

Foro de Actualidad

Unión Europea

EL CASO TOWERCAST Y LA REVISIÓN DE CONCENTRACIONES *EX POST* MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 102 TFUE

Violeta Marinas Serra

*Abogada del Área de Competencia y Derecho de la UE de Uría Menéndez
(Bruselas)*

El caso Towercast y la revisión de concentraciones *ex post* mediante la aplicación del artículo 102 TFUE

*Este foro resume la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Towercast, que aclara la interacción entre el artículo 102 del TFUE y las concentraciones económicas. Esta sentencia valida la revisión *ex post* de concentraciones de empresas con posición dominante que escapan, en un principio, al control de concentraciones, mediante la utilización del prisma del abuso de posición de dominio.*

PALABRAS CLAVE:

ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO, REVISIÓN *EX POST* DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.

The Towercast case and *ex post* merger review under article 102 TFEU

*This article summarises the recent judgment of the European Court of Justice in the Towercast case, which clarifies the interaction between Article 102 TFEU and economic concentrations. The judgment validates the *ex post* review of concentrations of undertakings with a dominant position that initially escape merger control, through the prism of an abuse of dominant position.*

KEYWORDS:

ABUSE OF DOMINANT POSITION, *EX POST* REVIEW OF ECONOMIC CONCENTRATIONS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-7-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-7-2023

Marinas Serra, Violeta (2023). El caso Towercast y la revisión de concentraciones *ex post* mediante la aplicación del artículo 102 TFUE. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 205-211 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Las críticas expresadas en los últimos años ante las rendijas que deja el régimen de control de concentraciones en la Unión Europea ("UE") y el temor ante la insuficiencia de este para capturar las llamadas *killer acquisitions* han dado como resultado unos años tumultuosos para el régimen de concentraciones.

Para suplir estas supuestas lagunas, las autoridades de competencia y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") se han armado de inventiva y han recurrido a la reinterpretación de figuras y jurisprudencia que parecían haber quedado superadas tras el establecimiento de un régimen de control de concentraciones en la UE y en los Estados miembros.

En primer lugar, la Comisión Europea (la "Comisión") reinterpretó su política de aplicación del art. 22 del Reglamento del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (el "Reglamento de Concentraciones"). Este artículo, cuya utilización había sido desincentivada anteriormente por la Comisión si el Estado miembro interesado no tenía jurisdicción sobre la concentración, permite ahora a los Estados miembros remitir a la Comisión aquellas concentraciones que, pese a no cumplir con los umbrales de concentración nacionales (ni europeos), amenacen de forma significativa la competencia y puedan afectar al mercado interior. Este cambio de sentido de la Comisión con relación al art. 22 fue avalado en julio de 2022 por el Tribunal General en su sentencia del caso *Illumina* (cuyo recurso está pendiente de resolución ante el TJUE).

Adicionalmente, el caso *Towercast*, del que trataremos en las siguientes páginas, ha supuesto la (re)aplicación del art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") a las concentraciones, haciendo uso de una jurisprudencia del TJUE que parecía haber quedado desfasada. Es decir, el caso *Towercast* ha aumentado el poder de revisión que tienen las autoridades de competencia sobre las concentraciones que escapan de un control *ex ante* bajo el régimen de control de concentraciones nacional o de la CE, mediante la posibilidad de escrutinio posterior bajo el prisma de un abuso de posición dominante.

Cabe precisar que la aplicación de la prohibición de abuso de posición de dominio a concentraciones había ido resurgiendo en diferentes Estados miembros a lo largo de los años con diferentes resultados. No obstante, en ningún caso la cuestión había escalado a nivel de la UE con anterioridad.

