Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NILS WAHL
presentadas el 20 de diciembre de 2017 [1]

Asunto C-525/16

MEO — Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.,
contra
Autoridade da Concorrência

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, Portugal)]

«Procedimiento prejudicial — Posición dominante — Competencia — Abuso de posición dominante — Artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c) — Concepto de "desventaja competitiva" — Precios discriminatorios en el mercado descendente — Gestión de derechos afines a los derechos de autor — Televisión de pago»

1. ¿Pueden las autoridades competentes en materia de competencia subsumir en el artículo 102 TFUE la aplicación de precios diferenciados por parte de una entidad determinada? En caso afirmativo, ¿en qué condiciones? ¿Implica la apreciación en ese contexto de un abuso de posición dominante en el sentido de dicho artículo un umbral *de minimis*?

2. Esas son, en esencia, las cuestiones que plantea la presente petición de decisión prejudicial que versa, más concretamente, sobre la interpretación del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), según el cual puede constituir una práctica abusiva de una posición dominante, en particular, el hecho de «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva».

3. Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre MEO — Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (en lo sucesivo, «MEO»), y la Autoridade da Concorrência (Autoridad de la Competencia, Portugal; en lo sucesivo, «AdC»), en relación con la decisión de esta última de archivar sin ulterior trámite la denuncia presentada por MEO contra GDA — Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes (Cooperativa de Gestión de los Derechos de Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Portugal; en lo sucesivo, «GDA») en relación con un supuesto abuso de posición dominante en el ámbito de los derechos afines a los derechos de autor de artistas intérpretes o ejecutantes.

4. Desde mi punto de vista, este asunto brinda la oportunidad de precisar que, con independencia de la existencia de una práctica de diferenciación de precios que, tomada de forma aislada, no resulta problemática desde el punto de vista de la competencia, lo que constituye un abuso de posición dominante es que dicho comportamiento falsee la competencia o afecte a la situación competitiva de los socios comerciales. Por lo tanto, no cabe presumir que las prácticas de diferenciación de precios generan una «desventaja competitiva» sin examinar de todas las circunstancias del asunto concreto, en particular, cuando se está en presencia de una discriminación llamada de «segunda línea».

1 Lengua original: francés.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

5. El artículo 3, apartado 1, última frase, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 [2] dispone que, «cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo [102 TFUE], aplicarán también a la misma el artículo [102 TFUE]».

Derecho portugués

6. El artículo 11, apartados 1 y 2, letra c), del Novo Regime Juridíco da Concorrência (Nuevo régimen de competencia) [3] tiene el mismo tenor que el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c).

Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

7. GDA es una sociedad cooperativa de gestión colectiva de derechos de artistas e intérpretes sin ánimo de lucro que gestiona los derechos afines a los derechos de autor de sus miembros y de los miembros de las sociedades extranjeras homólogas con las que ha concluido un contrato de representación y/o de reciprocidad.

8. En este contexto, la actividad principal de GDA es la percepción de cánones procedentes del ejercicio de los derechos afines y la distribución de su importe a sus titulares. Aunque no dispone de un monopolio legal, actualmente es el único organismo encargado de la gestión colectiva de derechos afines de los artistas activa en Portugal.

9. Entre las empresas que utilizan el repertorio de los miembros de GDA, o de los miembros de organismos extranjeros análogos con los que GDA ha celebrado contratos de representación o de reciprocidad, figuran los proveedores de ofertas al consumidor del servicio de transmisión de la señal de televisión y de su respectivo contenido a cambio del pago de un importe determinado.

10. La demandante en el litigio principal, MEO, es uno de esos proveedores y cliente de GDA.

11. Entre 2008 y 2014, GDA aplicó tres tarifas distintas a dichos proveedores en el marco del servicio mayorista. Entre 2010 y 2013, GDA aplicó dichas tarifas de forma simultánea.

12. De los autos presentados al Tribunal de Justicia se desprende que la tarifa aplicada a MEO se estipuló en virtud de una decisión adoptada el 10 de abril de 2012 por un tribunal arbitral de conformidad con el Derecho aplicable. [4]

13. El 24 de junio y el 22 de octubre de 2014, PT Comunicações, S.A., predecesora de MEO, presentó ante la AdC una denuncia contra GDA por un supuesto abuso de posición dominante. MEO alegaba que ese abuso se derivaba del hecho de que GDA imponía precios excesivos en lo que respecta a la aplicación de los derechos afines de los artistas intérpretes y ejecutantes y que, además, le aplicaba condiciones distintas de las que aplicaba a otro cliente, NOS Comunicações, S.A. (en lo sucesivo, «NOS»).

2 Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1).

3 Aprobado mediante la Lei n.º 19/2012 (Ley n.º 19/2012), de 8 de mayo de 2012.

4 Según el artículo 7, apartados 3 y 9, del Decreto-Lei n.º 333/97 (Decreto-ley n.º 333/97) de 27 de noviembre 1997, si no se llega a un acuerdo en el marco de la negociación, las partes deben acudir a un arbitraje.

14. El 19 de marzo de 2015, la AdC abrió una investigación que concluyó con el archivo de la denuncia mediante decisión de 3 de marzo de 2016, debido a que los hechos objeto del procedimiento no acreditaban de forma suficiente que se hubiera cometido un abuso de posición dominante.

15. En particular, la AdC señaló que, aun suponiendo que GDA tuviera efectivamente una posición dominante en el mercado controvertido y que su comportamiento fuera considerado un trato desigual para prestaciones equivalentes, la diferencia de tarifas aplicadas a los distintos proveedores de servicios minoristas de acceso al servicio de televisión y de los costes medios soportados por MEO y NOS en el marco del servicio mayorista en cuestión no permitía concluir que existiera un efecto restrictivo de la competencia resultante, en particular, de un deterioro de la posición competitiva de MEO.

16. Según la AdC, no cabe considerar que un proveedor de servicios minoristas de acceso a la señal de televisión sufra una desventaja competitiva con respecto a los demás. A su parecer, la interpretación según la cual un simple comportamiento discriminatorio por parte de una empresa que ocupa una posición dominante entraña automáticamente una vulneración del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), va en contra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

17. MEO interpuso recurso contra la decisión de archivo de la AdC alegando, en particular, que dicha autoridad había interpretado incorrectamente el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), pues en lugar de apreciar el criterio de la desventaja competitiva según lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, examinó si se había producido una distorsión significativa y cuantificable de la competencia.

18. Según el órgano jurisdiccional remitente, la decisión de archivo sin ulterior trámite de la AdC se basó en el hecho de que la diferencia de tarifas con respecto al coste medio era escasa, por lo que dichas tarifas no podían perjudicar la posición competitiva de MEO y esta podía asimilar la diferencia. Además, la cuota de mercado de MEO relativa al servicio minorista de acceso a la señal de televisión mediante abono se incrementó durante ese período. [5]

19. El órgano jurisdiccional remitente señala que, en el marco del procedimiento principal, MEO ha facilitado datos relativos a los costes respectivamente soportados por MEO y por NOS. Esas tablas recogen, por un lado, el coste total y el coste medio por consumidor soportados respectivamente por MEO y por NOS y, por otro, el beneficio y la rentabilidad de MEO durante el período de referencia, es decir entre 2010 y 2013. [6]

20. Según el órgano jurisdiccional remitente, no puede excluirse que la capacidad competitiva de MEO se haya visto afectada por esa diferencia de precios. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que determinados comportamientos discriminatorios frente a los socios comerciales pueden dar lugar de forma intrínseca a una desventaja competitiva. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente estima que el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado de forma clara sobre el concepto de «desventaja competitiva» a efectos de la aplicación del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c).

