Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 21 maggio 2015 [1]

Causa C-23/14

Post Danmark A/S
contro
Konkurrenceråd

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Sø- og Handelsret (Danimarca)]

«Concorrenza — Abuso di posizione dominante (articolo 82 del Trattato CE) — Servizi postali — Mercato danese per la distribuzione di lettere inviate in massa — Lettere pubblicitarie inviate direttamente — Posizione di monopolio dell'ex impresa postale statale su una parte importante del mercato — Sistema di sconti — Effetto preclusivo — Mancanza di una soglia di percettibilità o de minimis — Esame del concorrente altrettanto efficiente ("as-efficient-competitor"-Test)»

I – **Introduzione**

1. Il presente rinvio pregiudiziale offre nuovamente alla Corte la possibilità, con riguardo all'articolo 82 del Trattato CE, attualmente articolo 102 TFUE, di precisare la sua giurisprudenza sul carattere abusivo dei sistemi di sconti delle imprese in posizione dominante, le cui origini risalgono a oltre 40 anni fa [2].

2. La presente controversia verte sulla questione se l'impresa danese Post Danmark A/S abbia, negli anni 2007 e 2008, abusato della sua posizione dominante sul mercato per la distribuzione delle lettere inviate in massa a destinatari in Danimarca. In proposito si tratta essenzialmente di stabilire se la Post Danmark abbia attuato un abuso volto all'esclusione di un concorrente concedendo per la distribuzione di lettere pubblicitarie inviate direttamente, sconti sino al 16%, a condizione che i suoi utenti raggiungessero in un periodo di riferimento di un anno determinate soglie quantitative o di fatturato standardizzate. Il rispettivo sconto era previsto con effetto retroattivo, ossia si riferiva a tutte le lettere pubblicitarie inviate direttamente per l'utente interessato in tutto il periodo di riferimento.

3. Nella presente fattispecie, la Corte è chiamata, in particolare, a chiarire se, al fine di valutare il carattere anticoncorrenziale dei sistemi di sconti ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE, la legge richieda il compimento di un'analisi prezzo-costi in cui la politica commerciale dell'impresa in posizione dominante è confrontata con quella di un concorrente altrettanto efficiente (cosiddetto «as-efficient-competitor»-Test, abbreviato: «esame AEC»). Si pone inoltre la questione se l'effetto preclusivo derivante dal sistema di sconti di un'impresa in posizione dominante debba superare una qualche soglia di percettibilità (soglia de minimis) per poter essere qualificato come anticoncorrenziale.

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — V., in particolare, sentenze Suiker Unie e a./Commissione (da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174); Hoffmann-La Roche/Commissione (85/76, EU:C:1979:36); Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione (322/81, EU:C:1983:313); British Airways/Commissione (C-95/04 P, EU:C:2007:166); Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221), e Michelin/Commissione (T-203/01, EU:T:2003:250).

4. In un periodo in cui si moltiplicano le richieste di adottare un approccio più economico nel diritto europeo della concorrenza («more economic approach»), tali questioni assumono un significato particolare. Nel darvi una risposta che potrebbe avere incidenza ben al di là del caso di specie [3], a mio avviso la Corte non dovrebbe lasciarsi troppo influenzare dallo spirito del tempo o da tendenze passeggere quanto piuttosto riallacciarsi alle basi giuridiche su cui si fonda il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto dell'Unione.

II – **Contesto normativo**

5. Il contesto normativo di diritto dell'Unione della presente controversia è dato dall'articolo 82 del Trattato CE (attualmente articolo 102 TFUE). Il diritto danese contiene, con l'articolo 11 del Konkurrencelov [4], una disposizione di diritto interno che – per quanto qui di rilievo – corrisponde al suddetto articolo del Trattato CE e deve essere interpretata, in base agli atti preparatori, in linea con esso.

III – **Fatti e procedimento principale**

6. Il procedimento principale trae origine da una controversia tra la Post Danmark e il Konkurrenceråd [5], l'autorità danese per la concorrenza. Con decisione del 24 giugno 2009 il Konkurrenceråd aveva stabilito che nel corso del 2007 e del 2008 la Post Danmark, mediante un sistema di sconti per le lettere pubblicitarie inviate direttamente, aveva abusato della sua posizione dominante sul mercato danese per le lettere inviate in massa violando così sia l'articolo 82 del Trattato CE, sia l'articolo 11 del Konkurrencelov. Il Konkurrenceråd vietava quindi all'impresa di continuare a utilizzare il sistema di sconti.

7. Nel periodo controverso, sia lo Stato danese, sia investitori privati detenevano quote nella Post Danmark. L'impresa era soggetta a un obbligo di servizio universale disciplinato dalla legge per determinate spedizioni postali, tra cui le lettere pubblicitarie inviate direttamente, ed era tenuta ad applicare tariffe unitarie per l'intero territorio dello Stato danese. In cambio, la Post Danmark beneficiava di un monopolio ex lege per tutte le spedizioni di lettere di peso inferiore ai 50 grammi. In tal modo, circa il 70% del mercato delle lettere inviate in massa rientrava nel diritto esclusivo della Post Danmark.

8. Il giudice del rinvio ritiene che il mercato delle lettere inviate in massa in Danimarca sia il mercato rilevante sotto il profilo del prodotto e geografico. Nel periodo controverso, la Post Danmark disponeva, su tale mercato, di una quota di mercato pari a circa il 95%. Le lettere pubblicitarie inviate direttamente, ossia gli invii pubblicitari indicanti il destinatario spediti contemporaneamente a una molteplicità di destinatari, costituiscono un segmento del suddetto mercato delle lettere inviate in massa, nell'ordine di circa il 12% del mercato complessivo per il 2007 e del 7% per il 2008. La quota di lettere pubblicitarie inviate direttamente non comprese nel monopolio della Post Danmark si collocava, nel 2007, sul 15% circa e nel 2008 sul 9% circa del mercato delle lettere inviate in massa.

9. A partire dal 2007, la Bring Citymail Danmark A/S, una controllata dell'impresa di Stato norvegese Posten Norge AS, proponeva, in regime di concorrenza alla Post Danmark, il servizio di spedizione di corrispondenza commerciale, comprese le lettere pubblicitarie inviate direttamente, nella zona di Copenaghen e dintorni e rappresentava, nel periodo qui di rilievo, l'unico concorrente serio della Post

3 — Anche nel procedimento di impugnazione Intel/Commissione (C-413/14 P), ad oggi pendente, la questione della necessità giuridica di un esame AEC con riguardo a un sistema di sconti svolge un ruolo da non sottovalutare.

4 — Legge sulla concorrenza.

5 — Consiglio per la concorrenza.

Danmark sul mercato danese delle lettere inviate in massa. Agli inizi del 2010 la Bring Citymail si ritirava dal mercato danese a causa delle elevate perdite. La lite verte sulla questione se tale ritiro debba essere imputato al sistema di sconti all'epoca praticato dalla Post Danmark per le lettere pubblicitarie inviate direttamente.

10. Il suddetto sistema di sconti della Post Danmark risaliva al 2003. Gli sconti, che si collocavano tra il 6% e il 16% della normale affrancatura [6], erano standardizzati e venivano offerti alla generalità degli utenti a condizioni identiche accessibili a tutti. Essi si riferivano di volta in volta a un periodo di un anno. Ai fini della concessione dello sconto venivano considerate, nel periodo di riferimento di un anno, tutte le spedizioni affidate alla Post Danmark a partire da un volume, rispettivamente, di almeno 3 000 lettere. Il sistema di sconti non distingueva al riguardo a seconda che le spedizioni ricadessero nel monopolio della Post Danmark o in base al fatto che, nel rispettivo settore, fosse attivo un concorrente.

