

UNIÓN EUROPEA

GOOGLE Y GAZPROM: CASOS DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO INVESTIGADOS ACTUALMENTE POR LA COMISIÓN EUROPEA

Google y Gazprom: casos de abuso de posición dominante en el mercado investigados actualmente por la Comisión Europea

El presente artículo ofrece una descripción de dos de los casos más relevantes que la Comisión Europea investiga actualmente por infracciones del Derecho de la competencia: los casos Google y Gazprom. En él se describe el origen de las investigaciones, su evolución y la situación en que se encuentran en la actualidad los distintos expedientes. Ambas compañías han recibido ya una acusación formal y se exponen a multas de hasta el 10 % de su volumen mundial de negocios.

PALABRAS CLAVE

Abuso de posición dominante, Internet, Búsquedas, Suministro de gas.

Google and Gazprom: abuse of dominant position cases currently investigated by the European Commission

This article provides a description of two of the most relevant anti-trust cases that the European Commission is currently dealing with: the Google and Gazprom cases. It describes the origin of the investigations, their evolution and the current situation of the procedures. Both companies have already received formal objections from the European Commission and face possible fines of up to 10% of their global turnover.

KEY WORDS

Abuse of dominant position, Internet, Internet searches, Gas supply.

Fecha de recepción: 15-9-2015

Fecha de aceptación: 18-10-2015

Dentro de los numerosos casos que la Comisión se encuentra actualmente investigando por infracciones del Derecho *antitrust* o de la competencia, los asuntos relativos a Google y Gazprom han tenido una notable repercusión mediática por distintos motivos. El caso *Google* constituye un nuevo paso de la Comisión en la aplicación del Derecho de la competencia en expedientes contra multinacionales norteamericanas presentes en el sector de la economía digital (como antes lo fueron Microsoft e Intel). *Gazprom*, por su parte, es un asunto cuyo resultado puede terminar afectando a las relaciones entre la Unión Europea y Rusia.

EL CASO GOOGLE SEARCH

Tras cuatro años y medio de investigación, el pasado 15 de abril la Comisión Europea remitió un pliego de cargos en el que acusaba formalmente a Google de abusar de su posición de dominio en los mercados de servicios de búsqueda general en Internet.

Se trata de un asunto que la Comisión lleva investigando ya varios años (desde noviembre de 2010). Inicialmente, la Comisión comenzó investigando varias conductas. En primer lugar, el presunto trato de favor que Google concede en los resultados de

sus búsquedas a sus propios productos de comparación de precios, en perjuicio de los productos de sus competidores, que se verían postergados en los resultados de las búsquedas. En segundo lugar, el uso de contenidos de páginas webs de búsquedas especializadas rivales sin consentimiento expreso. En tercer lugar, la imposición de acuerdos de exclusividad a los proveedores de publicidad asociada a búsquedas *online*, especialmente en webs de noticias. Por último, ciertas restricciones impuestas a las plataformas rivales con respecto de las campañas diseñadas con «Google Adwords» (anuncios asociados a palabras de búsqueda).

En el pliego de cargos, la Comisión formaliza sus acusaciones únicamente en relación con la primera de las prácticas descritas anteriormente (el favorecimiento de sus productos de comparación de precios). Las otras tres conductas siguen siendo investigadas, según ha confirmado la comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, al margen de la acusación formal realizada.

Atrás queda el capítulo de negociaciones para lograr un acuerdo que pusiese fin a las conductas anticompetitivas mediante la adopción de compromisos y sin necesidad de sanciones. Tras rechazar dos paquetes distintos de compromisos presentados por la compañía, en enero de 2014 el anterior comisario, Joaquín Almunia, confirmó la posibili-

dad de una solución pactada con el tercer paquete ofrecido por Google. Con el envío del pliego de cargos, sin embargo, el procedimiento ha virado hacia una vía más beligerante.

En el pliego la Comisión acusa a Google, que tiene una cuota de mercado por encima del 90 %, de «favorecer de forma sistemática sus propios productos de comparación de precios en sus páginas de resultados de búsqueda general». En concreto, Google habría favorecido su producto «Google Shopping» y su predecesor «Google Product Search» en perjuicio de los productos de sus competidores. De esta manera, la Comisión entiende que se altera el tráfico en el mercado de productos de comparación de precios en perjuicio de los consumidores y la innovación.

Según la Comisión, desde 2008 Google posiciona su producto en las páginas de búsqueda general de manera favorable, es decir, sin considerar la posición que obtendría si se diese un libre juego de la competencia. Además, dicho producto no se ve afectado por el sistema de penalización que sí se aplica a productos rivales y que consiste en una pérdida de posiciones en el *ranking* de resultados sobre la base de unos parámetros definidos previamente. Así, «Froogle», el primer producto de comparación de precios de Google, que no se vio afectado por estas conductas, tuvo resultados nefastos, mientras que «Google Product Search» y «Google Shopping», que sí se beneficiaron de un trato favorable, han tenido un éxito mucho mayor.

