CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
PAOLO MENGOZZI
prezentate la 24 mai 2011 [1]

Cauza C-209/10

Post Danmark A/S
împotriva
Konkurrencerådet

[cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Højesteret (Danemarca)]

„Articolul 102 TFUE — Piața daneză a distribuirii corespondenței neadresate — Abuz de poziție dominantă — Reducerea selectivă a prețurilor de distribuire a corespondenței neadresate — Prețuri inferioare costurilor totale medii — Prețuri superioare costurilor marginale medii — Eliminarea unui concurent — Intenție — Efect — Practica prețurilor discriminatorii — Prețuri de ruinare”

I — Introducere

1. Prezenta cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare, adresată de Højesteret (Danemarca), privește interpretarea articolului 82 CE (care corespunde actualului articol 102 TFUE).

2. Instanța de trimitere urmărește în special să afle dacă o întreprindere de servicii poștale, în speță Post Danmark A/S (denumită în continuare „Post Danmark”), a abuzat de poziția sa dominantă pe piața daneză a distribuirii corespondenței neadresate [2] pentru motivul că a practicat prețuri reduse în mod selectiv cu ocazia încheierii de contracte cu trei mari clienți ai principalului său concurent, respectiv Forbruger-Kontack (denumit în continuare „FK”), chiar dacă s-ar demonstra că aceste prețuri nu ar fi fost stabilite cu intenția de a-l elimina pe FK.

3. În ipoteza în care acest unic motiv ar fi insuficient, instanța de trimitere solicită Curții, în esență, să precizeze elementele relevante suplimentare pe care ar trebui să le rețină instanța națională pentru a constata o practică abuzivă de eliminare prin prețuri.

4. Înainte de a analiza aceste probleme, a căror soluționare nu este ușoară, este important să se amintească împrejurările esențiale ale acțiunii principale aflate la originea prezentei trimiteri preliminare.

5. Post Danmark și FK sunt primii doi operatori ca mărime de pe piața daneză a distribuirii corespondenței neadresate. Această piață este liberalizată în întregime și nu intră sub incidența legislației daneze privind serviciile poștale de transpunere a Directivei 97/67/CE privind normele comune pentru dezvoltarea pieței interne a serviciilor poștale ale Comunității și îmbunătățirea calității serviciului [3].

1 — Limba originală: franceza.

2 — Potrivit deciziei de trimitere, acest tip de corespondență cuprinde, printre altele, reclame, cărți de telefon, ghiduri, precum și ziare locale și regionale.

3 — Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 15 decembrie 1997 (JO 1998, L 15, p. 14, Ediție specială, 06/vol. 3, p. 12). A se observa că, ulterior situației de fapt din acțiunea principală, această directivă a făcut obiectul unor modificări substanțiale introduse prin Directiva 2008/6/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 20 februarie 2008 de modificare a Directivei 97/67 (JO L 52, p. 3). În ceea ce privește Regatul Danemarca, termenul limită pentru transpunerea în dreptul intern a acestor modificări a fost stabilit la 31 decembrie 2010, în conformitate cu articolul 2 din Directiva 2008/6.

6. La data situației de fapt din acțiunea principală, respectiv între 2003 și 2004, Post Danmark deținea totuși, potrivit deciziei de trimitere, monopolul distribuției de scrisori și colete adresate între limite cantitative determinate, asociat cu o obligație de serviciu universal de distribuție de corespondență adresată cu o greutate mai mică decât limitele cantitative determinate [4]. Această întreprindere dispunea astfel de o rețea de distribuție la nivel național și care era de asemenea folosită pentru activitatea liberalizată a distribuirii corespondenței neadresate.

7. FK, filiala unui grup de presă danez, are ca principal obiect de activitate distribuirea corespondenței neadresate. La data situației de fapt din acțiunea principală, această întreprindere își constituise o rețea de distribuire cvasinațională, în special prin achiziționarea unor distribuitori mai mici de pe piața daneză a distribuirii corespondenței neadresate.

8. Până în 2004, principalii clienți ai FK erau cele trei lanțuri de supermarketuri SuperBest, Spar și Coop.

9. În baza unor contracte încheiate la sfârșitul anului 2003, Post Danmark a preluat distribuirea corespondenței neadresate a celor trei grupuri începând cu anul 2004.

10. Din decizia de trimitere rezultă că contractul încheiat cu grupul Coop, în urma negocierilor desfășurate atât cu Post Danmark, cât și cu FK, reprezenta, ca volum anual, mai mult decât triplul volumului de distribuire a corespondenței neadresate a principalului client al Post Danmark. Pentru grupul Coop se distribuiau cinci articole de corespondență pe familie în condițiile în care pentru niciunul dintre clienții anteriori ai Post Danmark nu se distribuia mai mult de un articol de corespondență pe familie și era primul contract al Post Danmark care prevedea o distribuire a corespondenței neadresate în zilele de vineri și de sâmbătă. În ceea ce privește prețurile, oferta Post Danmark către grupul Coop era inferioară tarifelor pe care le propunea celorlalți clienți ai săi. Acest grup ar fi beneficiat de asemenea de o reducere mai mare la prețul de listă față de reducerile oferite altor clienți ai Post Danmark.

11. Pe de altă parte, instanța de trimitere subliniază că, între 2003 și 2004, costurile de distribuire a corespondenței neadresate ale Post Danmark au scăzut cu 0,13 DKK pentru fiecare articol de corespondență și că prețul oferit grupului Coop nu permite acestei întreprinderi să își acopere costurile totale medii, ci numai costurile marginale medii.

12. În urma unei plângeri a FK prin care se reproșa Post Danmark că a practicat prețuri de ruinare, prețuri și rabaturi discriminatorii și de fidelizare, precum și faptul că a acordat subvenții încrucișate, Konkurrencerådet (Consiliul concurenței) a considerat, prin decizia din 29 septembrie 2004, că Post Danmark a încălcat, printre altele, articolul 82 CE prin practicarea, între 2003 și 2004, a unei discriminări principale („primary-line discrimination”) prin prețuri sub forma unor tarife diferite practicate cu clienții concurentului său față de cele practicate cu propriii clienți.

13. De asemenea, această autoritate a apreciat că Post Danmark a abuzat de poziția sa dominantă prin practicarea unei discriminări principale sub forma unor rabaturi care aveau ca țintă clienți ai FK. În mod similar, Konkurrencerådet a considerat că Post Danmark a practicat o discriminare accesorie („secondary-line discrimination”) prin prețuri, aplicând un tratament diferit unor parteneri comerciali care se aflau într-o situație comparabilă.

14. În schimb, în ceea ce privește practica reproșată a prețurilor de ruinare, Konkurrencerådet a subliniat că problema era complexă și necesita o analiză mai aprofundată, astfel încât trebuia apreciată în cadrul unei decizii ulterioare a acestei autorități. În sfârșit, în ceea ce privește pretinsele subvenții încrucișate, Konkurrencerådet a observat că elementele din dosar nu permiteau să se concluzioneze în sensul existenței unor transferuri de fonduri provenite din alte sectoare de activitate ale Post Danmark.

