

Comentarios al *Discussion Paper on the application of Article 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses*

Posición de dominio

■ En el *Discussion Paper*, la Dirección General de Competencia hace referencia a los dos elementos que deben ser analizados para que el artículo 82 TCE resulte de aplicación: (i) la existencia de una posición de dominio; (ii) el abuso de la posición de dominio. El análisis cumulativo de estos dos elementos sigue siendo en nuestra opinión imprescindible para la aplicación coherente y uniforme del artículo 82 TCE. Toda reforma encaminada a centrar la aplicación del tipo previsto en el artículo 82 TCE exclusivamente en la existencia o no de un abuso¹ debería encararse con enorme cautela. Un enfoque basado exclusivamente en los “efectos” de la conducta analizada, sin necesidad de llevar a cabo un análisis independiente de la existencia o no de una posición de dominio, podría generar efectos perversos como una menor seguridad jurídica, al extender - al menos *a priori* - la aplicación del artículo 82 TCE más allá del ámbito en el que tradicionalmente se ha venido desarrollando.

■ Pese a la importancia de proceder a un análisis sistemático para determinar la existencia de una posición de dominio, en ocasiones dichos análisis parecen haber quedado circunscritos a una valoración de las cuotas de mercado: generalmente, cuotas de mercado por encima del 50% presupondrían la existencia de una posición de dominio, centrándose la actuación de las autoridades en la determinación de si la conducta podría calificarse como abusiva o no. Decisiones recientes de la Comisión, y en particular la decisión *Microsoft*², parecen poner de manifiesto una

¹ Ver el informe preparado por EAGCP, *An economic approach to Article 82*, julio 2005, disponible en la página web de la Dirección General de Competencia:
http://www.europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

² Caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004. Interesa resaltar que, al hacer referencia a la decisión *Microsoft*, hacemos referencia a la *metodología* empleada por la Comisión en la

predisposición a analizar con mayor rigor otros factores que son igualmente críticos a la hora de establecer la existencia de una posición de dominio. En este sentido, y siguiendo la práctica decisonal más reciente, la contribución del *Discussion Paper* a la clarificación de los factores conforme a los cuales se evaluará la existencia de una posición de dominio individual o colectiva no puede sino ser bienvenida.

■ En general, los factores invocados por la Dirección General de Competencia en el *Discussion Paper* (y subsumidos en tres categorías generales: posición en el mercado, barreras de entrada; poder compensatorio de la demanda) son relevantes para determinar la existencia o no de una posición de dominio, y son coherentes con doctrina económica consolidada. Sin embargo, la afirmación en el *Discussion Paper* (§ 26) de que la existencia de beneficios supra-normales puede ser indicativa de la ausencia de presión competitiva en el mercado relevante debe ser tratada con cautela. En muchos casos, la mera existencia de beneficios supra-normales no puede por sí misma dar lugar a presunciones negativas relativas a la posición que una empresa ocupa en un mercado. La existencia de precios o beneficios supra-normales pueden suponer la recompensa a los riesgos y esfuerzos innovadores llevados a cabo por la empresa cuya conducta es objeto de análisis³, o tener efectos dinamizadores para la competencia como el favorecimiento de la entrada de nuevos operadores, siendo por tanto plenamente consistentes con la existencia de un mercado suficientemente competitivo.

■ La revisión de la política de aplicación del artículo 82 TCE brinda a la Comisión la oportunidad de confirmar que, al evaluar la posible posición de dominio de una empresa, no se tendrán en cuenta factores tales como el tamaño total de la empresa, o la diversificación comercial de la empresa en mercados no conexos con aquél o aquéllos en que se enmarca la práctica que pudiera ser constitutiva de un abuso. En nuestra opinión, independientemente de dicha clarificación, es en estos términos que puede interpretarse la aseveración de que toda posición de dominio debe existir *en relación con un mercado* (§ 22).

■ La afirmación contenida en el *Discussion Paper* de que en la mayoría de casos el acceso a fuentes de financiación externas o el poder financiero interno no son factores determinativos de la existencia de una posición de dominio (§ 40) debe ser bienvenida. Igualmente, sería conveniente clarificar que otra serie de factores invocados en el *Discussion Paper*, como la integración vertical, la reputación, o la existencia de un sistema desarrollado de distribución y/o ventas, sólo serán factores conducentes a la existencia de una posición de dominio en aquellos casos excepcionales en que la posible ventaja competitiva obtenida por estos medios no sea simplemente el resultado de la superior visión empresarial de la compañía en

susodicha decisión para analizar la existencia de una posición de dominio, sin entrar a valorar si desde el punto de vista sustantivo el análisis llevado a cabo por la Comisión es correcto o no.

³ Ver, en este sentido, Office of Fair Trading, *Assessment of market power*, diciembre 2004, paras. 6.5-6.6.

supuesta posición de dominio⁴, y en que dichos mecanismos no puedan ser reproducidos – aun indirectamente, por ejemplo a través de acuerdos de carácter vertical – por otros operadores presentes en el mercado.

Marco para el análisis de los abusos de exclusión

- En lo relativo al tratamiento de la justificación objetiva, llama la atención que la Comisión distinga entre una doble tipología: (i) necesidad objetiva (incluye la alegación de estar enfrentándose a la competencia (*meeting competition*) que afirma no resultar aplicable a supuestos de abuso colectivo) y (ii) "eficiencias" ("*the dominant company must be able to show that the efficiencies brought about by the conduct concerned outweigh the likely negative effects on competition resulting from the conduct and therewith the likely harm to consumers that the conduct might otherwise have*").
- En el apartado 84 del *Discussion Paper* se explicitan las condiciones que deben satisfacerse para que una defensa construida sobre la base de las "eficiencias" sea admisible y se reproducen a tal efecto las condiciones del artículo 81.3 CE. Con ello se instaura una suerte de "artículo 82.3". Esta nueva postura es a todas luces contraria a la jurisprudencia que reiteradamente ha establecido que el artículo 82 es una prohibición de carácter incondicionado que no permite margen para exenciones o excepciones.
- En este terreno lo más relevante quizás se refiere a la cuarta condición ("*that competition in respect of a substantial part of the products concerned is not eliminated*") no parece tener cabida en el contexto del análisis del abuso en la medida en que para establecer dicha posición ya debe haberse concluido que la competencia, en el mercado de referencia, no es efectiva. Además, el nuevo umbral propuesto ("superdominio") no tiene perfiles claros más allá de la injustificada elección de la cuota del 75%, y podría contaminar la aplicación futura del artículo 81.3.b) CE por parte de las autoridades de defensa de la competencia y los jueces nacionales.
- Los objetivos de la Comisión son encomiables, pero debería intentar conseguirlos sin echar por tierra el sistema de normas que han generado 50 años de jurisprudencia, y sin perjudicar todavía más la seguridad jurídica en esta materia.

Precios Predatorios

⁴ Y por tanto sea simplemente la consecuencia de "*a superior skill, foresight and industry*", conforme a las líneas de la celebrada sentencia norteamericana *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (1945).

1-. Valoraciones generales

■ En el *Discussion Paper* se produce una convivencia –no siempre conciliable, desde nuestro punto de vista- entre elementos “objetivos” y elementos “subjetivos” de la conducta en los párrafos referidos a precios predatorios. Por un lado, se profundiza en cuál de los distintos tipos de costes considerados es el más adecuado para establecer un umbral por debajo del cual los precios pueden considerarse como predatorios (AAC, LAIC, etc), en un intento claro y loable de “objetivar” la existencia de un posible abuso. Por otro lado, sin embargo, se mantiene e incluso se aumenta la importancia de factores subjetivos, cuyos elementos de prueba son, cuando menos, complicados. Valgan una serie de ejemplos: a) el intento de definir la estrategia o plan conducente a eliminar la competencia cuando el precio se sitúa entre AVC y ATC (párrafo 112); b) la invocación por parte de la empresa dominante de la “*meeting competition defence*” (sujeta a un test de proporcionalidad) “*in case the rival is asking a price lower than the dominant company*” (párrafo 132). En nuestra opinión, una vez que se ha hecho el esfuerzo para establecer objetivamente el concepto económico adecuado, creo que se debería hacer una apuesta más fuerte por esta opción, estableciendo las posibles excepciones de forma tasada, reduciendo así la importancia de los elementos subjetivos.

