CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
JULIANE KOKOTT
prezentate la 21 mai 2015 [1]

Cauza C-23/14

Post Danmark A/S
împotriva
Konkurrencerådet

[cerere de decizie preliminară formulată de Sø- og Handelsret (Danemarca)]

„Concurență — Abuz de poziție dominantă (articolul 82 CE) — Servicii poștale — Piața daneză a trimiterilor poștale în masă — Trimiteri poștale directe — Poziție de monopol deținută de fosta societate de poștă de stat pe o parte semnificativă a pieței — Sistem de rabaturi — Efect de excludere — Lipsa unui prag de sensibilitate sau a unui prag minim — Criteriul «concurentului la fel de eficient» (testul «as-efficient-competitor»)”

I – **Introducere**

1. Prezenta procedură de decizie preliminară oferă din nou Curții posibilitatea ca, având în vedere articolul 82 CE, actualul articol 102 TFUE, să aducă clarificări cu privire la jurisprudența sa în materia caracterului abuziv al sistemelor de rabaturi acordate de întreprinderile care dețin o poziție dominantă pe piață, o jurisprudență ale cărei începuturi s-au înregistrat cu mai mult de 40 de ani în urmă [2].

2. Prezenta cauză se referă la problema dacă, în anii 2007 și 2008, societatea daneză Post Danmark A/S a abuzat de poziția sa dominantă pe piața livrării trimiterilor poștale în masă către destinatari din Danemarca. În esență, trebuie să se precizeze dacă Post Danmark a utilizat o practică de excludere abuzivă prin acordarea unor rabaturi de până la 16 % pentru livrarea trimiterilor poștale în masă în beneficiul clienților care, într-o perioadă de referință de un an, atingeau anumite praguri cantitative standardizate sau anumite cifre de afaceri. Astfel, rabatul respectiv se acorda retroactiv, adică se referea la toate trimiterile poștale în masă livrate pentru clientul respectiv în întreaga perioadă de referință.

3. În speță, Curtea va trebui să aducă clarificări în special în ceea ce privește aspectul dacă, din punct de vedere juridic, pentru a aprecia caracterul anticoncurențial al sistemelor de rabaturi, în sensul articolului 82 CE, se impune efectuarea unei analize preț-costuri, în cadrul căreia să se compare practicile comerciale al întreprinderii dominante cu cele ale unui concurent la fel de eficient

1 — Limba originală: germana.

2 — A se vedea în special Hotărârile Suiker Unie și alții/Comisia (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 și 114/73, EU:C:1975:174), Hoffmann-La Roche/Comisia (85/76, EU:C:1979:36), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313), British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166), Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221) și Michelin/Comisia (T-203/01, EU:T:2003:250).

(așa-numitul test „as-efficient-competitor”, denumit în continuare „testul AEC”). În plus, se ridică problema dacă, pentru a fi calificat drept anticoncurențial, un sistem de rabaturi practicat de o întreprindere dominantă trebuie să aibă un efect de excludere care să depășească un anumit prag de sensibilitate (prag minim).

4. Aceste probleme prezintă o importanță deosebită într-o perioadă în care apar tot mai multe cereri de abordare a dreptului european al concurenței dintr-o perspectivă mai economică („more economic approach”). În opinia noastră, în cadrul răspunsului său, care probabil va avea ecou larg și în afara prezentei cauze [3], Curtea nu trebuie să se lase influențată atât de mult de spiritul vremii sau de fenomenele trecătoare la modă, ci să revină mai degrabă la temeiurile juridice ale interdicției privind abuzul de poziție dominantă din dreptul Uniunii.

II – **Cadrul juridic**

5. Din perspectiva dreptului Uniunii, cadrul juridic îl reprezintă articolul 82 CE (devenit articolul 102 TFUE). Articolul 11 din Konkurrencelov [4] reprezintă dispoziția din dreptul național danez care – în măsura în care prezintă interes în speță – corespunde articolului 82 CE și care, potrivit lucrărilor pregătitoare ale legii, trebuie interpretat în conformitate cu articolul 82 CE.

III – **Situația de fapt și procedura principală**

6. La originea procedurii principale se află un litigiu între Post Danmark și, Konkurrenceråd [5]. Prin decizia sa din 24 iunie 2009, Konkurrenceråd a constatat că, în anii 2007 și 2008, prin aplicarea unui sistem de rabaturi pentru trimiterile poștale directe, Post Danmark a încălcat dispozițiile articolului 82 CE și pe cele ale articolului 11 din Koncurrencelov și a abuzat de poziția dominantă deținută pe piața daneză a livrării de trimiteri poștale în masă. Pentru acest motiv, Konkurrenceråd a dispus ca întreprinderea să înceteze aplicarea în continuare a sistemului de rabaturi.

7. În perioada în litigiu, capitalul Post Danmark era deținut atât de stat, cât și de investitori privați. Întreprinderea se supunea obligației privind serviciul universal, reglementată prin lege pentru cazul anumitor trimiteri poștale, printre care figurau și trimiterile poștale directe, și avea obligația de a aplica tarife unitare pe întregul teritoriu național danez. În schimb, Post Danmark deținea monopolul legal cu privire la toate trimiterile poștale sub 50 de grame. Astfel, dreptul de exclusivitate al Post Danmark se aplica pe aproximativ 70 % din piața trimiterilor poștale în masă.

8. Instanța de trimitere consideră că piața relevantă a produselor și piața geografică este piața trimiterilor poștale în masă din Danemarca. În perioada în discuție, Post Danmark a deținut pe această piață o cotă de piață de 95 %. Trimiterile poștale directe, adică publicitatea prin poștă expediată simultan unui număr mare de destinatari, formează un segment al pieței trimiterilor poștale în masă, și anume aproximativ 12 % din piața totală pentru anul 2007 și 7 % pentru anul 2008. Partea trimiterilor poștale directe care nu a făcut obiectul monopolului exercitat de Post Danmark a reprezentat 15 % din piața trimiterilor poștale în masă în 2007 și 9 % din această piață în anul 2008.

3 — Inclusiv în recursul pendinte din cauza Intel/Comisia (C-413/14 P), problema necesității juridice a unui test AEC cu privire la sistemele de rabaturi joacă, printre altele, un rol care nu trebuie subestimat.

4 — Legea concurenței.

5 — Consiliul Concurenței danez.

9. Bring Citymail Danmark A/S, filială a Posten Norge AS, o societate deținută de statul norvegian, a desfășurat începând cu 2007, la concurență cu Post Danmark, activitatea de livrare a corespondenței de afaceri, inclusiv a trimiterilor poștale directe în zona Copenhaga, și a fost în perioada relevantă singurul concurent serios al Post Danmark pe piața daneză a trimiterilor poștale în masă. La începutul anului 2010, pe fondul unor pierderi mari, Bring Citymail s-a retras de pe piața daneză. Părțile dispută aspectul dacă această retragere a fost legată de sistemul de rabaturi practicat în perioada respectivă de Post Danmark asupra trimiterilor poștale directe.

10. Post Danmark a introdus sistemul de rabaturi menționat începând cu anul 2003. Rabaturile, care aveau valori între 6 % și 16 % din taxele poștale normale [6], erau standardizate și erau acordate tuturor clienților în aceleași condiții de aplicare. Perioada de referință era de câte un an. Pentru acordarea rabaturilor se lua în considerare întreaga cantitate expediată prin Post Danmark în perioada de referință de un an, începând cu un volum de minim 3 000 de scrisori. Sistemul de rabaturi nu diferenția în funcție de aspectul dacă volumul expediat era acoperit de monopolul deținut de Post Danmark sau dacă în respectiva zonă activa un concurent al acesteia.