4 — Este necesar să se sublinieze că articolul 7 din Directiva 2008/6 prevede că statele membre încetează să acorde drepturi exclusive sau speciale pentru crearea sau pentru furnizarea de servicii poștale. Prin urmare, finanțarea serviciului universal trebuie să fie asigurată în conformitate cu alte mijloace enumerate la articolul menționat sau în conformitate cu orice alt mijloc compatibil cu Tratatul CE.

15. Prin decizia din 24 noiembrie 2004, Konkurrencerådet a constatat că nu se putea demonstra că Post Danmark a încercat în mod intenționat să elimine concurența. În consecință, această întreprindere nu a abuzat de poziția sa dominantă pe piața daneză a distribuirii corespondenței neadresate prin practicarea unor prețuri de ruinare.

16. Prin decizia din 1 iulie 2005, Konkurrenceankenævnet (comisia de recurs în domeniul concurenței) a menținut deciziile Konkurrencerådet din 29 septembrie și din 24 noiembrie 2004.

17. Această decizie a rămas definitivă în măsura în care privește constatarea unei discriminări accesorii prin prețuri contrare articolului 82 CE și a lipsei demonstrării unei practici de prețuri de ruinare din partea Post Danmark.

18. În schimb, Post Danmark a declarat apel în fața Østre Landsret (Curtea Regională din Est) împotriva deciziei din 1 iulie 2005, în măsura în care aceasta menținea decizia Konkurrencerådet de la 29 septembrie 2004 privind abuzul de poziție dominantă sub forma unor prețuri reduse aplicate în mod selectiv față de grupurile SuperBest, Spar și Coop (discriminare principală).

19. La 21 decembrie 2007, Østre Landsret a confirmat deciziile autorităților competente daneze în materie de concurență, în sensul că Post Danmark a abuzat de poziția sa dominantă pe piața distribuirii corespondenței neadresate din Danemarca prin practicarea, în 2003 și în 2004, a unor prețuri diferite cu propriii clienți față de foștii clienți ai FK, fără a fi în măsură să justifice aceste diferențe în baza cheltuielilor efectuate. Această instanță a subliniat, printre altele, că respectiva practică a avut loc pe o piață pe care Post Danmark deținea o poziție privilegiată, având în vedere cota sa de piață și avantajele structurale remarcabile, și unde singurul concurent important, FK, era deosebit de vulnerabil în cazul pierderii clienților săi majori.

20. Post Danmark a formulat recurs împotriva acestei hotărâri în fața Højesteret, subliniind, printre altele, că intenția de a elimina concurența era necesară pentru ca o practică de prețuri selective reduse care nu acoperă costurile totale medii să poată constitui o încălcare a articolului 82 CE.

21. Acestea sunt împrejurările în care Højesteret a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele două întrebări preliminare:

„1) Articolul 82 CE trebuie interpretat în sensul că practica unei întreprinderi din sectorul serviciilor poștale, care deține o poziție dominantă și care are o obligație de serviciu universal, de a aplica reduceri selective de prețuri la un nivel mai scăzut decât costurile totale medii ale întreprinderii, dar mai ridicat decât costurile sale marginale medii poate fi considerată o excludere abuzivă dacă se determină că prețurile nu sunt stabilite la un astfel de nivel cu intenția de a elimina un concurent?

2) În cazul în care răspunsul la prima întrebare este că, în aceste condiții, reducerea selectivă de prețuri poate reprezenta, eventual, o excludere abuzivă, care sunt împrejurările pe care instanța națională trebuie să le rețină?”

22. Conform articolului 23 din Statutul Curții de Justiție a Uniunii Europene, Post Danmark, FK, guvernele danez, italian și ceh, precum și Comisia Europeană au depus observații scrise. Aceste părți, precum și Autoritatea AELS de Supraveghere, au fost de asemenea ascultate în cadrul ședinței de la 1 martie 2011.

II — Analiză

A — *Considerații introductive*

23. În raport cu încercările Post Danmark, în special în cadrul ședinței, de a repune în discuție în fața Curții anumite aprecieri efectuate de instanța de trimitere, pare esențial să se amintească faptul că, în cadrul unei proceduri prevăzute la articolul 234 CE, întemeiată pe o clară separare a funcțiilor între instanțele naționale și Curte, orice apreciere a faptelor este de competența instanței naționale [5].

24. În cadrul acțiunii principale, este evident, în primul rând, că piața relevantă este piața daneză a distribuirii corespondenței neadresate. Contrar a ceea ce Post Danmark a susținut în observațiile în fața Curții, din înscrisurile din dosarul din acțiunea principală nu rezultă că, în primul rând, autoritățile daneze în materie de concurență sau, în al doilea rând, instanțele naționale, inclusiv instanța de trimitere, ar fi constatat că această piață este împărțită în două segmente, și anume, pe de o parte, segmentul articolelor de corespondență distribuite în cursul săptămânii și, pe de altă parte, segmentul distribuirii „de duminică” sau, în general, de weekend.

25. În consecință, se pare că nu este necesar să se insiste pe considerațiile Post Danmark potrivit cărora practicile de prețuri în litigiu ar fi fost efectuate în scopul (unic sau principal) de a extinde oferta de distribuire a corespondenței neadresate la segmentul distribuției de weekend care ar fi fost dominat până atunci de FK.

26. În continuare, este de asemenea evident că pe piața delimitată de autoritățile și de instanțele naționale, Post Danmark ocupă o „poziție dominantă” în sensul articolului 82 CE. De altfel, cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare se întemeiază în mod explicit pe această premisă.

27. Potrivit acestei cereri, poziția dominantă a Post Danmark ar rezulta dintr-o analiză globală a poziției deținute de această întreprindere pe piață. Totuși, această analiză se întemeiază în principal pe cotele de piață în funcție de valoare, ca valoare procentuală de 50 % [6], deținute de această societate și pe situația deosebită care decurge din rețeaua sa de distribuție care acoperă întregul teritoriu național și care poate fi menținută, având în vedere obligațiile de serviciu universal de distribuire a corespondenței prin poștă care îi revin, fără a desfășura activitatea de distribuire a corespondenței neadresate.

28. Deși nu rezultă din elementele dosarului din acțiunea principală că a fost analizată importanța relativă a acestor cote de piață în raport cu cotele de piață ale FK [7] și cu o eventuală putere de cumpărare a anumitor clienți, nu este mai puțin adevărat că, în cadrul repartizării competențelor între instanțele naționale și Curte, în pofida solicitării efectuate de Post Danmark în observațiile sale, nu revine Curții sarcina de a relua examinarea unuia sau a mai multor aspecte ale analizei care a determinat autoritățile și instanțele daneze să constate că această întreprindere deținea o asemenea poziție dominantă pe piața națională a distribuirii corespondenței neadresate.

29. În sfârșit, trebuie să se delimiteze obiectul întrebărilor preliminare adresate Curții.

30. În această privință, este necesar să se precizeze că nu se solicită Curții să se pronunțe cu privire la un abuz de poziție dominantă în sensul articolului 82 CE care prezintă forma unei practici de prețuri de ruinare.

5 — A se vedea printre altele Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec (C-450/06, Rep., p. I-581, punctul 23), și Hotărârea din 1 iulie 2008, MOTOE (C-49/07, Rep., p. I-4863, punctul 30).