5 Según la Autoridade Nacional de Comunicações [Autoridad Nacional de Comunicaciones (Anacom), Portugal], durante el período de referencia, es decir entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de marzo de 2015, la cuota de mercado de MEO pasó de ser inferior al 25 % a superar el 40 %, mientras que la cuota de mercado de NOS se redujo durante ese mismo período, pasando de ser superior al 60 % a no alcanzar el 45 %.

6 Esas cifras no están reproducidas en la resolución de remisión al ser datos de carácter confidencial.

21. En este contexto, el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, Portugal) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) En el caso de que en un procedimiento sancionador consten indicios o pruebas de hechos relativos a los efectos de una eventual práctica tarifaria discriminatoria seguida por una empresa situada en posición dominante sobre una de las empresas minoristas, que se ve perjudicada en relación con sus competidores, ¿depende el que se considere que este comportamiento *ocasiona una desventaja competitiva*, en el sentido de la letra c) [del párrafo segundo] del artículo 102 TFUE, de una apreciación adicional de la gravedad, relevancia o importancia de esos efectos sobre la posición competitiva o la capacidad competitiva de la empresa afectada, especialmente en lo que atañe a la capacidad de asimilar la diferencia de los costes soportados en el marco del servicio mayorista?

2) En el caso de que en un procedimiento sancionador consten indicios o pruebas de la *importancia significativamente reducida* que la práctica tarifaria discriminatoria seguida por una empresa situada en posición dominante tiene en los costes incurridos, ingresos obtenidos y rentabilidad alcanzada por la empresa minorista afectada, ¿resulta compatible con la apreciación de la inexistencia de indicios de abuso de posición dominante y de prácticas prohibidas la interpretación conforme de la letra c) [del párrafo segundo] del artículo 102 TFUE y de la jurisprudencia sentada en las sentencias [de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartados 146 a 148, y de 9 de septiembre de 2009, Clearstream/Comisión (T-301/04, EU:T:2009:317)]?

3) ¿O, por el contrario, tal circunstancia no es suficiente para excluir que el comportamiento en cuestión pueda considerarse constitutivo de abuso de posición dominante y de práctica prohibida, a efectos de la letra c) [del párrafo segundo] del artículo 102 TFUE, y solo resulta relevante a la hora de determinar la responsabilidad o sanción de la empresa infractora?

4) ¿Debe interpretarse la expresión "*que ocasionen a estos una desventaja competitiva*", contenida en la letra c) [del párrafo segundo] del artículo 102 TFUE, en el sentido de que responde a la exigencia de que la ventaja derivada de la discriminación se corresponda, a su vez, con un porcentaje mínimo de la estructura de costes de la empresa afectada?

5) ¿Debe interpretarse la expresión "*que ocasionen a estos una desventaja competitiva*", contenida en la letra c) [del párrafo segundo] del artículo 102 TFUE, en el sentido de que responde a la exigencia de que la ventaja derivada de la discriminación se corresponda, a su vez, con una diferencia mínima entre los costes medios soportados por las empresas competidoras en el servicio mayorista en cuestión?

6) ¿Puede interpretarse la expresión "*que ocasionen a estos una desventaja competitiva*", contenida en la letra c) [del párrafo segundo] del artículo 102 TFUE, en el sentido de que responde a la exigencia de que la ventaja derivada de la discriminación se corresponda, en el ámbito del mercado y servicio en cuestión, con valores superiores a las diferencias indicadas en las […] tablas 5, 6 y 7, a efectos de la consideración del comportamiento controvertido como práctica prohibida?

7) En el caso de que alguna de las cuestiones cuarta a sexta reciba respuesta afirmativa, ¿cómo deberá definirse el referido umbral mínimo de relevancia de la desventaja en relación con la estructura de costes o con los costes medios soportados por las empresas competidoras en el servicio minorista en cuestión?

8) En el caso de que se defina este umbral mínimo, ¿permite su incumplimiento en cada período anual enervar la presunción derivada de la sentencia [de 9 de septiembre de 2009, Clearstream/Comisión (T-301/04, EU:T:2009:317),] conforme a la cual debe considerarse que "*la aplicación respecto a un socio comercial de precios diferentes para servicios equivalentes, y ello de*

manera ininterrumpida durante cinco años y por una empresa que ostenta un monopolio de hecho en el mercado de una fase anterior, solo [puede] producir una desventaja competitiva para este mismo socio"?»

22. MEO, GDA, los Gobiernos portugués y español y la Comisión Europea han presentado observaciones escritas.

23. En la vista, celebrada el 5 de octubre de 2017, participaron MEO, GDA, el Reino de España y la Comisión.

Resumen de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

24. Con carácter general, las partes interesadas consideran que procede abordar las cuestiones prejudiciales de forma conjunta. Dichas partes se han centrado en la cuestión de si, a efectos de apreciar la existencia de una «desventaja competitiva» en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), cabe presuponer que una diferenciación de precios puede falsear la competencia o si, por el contrario, incumbe a la autoridad de la competencia demostrar que la capacidad competitiva de la empresa perjudicada se ha visto reducida a raíz del comportamiento reprochado. En el marco de este análisis existe controversia, por un lado, en lo que respecta a los elementos que han de ser tomados en consideración y, por otro, en lo tocante a la necesidad de que el efecto (potencial o real, en función del punto de vista de las partes) sobre la competencia sea significativo.

25. En cuanto al concepto de «desventaja competitiva», las partes interesadas están de acuerdo en que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de una eventual afectación de la competencia debe apreciarse, con carácter general, caso por caso y que no existe ningún umbral o regla fija para determinar dicha afectación.

26. Sin embargo, las partes discrepan sobre si debe acreditarse, y en qué medida, la existencia de un efecto contrario a la competencia concreto o si, en cambio, la existencia de esa desventaja debe ser probable en caso de que una empresa en posición dominante aplique tarifas distintas a sus socios comerciales en el mercado descendente.

27. Por un lado, *GDA y el Gobierno portugués* consideran que es preciso tener en cuenta el efecto concreto de la diferencia de precios en la capacidad competitiva de MEO.

28. Según afirman, tanto del planteamiento que propugna la Comisión, reflejado en varios de sus informes y comunicaciones a partir de 2003, como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General se desprende que es preciso tener en cuenta los efectos contrarios a la competencia en el mercado de los comportamientos supuestamente abusivos. Consideran que, para que una práctica tarifaria pueda considerarse abusiva es preciso que exista efectivamente una distorsión de la competencia entre los proveedores de servicios de que se trata y que, a consecuencia de dicha distorsión, algunos proveedores sufran una desventaja competitiva. Pues bien, a su parecer, una «simple» práctica de precios discriminatorios no basta, en sí, para constituir un abuso en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c).