11. Il raggiungimento della prima soglia di sconto, che prevedeva una riduzione di prezzo del 6%, era subordinato al fatto che l'utente avesse affidato, durante un anno di riferimento, la spedizione di almeno 30 000 lettere o che il valore lordo di affrancatura delle sue spedizioni ammontasse almeno a DKK 300 000. La scala applicata dalla Post Danmark prevedeva poi altri otto livelli di sconto [7]. Per quanto riguarda i primi sette livelli di sconto, la riduzione di prezzo era incrementata di volta in volta di un punto percentuale, mentre per gli ultimi due livelli di sconto l'incremento era pari rispettivamente a due punti percentuali, sino a una percentuale massima di sconto del 16%. Lo scaglionamento degli sconti concessi si ripercuoteva così anzitutto sugli utenti di medie dimensioni, mentre gli utenti di grandi dimensioni raggiungevano regolarmente il livello di sconto più alto in ragione del numero di spedizioni.

12. L'attuazione pratica del sistema di sconti avveniva fissando in via provvisoria, all'inizio di ogni anno di riferimento, il prezzo per il rispettivo utente sulla base dei volumi prevedibilmente richiesti in tale anno. Alla fine dell'anno di riferimento era effettuato un adeguamento – retroattivo – di tutti i prezzi in ragione delle lettere effettivamente spedite in tale periodo per conto dell'utente considerato. Ciò poteva comportare un obbligo di rimborso da parte dell'utente nei confronti della Post Danmark ove il suo volume effettivo delle spedizioni fosse stato inferiore a quello previsto e fosse stato così preventivamente calcolato e riconosciuto, ad inizio anno, uno sconto eccessivo.

13. Il Konkurrenceråd ravvisava nell'utilizzo del sistema di sconti descritto un abuso di posizione dominante. Le modalità di concessione dello sconto legherebbero gli utenti alla Post Danmark e chiuderebbero in tal modo il mercato delle lettere inviate in massa a danno dei concorrenti attuali e potenziali, senza che vi si contrappongano vantaggi a favore del consumatore in termini di efficacia idonei a controbilanciare gli effetti limitativi della concorrenza.

14. Nell'ambito della sua valutazione, il Konkurrenceråd rinunciava ad effettuare un'analisi prezzo-costi mediante un esame AEC. Quest'ultimo non sarebbe adatto quale criterio di valutazione posto che sul mercato postale danese, in ragione delle particolari caratteristiche, non potrebbe essere presente un concorrente altrettanto efficiente. L'autorità per la concorrenza fondava invece il riconoscimento, da parte sua, di un comportamento anticoncorrenziale sulla particolare posizione della Post Danmark sul mercato rilevante che faceva dell'impresa una controparte commerciale ineludibile. Il Konkurrenceråd faceva, inoltre, riferimento, tra gli altri, alla sussistenza di barriere all'accesso al mercato, alla concreta struttura del sistema di sconti, in particolare, al suo carattere retroattivo con riguardo a un periodo di riferimento di un anno, alla portata della riduzione di prezzo sino al 16% e a un esame dell'effettiva posizione dell'acquirente nell'ambito dello scaglionamento degli sconti.

6 — In base alle indicazioni della Post Danmark, lo sconto concesso ammontava in media al 10,6%.

7 — Le altre soglie di sconto si collocavano su 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 e 2 000 000 invii oppure su un valore lordo di almeno DKK 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 e 20 000 000.

15. Con decreto del 10 maggio 2010 il Konkurrenceankenævn [8] confermava la decisione del Konkurrenceråd. Il 1° luglio 2010 la Post Danmark ha presentato ricorso contro tale provvedimento dinanzi al giudice del rinvio, il Sø- og Handelsret [9] danese. La Bring Citymail Danmark si è costituita nel procedimento principale come interveniente a fianco del Konkurrenceråd.

IV – **Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte**

16. Con ordinanza dell'8 gennaio 2014, pervenuta il 16 gennaio 2014, il Sø- og Handelsret ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

1) Quali criteri guida si debbano applicare per stabilire se l'applicazione da parte di un'impresa dominante di un sistema di sconti con una soglia quantitativa standardizzata (…) avente le caratteristiche menzionate nell'ordinanza di rinvio costituisca abuso di posizione dominante in contrasto con l'articolo 82 del Trattato CE.

   Si chiede inoltre alla Corte di pronunciarsi su quale rilevanza abbia per la valutazione il fatto che la soglia del sistema di sconti sia stabilita in modo tale che il sistema di sconti si applica alla maggioranza degli utenti sul mercato.

   Si chiede inoltre alla Corte di pronunciarsi su quale rilevanza, se ve ne sia, i prezzi e i costi dell'impresa dominante abbiano per la valutazione di tale sistema di sconti in base all'articolo 82 del Trattato CE (rilevanza dell'esame «competitor as efficient»).

   Al tempo stesso si chiede alla Corte di chiarire quale rilevanza abbiano al riguardo le caratteristiche del mercato, ivi compreso se le caratteristiche del mercato possano giustificare che si possa dimostrare l'effetto di chiusura del mercato con esami ed analisi diversi da quelli di un esame «competitor as efficient» (v., al riguardo, il punto 24 della comunicazione della Commissione sull'articolo 82).

2) Quanto probabile e grave debba essere l'effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti avente le caratteristiche menzionate nell'(…) ordinanza di rinvio perché si applichi l'articolo 82 del Trattato CE.

3) Alla luce delle risposte fornite alle questioni 1 e 2, quali circostanze specifiche il giudice nazionale debba prendere in considerazione nel valutare se un sistema di sconti nelle circostanze come quelle descritte nell'ordinanza (caratteristiche del mercato e del sistema di sconti) abbia in concreto o sia in grado di avere un effetto di chiusura dei mercati tale da costituire un abuso cui si applica l'articolo 82 del Trattato CE.

   Al riguardo se rilevi che l'effetto di chiusura del mercato sia notevole.

17. Nel corso del procedimento pregiudiziale hanno presentato osservazioni scritte dinanzi alla Corte, oltre alla Post Danmark e alla Bring Citymail, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Commissione europea e l'Autorità di vigilanza EFTA. Le stesse parti, ad eccezione della Repubblica federale di Germania, hanno presenziato all'udienza del 26 marzo 2015.

8 — Commissione sui ricorsi in materia di concorrenza.

9 — Tribunale marittimo e commerciale.

V – **Valutazione**

18. Con il suo ampio elenco di questioni il Sø- og Handelsret vuole essenzialmente sapere quali criteri o «criteri guida» ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE occorra applicare al fine di valutare i sistemi di sconti delle imprese in posizione dominante. In particolare, il giudice del rinvio vuole sapere se, per accertare un abuso di posizione dominante, sia giuridicamente richiesto il compimento di un esame AEC o se nel valutare il possibile effetto preclusivo derivante da un sistema di sconti operi una soglia di percettibilità (soglia de minimis).

19. Le suddette questioni si pongono alla luce di un sistema di sconti della Post Danmark che presentava, segnatamente, le seguenti caratteristiche:

— il sistema di sconti si fondava su condizioni standardizzate e generalmente applicabili, conteneva nove livelli di sconti compresi tra il 6% e il 16%, si riferiva a un periodo di riferimento di un anno e aveva carattere retroattivo;

— il sistema di sconti trovava applicazione su un mercato di cui la Post Danmark deteneva una quota del 95% e sul quale oltre il 70% delle lettere da distribuire ricadeva nel suo monopolio legale; sussistevano alte barriere all'accesso al mercato, la Post Danmark disponeva di vantaggi strutturali e doveva affrontare, temporaneamente e solo su una parte geograficamente circoscritta del mercato, un concorrente – la Bring Citymail – di dimensioni decisamente inferiori.