Por ejemplo, cabe mencionar el asunto de *Utopia* en Luxemburgo, en el que en 2016 el Consejo de la Competencia afirmó su competencia en ese caso (pese a que Luxemburgo no posee un régimen de control de concentraciones), siguiendo un razonamiento similar al que después ha adoptado el TJUE en el caso *Towercast* (y que examinaremos a continuación). Por su parte, en Bélgica,

encontramos el caso *Alken-Maes/AB InBev (Bosteels)*, en el que en 2017 la Autoridad Belga de la Competencia ("ABC") rechazó la aplicación del art. 102 TFUE a las concentraciones por parte de las Autoridades Nacionales de Competencia ("ANC") (debido a que entendía que el Reglamento de Concentraciones era la única norma aplicable a las concentraciones). Sin embargo, dado que la ley belga no preveía tal exclusión explícita, sostuvo que las concentraciones podían ser evaluadas en virtud de la norma de derecho interno de prohibición de abuso de una posición de dominio. Por último, en Italia, en el caso *TicketOne*, la Autoridad Italiana de Defensa de la Competencia sancionó, entre otras, a las empresas del grupo TicketOne por unas complejas conductas de abuso de posición de dominio que incluían algunas concentraciones. No obstante, el Tribunal Administrativo Regional de Lazio anuló esta decisión en marzo de 2022 y sostuvo que las concentraciones solo podían evaluarse sobre la base del marco jurídico para el control de las concentraciones y, por lo tanto, no podía considerarse que fuesen un elemento clave de una estrategia abusiva.

En consecuencia, se puede decir que el caso *Towercast* ha aportado cierta unificación de criterio sobre esta materia. No obstante, en este camino, el TJUE ha creado muchos interrogantes que merece la pena examinar.

2. Breve resumen del caso Towercast

El caso *Towercast* surge en 2017 por una denuncia de la empresa Towercast ante la Autoridad Francesa de Defensa de la Competencia ("AFC") en la que impugnaba una concentración entre dos competidores. En su denuncia, Towercast consideraba que la concentración en cuestión constituía un abuso de posición dominante por parte de la adquirente, TDF (la compañía incumbente en el mercado), al obstaculizar la competencia en los mercados mayoristas de producción y de distribución de servicios de difusión de televisión digital terrestre.

Esta concentración se había cerrado casi un año antes y no se había notificado, ya que la operación no superaba los umbrales de notificación de Francia ni de la UE. La operación tampoco había sido objeto de remisión a la Comisión bajo el art. 22 del Reglamento de Concentraciones.

La AFC, en contra del análisis realizado por sus servicios de instrucción, desestimó la denuncia, por lo que Towercast recurrió la decisión ante el Tribunal de Apelación de París.

En su resolución, el Tribunal de Apelación de París expresa, en esencia, las siguientes dudas:

- i. Si la jurisprudencia *Continental Can*, anterior a la adopción de un sistema europeo de control de concentraciones, podría seguir aplicándose. En la STJUE de 21 de febrero de 1973 (C-6/71), *Continental Can*, el TJUE indicó que *"puede constituir un abuso el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce dicha posición hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculice sustancialmente la competencia, es decir, deje subsistir únicamente a las empresas cuyo comportamiento dependa de la empresa dominante"*.
- ii. Por un lado, el art. 102 TFUE es una disposición con efecto directo y, además, el considerando 7 del Reglamento de Concentraciones precisa que este artículo es *"aplicabl[e] a*

determinadas concentraciones según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia". Por otro lado, el art. 21(1) del Reglamento de Concentraciones indica que *"el presente Reglamento sólo será aplicable a las concentraciones"* (o la redacción en inglés, más contundente, *"this Regulation alone shall apply to concentrations"*).

Por consiguiente, el Tribunal de Apelación de París plantea una cuestión prejudicial en la que pregunta al TJUE si la exclusión prevista en el art. 21 del Reglamento de Concentraciones (que indica que solo este reglamento se aplica a las concentraciones) se opone a que una operación que no ha sido sometida a una revisión *ex ante* pueda ser considerada como constitutiva de un abuso de posición dominante por una autoridad nacional.