2-. Comentarios y críticas particulares

■ En el *Discussion Paper*, siguiendo la doctrina de AKZO, se establece la regla general según la cual cualquier precio por encima del ATC no ha de considerarse predatorio. No obstante, se cita una excepción: en casos de ventajas por parte de la empresa dominante “no imitables” por el resto y de importantes economías de escala, en el periodo inmediatamente posterior a la entrada de un competidor, “*the dominant company could prevent entry or eliminate entrants by pricing temporarily below the ATC of the entrant while staying above its own ATC*” si se demuestra una clara estrategia para eliminar la competencia. Consideramos que las especiales obligaciones que incumben a las empresas dominantes no ha de llegar a estos extremos.

■ Es acertada la consideración del AAC como principal umbral a la hora de considerar los precios predatorios. No obstante, pensamos que ha de ser definido con más precisión. Ha de especificarse que el AAC incluye los costes variables y los costes fijos, siempre que estos últimos no sean a fondo perdido (“*sunk*”).

■ Asimismo, la Comisión cree pertinente la sustitución del AAC por el LAIC en determinados mercados y los considera prácticamente equivalentes en ciertos casos. Desde nuestro punto de vista, mientras el LAIC es un “*incremental cost*”, el AAC consiste más bien en un “*decremental cost*”: el AAC es el coste que la empresa puede evitar en el caso de abandonar ese mercado en concreto. Desde el punto de vista conceptual, la diferencia es importantísima. El coste más apropiado es, en nuestra opinión, el “*decremental cost*” o AAC en todos los casos, aunque es cierto

que hay que tener en cuenta el elemento temporal en mercados con importantes costes fijos, como veremos a continuación.

- El tiempo para examinar la conducta es aquél en que el precio supuestamente predatorio se mantiene o es razonablemente esperado que se mantenga. El *Discussion Paper* debería aportar más claridad en este punto. Parece claro que cuanto mayor sea el período de tiempo considerado, mayor será el AAC, porque se considerarán incluidos dentro del AAC algunos costes que, si tomamos períodos de tiempo más cortos, serían considerados costes a fondo perdido⁵. Nos referimos a alquileres de edificios o renovación de maquinaria, por ejemplo, que entrarían con mucha más probabilidad en el AAC si el período a considerar es anual o superior, porque en ese tiempo se habrá renovado el alquiler o comprado nueva maquinaria con el objetivo de expandir la capacidad de la empresa y, por tanto, sí serían costes “evitables” dentro del largo plazo. Por tanto, si el período es mayor, el AAC será mayor; en consecuencia, será más sencillo para la “víctima” demostrar que el precio está por debajo de ese AAC. No obstante, como contrapartida a lo anterior, desde un punto de vista probatorio, es más complicado demostrar que la conducta ha persistido durante un largo período de tiempo.

- El objetivo de lo anterior es comprender mejor la única referencia en el *Discussion Paper* a este problema básico: “*if the dominant company, for instance, had to expand its capacity in order to be able to predate, then also fixed or sunk investments made for this extra capacity will have to be taken into account*” (párrafo 108). El elemento temporal, pasado por alto por la Comisión, es útil para nuestro análisis: seguimos considerando que los “*sunk costs*” no han de tenerse nunca en cuenta para el AAC; lo que sucede es que los costes a los que se refiere seguramente la Comisión en este párrafo (alquiler de edificio o adquisición de máquinas) no son “*sunk costs*” (sino costes “evitables”) si el período de tiempo a considerar es largo e incluye la decisión sobre si renovar o no esos elementos.

En este caso, debe evitarse un comportamiento fraudulento de la empresa dominante, consistente -por ejemplo- en aumentar los precios deliberadamente sólo en el momento de adquisición o renovación de los elementos, con el objetivo de evitar que se considere el periodo largo de conducta predatoria. Este hipotético caso sería un claro ejemplo de “plan o estrategia” para eliminar la competencia. Este criterio de “plan o estrategia”, en la línea de nuestro comentario nº 2, ha de utilizarse de forma tasada, para evitar interpretaciones arbitrarias o excesivamente subjetivas.

- Por último, consideramos que el *Discussion Paper* debería hacer alguna referencia a la práctica conocida como “*cost signaling*”⁶. En la medida en que la empresa dominante está mejor informada de los costes y demás condiciones presentes en el

⁶ Ver Bolton et al, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, The Georgetown Law Journal, 1996.

mercado, puede influir de manera decisiva en las expectativas de sus competidores. En efecto, poniendo precios bajos, la empresa dominante puede impedir la entrada o provocar la salida de sus competidores, porque les induce a pensar que esos precios bajos reflejan unos costes también bajos y por tanto desincentiva la entrada o permanencia en el mercado en cuestión. No obstante, es cierto que la conexión entre mercados y la reputación pueden mitigar los efectos del “*cost signaling*”.

Descuentos y Marca Única

Comentarios generales

- Es un acierto que la Comisión Europea opte por un enfoque económico de las obligaciones de marca única y los descuentos aplicados por empresas en posición de dominio, descartando la existencia de conductas abusivas *per se* y limitando la aplicación del artículo 82 a aquéllas situaciones en las que existan efectos restrictivos de la competencia, ya sean reales o potenciales. Ahora bien, este enfoque económico de la Comisión Europea debería acompañarse de reglas claras que permita a las empresas en posición de dominio anticipar la licitud de su conducta.

La dificultad para determinar cuándo un esquema de descuentos es lícito por ser el resultado de una competencia en los méritos o cuando es ilícito por implicar determinados efectos restrictivos, puede llevar a la parálisis en el mercado de las empresas en posición de dominio y a poner en práctica comportamientos que no están presididos por la búsqueda de la eficiencia. Las dificultades de las empresas en posición de dominio para aplicar, por ejemplo, descuentos individualizados se saldarán finalmente con la decisión de estas empresas de ejercer tal poder de mercado y no aplicar, por ejemplo, precios mejores a los clientes con mayor poder de negociación. En consecuencia, esta parálisis podría traducirse en la aplicación de precios mucho más elevados que si la empresa en posición de dominio hubiera podido competir libremente y, en definitiva, a la cesión de cuota de mercado en favor de empresas menos eficientes pero que no están sometidas a las mismas limitaciones y pueden aplicar descuentos de fidelidad.

- No obstante, se echa en falta un enfoque más positivo hacia los descuentos por parte de la Comisión Europea. La Comisión hace múltiples referencias a los efectos negativos o restrictivos que pueden derivarse de las obligaciones de marca única y de los descuentos y tan solo alude a los efectos positivos como una posible defensa en el caso de que la Comisión considere que hay un efecto de cierre en el mercado. De hecho, a pesar de los esfuerzos de la Comisión para evitar calificar determinadas conductas como abusivas *per se* termina estableciendo ciertas presunciones de ilegalidad. La Comisión Europea olvida, sin embargo, que a diferencia de las obligaciones de marca única, los descuentos implican en todo caso la aplicación de

precios más reducidos, por lo que normalmente deberían ser bienvenidos, ya que son beneficiosos para los consumidores. De hecho, en muchas ocasiones son los propios clientes los que instigan la aplicación de descuentos por parte del proveedor, haciendo uso de su poder de negociación.