11. Condiția pentru atingerea primului prag de rabat, care prevedea o reducere de preț de 6 %, era ca, în anul de referință, clientul să predea spre livrare cel puțin 30 000 de scrisori, respectiv ca valoarea brută a taxelor poștale aferente trimiterilor sale să fie de minimum 300 000 DKK. Sistemul aplicat de Post Danmark prevedea încă opt praguri de rabat [7]. În cazul primelor șapte praguri de rabat, reducerea de preț creștea cu câte un procent, în cazul ultimelor două praguri de rabat, cu câte două procente, până la o valoare maximă a rabatului de 16 %. Eșalonarea rabaturilor acordate a produs efecte mai ales asupra clienților medii, marii clienți, având în vedere volumul de comenzi, atingând oricum cel mai înalt prag de rabat.

12. Sistemul de rabaturi era aplicat în practică prin stabilirea prețului pentru clientul respectiv la începutul fiecărui an de referință, în mod provizoriu, pe baza volumului de trimiteri pe care îl preconiza pentru anul respectiv. La finalul anului de referință se adaptau – retroactiv – toate prețurile în funcție de scrisorile expediate efectiv de client în anul respectiv. Aceasta putea să conducă la obligația clientului de a rambursa Post Danmark o anumită sumă atunci când volumul comenzilor sale era inferior volumului prognozat și când, la începutul anului, s-a anticipat și s-a acordat un rabat prea mare.

13. Konkurrenceråd a considerat că aplicarea sistemului de rabaturi reprezintă un abuz de poziție dominantă. Modul de aplicare a rabaturilor a condus la fidelizarea clienților și la denaturarea pieței trimiterilor poștale în masă în detrimentul concurenților actuali și potențiali, fără a exista în contrapartidă avantaje în termeni de eficiență pentru consumatori și care ar putea compensa efectele anticoncurențiale.

14. În cadrul evaluării sale, Konkurrenceråd a renunțat la o analiză a prețurilor și a costurilor prin intermediul unui test AEC. Potrivit Konkurrenceråd, acesta nu ar fi un criteriu de evaluare adecvat întrucât, date fiind circumstanțele deosebite de pe piața daneză a trimiterilor poștale, nici nu ar putea exista un concurent la fel de eficient. Pentru a justifica luarea în considerare a existenței unui abuz, autoritatea în domeniul concurenței s-a întemeiat mai degrabă pe poziția deosebită deținută de Post Danmark pe piața relevantă, care face din aceasta un partener comercial inevitabil. În plus, Konkurrenceråd s-a referit printre altele la existența unor bariere de acces pe piață, precum și la structura concretă a sistemului de rabaturi, în special la caracterul său retroactiv pe o perioadă de referință de un an, la volumul reducerii de preț de până la 16 % și la o analiză a poziției efective a clienților în cadrul pragurilor de rabat.

6 — Potrivit datelor furnizate de Post Danmark, rabatul acordat era în medie de 10,6 %.

7 — Celelalte praguri de rabat erau stabilite la: 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 și 2 000 000 de trimiteri, respectiv o valoare brută de minimum 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 și 20 000 000 DKK.

15. Prin decizia din 10 mai 2010, Konkurrenceankenævn [8] a confirmat decizia Konkurrenceråd. La 1 iulie 2010, Post Danmark a atacat decizia la instanța de trimitere, Sø- og Handelsret [9] din Danemarca. Bring Citymail Danmark a intervenit în procedura principală în susținerea Konkurrenceråd.

IV – **Cererea de decizie preliminară și procedura în fața Curții**

16. Prin ordonanța din 8 ianuarie 2014, primită la 16 ianuarie 2014, Sø- og Handelsret a adresat Curții următoarele întrebări preliminare:

„1) Ce criterii ar trebui folosite pentru a se stabili dacă constituie un abuz de poziție dominantă, contrar articolului 82 CE, utilizarea de către o întreprindere care deține o poziție dominantă pe piață a unui sistem de rabaturi cu un prag cantitativ standardizat, astfel cum a fost descris în cererea de decizie preliminară?

I se solicită Curții ca în răspunsul dat să aducă clarificări în privința relevanței pe care o are în cadrul aprecierii eventuala fixare a pragului sistemului de rabaturi în așa fel încât sistemul să se aplice majorității clienților de pe piață.

I se solicită de asemenea Curții să aducă clarificări în privința relevanței, dacă aceasta există, pe care o au prețurile și costurile practicate de întreprinderea dominantă în vederea aprecierii unui astfel de sistem de rabaturi în raport cu articolul 82 CE (relevanța unui test al «concurentului la fel de eficient»).

I se solicită în același timp Curții să aducă clarificări în privința relevanței pe care o au în acest context caracteristicile pieței, inclusiv dacă aceste caracteristici ale pieței pot să justifice că efectul de blocaj este demonstrat prin alte examinări și analize decât testul „concurentului la fel de eficient” (a se vedea în acest sens punctul 24 din Comunicarea Comisiei privind aplicarea articolului 82 CE).

2) Care este probabilitatea și gravitatea la care trebuie să se ridice efectul anticoncurențial al unui sistem de rabaturi cu caracteristicile menționate în cererea de decizie preliminară pentru a fi aplicabil articolul 82 CE?

3) Având în vedere răspunsurile date la prima și la a doua întrebare, care sunt circumstanțele specifice de care trebuie să țină seama instanța națională atunci când apreciază dacă un sistem de rabaturi generează sau poate genera, în circumstanțe precum cele descrise în cererea de decizie preliminară (caracteristici ale pieței și ale sistemului de rabaturi), un astfel de efect de blocaj în cauza respectivă încât să constituie un abuz definit de articolul 82 CE?

Legat de acest aspect, efectul de blocaj trebuie sa semnificativ?”

17. În procedura în fața Curții au prezentat observații scrise, în afară de Post Danmark și Bring Citymail, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Comisia Europeană și Autoritatea de Supraveghere AELS. Cu excepția Germaniei, aceste părți au participat și la ședința din 26 martie 2015.

8 — Comisia de apel în materie de concurență.

9 — Instanța pentru litigii maritime și comerciale.

V – **Apreciere**

18. În esență, prin seria cuprinzătoare de întrebări, Sø- og Handelsret dorește să afle ce criterii sau „orientări” trebuie folosite în cadrul aplicării articolului 82 CE pentru a evalua sistemele de rabaturi practicate de întreprinderile care dețin o poziție dominantă. Instanța de trimitere solicită Curții în special clarificări privind aspectul dacă efectuarea unui test AEC în scopul constatării unui abuz de poziție dominantă este necesară din punct de vedere juridic și dacă la evaluarea unui posibil efect de excludere produs printr-un sistem de rabaturi se aplică un prag de sensibilitate (un prag minim).

19. Aceste probleme se ridică pe fondul unui sistem de rabaturi aplicat de Post Danmark care prezenta, printre altele, următoarele caracteristici:

— sistemul de rabaturi se întemeia pe condiții standardizate și de aplicabilitate generală, cuprindea nouă praguri de rabat cu reduceri între 6 % și 16 %, se aplica unei perioade de referință de un an și avea efect retroactiv;

— sistemul de rabaturi se aplica pe o piață pe care Post Danmark avea o cotă de piață de 95 % și pe care mai mult de 70 % din scrisorile care urmau să fie trimise erau acoperite de monopolul întreprinderii. Existau bariere mari în calea accesului pe piață, Post Danmark dispunea de avantaje structurale și s-a confruntat cu Bring Citymail, un concurent considerabil mai mic, numai temporar, pe o parte a pieței geografice.

20. Pentru a răspunde la această cerere de decizie preliminară, trebuie avută în vedere interdicția privind abuzul de poziție dominantă în versiunea anterioară intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona, întrucât procedura principală are ca obiect aplicarea unui sistem de rabaturi în anii 2007 și 2008, iar autoritatea daneză în domeniul concurenței a adoptat decizia în litigiu în luna iunie 2009. Desigur, observațiile prezentate în continuare cu privire la articolul 82 CE pot fi transpuse fără probleme în privința articolului 102 TFUE, care are conținut identic.

21. Având în vedere că anumite aspecte din întrebările preliminare se suprapun într-o măsură considerabilă, se impune să răspundem la acestea într-o ordine modificată și să detaliem apoi pe rând diferitele probleme juridice menționate în ordonanța de trimitere.