29. Por otra parte, *el Gobierno español*[7] *y MEO* abogan por una interpretación del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), según la cual, con algunos matices, el hecho de que una sociedad de gestión que ocupa una situación de monopolio, como GDA, favorezca a un usuario ofreciéndole condiciones más ventajosas que a sus competidores en el mismo mercado descendente puede generar una desventaja o una distorsión de la competencia.

7 El Gobierno español señala que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha considerado sistemáticamente como infracción la aplicación de tarifas discriminatorias cuando el organismo de gestión de los derechos de autor y de los derechos afines no la puede justificar.

30. En cuanto a los elementos a tener en cuenta para determinar si un comportamiento como el adoptado por GDA en el litigio principal puede producir un efecto contrario a la competencia, MEO aduce que GDA ocupa una posición de monopolio y que los proveedores de servicios de televisión están obligados a acudir a ella para obtener las licencias que les facultan para distribuir obras protegidas. Habida cuenta de dicha circunstancia, la posición negociadora de GDA es sólida. Según MEO, una empresa que ocupa una posición de monopolio tiene, de hecho, una responsabilidad particular en lo que respecta a velar por que se apliquen condiciones idénticas a sus socios comerciales. En su opinión, dicha responsabilidad entraña para GDA la obligación de justificar su comportamiento, lo cual no ha hecho. Por último afirma que es preciso tener en cuenta la duración de la discriminación.

31. A este respecto, el Gobierno español subraya que, en un supuesto como el controvertido, la desventaja se deriva, en particular, del hecho de que las licencias concedidas por las sociedades de gestión constituyen un elemento esencial para que los usuarios de que se trata puedan prestar sus servicios finales.

Análisis

32. Desde mi punto de vista, las cuestiones prejudiciales, tal como han sido formuladas por el órgano jurisdiccional remitente, requieren una respuesta global en la medida en que versan principalmente sobre la cuestión de si el concepto de «desventaja competitiva», empleado en el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), requiere un examen de los efectos del comportamiento y/o de la gravedad de la aplicación de precios distintos en la posición competitiva de la empresa afectada.

33. Antes de abordar esta problemática, deseo, *en primer lugar*, formular ciertos interrogantes que, pese a referirse a aspectos que el órgano jurisdiccional remitente no ha abordado de forma expresa, guardan relación con la aplicabilidad en el presente asunto de las disposiciones del artículo 102 TFUE.

34. *A continuación*, efectuaré una exposición preliminar de las consideraciones básicas que, desde mi punto de vista, deben guiar el análisis de una práctica de diferenciación de precios supuestamente constitutiva de un abuso de posición dominante. En este contexto examinaré si una práctica de discriminación tarifaria de «segunda línea» puede estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), y en qué condiciones puede estarlo. Especificaré los motivos por los que no cabe presumir que una práctica de este tipo constituya, por su naturaleza, un abuso de posición o por los que, por el contrario, es preciso demostrar los efectos contrarios a la competencia de ese comportamiento.

35. A la luz de todas esas consideraciones me centraré, *por último*, en la cuestión de en qué medida la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes por parte de una empresa que supuestamente ocupa una posición dominante puede generar una desventaja competitiva.

Observaciones generales sobre la aplicabilidad en el presente asunto del artículo 102 TFUE

36. Procede señalar que este asunto tiene su origen en una serie de hechos particulares que pueden describirse del modo indicado a continuación.

37. MEO, un proveedor de servicios de televisión en el mercado portugués, ha impugnado ante el órgano jurisdiccional remitente la decisión de la AdC de archivar su denuncia sin ulterior trámite. Dicha denuncia tenía por objeto la conducta supuestamente abusiva de GDA, sociedad cooperativa de gestión de derechos afines a los derechos de autor, consistente en aplicar, entre 2010 y 2013, tarifas diferenciadas para la obtención de licencias.

38. En opinión de MEO, NOS, una empresa que compite de forma directa con MEO, se benefició de tarifas más ventajosas durante ese período. Así, la denuncia presentada por MEO ante la AdC versaba sobre un supuesto abuso de posición dominante derivado de las tarifas discriminatorias que GDA aplicaba en el mercado descendente relativo a los servicios de comercialización colectiva de los derechos afines de artistas intérpretes y ejecutantes.

39. Dicho esto, y como señaló el órgano jurisdiccional remitente basándose en las cifras aportadas, no parece que la desventaja supuestamente sufrida por MEO en lo que respecta a los importes abonados para utilizar obras protegidas por derechos de autor y derechos afines haya dado lugar a una reducción de su cuota de mercado. Por el contrario, la cuota de MEO se incrementó y, entre 2010 y 2013, pasó de ser del 25 %, aproximadamente, a superar el 40 %. En cuanto a la cuota de NOS, durante ese mismo período se redujo y pasó de ser de más del 60 % a caer por debajo del 45 %.

40. También es importante destacar que, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, el precio se fijó mediante laudo arbitral, en la medida en que GDA y MEO no lograron llegar a un acuerdo.

41. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente parece haber partido de la premisa de que, para determinar si se había producido un abuso de posición dominante derivado de la aplicación de precios diferentes para servicios equivalentes, únicamente se planteaba la cuestión de si era preciso pronunciarse en concreto sobre los efectos contrarios a la competencia de la práctica controvertida o si, por el contrario, cabía presumir que esa práctica era contraria al artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c).

42. En este sentido, el órgano jurisdiccional remitente parece haber considerado que concurrían los demás requisitos necesarios para la aplicación del artículo 102 TFUE. En particular considera probado, en primer lugar, que GDA es una empresa que ocupa una posición dominante y, en segundo lugar, que aplicó a sus socios comerciales condiciones desiguales «para prestaciones equivalentes».

43. Ahora bien, a la luz de los autos a disposición del Tribunal de Justicia considero que existen reservas tanto en lo que concierne a la existencia en este caso de una posición dominante de GDA en el mercado efectivamente pertinente como en lo que respecta a la imposición de precios desiguales para «prestaciones equivalentes».

44. Las dudas existentes al respecto podrían hacer hipotéticas las cuestiones prejudiciales planteadas, que únicamente versan sobre la identificación de una «desventaja competitiva» en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c).

45. En primer lugar, creo que es lícito interrogarse sobre si *GDA ocupa efectivamente una posición dominante* en el mercado pertinente del servicio mayorista controvertido en el presente asunto.

46. A este respecto, conviene señalar que GDA ha rebatido precisamente la premisa según la cual ocupa una posición dominante en el mercado pertinente, pese a ser, *de facto*, la única sociedad en Portugal que gestiona derechos afines a los derechos de autor.

47. En este sentido, GDA ha señalado que no puede ejercer ningún tipo de presión comercial sobre sus principales socios, MEO y NOS. En primer lugar, afirma que dichas empresas constituyen un potente «duopolio». Además, sostiene que la fijación de las tarifas está condicionada por la ley nacional, que obliga a las partes a recurrir a arbitraje a falta de acuerdo. Por último, aduce que al no estar integrada verticalmente, no tiene ningún tipo de interés en los mercados ascendentes y descendentes. Por el contrario, la exclusión del mercado de MEO o el debilitamiento de su posición competitiva frente a NOS le resultaría perjudicial. En tales circunstancias, considera que no existe posición dominante y aún menos un abuso de la misma.

