márgenes (sentencia *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, apartados 40 a 46).

56 En lo referente a la comparación de los precios y de los costes en un contexto de aplicación del artículo 82 CE a un sistema de descuentos, el Tribunal de Justicia declaró que la facturación a los clientes de «precios negativos», es decir precios inferiores al precio de coste, no constituye una condición previa para la apreciación del carácter abusivo de un sistema de descuentos retroactivos aplicado por una empresa en posición dominante (sentencia *Tomra Systems y otros/Comisión*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, apartado 73). En este mismo asunto, el Tribunal de Justicia precisó que la falta de comparación de los precios practicados y de los costes no constituía un error de Derecho (sentencia *Tomra Systems y otros/Comisión*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, apartado 80).

57 De ello se deduce que, como señaló la Abogado General en los puntos 61 y 63 de sus conclusiones, ni del artículo 82 CE ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende una obligación jurídica de basarse sistemáticamente en el criterio del competidor igualmente eficaz para apreciar el carácter abusivo de un sistema de descuentos aplicado por una empresa en posición dominante.

- 58 No obstante, esta conclusión no debe llevar a excluir, por principio, el uso del criterio del competidor igualmente eficaz en los asuntos que cuestionen un sistema de descuentos a fin de examinar su conformidad con el artículo 82 CE.
- 59 En cambio, en una situación como de la que se trata en el asunto principal, caracterizada porque la empresa que se encuentra en posición dominante tiene una cuota de mercado muy elevada y por ventajas estructurales conferidas, en particular, por el monopolio legal de esta empresa que se aplicaba al 70 % de los envíos del mercado de referencia, la aplicación del criterio del competidor igualmente eficaz carece de pertinencia en la medida en que la estructura del mercado hace prácticamente imposible la aparición de un competidor igualmente eficaz.
- 60 Además, en un mercado, como del que se trata en el litigio principal, cuyo acceso está protegido por grandes barreras, la presencia de un competidor menos eficaz podría contribuir a intensificar la presión competitiva en este mercado y, de ese modo, imponer límites al comportamiento de la empresa en posición dominante.
- 61 El criterio del competidor igualmente eficaz debe considerarse así como un instrumento más para apreciar la existencia de una explotación abusiva de una posición dominante en el marco de un sistema de descuentos.
- 62 Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión, párrafos tercero y cuarto, que la aplicación del criterio del competidor igualmente eficaz no es un requisito indispensable para determinar el carácter abusivo de un sistema de descuentos, conforme al artículo 82 CE. En una situación como de la que se trata en el asunto principal, la aplicación del criterio del competidor igualmente eficaz carece de pertinencia.

Sobre las cuestiones segunda y tercera, párrafo segundo

- 63 Mediante las cuestiones segunda y tercera, párrafo segundo, a las que procede responder conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que, para estar comprendido en el ámbito de aplicación de dicho artículo, el efecto contrario a la competencia de un sistema de descuentos, como del que se trata en el litigio principal, debe ser, por un lado, probable y, por otro, grave o apreciable.
- 64 En lo que atañe, en primer lugar, a la probabilidad de un efecto contrario a la competencia, de la jurisprudencia indicada en el apartado 29 de la presente sentencia resulta que, para determinar si una empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición al aplicar un sistema de descuentos, debe examinarse si dicho descuento pretende privar al comprador, o al menos restringir, la posibilidad de elegir sus fuentes de aprovisionamiento, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar la posición dominante mediante la distorsión de la competencia.
- 65 A este respecto, como precisó la Abogado General en el punto 80 de sus conclusiones, el efecto contrario a la competencia de una práctica determinada no ha de ser de naturaleza meramente hipotética.
- 66 Asimismo, el Tribunal de Justicia declaró que, a fin de demostrar el carácter abusivo de tal práctica, tiene que existir su efecto contrario a la competencia en el mercado, pero éste no tiene que ser necesariamente concreto, siendo suficiente que se demuestre un posible efecto contrario a la competencia que sea de naturaleza tal que expulse a los competidores al menos igual de eficientes que la empresa que se encuentra en una posición dominante (sentencia TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 64).