20. Nel rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale in esame occorre fare riferimento al divieto di abuso di posizione dominante nella sua versione anteriore all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dal momento che oggetto del procedimento principale è l'applicazione di un sistema di sconti negli anni 2007 e 2008 e anche la decisione controversa dell'autorità danese per la concorrenza è stata emanata già nel giugno 2009. Le considerazioni che seguono sull'articolo 82 del Trattato CE possono comunque essere trasposte tranquillamente all'articolo 102 TFUE, identico nel contenuto.

21. Dato che le singole questioni pregiudiziali si sovrappongono talvolta ampiamente, è consigliabile rispondere alle stesse secondo un ordine modificato per poi analizzare in proposito i diversi aspetti giuridici esaminati nell'ordinanza di rinvio.

A – *I criteri per la valutazione dei sistemi di sconti delle imprese in posizione dominante*

1. Considerazioni generali (prima parte della prima questione)

22. Con la prima parte della prima questione, il giudice del rinvio si riferisce al quadro giuridico generale che, a norma dell'articolo 82 del Trattato CE, trova applicazione al fine di valutare il sistema di sconti delle imprese in posizione dominante.

23. Potrebbe stupire, prima facie, il fatto che gli sconti applicati da imprese in posizione dominante, che costituiscono comunque un vantaggio in termini di prezzo per i loro utenti, possano essere qualificati come abusivi in base all'articolo 82 del Trattato CE.

24. Occorre tuttavia considerare che la concorrenza sul mercato rilevante risulta già indebolita dalla presenza dell'impresa dominante [10]. Pertanto, su tale impresa grava – indipendentemente dalle cause all'origine della sua posizione dominante sul mercato – la speciale responsabilità di non compromettere, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno [11].

25. Un'impresa che detiene sul mercato una posizione dominante è quindi soggetta, nell'ambito di applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE, a determinate limitazioni che non valgono nella stessa forma per altre imprese. Una pratica, che in normali condizioni di concorrenza non sarebbe censurabile, può diventare abusiva se viene adottata da un'impresa che si trova in posizione dominante sul mercato [12]. In particolare, non qualsiasi concorrenza fondata sui prezzi cui ricorre l'impresa in posizione dominante può dunque considerarsi legittima [13].

26. Come correttamente osservato dalla Commissione, dietro agli sconti concessi dalle imprese in posizione dominante possono occasionalmente nascondersi pratiche anticoncorrenziali che solo a prima vista sono espressione di un'offerta particolarmente vantaggiosa ma che, a un'analisi più approfondita, hanno poco a che fare con prezzi realmente più contenuti e possono danneggiare gravemente la concorrenza.

27. È vero che i sistemi di sconto delle imprese in posizione dominante non sono soggetti a una presunzione generale di abusività che debba essere contestata dalle suddette imprese. Tuttavia, nel caso dei suddetti sconti, il confine tra una legittima concorrenza fondata sui meriti, da un lato, e politiche commerciali contrarie alla concorrenza, dall'altra, è generalmente un aspetto delicato, che necessita di un esame accurato.

28. In giurisprudenza [14] si riconosce che i meri sconti quantitativi, che dipendono solo dal volume degli acquisti, non comportano di norma effetti anticoncorrenziali, cosicché essi non sono abusivi neppure se concessi da imprese in posizione dominante. Se l'aumento del quantitativo fornito si traduce in un costo inferiore per il fornitore, quest'ultimo è, infatti, in diritto di far fruire il suo utente di tale riduzione mediante una tariffa più favorevole. Di norma sono invece abusivi ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE gli sconti fedeltà o gli sconti derivanti dal conseguimento di un obiettivo, con cui l'impresa in posizione dominante cerca di vincolare a sé i propri utenti e di attirare quelli della concorrenza.

29. In base all'articolo 82 del Trattato CE, ai fini della valutazione del sistema di sconti di un'impresa in posizione dominante, non è però in definitiva determinante se il sistema in parola possa essere classificato in una categoria tradizionale, in particolare negli sconti quantitativi o negli sconti diretti a fidelizzare la clientela. Determinante è piuttosto se gli sconti mirino, mediante un vantaggio che non è giustificato da alcuna prestazione economica, a togliere o a ridurre all'acquirente la possibilità di scelta per quel che concerne le sue fonti di approvvigionamento, a precludere l'accesso al mercato ai concorrenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata [15]. In breve, rileva

10 — Sentenze Hoffmann-La Roche/Commissione (85/76, EU:C:1979:36, punto 91); Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione (322/81, EU:C:1983:313, punto 70), e Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 17).

11 — Sentenza Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione (322/81, EU:C:1983:313, punto 57); nello stesso senso, sentenze France Télécom/Commissione (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punto 105); Deutsche Telekom/Commissione (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punto 176), e TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punto 24).

12 — Sentenza Compagnie maritime belge transports e a./Commissione (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132, punto 131).

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

14 — Sentenze Suiker Unie e a./Commissione (da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174, punto 518); Hoffmann-La Roche/Commissione (85/76, EU:C:1979:36, punti 89 e 90); Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione (322/81, EU:C:1983:313, punto 71); Portogallo/Commissione (C-163/99, EU:C:2001:189, punto 50); Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 70), e Michelin/Commissione (T-203/01, EU:T:2003:250, punti da 56 a 59).

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

il fatto che l'impresa in posizione dominante conceda sconti che sono adatti ad avere un *effetto preclusivo* sul mercato rilevante, per i quali manca una giustificazione economica, segnatamente il trasferimento sugli utenti di un risparmio sui costi [16]. Inoltre, in particolare l'articolo 82, secondo comma, lettera c), del Trattato CE vieta a un'impresa in posizione dominante anche la concessione di sconti aventi carattere discriminatorio con i quali sono applicate a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti [17].

30. Nel caso di specie, non sussistono elementi indicanti un carattere discriminatorio del sistema di sconti praticati dalla Post Danmark date le sue condizioni standardizzate e applicabili in termini generali. Pertanto, nell'ambito della controversia principale, le autorità statali interne adite hanno correttamente concentrato la propria attenzione subito sulla questione se, rispetto al sistema di sconti della Post Danmark, si possa riconoscere un effetto preclusivo economicamente non giustificato.

31. La questione se gli sconti concessi da un'impresa in posizione dominante possano avere un tale effetto preclusivo deve essere esaminata sulla base di una valutazione complessiva di tutte le circostanze rilevanti del singolo caso [18] (v. sul punto, qui di seguito, le mie osservazioni nelle sezioni 2 e 3).

32. È evidente che né il desiderio dell'impresa in posizione dominante di incrementare il proprio fatturato, né quello di pianificare al meglio i suoi affari possono essere considerati una giustificazione economica per la concessione di sconti se questi ultimi sono adatti a determinare un effetto preclusivo [19].

2. Circostanze da considerare in sede di valutazione dei sistemi di sconti (prima parte della terza questione e ultima parte della prima questione)

33. Oggetto della prima parte della terza questione e dell'ultima parte della prima questione pregiudiziale sono le circostanze da prendere concretamente in esame ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE al fine di valutare l'eventuale effetto preclusivo dei sistemi di sconti delle imprese in posizione dominante.

34. Non è naturalmente possibile redigere un elenco valido in termini generali e conclusivo di tutte le circostanze di cui tener conto nell'ambito dell'articolo 82 del Trattato CE, posto che ogni mercato e ogni sistema di sconti può presentare proprie particolarità. Alla luce dei fatti del procedimento principale come illustrati nell'ordinanza di rinvio è però possibile fornire al giudice del rinvio alcune indicazioni utili che potrebbero agevolarlo nella decisione.