48. Conviene recordar que GDA es una entidad de gestión de derechos colectivos de los artistas sin ánimo de lucro, cuyo objeto es ejercer y gestionar los derechos afines a los derechos de autor de las personas que representa y de los miembros de sociedades extranjeras homólogas. Entre sus principales clientes se encuentran los proveedores de servicios minoristas de acceso a la señal de televisión por subscripción en Portugal, en particular, MEO y NOS, que, durante el período pertinente, constituían conjuntamente un duopolio.

49. En este contexto, parece que GDA depende en gran medida de la remuneración por los servicios que ofrece a esas dos empresas.

50. Por otro lado, según se desprende de los autos y como ha señalado la AdC en su decisión, hay indicios de que los proveedores de acceso a la señal de televisión por subscripción tienen un cierto poder de negociación que puede contrarrestar el de GDA. Dichos indicios, que, según entiendo los autos, no han sido rebatidos por MEO,[8] consisten, en particular, en ciertas comunicaciones entre GDA y los proveedores de servicios minoristas de acceso a la señal de televisión por subscripción para determinar la tarifa que GDA les iba a aplicar a partir del 1 de enero de 2014 en el marco del servicio mayorista controvertido.

51. Además, aunque por el momento GDA es la única sociedad que gestiona los derechos colectivos de los artistas intérpretes o ejecutantes en Portugal, ello no significa que esté efectivamente en posición dominante, puesto que no dispone de un poder de mercado que le permita actuar al margen de sus socios comerciales.

52. Pues bien, es pacífico que el artículo 102 TFUE tiene por objeto controlar el poder de mercado de una empresa. Para que la posición de una empresa pueda considerarse dominante, no basta con remitirse a la cuota que esta tiene en un mercado bien definido, sino que es preciso tener en cuenta igualmente el poder económico que tiene por su posición.

53. La posición dominante se define como la posición de poder económico que confiere a una o varias empresas el poder de actuar con una considerable independencia frente a sus competidores, clientes y, en último lugar, consumidores.[9] Tal situación se produce, por lo general, cuando una empresa o grupo de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado, siempre que los demás factores analizados en la valoración (barreras a la entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.) apunten en la misma dirección.[10]

54. Por otro lado, cabría preguntarse qué interés puede tener GDA desde el punto de vista de la competencia en imponer precios discriminatorios con el fin de excluir o debilitar la posición competitiva de uno de sus clientes. Dado que no tiene ningún interés en defenderse en el mercado descendente en el que operan MEO y NOS, su único interés parece residir en dinamizar sus ingresos mediante la fijación de precios negociados de forma individual y bilateral con esos proveedores.

55. De beneficiarse, en este caso, alguna entidad desde el punto de vista de la competencia, de una eventual discriminación aplicada en el mercado ascendente, dicha entidad sería el operador al que se han aplicado los supuestos precios inferiores, a saber, NOS. Por otro lado, no veo de qué modo esa diferenciación podría beneficiar de forma directa o indirecta a GDA. Examinaré de forma más detallada esa cuestión en lo sucesivo.

8 Véanse los documentos que componen los autos nacionales mencionados en la decisión de la AdC.

9 El Tribunal de Justicia acuñó muy pronto esa definición (véanse las sentencias de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continentaal/Comisión, 27/76, EU:C:1978:22, apartado 65, y de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, EU:C:1979:36, apartado 38). Ha sido reproducida sistemáticamente en la jurisprudencia, en particular, en la más reciente (véanse, especialmente, las sentencias de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, C-280/08 P, EU:C:2010:603, apartado 170, y de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartados 23 y 79).

10 Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO 1997, C 372, p. 5).

56. En segundo lugar, al hilo de las consideraciones anteriores, me pregunto si este asunto versa realmente sobre «prestaciones equivalentes» en «condiciones desiguales», en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c) —y, por lo tanto, sobre una «discriminación» en lugar de una «diferenciación» objetiva—, en el marco de las prestaciones relacionadas con los derechos afines a MEO y a NOS.

57. Según se desprende de la jurisprudencia, la equivalencia de las operaciones debe determinarse teniendo en cuenta todas las condiciones existentes en el mercado. [11] Entre dichas condiciones se incluye, en particular, un elemento temporal por cuanto que el precio fijado para la prestación de un determinado servicio puede variar a lo largo del tiempo, a la luz de las *condiciones del mercado y de los criterios empleados para su determinación*. Dicho de otro modo, la circunstancia de que las prestaciones se realicen en momentos distintos puede hacer que las operaciones no sean equivalentes. [12]

58. Por otra parte, de los elementos aportados al Tribunal de Justicia se desprende que la formación de los precios y las demás condiciones contractuales relativas a los derechos afines que GDA comercializa están condicionados por la ley que obliga a las partes a someterse a arbitraje en caso de falta de acuerdo. En ese caso, como ya ha ocurrido en lo que respecta a los precios que GDA facturó a MEO, GDA se limita a aplicar los precios fijados mediante laudo arbitral. Desde mi punto de vista, los precios que GDA ha aplicado respectivamente a MEO y a NOS se fijaron en condiciones, *a priori*, diferentes.

59. En definitiva, parece que el litigio principal se caracteriza por la existencia de varias incertidumbres en lo que respecta a la aplicabilidad del artículo 102 TFUE, que trascienden de la mera cuestión de la identificación de una «desventaja competitiva». Más concretamente, resulta problemático sancionar a una empresa por haber abusado de su supuesta posición dominante debido a la diferenciación de precios que aplica a sus socios situados en el mercado descendente, cuando no opera en dicho mercado y se beneficia directamente de la competencia entre esos socios. Estas dudas llaman, con mayor razón, a ser prudentes en el examen de las prácticas de diferenciación de precios controvertidas.

Una práctica de diferenciación de precios solo constituye un abuso de posición si produce una desventaja competitiva, lo cual implica un examen concreto de los efectos de la práctica a la luz de todas las circunstancias pertinentes

60. Aun suponiendo que de los hechos del presente asunto pueda inferirse, por un lado, que GDA ocupa una posición dominante en el mercado mayorista de que se trata y, por otro lado, que el comportamiento controvertido debe considerarse un trato desigual de prestaciones equivalentes, extremos que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, es imperativo que la autoridad en materia de competencia demuestre que algunos socios comerciales han sufrido una *desventaja competitiva* a raíz de dicha distorsión. La existencia de esa desventaja no puede presumirse en modo alguno e implica, en todo caso, pero, en particular, cuando se trata de una discriminación tarifaria de «segunda línea», un examen de los efectos de las prácticas controvertidas a la luz de todas las circunstancias del caso concreto.

11 Véanse, en particular, las sentencias de 9 de septiembre de 2009, Clearstream/Comisión (T-301/04, EU:T:2009:317), apartados 169 a 190, y de 7 de octubre de 1999, Irish Sugar/Comisión (T-228/97, EU:T:1999:246), apartado 64.