- 67 De ello se desprende que sólo están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 82 CE las empresas en posición dominante cuyo comportamiento puede tener un efecto contrario a la competencia en el mercado.
- 68 A este respecto, es preciso destacar que la apreciación de la capacidad de un sistema de descuentos para restringir la competencia debe realizarse teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, en particular, las condiciones y los criterios en que se conceden los descuentos, el número de clientes afectados y las características del mercado en el que opere la empresa dominante.
- 69 Tal apreciación pretende determinar si el comportamiento de la empresa en posición dominante da lugar a la exclusión efectiva o probable de los competidores, en perjuicio de la competencia y, por ende, de los intereses de los consumidores (sentencia Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 44).
- 70 En segundo lugar, en relación con el carácter grave o apreciable de un efecto contrario a la competencia, si bien es cierto que la declaración de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate (sentencia Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 21), el comportamiento de tal empresa, debido a que la estructura competitiva del mercado ya está debilitada, puede dar lugar a una explotación abusiva de su posición dominante (véanse, en este sentido, las sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, EU:C:1979:36, apartado 123, y France Télécom/Comisión, C-202/07 P, EU:C:2009:214, apartado 107).
- 71 Así, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que sobre la empresa que ocupa una posición dominante recae una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior (véase la sentencia Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 23 y jurisprudencia citada).
- 72 Además, en la medida en que la estructura de la competencia del mercado ya está debilitada por la presencia de la empresa dominante, toda restricción adicional de dicha estructura competitiva puede constituir una explotación abusiva de posición dominante (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, EU:C:1979:36, apartado 123).
- 73 De ello se desprende que no está justificada la fijación de un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) para determinar una explotación abusiva de una posición dominante. En efecto, esta práctica contraria a la competencia puede, por su propia naturaleza, provocar restricciones de competencia significativas, e incluso eliminar la competencia en el mercado en el que opera la empresa de que se trate.
- 74 De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que, para estar comprendido en el ámbito de aplicación de dicho artículo, el efecto contrario a la competencia de un sistema de descuentos aplicado por una empresa en posición dominante, como el controvertido en el litigio principal, debe ser probable, sin que sea necesario demostrar que tiene un carácter grave o apreciable.

Costas

- 75 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados al presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia, distintos de aquellos en que hayan incurrido dichas partes, no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

- 1) **Para determinar si un sistema de descuentos, como el controvertido en el litigio principal, aplicado por una empresa que se encuentra en posición dominante, puede tener un efecto de exclusión del mercado, infringiendo el artículo 82 CE, procede examinar el conjunto de circunstancias del caso concreto, en particular, los criterios y las condiciones de concesión de los descuentos, el alcance de la posición dominante de la empresa de que se trata y las condiciones de competencia específicas del mercado pertinente. El hecho de que el referido sistema de descuentos abarque a la mayoría de los clientes del mercado puede constituir una indicación útil de la importancia de esta práctica y de su impacto en el mercado, que puede reforzar la verosimilitud de un efecto de exclusión contrario a la competencia.**
- 2) **La aplicación del criterio denominado «del competidor igualmente eficaz» no es un requisito indispensable para determinar el carácter abusivo de un sistema de descuentos, conforme al artículo 82 CE. En una situación como de la que se trata en el asunto principal, la aplicación del criterio denominado «del competidor igualmente eficaz» carece de pertinencia.**
- 3) **El artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que, para estar comprendido en el ámbito de aplicación de dicho artículo, el efecto contrario a la competencia de un sistema de descuentos aplicado por una empresa en posición dominante, como el controvertido en el litigio principal, debe ser probable, sin que sea necesario demostrar que tiene un carácter grave o apreciable.**

Firmas