- Hay que tener en cuenta que las obligaciones de marca única y los descuentos son comportamientos recurrentes que forman parte de la práctica diaria de la mayoría de las empresas. Estas han de tomar decisiones de forma permanente sobre estos asuntos y por tanto no pueden ser juzgadas con la severidad de criterio a la que se someten otro tipo de prácticas de carácter puntual -y por lo general mucho más meditadas- como pueden ser las concentraciones o determinados acuerdos.
- Estamos de acuerdo con el planteamiento general del *Discusión Paper* a la regulación de la marca única (*single branding*). Supone un acercamiento al asunto menos dogmático y por se que el adoptado hasta ahora a determinados descuentos no predatorios utilizados por empresas dominantes (asunto *Michelin II*). Existen sin embargo algunos puntos que pueden ser matizados.

Se agradece que, aunque de forma un poco confusa (no pero sí), se reconozca que las obligaciones de compra de corta duración o de fácil terminación probablemente no generen un cierre de mercado y que para que este se produzca deberá resultar afectado un volumen significativo de ventas (párrafo 149). Sin embargo se sigue manteniendo una especie de presunción de ilegalidad contra las obligaciones de marca única basada en el grado de cierre. Dicha presunción no es correcta si tenemos en cuenta que:

- i) El cierre de mercado no es un fin sino un instrumento y el fin es el daño a la competencia (precios y cantidades). En mercados sometidos a rápido cambio tecnológico los efectos de exclusión derivados de la obligación de suministro exclusivo son menores.
 - ii) El *single branding* produce beneficios procompetitivos (recuperación de inversiones específicas, evitar *free riding*, etc)
 - iii) La marca única es una forma de competencia por el mercado (cliente) y limitar al dominante puede perjudicar a los clientes (aumento precios, reducción calidad,...)
- La Comisión procede a una explicación en exceso casuística en lugar de exponer la lógica que debe guiar su evaluación en esta categoría de supuestos. Hubiese sido además deseable la clarificación de una serie de puntos concretos como:
 - Duración del período temporal de referencia a efectos del cálculo del descuento aplicable a un cliente: En este punto la Comisión guarda silencio, cuando el *Discussion Paper* podía quizás haber sido una oportunidad para aclarar o establecer criterios interpretativos relativos al

período de tiempo que puede considerarse, *a priori*, como excesivo a efectos del referido cálculo. En *Michelin I*, el TJCE pareció considerar como “relativamente largo” un período de un año⁷.

Más adelante, en el asunto *Michelin II* el TPI precisó que, en contra de lo afirmado por la Comisión, los tribunales comunitarios nunca han considerado que un período de referencia no pueda exceder los tres meses por ser “relativamente largo” a efectos de determinar su efecto fidelizador, si bien ha reconocido que cuanto más largo sea el período de referencia, mayor será dicho efecto⁸.

A la vista de lo anterior, la Comisión no parece interesada en establecer criterios claros que puedan aportar seguridad jurídica a las empresas en este punto, probablemente con el objetivo de no verse vinculada por la fijación de un período concreto, dejando la determinación final del efecto del período de referencia a la valoración y análisis de las circunstancias del caso concreto. Por otra parte, puede considerarse que ello contribuye a dar más libertad a las empresas en la medida en que otros aspectos de sus sistemas de descuento no contradigan la práctica de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria.

- Descuentos cuantitativos y descuentos fidelizadores: Si bien el *Discussion Paper* parece, con carácter general, dar más importancia a los efectos que a la forma de cada una de las posibles modalidades de abuso, en lo relativo a los descuentos si bien se centra en el análisis de sus efectos potenciales concretos, no deja de lado la valoración de la forma que adopten efectivamente. Así, habrá más posibilidades de

⁷ Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983 en el asunto C-322/81, *Michelin v. Comisión*, para. 81: “*the discount system in question was based on an annual reference period. However, any system under which discounts are granted according to the quantities sold during a relatively long reference period has the inherent effect, at the end of that period, of increasing pressure on the buyer to reach the purchase figure needed to obtain the discount or to avoid suffering the expected loss for the entire period. In this case the variations in the rate of discount over a year as a result of one last order, even a small one, affected the dealer 's margin of profit on the whole year 's sales of Michelin heavy-vehicle tyres. In such circumstances, even quite slight variations might put dealers under appreciable pressure.*”

⁸ Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003 en el asunto T-203/01, *Michelin v. Comisión*, paras 85-88: “*Admittedly, contrary to what the contested decision suggests (recital 216), the Court of Justice did not expressly hold that the reference period could not exceed three months. However, it cannot be denied that the loyalty-inducing nature of a system of discounts calculated on total turnover achieved increases in proportion to the length of the reference period.*” (...) “*The incentive to purchase created by a quantity rebate system is therefore much greater where the discounts are calculated on total turnover achieved during a certain period than where they are calculated only tranche by tranche. The longer the reference period, the more loyalty-inducing the quantity rebate system.*”

justificar los posibles efectos beneficiosos de aquellos descuentos que adopten la forma de descuentos cuantitativos.

- Cabría decir por ello que el *Discussion Paper* se queda a medio camino en la aclaración de la legitimidad de este tipo de prácticas o, como mínimo, dificulta aún más su valoración en la práctica.
- Planteados así los principales problemas y por lo que respecta en particular a los aspectos relativos a los descuentos, sería conveniente proponer una presunción de licitud de cualquier tipo de descuento, independiente de su forma -condicional, incondicional, porcentaje de compras, objetivos individualizados o generales- que tenga por claro efecto la reducción de precios al cliente final; dejando a salvo las consideraciones de precios predatorios. Se invertiría la carga de la prueba para demostrar su ilicitud pero sólo gozarían de ese *safe harbour* aquellos descuentos para *retailers* respecto de los que hubiera certeza que se trasladan -prácticamente en su totalidad- a los consumidores finales en forma de menor precio o en forma de cualquier otro beneficio para el mismo como, una mejor calidad. El reconocimiento de que un mismo descuento o una misma obligación de marca única puede tener efectos procompetitivos o anticompetitivos (párrafo 138) impone que una plausible rebaja de precios al cliente final sea el efecto a proteger en primer lugar para hacer el ejercicio -en segundo lugar- de clarificar si tiene un efecto anticompetitivo. Este enfoque sería además coherente con lo presentado en el capítulo de precios predatorios.
- Al menos sería aconsejable que la Comisión estableciese una especie de “safe harbour”, circunstancias en las que un sistema de descuentos practicado por una empresa en posición de dominio no sería en ningún caso abusivo (por ejemplo, descuentos aplicados por periodos cortos de tiempo, sobre ventas incrementales y cuyo importe sea inferior a un determinado umbral).
- Sería aconsejable que la Comisión reflejase y se refiriese expresamente a la situación a la que se enfrentan empresas con posición de dominio que compiten en el mercado con empresas que, aunque tienen inferior cuota de mercado, tienen el mismo músculo financiero y capacidad, por tanto, para afrontar políticas de descuento muy agresivas. En este tipo de situaciones, las obligaciones de la empresa en posición de dominio en materia de descuentos debieran matizarse (por ejemplo, permitiendo igualar las ofertas de los competidores, aunque éstas produzcan diferencias de trato discriminatorias entre clientes).
- Sería conveniente que la Comisión tuviese en cuenta, a la hora de ponderar la licitud de un determinado tipo de descuentos, el poder de mercado del cliente. Estos clientes, que normalmente son estratégicos porque son los que dan mayor volumen a los proveedores, tienen fuerza negociadora suficiente para imponer al proveedor las condiciones comerciales de suministro que desean. ¿Qué debe hacer una empresa en

posición de dominio ante la exigencia de un cliente con poder de mercado de que se le apliquen descuentos muy agresivos?

