Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 21 de mayo de 2015 [1]

Asunto C-23/14

Post Danmark A/S
contra
Konkurrenceråd

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Sø- og Handelsret (Dinamarca)]

«Competencia — Abuso de posición dominante (artículo 82 CE) — Servicios postales — Mercado danés de distribución de correo masivo — Correo directo — Situación de monopolio de la antigua sociedad estatal de correos en una parte significativa del mercado — Sistema de descuento — Efecto de exclusión — Ausencia de umbral de apreciabilidad o de minimis — Criterio del "competidor igualmente eficaz" ("as efficient competitor test")»

I. **Introducción**

1. El presente procedimiento de decisión prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia una nueva oportunidad para precisar, en relación al artículo 82 CE (actualmente, artículo 102 TFUE), su jurisprudencia sobre el carácter abusivo de los sistemas de descuento de las empresas en posición dominante en el mercado, cuyos orígenes se retrotraen más de cuarenta años. [2]

2. El asunto versa sobre la cuestión de si en los años 2007 y 2008 la sociedad danesa Post Danmark A/S abusó de su posición dominante en el mercado de distribución de correo masivo dirigido a destinatarios de Dinamarca. Básicamente, se trata de dilucidar si Post Danmark aplicó una práctica abusiva de exclusión al conceder descuentos de hasta un 16 % en la distribución de correo directo siempre que sus clientes alcanzasen unos determinados mínimos estándar de cantidad o de volumen de ventas en el período de referencia de un año. Además, cada descuento tenía efectos retroactivos, es decir, se aplicaba a todo el correo directo distribuido para el correspondiente cliente durante el período de referencia.

3. En particular, el Tribunal de Justicia ha de aclarar en este asunto si para apreciar el carácter contrario a la competencia de los sistemas de descuento a efectos del artículo 82 CE es jurídicamente necesario llevar a cabo un análisis de precios y costes en el que se compare la conducta comercial de la empresa en posición dominante en el mercado con la mostrada por un competidor igualmente eficaz

1 — Lengua original: alemán.

2 — Véanse, en particular, las sentencias 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); Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, EU:C:1979:36); Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313); British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166); Tomra Systems, y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), y Michelin/Comisión (T-203/01, EU:T:2003:250).

(el llamado «*as-efficient-competitor-test*»; abreviado, «criterio AEC»). Asimismo, se plantea la cuestión de si el efecto de exclusión del mercado causado por el sistema de descuento de una empresa en posición dominante debe sobrepasar un umbral de apreciabilidad (umbral *de minimis*) para poder ser considerado contrario a la competencia.

4. En una época en que se acumulan las exigencias de una mayor orientación económica en la legislación europea sobre la competencia («*more economic approach*»), estas cuestiones adquieren una dimensión especialmente relevante. En la respuesta que se dé a las mismas, que podría tener gran significación más allá del presente caso,[3] el Tribunal de Justicia no debería dejarse influir, en mi opinión, por el espíritu de los tiempos o por modas pasajeras, sino centrarse en los fundamentos jurídicos en que se asienta la prohibición del abuso de posición dominante en el Derecho de la Unión.

II. **Marco jurídico**

5. El marco jurídico del presente asunto viene determinado por el artículo 82 CE (actualmente, artículo 102 TFUE). La legislación danesa contiene, en el artículo 11 de la Ley de competencia,[4] una disposición nacional que, en lo que atañe al presente asunto, concuerda con el artículo 82 CE y, según los trabajos preparatorios, debe interpretarse de conformidad con este último.

III. **Hechos y procedimiento principal**

6. El procedimiento principal versa sobre un litigio entre Post Danmark y la autoridad danesa de defensa de la competencia, el Konkurrenceråd.[5] Mediante decisión de 24 de junio de 2009, el Konkurrenceråd declaró que en los años 2007 y 2008 Post Danmark había abusado de su posición dominante en el mercado danés de distribución de correo masivo mediante un sistema de descuento para el correo directo, infringiendo así el artículo 82 CE y el artículo 11 de la Ley de competencia. Por este motivo, el Konkurrenceråd prohibió a la citada empresa que siguiese aplicando dicho sistema de descuento.

7. En el período controvertido poseían participaciones en Post Danmark tanto el Estado danés como inversores privados. La sociedad estaba sujeta a una obligación legal de servicio universal para determinados envíos postales, entre los cuales figuraba el correo directo, y estaba obligada a aplicar una tarifa uniforme en todo el territorio danés. Como contrapartida, Post Danmark disponía de un monopolio legal en todos los envíos de cartas inferiores a 50 gramos. De esa manera, el derecho de exclusividad de Post Danmark cubría en torno al 70 % del mercado de correo masivo.

8. El órgano jurisdiccional remitente considera que el mercado de referencia desde el punto de vista material y territorial es el mercado danés de correo masivo. La cuota de Post Danmark en dicho mercado era del 95 % en el período controvertido. El correo directo, es decir, los envíos de publicidad con destinatario que se remiten al mismo tiempo a un gran número de personas, constituyen un segmento de ese mercado de correo masivo, en una proporción de aproximadamente el 12 % del total del mercado en 2007 y del 7 % en 2008. La proporción de correo directo no cubierta por el monopolio de Post Danmark rondaba el 15 % del mercado de correo masivo en 2007 y el 9 % en 2008.

3 — También en el procedimiento de casación Intel/Comisión (C-413/14 P), aún pendiente, desempeña un papel nada desdeñable, entre otras cuestiones, la de la necesidad jurídica de un criterio AEC en relación con los sistemas de descuento.

4 — Konkurrencelov.

5 — Comisión de competencia.

9. Desde 2007 Bring Citymail Danmark A/S, filial de la sociedad estatal noruega Posten Norge AS, ofreció, en competencia con Post Danmark, el envío de correspondencia comercial, incluido el correo directo, en Copenhague y alrededores, y en el período de referencia fue el único competidor serio de Post Danmark en el mercado danés de correo masivo. A comienzos de 2010, debido a las grandes pérdidas sufridas, Bring Citymail se retiró del mercado danés. Las partes discuten si dicha retirada se debió al sistema de descuento aplicado en su día por Post Danmark en el negocio del correo directo.

10. Dicho sistema se comenzó a aplicar en el año 2003. Los descuentos, que oscilaban entre el 6 % y el 16 % del franqueo normal,[6] se aplicaban de forma estándar y se ofrecían a todos los clientes en las mismas condiciones, accesibles a todos. Los descuentos se referían a períodos de un año, y para su concesión se tenían en cuenta, en el período de referencia de un año, todos los envíos encargados a Post Danmark con un volumen mínimo de 3 000 cartas. El sistema de descuento no diferenciaba en función de si los envíos estaban cubiertos por el monopolio de Post Danmark o si en el sector concreto operaba también otro competidor.