A – *Criteriile pentru aprecierea sistemelor de rabaturi practicate de întreprinderile care dețin o poziție dominantă*

1. Generalități (prima parte a primei întrebări)

22. Prima parte a primei întrebări adresate de instanța de trimitere privește prevederile legale cu caracter general care, potrivit articolului 82 CE, se aplică în cadrul aprecierii sistemelor de rabaturi practicate de întreprinderile care dețin o poziție dominantă.

23. La o primă analiză, poate părea surprinzător că, potrivit articolului 82 CE, rabaturile aplicate de întreprinderile cu poziție dominantă, care reprezintă totuși un preț mai avantajos pentru clienții acestora, ar putea fi calificate drept un abuz.

24. Cu toate acestea, trebuie să se ia în considerare că gradul de concurență pe piața relevantă este redus tocmai din cauza prezenței întreprinderii dominante [10]. Pentru aceasta, indiferent de cauzele poziției sale dominante, întreprinderii care deține o poziție dominantă îi revine o responsabilitate specială de a nu aduce atingere prin comportamentul său unei concurențe efective și nedenaturate pe piața comună [11].

25. Prin urmare, în domeniul de aplicare al articolului 82 CE, o întreprindere aflată în poziție dominantă este supusă anumitor limitări, care nu se aplică în această formă altor întreprinderi. O practică autorizată în condiții de concurență normală poate fi abuzivă atunci când este aplicată de o întreprindere dominantă [12]. În special, nu orice concurență prin prețuri la care recurge întreprinderea dominantă poate fi considerată legitimă [13].

26. După cum arată în mod întemeiat Comisia, în spatele rabaturilor acordate de întreprinderi dominante se pot ascunde uneori practici anticoncurențiale, care dau impresia că sunt expresia unei oferte deosebit de avantajoase, dar care, la o analiză mai detaliată, nu reprezintă prețuri cu adevărat reduse și dăunează concurenței într-o mare măsură.

27. Desigur, nu există o prezumție generală că sistemele de rabaturi ale întreprinderilor dominante au un caracter abuziv, prezumție care trebuie răsturnată de respectivele întreprinderi. Cu toate acestea, în cazul unor asemenea rabaturi, delimitarea între concurența legitimă bazată pe merite, pe de o parte, și practicile comerciale anticoncurențiale, pe de altă parte, este de regulă o problemă delicată care trebuie analizată cu atenție.

28. În cadrul jurisprudenței sale [14], Curtea a recunoscut că, în mod normal, rabaturile cantitative, care sunt legate exclusiv de volumul achizițiilor, nu produc efecte anticoncurențiale și deci nu au caracter abuziv chiar dacă sunt acordate de o întreprindere dominantă. În cazul în care creșterea cantității furnizate se traduce printr-un cost inferior pentru furnizor, acesta are astfel dreptul să acorde clientului său reducerea printr-un tarif mai favorabil. În schimb, în sensul articolului 82 CE, sunt abuzive de regulă rabaturile de fidelitate sau de target, prin care întreprinderile dominante încearcă să își fidelizeze propriii clienți și să atragă clienții concurenților lor.

29. În sfârșit, potrivit articolului 82 CE, pentru aprecierea sistemului de rabaturi al unei întreprinderi dominante, nu prezintă relevanță dacă acest sistem poate fi clasificat la o categorie uzuală – în special la rabaturi cantitative sau de fidelizare. Un aspect determinant este mai degrabă dacă aceste rabaturi urmăresc, printr-un avantaj care nu se bazează pe nicio prestație economică care să îl justifice, să priveze cumpărătorul de posibilitatea de a-și alege sursele de aprovizionare sau să restrângă această posibilitate, să blocheze accesul pe piață al concurenților sau să întărească poziția dominantă printr-o concurență denaturată [15]. Pe scurt, prezintă relevanță dacă întreprinderea dominantă acordă rabaturi care pot produce un *efect de excludere* de pe piața relevantă fără să existe o justificare economică

10 — Hotărârile Hoffmann-La Roche/Comisia (85/76, EU:C:1979:36, punctul 91), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 70) și Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctul 17).

11 — Hotărârea Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 57); în același sens, Hotărârile France Télécom/Comisia (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punctul 105), Deutsche Telekom/Comisia (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punctul 176) și TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punctul 24).

12 — Hotărârea Compagnie maritime belge transports și alții/Comisia (C-395/96 P și C-396/96 P, EU:C:2000:132, punctul 131).

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

14 — Hotărârile Suiker Unie și alții/Comisia (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 și 114/73, EU:C:1975:174, punctul 518), Hoffmann-La Roche/Comisia (85/76, EU:C:1979:36, punctele 89 și 90), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 71), Portugalia/Comisia (C-163/99, EU:C:2001:189, punctul 50), Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctul 70) și Michelin/Comisia (T-203/01, EU:T:2003:250, punctele 56-59).

15 — Hotărârile Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 73), British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 67), Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctul 71) și Michelin/Comisia (T-203/01, EU:T:2003:250, punctul 60).

obiectivă, și anume transferul economiilor de costuri către client [16]. În plus, în special potrivit articolului 82 al doilea paragraf litera (c) CE, întreprinderii dominante îi este interzis să acorde rabaturi discriminatorii prin care să aplice partenerilor comerciali condiții inegale la prestații echivalente [17].

30. În speță, având în vedere condițiile standardizate și de aplicabilitate generală, nu există indicii pentru un eventual caracter discriminatoriu al sistemului de rabaturi practicat de Post Danmark. Pentru acest motiv, autoritățile naționale sesizate cu litigiul principal s-au întrebat în mod întemeiat dacă sistemul de rabaturi folosit de Post Danmark poate produce un efect de excludere care nu are o justificare economică.

31. Aspectul dacă rabaturile acordate de o întreprindere dominantă pot produce un asemenea efect de excludere trebuie să fie apreciat pe baza tuturor circumstanțelor relevante ale cazului individual [18] (a se vedea în acest sens precizările noastre din secțiunile 2 și 3).

32. În acest sens, se înțelege de la sine că nici dorința întreprinderii dominante de a înregistra o cifră de afaceri mai mare, nici efortul de a-și planifica mai bine activitatea comercială nu pot fi considerate o justificare economică a acordării rabaturilor atunci când acestea sunt de natură să producă un efect de excludere [19].

2. Circumstanțele care trebuie luate în considerare la aprecierea sistemelor de rabaturi (prima parte a celei de a treia întrebări și ultima parte a primei întrebări)

33. Prima parte a celei de a treia întrebări și ultima parte a primei întrebări se referă la circumstanțele care trebuie luate în considerare în concret la aprecierea eventualului efect de excludere produs de sistemele de rabaturi în conformitate cu articolul 82 CE.

34. Având în vedere natura lor, nu este posibil să se întocmească o listă exhaustivă a tuturor circumstanțelor care trebuie luate în considerare în general în cadrul articolului 82 CE, întrucât fiecare piață și fiecare sistem de rabaturi poate avea particularitățile sale. Cu toate acestea, ținând seama de situația de fapt din procedura principală, prezentată în ordonanța de trimitere, este posibil să se ofere instanței de trimitere câteva indicații utile, menite să faciliteze soluționarea cauzei.

35. Potrivit unei jurisprudențe consacrate, pentru a putea evalua un sistem de rabaturi potrivit articolului 82 CE, trebuie să fie apreciate în special criteriile și modalitățile de acordare a rabatului [20] [a se vedea în acest sens în continuare subsecțiunea a)]. Totuși, după cum reiese din formularea utilizată de Curte, „în special”, și alți factori pot juca un rol important, și anume condițiile de concurență predominante pe piața relevantă și, în strânsă legătură cu acestea, poziția întreprinderii dominante pe piața respectivă [a se vedea, mai jos, subsecțiunea b)].

16 — Hotărârea British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctele 68 și 69).