- Sería oportuno que la Comisión tuviese en cuenta que determinado tipo de clientes quiere ser suministrado únicamente por un proveedor y no por varios y para ello organizan concursos específicos para toda su demanda (*bidding/tenders*). En esta situación, la diferencia entre la parte contestable y la parte no-contestable de la demanda de un cliente es irrelevante, y no es útil el método expuesto por la Comisión en los párrafos 154 y siguientes para determinar si la política de descuentos es abusiva o no. ¿Qué debe hacer una empresa en posición de dominio ante esta situación? ¿Negarse a suministrar en exclusiva al cliente?
- Sería necesario que la Comisión tuviese en cuenta posibles cambios en los patrones de compra de los clientes, o un posible crecimiento de la demanda, a la hora de valorar los efectos de cierre de mercado de una determinada política de descuentos o de exclusivas. Es necesario integrar un enfoque más dinámico para tener en cuenta por ejemplo la presión competitiva que se ejerce a una empresa en posición de dominio desde mercados vecinos.

Comentarios a párrafos concretos:

Párrafos 136 y 137: En el párrafo 136, la Comisión hace referencia a los “*rebates offered in general from a list price on an individual order of the buyer*”. En el párrafo 137, al definir los descuentos incondicionales, señala que son aquellos “*granted for every purchase of a particular customer, independently of their purchasing behaviour*”. No se ve clara la diferencia entre ambos tipos de descuento. Más bien parece que, con diferentes palabras, la Comisión se está refiriendo al mismo tipo de descuento. Parece que en el primer caso, la Comisión se refiere a descuentos desagregados que se aplican pedido por pedido, aunque pueden estar condicionados por la conducta de compra del cliente. Por ejemplo, si se condiciona un descuento del 50% a un volumen [x], pero tomando en consideración cada pedido de forma autónoma. En el segundo caso, sin embargo, la Comisión se refiere a descuentos que no están condicionados por la conducta de compras del cliente (por ejemplo, volumen, crecimiento, etc.), sino por otras cuestiones (por ejemplo, categorías de clientes, aplicándose por igual a cada categoría de clientes independientemente de su volumen de compras, crecimiento, etc.). En cualquier caso, no queda claro y se debería clarificar esa diferencia.

Párrafo 137: En la nota al pie 85, se señala que estamos ante un descuento incondicional si éste se aplica a determinado grupo de clientes frente a otros (si se aplicase a todos los clientes sin distinción, estaríamos ante un “*general price decrease*”). Por tanto, parece que la figura del descuento exige necesariamente un elemento de discriminación o diferenciación entre clientes. Siendo esto así, no tiene mucho sentido la última frase del párrafo 137, que señala que no necesariamente una política de

descuentos incondicionales produce diferencias en el precio entre los compradores. Parece que la última frase del párrafo 137 se refiere a los descuentos condicionales mencionados en la frase anterior: “*These conditional rebates...*”. En definitiva, la implantación de una política de descuentos exige necesariamente una diferenciación entre clientes. De lo contrario, estaríamos ante una política de fijación de precios.

Párrafo 138: Las eficiencias de un sistema de descuentos practicado por una empresa en posición de dominio no debieran analizarse como una “defensa” frente a una presunción previa de existencia de abuso. De hecho la Comisión Europea debería tomar como punto de partida los efectos positivos de los descuentos, que en general implican precios más reducidos y, por tanto, beneficios para los consumidores (en línea con lo señalado, por ejemplo, en los párrafos 94 y 95 en relación con los precios predatorios). Se debieran analizar simultáneamente los efectos positivos y negativos de la política de descuentos, tratando de encontrar un equilibrio, sin que existan presunciones de ilegalidad que haya que combatir.

Párrafo 140: La última frase podría interpretarse como que la discriminación entre clientes no producirá efectos negativos sobre la competencia salvo que ésta sea consecuencia de una política de exclusión de competidores por parte de la empresa en posición de dominio. Según este párrafo, las políticas de “secondary line price discrimination” no se consideran, por tanto, abusivas, salvo que sean el resultado de una política exclusionista aguas arriba. Si con el nuevo enfoque de la Comisión Europea lo importante son los efectos y no las intenciones, se sugiere sustituir el término “*intent*” en la tercera línea del párrafo 140 por “*capability*”

Párrafo 141: Se afirma que los descuentos excluyentes, frente a los descuentos explotativos, se diferencian en que, mientras que en el caso de los segundos, se cargan precios superiores a los clientes que están dispuestos a pagar dicho precio y no pueden cambiar a un competidor, en el caso de los primeros, se cargan precios superiores a los clientes que sí pueden cambiar y están dispuestos a cambiar a un competidor. No es cierto, normalmente se fidelizan con precios más bajos a los clientes que “amenazan” con pasarse a la competencia. De nuevo se deslumbra en este párrafo la apreciación negativa que la Comisión tiene hacia los descuentos. Los descuentos no implican, en principio, precios mayores, sino una reducción de precios para ciertos clientes, reducción en los precios que es la expresión de una relación de competencia y que solamente debería cuestionarse si dicha reducción en los precios no es el resultado de una competencia en los méritos. Igualmente, propondríamos eliminar las referencias a las intenciones de este párrafo (*To the extent that the discrimination has the intention...*). Además, no se entiende la referencia a *infra-personal*; suponemos que debe ser una errata porque se quería referir a *intra-personal*.

Párrafo 144: Con arreglo a la última frase de este párrafo, la Comisión también tomará en consideración la posibilidad de futuros competidores de poner freno al efecto fidelizador de los descuentos o acuerdos de marca única de la empresa en posición de dominio, lo cual es de agradecer. Sin embargo, no se vuelve a hacer referencia a esta cuestión en los apartados siguientes.

Párrafo 145: La idea de que el carácter anticompetitivo de una determinada política de descuentos o de exclusivas dependerá del “*tied market share*” (la cuota de mercado vinculada a través de acuerdos de *single branding* o de una política de descuentos fidelizadora) es bienvenida. Sería conveniente que la Comisión estableciese con claridad que no investigará políticas de descuentos fidelizadoras aplicadas por empresas en posición de dominio cuando éstas se refieran a una parte modesta de sus clientes, salvo que se detecte que dicha política se está aplicando de forma selectiva para cerrar el mercado a un competidor. Cabe insistir de nuevo en que lo importante de estas conductas no es que la empresas en posición de dominio se dirijan hacia los clientes más sensibles a la competencia, lo cual no deja de ser una reacción normal al incremento de la presión competitiva, sino su capacidad para producir un cierre de mercado. No bastaría por tanto, con que la Comisión verifique que los descuentos se aplican solamente a los clientes que en principio estarían mejor situados para responder favorablemente a las ofertas de otros proveedores alternativos, sino que, además, esos descuentos constituyen descuentos de fidelización con capacidad para producir un efecto de cierre de mercado. Sería bueno que se afirmase expresamente que las exclusivas y las políticas de descuentos aplicadas por empresas en posición de dominio no son abusivas “*per se*”. Aunque las afirmaciones de la Comisión se contradicen con lo dicho en las directrices sobre acuerdos verticales: “*Las empresas dominantes no pueden imponer obligaciones de no competencia salvo en el supuesto de que puedan justificar objetivamente tal práctica comercial en el contexto del artículo 82*”

Por otro lado, quizás plantee problemas la determinación del porcentaje concreto a partir del cual se considere que una política de descuentos o de exclusivas es abusiva (un 5, 10, 20, 30% del mercado...?) La Comisión debería hacer un esfuerzo por concretar que entiende por “*a good part*” de los compradores y establecer un umbral indicativo por debajo del cual no se considerará que exista, en principio, un efecto de exclusión (salvo que se demuestre la existencia de descuentos selectivos con efecto de cierre) y por encima del cual, no haya una presunción de ilegalidad, pero que implique una mayor evaluación).