11. El requisito para alcanzar el primer umbral de descuento, al que se aplicaba una reducción del 6 % de precio, era que el cliente hubiese encargado durante el año de referencia el envío de al menos 30 000 cartas o que el importe bruto de franqueo de todos sus envíos ascendiese, al menos a 300 000 coronas danesas (DKK). La escala aplicada por Post Danmark preveía otros ocho tramos de descuento.[7] En los siete primeros tramos, la reducción del precio se incrementaba en un 1 % cada vez, y en los dos últimos, en un 2 %, hasta un máximo del 16 %. El carácter progresivo de los descuentos beneficiaba principalmente a los clientes medianos, mientras que los grandes clientes, debido a su gran volumen de compras, siempre obtenían el máximo porcentaje de descuento.

12. La aplicación práctica del sistema de descuentos se realizaba de tal manera que el precio para cada cliente se establecía por anticipado al principio de cada año de referencia, en función del volumen previsto de contratación del cliente. Al final del año de referencia se adaptaban todos los precios, con carácter retroactivo, atendiendo a los envíos efectivamente realizados para ese cliente durante todo el año. Esta operación podía implicar la obligación del cliente de pagar a Post Danmark un complemento si su volumen de contratación efectivo era inferior al previsto y, por tanto, al principio del año se le había calculado y concedido un descuento excesivo.

13. El Konkurrenceråd apreció en el sistema de descuento descrito un abuso de posición dominante en el mercado. A su parecer, la forma de conceder los descuentos hacía que los clientes permaneciesen fieles a Post Danmark, de manera que el mercado de correo masivo se cerraba a los competidores actuales y potenciales, sin que los consumidores disfrutasen, en cambio, de ventajas de eficacia que pudieran compensar los efectos de la restricción de la competencia.

14. A la hora de proceder a su valoración, el Konkurrenceråd renunció a realizar un análisis de precios y costes mediante el criterio AEC. A su parecer, este criterio no era adecuado, pues, debido a las peculiaridades del mercado danés de servicios postales, no existía ningún competidor igualmente eficaz. Para fundamentar su apreciación de una conducta abusiva, la autoridad de defensa de la competencia prefirió basarse en la posición especial de Post Danmark en el mercado de referencia, que la convertía en un proveedor ineludible. Además, el Konkurrenceråd aludió a la existencia de barreras de entrada en el mercado y al diseño concreto del sistema de descuento, en especial su carácter retroactivo en relación con un período de referencia de un año, la cuantía de los descuentos, de hasta un 16 %, y a un análisis de la posición efectiva de los compradores en función de la escala.

6 — Según datos de Post Danmark, el descuento medio concedido era del 10,6 %.

7 — Los demás umbrales de descuento se situaban en los 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 y 2 000 000 de envíos, con un importe bruto de al menos 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 y 20 000 000 DKK.

15. Mediante resolución de 10 de mayo de 2010, el Konkurrenceankenævn [8] confirmó la decisión del Konkurrenceråd. Contra la misma, Post Danmark interpuso recurso contencioso-administrativo el 1 de julio de 2010 ante el Sø- og Handelsret danés, [9] el órgano jurisdiccional remitente. Bring Citymail Danmark interviene en el procedimiento principal como coadyuvante en apoyo de las tesis del Konkurrenceråd.

IV. **Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

16. Mediante resolución de 8 de enero de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de enero de 2014, el Sø- og Handelsret planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Qué directrices deben utilizarse para determinar si la aplicación por una empresa dominante de un sistema de descuento con un umbral estándar de volumen que presenta las características descritas en [...] 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 pertinencia tiene para la apreciación el hecho de que los umbrales del sistema de descuento se fijen de forma que el sistema de descuento se aplique a la mayoría de los clientes del mercado.

Se solicita asimismo al Tribunal de Justicia que aclare qué pertinencia presentan, en su caso, los precios y costes de la empresa dominante para la valoración conforme al artículo 82 CE de dicho sistema de descuento (pertinencia del criterio del «competidor igualmente eficaz»).

Se solicita también al Tribunal de Justicia que aclare qué pertinencia tienen a este respecto las características del mercado, en particular si las características del mercado pueden justificar que el efecto de cierre 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 sobre la aplicación del artículo 82 CE).

2) ¿Hasta qué punto debe ser probable y grave el efecto anticompetitivo de un sistema de descuento que presenta las características descritas en [...] 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 descuento, en circunstancias como las descritas en la resolución de remisión (características del mercado y del sistema de descuento), tiene o puede tener un efecto de cierre 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 cierre del mercado sea apreciable?»

17. En el procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia han presentado observaciones por escrito, además de Post Danmark, la República Federal de Alemania y Bring Citymail, el Reino de Dinamarca, la Comisión Europea y el Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). A excepción de Alemania, las mismas partes estuvieron también representadas en la vista celebrada el 26 de marzo de 2015.

8 — Tribunal de apelación en materia de competencia.

9 — Tribunal de lo marítimo y mercantil.

V. **Apreciación**

18. Con su amplia lista de preguntas, el Sø- og Handelsret desea saber, en esencia, qué criterios o «directrices» se han de aplicar en el marco del artículo 82 CE para valorar los sistemas de descuento de empresas en posición dominante. En particular, el órgano jurisdiccional remitente solicita información acerca de si es jurídicamente obligatoria la aplicación de un criterio AEC para apreciar un abuso de posición dominante y si, a la hora de evaluar el efecto de cierre que, en su caso, se derive de un sistema de descuento, ha de aplicarse un umbral de apreciabilidad (umbral *de minimis*).

19. Dichas cuestiones se plantean en relación con un sistema de descuento utilizado por Post Danmark y que, en particular, presentaba las siguientes características:

— Se basaba en unas condiciones estándar y aplicadas con carácter general, constaba de nueve tramos de descuento con reducciones de entre el 6 % y el 16 % del precio, se aplicaba a un período de referencia de un año y tenía carácter retroactivo.

— Se aplicaba en un mercado en el que la cuota de Post Danmark era del 95 % y más del 70 % de las cartas distribuidas estaban comprendidas en el monopolio legal de la empresa; existían grandes barreras de entrada al mercado; Post Danmark gozaba de ventajas estructurales, y sólo durante un tiempo y en una determinada área geográfica del mercado le hizo frente un competidor, Bring Citymail, mucho más pequeño.

20. Para responder a esta petición de decisión prejudicial, debe atenderse a la prohibición del abuso de posición dominante en su versión anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, pues es objeto del procedimiento principal la aplicación de un sistema de descuento durante los años 2007 y 2008, y la decisión controvertida de la autoridad danesa de defensa de la competencia se adoptó en junio de 2009. Sin duda, las siguientes reflexiones relativas al artículo 82 CE son válidas también para el artículo 102 TFUE, de idéntico contenido.

21. Dado que las distintas cuestiones prejudiciales presentan imbricaciones entre sí, conviene darles respuesta en un orden diferente y, para ello, procede analizar sucesivamente los distintos problemas jurídicos aludidos en la resolución de remisión.

A. *Criterios para evaluar los sistemas de descuento de empresas en posición dominante*

1. Aspectos generales (primera parte de la primera cuestión)

22. Con la primera parte de la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende aclarar las exigencias jurídicas generales que se deducen del artículo 82 CE para evaluar los sistemas de descuento de empresas en posición dominante.

23. En una consideración superficial quizá suene sorprendente que los descuentos aplicados por las empresas en posición dominante, que en todo caso representan una ventaja para sus clientes, puedan calificarse como abusivos con arreglo al artículo 82 CE.

24. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la competencia en el mercado de referencia precisamente se ve debilitada por la presencia de la empresa dominante. [10] Por ello, incumbe a esta empresa —con independencia de las causas que expliquen su posición dominante— una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común. [11]

25. Por lo tanto, una empresa en posición dominante está sujeta, en el ámbito de aplicación del artículo 82 CE, a determinadas restricciones que no se aplican en esta forma a otras empresas. Una práctica que, en condiciones normales, no sería reprochable puede ser abusiva cuando la realiza una empresa en posición dominante. [12] En particular, no toda competencia de precios practicada por la empresa en posición dominante puede considerarse legítima. [13]

26. Como señala acertadamente la Comisión, tras los descuentos concedidos por la empresa dominante muchas veces se ocultan prácticas contrarias a la competencia, que sólo a primera vista aparecen como ofertas especialmente interesantes pero, analizadas detenidamente, tienen poco que ver con unos precios realmente bajos y pueden causar un grave perjuicio a la competencia.

27. Aunque los sistemas de descuento de las empresas dominantes no son objeto de una presunción general de carácter abusivo que deban desvirtuar dichas empresas, establecer en los mismos un límite entre una legítima competencia, por un lado, y unas prácticas comerciales contrarias a la competencia, por otro, constituye una cuestión delicada que requiere un análisis muy cuidadoso.

28. Es un hecho reconocido por la jurisprudencia [14] que los simples sistemas de descuentos cuantitativos, vinculados únicamente al volumen de compras efectuado, normalmente no producen efectos contrarios a la competencia, de manera que no son abusivos, aunque los concedan empresas en posición dominante. En efecto, si el aumento de la cantidad suministrada se traduce en un menor coste para el proveedor, éste puede hacer que su cliente disfrute de esta reducción mediante una tarifa más favorable. En cambio, por lo general son abusivos a efectos del artículo 82 CE los descuentos de fidelidad o los vinculados a objetivos, con los que las empresas en posición dominante intentan fidelizar a sus propios clientes y atraer a los clientes de sus competidores.

29. No obstante, con arreglo al artículo 82 CE, es irrelevante para juzgar el sistema de descuento de una empresa en posición dominante si dicho sistema puede incluirse dentro de una categoría habitual determinada (en particular, en los descuentos cuantitativos o en los de fidelidad). Lo decisivo es si con el descuento se 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, o reforzar la posición dominante mediante la distorsión de la competencia. [15] En pocas palabras, lo importante es si la empresa en posición dominante concede descuentos que pueden producir un *efecto de exclusión* en el mercado de referencia para el que no haya una justificación

10 — Sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, EU:C:1979:36), apartado 91; Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 70, y Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartado 17.

11 — Sentencia Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 57; en idéntico sentido, sentencias France Télécom/Comisión (C-202/07 P, EU:C:2009:214), apartado 105; Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, EU:C:2010:603), apartado 176, y TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), apartado 24.

12 — Sentencia Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión (C-395/96 P y C-396/96 P, EU:C:2000:132), apartado 131.

13 — Sentencias AKZO/Comisión (C-62/86, EU:C:1991:286), apartado 70; France Télécom/Comisión (C-202/07 P, EU:C:2009:214), apartado 106; Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, EU:C:2010:603), apartado 177, y Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), apartado 25.

14 — Sentencias 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, EU:C:1975:174), apartado 518; Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, EU:C:1979:36), apartados 89 y 90; Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 71; Portugal/Comisión (C-163/99, EU:C:2001:189), apartado 50); Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartado 70, y Michelin/Comisión (T-203/01, EU:T:2003:250), apartados 56 a 59.

15 — Sentencias Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 73; British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartado 67; Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartado 71, y Michelin/Comisión (T-203/01, EU:T:2003:250), apartado 60.

económica (en concreto, la repercusión a los clientes de un ahorro de costes).[16] Por otra parte, el artículo 82 CE, apartado 2, letra c), prohíbe también a las empresas en posición dominante conceder descuentos discriminatorios con los que apliquen a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.[17]

30. En el presente caso, no hay motivos para calificar de discriminatorio el sistema de descuento aplicado por Post Danmark, habida cuenta de sus condiciones estándar y generalmente aplicables. Por este motivo, las autoridades estatales que se han ocupado del litigio principal han centrado con acierto su atención en la cuestión de si el sistema de descuento de Post Danmark puede generar un efecto de exclusión no justificado económicamente.

31. Si los descuentos concedidos por una empresa en posición dominante pueden generar tal efecto de exclusión es algo que se ha de analizar valorando en su conjunto todas las circunstancias relevantes del caso concreto[18] (véanse, a continuación, mis reflexiones en las secciones 2 y 3).

32. A este respecto, es evidente que ni el deseo de la empresa en situación dominante de incrementar las ventas ni el de planificar mejor la producción pueden justificar económicamente la concesión de descuentos si éstos pueden generar un efecto de exclusión.[19]

2. Circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar los sistemas de descuento (primera parte de la tercera cuestión y última parte de la primera cuestión)

33. El objeto de la primera parte de la tercera cuestión prejudicial y de la última parte de la primera cuestión prejudicial es saber cuáles son las circunstancias concretas que deben tenerse en cuenta al valorar el posible efecto de exclusión de los sistemas de descuento de las empresas en posición dominante con arreglo al artículo 82 CE.

34. Obviamente, no es posible hacer una relación exhaustiva de todas las circunstancias que se han de considerar con arreglo al artículo 82 CE, pues cada mercado y cada sistema de descuento puede presentar sus peculiaridades. Sin embargo, en lo que respecta a la situación del procedimiento principal, expuesta en la resolución de remisión, cabe dar algunas indicaciones útiles al órgano jurisdiccional remitente, que quizá le faciliten su resolución.

35. Según reiterada jurisprudencia, para evaluar un sistema de descuento a la luz del artículo 82 CE procede apreciar, en particular, los criterios y condiciones de concesión del descuento[20] [véase, a continuación, letra a)]. No obstante, tal como se desprende de la expresión «en particular», utilizada por el Tribunal de Justicia, aparte de éstos pueden intervenir también otros factores, como las condiciones de competencia en el mercado de referencia y la situación (estrechamente vinculada a éstas) de la empresa en posición dominante en dicho mercado [más adelante, letra b)].

16 — Sentencia British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartados 68 y 69.

17 — Sentencias Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 73; British Airways/Comisión (C-95/04 P EU:C:2007:166), apartado 67; Portugal/Comisión (C-163/99, EU:C:2001:189), apartado 50, y Michelin/Comisión (T-203/01, EU:T:2003:250), apartado 60.

18 — Sentencia Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 73; British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartado 67; Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartados 18 y 71, y Michelin/Comisión (T-203/01, EU:T:2003:250), apartado 60.

19 — Sentencia Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 85.