La Comisión entiende que una conducta competitiva por parte de Google debería consistir en tratar a todos los productos de comparación de precios (incluyendo los propios) de la misma manera en sus servicios de búsqueda general. Solo de esta manera se puede esperar que cada competidor se esfuerce en mejorar sus servicios y así escalar posiciones en los resultados de búsqueda, con el consiguiente beneficio del consumidor, que contará con mejores productos cada vez.

Google respondió al pliego de cargos el pasado 27 de agosto. En su respuesta, asegura que la Comisión ha incurrido en errores de hecho, de derecho y de apreciación económica. En primer lugar, Google sostiene que es un hecho que el tráfico web en servicios rivales de comparación de precios se ha incrementado en un 227 % en la última década. Además, Google afirma que el enfoque de la Comisión y las medidas que propone para resolver los problemas identificados serían adecuados solo si la compañía fuese un monopolio productor de bienes

esenciales, como gas o electricidad. Por último, se apunta al elevado nivel de competitividad existente en el mercado, como lo demostraría el número de denuncias recibidas por la Comisión.

Efectivamente, más de treinta compañías han presentado a la Comisión Europea quejas sobre las prácticas de Google. Esta lista incluye a compañías dedicadas a servicios distintos de los tratados en el pliego de cargos, como servicios de mapas y de noticias, lo que plantea la posibilidad de nuevas líneas de investigación por parte de la Comisión.

EL CASO ANDROID

En paralelo al pliego de cargos, el pasado 15 de abril la Comisión también abrió formalmente una nueva investigación sobre el comportamiento de Google en relación con el sistema operativo para móvil «Android». En concreto, se investiga si la compañía ha llevado a cabo conductas que infringen la normativa de competencia mediante acuerdos restrictivos o mediante un abuso de posición de dominio en el mercado de los sistemas operativos, aplicaciones y servicios para dispositivos móviles inteligentes.

«Android» es un sistema operativo de código abierto, esto es, puede ser utilizado y desarrollado libremente por cualquiera. En la actualidad, es el sistema operativo líder en el mercado en Europa, por delante de otros como «iOS» o «Windows Phone» y, desde 2005, Google lidera su desarrollo. La mayor parte de los fabricantes de teléfonos inteligentes y tabletas utilizan el sistema operativo Android en combinación con aplicaciones y servicios propios de Google. Para obtener el derecho a instalar estas aplicaciones y servicios en sus dispositivos, los fabricantes tienen que llegar a determinados acuerdos con Google.

El objetivo del procedimiento que se ha incoado es determinar si Google ha infringido las normas de competencia mediante la imposición de determinadas condiciones en los acuerdos relativos al uso de «Android» o de las aplicaciones y servicios propiedad de Google. Y si, en consecuencia, ha impedido de manera ilegal el acceso al mercado de sistemas operativos, aplicaciones o servicios rivales, en perjuicio de los consumidores y de los desarrolladores de servicios y productos innovadores rivales.

La investigación se centra inicialmente en tres cuestiones: primera, si en los acuerdos con los fabricantes Google ha impedido el desarrollo o acceso al

mercado de productos rivales al requerir o incentivar la preinstalación exclusiva de sus aplicaciones o servicios; la segunda, si en dichos acuerdos se impide que los fabricantes desarrollen versiones de Android modificadas o competidoras en otros dispositivos, impidiendo ilegalmente, por tanto, el desarrollo o acceso al mercado de productos rivales; tercera, si Google ha impedido el desarrollo o acceso al mercado de productos rivales mediante la vinculación o venta por paquetes de ciertas de sus aplicaciones y servicios con otros productos de su propiedad.

Tras la comunicación del inicio de la investigación formal, Google manifestó el pasado mes de abril que el sistema operativo Android es accesible a todo el mundo y que, si en los contratos para utilizar sus productos existían ciertas obligaciones, estas solo obedecían a la obtención de mejores resultados en la utilización de sus aplicaciones y servicios.

Los distintos procedimientos incoados contra Google se enmarcan dentro del objetivo de la Comisión —que se ha fijado como prioridad en su política económica y de competencia— de impulsar un mercado único digital (*Digital Single Market Strategy*), favoreciendo el comercio electrónico y eliminando obstáculos al desarrollo de la economía digital. A ello se han sumado otras iniciativas recientes en el ámbito de la competencia como la apertura de una investigación sectorial sobre comercio electrónico, que se encuentra actualmente en curso.

EL CASO GAZPROM

En caso *Gazprom* ha tenido una notable repercusión mediática debido a sus implicaciones políticas y geoestratégicas. La actual situación en Ucrania, que ha derivado en una serie de sanciones recíprocas entre la UE y Rusia, la importancia estratégica de *Gazprom* para la economía rusa y la dependencia energética que los países del Este de Europa tienen con Rusia son factores que han contribuido a dar un relieve extraordinario a este asunto, que va mucho más allá de las cuestiones jurídicas que se discuten en él.