12 Véanse, en particular, en este sentido, O'Donoghue, R., y Padilla, A.J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2.ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 795, y Geradin, D., y Petit, N., «Price discrimination under EC competition law», *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket, Estocolmo, 2005, p. 23 (http://www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

Una práctica de discriminación tarifaria no es, en sí, problemática desde el punto de vista del Derecho de la competencia

61. Con carácter general, es preciso recordar que la discriminación, incluida la discriminación en la imposición de precios, no es, en sí, problemática desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Ello se debe a que la discriminación de precios no siempre es perjudicial para la competencia. Por el contrario, como ponen de manifiesto, por ejemplo, las (vanas) tentativas oficiales de volver a aplicar en Estados Unidos la disposición que prohíbe ese tipo de discriminación contenida en la Robinson-Patman Act (Ley Robinson-Patman) de 1936,[13] prohibir simple y llanamente las discriminaciones tarifarias puede resultar nefasto desde el punto de vista de la eficiencia económica y del bienestar del consumidor.

62. En efecto, es pacífico que una práctica de discriminación, y en particular, de diferenciación de precios, produce efectos ambivalentes desde el punto de vista de la competencia. Esa práctica puede tener como consecuencia reforzar la eficiencia económica y, por ende, el bienestar de los consumidores, objetivos que, desde mi punto de vista, no hay que olvidar cuanto se trata de aplicar las normas de competencia y que se distinguen, en cualquier caso, de las consideraciones vinculadas a la equidad. Como ha declarado de forma reiterada el Tribunal de Justicia, las normas sobre competencia tienen por objeto proteger la competencia y no a los competidores.[14]

63. Tanto desde el punto de vista de la normativa sobre cárteles como desde la perspectiva de la legislación en materia de posición dominante, las discriminaciones de precios solo deberían poder sancionarse si producen un efecto contrario a la competencia efectivo o potencial. La identificación de dicho efecto no debe confundirse con la desventaja sentida o incluso sufrida de forma inmediata por los operadores a los que se les han aplicado precios más elevados para la adquisición de un bien o de un servicio. Además, el hecho de que se aplique a una empresa un precio para la adquisición de un bien o de un servicio superior al que se aplica a una o varias empresas competidoras puede constituir una desventaja pero no da necesariamente lugar a una «desventaja competitiva».

64. Por consiguiente, aun suponiendo que se hayan aplicado a una empresa tarifas superiores a las que se aplican a otras empresas y que, a raíz de ello, haya sido (o se considere) discriminada, tal comportamiento solo queda comprendido en el ámbito de aplicación de la referida disposición si se establece que puede restringir la competencia y vulnerar el bienestar de los consumidores.

65. En el marco de la normativa sobre abuso de posición dominante, una práctica de discriminación tarifaria permite en particular a la empresa que ocupa dicha posición ofrecer sus productos y servicios a un mayor número de consumidores, como, por ejemplo, aquellos que tienen menor poder adquisitivo. En el mismo sentido, el cliente de una empresa, incluso dominante, se verá incentivado, en principio, a vender más para beneficiarse de un descuento «por fidelización» y, para ello, tenderá a disminuir sus precios y, por consiguiente, a reducir su margen, lo cual, en última instancia, repercute de forma favorable en el consumidor. En este contexto, ha de subrayarse que la capacidad de los operadores para ejercer su poder de negociación y obtener las mejores condiciones tarifarias y reducir sus costes es un parámetro importante de la competencia.[15] En definitiva, la diferencia de precios puede ser un importante factor de estímulo de la competencia.

13 Véase, en particular, «The Robinson-Patman Act», *Antitrust Modernization Commission. Report and Recommendations*. April 2007, Imperial Graphics, Stratford, 2007 (http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm). En 2007, la Antitrust Modernization Commission (Comisión de Modernización del Antitrust, Estados Unidos) también propuso, sin éxito, volver a aplicar dicha disposición. Para un análisis más reciente, véase también Kirkwood, J.B., «Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers», *The Antitrust Bulletin*, vol. 60, n.º 4, 2015, pp, 358 a 383.

14 Véanse, en ese sentido, en lo que respecta a los mecanismos de descuento, mis conclusiones presentadas en el asunto Intel Corporation/Comisión (C-413/14 P, EU:C:2016:788), punto 41.

15 Por lo tanto, imponer a una entidad que trate a todos sus socios comerciales por igual puede dar lugar a resultados contrarios a la competencia (véase Bulmash, H., «An Empirical Analysis of Secondary Line Price Discrimination Motivations», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 8, n.º 2, 2012, pp. 361 a 397).

66. En lo tocante, más concretamente, a la cuestión de si una práctica de diferenciación de los precios aplicados por una empresa a «terceros contratantes», que, en la mayoría de los casos son sus clientes en el mercado descendente, puede constituir un abuso de posición dominante, conviene recordar que el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), prohíbe expresamente a las empresas que ocupen una posición dominante aplicar a esos terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones idénticas «que ocasionen a estos una desventaja competitiva».

67. A diferencia de lo que podría sugerir un análisis superficial, el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), no obliga a los titulares de un monopolio o de una posición dominante a aplicar a sus socios comerciales tarifas uniformes.

68. Del propio tenor de dicha disposición se desprende que la discriminación tarifaria que una empresa dominante aplica a sus socios comerciales *únicamente* estará comprendida en el ámbito de la prohibición de abuso de posición dominante *si la competencia entre esos socios resulta falseada* a consecuencia de dicha discriminación.

69. En definitiva una aplicación rigurosa de dicha disposición exige, por un lado, que se compruebe si existe una relación de competencia entre los socios comerciales de la empresa dominante y, por otro lado, que se acredite que el comportamiento de esa empresa puede falsear la competencia entre las empresas afectadas en el caso concreto.[16] Analizaré esta cuestión en más detalle a continuación.

Una práctica de discriminación tarifaria de segunda línea solo puede incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), tras ser analizada a la luz de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto

70. Tanto en la práctica decisoria de las autoridades de competencia como en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia,[17] ha ido cuajando la idea de que, cuando debe examinarse un comportamiento empresarial desde la perspectiva del artículo 102 TFUE, no puede presumirse la existencia de una restricción de la competencia. Para concluir que dicha restricción existe, es preciso proceder en todo caso a un examen de los efectos reales o potenciales de la medida censurada a la luz de todas las circunstancias del asunto de que se trate.

71. Cuando se está en presencia de una práctica de discriminación tarifaria, el análisis que ha de llevarse a cabo difiere significativamente en función de que se trate de una discriminación de «primera línea» o de «segunda línea».

72. Esquemáticamente, por *discriminación de primera línea* se entiende aquella que se realiza frente a los competidores de la empresa dominante. A menudo tiene por objeto prácticas de discriminación tarifaria destinadas a atraer a ciertos clientes de los operadores competidores, como precios predatorios, descuentos diferenciados o incluso conductas de compresión de márgenes. Por lo general guarda relación con todas las prácticas de precios que tienen por objeto excluir o debilitar la posición competitiva de los operadores presentes en el mismo mercado y en el mismo nivel (desde el plano vertical) que aquel en el que opera la empresa dominante.

73. A consecuencia de los efectos inmediatos de exclusión que pueden producir, estas prácticas de discriminación tarifaria de primera línea son aquellas de las que, por lo general, conocen las autoridades de competencia.

16 Véanse, en ese sentido, las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2006:133), puntos 104 y 105.

17 Véase, en particular, la sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión (C-413/14 P, EU:C:2017:632), apartados 133 a 147.