20 — Sentencias Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 73; British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartado 67; Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartado 71, y Michelin/Comisión (T-203/01, EU:T:2003:250), apartado 60.

a) Criterios y condiciones de la concesión del descuento

36. En primer lugar, en lo que respecta a los criterios y condiciones de la concesión del descuento, es indicio de un carácter abusivo del sistema que éste (como sucede con el sistema controvertido de Post Danmark) carezca de un efecto puramente progresivo, de manera que al alcanzarse cada nuevo umbral de descuento se obtiene una reducción del precio no sólo para todos los encargos adicionales, sino que, en virtud de la concepción retroactiva del sistema, para todos los encargos realizados durante el período de referencia también se reduzca el precio *a posteriori*. [21]

37. De este modo, en efecto, variaciones proporcionalmente modestas —sean al alza o a la baja— del volumen de negocios relativo a los productos de la empresa en posición dominante producen efectos desproporcionados sobre las otras partes contratantes. [22] Por lo tanto, tal sistema de descuento por lo general produce un efecto de fidelización, que también puede designarse como efecto de aspiración. Facilita a la empresa en posición dominante vincular a sus propios clientes y atraer, al mismo tiempo, a los clientes de sus competidores, captando para sí la parte de la demanda abierta a la competencia. [23]

38. Lógicamente, este efecto de aspiración es tanto más acusado cuanto mayores son los descuentos esperados y más amplio es el período de referencia al que se retrotraen los descuentos en caso de alcanzarse cada nuevo umbral. Si, como aquí sucede, se conceden descuentos relativamente altos, de entre el 6 % y el 16 %, y se hace con carácter retroactivo sobre el período de referencia relativamente extenso de un año, [24] el efecto de aspiración puede ser muy fuerte. Y en el presente caso, se acentúa por el hecho de que los descuentos se aplicasen de forma indiscriminada tanto a la parte de la demanda abierta a la competencia como a la que no lo estaba, es decir, al negocio de las cartas de hasta 50 gramos, comprendido en el monopolio legal de Post Danmark.

39. Si, además, se puede acreditar una intención de exclusión por parte de la empresa en posición dominante, se está ante un claro indicio añadido del carácter abusivo de su sistema de descuento. [25] No obstante, tal intención o estrategia de exclusión no constituye un requisito indispensable para poder afirmar la existencia de una infracción del artículo 82 CE, pues la explotación abusiva de una posición dominante es un concepto objetivo. [26] El mero hecho de que Post Danmark alegue en el presente caso que no actuó con intención de exclusión no la libera en absoluto de la apreciación de una actuación abusiva en el sentido del artículo 82 CE.

40. Es cierto que, en caso de discriminación entre terceros contratantes a efectos del artículo 82 CE, apartado 2, letra c), el carácter abusivo de los descuentos de la empresa en posición dominante es especialmente manifiesto. Sin embargo, también puede ser abusivo en el sentido del artículo 82 CE un sistema de descuento si, pese a carecer de elementos discriminatorios, produce efectos de exclusión en el mercado. [27] El Órgano de Vigilancia de la AELC ha señalado con acierto, a este respecto, que no se trata tanto de diferenciar entre descuentos individualizados y descuentos estándar como de examinar si un determinado sistema de descuento puede causar efectos de exclusión en un mercado concreto.

21 — En este sentido, las sentencias Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 81; British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartado 73, y Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), especialmente el apartado 75.

22 — Sentencia British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartado 73.

23 — Sentencia Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartado 79.

24 — Acerca de la extensión del período de referencia, véase, por ejemplo, la sentencia Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 81.

25 — En este sentido, véase la sentencia Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartados 20 y 21.

26 — Sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, EU:C:1979:36), apartado 91; AKZO/Comisión (C-62/86, EU:C:1991:286), apartado 69; TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), apartado 27, y Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartados 17 y 23.

27 — Sentencia Michelin/Comisión (T-203/01, EU:T:2003:250), apartado 65.

41. Por último, la facturación de «precios negativos», es decir, precios inferiores al precio de coste, a los clientes tampoco constituye una condición previa para apreciar el carácter abusivo de un sistema de descuentos retroactivos aplicado por una empresa en posición dominante. [28] En efecto, gracias a su volumen de ventas claramente superior, la empresa en posición dominante generalmente puede cubrir costes, pese a la concesión de grandes descuentos. Por lo tanto, con sus descuentos puede generar un efecto de exclusión sin necesidad de incurrir ella misma en pérdidas.

b) Condiciones de competencia imperantes en el mercado de referencia y situación de la empresa dominante en ese mercado

42. En lo que atañe a las condiciones de competencia imperantes y a la situación de la empresa dominante en el mercado de referencia, el posible efecto de exclusión contrario a la competencia del sistema de descuento será tanto más probable y significativo cuanto mayor sea el poder de la empresa dominante en el mercado de referencia y cuanto más débil sea la posición de sus competidores actuales o potenciales. A este respecto, no sólo se han de tener en cuenta la cuota de mercado de la empresa en posición dominante y las de sus competidores, sino también el origen de esa posición y la posible existencia de un monopolio legal sobre todo el mercado o sobre parte de él. [29]

43. Según los hechos expuestos en la resolución de remisión, en el presente caso Post Danmark, como compañía estatal histórica de correos, disponía de una abrumadora cuota del 95 % del mercado danés de correo masivo, mientras que a Bring Citymail sólo le correspondía en torno al 5 %.

44. Con una diferencia tan aplastante entre la cuota de mercado de la sociedad dominante y la de sus competidores es aún más fácil que se produzcan efectos de exclusión, pues en esas condiciones resulta particularmente difícil a los competidores de la empresa en posición dominante mejorar sus descuentos fijados en función del volumen total de ventas. [30]

45. Además, el 70 % de ese mercado estaba sujeto al monopolio legal de Post Danmark (es decir, el negocio de las cartas de hasta 50 gramos), por lo que, de antemano, estaba cerrado a la competencia. Asimismo, Bring Citymail, el único competidor de Post Danmark digno de mención, operaba solamente en una zona geográfica del mercado, el área metropolitana de Copenhague, mientras que Post Danmark disponía de una red de distribución capaz de prestar servicio en todo el país.

46. Todo ello apunta en el sentido de que Post Danmark, gracias a su posición dominante, era un socio comercial inevitable, y los descuentos que aplicaba presentaban un considerable potencial de exclusión. [31] Y esta impresión se ve reforzada si, además, se presta atención a algunos elementos estructurales que caracterizan el mercado de referencia.

47. Como ya he señalado, un mercado como el mercado danés de correo masivo se caracteriza por la prestación de servicios en red. Para una gestión eficiente de los recursos y para poder prestar los servicios que esperan los clientes, en un mercado de oferta de este tipo todo necesita una red de distribución lo más eficaz posible. Pero la otra cara de la moneda, como se expone también en la

28 — Sentencia Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartado 73.

29 — Véase, en este sentido, la sentencia Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), apartado 23, *in fine*.

30 — Sentencias Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 82, y British Airways/Comisión (C-95704 P, EU:C:2007:166), apartado 75, así como mis conclusiones presentadas en este último asunto (C-95704 P, EU:C:2006:133), punto 52.