Párrafo 146: Debería matizarse este párrafo para incluir los casos de concursos o licitaciones privadas, en los que el cliente solicita ofertas para la totalidad de sus necesidades y los diferentes proveedores compiten por la demanda total de cada cliente. En estos casos, aunque no se trate de una competencia “*on equal terms for all customers*” sino tan solo en relación con algunos de ellos, debería también considerarse que es poco probable que los descuentos ofrecidos puedan tener un efecto fidelizador.

Single branding obligations and English clause

Párrafo 148: Al afirmar que obligaciones de exclusiva podrían producir efectos anticompetitivos incluso cuando sólo una modesta cuota de mercado es afectada, la Comisión contradice sus afirmaciones del párrafo 145, en el que se señala que, para modestas cuotas de mercado, los efectos anticompetitivos sólo se producirán cuando la aplicación de las exclusivas se realice de forma selectiva. La Comisión Europea parece apartarse en este párrafo de sus afirmaciones anteriores y reconoce que las obligaciones

de marca única impuestas por empresas en posición de dominio constituyen un abuso *per se*, ya que son susceptibles de producir un cierre de mercado por naturaleza (“*Single branding obligations, because they require the buyer to purchase all or a significant part of its requirement from the dominant supplier, have by their nature the capability to foreclose*”).

Párrafo 149: La Comisión admite que incluso obligaciones de exclusiva aplicadas a una parte sustancial de la demanda, podrían no ser abusivas cuando la duración de la obligación es corta o existe la posibilidad de terminar el acuerdo en cualquier momento con un preaviso corto. Sin embargo, en la nota al pie 94 la Comisión contradice esta afirmación, al señalar que esto no suele ocurrir cuando la empresa tiene posición de dominio. De nuevo la Comisión debería hacer un esfuerzo por determinar que entiende por “*a good part of its buyers*”, “*the degree of dominance*” y “*a short duration*”. No podemos estar de acuerdo con pretender que la nocividad del descuento sea proporcional al *degree of dominance*, cuando cabe concluir que el grado de dominancia -expresada como cuota de mercado- nunca es un elemento determinante a tener en cuenta en el análisis de la posición de dominio (párrafo 32). Entendemos que desde un punto de vista económico o se tiene independencia económica o no se tiene; no hay grados para ello. Por coherencia, pero también porque se puede tener un cuota de mercado muy alta pero puede que no se tengan clientes estratégicos o que la incidencia del descuento (vid párrafo 145) no tenga nada que ver con la cuota de mercado, propondría suprimir la mención del *degree of dominance*. También es necesario clarificar qué se entiende y cual es la extensión de un “*must stock item*”.

Párrafo 150: La Comisión rechaza de plano las *English Clauses*; pero el efecto de mejora de la transparencia en la información sobre precios -paradigma de la competencia perfecta- y el incentivo que supone para la competencia más agresiva en precios, debería permitir alguna posibilidad de para su aplicación limitando al máximo los inherentes efectos restrictivos para la competencia. Cabría entender una posibilidad de cláusula inglesa que no permitiera identificar al proveedor alternativo, que fuera una facultad para el cliente (y no una obligación) o que obligara al cliente a comunicar al proveedor alternativo que el cliente se ha acogido a la oferta de otra empresa tras el ejercicio de su facultad contractual para así permitir un seguimiento (y posterior denuncia si se tiene indicios respecto a su ilicitud) descentivándose a su vez comportamientos ilícitos por parte de las empresas en posición de dominio que hayan ganado un cliente mediante la aplicación de una cláusula inglesa. Todo ello dejando a salvo obviamente todas las consideraciones de precios predatorios.

Conditional rebate systems

On all purchases

Párrafo 152: La afirmación es atractiva, pero ¿existe algún método económico para determinar a partir de qué nivel el cliente estaría dispuesto a comprar a los competidores

y no a la empresa en posición de dominio? Por otro lado, la asunción de que un cliente siempre quiere ser suministrado en parte por la empresa en posición de dominio y el resto por sus competidores no es siempre cierta (por ejemplo, hay clientes que quieren una relación de suministro en exclusiva). Por tanto, la asunción de que existe competencia únicamente sobre una parte de la demanda del cliente no es siempre cierta, podría existir competencia para obtener la exclusiva. ¿Sostiene la Comisión en este apartado que solamente en los casos en los que los compradores adquieren la mayor parte de sus necesidades del operador dominante los descuentos pueden tener un efecto fidelizador? Es decir, ¿si el producto en cuestión no es, por ejemplo, un “must stock item”, no existirá un efecto de fidelización aunque exista una posición de dominio? ¿Qué proporción de los compradores de la empresa en posición de dominio deben encontrarse en esta situación? ¿Basta con que, por ejemplo, el 50% de sus compradores consideren que la empresa en posición de dominio es un proveedor irrenunciable para que el sistema de descuentos aplicado por esta empresa pueda tener efectos fidelizadores?

Por otra parte, la gran dificultad en la evaluación de este sistema se halla en la determinación del objetivo aplicable en cada caso. ¿Podría establecerse algún tipo de umbral por parte de la Comisión?. Por ejemplo, siempre que el umbral represente menos del 80% de las necesidades del cliente no habrá un efecto de fidelización.

Párrafo 153: ¿Existe alguna herramienta económica que sirva para determinar la parte inelástica o no contestable de la demanda de cada comprador, frente a la parte elástica o contestable?

Párrafo 154: No se entiende cuál es la lógica de utilizar los ATC como umbral a partir del cual se determina si una política de descuentos es abusiva o no. ¿Por qué no se aplica el test de precios predatorios de Akzo? Además, aplicar el método expuesto por la Comisión exigiría determinar previamente cuál es el “commercially viable amount” que puede vender un competidor de la empresa dominante. ¿Cómo se determina? Da la impresión que la Comisión pretende hacer un análisis similar al de los precios predatorios, por lo que acude a los ATC como señala en los párrafos 111 y 112, si bien en este caso deberían existir otros elementos adicionales que permitan determinar que estos descuentos forman parte de un plan para eliminar a un competidor (entre dichos elementos debería analizarse la posibilidad de la empresa en posición de dominio de recuperar las pérdidas incurridas mediante una subida de precios una vez eliminado el competidor y sin que dicha subida atraiga la entrada de nuevos competidores, como parece indicar la Comisión en el apartado 144). Se echa en falta, sin embargo, que la Comisión no haga una referencia explícita al análisis utilizado al evaluar la existencia de un precio predatorio como, sin embargo, hace al referirse a los descuentos incrementales en el párrafo 168. No se entiende la diferencia en el análisis en uno y otro caso. Tampoco se entiende la penúltima frase de este párrafo: “*The customer may not derive a direct benefit from the rebate system as the rebate may only bring the average price down to the level existing without the rebate system.*”

Párrafos 155-157: La metodología parece muy farragosa. Quizás los economistas la entiendan. El sistema de cálculo es muy complicado y de muy difícil aplicación por parte de las empresas en posición de dominio en el diseño previo de sus sistemas de descuentos

Párrafo 158: La presunción establecida en la última frase de este párrafo sobre el efecto fidelizador de los descuentos condicionados al cumplimiento de determinados objetivos de volumen individualizados se contradice con el enfoque económico de la Comisión y la declaración de que no existen conductas abusivas *per se*. ¿Implica la última frase de este párrafo que en el caso de descuentos por objetivos individualizados existe una inversión de la carga de la prueba correspondiendo por tanto a la empresa en cuestión demostrar que el sistema de descuentos aplicados no constituye un sistema de descuentos de fidelidad?