74. La *discriminación de segunda línea*, a la que hace principalmente referencia el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), es la que afecta a los «terceros contratantes» en el mercado descendente o ascendente a aquel en el que opera esa empresa. Guarda relación, en particular, con el supuesto en el que la empresa dominante decide aplicar a sus clientes, es decir, a las entidades con las que no mantiene una relación de competencia directa, precios distintos. Dicha disposición pretende impedir que la práctica comercial de la empresa en posición dominante falsee la competencia en un mercado de una etapa anterior o posterior, es decir, la competencia entre proveedores o entre clientes de dicha empresa. En su competencia entre sí, las otras partes contratantes de la empresa en posición dominante no deben gozar de preferencias ni tampoco sufrir desventajas. [18]

75. En lo que respecta a este último tipo de discriminación, el efecto de exclusión y de restricción del libre juego de la competencia no siempre resulta evidente. Al contrario, una empresa que opera en un mercado ascendente en principio se beneficiará de la competencia que se ejerza en el mercado descendente.

76. Desde mi punto de vista, y como ya han señalado un gran número de estudios doctrinales, cuando se analiza una discriminación tarifaria a efectos de la aplicación del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), como la controvertida en el litigio principal, es preciso distinguir de entrada entre las empresas integradas verticalmente que tienen interés en suplantar a sus competidores en el mercado descendente y aquellas que no tienen ese interés.

77. Cuando la empresa está integrada verticalmente, la aplicación por parte de la empresa dominante de precios discriminatorios en el mercado ascendente o descendente se asemeja, en realidad, a una discriminación de primera línea que afecta de forma indirecta a los competidores de dicha empresa. Esa discriminación puede debilitar la posición de los competidores de la empresa dominante en el mercado descendente.

78. El asunto en que recayó la sentencia Deutsche Bahn/Comisión [19] constituye un buen ejemplo del efecto restrictivo de la competencia que puede generar una discriminación tarifaria, tanto de primera línea como de segunda línea, llevada a cabo por una empresa integrada verticalmente. Al aplicar tarifas distintas a los transportistas de contenedores que operaban en los trayectos llamados del oeste para prestaciones equivalentes inherentes a la utilización de las infraestructuras ferroviarias, Deutsche Bahn AG infligió indefectiblemente a sus socios comerciales *una desventaja en la competencia con ella misma y su filial*. [20]

79. En cambio, cuando la empresa en posición dominante no está integrada verticalmente, y al margen de los supuestos de comportamientos de entidades públicas que producen de forma más o menos directa un efecto de cierre geográfico o de discriminación por razón de la nacionalidad, [21] es lícito preguntarse sobre el beneficio que dicha empresa puede obtener de una discriminación para perjudicar a uno de sus socios comerciales en el mercado descendente. En efecto, tal empresa tiene todo el interés en que ese mercado sea muy competitivo para mantener su poder de negociación en su condición de proveedor de los productos o servicios de que se trate. En el supuesto de que una empresa en posición dominante no compita con sus clientes en el mercado descendente, como ocurre en el litigio principal, no es tarea fácil determinar los motivos que podrían llevar a esa empresa a aplicar precios discriminatorios distintos de la explotación directa de sus clientes. Por lo tanto, sería ilógico que esta redujera la presión competitiva entre sus socios comerciales en el mercado descendente.

18 Véase, la sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartado 143.

19 Sentencia de 21 de octubre de 1997, Deutsche Bahn/Comisión (T-229/94, EU:T:1997:155), confirmada mediante auto de 27 de abril de 1999, Deutsche Bahn/Comisión (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Sentencia de 21 de octubre de 1997, Deutsche Bahn/Comisión (T-229/94, EU:T:1997:155), apartado 93.

21 Véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de marzo de 2001, Portugal/Comisión (C-163/99, EU:C:2001:189), apartados 46 y 66, y de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195), apartados 43 a 45.

80. Sin duda eso explica que sean extremadamente escasos los asuntos que tienen por objeto *discriminaciones de segunda línea* «puras», es decir situaciones en las que la empresa dominante (no integrada verticalmente) no tiene, a primera vista, ningún interés en excluir a sus socios del mercado descendente, como ocurre en el litigio principal. [22]

81. Por otro lado, ha de señalarse que en el marco del examen de los asuntos de que ha conocido el Tribunal de Justicia, las consideraciones relativas a la aplicabilidad del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), son particularmente lacónicas y no permiten en ningún caso extraer líneas interpretativas claras sobre cómo ha de identificarse una «desventaja competitiva» en el sentido de dicha disposición.

82. Es preciso remitirse, a este respecto, a la sentencia Kanal 5 y TV 4, [23] que tiene por objeto un supuesto muy semejante al del caso de autos. Dicho asunto tenía por objeto un litigio entre Kanal 5 Ltd y TV 4 AB, por un lado, y el Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) u.p.a. (Organismo Sueco de Gestión Colectiva de los Derechos de Autor de Obras Musicales, Suecia), por otro, en relación con el baremo de tarifas para la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de autor aplicado por este último.

83. Habiéndosele solicitado que determinase si el hecho de que una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual calculase las tarifas percibidas en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual de modo diferente según se tratase de sociedades de televisión privadas o de sociedades de servicio público vulneraba el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c) [actualmente artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c)], el Tribunal de Justicia no se pronunció, estrictamente hablando, sobre el vínculo entre esa discriminación tarifaria y la desventaja competitiva eventualmente observada en el mercado descendente. Recordó, además, que incumbía al órgano jurisdiccional remitente realizar una serie de comprobaciones para aplicar esa disposición.

84. A este respecto, debe señalarse asimismo que el planteamiento adoptado por la Comisión y los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea a menudo implica aplicar esa disposición a una situación de discriminación de primera línea, es decir, a una situación en la que no se ha detectado la existencia una «desventaja competitiva», lo cual ha suscitado ciertas críticas por parte de la doctrina debido a que se aplican de forma más rigurosa las condiciones derivadas expresamente del tenor literal de dicha disposición. [24] Así, algunos autores abogan por un enfoque más estricto de las discriminaciones tarifarias a que se refiere el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), o propugnan, en ese contexto, un examen caso por caso de la totalidad de las circunstancias pertinentes. [25]

85. Por otra parte, cuando se le solicitó que precisara el alcance de los requisitos referidos a la comprobación de la existencia de una desventaja competitiva en el sentido de dicha disposición, el Tribunal de Justicia declaró, en el asunto British Airways/Comisión, [26] que constituye la sentencia de referencia a efectos del examen de las prácticas de discriminación tarifaria desde el punto de vista del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), lo siguiente: «para que se cumplan los requisitos de

22 Véanse los asuntos citados en la nota anterior. Véase también la sentencia de 11 de diciembre de 2008, Kanal 5 y TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 Sentencia de 11 de diciembre de 2008, Kanal 5 y TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

24 Véase, en particular, Perrot, A., «Towards an effects-based approach of price discrimination», *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket, Estocolmo, 2005, especialmente pp. 166 y ss. (http://www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

25 Véase el artículo citado en la nota anterior. Véase también, Geradin, D., y Petit, N., «Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach», *Global Competition Law Centre Working Papers Series*, pp. 45 y 46.