31 — En particular sobre la necesaria consideración de la situación de la empresa en posición dominante como contratante inevitable, véanse las sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, EU:C:1979:36), apartado 41, y Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión (C-395/96 P y C-396/96 P, EU:C:2000:132), apartado 132.

resolución de remisión, es que un mercado de ese tipo se caracteriza, desde el punto de vista económico, por grandes economías de escala y altas barreras de entrada que dificultan a los competidores de la empresa en posición dominante establecerse en el mercado y competir con ella por la parte de la demanda abierta a la competencia.

48. Además, para valorar los posibles efectos de exclusión de un sistema de descuento aplicado por una empresa en posición dominante puede ser importante saber qué predisposición al cambio presentan los clientes en el mercado de referencia y qué parte de sus necesidades pueden cubrir, en su caso, recurriendo a los competidores de la empresa en posición dominante sin perder descuentos.

49. A este respecto en el procedimiento principal se constató que, en el caso de dos terceras partes de los envíos de cartas abiertos a la competencia, los clientes afectados sólo habrían podido cambiar de Post Danmark a otra compañía de correos asumiendo una pérdida de descuento. Este hecho revela un gran potencial de exclusión por parte del sistema de descuento de Post Danmark.

50. En resumidas cuentas, a la vista de las condiciones de competencia que se dan en el mercado de referencia y de la situación de la empresa en posición dominante en dicho mercado, existen sólidos indicios de que un sistema de descuento como el practicado por Post Danmark puede generar sustanciales efectos de exclusión.

3. Sobre el alcance del impacto del sistema de descuento (segunda parte de la primera cuestión prejudicial)

51. La segunda parte de la primera cuestión prejudicial se refiere al alcance del impacto que tiene un sistema de descuento como el practicado por Post Danmark. El órgano jurisdiccional remitente desea saber la relevancia que, a efectos de la evaluación con arreglo al artículo 82 CE, tiene el hecho de que el sistema de descuento, debido al carácter estándar de sus tramos de descuento (en la resolución de remisión, «umbrales de volumen»), no esté adaptado a cada cliente concreto, sino que se aplique a la mayoría de los clientes del mercado.

52. Como declaró ya hace tiempo el Tribunal de Justicia, el número de contratos a los que se aplican los descuentos concedidos por una empresa en posición de dominio (y, en definitiva, el número de clientes afectados) es indiferente a efectos de la calificación jurídica de dichos descuentos con arreglo al artículo 82 CE. [32]

53. En consecuencia, el solo hecho de que sean muchos o casi todos los clientes de un mercado los que estén afectados por el sistema de descuento y, por tanto, éste presente un alcance muy amplio, no es relevante para apreciar su carácter abusivo a efectos del artículo 82 CE.

54. Sin embargo, en el caso de que dicho sistema de descuento pueda generar un efecto de aspiración a favor de la empresa en posición de dominio, el hecho de abarcar a un número considerable de clientes y a gran parte de la demanda abierta a la competencia en el mercado puede hacer que los efectos de exclusión, actuales o potenciales, sean más acusados que en un sistema de descuento que tenga un alcance menor. Así lo han señalado acertadamente varios de los intervinientes.

32 — 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.

4. Conclusión parcial

55. En resumen, por lo tanto, procede señalar:

El sistema de descuento aplicado por una empresa en posición de dominio es abusivo a efectos del artículo 82 CE si, en una apreciación global de todas las circunstancias del caso concreto, se llega a la conclusión de que existe un efecto de exclusión económicamente injustificado, y a este respecto se han de valorar los criterios y condiciones de la concesión del descuento, las condiciones de competencia imperantes en el mercado de referencia y la situación de la empresa dominante en éste.

B. *Relevancia del criterio del competidor igualmente eficaz («as-efficient-competitor-test» o «criterio AEC») (tercera parte de la primera cuestión)*

56. La tercera y última parte de la primera cuestión prejudicial se dedica en especial al criterio AEC. Con este test se pretende analizar, partiendo de una comparación de precios y costes,[33] si un competidor igualmente eficaz que la empresa en posición de dominio puede competir con ella o si, por el contrario, la política de descuentos de ésta en el mercado de referencia produce efectos de exclusión contrarios a la competencia.

57. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la apreciación de un abuso de posición dominante mediante un sistema de descuento exige jurídicamente la aplicación del criterio AEC y, si no es así, a qué otros factores se ha de atender, en su caso, para apreciar el carácter abusivo de dicho sistema de descuento.

58. Estas cuestiones parciales deben ser analizadas con el trasfondo de la Comunicación de la Comisión de 2009,[34] en que dicha institución, en su condición de autoridad de defensa de la competencia, dio a conocer sus prioridades en cuanto a la aplicación del artículo 82 CE. El órgano jurisdiccional remitente hace referencia expresa a esta Comunicación.

59. En su Comunicación de prioridades, la Comisión declaró que, en principio, sólo pretende actuar contra las conductas excluyentes basadas en el precio cuando la conducta de la empresa en posición dominante pueda obstaculizar o ya haya obstaculizado la competencia de competidores que sean considerados tan eficaces (en inglés, «*as efficient competitors*») como la empresa dominante.[35] Para hacer dicha comprobación, la Comisión se impuso a sí misma la obligación de aplicar, en principio, el criterio AEC para toda conducta excluyente basada en el precio.

33 — Se tienen en cuenta los costes medios evitables de la empresa en posición de dominio, sus costes marginales medios a largo plazo y el precio que habría de ofrecer un competidor de la empresa en posición de dominio a sus clientes para compensarles de la pérdida del descuento que les concede dicha empresa.

34 — Comunicación de la Comisión — «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», presentada el 24 de febrero de 2009 (DO C 45, p. 7; en lo sucesivo, «Comunicación de prioridades)».

35 — Apartado 23 de la Comunicación de prioridades. A este respecto, me permito señalar que la versión alemana del mencionado pasaje de la Comunicación de prioridades, al utilizar la expresión «daran hindert bzw. Bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen» («pueda obstaculizar o ya haya obstaculizado la competencia»), expuso de forma muy imprecisa los requisitos jurídicos para que no sea necesario demostrar el impacto efectivo contrario a la competencia (sentencias British Airways/Comisión, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 68, y Tomra Systems y otros/Comisión, C-949/10 P, EU:C:2012:221, apartados 68 y 79). Más adecuadas al marco jurídico trazado por el artículo 82 CE (artículo 102 TFUE) parecen las versiones inglesa («has already been or is capable of hampering competition») y francesa («ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence»).

60. Obviamente, dicha práctica administrativa carece de efectos vinculantes para las autoridades y tribunales nacionales de defensa de la competencia. Así se deduce, por un lado, del tenor de la propia Comunicación de prioridades, según el cual ésta «no pretende sentar doctrina jurídica», [36] y, por otro, de la reiterada jurisprudencia sobre tales declaraciones de la Comisión. [37] Aunque a las autoridades nacionales, por su parte, nada les impide seguir el ejemplo de la Comisión y utilizar el criterio AEC, jurídicamente sólo están vinculadas a los preceptos que se desprenden del artículo 82 CE. Desarrollar estos preceptos es labor de nuestro Tribunal de Justicia.

61. A mi parecer, del artículo 82 CE *no* se desprende ninguna obligación jurídica de basar la apreciación del carácter abusivo de los sistemas de descuento de las empresas en posición dominante en un análisis de precios y costes como el criterio AEC.