Párrafo 159: Es un acierto que la Comisión admita que un sistema de descuentos por objetivos estandarizados no es probable que se considere abusivo, aún cuando el descuento se aplique de forma retroactiva desde la primera unidad. No obstante, existen dudas sobre si este enfoque es compatible con la posición del TPI/TJCE en el caso *Michelin II*.

Párrafo 160: La Comisión debería precisar en qué medida el período de referencia y la transparencia constituyen criterios relevantes para su valoración de los sistemas de descuentos aplicados por una empresa en posición de dominio. ¿Un sistema de descuento por objetivos individualizados por debajo de ATC no será contrario al Artículo 82 si el período de referencia es, por ejemplo, de un mes? ¿Un sistema de descuentos por objetivos estandarizados será contrario, sin embargo, al Artículo 82 si el período de referencia es de un año?.

Párrafo 161: Es contradictorio con la jurisprudencia del TPI. Según *Michelin II*, la duración del periodo sobre el que se calcula el rebate es importante para determinar el efecto fidelizador del rebate. Parece una contradicción con lo dispuesto en los párrafos 146 y 152. Si la empresa en posición de dominio no es un suministrador imprescindible, al menos para una parte de las necesidades del comprador, los descuentos ofrecidos por dicha empresa no tendrán un efecto fidelizador, independientemente de la duración.

Párrafo 162: El listado es bienvenido, y especialmente el apartado d), que exige la afectación a una parte considerable de la demanda. Al utilizar el adverbio “and”, parece que la Comisión exige que todas las condiciones se den cumulativamente para constatar que estamos ante una política de descuentos abusiva.

Párrafo 163: Sería de agradecer que la Comisión definiera un umbral por debajo del cual considerar que los objetivos se han establecido a un nivel bajo en comparación con las compras totales del cliente. ¿Podría decirse que si los umbrales no representan más del 80% (o 50%) de las compras de un cliente no es probable que exista un efecto de cierre de mercado?

Párrafo 164: Si ya es difícil calcular la estructura de costes de la empresa en cuestión, más difícil será calcular la estructura de costes de otros competidores aparentemente eficientes.

Por otro lado, es probable que el párrafo 164 se convierta en la regla general. Es decir, ante la imposibilidad de calcular la “*commercially viable share*”, y la “*required share*”, y ante la dificultad de aplicar el test enunciado por la Comisión, es muy probable que ésta termine haciendo lo que hace siempre, es decir, centrarse en la observación del comportamiento de las empresas en el mercado (evolución de sus cuotas de mercado, pérdida de clientes, etc.) para valorar si el comportamiento de la empresa en posición de dominio es abusivo.

Párrafo 165: No se llega a ver claro qué tipo de ventajas no replicables se pueden utilizar para impedir a un nuevo entrante mejorar las condiciones de competencia en el mercado. No sabemos si hacen referencia a algún tipo de economías de escala o alcance, o algún tipo de estructura de costes que no pueda ser alcanzable por el nuevo entrante. Esta excepción por lo tanto, o se desarrolla mejor o debería eliminarse; ya que quedaría integrada en la reflexión general del apartado del *as efficient competitor* test.

On incremental purchases above the threshold

Párrafo 168: La utilización de los ATC como criterio diferenciador parece aleatoria. Además, el puro cálculo de los ATC es complicado. Parece adecuado que la Comisión solo considere una rebaja en los precios (un descuento) abusivo si constituye un precio predatorio. ¿Es relevante en este caso el período de referencia tomado en consideración?

In return for the supply of a service by the buyer

Párrafo 170: La presunción de licitud es positiva. Quizás a la Comisión se le haya escapado señalar que este tipo de descuentos podrían ser abusivos si se aplican de forma selectiva o discriminatoria, camuflando pagos en cubierto a los clientes para fidelizarlos. La referencia a los pagos camuflados puede inferirse de la última frase del párrafo 170. En todo caso, si son pagos camuflados, ya no son pagos por servicios. No se comparte con la Comisión Europea el hecho de que se considere estos descuentos como “conditional rebates”, entendidos como aquellos que están condicionados por el comportamiento de compras del cliente, ya que, en realidad, estos descuentos dependen exclusivamente de que el cliente preste o no el servicio acordado, independientemente del volumen de compras realizado. Da la impresión de que en realidad, los descuentos aplicados a cambio de la prestación de un servicio por el comprador son descuentos incondicionales (a los que se hace referencia en el apartado 171) Además no deben limitarse los ejemplos a servicios con marcado carácter financiero o de pronto pago. Existen mercados en los que la relación entre proveedor y cliente pasa a ser de un mera relación transaccional a una relación más integrada a nivel *partnership* o de colaboración comercial, promoción de ventas o de realización de estudios de mercado. Eso significa que pueden existir otro tipo de servicios que pueden prestar los clientes

(que incluso pueden constituir fuentes de ahorros de coste para el proveedor, si el precio de mercado es superior) que pueden ser remunerados al cliente-partner sin que conlleven la consideración de descuento ilícito. Así, este apartado 7.2.3. debería ser más amplio para desvincularse de los casos de la aplicación de un descuento condicional y recoger la posibilidad de que un proveedor en posición de dominio pueda remunerar al cliente (aunque sea en el marco de una relación de suministro) sin que sea considerado un descuento ilícito si es en pago de la prestación de unos servicios.

Efficiencias

Párrafo 172: Las eficiencias de un sistema de descuentos practicado por una empresa en posición de dominio no debieran analizarse como una “defensa” frente a una presunción previa de existencia de abuso. Se debieran analizar simultáneamente los efectos positivos y negativos de la política de descuentos, tratando de encontrar un equilibrio, sin que existan presunciones de ilegalidad que haya que combatir.

Párrafo 173: Parece que se refiere a los descuentos por volumen. Quizás sea excesivo exigir a las empresas en posición de dominio que demuestren contablemente que, efectivamente, el descuento está directamente relacionado con el ahorro de costes derivado de un mayor volumen de compras.

Párrafo 174: Esta eficiencia será muy difícil de demostrar para la empresa en posición de dominio, pues tendría que aportar pruebas sobre la política de precios practicada por un tercero (el cliente).

Párrafo 175: Es positivo que se admita la posibilidad de permitir que empresas en posición de dominio puedan celebrar acuerdos de suministro en exclusiva para recuperar la inversión realizada con un determinado cliente.

Párrafo 176: La Comisión es demasiado estricta al imposibilitar que una empresa en posición de dominio pueda “meet competition” con obligaciones de exclusiva. Ello implica que no podrá reaccionar ante una política de exclusivas desarrollada por sus competidores y destinada a robarle clientes. Debería desarrollarse la aplicación en la práctica de la defensa del “*meet competition*” en el caso de descuentos de fidelidad por debajo de los ATC pero por encima de lo AAC. ¿Bastaría con demostrar que se ha actuado conforme a la buena fe?

Tying y Bundling

- La Comisión admite, al principio de su análisis de las prácticas de *tying* y *bundling*, que éstas son habituales y que no suelen tener efectos anticompetitivos (párr. 178). Añade que las empresas, sean o no dominantes, pueden suministrar con ello a sus clientes productos mejores y, en ciertos casos, en condiciones económicas más beneficiosas. Reconoce que se trata de prácticas fundamentales en varias actividades

económicas que permiten ahorros de costes de producción, distribución y transacción, mejorando en ocasiones la calidad de los productos. Lo anterior muestra la voluntad de avanzar hacia un enfoque más económico, que se aleja del análisis tradicional que consistía en considerar este tipo de prácticas, cuando eran llevadas a cabo por empresas dominantes, prácticamente abusivas *per se*.