17 — Hotărârile Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 73), British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 67), Portugalia/Comisia (C-163/99, EU:C:2001:189, punctul 50) și Michelin/Comisia (T-203/01, EU:T:2003:250, punctul 60).

18 — Hotărârile Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 73), British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 67), Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctele 18 și 71) și Michelin/Comisia (T-203/01, EU:T:2003:250, punctul 60).

19 — Hotărârea Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 85).

20 — Hotărârile Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 73), British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 67), Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctul 71) și Michelin/Comisia (T-203/01, EU:T:2003:250, punctul 60).

a) Criteriile și modalitățile de acordare a rabaturilor

36. În ceea ce privește criteriile și modalitățile de acordare a rabaturilor, se consideră că sistemul de rabaturi are caracter abuziv dacă, precum cel în discuție practicat de Post Danmark, acesta nu are efect pur progresiv, astfel încât atingerea fiecărui prag un rabat să conducă numai la o reducere aplicabilă tuturor comenzilor suplimentare, ci are efect retroactiv, reducând ulterior prețul tuturor comenzilor date în perioada de referință [21].

37. Astfel, variații relativ modeste, fie că sunt în sensul creșterii sau al diminuării cifrelor de afaceri realizate cu produse ale întreprinderii aflate în poziție dominantă, produc efecte disproporționate asupra cocontractanților [22]. Prin urmare, un asemenea sistem de rabaturi produce de regulă un efect de fidelizare, care poate fi denumit de asemenea efect de aspirare. Acesta facilitează întreprinderii dominante fidelizarea propriilor clienți precum și atragerea clienților concurenților săi și în acest mod aspirarea în favoarea sa a părții disputabile a pieței relevante [23].

38. Potrivit naturii sale, acest efect de aspirare este cu atât mai puternic cu cât rabaturile acordate au o valoare mai mare și cu cât perioada de referință aferentă rabaturilor aplicate la atingerea fiecărui prag nou de rabat este mai îndelungată. În cazul în care, precum în speță, se acordă rabaturi relativ mari, între 6 % și 16 %, și aceasta cu efect retroactiv pentru o perioadă de referință relativ îndelungată, de un an [24], există indiciile unui efect de aspirare puternic. În speță, efectul de aspirare este și intensificat prin faptul că rabaturile se aplicau identic atât părții disputabile, cât și părții nedisputabile a pieței relevante, așadar, în special trimiterilor de până la 50 de grame incluse în monopolul legal în favoarea Post Danmark.

39. În schimb, dacă se poate dovedi existența intenției întreprinderii dominante de a elimina concurența, acest aspect reprezintă un indiciu important pentru caracterul abuziv al sistemului de rabaturi practicat de aceasta [25]. Existența unei asemenea intenții sau strategii de excludere a concurenței nu reprezintă însă o condiție obligatorie pentru constatarea încălcării articolului 82 CE, întrucât abuzul de poziție dominantă este o noțiune obiectivă [26]. Simplul fapt că Post Danmark declară în speță că nu a acționat cu intenția de a produce un efect de excludere nu protejează în nici un caz întreprinderea de constatarea unui abuz în sensul articolului 82 CE.

40. Caracterul abuziv al rabatului oferit de întreprinderea dominantă este deosebit de evident în cazul existenței unei discriminări între partenerii comerciali, în sensul articolului 82 al doilea paragraf litera (c) CE. Cu toate acestea, un sistem de rabaturi poate fi abuziv în sensul articolului 82 CE și atunci când produce efecte de excludere de pe piața relevantă, fără să includă elemente discriminatorii [27]. În acest context, Autoritatea de Supraveghere AELS a subliniat în mod întemeiat că diferențierea între rabaturile individualizate și cele standardizate prezintă mai puțină relevanță și că ceea ce contează este mai degrabă să se verifice dacă sistemul de rabaturi poate să producă efecte de excludere pe piață.

21 — A se vedea în acest sens Hotărârile Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 81), British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 73) și Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, în special punctul 75).

22 — Hotărârea British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 73).

23 — Hotărârea Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctul 79).

24 — Cu privire la întinderea perioadei de referință a se vedea de exemplu Hotărârea Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 81).

25 — A se vedea în acest sens Hotărârea Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctele 20 și 21).

26 — Hotărârile Hoffmann-La Roche/Comisia (85/76, EU:C:1979:36, punctul 91), AKZO/Comisia (C-62/86, EU:C:1991:286, punctul 69), TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punctul 27) și Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctele 17 și 23).

27 — Hotărârea Michelin/Comisia (T-203/01, EU:T:2003:250, punctul 65).

41. În sfârșit, facturarea către clienți a unor „prețuri negative”, cu alte cuvinte, a unor prețuri inferioare prețului de cost, *nu* reprezintă o condiție prealabilă constatării caracterului abuziv al unui sistem de rabaturi retroactive practicate de o întreprindere dominantă [28]. Astfel, pe baza cifrei de afaceri considerabil mai ridicate, de regulă, întreprinderea dominantă poate să își acopere costurile în pofida acordării unor rabaturi considerabile. Prin rabaturile acordate, aceasta poate produce, așadar, un efect de excludere fără a suferi neapărat pierderi.

b) Condițiile concurențiale predominante de pe piața relevantă și poziția întreprinderii dominante pe această piață

42. În plus, în ceea ce privește condițiile concurențiale predominante și poziția întreprinderii dominante pe piața relevantă, eventualul efect de excludere anticoncurențial al sistemului de rabaturi se va produce cu atât mai probabil și va fi cu atât mai important cu cât poziția întreprinderii dominante pe piața relevantă este mai puternică și cu cât poziția concurenților săi actuali sau potențiali este mai slabă. În acest sens, nu trebuie să se țină seama numai de cotele de piață ale întreprinderii dominante și ale concurenților săi, ci și de originea poziției dominante a liderului și de existența unui eventual monopol legal pe care îl deține pe întreaga piață sau pe o parte a acesteia [29].

43. În speță, potrivit constatărilor ordonanței de trimitere, în calitate de societate de poștă de stat, istorică, Post Danmark deținea o cotă de piață covârșitoare de 95 % pe piața daneză a trimiterilor poștale în masă, iar Bring Citymail o cotă de numai aproximativ 5 %.

44. O asemenea diferență mare între cota de piață a întreprinderii dominante și a concurenței poate intensifica producerea efectelor de excludere întrucât, în aceste condiții, concurenților întreprinderii dominante le este foarte dificil să ofere condiții mai avantajoase decât rabaturile bazate pe întregul volum de achiziții [30].

45. În plus, 70 % din această piață a făcut obiectul monopolului de stat al Post Danmark, așadar, al monopolului pentru corespondența sub 50 de grame, iar această cotă nu era deschisă de la început concurenței. În continuare, Bring Citymail, care era singurul concurent al Post Danmark demn de luat în considerare, își desfășura activitatea numai pe o parte a pieței geografice, și anume în zona Copenhaga, iar Post Danmark deținea o rețea eficientă de distribuție pe întreg teritoriul național.

46. Toate aceste aspecte sugerează că, având în vedere poziția sa preponderentă pe piață, Post Danmark era un partener comercial inevitabil, motiv pentru care rabaturile pe care le practica aveau un potențial de excludere considerabil [31]. Această impresie devine mai puternică atunci când se analizează, în plus, câteva elemente structurale care caracterizează piața relevantă.

47. După cum am amintit anterior, o piață precum piața daneză a trimiterilor poștale în masă se caracterizează prin prestarea unor servicii legate de existența unei rețele. Pentru a-și desfășura activitatea într-un mod eficient din punct de vedere economic și pentru a putea presta serviciile la care se așteaptă clienții, un operator pe o asemenea piață are nevoie de o rețea de distribuție cât mai performantă. După cum s-a constatat de asemenea în ordonanța de trimitere, reversul medaliei îl

28 — Hotărârea Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctul 73).

29 — A se vedea în acest sens Hotărârea Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punctul 23 *in fine*).

30 — Hotărârile Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 82) și British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 75), precum și Concluziile noastre în această din urmă cauză citată (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punctul 52).