26 Sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartado 144.

aplicación del artículo [102 TFUE], párrafo segundo, letra c), es preciso constatar que el comportamiento de la empresa en posición dominante en un mercado no solo es discriminatorio, sino que también pretende falsear la relación de competencia, es decir, obstaculizar la posición competitiva de una parte de los socios comerciales de esta empresa frente al resto».

86. Si bien, como precisó el Tribunal de Justicia, nada se opone a que la discriminación de socios comerciales que no se encuentran en relación de competencia pueda considerarse abusiva, es preciso acreditar que el comportamiento de la empresa en posición dominante pretende «según se desprende de todas las circunstancias del caso concreto», llevar a una distorsión de la competencia entre esos socios comerciales. [27]

87. Dicho de otro modo, el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), no puede interpretarse en el sentido de que exige que una empresa que ocupa una posición dominante en un determinado mercado aplique, en todo caso y con independencia del análisis de los efectos del comportamiento reprochado sobre la competencia, precios uniformes a sus socios comerciales.

88. La necesidad de tener en cuenta «todas las circunstancias del caso concreto» es pues fundamental en el marco de la apreciación de una práctica tarifaria discriminatoria. No puede deducirse en ningún caso del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), que esa práctica dé lugar en todo caso a una situación de «desventaja competitiva».

89. En lo que respecta a la sentencia Clearstream/Comisión, [28] a la que el órgano jurisdiccional remitente alude expresamente en el tenor de sus cuestiones prejudiciales, procede señalar que, en esa sentencia, el Tribunal General pretendió limitar su examen al caso concreto que supuestamente se había sometido a su consideración. Según se desprende del apartado 192 de dicha sentencia, el Tribunal General recordó el principio según el cual «para que se cumplan los requisitos de aplicación del artículo [102 TFUE] párrafo segundo, letra c), es preciso constatar que el comportamiento de la empresa en posición dominante en un mercado no solo es discriminatorio, *sino que también pretende falsear la relación de competencia*» (el subrayado es mío).

90. En cualquier caso, aun suponiendo que de esta sentencia del Tribunal General pueda inferirse que este ha establecido una presunción según la cual una discriminación tarifaria puede generar esa desventaja, ha de observarse que dicha sentencia del Tribunal General, que, por lo demás, no ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia al no haberse interpuesto un recurso de casación contra la misma, está algo desfasada.

91. Desde mi punto de vista, esa sentencia atañe a un período en el que la naturaleza del enfoque —es decir, por el objeto (formal) o por los efectos— que debía adoptarse para examinar los comportamientos de las empresas supuestamente constitutivos de un abuso de posición dominante aún era objeto de debate.

92. Por último, considero importante precisar que la demostración de la existencia de una desventaja competitiva difiere de la evaluación de la probabilidad de que un comportamiento de una empresa, intrínsecamente susceptible de producir efectos de exclusión, lleve aparejado una restricción de la competencia y, en particular, produzca los efectos de exclusión censurados. [29] A efectos de la

27 Sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartado 145.

28 Sentencia de 9 de septiembre de 2009, Clearstream/Comisión (T-301/04, EU:T:2009:317), apartado 194. El Tribunal General consideró que «en el caso de autos, la aplicación respecto a un socio comercial de precios diferentes para servicios equivalentes, y ello de manera ininterrumpida durante cinco años y por una empresa que ostenta un monopolio de hecho en el mercado de una fase anterior, solo pudo producir una desventaja competitiva para este mismo socio».

29 Véase, a este respecto, la sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión (C-413/14 P, EU:C:2017:632), apartados 138 a 141.

aplicación del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), dicha exigencia tiene por objeto asegurarse de que, en el caso concreto, una práctica de discriminación tarifaria adoptada por una empresa frente a sus socios comerciales, que no puede, por sí sola, ser problemática desde el punto de vista de la competencia, suponga la creación de una desventaja competitiva.

93. Como ya he tenido la oportunidad de observar,[30] con carácter general, el examen de las prácticas de discriminación tarifaria desde la perspectiva del artículo 102 TFUE difícilmente se presta al formalismo y a la sistematización. En particular, el análisis de la cuestión de si una discriminación tarifaria por parte de una empresa en posición dominante en un determinado mercado puede incidir de forma concreta en la competencia que se ejerce en un mercado de una etapa anterior o posterior es y debe seguir siendo un ejercicio eminentemente casuístico.

La comprobación de la existencia de una desventaja competitiva exige que, al margen de la discriminación eventualmente sufrida, se acredite de forma concreta la existencia de una desventaja competitiva

94. En contra de lo que parece sugerir la postura que defiende MEO en el presente procedimiento, considero que una discriminación tarifaria no va necesariamente acompañada de una «desventaja competitiva» en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c).

95. Desde mi punto de vista, esa apreciación confunde la apreciación de la existencia de una «desventaja competitiva» con la existencia de «desventajas entre los competidores», o incluso, de una desventaja a secas.

96. Para que pueda apreciarse la existencia de una «desventaja competitiva» en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), además de la desventaja que genera la discriminación tarifaria tomada de forma aislada, la práctica en cuestión debe tener un efecto específico sobre la posición competitiva de la empresa supuestamente discriminada.

97. Dicho de otro modo, es preciso que la desventaja sufrida sea lo suficientemente significativa como para tener consecuencias en la posición competitiva de la empresa discriminada. Es pues necesario comprobar que los precios discriminatorios falsean la relación de competencia entre los socios comerciales en el mercado descendente.

98. Para realizar ese análisis la autoridad de la competencia debe apreciar todas las circunstancias del caso que se somete a su consideración. Una práctica de precios discriminatorios coloca a los clientes de una sociedad en posición dominante en una situación de desventaja competitiva cuando, en el caso concreto, puede afectar de forma negativa a la competencia en el mercado en el que operan sus clientes. Por lo tanto, a efectos de identificar una distorsión de la competencia en ese contexto, no es adecuado limitarse a evaluar el impacto de la práctica discriminatoria con respecto a un socio comercial concreto.

99. En particular, ha de examinarse si la discriminación tarifaria controvertida puede incidir de forma negativa en la capacidad de los socios comerciales perjudicados para ejercer una presión competitiva efectiva en los socios comerciales beneficiados.

30 Véanse, en particular, mis conclusiones presentadas en el asunto Intel Corporation/Comisión (C-413/14 P, EU:C:2016:788), puntos 73 y ss.

100. Es cierto que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no se exige que se aporte la prueba de que la conducta de la empresa dominante ha dado lugar a un deterioro efectivo y cuantificable de la posición competitiva de uno o varios socios comerciales [31] o incluso que se acredite que el efecto contrario a la competencia en el mercado en el que compiten sus socios comerciales sea «significativo», no estando justificada la fijación de un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) para determinar una explotación abusiva de una posición dominante. [32]

101. No es menos cierto que, so pena de vulnerar las condiciones claramente establecidas en el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), la mera «desventaja» derivada de la propia discriminación no puede confundirse con la «desventaja competitiva», que debe materializarse en el mercado en el que operan los socios comerciales de la empresa dominante, en este caso, en el mercado descendente de los derechos afines a los derechos de autor.