- La primera objeción que se puede hacer al análisis que la Comisión realiza de estas prácticas es el carácter determinante que tiene, en la determinación de la existencia de dos productos distintos, la demanda de los productos por separado. La Comisión, en el párrafo 185 del *Discussion Paper*, afirma que “*el hecho de que se pueda considerar que se trata de productos distintos estará determinado por la demanda de los consumidores. Dos productos son distintos si, en ausencia de tying o bundling, los productos son o podrían ser, desde la perspectiva del consumidor, adquiridos por separado*”. Es inadecuado que se dé tanta importancia a la demanda por separado de los productos, pasando por alto la posibilidad – sin duda existente en ciertos casos – de que exista una demanda para los productos vinculados. Es decir, convendría tener en cuenta en el análisis si, ante la posibilidad de adquirir los productos por separado y la de adquirirlos juntos, existe una demanda para la adquisición conjunta. Ello permitiría determinar si la estrategia comercial responde, entre otros factores, a las necesidades de ciertos clientes en un determinado mercado, lo que constituye una demanda que, sin duda, también merece ser tenida en cuenta. Es más, un análisis que considere determinante únicamente la existencia de una demanda para el producto vinculado (*tied product*) lleva aparejado el riesgo de obstaculizar la emergencia de formas de vinculación eficientes, que podrían incentivar la innovación y el desarrollo de un nuevo tipo de oferta o de un nuevo tipo de producto perfeccionado.

- Se señala, en el párrafo 195, que cuando los competidores de la empresa dominante también vendan productos vinculados habrá que considerar que se está en una situación de “*bundling contra bundling*” y la cuestión relevante entonces será la de determinar si el precio del conjunto es predatorio. Sin duda, una práctica de *bundling* puede presentar muchas similitudes con la práctica de precios predatorios y convendrá realizar un análisis con arreglo a los parámetros establecidos para precios predatorios. Ahora bien, sorprende que la Comisión no haya llevado su razonamiento hasta sus últimas consecuencias: en una situación en que varios competidores llevan a cabo prácticas de *bundling* efectivamente se está ante una situación de *bundling contra bundling*; por tanto, se estará ante un nuevo tipo de oferta. Es decir, el hecho de que varios operadores compitan a través de la oferta en el mercado de dos, o más, productos vinculados, implica que se trata de una práctica comercial habitual y que, en determinadas circunstancias, se trata de una oferta distinta, perfeccionada, que responde a una demanda particular.

En este contexto, el hecho de que varios operadores estén en condiciones de ofertar ambos productos conjuntamente indica que los efectos restrictivos – de cierre de mercado, de obstaculización de la entrada en el mercado vinculado, de consolidación de la posición de dominio o extensión de ésta al mercado adyacente – se ven reducidos por cuanto los competidores de la empresa dominante tienen la capacidad de reaccionar eficazmente al comportamiento de ésta.

- En la línea de lo anterior, la Comisión señala en el párrafo 197 que el hecho de que otras compañías lleven a cabo prácticas de *tying* puede contribuir al efecto de cierre de mercado, dificultando el acceso al mismo. Contrariamente a lo que considera la Comisión, el hecho de que varios operadores económicos oferten productos vinculados en un mismo mercado podría analizarse como una prueba de la existencia de una oferta diferenciada, que pretende dar respuesta a una determinada demanda – la de los productos adquiridos conjuntamente –.

En este contexto, la conclusión que se debe alcanzar no es la de la existencia de un efecto de red que limitaría la competencia en un determinado mercado, sino la de la existencia de una competencia efectiva entre operadores que ofertan un producto nuevo, compuesto por dos productos vinculados. Es decir, coexistirían, por un lado, la oferta de los productos por separado y, por otro, la de los productos vendidos conjuntamente.

Negativa a contratar

1-. Valoraciones Generales

- Sorprende que al abordar el que quizás sea el abuso de exclusión por excelencia la Comisión haya optado por un tratamiento tan parco y poco desarrollado, dejando fuera del ámbito de sus disquisiciones una serie de importantes puntos que convendría clarificar.

La Comisión comienza afirmando que, por regla general, los operadores, incluidos los dominantes, tienen derecho a determinar con quien contratar. Partiendo de este principio la jurisprudencia a ambos lados del Atlántico ha destacado sin fisuras que la intervención del Derecho antitrust en casos de negativa a contratar debe supeditarse a la concurrencia de "circunstancias excepcionales".

El *Discussion Paper* debería haber sabido trazar con mayor o menor precisión unos contornos que permitiesen identificar y hacer frente a este tipo de circunstancias excepcionales, bien a la luz de la experiencia y de la jurisprudencia o bien a la luz de un marco económico analizable *ex ante*. Consideramos que hubiese sido deseable un mayor esfuerzo en la creación de normas claras, efectivas y con un cierto grado de predeterminación en lugar de incidir, como hace la Comisión, en una evaluación económica *ex post*.

En efecto, el *Discussion Paper* muestra que la Comisión no ha sabido aprovechar al máximo las oportunidades que la elaboración del mismo ofrecía dejando insatisfechas las demandas de mayor predictibilidad y seguridad jurídica en la aplicación de esta figura.

El parco tratamiento de esta tipología de abuso en el documento evidencia un cierto desinterés por parte de la Comisión. La primera muestra de ello se recoge en el párrafo 208 en el que excluye de su análisis las negativas de suministro a clientes por considerar que ésta es una práctica que normalmente busca resultados como *tying* o exclusividad y su análisis debería llevarse a cabo en el marco analítico establecido para estas figuras, exclusión ésta que consideramos carente de sentido.

Un argumento al respecto podría ser que el *Discussion Paper* lidia con abusos de exclusión y éste podría ser más bien de explotación (cuando lo que se pretende es un castigo o amenaza para que los clientes adopten un determinado comportamiento), pero no es éste el argumento de la Comisión, que efectivamente afirma apreciar efectos de exclusión “*not aimed at excluding the buyer but rather a competitor*”.

■ La jurisprudencia estadounidense se ha inclinado a favor de requerir la existencia de un mercado derivado o “aguas abajo” afectado por la negativa. En Europa, en el asunto Magill, también se puso de manifiesto este requisito que, no obstante, vio su contenido ampliado tras el asunto IMS (admitiéndose la existencia de mercados potenciales o hipotéticos). La redacción de la jurisprudencia IMS permite albergar dudas sobre si se está hablando de mercados propiamente dichos o en su caso de etapas de producción que requieren un *insumo* resultante de una etapa previa⁹.

El *Discussion Paper*, pese a hablar únicamente de “mercados”, mantiene cierta ambigüedad donde hubiese sido necesaria una toma de posición más clara. Creemos, no obstante, que acierta al no exigir que el dominante esté también presente en el mercado derivado en cuestión (apartado 212), al reconocer que una negativa con efectos en dicho mercado puede estar destinada a proteger la posición del dominante en el mercado “aguas arriba” si bien esta afirmación se verá posteriormente matizada precisando, en ocasiones, la jurisprudencia ha mostrado cierta ambigüedad¹⁰.

■ Se es más severo en supuestos de terminación de una previa relación de suministro, al no exigirse el requisito adicional de la indispensabilidad. Esta postura se basa en la presunción refutable de que la relación será pro-competitiva cuando el

⁹ STJCE de 29 de abril de 2004 en el asunto C-418/01, IMS/NDC en su apartado 45 advierte que “it is determinative that two different stages of production may be identified and that they are interconnected, inasmuch as the upstream product is indispensable for the supply of the downstream product.”.