62. Si bien es cierto que, en relación con otras prácticas de precios distintas de los descuentos, el Tribunal de Justicia ha exigido en alguna ocasión la aplicación del criterio AEC, al señalar que el artículo 82 CE prohíbe a las empresas en posición dominante, *en particular*, llevar a cabo prácticas que provoquen la exclusión de sus *competidores considerados tan eficaces como ella misma*. [38]

63. Pero de dicha jurisprudencia no se desprende una exigencia absoluta de aplicar el criterio AEC en todo caso al evaluar, a efectos de la competencia, las conductas excluyentes basadas en el precio. Por un lado, la jurisprudencia se refiere, en particular, a prácticas de empresas en posición dominante en cuanto a los precios, como por ejemplo la política de precios bajos (incluso precios inferiores al precio de coste) o la compresión de márgenes, que por su propia naturaleza presentan una estrecha relación con la estructura de costes de las empresas afectadas. Por otro lado, la expresión «en particular», elegida por el Tribunal de Justicia (en francés, «notamment»), [39] refleja claramente que no siempre es necesario, para apreciar un abuso de posición dominante, que se produzca un efecto de exclusión para los competidores igualmente eficaces que la empresa en posición dominante.

64. Por lo que respecta, en especial, a los sistemas de descuento de las empresas en posición dominante, hasta ahora el Tribunal de Justicia no ha supeditado su calificación como abusivos a ningún análisis de precios y costes. Por el contrario, hasta ahora ha declarado siempre, respecto a tales sistemas de descuento, que la ausencia de una comparación de los precios y los costes no constituye error jurídico alguno. [40] En el caso de autos, procede también mantener esta postura.

65. Sin duda, en teoría cabría plantearse supeditar la apreciación de una conducta excluyente basada en el precio, en general, a la aplicación del criterio AEC, y hacer así obligatorio dicho criterio también en relación con los sistemas de descuento de las empresas en situación dominante. Sin embargo, frente a tal desarrollo de la jurisprudencia sobre el artículo 82 CE existen diversas razones para mantener la cautela.

66. En primer lugar, no siempre está claro el valor añadido que aportan costosos análisis económicos, y puede llegar a producirse una desproporcionada utilización de recursos de las autoridades y tribunales de competencia, de los cuales no se podría disponer en otros lugares para la efectiva aplicación de las leyes de la competencia. Tal como han expuesto, a título de ejemplo, Post Danmark, Bring Citymail y el Gobierno danés ante el Tribunal de Justicia, el método aplicado puede dar lugar a marcadas

36 — Apartado 3 de la Comunicación de prioridades.

37 — Sentencias Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389), apartado 21, y Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795), apartados 29 y 31.

38 — Sentencia Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), apartado 25; véanse también las sentencias Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, EU:C:2010:603), especialmente sus apartados 177, 183, 196, 203 y 254, y TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), especialmente los apartados 67, 73 y 94; en la sentencia AKZO/Comisión (C-62/86, EU:C:1991:286), especialmente los apartados 71 y 72, se parte, en particular, de un análisis de precios y costes.

39 — Sentencias Post Danmark/Comisión (C-209/10, EU:C:2012:172), apartado 25, y Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, EU:C:2010:603), apartado 177, si bien en esta última se utiliza, en la versión alemana, la expresión «u. a.» por el «notamment» de la francesa.

40 — Sentencia Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartado 80; a título complementario, véase también el apartado 73.

diferencias de opinión.[41] Al margen de todo ello, los datos de que se dispone para esos análisis no siempre son fiables[42] y requieren de la buena disposición de las empresas en posición dominante para cooperar lealmente con las autoridades y tribunales de competencia, que, como ha señalado el Gobierno alemán, no siempre está garantizada.

67. Por otro lado, debe evitarse el error de creer que se puede afrontar el problema de las conductas excluyentes basadas en el precio, de manera sencilla y con seguridad jurídica, mediante algún tipo de fórmula matemática basada simplemente en elementos de precios y costes de las empresas afectadas. Como ya he expuesto, muchas veces los datos de las empresas son susceptibles de diversas interpretaciones.

68. Pero, en particular, la apreciación de un abuso en relación con el artículo 82 CE, así como en otros contextos, requiere un enfoque valorativo que tenga en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso concreto, y no se debe contentar con la mera consideración de elementos de precios y de costes. Así, a la hora de apreciar un abuso también pueden ser de interés otros muchos factores, como la configuración concreta del sistema de descuento o ciertas particularidades del mercado en que opera la empresa dominante, incluso pueden ser más ilustrativos que un análisis de precios y costes.

69. La atención al conjunto de las circunstancias del caso concreto y a la posibilidad de una justificación objetiva de la práctica comercial de la empresa en posición dominante aportan suficiente seguridad de que las exigencias jurídicas para la apreciación de un abuso a los efectos del artículo 82 CE no pasan por alto las realidades económicas.[43]

70. Si el carácter abusivo del sistema de descuento de una empresa en posición dominante se desprende de la consideración del conjunto de las demás circunstancias tal como ya he expuesto,[44] desde el punto de vista jurídico no hay necesidad de realizar un análisis de precios y costes como el criterio AEC.

71. Con mayor motivo, no se puede deducir del artículo 82 CE una obligación legal de aplicar el criterio AEC si, por la propia estructura del mercado, está descartado que pueda haber otra empresa igualmente eficaz que la empresa en posición dominante. Esta circunstancia puede venir dada por las peculiares condiciones de la competencia en el mercado de referencia (por ejemplo, porque, como aquí sucede, el mercado se caracteriza por altas barreras de entrada, grandes economías de escala y/o servicios en red), o por el hecho de que el nivel de costes de la empresa dominante se debe precisamente a la situación de ventaja competitiva en la que la posición dominante pone a dicha empresa.[45]

72. En tales casos, de antemano sería ilógico pretender comprobar, mediante cualquier tipo de análisis de precios y costes, si el sistema de descuento de la empresa en posición dominante genera un efecto de exclusión frente a un hipotético competidor igualmente eficaz. En efecto, si no puede haber ningún competidor igualmente eficaz que la empresa en posición dominante, del criterio AEC tampoco cabe extraer conclusiones válidas sobre la posibilidad de que se produzcan efectos de exclusión en el mercado.

41 — La Comisión también considera, en el apartado 25 de su Comunicación de prioridades, que el resultado de un criterio AEC no siempre es concluyente.

42 — En el apartado 25 de su Comunicación de prioridades la Comisión también subraya que para el criterio AEC es preciso disponer de datos fiables.

43 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Solvay/Comisión (C-109/10 P, EU:C:2011:256), punto 80.

44 — Véanse al respecto los puntos 33 a 54 de las presentes conclusiones.

45 — Véase, en este sentido, la sentencia TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), apartado 45, *in fine*.