31 — În ceea ce privește în special obligația de a lua în considerare întreprinderea care deține poziția dominantă ca partener comercial inevitabil, a se vedea Hotărârile Hoffmann-La Roche/Comisia (85/76, EU:C:1979:36, punctul 41) și Compagnie maritime belge transports și alții/Comisia (C-395/96 P și C-396/96 P, EU:C:2000:132, punctul 132).

reprezintă faptul că, din punct de vedere economic, o asemenea piață se caracterizează prin importante economii la scară și prin bariere înalte care blochează accesul, care îngreunează stabilirea concurenților întreprinderii dominante pe piață și concurarea acestei întreprinderi pentru partea disputabilă a pieței.

48. În plus, pentru aprecierea eventualelor efecte de excludere produse de sistemele de rabaturi practicate de întreprinderile dominante, ar putea prezenta relevanță disponibilitatea clienților de a schimba furnizorul de pe piața relevantă și cota din necesarul acestora care ar putea fi acoperită de concurenți ai întreprinderii dominante fără să piardă rabaturile.

49. În procedura principală s-a constatat în acest sens că, în cazul clienților în discuție, pentru două treimi din trimiterile poștale accesibile concurenței, schimbarea furnizorului Post Danmark cu alt furnizor de servicii poștale s-ar fi putut petrece numai cu renunțarea la rabaturi. Acest aspect sugerează un potențial efect de excludere puternic al sistemului de rabaturi al Post Danmark.

50. În concluzie, având în vedere condițiile concurențiale de pe piața relevantă și poziția întreprinderii dominante pe această piață, în speță există indicii importante pentru faptul că un sistem de rabaturi precum cel practicat de Post Danmark ar putea produce efecte de excludere considerabile.

3. Cu privire la impactul sistemului de rabaturi (a doua parte a primei întrebări)

51. A doua parte a primei întrebări se referă la impactul unui sistem de rabaturi precum cel practicat de Post Danmark. Instanța de trimitere dorește să afle ce importanță prezintă pentru aprecierea în lumina articolului 82 CE aspectul că, având în vedere caracterul standardizat al diferitor praguri de rabat (denumite în ordonanța de trimitere „praguri cantitative”), sistemul de rabaturi nu este conceput pentru anumiți clienți individuali, ci se aplică majorității clienților de pe piață.

52. După cum a stabilit în urmă cu mai mult timp Curtea, numărul contractelor cărora li se aplică rabaturile oferite de o întreprindere dominantă și deci numărul clienților afectați are caracter neglijabil pentru aprecierea juridică a acestor rabaturi în temeiul articolului 82 CE [32].

53. Astfel, simpla împrejurare că un sistem de rabaturi se aplică mai multor clienți sau majorității clienților de pe piață și că are, așadar, un impact larg nu denotă caracterul său abuziv în sensul articolului 82 CE.

54. Cu toate acestea, în cazul în care un asemenea sistem de rabaturi este menit să producă un efect de aspirare în favoarea întreprinderii dominante, cuprinderea unui număr considerabil de clienți și a majorității părții disputabile a pieței poate produce efecte de excludere efective sau potențiale mai grave decât sistemele de rabaturi cu impact redus. Mai mulți participanți la procedură au atras în mod întemeiat atenția asupra acestui aspect.

4. Concluzie intermediară

55. În sinteză, trebuie, așadar, constatat că:

Sistemul de rabaturi practicat de o întreprindere care deține o poziție dominantă este abuziv în sensul articolului 82 CE atunci când, pe baza aprecierii tuturor circumstanțelor cazului individual, rezultă că rabaturile pot să producă un efect de excludere care nu are justificare economică, luând în considerare în acest sens în special criteriile și modalitățile de acordare a rabaturilor, condițiile concurențiale predominante pe piața relevantă și poziția întreprinderii dominante pe această piață.

32 — Hotărârea Suiker Unie și alții/Comisia (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 și 114/73, EU:C:1975:174, punctul 511).

B – *Importanța criteriului concurentului la fel de eficient (testul „as-efficient-competitor” sau testul AEC) (al treilea aspect al primei întrebări)*

56. Al treilea și ultimul aspect al primei întrebări preliminare se referă în special la testul AEC. În cadrul unui asemenea test se încearcă să se deducă dintr-o comparație a prețurilor și a costurilor [33] dacă un concurent la fel de eficient ca întreprinderea dominantă poate concura cu aceasta din urmă sau dacă, dimpotrivă, politica privind rabaturile practicată de întreprinderea dominantă produce efecte de excludere pe piața relevantă.

57. Instanța de trimitere întreabă dacă, din punct de vedere juridic, constatarea abuzului de poziție dominantă reprezentat de aplicarea unui sistem de rabaturi presupune efectuarea unui test AEC și dacă nu, din ce alte împrejurări se poate deduce eventual caracterul abuziv al acestui sistem de rabaturi.

58. Aceste aspecte ale întrebării trebuie analizate în contextul Comunicării din 2009 a Comisiei [34], în care, în calitate de autoritate în domeniul concurenței, aceasta a făcut cunoscute prioritățile sale cu privire la aplicarea articolului 82 CE. În prezenta cauză, instanța de trimitere face referire expresă la această Comunicare privind prioritățile.

59. În Comunicarea privind prioritățile, Comisia a precizat că dorește să intervină împotriva practicilor de excludere bazate pe preț numai atunci când comportamentul abuziv al întreprinderii aflate în poziție dominantă au împiedicat deja sau pot împiedica concurența din partea concurenților care sunt considerați a fi la fel de eficienți ca și întreprinderea dominantă (engleză: „as efficient competitors”) [35]. Pentru a face această constatare, Comisia și-a impus să aplice de regulă criteriul concurentului la fel de eficient cu privire la practicile abuzive de excludere bazate pe preț.

60. Cu toate acestea, practica administrativă a Comisiei nu produce efecte obligatorii pentru autoritățile naționale și pentru instanțele în materia concurenței. Acest aspect rezultă, pe de o parte, din însăși modul de redactare a Comunicării privind prioritățile, care „nu se dorește a fi o interpretare a legii” [36], și, pe de altă parte, din jurisprudența consacrată privind asemenea comunicări ale Comisiei [37]. Chiar dacă, la rândul lor, autoritățile naționale nu sunt împiedicate să apeleze la testul AEC, conform exemplului Comisiei, din perspectivă juridică, ele sunt obligate să respecte numai aspectele ce rezultă din articolul 82 CE. Clarificarea acestor aspecte revine Curții.

61. În opinia noastră, din articolul 82 CE nu se poate deduce *nicio* obligație juridică de a întemeia constatarea caracterului abuziv al sistemelor de rabaturi ale întreprinderilor dominante întotdeauna pe o analiză a prețurilor și a costurilor precum testul AEC.

33 — Se analizează costurile evitabile medii ale întreprinderii aflate în poziție dominantă pe piață, costurile marginale medii pe termen lung, precum și prețul pe care un concurent al întreprinderii aflate în poziție dominantă pe piață ar trebui să îl ofere clienților săi pentru a compensa pierderea rabatului oferit de întreprinderea respectivă.

34 — Comunicarea Comisiei „Orientări privind prioritățile Comisiei în aplicarea articolului 82 din Tratatul CE la practicile de excludere abuzivă ale întreprinderilor dominante”, prezentată la 24 februarie 2009 (JO C 45, p. 7, denumită în continuare „Comunicarea privind prioritățile”).

35 — Punctul 23 din Comunicarea privind prioritățile. Ne permitem să precizăm că versiunea în limba germană a pasajului respectiv din Comunicarea privind prioritățile, care are următorul conținut „daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen” [împiedică sau au împiedicat deja concurența], reflectă doar incomplet prevederile legale potrivit cărora efectele anticoncurențiale efective nu trebuie dovedite (Hotărârile British Airways/Comisia, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 68, și Tomra Systems și alții/Comisia, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctele 68 și 79). Versiunile în limbile engleză („has already been or is capable of hampering competition”) și franceză („ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence”) ale Comunicării privind prioritățile par să fie într-o mai mare măsură compatibile cu cadrul juridic reprezentat de articolul 82 CE (articolul 102 TFUE).