35. In base a una giurisprudenza consolidata, ai fini della valutazione di un sistema di sconti alla luce dell'articolo 82 del Trattato CE, rilevano in particolare i criteri e le modalità di concessione degli sconti [20] [v. sul punto, qui di seguito, la sezione a)]. Come tuttavia lascia intendere la formulazione impiegata dalla Corte - «in particolare» - anche altri fattori possono giocare un ruolo, ad esempio le diverse condizioni di concorrenza vigenti sul mercato rilevante e la posizione – ad esse strettamente collegata – dell'impresa dominante su tale mercato [v. infra, sub sezione b)].

16 — Sentenza British Airways/Commissione (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punti 68 e 69).

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

18 — Sentenze Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione (322/81, EU:C:1983:313, punto 73); British Airways/Commissione (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 67); Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punti 18 e 71), e Michelin/Commissione (T-203/01, EU:T:2003:250, punto 60).

19 — Sentenza Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione (322/81, EU:C:1983:313, punto 85).

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

a) I criteri e le modalità di concessione degli sconti

36. Per quanto attiene anzitutto ai criteri e alle modalità di concessione degli sconti, depone nel senso del carattere abusivo del sistema di sconti il fatto che quest'ultimo – come nel caso del sistema di sconti della Post Danmark qui controverso – non opera in modo meramente progressivo con la conseguenza che il raggiungimento di ogni nuova soglia di sconto non comporta solo una riduzione di prezzo per tutte le ordinazioni aggiuntive effettuate, ma ha anche effetto retroattivo nel senso che anche il prezzo per tutte le ordinazioni già effettuate nel corso del periodo di riferimento è ridotto a posteriori [21].

37. In tal modo, infatti, variazioni proporzionalmente modeste – sia verso l'alto sia verso il basso – dei fatturati relativi ai prodotti dell'impresa in posizione dominante producono effetti sproporzionati sulle controparti commerciali [22]. Un tale sistema di sconti comporta quindi di norma un effetto fedeltà che può essere denominato anche «effetto di aspirazione». Esso agevola l'impresa in posizione dominante nel legare a sé i propri utenti nonché nell'attirare quelli dei suoi concorrenti e così, in definitiva, nell'attrarre sul mercato rilevante la parte di domanda ancora acquisibile [23].

38. Naturalmente, tale effetto di aspirazione è tanto maggiore quanto maggiori sono gli sconti concessi e quanto più lungo è il periodo di riferimento cui essi si riferiscono in caso di raggiungimento di ogni nuova soglia. Il fatto che, come nel caso di specie, siano concessi sconti relativamente alti - tra il 6% e il 16% - e ciò con effetto retroattivo su un periodo di riferimento relativamente lungo di un anno [24], depone nel senso di un forte effetto di fidelizzazione. Tale effetto è ulteriormente rafforzato nel caso di specie dal fatto che gli sconti valevano indistintamente sia per la quota acquisibile che per la quota non acquisibile della domanda e quindi, in particolare, per le lettere sino a 50 grammi oggetto del monopolio legale della Post Danmark.

39. Anche la dimostrazione, in capo all'impresa in posizione dominante, dell'intenzione di eliminare un concorrente integra un ulteriore importante indizio del carattere abusivo del sistema di sconti da essa praticato [25]. Tuttavia, un'intenzione siffatta di eliminare un concorrente o una strategia in tal senso non è una condizione necessaria per accertare una violazione dell'articolo 82 del Trattato CE: lo sfruttamento abusivo di posizione dominante è infatti una nozione oggettiva [26]. Il mero fatto che la Post Danmark neghi di aver agito, nel caso di specie, con l'intenzione di eliminare un concorrente non tutela quindi affatto l'impresa dall'accertamento di un abuso ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE.

40. È vero che quando sussiste una discriminazione tra contraenti, ai sensi dell'articolo 82, secondo comma, lettera c), del Trattato CE, il carattere abusivo degli sconti concessi dall'impresa in posizione dominante è particolarmente evidente. Un sistema può però essere abusivo ai sensi del suddetto articolo 82 anche quando, pur in mancanza di elementi discriminatori, abbia effetti preclusivi anticoncorrenziali sul mercato [27]. A tal proposito, l'Autorità di vigilanza EFTA ha correttamente osservato che non rileva tanto la distinzione tra sconti individuali e standardizzati, quanto piuttosto la verifica dell'idoneità concreta del rispettivo sistema di sconti a comportare effetti preclusivi sul mercato.

21 — In questo senso, sentenze Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione (322/81, EU:C:1983:313, punto 81); British Airways/Commissione (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 73), e Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, in particolare, punto 75).

22 — Sentenza British Airways/Commissione (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 73).

23 — Sentenza Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 79).

24 — Sulla durata del periodo di riferimento, v. ad esempio la sentenza Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione (322/81, EU:C:1983:313, punto 81).

25 — In questo senso, sentenza Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punti 20 e 21).

26 — Sentenze Hoffmann-La Roche/Commissione (85/76, EU:C:1979:36, punto 91); AKZO/Commissione (C-62/86, EU:C:1991:286, punto 69); TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punto 27), e Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punti 17 e 23).

27 — Sentenza Michelin/Commissione (T-203/01, EU:T:2003:250, punto 65).

41. Infine, la fatturazione agli utenti di «prezzi negativi», vale a dire di prezzi inferiori ai costi, *non* costituisce una condizione preliminare per la constatazione del carattere abusivo di un sistema di sconti retroattivi da parte di un'impresa in posizione dominante [28]. Grazie al suo fatturato nettamente superiore, l'impresa in posizione dominante può di norma operare coprendo i costi malgrado la concessione di notevoli sconti. Essa può quindi produrre con i suoi sconti un effetto preclusivo senza finire necessariamente in perdita.

b) Le condizioni di concorrenza vigenti sul mercato rilevante e la posizione dell'impresa in posizione dominante su tale mercato

42. Per quanto attiene poi alle condizioni di concorrenza vigenti e alla posizione dell'impresa in posizione dominante sul mercato rilevante, un eventuale effetto preclusivo anticoncorrenziale del sistema di sconti è tanto più verosimile e significativo quanto più forte è l'impresa in posizione dominante sul mercato rilevante e quanto più debole è la posizione dei suoi concorrenti attuali o potenziali. A tal proposito, occorre tener conto non soltanto delle quote di mercato dell'impresa in posizione dominante e dei suoi concorrenti, ma anche dell'origine della posizione dominante del soggetto più forte e di un eventuale monopolio di Stato ad esso riconosciuto per l'intero mercato o per una parte di esso [29].

43. In base agli accertamenti contenuti nell'ordinanza di rinvio, nel caso di specie la Post Danmark, trattandosi di un'impresa postale statale storica, deteneva sul mercato danese una quota schiacciante del 95% delle lettere inviate in massa, mentre alla Bring Citymail spettava soltanto il 5% circa.

44. Una differenza tanto ampia tra la quota di mercato dell'impresa in posizione dominante e quella della concorrenza può amplificare gli effetti preclusivi in quanto, in un contesto simile, è particolarmente difficile per i concorrenti della suddetta impresa rilanciare rispetto a sconti fondati sul volume globale delle vendite [30].

45. Il 70% del mercato di cui trattasi era inoltre oggetto del monopolio legale riconosciuto alla Post Danmark – ovvero il monopolio per le lettere sino a 50 grammi – e non era, sin dall'inizio, accessibile alla concorrenza. La Bring Citymail, unico serio concorrente della Post Danmark, operava poi soltanto in una zona geograficamente circoscritta del mercato, ossia l'area urbana di Copenaghen, mentre la Post Danmark dispone di una rete di distribuzione efficiente che copre tutto il paese.