3. Las conclusiones de la abogada general Kokott y la sentencia del TJUE

La Abogada General emitió sus conclusiones el 22 de octubre de 2022. De ellas, cabe resaltar los siguientes razonamientos:

- i. Los umbrales de notificabilidad (europeos o nacionales) cumplen, por un lado, una función de reparto de competencia entre la Comisión y las ANC, y, por otro, establecen una presunción *iuris tantum* de que las concentraciones que los rebasan pueden tener efectos perjudiciales para la competencia, por lo que requieren un control *ex ante*. Sin embargo, nada dicen en cuanto a la posibilidad de que en determinados casos se lleve a cabo, en virtud del art. 102 TFUE, un control *ex post*.
- ii. El Reglamento de Concentraciones no es una *lex specialis* que pueda obstar, modificar o limitar la aplicabilidad directa del derecho primario como el TFUE. Por tanto, el examen de los efectos potencialmente perjudiciales de una concentración se atribuye *"preferentemente"* (que no *"solo"* como dice el art. 21 del Reglamento de Concentraciones) al Reglamento de Concentraciones.
- iii. *Continental Can* debe entenderse en el contexto de la situación legislativa entonces vigente, pero no ha quedado sin objeto.

Finalmente, en cuanto a la seguridad jurídica (o la ausencia de esta) derivada de la aplicación del art. 102 TFUE y la sentencia *Continental Can* a una concentración, la Abogada General distingue dos situaciones:

- i. Aquel escenario en el que, como en *Towercast*, no existió ningún control *ex ante*. Según Kokott, no cabe ninguna duda de que el art. 102 TFUE es aplicable a este tipo de concentraciones.
- ii. Los casos en los que se hubiese llevado a cabo un control *ex ante*, bien por una ANC o por la Comisión, darían lugar técnicamente a un "doble control" paralelo o sucesivo de una concentración. Para superar este obstáculo, Kokott recurre (de manera, a mi parecer,

contradictoria con su razonamiento anterior sobre el principio de jerarquía normativa y de primacía de derecho de la UE) al principio de *lex specialis derogat legi generali*. Kokott niega tal contradicción afirmando que el art. 102 TFUE sigue siendo aplicable “*en principio*”. Sin embargo, una concentración autorizada de conformidad con las normas especiales del control de concentraciones, cuyos efectos en la estructura del mercado y en las condiciones de la competencia se declarasen compatibles con el mercado interior, (ya) no podría calificarse, por sí misma, de abuso de posición dominante en el sentido del art. 102 TFUE.

En cuanto a las consecuencias de una infracción por la aplicación complementaria del art. 102 TFUE a una concentración, la Abogada General indica que estas no conllevarán “*forzosamente*” la obligación de proceder a la desconcentración y “*solo habría que temer la imposición de una multa*”.

En su Sentencia de 16 de marzo de 2023, el TJUE acogió la opinión de la Abogada General, y sostuvo que el Reglamento de Concentraciones no excluye un control *ex post* de las concentraciones que no alcancen el umbral de notificabilidad.

4. Consecuencias prácticas del caso Towercast

La Sentencia *Towercast* ha brindado (o ha hecho recordar) a las ANC una herramienta adicional para revisar operaciones sobre las que no tienen jurisdicción *ex ante* bajo el régimen de control de concentraciones. En este sentido, creo relevante resaltar los siguientes puntos:

- i. Tras el caso *Towercast*, las empresas con una cuota de mercado importante que quieran llevar a cabo una concentración tendrán que analizar no solo si esta cumple los umbrales de notificación (en los Estados miembros o en la UE), sino, si estos no se cumplen, si la operación podría tener efecto en el comercio entre Estados miembros (y por tanto sería técnicamente aplicable el art. 102 TFUE de manera *ex post*). Dado que la afectación del comercio entre Estados miembros es un criterio que se cumple con mucha facilidad, esta cuestión añade una gran inseguridad jurídica.
- ii. No solo se pueden poner en tela de juicio bajo el art. 102 TFUE aquellas concentraciones que tengan lugar a partir de ahora, sino también las que se llevaron a cabo hace años. Esta consecuencia, que fue alegada por TDF para limitar los efectos temporales de la Sentencia *Towercast*, fue rechazada por el TJUE.
- iii. Si bien la Sentencia *Towercast* no es clara al respecto, bajo mi punto de vista, una operación notificada y aprobada en un Estado miembro no podría ser revisada (y potencialmente sancionada) por otro Estado miembro bajo el art. 102 TFUE. No se respetaría el principio de seguridad jurídica ni se evitaría un doble control de la concentración si se permitiese que un Estado miembro cuestionase una operación de concentración no notificable (y que ha sido aprobada en otro Estado miembro) utilizando el art. 102 TFUE.