6 — Mai precis, rezultă din tabelul utilizat de autoritățile daneze în materie de concurență și reprodus în cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare că cotele de piață în funcție de valoare ale Post Danmark au ajuns de la 47 % în 2001 și în 2002 la 44 % în 2003, iar în 2004 au crescut la 55 %.

7 — Potrivit cererii de pronunțare a unei hotărâri preliminare, cotele de piață ale FK erau de 15 %-25 % în 2001, de 23 %-35 % în 2002, de 35 %-45 % în 2003 și de 25 %-35 % în 2004.

31. Astfel, după cum rezultă din dosarul din acțiunea principală, autoritățile daneze în materie de concurență nu au fost în măsură să identifice existența unui plan care are drept scop eliminarea unui concurent în sensul punctului 72 din Hotărârea Akzo/Comisia [8], apreciere care nu a fost contestată de FK în fața instanțelor naționale.

32. Pentru a constata existența unei practici de prețuri de ruinare în sensul punctelor 70-72 din Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior, demonstrarea punerii în practică a unei asemenea strategii de către Post Danmark ar fi fost, astfel, necesară, întrucât, după cum subliniază instanța de trimitere, cel puțin față de tarifele practicate de Post Danmark în favoarea Coop, unul dintre cei trei clienți ai FK, aceste tarife erau superioare costurilor marginale medii ale întreprinderii dominante, însă inferioare costurilor sale totale medii [9].

33. Trimiterea din cererea adresată de instanța de trimitere la costurile marginale ale Post Danmark ca reprezentând costurile relevante care trebuie luate în considerare în acțiunea principală, iar nu, ca în Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior, la costurile variabile, pare a se explica, potrivit elementelor din dosar, prin coexistența în cadrul aceleiași întreprinderi, pe de o parte, a unor activități rezervate și nerezervate, dar a căror exercitare este, în cele două situații, grevată de obligații de serviciu universal și, pe de altă parte, a unor activități pur comerciale care se dezvoltă pe piața liberalizată a distribuirii corespondenței neadresate.

34. Astfel, compararea prețurilor cu costurile variabile efectuate de întreprinderea cu poziție dominantă care desfășoară o misiune de interes economic general (serviciu public sau serviciu universal) se dovedește necorespunzătoare. Pe de o parte, aceasta ar putea determina o supraevaluare a pierderilor, întrucât misiunea de interes economic general pe care o îndeplinește întreprinderea antrenează costuri mai ridicate decât cele ale concurenților săi pentru partea din activitatea sa care se desfășoară pe piața deschisă concurenței. Dimpotrivă, a considera drept criteriu doar costurile variabile ale întreprinderii dominante ar putea conduce de asemenea la o subevaluare a costurilor ei dacă această întreprindere ar opera cu costuri fixe ridicate (de exemplu, costurile legate de utilizarea rețelei sale) și cu costuri variabile reduse [10].

35. În aceste condiții, pare adecvat să se ia în considerare un alt criteriu cu privire la cost, și anume costurile marginale, care iau în considerare costurile fixe și costurile variabile ale activității specifice dezvoltate pe o piață deschisă concurenței.

36. În această privință, astfel cum a subliniat instanța de trimitere, utilizarea criteriului costurilor marginale în acțiunea principală se inspiră din Decizia Comisiei din 20 martie 2001 referitoare la o procedură de aplicare a articolului 82 CE care se raportează la practicile tarifare ale Deutsche Post pe piața serviciilor de transport de colete pentru vânzarea de corespondență în Germania [11] într-o situație relativ similară [12].

8 — Hotărârea din 3 iulie 1991 (C-62/86, Rec., p. I-3359). Potrivit acestui punct din hotărâre, prețurile inferioare valorii medii a costurilor totale, care cuprind costurile fixe și costurile variabile, însă superioare valorii medii a costurilor variabile (care variază în funcție de cantitățile produse) trebuie considerate abuzive atunci când sunt stabilite în cadrul unui plan care are drept scop eliminarea unui concurent. Această abordare a fost confirmată, printre altele, în Hotărârea din 14 noiembrie 1996, Tetra Pak/Comisia (C-333/94 P, Rec., p. I-5951, punctul 41), și în Hotărârea din 2 aprilie 2009, France Télécom/Comisia (C-202/07 P, Rep., p. I-2369, punctul 109).

9 — A se urma raționamentul realizat de Curte la punctele 70-72 din Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior, în ipoteza în care prețurile practicate ar fi fost inferioare costurilor marginale medii, dovada existenței unei strategii de eliminare nu ar fi trebuit raportată, iar aceste prețuri ar fi fost considerate ca fiind, prin natura lor, de ruinare.

10 — A se vedea în această privință, printre altele, Mouy, N., „Coûts incrémentaux: Retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Les spécificités des approches communautaire et française: un point de vue d'un régulateur" în *Concurrences*, 2-2005, nr. 1476, p. 13.

11 — JO L 125, p. 27, denumită în continuare „Decizia Deutsche Post".

12 — A se vedea de asemenea în această privință aprecierea realizată de Tribunal cu privire la această decizie la punctul 249 din Hotărârea din 30 ianuarie 2007, France Télécom/Comisia (T-340/03, Rep., p. II-107). Recursul formulat în fața Curții împotriva acestei hotărâri [cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 2 aprilie 2009, France Télécom/Comisia, citată anterior] nu privea acest punct.

37. În această decizie, prin care Comisia a considerat în special că Deutsche Post a abuzat de poziția sa dominantă atunci când a propus să asigure serviciile în cauză la prețuri inferioare costurilor sale marginale, astfel încât această întreprindere a oferit prețuri de ruinare, respectiva instituție a definit costurile menționate ca fiind costurile care rezultă exclusiv din prestarea unui serviciu specific, care depind de cantitatea analizată și care ar dispărea dacă acest serviciu în cauză ar fi eliminat, ceea ce implică faptul că costurile fixe comune, care nu depind de furnizarea unui singur serviciu, nu sunt incluse în costurile marginale [13]. De asemenea, rezultă din această decizie, care a îndrumat în mod clar cu privire la acest aspect autoritățile daneze în materie de concurență din acțiunea principală, că costurile aferente unui serviciu specific nu trebuie să fie grevate de costuri fixe comune de menținere a capacităților rețelei de distribuție, care decurg din obligația de serviciu universal. Prin urmare, valoarea medie a costurilor marginale medii cuprinde doar valoarea medie a costurilor fixe și variabile ale prestării serviciului afectat de concurență [14].

38. În acțiunea principală, ca și în Decizia Deutsche Post, valoarea medie a costurilor marginale reprezintă, așadar, ca și valoarea medie a costurilor variabile prevăzută la punctele 71 și 72 din Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior, „criteriul de plafon” sau minimal sub care prețul practicat de întreprinderea aflată în poziție dominantă ar fi de ruinare.

39. Potrivit logicii acestor puncte din Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior, adaptată în lumina Deciziei Deutsche Post, un preț superior valorii medii a costurilor marginale, însă inferior valorii medii a costurilor totale ar fi de asemenea de ruinare dacă ar fi stabilit în cadrul unui plan care are drept scop eliminarea unui concurent.