46. Tutto ciò indica che la Post Danmark, in ragione della sua posizione superiore sul mercato, era una controparte commerciale ineludibile e gli sconti da essa praticati avevano un notevole potenziale preclusivo [31]. Tale impressione si rafforza ulteriormente se si osservano, in aggiunta, taluni elementi strutturali che caratterizzano il mercato rilevante.

47. Come già osservato, un mercato come quello danese delle lettere inviate in massa è caratterizzato dalle prestazioni di servizi legate a reti. Per essere efficiente e offrire le prestazioni attese dalla clientela un operatore su tale mercato necessita di una rete di distribuzione il più possibile efficiente. Il rovescio della medaglia è, come accertato anche nell'ordinanza di rinvio, che un tale mercato si caratterizza, dal punto di vista economico, per un'elevata economia di scala e alte barriere d'accesso che rendono più difficile per i concorrenti dell'impresa in posizione dominante affermarsi sul mercato e concorrere con tale impresa per la quota ancora acquisibile della domanda.

28 — Sentenza Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 73).

29 — In questo senso, già sentenza Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punto 23 in fine).

30 — Sentenze Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione (322/81, EU:C:1983:313, punto 82) e British Airways/Commissione (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 75) e le mie conclusioni in quest'ultima causa (EU:C:2006:133, paragrafo 52).

31 — V., specificamente sulla necessità di prendere in considerazione la posizione dell'impresa dominante quale controparte commerciale ineludibile, sentenze Hoffmann-La Roche/Commissione (85/76, EU:C:1979:36, punto 41) e Compagnie maritime belge transports e a./Commissione (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132, punto 132).

48. Inoltre, a fini della valutazione di eventuali effetti preclusivi dei sistemi di sconti di un'impresa in posizione dominante può giocare un ruolo anche il grado di propensione al cambiamento degli utenti sul mercato rilevante e la quota del loro fabbisogno che può essere coperta dai concorrenti dell'impresa in posizione dominante senza perdere gli sconti.

49. Nel corso del procedimento principale è stato inoltre accertato che, per gli utenti interessati, nel caso dei due terzi delle spedizioni aperte alla concorrenza un passaggio dalla Post Danmark a un altro operatore postale avrebbe potuto essere preso in considerazione solo accettando riduzioni degli sconti. Tale circostanza indica un grande potenziale preclusivo del sistema di sconti della Post Danmark.

50. Nel caso di specie, sussistono quindi, nel complesso, alla luce delle condizioni della concorrenza sul mercato rilevante e della posizione dell'impresa in posizione dominante sul suddetto mercato, gravi indizi che mostrano che un sistema di sconti come quello praticato dalla Post Danmark può avere effetti preclusivi notevoli.

3. Sull'impatto del sistema di sconti (seconda parte della prima questione)

51. La seconda parte della prima questione pregiudiziale è dedicata all'impatto di un sistema di sconti come quello praticato dalla Post Danmark. Il giudice del rinvio desidera sapere quale significato abbia per la valutazione giuridica ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE il fatto che il sistema di sconti, in ragione della standardizzazione dei suoi singoli livelli di sconto (nell'ordinanza di rinvio denominati «soglie quantitative»), non è disegnato per le esigenze del singolo utente ma trova applicazione nei confronti della maggioranza di utenti presenti sul mercato.

52. Come ben presto accertato dalla Corte, il numero di contratti per i quali trovano applicazione gli sconti concessi da un'impresa in posizione dominante – e quindi in definitiva il numero di utenti interessati – è irrilevante ai fini della valutazione giuridica dei suddetti sconti ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE[32].

53. Di conseguenza, il solo fatto che molti utenti o addirittura la maggior parte di quelli presenti sul mercato sia interessata da un sistema di sconti e che tale sistema eserciti quindi un notevole impatto non dice ancora nulla sul suo carattere abusivo ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE.

54. Se però un siffatto sistema di sconti dovesse essere idoneo a creare un effetto di aspirazione a favore dell'impresa in posizione dominante, il coinvolgimento di un numero elevato di utenti e di una gran parte della quota acquisibile della domanda sul mercato comporterebbe una maggiore gravità degli effetti preclusivi effettivi o potenziali rispetto ai sistemi di sconti con un impatto più contenuto. Tale circostanza è stata messa giustamente in rilievo da molte delle parti intervenute nel procedimento.

4. Conclusione intermedia

55. Occorre quindi, in sintesi, accertare quanto segue:

Il sistema di sconti praticato da un'impresa in posizione dominante è abusivo ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE quando, alla luce di una valutazione complessiva di tutte le circostanze del singolo caso, risulta che gli sconti possono avere un effetto preclusivo non giustificato dal punto di vista economico, fermo restando che occorre valutare in particolare i criteri e le modalità della concessione dello sconto, le condizioni di concorrenza vigenti sul mercato rilevante e la posizione dell'impresa dominante su tale mercato.

32 — Sentenza Suiker Unie e a./Commissione (da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174, punto 511).

B – *Significato dell'esame del concorrente altrettanto efficiente («as-efficient-competitor»-test o esame AEC) (terza parte della prima questione)*

56. La terza e ultima parte della prima questione pregiudiziale è dedicata specificamente all'esame AEC. Con un esame siffatto si cerca di dedurre da un confronto tra prezzi e costi [33] se un concorrente altrettanto efficiente come l'impresa in posizione dominante possa concorrere con quest'ultima o se, al contrario, la politica di sconti dell'impresa in posizione dominante sul mercato rilevante abbia effetti preclusivi anticoncorrenziali.

57. Il giudice del rinvio chiede se l'accertamento dell'abuso di una posizione dominante mediante un sistema di sconti presupponga ex lege il compimento di un esame AEC e, in caso contrario, sulla base di quali altre circostanze sia eventualmente possibile desumere il carattere abusivo del suddetto sistema.

58. Le parti delle questioni in parola devono essere esaminate alla luce della comunicazione della Commissione del 2009 [34], in cui quest'ultima, nella sua qualità di autorità per la concorrenza, ha reso note le sue priorità nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE. Il giudice del rinvio vi fa qui espresso riferimento.

59. Nella sua comunicazione sulle priorità, la Commissione ha annunciato di voler intervenire in via di principio contro i comportamenti di esclusione basati sui prezzi essenzialmente soltanto quando il comportamento dell'impresa dominante ha già ostacolato o è atto ad ostacolare la concorrenza da parte dei concorrenti che sono considerati efficienti quanto l'impresa dominante (nella versione inglese: «as efficient competitors») [35]. Al fine di accertarlo, la Commissione si è posta l'obbligo di compiere, di norma, per i comportamenti di esclusione basati sui prezzi, un esame AEC.

60. Una tale prassi amministrativa della Commissione non ha ovviamente alcun effetto vincolante per le autorità della concorrenza e per i giudici nazionali. Ciò risulta, da un lato, dal tenore letterale stesso della comunicazione sulle priorità che non è destinata «ad avere valenza giuridica» [36]; dall'altro, da una giurisprudenza consolidata vertente su analoghe comunicazioni della Commissione [37]. Pur non essendo precluso alle autorità nazionali il ricorso all'esame AEC, sull'esempio della Commissione, esse sono comunque giuridicamente vincolate soltanto alle prescrizioni desumibili dall'articolo 82 del Trattato CE. Elaborare tali prescrizioni è compito della nostra Corte.

61. Dall'articolo 82 del Trattato CE non si può evincere, a mio avviso, *nessun* obbligo giuridico a fondare sempre l'accertamento del carattere abusivo di un sistema di sconti di un'impresa dominante su un'analisi prezzo-costi quale l'esame AEC.

33 — Sono presi in considerazione i costi medi evitabili dell'impresa in posizione dominante sul mercato, i suoi costi marginali medi a lungo termine e il prezzo che un concorrente della suddetta impresa dovrebbe offrire agli utenti di quest'ultima per risarcirli della perdita dello sconto da essa accordato.