36 — Punctul 3 din Comunicarea privind prioritățile.

37 — Hotărârile Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, punctul 21) și Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punctele 29 și 31).

62. Este adevărat că, în ceea ce privește practicile bazate de prețuri, altele decât rabaturile, Curtea a impus ocazional efectuarea unui test AEC, subliniind că articolul 82 CE interzice *în special* unei întreprinderi în poziție dominantă să aplice practici tarifare care produc efecte de excludere *pentru concurenții săi la fel de eficienți*[38].

63. Cu toate acestea, din perspectiva dreptului concurenței, din jurisprudență nu se poate deduce cerința absolută de a efectua mereu un test AEC la aprecierea practicilor abuzive de excludere bazate pe preț. Pe de o parte, jurisprudența în discuție se referă în mod special la practicile cu privire la preț ale întreprinderilor dominante, de exemplu politica prețurilor reduse (cu titlu de exemplu, oferirea unui preț în pierdere) sau micșorarea marjei, care deja, prin natura lor, se află în strânsă legătură cu structura costurilor întreprinderilor respective. Pe de altă parte, formularea aleasă de Curte, „în special" (franceză: „notamment")[39], denotă în mod clar că trebuie să se considere că există un abuz de poziție dominantă numai atunci când se produce un efect de excludere al unor întreprinderi la fel de eficiente precum întreprinderea dominantă.

64. În ceea ce privește în special sistemele de rabaturi ale întreprinderilor dominante, până în prezent, Curtea nu a condiționat niciodată calificarea acestora drept abuzive în sensul articolului 82 CE de o analiză a prețurilor și a costurilor. În schimb, Curtea a hotărât că lipsa unei comparații între prețuri și costuri nu reprezintă o eroare de drept[40]. Curtea ar trebui să urmeze această linie de interpretare și în prezenta cauză.

65. Este, desigur, posibil ca, din punct de vedere teoretic, constatarea unei practici abuzive de excludere bazate pe preț să fie condiționată de efectuarea unui test AEC, iar acest test să fie impus și cu privire la sistemele de rabaturi ale întreprinderilor dominante. Cu toate acestea, o asemenea evoluție a jurisprudenței referitoare la aplicarea articolului 82 CE trebuie să fie privită cu scepticism, pentru mai multe motive.

66. Pe de o parte, valoarea adăugată a analizelor economice complicate nu este întotdeauna evidentă și poate conduce la o utilizare disproporționată a resurselor autorităților din domeniul concurenței și ale instanțelor, care vor lipsi în alte cazuri în care sunt necesare pentru a veghea la aplicarea eficientă a regulilor de concurență. După cum o dovedesc în mod exemplar susținerile Post Danmark, ale Bring Citymail și ale guvernului danez, metodologia aplicată poate conduce la divergențe de opinie considerabile[41]. Independent de acestea, datele disponibile pe care se întemeiază analiza nu sunt mereu fiabile[42] și presupun disponibilitatea întreprinderii dominante de a colabora în mod veritabil cu autoritățile din domeniul concurenței, precum și cu instanțele, aspect care, după cum a subliniat guvernul german, nu este garantat în toate cazurile.

67. Pe de altă parte, este util să avertizăm în legătură cu ideea eronată potrivit căreia problematica practicii abuzive de excludere bazate pe prețuri s-ar putea soluționa în mod simplu și sigur din punct de vedere juridic printr-un tip de formulă matematică bazată numai pe elementele de preț și de cost ale întreprinderilor afectate. După cum am menționat anterior: datele întreprinderilor permit deseori interpretări variate.

38 — Hotărârea Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punctul 25); a se vedea și Hotărârile Deutsche Telekom/Comisia (C-280/08 P, EU:C:2010:603, în special punctele 177, 183, 196, 203 și 254) și TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, în special punctele 67, 73 și 94). Și în Hotărârea AKZO/Comisia (C-62/86, EU:C:1991:286, în special la punctele 71 și 72) se face referire, printre altele, la o analiză preț-costuri.

39 — Hotărârile Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punctul 25) și Deutsche Telekom/Comisia (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punctul 177.

40 — Hotărârea Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctul 80; a se vedea în completare și punctul 73).

41 — La punctul 25 din Comunicarea privind prioritățile, Comisia consideră de asemenea că rezultatul unui test AEC nu este mereu concludent.

42 — Comisia subliniază tot la punctul 25 din Comunicarea privind prioritățile că, pentru un test AEC, trebuie să fie disponibile date suficient de fiabile.

68. În principal însă, constatarea unui abuz în cadrul articolului 82 CE, ca de altfel și în alte situații, presupune ca evaluarea să se facă luând în considerare toate circumstanțele relevante ale respectivului caz individual și să nu se rezume numai la analiza elementelor de preț și de cost. Mai mult, pentru constatarea unui abuz, pot prezenta relevanță numeroși alți factori, și anume structura concretă a unui sistem de rabaturi, precum și anumite particularități ale pieței pe care operează întreprinderea dominantă. Aceștia pot fi chiar mai semnificativi decât o analiză a prețurilor și a costurilor.

69. Aprecierea în funcție de toate circumstanțele din speță, precum și prin posibilitatea unei justificări economice obiective a practicii comerciale a întreprinderii dominante garantează în mod suficient că cerințele legale privind constatarea abuzului în sensul articolului 82 CE nu încalcă realitățile economice [43].

70. În cazul în care caracterul abuziv al sistemului de rabaturi al întreprinderii dominante rezultă deja din aprecierea tuturor celorlalte circumstanțele ale cazului individual, după cum am amintit mai sus [44], din punct de vedere juridic, nu este necesar să se efectueze o analiză a prețurilor și costurilor de genul aceleia cuprinse în testul AEC.

71. Obligația de a efectua un test AEC, potrivit articolului 82 CE, nu poate exista cu atât mai mult cu cât, având în vedere structura pieței, este exclus ca o altă întreprindere să poată fi la fel de eficientă ca întreprinderea dominantă. Este posibil ca această situație să fie rezultatul condițiilor speciale de concurență de pe piața relevantă (de exemplu întrucât această piață se caracterizează – precum cea din speță – prin bariere de acces înalte, venituri mari de scară și/sau servicii legate de existența unei rețele) sau ale faptului că nivelul costurilor întreprinderii dominante depinde tocmai de situația de avantaj competitiv de care această întreprindere dispune datorită poziției dominante [45].

72. În astfel de cazuri este din start inutil să se examineze prin intermediul unui anumit tip de analiză a prețurilor și a costurilor dacă sistemul de rabaturi al întreprinderii dominante produce un efect de excludere a unui concurent ipotetic la fel de eficient. Astfel, în situația în care nici nu poate exista un concurent la fel de eficient ca întreprinderea dominantă, nici efectuarea ulterior a unui test AEC nu permite să se deducă în mod fiabil dacă se pot sau nu se pot produce efecte de excludere de pe piață.

73. Dimpotrivă, pe o piață pe care, având în vedere prezența întreprinderii dominante, concurența este atât de slăbită încât concurenți la fel de eficienți nici nu se pot stabili, nu trebuie subestimată presiunea exercitată chiar și de concurenți mai puțin eficienți [46]. Menținerea acestei presiuni se numără printre obiectivele fundamentale urmărite de articolul 82 CE. Astfel, trebuie să se evite ca structura pieței și opțiunile clienților să fie prejudiciate suplimentar prin practicile comerciale ale întreprinderii dominante [47].

74. Prin urmare, potrivit articolului 82 CE, este interzis să se efectueze un test AEC pe o piață cu o structură care nu permite ca o altă întreprindere să fie la fel de eficientă ca întreprinderea dominantă.

43 — A se vedea în acest sens Concluziile noastre în cauza Solvay/Comisia (C-109/10 P, EU:C:2011:256, punctul 80).

44 — A se vedea în acest sens punctele 33-54 din prezentele concluzii.