73. Por el contrario, en un mercado en que la competencia se ve debilitada por la presencia de una empresa en posición dominante, de tal manera que ni siquiera puede establecerse un competidor con igual capacidad, no puede menospreciarse siquiera la presión competitiva que ejercen empresas de menor capacidad. [46] Mantener esa competencia es uno de los objetivos fundamentales perseguidos por el artículo 82 CE, pues se trata de evitar que la estructura del mercado y las posibilidades de elección de los clientes se vean más perjudicadas por la práctica comercial de la empresa en posición dominante. [47]

74. Por lo tanto, el artículo 82 CE prohíbe aplicar el criterio AEC en un mercado en que, por su propia estructura, está descartado que pueda existir otra empresa igualmente eficaz que la empresa en posición dominante.

75. En resumen, por lo tanto, procede declarar:

El artículo 82 CE no exige que se acredite el carácter abusivo de un sistema de descuento aplicado por una empresa en posición dominante mediante un análisis de precios y costes como el criterio del competidor igualmente eficaz («*as-efficient-competitor-test*»), si el carácter abusivo de dicho sistema se deduce ya de la consideración del conjunto de las demás circunstancias del caso concreto.

No obstante, las autoridades y tribunales que conozcan de asuntos de competencia están facultadas, al considerar el conjunto de las circunstancias del caso concreto, para recurrir a tal análisis de precios y costes, salvo que, por la estructura del mercado, esté descartado que pueda haber otra empresa igualmente eficaz que la empresa en posición dominante.

C. *La cuestión del carácter apreciable de los posibles efectos anticompetitivos del sistema de descuento (segunda cuestión y segunda parte de la tercera cuestión)*

76. Para concluir, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, con su segunda cuestión, hasta qué punto debe ser «probable y grave» el efecto contrario a la competencia del sistema de descuento de una empresa en posición dominante como Post Danmark, para que «se aplique» el artículo 82 CE. A esta problemática se refiere también la segunda parte de la tercera cuestión, en la que el órgano jurisdiccional remitente pregunta si es necesario que el «efecto de cierre del mercado» sea «apreciable».

77. En mi opinión, no sería suficiente con remitir al órgano jurisdiccional remitente a la autonomía de procedimiento de los Estados miembros en cuestiones probatorias, [48] pues aquí se trata de los requisitos *materiales* que se imponen a la apreciación de un abuso a efectos del artículo 82 CE, y esos requisitos se derivan del Derecho de la Unión y deben aplicarse uniformemente en toda la Unión para que todas las empresas que operan en el mercado interior se sometan a unas condiciones lo más similares posibles en cuanto a las normas de competencia («*level playing field*»). [49]

78. Resulta conveniente analizar por separado los dos aspectos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente: la probabilidad de un efecto contrario a la competencia, por un lado, y su gravedad, por otro.

46 — En este sentido, véase también el apartado 24 de la Comunicación de prioridades; véase, asimismo, la sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, EU:C:1979:36), apartado 123, *in fine*.

47 — Sentencias France Télécom/Comisión (C-202/07 P, EU:C:2009:214), apartado 105; Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, EU:C:2010:603), apartados 83 y 176; TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), apartado 24, y Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), apartados 20 y 23; en sentido similar, la sentencia British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartado 66.

48 — Véase, al respecto, el quinto considerando del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1, p. 1).

49 — Sobre el concepto de «*level playing field*», véanse, por ejemplo, mis conclusiones presentadas en los asuntos Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión (C-550/07 P, EU:C:2010:229), punto 169; Toshiba Corporation y otros (C-17/10, EU:C:2011:552), apartado 118, y KONE y otros (C-557/12, EU:C:2014:45), apartado 29.

1. Sobre la probabilidad de que se produzca un efecto contrario a la competencia

79. En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente desea saber qué grado de probabilidad ha de tener el efecto contrario a la competencia del sistema de descuento de una empresa en posición dominante para constituir un abuso en el sentido del artículo 82 CE.

80. A este respecto, cabe señalar que el efecto de exclusión generado por tal sistema de descuento no ha de ser de naturaleza meramente hipotética. [50] En otras palabras, los descuentos de que se trate deben ser idóneos, no sólo en *abstracto*, sino en *concreto*, para dificultar o hacer imposible a los competidores de la empresa en posición dominante el acceso al mercado y a sus contratantes la elección entre diversas fuentes de abastecimiento o socios comerciales. [51]

81. A tal fin, no obstante, no es preciso efectuar ningún costoso análisis de los efectos concretos de los descuentos sobre la competencia, es decir, no es necesario comprobar si se ha producido *efectivamente* un efecto de exclusión, [52] pues la prohibición del artículo 82 CE también comprende las conductas de las empresas en posición dominante que tengan un *potencial* efecto de exclusión. [53] Por lo tanto, aunque fuera correcta la valoración de Post Danmark en el sentido de que el sistema de descuento controvertido no había sido la causa de que Bring Citymail se retirase del mercado danés, esto no excluye la apreciación de una conducta abusiva a efectos del artículo 82 CE.

82. Según reiterada jurisprudencia, es necesario, pero también suficiente, que los descuentos de que se trate *puedan* producir un efecto de exclusión, [54] y esto sucede cuando, en una valoración del conjunto de las circunstancias relevantes del caso concreto, la producción del efecto de exclusión resulta más probable que su ausencia. [55]

83. En mi opinión, no sería adecuado situar más alto el listón para apreciar un abuso incompatible con el artículo 82 CE y exigir, por ejemplo, que la producción del efecto de exclusión sea «muy probable» o «especialmente probable», o incluso que pueda presumirse «sin duda razonable».

84. En efecto, incumbe a la empresa en situación dominante (con independencia de las causas que expliquen su posición dominante) una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común. [56] Y de esa responsabilidad se deriva un cierto deber de contención en el mercado. Por lo tanto, la empresa en posición dominante debe abstenerse de *toda* práctica comercial de la que pueda deducirse un probable efecto de exclusión, y no sólo de aquellas en que dicho efecto sea «muy probable» o «especialmente probable» o pueda presumirse «sin duda razonable».

50 — Véanse, en este sentido, las sentencias Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, EU:C:2010:603), apartado 254, y TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), apartados 66 y 67.

51 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2006:133), punto 73.

52 — Sentencia Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartados 68 y 79; en el mismo sentido, sentencias Tetra Pak/Comisión (C-333/94 P, EU:C:1996:436), apartado 44, y Michelin/Comisión (T-203/01, EU:T:2003:250), apartado 239.

53 — Sentencia TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), apartado 64; en sentido similar, la sentencia Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), apartado 44, en que se habla de una «exclusión efectiva o probable».

54 — Sentencias British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2007:166), apartado 68, y Michelin/Comisión (T-203/01, EU:T:2003:250), apartado 239.

55 — En este sentido, la sentencia Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), que habla de «efectos perjudiciales probables sobre la competencia» (apartado 42) y de [un efecto de] «exclusión efectiva o probable» (apartado 44).

56 — Sentencia Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 57; en idéntico sentido, las sentencias France Télécom/Comisión (C-202/07 P, EU:C:2009:214), apartado 105; Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, EU:C:2010:603), apartado 176, y TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), apartado 24.