34 — Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, presentata il 24 febbraio 2009 (GU C 45, pag. 7; in prosieguo: la «comunicazione sulle priorità»).

35 — Punto 23 della comunicazione sulle priorità. A tal proposito mi permetto di osservare che il testo tedesco del passaggio in parola della comunicazione sulle priorità, con la sua formulazione «daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen», rispecchia solo molto imprecisamente le disposizioni di diritto secondo cui non occorre che siano dimostrati effettivi effetti anticoncorrenziali (sentenze British Airways/Commissione, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 68 e Tomra Systems e a./Commissione, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punti 68 e 79). Più in linea con il quadro normativo istituito dall'articolo 82 del Trattato CE (articolo 102 TFUE) risultano la versione inglese («has already been or is capable of hampering competition») e francese della comunicazione sulle priorità («ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence»).

36 — Punto 3 della comunicazione sulle priorità.

37 — Sentenze Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, punto 21) ed Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punti 29 e 31).

62. È vero che la Corte ha occasionalmente richiesto, rispetto ad altre pratiche sui prezzi diverse dagli sconti, il compimento di un esame AEC sottolineando che l'articolo 82 del Trattato CE osterebbe, *in particolare*, a che un'impresa che detiene una posizione dominante attui pratiche che hanno l'effetto di *escludere i concorrenti altrettanto efficienti* dell'impresa stessa [38].

63. Dalla giurisprudenza non è però possibile dedurre una necessità assoluta, nel senso che al fine di valutare i comportamenti di esclusione basati sui prezzi sotto il profilo della concorrenza sia necessario sempre compiere un esame AEC. Da un lato, essa si riferisce specificamente a pratiche sul prezzo attuate da imprese in posizione dominante, quali ad esempio, una politica dei prezzi bassi (ad esempio, l'offerta di servizi sottocosto) oppure la compressione dei margini mediante un effetto forbice, che già per la loro natura presentano un collegamento stretto con la struttura dei costi delle imprese interessate. Dall'altro, dalla formulazione scelta dalla Corte, ossia «in particolare» (in francese: «notamment») [39], si evince chiaramente che l'abuso di una posizione dominante non sempre deve essere riconosciuto solo quando sussiste un effetto preclusivo per concorrenti efficienti quanto l'impresa in posizione dominante.

64. Per quanto attiene, nello specifico, al sistema di sconti dell'impresa in posizione dominante, finora la Corte non ha mai subordinato a un'analisi prezzo-costi la sua classificazione come abusiva ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE. Essa ha invece, anche di recente, considerato che, in relazione a tali sistemi di sconti, la mancanza di un confronto tra prezzi e costi non integra un errore di diritto [40]. La Corte dovrebbe attenersi al suddetto orientamento anche nel caso di specie.

65. Sarebbe certamente possibile ipotizzare, in linea teorica, di subordinare in generale l'accertamento di comportamenti di esclusione basati sui prezzi al compimento di un esame AEC e di imporre un esame siffatto anche rispetto ai sistemi di sconti delle imprese in posizione dominante. Occorre però mantenere un certo scetticismo rispetto a un tale sviluppo della giurisprudenza sull'articolo 82 del Trattato CE e ciò per vari motivi.

66. Da un lato, il valore aggiunto di analisi economicamente impegnative non sempre è evidente e può comportare un impiego sproporzionato di risorse delle autorità di concorrenza e dei giudici, che verrebbero poi a mancare altrove per l'efficace applicazione delle regole della concorrenza. Il metodo impiegato può – come dimostrano a titolo esemplificativo le osservazioni svolte dalla Post Danmark, dalla Bring Citymail e dal governo danese dinanzi alla Corte – dare adito a profonde divergenze di opinione [41]. A prescindere da ciò, i dati a tal fine disponibili non sono sempre attendibili [42] e presuppongono la disponibilità dell'impresa in posizione dominante a una reale collaborazione con le autorità della concorrenza e con i tribunali che, come sottolineato dal governo tedesco, non sempre è garantita.

67. Dall'altro, occorre anche mettere in guardia rispetto all'idea errata che la problematica del comportamento di esclusione basata sui prezzi possa essere controllata semplicemente e in modo giuridicamente certo mediante una formula matematica sulla sola base di elementi di prezzo o di costo dell'impresa interessata. Come già detto: non è raro che i dati dell'impresa possano essere oggetto di molteplici interpretazioni.

38 — Sentenza Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punto 25); v. inoltre sentenze Deutsche Telekom/Commissione (C-280/08 P, EU:C:2010:603, in particolare, punti 177, 183, 196, 203 e 254) e TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, in particolare, punti 67, 73 e 94); anche nella sentenza AKZO/Commissione (C-62/86, EU:C:1991:286, in particolare, punti 71 e 72) si fa riferimento a un'analisi prezzo-costi.

39 — Sentenze Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punto 25) e Deutsche Telekom/Commissione (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punto 177, fermo restando che ivi nella versione tedesca viene impiegata l'espressione «u. a.» per il francese «notamment»).

40 — Sentenza Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 80; v., in aggiunta, anche punto 73).

41 — Anche la Commissione presuppone, nel punto 25 della sua comunicazione sulle priorità, che l'esito di un esame AEC non sempre è univoco.

42 — Anche la Commissione sottolinea, nel punto 25 della sua comunicazione sulle priorità, che ai fini di un esame AEC devono essere disponibili dati affidabili.

68. In particolare, l'accertamento di un abuso nell' ambito dell'articolo 82 del Trattato CE, così come in altri contesti, presuppone però sempre una valutazione discrezionale che tenga conto di tutti gli elementi rilevanti del singolo caso e che non può limitarsi a una valutazione di aspetti attinenti al prezzo o al costo. Al fine dell'accertamento di un abuso possono invece assumere rilievo numerosi altri fattori, in particolare la concreta struttura di un sistema di sconti, nonché le caratteristiche specifiche del mercato su cui opera l'impresa dominante; essi possono essere addirittura più significativi di un'analisi prezzo-costi.

69. Il riferimento a tutte le circostanze rilevanti del singolo caso e la possibilità di fornire una giustificazione oggettiva della politica commerciale dell'impresa in posizione dominante garantiscono, in modo sufficiente, che le condizioni poste dalla legge per l'accertamento di un abuso ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE non ignorino la realtà economica [43].

70. Se il carattere abusivo del sistema di sconti di un'impresa in posizione dominante risulta già da una valutazione complessiva delle altre circostanze del singolo caso, come sopra evidenziato [44], non sussiste, dal punto di vista giuridico, necessità alcuna di compiere un'analisi prezzo-costi sulla scorta dell'esame AEC.

71. Tanto più, in base all'articolo 82 del Trattato CE, non può sussistere alcun obbligo giuridico di compiere un esame AEC se, in considerazione della struttura del mercato, è escluso che un'altra impresa possa essere altrettanto efficiente come quella in posizione dominante. Ciò può dipendere dalle specifiche condizioni della concorrenza del mercato rilevante (ad esempio, in quanto il mercato in parola – come nel caso di specie – si caratterizza per alte barriere d'accesso, elevate economia di scala e/o prestazioni di servizi legate a reti) o dal fatto che il livello dei costi dell'impresa dominante dipende precisamente dalla situazione di vantaggio concorrenziale in cui la posizione dominante la colloca [45].

72. In casi simili, non avrebbe a priori alcun senso verificare con una qualche analisi prezzo-costi se il sistema di sconti dell'impresa in posizione dominante abbia un effetto preclusivo per un – del tutto ipotetico - concorrente altrettanto efficiente. Se non può esserci un concorrente altrettanto efficiente come l'impresa in posizione dominante neppure l'esame AEC permette di giungere a conclusioni attendibili sul verificarsi o meno di effetti preclusivi sul mercato.