45 — A se vedea în acest sens Hotărârea TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punctul 45 *in fine*).

46 — A se vedea în acest sens și punctul 24 din Comunicarea privind prioritățile; a se vedea în continuare Hotărârea Hoffmann-La Roche/Comisia (85/76, EU:C:1979:36, punctul 123 *in fine*).

47 — Hotărârile France Télécom/Comisia (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punctul 105), Deutsche Telekom/Comisia (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punctele 83 și 176); TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punctul 24); și Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punctele 20 și 23); în același sens, Hotărârea British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 66).

75. În sinteză, trebuie să se constate, așadar, că:

Articolul 82 CE nu impune să se demonstreze caracterul abuziv al unui sistem de rabaturi practicat de o întreprindere care deține o poziție dominantă pe piață prin efectuarea unei analize a prețurilor și a costurilor de tipul testului concurentului la fel de eficient (testul „as-efficient-competitor"), în măsura în care caracterul abuziv al acestui sistem de rabaturi rezultă deja dintr-o apreciere a tuturor celorlalte circumstanțe ale cazului individual.

Cu toate acestea, cu excepția situației în care, având în vedere structura pieței, este exclus ca o altă întreprindere să poată fi la fel de eficientă ca întreprinderea dominantă, autoritățile și instanțele care soluționează cauze în domeniul concurenței sunt libere să utilizeze o astfel de analiză a prețurilor și a costurilor în cadrul aprecierii lor cu privire la toate circumstanțele cazului individual.

C – Problema dacă eventualele efecte anticoncurențiale produse de sistemul de rabaturi trebuie să fie semnificative (a doua întrebare și al doilea aspect al celei de a treia întrebări)

76. În final, prin intermediul celei de a treia întrebări, instanța de trimitere dorește să afle „cât de probabil și cât de grav" trebuie să fie efectul anticoncurențial produs de sistemul de rabaturi al unei întreprinderi dominante precum Post Danmark pentru ca „să se aplice" articolul 82 CE. În același sens se îndreaptă și al doilea aspect al celei de a treia întrebări, prin care instanța de trimitere dorește să afle dacă efectul de „blocaj al pieței" produs de un astfel de sistem de rabaturi trebuie să fie „semnificativ".

77. În opinia noastră, nu ar fi suficient ca, în ceea ce privește această problematică, să se răspundă instanței de trimitere prin referire numai la autonomia procedurală a statelor membre în materie de probe [48]. În speță se ridică problema unor cerințe *de fond* care trebuie îndeplinite pentru a constata existența unui abuz în sensul articolului 82 CE. Aceste cerințe țin de dreptul Uniunii și trebuie aplicate în mod unitar la nivelul întregii Uniuni pentru ca toate întreprinderile din Uniunea Europeană să fie supuse unor norme uniforme în materie de drept al concurenței („level playing field") [49].

78. Este util să examinăm separat cele două aspecte menționate de instanța de trimitere, și anume caracterul probabil al unui efect anticoncurențial al pieței, pe de o parte, și gravitatea acestui efect, pe de altă parte.

1. Cu privire la probabilitatea producerii efectului anticoncurențial

79. Instanța de trimitere se întreabă în primul rând cât de probabilă trebuie să fie producerea unui efect anticoncurențial al sistemului de rabaturi al unei întreprinderi dominante pentru a reprezenta un abuz în sensul articolului 82 CE.

48 — A se vedea în acest sens considerentul (5) al Regulamentului (CE) nr. 1/2003 al Consiliului din 16 decembrie 2002 privind punerea în aplicare a normelor de concurență prevăzute la articolele 81 și 82 din tratat (JO 2003, L 1, p. 1, Ediție specială, 08/vol. 1, p. 167).

49 — Cu privire la expresia „level playing field", a se vedea de exemplu Concluziile noastre în cauzele Akzo Nobel Chemicals și Akcros Chemicals/Comisia (C-550/07 P, EU:C:2010:229, punctul 169), Toshiba Corporation și alții (C-17/10, EU:C:2011:552, punctul 118) și Kone și alții (C-557/12, EU:C:2014:45, punctul 29).

80. Trebuie să precizăm că efectul de excludere produs printr-un astfel de sistem de rabaturi nu poate să fie pur ipotetic [50]. Cu alte cuvinte, rabaturile în discuție trebuie să fie de natură, nu doar din punct de vedere *abstract*, ci și din punct de vedere *concret*, să îngreuneze sau să împiedice chiar accesul pe piață al concurenților întreprinderii aflate în poziție dominantă și să facă alegerea între mai multe surse de aprovizionare sau parteneri comerciali [51] mai dificilă sau chiar imposibilă pentru cocontractanții acesteia.

81. În acest scop, nu este însă necesară o analiză complicată a efectelor concrete ale rabaturilor asupra concurenței, adică nu este necesar să se verifice dacă s-a produs *efectiv* un efect de excludere [52]. Astfel, interdicția de la articolul 82 CE se referă și la practicile întreprinderilor dominante cu un efect *potențial* anticoncurențial [53]. Chiar dacă afirmația Post Danmark potrivit căreia sistemul de rabaturi în litigiu nu a reprezentat în cele din urmă cauza retragerii Bring Citymail de pe piața daneză este corectă, acest aspect nu exclude constatarea unei practici abuzive în sensul prevăzut la articolul 82 CE.

82. Potrivit unei jurisprudențe constante, este necesar și chiar suficient ca rabaturile în discuție să *poată* produce un efect de excludere [54]. Această situație se confirmă atunci când, pe baza aprecierii tuturor circumstanțelor relevante ale cazului individual, producerea acestui efect de excludere pare mai probabilă decât neproducerea sa [55].

83. Nu ni se pare indicat să ridicăm mai sus ștacheta în ceea ce privește un abuz necompatibil cu articolul 82 CE și să considerăm că producerea unui efect de excludere trebuie să fie „foarte probabilă” sau „deosebit de probabilă” sau admisă „dincolo de orice îndoială rezonabilă”.

84. Astfel, independent de cauzele poziției dominante pe piață, întreprinderii care deține o poziție dominantă îi revine o responsabilitatea specială de a nu aduce atingere prin comportamentul său unei concurențe efective și nedenaturate pe piața comună [56]. Din această responsabilitate rezultă o anumită obligație de rezervă pe piață. Pentru acest motiv, întreprinderea dominantă trebuie să înceteze *orice* practici comerciale în cadrul cărora este probabil să se producă un efect de excludere, nu numai pe acelea care par să producă un asemenea efect în mod „foarte probabil” sau „deosebit de probabil” sau care trebuie admis „dincolo de orice îndoială rezonabilă”.

85. Gradul de probabilitate al producerii efectelor de excludere poate influența în orice caz gravitatea eventualelor sancțiuni, de exemplu amenzile aplicate de autoritatea în domeniul concurenței. Cuantumul acestora trebuie să respecte principiul proporționalității [articolul 49 alineatul (3) din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene și articolul 23 alineatul (3) din Regulamentul nr. 1/2003]: cu cât este mai probabilă producerea efectului de excludere și cu cât este mai mare impactul acestui efect, cu atât mai dură va fi sancțiunea. Această problematică a sancțiunii nu reprezintă însă obiectul prezentei proceduri de decizie preliminară.

50 — A se vedea în acest sens Hotărârile Deutsche Telekom/Comisia (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punctul 254) și TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punctele 66 și 67).

51 — A se vedea în acest sens Concluziile noastre în cauza British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punctul 73).

52 — Hotărârea Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctele 68 și 79); în același sens, a se vedea Hotărârile Tetra Pak/Comisia (C-333/94 P, EU:C:1996:436, punctul 44) și Michelin/Comisia (T-203/01, EU:T:2003:250, punctul 239).

53 — Hotărârea TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punctul 64); de asemenea, Hotărârea Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punctul 44), care se referă la „excluderea efectivă sau probabilă”.

54 — Hotărârile British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 68) și Michelin/Comisia (T-203/01, EU:T:2003:250, punctul 239).