De hecho, si hacemos abstracción de consideraciones de tipo político, lo cierto es que la investigación de la Comisión sobre las prácticas de *Gazprom* no resulta particularmente novedosa. No es la primera vez que la Comisión investiga (y sanciona) por abuso de posición de dominio a suministradores o

transportistas de gas por cláusulas abusivas. Tampoco es una novedad que la Comisión intente evitar la partición del mercado interior mediante cláusulas contractuales que impiden la venta transfronteriza de bienes y servicios. La prohibición de cláusulas por las que se limita o se dificulta la venta de bienes a otros Estados miembros es de hecho una de las restricciones que tradicionalmente se han considerado más graves en Derecho *anti-trust* europeo y que la Comisión persigue con más ahínco, puesto que socavan el objetivo de unidad de mercado, uno de los pilares de la construcción europea.

La Comisión confirmó por primera vez en octubre de 2004 en sus decisiones *GDF/ENEL* y *GDF/ENI* que las restricciones territoriales en el sector del gas infringen la normativa de competencia. Además, hay otra investigación actualmente en curso por restricciones territoriales en el sector eléctrico en Bulgaria contra Bulgarian Energy Holding (BEH), a quien la Comisión acusa de limitar la libertad de los distribuidores a la hora de elegir dónde revender la electricidad suministrada por BEH.

En este caso se da la situación ya comentada de que *Gazprom* es el principal proveedor de gas natural en los países de Europa Central y del Este, con cuotas de mercado que superan en todos los casos el 50 %, llegando incluso a ser del 100 % en algunos países, por lo que cabe suponer que se trata de un proveedor indispensable en estos mercados y, por tanto, en posición de dominio.

El 31 de agosto de 2012, la Comisión inició formalmente su investigación. Tres años después, esta investigación culmina con el envío a la empresa, el pasado 22 de abril, de un pliego de cargos en el que la Comisión concreta y formaliza las acusaciones. La Comisión considera que *Gazprom* abusa de su posición de dominio en el mercado del suministro del gas en ocho Estados miembros (Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania y Polonia) mediante varias prácticas comerciales.

En concreto, la Comisión acusa a *Gazprom* de haber infringido la normativa europea de competencia al llevar a cabo una estrategia comercial destinada a fragmentar el mercado de suministro de gas y, con ello, poder aplicar una política de precios desleal. Esta estrategia, según la Comisión, se habría llevado a cabo mediante tres conductas.

En primer lugar, mediante la imposición en los Estados mencionados de restricciones territoriales

en sus acuerdos de suministro con mayoristas y clientes industriales. Esas restricciones incluyen prohibiciones de exportación y cláusulas de destino, esto es, cláusulas que obligan a utilizar el gas comprado en un territorio determinado. También se incluyen otras cláusulas que impiden el flujo transfronterizo del gas entre países, por ejemplo, obligando a los distribuidores mayoristas a obtener una autorización de Gazprom para exportar gas o denegar el cambio del lugar de entrega del gas. La fragmentación del mercado repercute negativamente en el precio del producto, ya que evita el mecanismo natural de compensación que se produciría utilizando los excedentes de gas de algunos Estados miembros para venderlos en otros, contribuyendo así a una reducción de los precios.

En segundo lugar, mediante la aplicación de una política tarifaria desleal en cinco Estados miembros (Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia). Dicha política tarifaria es el resultado de una fórmula de tarificación que vincula el precio del gas al precio de determinados productos petrolíferos (*oil indexation*). Esta vinculación no es en sí ilegal, pero la Comisión sospecha que habría podido dar lugar a la imposición de precios desproporcionadamente elevados.

Por último, la Comisión considera que Gazprom puede estar utilizando su posición dominante en el mercado búlgaro y polaco al condicionar el suministro de gas a estos países a compromisos que no están relacionados con dicho servicio. Estos compromisos estarían relacionados con infraestructuras esenciales para el transporte de gas: en el caso de Bulgaria, se habría condicionado el suministro a los distribuidores a la inversión de estos en un proyecto de gasoducto promovido por Gazprom. En el caso de Polonia, la condición impuesta habría consistido en la aceptación de que Gazprom reforzara su control sobre un gasoducto clave para el transporte de gas en el país.

El mismo día de la remisión del pliego de cargos, Gazprom expresó su disconformidad con las acusaciones, tachándolas de infundadas. Asimismo, expresó su deseo de llegar a una solución por vía de un acuerdo entre el Gobierno ruso y la Comisión Europea. Está por ver si la intención de los dirigentes de Gazprom de dar una salida «intergubernamental» al asunto se plasma en posibles soluciones o remedios que eviten una sanción, que podría ser de hasta el 10 % del volumen de negocio de la empresa rusa.

LUIS MOSCOSO DEL PRADO GONZÁLEZ*

* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Bruselas).