85. El grado de probabilidad de que se produzca el efecto de exclusión puede repercutir, en todo caso, en la severidad de las eventuales sanciones, por ejemplo, en el importe de las multas que imponga la autoridad de defensa de la competencia. Su importe debe satisfacer siempre las exigencias de la proporcionalidad (artículo 49, apartado 3, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 23, apartado 3, del Reglamento n.º 1/2003): cuanto mayor sea la probabilidad del efecto de exclusión y mayor su alcance, más severa ha de ser la sanción. Pero el presente procedimiento prejudicial no tiene por objeto los aspectos sancionadores.

2. Sobre la gravedad del previsible efecto contrario a la competencia

86. A continuación, el órgano jurisdiccional remitente solicita aclaración sobre el grado de «gravedad» o «apreciabilidad» del efecto contrario a la competencia que ha de tener un sistema de descuento para estar comprendido en la prohibición de abusos del artículo 82 CE.

87. Con ello se alude, por último, a la cuestión de la apreciabilidad de los eventuales efectos anticompetitivos de los sistemas de descuento de las empresas en posición dominante. Es preciso aclarar si la apreciación de un abuso a efectos del artículo 82 CE requiere que la restricción de la competencia causada por un sistema de descuento supere algún tipo de umbral *de minimis*.

88. Tal y como han subrayado algunos de los intervinientes, las dudas del órgano jurisdiccional remitente a este respecto podrían deberse a un problema terminológico de la sentencia Post Danmark dictada en 2012. En efecto, en la versión danesa de dicha sentencia, que es la auténtica, sorprende que, como concepto equivalente de «efecto de exclusión», se utilice la expresión «mærkbare virkninger», [57] que podría traducirse como «efectos apreciables». En otros pasajes de esa misma sentencia se habla también de «eliminerende virkning», [58] es decir, «efecto de eliminación», lo que suena igualmente extraño.

89. A la vista de la versión francesa, lengua en la que se debatió y redactó la citada sentencia, parece evidente que dicha elección terminológica en la versión danesa se debe a un error de traducción, pues en francés se habla simplemente de «effet[s] d'éviction», es decir, «efecto de exclusión», en consonancia con el resto de la jurisprudencia sobre el artículo 82 CE. [59]

90. En consecuencia, las expresiones «mærkbare virkninger» y «eliminerende virkning» de la sentencia Post Danmark de 2012 no deben interpretarse en el sentido de que a los sistemas de descuento de las empresas en posición de dominio les sea aplicable algún tipo de criterio de apreciabilidad o umbral *de minimis*. Por el contrario, se han de calificar como abusivos a efectos del artículo 82 CE todos los sistemas de descuento de las empresas en posición dominante que puedan producir un efecto de exclusión, [60] y no solo aquellos cuyos efectos en la competencia sean o puedan ser «graves» o «apreciables».

91. En efecto, dado que en el mercado de referencia la presencia de una empresa en posición dominante ya debilita su estructura de competencia, toda restricción adicional de dicha estructura dentro del ámbito de aplicación del artículo 82 CE puede constituir una explotación abusiva de posición dominante. [61]

57 — Sentencia Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), apartado 25.

58 — Sentencia Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), apartado 41 y, de forma similar, los apartados 17, 22, 27, 29 y 44.

59 — Véase a este respecto el punto 29 de las presentes conclusiones.

60 — Véase a este respecto de nuevo el punto 82 de las presentes conclusiones.

61 — Sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, EU:C:1979:36), apartado 123, *in fine*.

92. En este mismo sentido (más o menos al mismo tiempo que la sentencia Post Danmark de 2012), el Tribunal de Justicia declaró que no es indispensable la determinación de un umbral preciso a partir del cual los descuentos concedidos por las empresas en situación dominante deban considerarse abusivos a efectos de la aplicación del artículo 82 CE,[62] pues los clientes deberían tener la posibilidad de beneficiarse de cuanta competencia sea posible en el mercado, y los competidores deberían poder competir entre sí por la totalidad del mercado y no sólo por una parte de éste. Además, no corresponde a la empresa dominante determinar a cuántos competidores viables permite competir con ella por la parte de la demanda aún abierta a la competencia.[63]

93. Pero hay dos razones más por las que no parece necesario un umbral *de minimis* para valorar los efectos de exclusión de la práctica comercial de una empresa en posición dominante. Por un lado, los efectos de exclusión, como ya se ha comentado,[64] deben basarse en una consideración concreta del conjunto de las circunstancias relevantes del caso, y han de ser más probables que su ausencia. Por otro, la prohibición de abusos del artículo 82 CE sólo comprende, en cualquier caso, las conductas que puedan afectar a los intercambios entre los Estados miembros.

94. Por sí solo, cualquiera de estos dos aspectos basta para excluir que la prohibición de abusos del artículo 82 CE pueda comprender conductas cuyos efectos anticompetitivos sean meramente hipotéticos o de importancia totalmente secundaria.

3. Conclusión parcial

95. En resumen, por lo tanto, procede declarar:

Al margen de la exigencia de un perjuicio real o potencial para los intercambios entre los Estados miembros, el efecto de exclusión que pueda producir el sistema de descuento de una empresa en posición dominante no debe superar ningún tipo de umbral de apreciabilidad (*de minimis*) para ser calificado como abusivo a efectos del artículo 82 CE. Basta con que la aparición de dicho efecto sea más probable que su ausencia.

VI. **Conclusión**

96. Por las razones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales del Sø- og Handelsret danés de la forma siguiente:

«1) El sistema de descuento aplicado por una empresa en posición de dominio es abusivo a efectos del artículo 82 CE si, en una apreciación global de todas las circunstancias del caso concreto, se llega a la conclusión de que existe un efecto de exclusión económicamente injustificado, y a este respecto se han de valorar los criterios y condiciones de la concesión del descuento, las condiciones de competencia imperantes en el mercado de referencia y la situación de la empresa dominante en éste.

2) El artículo 82 CE no exige que se acredite el carácter abusivo de dicho sistema de descuento mediante un análisis de precios y costes como el criterio del competidor igualmente eficaz («*as-efficient-competitor-test*»), si el carácter abusivo de dicho sistema se deduce ya de la consideración del conjunto de las demás circunstancias del caso concreto.

62 — Sentencia Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartados 46 y 48; en sentido similar se expresó ya la sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, EU:C:1979:36), apartado 89, en que se subrayó el carácter abusivo de los descuentos por fidelidad «cualquiera que sea el importe, grande o pequeño», de las compras afectadas.

63 — Sentencia Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, EU:C:2012:221), apartado 42.

64 — Véanse al respecto los puntos 31, 68 y 82 a 85 de las presentes conclusiones.

No obstante, las autoridades y tribunales que conozcan de asuntos de competencia están facultados, al considerar el conjunto de las circunstancias del caso concreto, para recurrir a tal análisis de precios y costes, salvo que, por la estructura del mercado, esté descartado que pueda haber otra empresa igualmente eficaz que la empresa en posición dominante.

3) Al margen de la exigencia de un perjuicio real o potencial para los intercambios entre los Estados miembros, el efecto de exclusión que pueda producir el sistema de descuento de una empresa en posición dominante no debe superar ningún tipo de umbral de apreciabilidad (*de minimis*) para ser calificado como abusivo a efectos del artículo 82 CE. Basta con que la aparición de dicho efecto sea más probable que su ausencia.»