¹⁰ STPI de 18 de septiembre de 1995 en el asunto T-471/93, Tiercé Ladbroke/ Comisión, apartados 123, 129-130 y las Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 28 de mayo de 1998 en el asunto C-7/07, Oscar Bronner/Mediaprint, que en el apartado 65 expone lo siguiente “It seems to me that intervention of that kind, whether understood as an application of the essential facilities doctrine or, more traditionally, as a response to a refusal to supply goods or services, can be justified in terms of competition policy only in cases in which the dominant undertaking has a genuine stranglehold on the related market”.

dominante en un momento dado ha decidido embarcarse en una relación contractual y sus clientes han podido realizar inversiones en atención a ésta.

Estas consideraciones podrían no ser acertadas. La misión del Derecho de la competencia no es asegurar a las empresas fuentes de aprovisionamiento duraderas, ni inducir a los operadores a confiar unos en otros. No puede condenarse a éstos a mantener una relación no rentable. Prescindir del requisito de la indispensabilidad una vez entablada la relación de suministro permitiría la invocabilidad del artículo 82 incluso en los supuestos en que éste no hubiese podido ser invocado frente a una negativa inicial. En un contexto así, parece lógico prever que las empresas dominantes se muestren más recelosas al garantizar un primer acceso voluntariamente cuando ello vaya a implicar la obligación de concederlo durante largo tiempo.

Siendo cierto que, cuando la ruptura sea abrupta, junto con la terminación concurrirá un efecto negativo sensible a corto plazo ello no debería quizá llevarnos a un test más duro, sobre todo cuando el problema de la cautividad ya recibe suficiente atención en sede de restricciones verticales. En todo caso, de acreditarse un abuso cometido por medio de una terminación abrupta, los particulares efectos de ésta acrecerían sin duda los conceptos indemnizables dentro de una posible reclamación de daños y perjuicios.

El *Discussion Paper* afirma, por otro lado, que sólo cabrá abuso cuando la terminación sea susceptible de tener un efecto negativo en la competencia en el mercado aguas abajo. La Comisión entiende que una terminación puede tener efectos insignificantes sobre la competencia, y pone como ejemplo el caso en que existiesen varios competidores en el mercado aguas abajo y el dominante que termina la relación no está activo en este mercado, a no ser que la exclusión pueda conducir a colusión.

Consideramos que este argumento (apartado 222) matiza lo dispuesto en el apartado 212 acerca de la innecesariedad de la presencia del dominante en el mercado secundario. En tal caso, lejos de expulsar competidores del mercado o de facilitar la colusión aguas abajo puede desincentivar la entrada de nuevos operadores e incluso desplegar sus efectos en el mercado superior.

■ Al valorar la indispensabilidad en los supuestos de negativa inicial, el *Discussion Paper* establece que ésta no concurrirá cuando (i) existan sustitutos actuales o potenciales; y (ii) sea legal y económicamente viable que otras empresas produzcan por sí mismas una alternativa. El *Discussion Paper* adolece de excesiva parquedad en este punto. No se explica cómo debe apreciarse la noción de sustitutos potenciales, ni se aclara si para la generación de una alternativa debe tenerse en cuenta la capacidad individual de producción, o por el contrario la capacidad colectiva de diversos competidores. El párrafo 230 parece estar redactado para IMS y Microsoft. Establece que la indispensabilidad se apreciará en relación con derechos de propiedad industrial cuando el producto protegido ha logrado ser el

estándar o cuando resulte necesaria la interoperabilidad con el mismo para introducirse o permanecer en un mercado.

■ Dada la naturaleza propia de los derechos de propiedad intelectual, parece correcto que el *Discussion Paper* incorpore, siguiendo la jurisprudencia IMS, un elemento: que la negativa impida el desarrollo de un mercado en detrimento de los consumidores, siendo éste el caso en que se pretenda abastecer a un mercado con nuevos bienes o servicios para los que exista una demanda potencial.

No obstante, en IMS se plasmaron una serie de exigencias adicionales entre las que figura el que la negativa reservase al titular un mercado al eliminar toda la competencia en el mismo. El *Discussion Paper* únicamente menciona esta circunstancia como supuesto particular de negativa a proporcionar información necesaria para la interoperabilidad y abre la puerta interrogantes en cuanto a si su aplicación debe confinarse a este reducto. La Comisión Europea únicamente ha apreciado la existencia de abuso en dos casos relacionados con derechos de propiedad intelectual¹¹. En ambos supuestos existía una suerte de reprobable estrategia tendente a la eliminación de competidores. Quizás también debiera también aclararse el papel que el elemento subjetivo debe jugar en la valoración de este tipo de casos.

Mercados Secundarios

La Comisión ofrece una breve introducción poco exhaustiva y con muchas lagunas sobre la definición de mercado, el dominio, el abuso y las posibles eficiencias en los mercados secundarios.

En línea con lo argumentado en el apartado dedicado a la definición del mercado, el *Discussion Paper* limita la utilidad de los mecanismos tradicionales de definición del mercado, como el SSNIP test, para la definición de los mercados secundarios. Argumenta que en la mayoría de los casos su aplicación llevaría a la calificación del producto secundario como mercado relevante, ya que suelen ser mercados reservados al proveedor del producto principal mediante patentes, *know how* u otros instrumentos, y donde éste, por tanto, ostentaría una posición dominante.

¹¹ Decisión de la Comisión de 4 de Octubre de 2002 en el asunto NDC/IMS, COMP/37.005; Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1988 en el asunto Magill TV Guide/ITP, 31.851.

■ La Comisión es coherente con sus decisiones y la jurisprudencia¹² al establecer que el mercado relevante será el del producto secundario. Asimismo incorpora el enfoque dado en sus decisiones más recientes¹³, indicando que aunque se trata de dos mercados distintos, éstos deben ser analizados conjuntamente. La Comisión define el mercado relevante como el de los productos secundarios, pero para determinar la situación de dominio se refiere a la posición del proveedor y las características del mercado del producto principal.

■ En nuestra opinión, primero debería desarrollarse de forma más clara la idea latente en el *Discussion Paper* de que los mercados secundarios son muy variados y deben analizarse conforme a sus circunstancias particulares, caso por caso. De ello se derivaría que, en lugar de cerrar las puertas a otras eventuales definiciones de mercado que no sean estrictamente la del producto secundario, en el apartado de definición de mercado, se estableciese una diferenciación de mercados relevantes en función de las características de cada uno de ellos. Esta solución parece más satisfactoria que esperar a tratar esta cuestión en el apartado dedicado a la posición de dominio y especificar que, aunque el mercado secundario sea el relevante en determinados casos, deberá también valorarse el mercado del producto principal.

■ A este respecto sería interesante que la Comisión aceptase que en algunos casos particulares el mercado de producto podría estar constituido por el producto principal más las piezas de repuestos o productos secundarios (mercado de “sistemas”). Por el contrario, en otros mercados los productos primarios y secundarios formarían parte de mercados distintos.

En el mercado de sistemas el mercado estaría formado por sistemas de productos similares, por ejemplo, las cuchillas y sus recambios, formando parte del mercado todos los proveedores de sistemas. En dichos casos la cuota de mercado sí podría ser un elemento orientativo para determinar la posición de un determinado operador en el mercado.

- Esta definición de mercado sería adecuada en los mercados con características determinadas, que la Comisión menciona de forma poco sistemática. Una lista indicando las características que normalmente tendrán dichos mercados podría ser muy útil.

¹² Hugin c. Comisión asunto 22/78 [1979] REC 1869; Hilti A.G. c. Comisión, asunto 53/92 P, [1994] REC I-667 y Tetra Pack c. Comisión, asunto T-83/91 [1994] REC II-755; Volvo c. Eric Veng, asunto 238/87, [1988] REC 6211 y CICRA c. Régie Nationale des Usines Renault, asunto 53/87 [1988] REC 6039

¹³ Ver Decisiones de la Comisión en los asuntos Pelican/Kyocera e Info-Lab/Ricoh.