40. Totuși, astfel cum am afirmat deja, instanța de trimitere a precizat că autoritățile daneze în materie de concurență nu fuseseră în măsură să demonstreze existența unui asemenea plan. Prin urmare, obiectul prezentei cereri pentru pronunțarea unei hotărâri preliminare nu privește un eventual comportament de ruinare al Post Danmark.

41. Considerațiile de mai sus permit totuși o înțelegere mai bună a problemelor ridicate de instanța de trimitere. În definitiv, aceasta urmărește să afle dacă o practică abuzivă de eliminare sau de excludere a unui concurent al unei întreprinderi dominante precum Post Danmark poate fi constatată în prezența unei reduceri selective a prețurilor fără caracter de ruinare și, dacă aceasta este situația, în ce condiții.

42. Această precizare ne determină să formulăm două observații suplimentare.

43. Pe de o parte, problemele ridicate de instanța de trimitere nu privesc exploatarea abuzivă a unei poziții dominante sub forma unei discriminări prin prețurile aplicate între clienții Post Danmark care își produce efectele pe piața sau pe pieţele clienților menționați (discriminare accesorie sau „secondary-line discrimination”).

44. Astfel, din decizia de trimitere și din înscrisurile din dosarul acțiunii principale rezultă că constatarea autorităților daneze în materie de concurență potrivit căreia Post Danmark a aplicat un tratament tarifar diferit unor parteneri comerciali care se află într-o situație comparabilă, în special în sensul articolului 82 alineatul (1) litera (c) CE, nu a fost contestată de această întreprindere în fața instanțelor naționale.

13 — Decizia Deutsche Post (punctele 6 și 9 și nota de subsol 7). A se observa de asemenea că, în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Tribunalului din 12 septembrie 2007, Ufex și alții/Comisia (T-60/05, Rep., p. II-3397, punctul 161), Comisia a arătat de asemenea că verificarea unui abuz de poziție dominantă comis de la Poste franceză pe piața de curierat expres ar fi necesitat să verifice dacă prețurile facturate de această întreprindere pentru serviciile de infrastructură furnizate filialei sale care operează pe piața respectivă erau mai mici sau egale cu costurile marginale generate de furnizarea acestor servicii, și anume, să stabilească costurile care sunt legate în mod exclusiv de prestarea unui serviciu specific și care încetează să existe o dată ce serviciul menționat încetează. Fără a invoca termenul „marginal”, este de asemenea ceea ce urmărește, în esență, să asigure articolul 14 din Directiva 67/97 care impune statelor membre care obligă operatorii poștali însărcinați cu serviciul universal să adopte o contabilitate analitică de natură să repartizeze costurile alocate direct unui anumit serviciu sau produs, precum și costurile comune în funcție de modalitățile prevăzute la această dispoziție.

14 — Decizia Deutsche Post (punctele 9 și 10).

45. Instanța de trimitere se concentrează exclusiv pe reducerea selectivă a prețurilor practicate de Post Danmark al cărei efect ar determina sau, dacă autoritățile daneze în materie de concurență nu ar fi intervenit, ar fi putut determina eliminarea sau excluderea FK de pe piața de distribuire a corespondenței neadresate din Danemarca („discriminare principală sau primary-line discrimination").

46. Distincția realizată de autoritățile și de instanțele daneze între discriminarea accesorie și discriminarea principală pare oportună și a fost, de altfel, invocată de o parte din doctrină [15]. Cu toate că enumerarea practicilor abuzive, prevăzută la articolul 82 CE, nu epuizează modurile de exploatare abuzivă a poziției dominante interzise de acest articol [16], distincția menționată permite totuși, în opinia noastră, clarificarea raporturilor dintre practicile tarifare discriminatorii care intră sub incidența articolului 82 al doilea paragraf litera (c) CE, respectiv cele ale căror efecte anticoncurențiale se produc pe piața sau pe piețele „partenerilor comerciali", „aplicându-le un dezavantaj în concurență" – ceea ce corespunde situației discriminării numite „accesorii" – întrucât, prin definiție, acești parteneri comerciali nu pot fi concurenții întreprinderii care își exploatează în mod abuziv poziția dominantă, și cele care se produc pe piața pe care operează întreprinderea dominantă și concurenții acesteia și care fac obiectul altor situații, printre care cea în care se limitează producția, comercializarea sau dezvoltarea tehnică în dezavantajul consumatorilor, prevăzută la articolul 82 al doilea paragraf litera (b) CE și care au drept efect eliminarea sau excluderea concurenților respectivi.

47. Pe de altă parte, prin menționarea în prima întrebare preliminară a unei situații de reducere selectivă de prețuri al căror nivel ar fi cuprins între valoarea medie a costurilor marginale și valoarea medie a costurilor totale efectuate de întreprinderea dominantă, instanța de trimitere pare să delimiteze acest aspect de practica tarifară a Post Danmark față de Coop, fără a lua în considerare, în consecință, practica față de ceilalți doi clienți ai FK, respectiv Spar și SuperBest, menționați de asemenea în decizia de trimitere, și cărora Post Danmark le-a oferit în mod evident prețuri *superioare* valorii medii a costurilor sale totale.

48. Interpretarea acestei omisiuni este ambiguă. Pe de o parte, ar putea însemna că instanța de trimitere a soluționat deja, prin respingerea acesteia, teza potrivit căreia prețurile practicate de Post Danmark față de Spar și de SuperBest puteau conduce la eliminarea FK de pe piață. Potrivit unei alte interpretări, aceasta ar putea însemna pur și simplu că instanța de trimitere a apreciat că, odată lămurită asupra interpretării articolului 82 CE în situația prețurilor oferite de Post Danmark grupului Coop, aceasta ar trebui și ar putea ea însăși să acționeze în conformitate cu răspunsul Curții în ceea ce privește legalitatea practicii tarifare a Post Danmark față de Spar și de SuperBest.

49. În orice situație, considerăm că, pentru a da un răspuns util instanței de trimitere, ar trebui să nu se neglijeze practica tarifară a Post Danmark aplicată față de Spar și de SuperBest în analizarea problemei dacă o practică abuzivă de eliminare sau de excludere a unui concurent al întreprinderii dominante poate fi constatată în prezența unei reduceri selective de prețuri care nu prezintă caracter de ruinare și, dacă aceasta este situația, în ce condiții.

B — *Cu privire la reducerea selectivă a prețurilor și efectul de eliminare*

50. Problema menționată la punctul anterior divizează părțile care au depus observații în fața Curții.

15 — A se vedea printre altele Temple Lang, J., și O'Donoghue, R., „Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC" în *Fordham International Law Journal*, nr. 83, 2002, p. 86, Geradin, D., și Petit, N., „Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?" în *Journal of Competition Law and Economics*, nr. 3, 2006, p. 487 și urm.

16 — A se vedea printre altele, în acest sens, Hotărârea din 21 februarie 1973, Europemballage și Continental Can/Comisia (6/72, Rec., p. 215, punctul 26), Hotărârea din 16 martie 2000, Compagnie maritime belge transports și alții/Comisia (C-395/96 P și C-396/96 P, Rec., p. I-1365, punctul 112), Hotărârea din 15 martie 2007, British Airways/Comisia (C-95/04 P, Rep., p. I-2331, punctul 57), Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia (C-280/08 P, Rep., p. I-9555, punctul 173), și Hotărârea din 17 februarie 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, Rep., p. I-527, punctul 26).