73. Al contrario, su un mercato, sul quale la concorrenza è indebolita dalla presenza di un'impresa dominante a tal punto che concorrenti altrettanto efficienti non possono affermarsi, non può essere trascurata neppure la pressione concorrenziale derivante da imprese meno efficienti [46]. Mantenerla rientra tra gli obiettivi fondamentali perseguiti dall'articolo 82 del Trattato CE. Si tratta infatti di evitare che la struttura del mercato e la possibilità di scelta degli utenti peggiorino ulteriormente in ragione della politica commerciale dell'impresa dominante [47].

74. L'articolo 82 del Trattato CE impedisce pertanto di compiere un esame AEC su un mercato sul quale, in ragione della sua struttura, è esclusa la presenza di un'altra impresa altrettanto efficiente come quella dominante sul mercato.

75. In sintesi, occorre quindi dichiarare quanto segue.

43 — V. sul punto le mie conclusioni nella causa Solvay/Commissione (C-109/10 P, EU:C:2011:256, paragrafo 80).

44 — V., sul punto, supra, paragrafi da 33 a 54 delle presenti conclusioni.

45 — In questo senso sentenza TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punto 45 in fine).

46 — In questo senso anche il punto 24 della comunicazione sulle priorità; si veda inoltre sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione (85/76, EU:C:1979:36, punto 123 in fine).

47 — Sentenze France Télécom/Commissione (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punto 105); Deutsche Telekom/Commissione (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punti 83 e 176), TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punto 24), e Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punti 20 e 23); in senso analogo sentenza British Airways/Commissione (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 66).

L'articolo 82 del Trattato CE non richiede che il carattere abusivo di un sistema di sconti praticato da un'impresa in posizione dominante sia dimostrato sulla base di un'analisi prezzo-costi sulla scorta dell'esame del concorrente altrettanto efficiente («as-efficient-competitor»-test) qualora il carattere abusivo del sistema di sconti in parola emerga già da una valutazione complessiva delle altre circostanze del singolo caso.

Le autorità e i giudici chiamati a esaminare fattispecie in materia di concorrenza possono tuttavia, nell'ambito della loro valutazione complessiva di tutte le circostanze del singolo caso, servirsi di una tale analisi prezzo-costi, salvo che, in considerazione della struttura del mercato, si possa escludere che un'altra impresa possa risultare altrettanto efficiente come quella dominante sul mercato.

C – *La questione della percettibilità di eventuali effetti anticoncorrenziali del sistema di sconti (seconda questione e seconda parte della terza questione)*

76. Il giudice del rinvio chiede da ultimo, con la sua seconda questione, quanto «probabile e grave» debba essere l'effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti di un'impresa in posizione dominante come la Post Danmark affinché «si applichi» l'articolo 82 del Trattato CE. Nella stessa direzione va anche la seconda parte della terza questione con cui il giudice del rinvio chiede se l'«effetto di chiusura» di un tale sistema debba essere «notevole».

77. A mio avviso non sarebbe sufficiente, in risposta alla questione considerata, rimandare il giudice del rinvio solamente all'autonomia procedurale degli Stati membri in materia probatoria [48]. Si tratta infatti di requisiti *contenutistici* che l'accertamento di un abuso ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE deve soddisfare. Tali requisiti hanno natura di diritto dell'Unione e devono essere interpretati in modo unitario all'interno di essa affinché per tutte le imprese operanti sul mercato interno valga un contesto normativo il più possibile uniforme rispetto alle regole della concorrenza («level playing field») [49].

78. È opportuno analizzare separatamente i due aspetti citati dal giudice del rinvio, ossia la probabilità di un effetto anticoncorrenziale, da un lato, e la gravità di tale effetto, dall'altro.

1. Sulla probabilità del verificarsi di un effetto anticoncorrenziale

79. Il giudice del rinvio chiede anzitutto quanto probabile debba essere l'effetto anticoncorrenziale del sistema di sconti di un'impresa in posizione dominante al fine di integrare un abuso ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE.

80. A tal proposito occorre osservare che l'effetto preclusivo derivante da un tale sistema di sconti non può essere di natura puramente ipotetica [50]. Gli sconti controversi devono, in altre parole, essere non solo *teoricamente* ma anche *concretamente* idonei a rendere più difficile o addirittura impossibile ai concorrenti dell'impresa dominante l'accesso al mercato e alle sue controparti contrattuali la scelta tra più fonti di approvvigionamento o tra più controparti commerciali [51].

48 — V., sul punto, il considerando 5 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU L 1, pag. 1).

49 — Sulla nozione di «level playing field» v., ad esempio, le mie conclusioni nelle cause Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals/Commissione (C-550/07 P, EU:C:2010:229, paragrafo 169); Toshiba Corporation e a. (C-17/10, EU:C:2011:552, paragrafo 118) e KONE e a. (C-557/12, EU:C:2014:45, paragrafo 29).

50 — In tal senso, sentenze Deutsche Telekom/Commissione (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punto 254) e TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punti 66 e 67).

51 — V. sul punto le mie conclusioni nella causa British Airways/Commissione (C-95/04 P, EU:C:2006:133, paragrafo 73).

81. A tal fine, non è tuttavia necessaria una complessa analisi dei concreti effetti degli sconti sulla concorrenza, ossia non occorre verificare se vi sia *effettivamente* stato un effetto preclusivo [52]. Il divieto di cui all'articolo 82 del Trattato CE si estende infatti anche a condotte dell'impresa dominante che possono *potenzialmente* avere effetti anticoncorrenziali [53]. Anche qualora fosse vera l'affermazione della Post Danmark, secondo cui il sistema di sconti controverso non sarebbe stato in definitiva la causa per il ritiro della Bring Citymail dal mercato danese, ciò non impedirebbe pertanto l'accertamento di una condotta abusiva ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE.

82. Secondo una consolidata giurisprudenza, necessario, ma anche sufficiente è che gli sconti controversi *possano* produrre un effetto preclusivo [54]. Così è quando, sulla base di una valutazione complessiva di tutte le circostanze rilevanti del singolo caso, il verificarsi di un effetto preclusivo è più probabile rispetto alla sua mancanza [55].

83. Riterrei poco indicato spostare più in alto il livello necessario per riconoscere un abuso incompatibile con l'articolo 82 del Trattato CE, esigendo ad esempio che il verificarsi dell'effetto preclusivo debba essere riconosciuto come «molto probabile» o «particolarmente probabile» o addirittura riconosciuto «al di là di ogni ragionevole dubbio».

84. Su un'impresa in posizione dominante grava infatti – indipendentemente dalle cause all'origine della sua posizione dominante sul mercato – la speciale responsabilità di non compromettere, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno [56]. Da tale responsabilità scaturisce un certo obbligo di moderazione sul mercato. L'impresa dominante deve pertanto rinunciare a *tutte* le pratiche negoziali per le quali è probabile che si verifichi un effetto preclusivo e non soltanto a quelle per le quali un tale effetto deve essere reputato «molto probabile» o «particolarmente probabile» o addirittura riconosciuto «al di là di ogni ragionevole dubbio».

85. Il grado di probabilità del verificarsi di effetti preclusivi può tutt'al più ripercuotersi sulla misura di eventuali sanzioni, ad esempio sulle pene pecuniarie irrogate dalle autorità della concorrenza. La loro misura deve sempre soddisfare i requisiti di proporzionalità (articolo 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e articolo 23, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1/2003): quanto maggiore è la probabilità dell'effetto preclusivo e ampio tale effetto, tanto più severa è la sanzione. Tale problematica in materia di sanzioni non è però oggetto del rinvio pregiudiziale in esame.