55 — În acest sens, a se vedea Hotărârea Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), care face referire la „efectele prejudiciabile probabile asupra concurenței” (punctul 42) și la efectul de „excludere efectivă sau probabilă” (punctul 44).

56 — Hotărârea Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, EU:C:1983:313, punctul 57); în același sens, Hotărârile France Télécom/Comisia (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punctul 105), Deutsche Telekom/Comisia (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punctul 176) și TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punctul 24).

2. Cu privire la gravitatea efectului anticoncurențial previzibil

86. În continuare, instanța de trimitere solicită Curții clarificări cu privire la cât de „grav” sau de „semnificativ” trebuie să fie efectul anticoncurențial al sistemului de rabaturi pentru a intra sub incidența interdicției privind abuzul prevăzute la articolul 82 CE.

87. Se face deci aluzie în cele din urmă la problematica reprezentată de caracterul semnificativ al efectelor anticoncurențiale ale sistemelor de rabaturi aplicate de întreprinderile dominante. Trebuie să se clarifice dacă constatarea existenței unui abuz potrivit articolului 82 CE presupune ca limitarea concurenței ca urmare a aplicării unui sistem de rabaturi să depășească un anumit tip de prag minim.

88. După cum au subliniat mai multe părți, îndoielile instanței de trimitere în acest sens ar putea proveni de la o problemă de natură terminologică din Hotărârea Post Danmark, pronunțată în anul 2012. Astfel, în versiunea daneză a hotărârii, care are caracter obligatoriu, pentru expresia „efect de excludere” se folosește, în mod surprinzător, expresia „mærkbare virkninger” [57], care are sensul de „efecte semnificative”. În mod similar, în alt loc din hotărâre se menționează „eliminerende virkning” [58], așadar, „efectul de eliminare”, care are de asemenea o semnificație relativ dură.

89. Dintr-o analiză a versiunii în limba franceză, limba deliberărilor și a redactării hotărârii, rezultă, desigur, că alegerea cuvintelor în limba daneză trebuie să reprezinte o eroare de traducere. Astfel, în limba franceză se vorbește numai despre „effet[s] d’éviction”, așadar, „efect(e) de excludere”, noțiune ce corespunde și restului jurisprudenței referitoare la articolul 82 CE [59].

90. Având în vedere cele ce precedă, expresiile „mærkbare virkninger” și „eliminerende virkning” din Hotărârea Post Danmark din 2012 nu trebuie înțelese în mod eronat în sensul că sistemelor de rabaturi ale întreprinderilor dominante li s-ar aplica un anumit tip de criteriu pentru caracterul semnificativ sau un anumit prag minim. Dimpotrivă, în sensul articolului 82 CE, se consideră abuzive toate sistemele de rabaturi care pot produce un efect de excludere [60], iar nu numai cele care produc sau pot produce efecte „grave” sau „semnificative” asupra concurenței.

91. Având în vedere faptul că structura concurențială a pieței relevante este deja slăbită din cauza prezenței întreprinderii dominante, orice limitare suplimentară a acestei structuri a concurenței poate reprezenta, în domeniul de aplicare al articolului 82 CE, un abuz de poziție dominantă al acestei întreprinderi [61].

92. În acest sens, Curtea a constatat, aproximativ concomitent cu Hotărârea Post Danmark din 2012, că nu este necesar să se stabilească un prag precis de la care rabatul acordat de întreprinderea dominantă trebuie considerat abuziv [62]. Astfel, clienții trebuie să poată profita de orice grad de concurență posibil existent pe piață, iar concurenții trebuie să poată concura pe bază de merite pentru ansamblul pieței, iar nu numai pentru o parte a acesteia. Pe de altă parte, nu întreprinderea dominantă determină câți concurenți viabili sunt autorizați să o concureze pentru partea cererii care poate fi încă cucerită [63].

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

58 — Hotărârea Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punctul 41; de asemenea, punctele 17, 22, 27, 29 și 44).

59 — A se vedea în acest sens punctul 29 din prezentele concluzii.

60 — A se vedea în acest sens punctul 82 din prezentele concluzii.

61 — Hotărârea Hoffmann-La Roche/Comisia (85/76, EU:C:1979:36, punctul 123 *in fine*).

62 — Hotărârea Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctele 46 și 48); de asemenea, Hotărârea Hoffmann-La Roche/Comisia (85/76, EU:C:1979:36, punctul 89), în care se subliniază că rabaturile de fidelizare au un caracter abuziv „indiferent de volumul mai mare sau mai redus” al achizițiilor respective.

63 — Hotărârea Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctul 42).

93. De altfel, un prag minim pentru aprecierea efectelor de excludere produse de practicile comerciale ale unei întreprinderi dominante nici nu pare necesar, din alte două motive. Pe de o parte, după cum am menționat mai sus [64], efectele de excludere respective trebuie să fie întemeiate pe o analiză concretă a tuturor circumstanțelor cazului individual, iar producerea lor trebuie să fie mai probabilă decât lipsa lor. Pe de altă parte, interdicția privind abuzul de poziție dominantă prevăzută la articolul 82 CE cuprinde oricum numai comportamente care pot afecta comerțul dintre statele membre.

94. Considerate separat, fiecare dintre aceste aspecte este suficient pentru a exclude din domeniul de aplicare al articolului 82 CE comportamentele a căror efecte anticoncurențiale sunt numai ipotetice sau de importanță neglijabilă.

3. Concluzie intermediară

95. În sinteză, trebuie să constatăm, așadar, că:

Nu este necesar ca, pe lângă cerința de a afecta efectiv sau potențial comerțul dintre statele membre, efectul de excludere pe care îl poate produce sistemul de rabaturi practicat de o întreprindere dominantă să depășească un oarecare prag de sensibilitate (un prag minim) pentru a fi calificat drept abuziv în sensul articolului 82 CE. Este suficient ca producerea unui asemenea efect de excludere să fie mai probabilă decât neproducerea lui.

VI – **Concluzie**

96. În lumina considerațiilor care precedă, propunem Curții să răspundă la întrebările preliminare adresate de Sø- og Handelsret din Danemarca după cum urmează:

1) Sistemul de rabaturi practicat de o întreprindere care deține o poziție dominantă este abuziv în sensul articolului 82 CE atunci când, pe baza aprecierii tuturor circumstanțelor cazului individual, rezultă că rabaturile pot să producă un efect de excludere care nu are justificare economică, luând în considerare în acest sens în special criteriile și modalitățile de acordare a rabaturilor, condițiile concurențiale predominante pe piața relevantă și poziția întreprinderii dominante pe această piață.

2) Articolul 82 CE nu impune să se demonstreze caracterul abuziv al unui sistem de rabaturi practicat de o întreprindere care deține o poziție dominantă pe piață prin efectuarea unei analize a prețurilor și a costurilor de tipul testului concurentului la fel de eficient (testul «as-efficient-competitor»), în măsura în care caracterul abuziv al acestui sistem de rabaturi rezultă deja dintr-o apreciere a tuturor celorlalte circumstanțe ale cazului individual.

   Cu toate acestea, cu excepția situației în care, având în vedere structura pieței, este exclus ca o altă întreprindere să poată fi la fel de eficientă ca întreprinderea dominantă, autoritățile și instanțele care soluționează cauze în domeniul concurenței sunt libere să utilizeze o astfel de analiză a prețurilor și a costurilor în cadrul aprecierii lor cu privire la toate circumstanțele cazului individual.

64 — A se vedea punctele 31, 68 și 82-85 din prezentele concluzii.

3) Nu este necesar ca, pe lângă cerința de a afecta efectiv sau potențial comerțul dintre statele membre, efectul de excludere pe care îl poate produce sistemul de rabaturi practicat de o întreprindere dominantă să depășească un oarecare prag de sensibilitate (un prag minim) pentru a fi calificat drept abuziv în sensul articolului 82 CE. Este suficient ca producerea unui asemenea efect de excludere să fie mai probabilă decât neproducerea lui.