- iv. Una concentración que involucre a un operador dominante y que vaya a ser revisada posteriormente bajo la óptica del art. 102 TFUE no necesariamente va a constituir un abuso de posición de dominio. Como se estableció en *Continental Can* y recuerda el TJUE en la Sentencia *Towercast*, la mera constatación de un refuerzo de la posición de una empresa no es suficiente para calificarlo de abuso. Debe establecerse, además, que el grado de dominio alcanzado mediante la concentración obstaculiza sustancialmente la competencia, es decir, que deja a las empresas en una situación de dependencia respecto de la de dominio.
- v. Si, finalmente, una ANC llega a la conclusión de que una empresa dominante ha abusado de su posición de dominio por la consecución de una concentración, según el art. 7 del Reglamento 1/2003 la Comisión podrá imponer a la empresa infractora cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y necesario para producir el cese efectivo de la misma. Cabe preguntarse, por tanto, ante una infracción de abuso causada por una concentración que acarrea una acumulación tal de cuota de mercado que obstaculiza sustancialmente la competencia, dejando solo subsistir a las empresas dependientes de la empresa dominante, si las autoridades competentes considerarían la posibilidad de un remedio de comportamiento o la imposición de una multa (como indica Kokott) lo suficientemente eficaz para poner fin a la infracción en cuestión. Esto, salvo que el abuso se cometiese en el pasado y la empresa resultante haya perdido cuota de mercado y yo no sea dominante, en cuyo caso, podría entenderse la aptitud de la imposición de una multa.
- vi. Finalmente, considero que la aplicación de la jurisprudencia *Towercast* en nuestro país tendrá menos relevancia práctica que en el resto de los Estados miembros debido al umbral de cuota de mercado. Pensemos que deben notificarse ante la CNMC aquellas operaciones en las que, con carácter general, se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 % en un mercado relevante y, según indica la Comisión, no es probable que una empresa sea dominante si su cuota de mercado es inferior al 40 %.

5. Conclusión

La Sentencia *Towercast* ha aclarado a las ANC y tribunales de los diferentes Estados miembros cómo debe interpretarse la sentencia *Continental Can* tras la adopción de un régimen de control de concentraciones y, por tanto, la interacción entre este y el art. 102 TFUE. No obstante, en la práctica, el caso *Towercast* ha introducido un grado adicional de incertidumbre para las operaciones de concentración que se añade al ya establecido por el reciente cambio de política de la Comisión sobre el art. 22 del Reglamento de Concentraciones.

La Sentencia *Towercast* ya ha tenido efecto en las ANC. El 22 de marzo de 2023, la ABC comunicó la apertura de una investigación a Proximus por un posible abuso de posición dominante, en relación con la adquisición de los activos del principal/último operador alternativo de telecomunicaciones, edpnet België. El 21 de junio de 2023, la ABC adoptó una serie de medidas cautelares para evitar la consecución de esta concentración, que, según indica, constituye, *prima facie*, y en aplicación de la doctrina *Towercast*, un abuso de posición de dominio.

Como reflexión final, me pregunto cómo puede obtener una empresa dominante algo de seguridad jurídica ante la posible revisión de una concentración vía art. 102 TFUE. Puesto que la revisión mediante el art. 102 debe ser, necesariamente, a “hecho consumado” (a no ser que se impongan medidas cautelares) y la operación en cuestión no cumpliría, por definición, los umbrales de notificación, una empresa dominante, ante esa tesitura, no tendría más opción que intentar notificar de algún modo la operación si no quiere evitar la incertidumbre de que esta pueda ser cuestionada años después de su realización. Quizás este es, finalmente, el objetivo del TJUE.