51. În esență, pentru Post Danmark și pentru guvernul ceh, o practică tarifară de eliminare ar putea fi constatată doar dacă prețul este stabilit sub categoria de costuri corespunzătoare. În speță, un preț superior costurilor marginale medii nu ar putea determina eliminarea unui concurent decât dacă aceasta s-ar înscrie într-o strategie care urmărește eliminarea concurentului respectiv, strategie care, potrivit guvernului ceh, poate rezulta dintr-o analiză economică, dar care, în opinia Post Danmark, ar trebui să rezulte exclusiv sau în primul rând din elemente care demonstrează intenția subiectivă de eliminare a concurenței. În măsura în care elementele din dosarul din acțiunea principală nu ar demonstra că o asemenea strategie ar fi fost realizată de Post Danmark, nu ar exista niciun abuz de poziție dominantă în sensul articolului 82 CE.

52. Pe de altă parte, FK, guvernele danez și italian, Autoritatea AELS de Supraveghere, precum și, într-o anumită măsură, Comisia – în special ca urmare a clarificărilor pe care aceasta din urmă le-a adus la ședință în ceea ce privește poziția sa – susțin o teză contrară. În linii mari, aceste părți interesate susțin că, *independent de costuri*, o practică tarifară selectivă a unei întreprinderi dominante adresată clienților singurului său concurent adevărat conduce sau, după toate probabilitățile, riscă să conducă la eliminarea acestuia din urmă în condițiile în care o asemenea practică nu este justificată de motive economice, în special de economii de scară. De altfel, aceasta ar fi situația în acțiunea principală.

53. O mare parte a dezbaterii care s-a desfășurat între aceste părți interesate este legată de interpretarea conținutului unei serii de hotărâri ale Curții și ale Tribunalului în care aceste instanțe ar fi analizat practici tarifare selective realizate de întreprinderi dominante. Și de o parte, și de cealaltă, aceste hotărâri ar confirma teza formulată în observațiile depuse în fața Curții.

54. Înainte de a examina aceste hotărâri, este important să se amintească faptul că, potrivit jurisprudenței, prin interzicerea exploatării abuzive a unei poziții dominante pe piață, în măsura în care comerțul dintre statele membre este susceptibil să fie afectat, articolul 82 CE vizează comportamentele care sunt de natură să influențeze structura pieței în care, tocmai din cauza prezenței unei întreprinderi care deține puterea economică întemeiată pe poziția sa dominantă, gradul de concurență este deja scăzut și care au drept efect să împiedice menținerea gradului de concurență existent încă pe piață sau pentru dezvoltarea acestei concurențe prin recurgerea la metode diferite de cele utilizate în cadrul unei concurențe normale între produse sau servicii pe baza prestațiilor operatorilor economici [17].

55. În consecință, întrucât articolul 82 CE vizează nu numai practicile care pot cauza un prejudiciu imediat consumatorilor, ci și pe cele care le cauzează un prejudiciu prin faptul că aduc atingere unei structuri de concurență efectivă, revine întreprinderii care deține o poziție dominantă o răspundere specială de a nu aduce atingere prin comportamentul său unei concurențe efective și nedenaturate pe piața comună [18].

56. Din această perspectivă, dacă interzicerea exploatării abuzive a unei poziții dominante poate fi motivată, într-un mod foarte natural, de grija de a asigura bunăstarea imediată a consumatorilor, aceasta se justifică și prin necesitatea de a proteja sau de a menține structura concurențială a pieții, urmărirea acestui obiectiv fiind prezumată, într-o anumită măsură, a fi în beneficiul consumatorilor.

57. În materie tarifară, dacă răspunderea specială care revine întreprinderii dominante a determinat Curtea să hotărască faptul că orice concurență prin prețuri nu poate fi considerată legitimă [19], această afirmație înseamnă totuși că o asemenea concurență este autorizată în general sau chiar recomandată, cu excepția anumitor situații. Astfel, întrucât concurența prin prețuri este în general benefică, aceasta nu poate fi în principiu interzisă întreprinderilor care ocupă o poziție dominantă pe o anumită piață.

17 — A se vedea în acest sens Hotărârea din 13 februarie 1979, Hoffman-La Roche/Comisia (85/76, Rec., p. 461, punctul 91), Hotărârea din 9 noiembrie 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (322/81, Rec., p. 3461, punctul 70), Hotărârile citate anterior AKZO/Comisia (punctul 69), British Airways/Comisia (punctul 66), Hotărârea din 2 aprilie 2009, France Télécom/Comisia (punctul 104), Deutsche Telekom/Comisia (punctul 174) și TeliaSonera Sverige (punctul 27).

18 — A se vedea printre altele Hotărârea din 2 aprilie 2009, France Télécom/Comisia, citată anterior (punctul 105), Hotărârea Deutsche Telekom/Comisia, citată anterior (punctul 176), precum și, în acest sens, Hotărârea TeliaSonera Sverige, citată anterior (punctul 24).

19 — A se vedea printre altele Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior (punctul 70).

58. Nu este mai puțin adevărat că problema dacă practicile tarifare ale unei întreprinderi care deține o poziție dominantă pe o anumită piață determină exploatarea abuzivă a unei asemenea poziții, în sensul articolului 82 CE, trebuie stabilită în funcție de toate împrejurările și necesită să se analizeze în special dacă aceste practici urmăresc să oprească accesul pe piață al concurenților sau să întărească poziția dominantă printr-o concurență denaturată [20].

59. Astfel cum au arătat unele dintre părțile interesate, jurisprudența menționează mai multe cauze în care instanța Uniunii a constatat că o reducere selectivă de prețuri practicată de una sau de mai multe întreprinderi aflate în poziție dominantă era contrară interdicției prevăzute la articolul 82 CE.

60. În prima dintre aceste cauze s-a pronunțat Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior.

61. Printre practicile tarifare pe care Comisia le reproșa societății Akzo pe piața comunitară a peroxizilor organici [21] figura nu numai, astfel cum am menționat deja, aplicarea unor prețuri neobișnuit de scăzute (de ruinare) acordate clientelei unuia dintre concurenții săi (ECS), examinată la punctele 98-109 din hotărârea Curții, dar și o practică de oferte de prețuri selective aplicate clienților aceluiași concurent la un nivel sensibil mai scăzut decât cel al prețurilor pe care Akzo le acorda propriei clientele [22], practică ce a fost analizată de Curte la punctele 110-121 din această hotărâre.

62. După confirmarea constatării Comisiei potrivit căreia Akzo deținea o poziție dominantă pe piața în discuție, atât în raport cu cota sa de piață cu o valoare de 50 %, cât și cu alți factori [23], procedând la analizarea selectivității ofertelor tarifare făcute clienților ECS numiți „independenți mari”, Curtea a subliniat, în primul rând, că Akzo nu a contestat că a consimțit la prețuri diferite aplicate cumpărătorilor de mărime comparabilă, fără a fi evidențiat, în plus, argumente pentru a demonstra că aceste diferențe priveau calitatea produselor sau costurile speciale de producție [24]. În continuare, Curtea a observat că prețurile practicate de Akzo față de propriii clienți erau superioare valorii medii a costurilor sale totale, în timp ce prețurile pe care le oferea clienților concurentului său erau inferioare acestei valori [25]. La punctul 115 din hotărâre, Curtea a dedus că Akzo putea astfel compensa, cel puțin parțial, pierderile care rezultau din vânzările către clienții ECS cu profiturile realizate din vânzările către independenții mari care făceau parte din clientela sa, ceea ce demonstra că intenția Akzo nu era de a practica o politică generală de prețuri avantajoase, ci de a adopta o strategie de natură să îl afecteze pe concurentul său. Prin urmare, Curtea a confirmat cu privire la acest aspect decizia Comisiei prin care s-a constatat că Akzo și-a exploatat în mod abuziv poziția dominantă.