102. A este respecto, considero que es conveniente trazar una distinción entre los comportamientos contrarios a la competencia que implican, por su nocividad intrínseca, una restricción de la competencia y aquellos que, como las prácticas de diferenciación de tarifas de segunda línea adoptadas por una empresa dominante que no está integrada verticalmente, precisan de un análisis más profundo sobre sus repercusiones concretas para poder concluir que existe una restricción de este tipo.

103. No se trata aquí de arbitrar entre las restricciones de la competencia en función de que sean menores o no, lo cual justificaría la fijación de un umbral *de minimis* en principio excluido en el marco del artículo 102 TFUE. Se trata más bien de identificar la existencia de una restricción efectiva de la competencia que es muy distinta de la discriminación tarifaria y que debe acumularse a ella.

104. Por consiguiente, el hecho de que uno de esos socios comerciales pague un precio superior puede, a lo sumo, incidir en los costes que dicha empresa soporta y, de forma muy hipotética, en la rentabilidad y en los beneficios que registrará esa empresa. Sin embargo, ello no implica que el nivel de competencia en el mercado descendente se vea afectado por la discriminación tarifaria controvertida. Como señaló muy acertadamente GDA en sus observaciones escritas, la rentabilidad y la competitividad son dos elementos muy distintos.

105. De ello resulta, en mi opinión, que eventuales diferencias de trato que no incidan en la competencia o que, a lo sumo, tengan efectos muy limitados, no pueden ser constitutivas de un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c). [33]

106. La existencia de una desventaja competitiva debe acreditarse examinando los efectos reales o potenciales de la práctica reprochada a la luz de *todas las circunstancias pertinentes* en relación tanto con las operaciones de que se trate como con las características del mercado en el que operen los socios comerciales de la empresa dominante.

107. Para examinar el efecto de distorsión o de exclusión de una práctica de discriminación tarifaria, es preciso prestar especial atención, en primer lugar, a la realidad y a la importancia relativa de la diferenciación de tarifas controvertida.

108. También es preciso prestar atención al examen de la importancia del coste de los productos o servicios suministrados por la empresa dominante con respecto a los costes totales soportados por el socio comercial o los socios comerciales supuestamente perjudicados.

31 Véase, la sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartado 145.

32 Véase la sentencia de 6 de octubre de 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651), apartado 73.

33 Véase, en ese sentido, para conciliar los distintos enfoques en ese ámbito, O'Donohue, R., y Padilla, A.J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2.ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 802 y 803.

109. Cuando el precio impuesto por la empresa dominante represente una parte significativa de los costes totales que soporta el cliente perjudicado, la discriminación de precios podría incidir no ya en la rentabilidad de la actividad de dicho cliente, sino también en su posición competitiva. [34]

110. En cambio, cuando el peso relativo de los precios impuestos por la empresa dominante sea irrisorio, estos no pueden incidir en la posición competitiva del cliente perjudicado.

111. Volviendo al caso de autos, la AdC constató que dichos costes no eran significativos. En el apartado 67 de la decisión de dicha autoridad se establece, en efecto, que sobre la base de los datos facilitados por MEO el 23 de junio de 2015, debía concluirse que, entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2013, los importes que MEO abonó anualmente a GDA en el marco del servicio mayorista de que se trataba representaban un escaso porcentaje de los costes soportados por MEO para ofrecer el servicio minorista de acceso a la señal de televisión por subscripción y una ínfima parte de los beneficios obtenidos por MEO por la prestación de ese servicio. Dado que, en opinión de la AdC, el peso relativo del precio de los derechos afines que aplicó GDA era insignificante, resulta difícil apreciar de qué modo la diferenciación de las tarifas aplicada por GDA podía incidir, por su importancia, en la posición competitiva de MEO y, por consiguiente, generar una desventaja competitiva.

Observaciones finales sobre el papel de la autoridad de la competencia cuando conoce de una denuncia

112. En el presente asunto, aunque, en definitiva, corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a la luz de todas las circunstancias del caso de autos, de qué modo la diferenciación de tarifas controvertida ha generado una desventaja competitiva, creo que la AdC analizó, sin incurrir en ningún error, si, desde el punto de vista económico, la diferenciación de las tarifas aplicadas a MEO y a NOS podía incidir en la capacidad competitiva de MEO frente a NOS.

113. Además, a modo de observación final, merece la pena recordar que, cuando la autoridad de la competencia conoce de una denuncia en la que se alega la existencia de un abuso de posición dominante derivada, en particular, de una discriminación tarifaria de segunda línea, como la controvertida en el litigio principal, el papel de dicha autoridad consiste en examinar con atención *los elementos de hecho y de Derecho que los denunciantes ponen en su conocimiento* con objeto de decidir, dentro de un plazo razonable, si debe iniciar el procedimiento de declaración de infracción, desestimar la denuncia sin iniciar el procedimiento o proceder a su archivo. [35]

114. En este contexto, la decisión de archivo sin ulterior trámite de una denuncia debe estar motivada por la desestimación de los elementos específicamente sometidos a la consideración de la autoridad. En cambio, no puede reprocharse a dicha autoridad que haya identificado, en abstracto y a falta de elementos concretos que acrediten, en particular, la existencia de una restricción de la competencia, los motivos por los que el comportamiento reprochado podría constituir eventualmente un abuso.

34 Véase, en particular, el análisis realizado por la Comisión en su decisión Soda-Ash/Solvay [Decisión 91/299/CEE de la Comisión, de 19 de diciembre de 1990, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/33.133-D: Ceniza de sosa — ICI) (DO 1991, L 152, p. 21), apartado 64, en la que declaró que la discriminación de precios controvertida había tenido importantes efectos en la posición competitiva de las empresas afectadas dado que el producto de que se trataba podía representar hasta el 70 % del coste de la mezcla de materias primas para la fabricación de vidrio. Por lo tanto, el precio soportado por la adquisición de esa materia afectaba a la rentabilidad y a la competitividad de los fabricantes de vidrio.

35 Véase, por analogía, en cuanto al papel que incumbe a la Comisión, la sentencia de 19 de mayo de 2011, Ryanair/Comisión (T-423/07, EU:T:2011:226), apartado 53.

Conclusión

115. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, Portugal):

«A falta de justificación objetiva, la aplicación por una empresa en posición dominante de precios superiores a algunos de sus titulares de licencias, en comparación con los precios que aplica a otros titulares únicamente constituye un abuso en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), si dicha práctica inflige a los primeros una desventaja competitiva con respecto a los demás titulares con los que compiten.

Los socios comerciales de una empresa dominante sufren una desventaja competitiva en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), cuando la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes perjudica la posición competitiva de algunos de ellos con respecto a otros y cuando, por consiguiente, falsea la competencia entre los socios comerciales beneficiados y los socios comerciales perjudicados.

La comprobación de la existencia de una desventaja competitiva implica que se aprecie la existencia de una distorsión de la competencia entre las partes afectadas en el mercado pertinente distinta de la mera diferencia de trato eventualmente detectada. El análisis a llevar a cabo no puede limitarse a un mero ejercicio formal de deducción automática, basado en presunciones jurídicas o fácticas, sino que implica un examen concreto de todas las circunstancias del asunto. Pueden tenerse en cuenta, a título enunciativo, si bien no limitativo, la naturaleza y la importancia de la diferenciación de tarifas controvertida y la estructura de costes de las empresas afectadas.»