2. Sulla gravità della prevista lesione della concorrenza

86. Il giudice del rinvio vuole poi sapere quanto «grave» o «notevole» debba essere l'effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti per ricadere nel divieto di abuso dell'articolo 82 del Trattato CE.

52 — Sentenza Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punti 68 e 79); nello stesso senso, sentenze Tetra Pak/Commissione (C-333/94 P, EU:C:1996:436, punto 44) e Michelin/Commissione (T-203/01, EU:T:2003:250, punto 239).

53 — Sentenza TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punto 64); in senso analogo Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punto 44), dove si parla di un'«esclusione effettiva o probabile».

54 — Sentenze British Airways/Commissione (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 68) e Michelin/Commissione (T-203/01, EU:T:2003:250, punto 239).

55 — In questo senso la sentenza Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), dove si parla di «probabili effetti svantaggiosi per la concorrenza» (punto 42) e di una «esclusione effettiva o probabile» (punto 44).

56 — Sentenza Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione (322/81, EU:C:1983:313, punto 57); nello stesso senso sentenze France Télécom/Commissione (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punto 105); Deutsche Telekom/Commissione (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punto 176), e TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punto 24).

87. Si fa così da ultimo riferimento alla problematica della percettibilità di eventuali effetti anticoncorrenziali di sistemi di sconti di imprese in posizione dominante. Occorre chiarire se l'accertamento di un abuso ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE presupponga che la restrizione alla concorrenza derivante dal sistema di sconti superi una qualche soglia de minimis.

88. Come evidenziato da molte delle parti intervenute nel procedimento, i dubbi del giudice del rinvio su questo punto potrebbero trarre origine da un problema terminologico della sentenza Post Danmark pronunciata nel 2012. Nella versione danese della suddetta sentenza, quella vincolante, sono infatti sorprendentemente impiegati, per l'espressione «effetto preclusivo», i termini «mærkbare virkninger» [57] che significano essenzialmente «effetti percettibili». Allo stesso modo, in un altro passaggio della medesima sentenza, si parla di «eliminerende virkning» [58] ovvero di un «effetto di eliminazione», espressione anche questa piuttosto restrittiva.

89. Un'occhiata alla versione francese, lingua in cui la sentenza in questione è stata redatta e discussa, mostra però che la suddetta scelta terminologica in danese integra un errore di traduzione. In francese infatti si parla semplicemente di «effet[s] d'éviction» e quindi di un «effetto preclusivo» in linea con il resto della giurisprudenza sull'articolo 82 del Trattato CE [59].

90. In tale contesto le parole «mærkbare virkninger» e «eliminerende virkning» nella sentenza Post Danmark del 2012 non possono essere erroneamente interpretate nel senso che debba vigere un qualche criterio di percettibilità o una soglia de minimis per i sistemi di sconti delle imprese in posizione dominante. Si devono piuttosto considerare abusivi, ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE, tutti i sistemi di sconti che possono produrre un effetto preclusivo [60], e non soltanto quelli i cui effetti sulla concorrenza siano o possano essere «gravi» o «notevoli».

91. Posto che il mercato rilevante risulta indebolito nella sua struttura concorrenziale già dalla presenza dell'impresa in posizione dominante, nella sfera di applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE qualsiasi restrizione ulteriore della suddetta struttura può costituire sfruttamento abusivo di posizione dominante [61].

92. Proprio in questo senso, la Corte ha statuito – circa nello stesso periodo della sentenza Post Danmark del 2012 – che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE, non è necessario determinare la soglia precisa oltre la quale gli sconti concessi da un'impresa in posizione dominante devono essere considerati come abusivi [62]. Gli utenti dovrebbero avere la possibilità di approfittare di ogni grado di concorrenza che sia possibile sul mercato e i concorrenti dovrebbero poter operare in un regime di concorrenza fondata sul merito su tutto il mercato e non soltanto su una parte di questo. Non spetta poi all'impresa dominante stabilire quanti concorrenti validi siano autorizzati a farle concorrenza per la quota ancora acquisibile della domanda [63].

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

58 — Sentenza Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punto 41; in senso analogo, punti 17, 22, 27, 29 e 44).

59 — V. sul punto, supra, paragrafo 29 delle presenti conclusioni.

60 — V., a questo riguardo, ancora supra il paragrafo 82 delle presenti conclusioni.

61 — Sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione (85/76, EU:C:1979:36, punto 123 in fine).

62 — Sentenza Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punti 46 e 48); in senso analogo già la sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione (85/76, EU:C:1979:36, punto 89), in cui si sottolinea che il carattere abusivo degli sconti fedeltà andrebbe riconosciuto «indipendentemente dal volume degli acquisti rilevante o trascurabile».

63 — Sentenza Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 42).

93. Una soglia de minimis non risulta però necessaria ai fini della valutazione degli effetti preclusivi della politica commerciale di un'impresa in posizione dominante anche per altri due motivi: da un lato, i suddetti effetti preclusivi, come già accennato sopra,[64] devono fondarsi su una valutazione concreta di tutte le circostanze rilevanti del singolo caso ed essere più verosimili di un loro mancato verificarsi. Dall'altro, il divieto di abuso di cui all'articolo 82 del Trattato CE ricomprende comunque solo quelle condotte che possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

94. Ciascuna delle due suddette considerazioni esclude, già da sola, in modo del tutto sufficiente che possano ricadere nel divieto di abuso di cui all'articolo 82 del Trattato CE condotte aventi effetti anticoncorrenziali meramente ipotetici o del tutto trascurabili.

3. Conclusione intermedia

95. In sintesi, occorre quindi dichiarare quanto segue.

Fatto salvo il requisito dell'effettivo o potenziale pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, l'effetto preclusivo che il sistema di sconti di un'impresa in posizione dominante può produrre non deve superare una qualche soglia di percettibilità (soglia de minimis) per essere qualificato come abusivo ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE. È sufficiente che il verificarsi di un siffatto effetto sia più verosimile di una sua mancanza.

VI – **Conclusione**

96. Sulla base delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali del Sø- og Handelsret danese complessivamente nei seguenti termini:

1) Il sistema di sconti praticato da un'impresa in posizione dominante è abusivo ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE quando, alla luce di una valutazione complessiva di tutte le circostanze del singolo caso, risulta che gli sconti possono avere un effetto preclusivo non giustificato dal punto di vista economico, fermo restando che occorre valutare in particolare i criteri e le modalità della concessione dello sconto, le condizioni di concorrenza vigenti sul mercato rilevante e la posizione dell'impresa dominante su tale mercato.

2) L'articolo 82 del Trattato CE non richiede che il carattere abusivo di un tale sistema di sconti praticato da un'impresa in posizione dominante sia dimostrato sulla base di un'analisi prezzo-costi sulla scorta dell'esame del concorrente altrettanto efficiente («as-efficient-competitor» test) qualora il carattere abusivo del sistema di sconti in parola emerga già da una valutazione complessiva delle altre circostanze del singolo caso.

   Le autorità e i giudici chiamati ad esaminare fattispecie in materia di concorrenza possono tuttavia, nell'ambito della loro valutazione complessiva di tutte le circostanze del singolo caso, servirsi di una tale analisi prezzo costi, salvo che, in considerazione della struttura del mercato, si possa escludere che un'altra impresa possa essere altrettanto efficiente come quella dominante sul mercato.

3) Fatto salvo il requisito dell'effettivo o potenziale pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, l'effetto preclusivo che il sistema di sconti di un'impresa in posizione dominante può produrre non deve superare una qualche soglia di percettibilità (soglia de minimis) per essere qualificato come abusivo ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE. È sufficiente che il verificarsi di un siffatto effetto sia più verosimile di una sua mancanza.

64 — V. ancora supra, paragrafi 31, 68 e da 82 a 85 delle presenti conclusioni.