63. La acest stadiu al analizei, ne vom limita comentariile cu privire la aceste puncte din Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior, la următoarele două observații.

64. În primul rând, Curtea a confirmat caracterul abuziv al selectivității prețurilor oferite de Akzo în raport cu un indicator de referință al costurilor întreprinderii dominante, și anume valoarea medie a costurilor sale totale.

65. Acest criteriu se dovedește relativ sever față de întreprinderea dominantă. Astfel, luând drept referință valoarea medie a costurilor totale ale întreprinderii, care cuprinde costurile fixe și costurile variabile, Curtea sancționează selectivitatea chiar dacă vânzarea unei unități suplimentare propriilor clienți ai întreprinderii dominante acoperă costurile variabile ale unității produse și cel puțin o parte din costurile fixe aferente unității

20 — A se vedea în acest sens Hotărârile citate anterior Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia (punctul 73), Deutsche Telekom (punctul 175), precum și TeliaSonera Sverige (punctul 28).

21 — Decizia 85/609/CEE a Comisiei din 14 decembrie 1985 referitoare la o procedură de aplicare a articolului 86 din Tratatul CEE (IV/30.698 – ECS/AKZO Chemie) (JO L 374, p. 1).

22 — Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior (punctele 9 și 111).

23 — *Ibidem* (punctele 59-61). A se observa că, după o examinare detaliată a temeiniciei deciziei Comisiei, avocatul general Lenz a concluzionat că, dimpotrivă, Comisia nu a demonstrat că Akzo deținea o poziție dominantă pe piața în discuție (a se vedea punctele 62-124 din Concluziile prezentate la 19 aprilie 1989 în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior).

24 — *Ibidem* (punctul 113).

25 — Hotărâre citată anterior (punctul 114).

respective. În acest context, deși este posibil să se înțeleagă că diferența de tratament tarifar dintre clienții întreprinderii dominante și clienții concurentului căruia i-au fost făcute oferte avantajoase poate reprezenta efectiv o discriminare care generează un dezavantaj în cadrul concurenței dintre acești clienți, în sensul articolului 82 primul paragraf litera (c) CE („secondary-line discrimination”), nu este atât de cert că această practică, dacă este privită izolat, poate determina eliminarea unui concurent cel puțin la fel de eficace, întrucât acesta din urmă ar putea acapara complet, total sau parțial, clienții tradiționali ai întreprinderii dominante victime ale tratamentului discriminatoriu, cu excepția situației în care acești clienți sunt supuși unor constrângeri speciale din partea întreprinderii dominante care îi leagă peste măsură de aceasta din urmă.

66. Deși Curtea nu a menționat asemenea considerații în fragmentele relevante ale Hotărârii Akzo/Comisia, citată anterior, trebuie să se observe totuși, pe de o parte, că ofertele de prețuri selective din partea Akzo erau asociate cu o întreagă serie de comportamente abuzive ale acestei întreprinderi, printre care, în special, o practică de prețuri de ruinare, și că, pe de altă parte, Curtea a dedus din practica tarifară selectivă a Akzo nu un efect de eliminare a concurentului, ci pur și simplu o intenție de eliminare a acestuia. Replasate în contextul general al Hotărârii Akzo/Comisia, citată anterior, punctele 113-115 din această hotărâre fac să se intuiască ideea că analiza selectivității reducerii de prețuri practicate de Akzo era utilizată pentru demonstrarea existenței unui plan sau a unei strategii de eliminare în sarcina respectivei întreprinderi.

67. În al doilea rând, severitatea de care pare să dea dovadă Curtea în Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior, față de o reducere selectivă de prețuri din partea unei întreprinderi dominante pare să se explice prin faptul că o asemenea practică, în mod contrar unei practici de prețuri scăzute generalizate, se realizează în detrimentul propriei clientele a acestei întreprinderi, fără o justificare economică. Cu alte cuvinte, Curtea pare să considere că o asemenea practică tarifară selectivă nu are drept obiect să asigure că clienții și, cel puțin indirect, consumatorii obțin un avantaj din prețurile scăzute (ceea ce, în schimb, este cazul în general, cel puțin pe termen scurt, al unei practici neselective de prețuri scăzute, chiar de ruinare), ci numai să atragă anumiți clienți ai concurenților întreprinderii dominante, fără niciun câștig nici pentru consumatori, nici pentru structura concurențială a pieței.

68. Dacă, după cum am subliniat, abordarea reținută de Curte în Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior, față de ofertele de prețuri selective scăzute ale întreprinderii dominante se întemeiază pe criteriul costurilor întreprinderii respective, instanța Uniunii nu a utilizat, în schimb, acest criteriu în alte cauze ulterioare.

69. Este situația cauzelor Compagnie maritime belge transports și alții/Comisia [26] și Irish Sugar/Comisia [27] [28].

26 — Hotărârile Tribunalului din 8 octombrie 1996 (T-24/93-T-26/93 și T-28/93, Rec., p. II-1201) și Hotărârea Curții, citată anterior.

27 — Hotărârea Tribunalului din 7 octombrie 1999 (T-228/97, Rec., p. II-2969) și Hotărârea Curții din 10 iulie 2001 (C-497/99 P, Rec., p. I-5333).

28 — De asemenea, se observă că Comisia a urmat o abordare neîntemeiată pe costuri în Decizia 88/138/CEE din 22 decembrie 1987 referitoare la o procedură de aplicare a articolului 86 din Tratatul CEE (IV/30.787 și 31.488 – Eurfix – Bauco/Hilti) (JO 1988, L 65, p. 19). În această cauză, era în discuție o serie de practici discriminatorii și selective din partea Hilti prin care se urmărea descurajarea clientelei de a cumpăra de la concurenții acesteia bolțuri pentru pistoale pentru fixare de producție proprie, piață pe care această întreprindere deținea o parte apreciată între aproximativ 70 % și 80 %. Printre practicile considerate abuzive de Comisie figurau reduceri acordate unora dintre principalii clienți ai concurenților Hilti, care produceau bolțuri compatibile cu pistoalele sale pentru fixare, oferte de care nu profitau în niciun fel propriii clienți care cumpărau cantități similare sau echivalente. În respectiva decizie, Comisia a apreciat că aceste oferte speciale nu constituiau o reacție defensivă față de concurenți, ci reflectau o politică prestabilită a acestei întreprinderi în vederea limitării pătrunderii acestora pe piața bolțurilor compatibile cu propriile dispozitive (punctul 80 din decizie). Comisia adăuga că, „în speță, elementul constitutiv al abuzului nu este faptul că prețurile au fost inferioare costurilor (indiferent de modul de definire […]), ci că, din cauza poziției sale dominante, Hilti era în măsură să ofere prețuri speciale discriminatorii clienților concurenților săi pentru a aduce atingere activităților acestora, menținând totodată prețuri superioare pentru propriii clienți de o importanță echivalentă” (punctul 81 din decizie). În cadrul acțiunii în anulare introduse împotriva acestei decizii (Hotărârea Tribunalului din 12 decembrie 1991, Hilti/Comisia, T-30/89, Rec., p. II-1439), Hilti a dezvoltat, în parte, o argumentație foarte generică, care nu se axează în mod specific pe reduceri tarifare selective, respinsă de Tribunal la punctul 100 din hotărârea pronunțată și, în parte, a admis faptul că a pus efectiv în practică unele dintre comportamentele imputate, ceea ce Tribunalul a fost pur și simplu determinat să observe (a se vedea punctul 101 din aceeași hotărâre). În ceea ce privește recursul în fața Curții (Hotărârea din 2 martie 1994, Hilti/Comisia, C-53/92 P, Rec., p. I-667), acesta nu privea aprecierea prezentată la aceste puncte din hotărârea Tribunalului.

70. În prima dintre aceste cauze, Comisia imputa conferinței maritime de linie Cewal, care era în special membru al Compagnie maritime belge transports, și care deținea peste 90 % din cotele pieței relevante, faptul că a modificat, printre altele, tarifele sale de navlosire prin derogare de la tarifele în vigoare în scopul de a obține tarife identice sau inferioare celor ale principalului său concurent independent (G&C) pentru navele care plecau la aceeași dată sau la date învecinate (practică numită „a navelor de luptă”), cu încălcarea articolului 86 din Tratatul CEE [29].

71. Tribunalul a confirmat analiza Comisiei.

72. Tribunalul a amintit, în primul rând, că întreprinderile reclamante nu contestau cele trei criterii ale practicii numite a navelor de luptă – care era distinctă de o practică de prețuri de ruinare –, și anume a) desemnarea ca nave de luptă a navelor membre ale conferinței a căror dată de plecare era cea mai apropiată de data de plecare a navelor ce aparțineau G&C, fără să modifice programul prevăzut, b) stabilirea în comun a prețurilor de luptă care derogau de la tariful practicat în mod obișnuit de membrii Cewal, astfel încât să fie egale sau mai mici decât prețurile anunțate de G&C, și c) reducerea veniturilor care rezultă de aici și care era suportată de membrii Cewal [30].

73. Analizând în continuare argumentele reclamantelor care urmăreau să conteste exploatarea abuzivă a unei poziții dominante, Tribunalul a considerat, având în vedere înscrisurile din dosar, că Comisia a considerat în mod corespunzător cerințelor legale că practica pusă în aplicare fusese instituită în scopul eliminării unicului concurent al Cewal pe piața relevantă [31]. În aceste împrejurări, Tribunalul a apreciat că, întrucât practica avea drept obiect eliminarea unicului concurent, reclamantele nu puteau sublinia în mod util că, de fapt, s-au limitat să participe la un război al prețurilor inițiat de concurent sau să răspundă la anumite așteptări ale clientelei lor. Chiar presupunând că aceste împrejurări ar fi fost dovedite, ele nu ar fi fost în măsură în orice caz, potrivit Tribunalului, să asigure că riposta pusă în aplicare de membrii Cewal este rațională și proporțională [32].

74. În sfârșit, Tribunalul a respins pretenția reclamantelor potrivit căreia creșterea cotei de piață a G&C ar fi condus la lipsa de efect a practicii în cauză și în mod corelativ la lipsa abuzului de poziție dominantă. În această privință, Tribunalul a considerat că, atunci când una sau mai multe întreprinderi aflate în poziție dominantă pun efectiv în aplicare o practică al cărei obiect este de a elimina un concurent, împrejurarea că rezultatul scontat nu este atins nu poate fi suficientă pentru a înlătura calificarea de abuz de poziție dominantă în sensul articolului 86 din tratat și a adăugat că, „[d]e altfel, contrar afirmațiilor reclamantelor, faptul că cota de piață a [G&C] a crescut nu înseamnă că practica nu a avut efect, în măsura în care, în lipsa acestei practici, cota [G&C] ar fi putut crește într-un mod mai semnificativ” [33].

75. Sesizată cu recursuri îndreptate împotriva hotărârii Tribunalului, Curtea a anulat hotărârea Tribunalului, în măsura în care aceasta privea amenzile aplicate reclamantelor [34].

76. În schimb, în ceea ce privește exploatarea abuzivă a poziției dominante, Curtea a menținut aprecierile Tribunalului, dând însă dovadă de prudență.

77. După ce a amintit, pe de o parte, că domeniul de aplicare material al răspunderii speciale care revine unei întreprinderi dominante trebuie apreciat în raport cu împrejurările specifice ale fiecărei spețe care demonstrează o slăbire a concurenței și, pe de altă parte, că piața transporturilor maritime era un sector foarte specializat și specific, caracterizat în special, în temeiul dreptului Uniunii, prin

29 — Decizia 93/82/CEE a Comisiei din 22 decembrie 1992 referitoare la o procedură de aplicare a articolului 85 din Tratatul CEE (IV/32.448 și IV/32.450: Cewal, Cowak, Ukwal) și a articolului 86 din Tratatul CEE (IV/32.448 și IV/32.450), JO 1993, L 34, p. 20.

30 — Hotărârea Tribunalului, citată anterior (punctele 139 și 141).

31 — Hotărâre citată anterior (punctul 147).

32 — *Ibidem* (punctul 148).

33 — *Ibidem* (punctul 149).

34 — A se vedea Hotărârea Curții, citată anterior (punctele 146 și 147 și punctul 1 din dispozitiv).

posibilitatea pentru conferințele maritime de a fi autorizate să stabilească prețurile [35], Curtea a hotărât că, „[…] atunci când o conferință maritimă aflată în poziție dominantă procedează la o reducere selectivă a prețurilor pentru a le alinia la cele ale unui concurent, aceasta beneficiază de un temei dublu. Pe de o parte, ea elimină principalul, chiar unicul motiv de concurență aflat la dispoziția întreprinderii concurente. Pe de altă parte, ea poate continua să le solicite utilizatorilor prețuri superioare pentru serviciile care nu sunt amenințate de această concurență” [36].

78. La punctele 118-120 din hotărâre, Curtea a adăugat:„118 Nu este necesar în speță să se adopte o poziție, în general, cu privire la împrejurările în care o conferință maritimă poate adopta în mod legitim, de la caz la caz, prețuri inferioare celor din tariful anunțat pentru a face față unui concurent care oferă prețuri mai avantajoase […].

119 Este suficient să amintim că este vorba în speță despre comportamentul unei conferințe care deține peste 90 % din cotele de piață în discuție și care are doar un concurent. De altfel, reclamantele nu au contestat niciodată în mod serios, ci chiar au recunoscut la ședință că obiectul comportamentului reproșat era de a elimina G&C de pe piață.

120 Prin urmare, este necesar să se considere că Tribunalul nu a săvârșit nicio eroare de drept atunci când a constatat că erau justificate argumentele Comisiei potrivit cărora practica numită «a navelor de luptă», astfel cum este pusă în aplicare împotriva G&C, constituia un abuz de poziție dominantă. În plus, trebuie să se sublinieze că nu este vorba câtuși de puțin în speță despre o nouă definiție a unei practici abuzive.”

79. În cea de a doua cauză, Irish Sugar/Comisia, citată anterior, era de fapt în discuție o serie de comportamente adoptate de această întreprindere pe piața zahărului destinat vânzării cu amănuntul în Irlanda și pe care aceasta deținea o cotă de peste 88 % și considerate abuzive de Comisie [37]. În special, Comisia imputa Irish Sugar că a acordat reduceri speciale, fără o justificare economică obiectivă, anumitor vânzători cu amănuntul stabiliți în regiunea de la frontiera dintre Irlanda și Irlanda de Nord în condițiile concurenței cu privire la importurile de zahăr care provin din Irlanda de Nord sau propriul zahăr reimportat în Irlanda. Făcând trimitere la decizia sa privind ECS/Akzo Chemie, Comisia aprecia că aceste reduceri frontaliere selective constituiau un abuz de poziție dominantă [38].

80. Trebuind să aprecieze caracterul abuziv al unor astfel de reduceri frontaliere, Tribunalul a arătat, în primul rând, că prețurile practicate de Irish Sugar nu constituiau prețuri de ruinare în sensul jurisprudenței Curții [39]. În continuare, acesta a observat că din înscrisurile depuse la dosar rezulta că Irish Sugar a ales în mod deliberat să ofere în mod selectiv o reducere specială anumitor vânzători cu amănuntul, dar și că aceasta bănuia caracterul ilicit al unei asemenea practici [40].

81. Acest lucru a determinat Tribunalul să considere practica respectivă ca reprezentând o exploatare abuzivă a unei poziții dominante în sensul articolului 86 al doilea paragraf litera (c) din tratat [41], respingând de asemenea toate argumentele invocate de Irish Sugar pentru a demonstra caracterul licit al comportamentului său [42]. În special, Tribunalul a respins argumentul invocat de Irish Sugar potrivit căruia această întreprindere urmărea să se apere împotriva concurenței care rezulta din importurile la prețuri reduse (însă nu sub prețul de cost) care provin de pe piața din Marea Britanie și din Irlanda de

35 — Hotărârea Curții, citată anterior (punctele 114-116).

36 — *Ibidem* (punctul 117).

37 — Decizia 97/624/CE a Comisiei din 14 mai 1997 referitoare la o procedură de aplicare a articolului 86 din Tratatul CEE (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc) (JO L 258, p. 1).

38 — A se vedea punctele 133-135 din decizia menționată.

39 — Hotărâre citată anterior (punctul 182).

40 — *Ibidem* (punctul 183).

41 — *Idem.*

42 — *Ibidem* (punctele 184-192).

Nord, subliniind că, astfel cum a recunoscut Irish Sugar, capacitatea sa economică de a oferi reduceri în regiunea situată de-a lungul frontierei cu Irlanda de Nord implica stabilitatea prețurilor în celelalte regiuni, ceea ce însemna că aceasta finanța reducerile menționate prin intermediul propriilor vânzări pe restul teritoriului Irlandei.

82. Tribunalul a concluzionat de aici că, printr-un astfel de comportament, Irish Sugar a împiedicat dezvoltarea liberului joc al concurenței pe piața relevantă și a denaturat structurile acesteia, atât față de cumpărători, cât și față de consumatori, aceștia din urmă neavând astfel posibilitatea de a beneficia, în afara regiunii frontaliere cu Irlanda de Nord, de reduceri de prețuri cauzate de importurile de zahăr care provin din Irlanda de Nord [43]. Astfel, potrivit Tribunalului, protecția poziției concurențiale a unei întreprinderi aflate în poziție dominantă care reunește caracteristicile pe care le avea Irish Sugar la data situației de fapt în litigiu trebuie, cel puțin, pentru a fi legitimă, să se întemeieze pe criterii de eficacitate economică și să prezinte un interes pentru consumatori, ceea ce lipsea în speță [44].

83. De asemenea, trebuie evidențiat că Tribunalul a respins pretenția Irish Sugar potrivit căreia Comisia ar fi invocat eliminarea unui concurent ca probă a caracterului abuziv al acordării reducerilor frontaliere. Arătând că nu aceasta era poziția Comisiei, Tribunalul a adăugat, printre altele, că, „[î]n măsura în care acordarea reducerilor frontaliere avea drept scop fidelizarea cumpărătorilor expuși la ofertele concurenților, fără ca toți clienții reclamantei să beneficieze totuși de impactul concurenței asupra prețurilor de vânzare a produselor sale, eliminarea unui concurent ca urmare a unei astfel de practici demonstrează *a fortiori* caracterul abuziv al practicii, în sensul articolului 86 din tratat” [45].

84. În cadrul recursului îndreptat împotriva acestei hotărâri, Irish Sugar s-a limitat să conteste aprecierea Tribunalului privind existența unei poziții dominante. Prin urmare, Curtea nu a trebuit să se pronunțe asupra constatărilor instanței de prim grad referitoare la comportamentele abuzive ale întreprinderii.

85. Ce concluzii se pot desprinde din aceste două cauze?

86. În primul rând, astfel cum am menționat deja, aceste două cauze fac parte dintr-un curent jurisprudențial potrivit căruia o reducere de prețuri din partea unei întreprinderi dominante a fost considerată contrară articolului 82 CE, fără ca aceste prețuri să fi fost apreciate în raport cu costurile întreprinderii și de unde rezultă că prețurile nu fuseseră stabilite sub valoarea medie a costurilor totale.

87. În al doilea rând, în timp ce în cauza Akzo/Comisia, citată anterior, Curtea a dedus din reducerile tarifare selective acordate clienților principalului concurent al Akzo existența unei intenții de eliminare din partea acesteia din urmă, în cauzele citate anterior Compagnie maritime belge transport și alții/Comisia și Irish Sugar/Comisia, instanța Uniunii a adoptat un demers diferit. Astfel, aceasta a considerat că practicile tarifare în litigiu constituiau punerea în aplicare a intenției de eliminare a concurentului a cărei materialitate a fost dedusă nu din practica tarifară selectivă, ci din documentele interne ale întreprinderilor dominante vizate sau din alte înscrisuri din dosar.

88. În această privință, trebuie subliniat că împrejurarea că, în aceste două ultime cauze, practicile în discuție nu au avut efectul scontat, cu alte cuvinte acestea nu au condus la eliminarea concurentului, nu a fost considerată decisivă pentru înlăturarea existenței unui abuz de poziție dominantă. Această apreciere prezintă de altfel o semnificație specială în Hotărârea Tribunalului pronunțată în cauza

43 — *Ibidem* (punctul 188).

44 — *Ibidem* (punctul 189).

45 — *Ibidem* (punctul 191).

Compagnie maritime belge transport și alții, citată anterior, în măsura în care din această hotărâre reiese că cotele de piață ale principalului sau unicului concurent al întreprinderii dominante au crescut de-a lungul perioadei în care au fost adoptate practicile tarifare în litigiu [46].

89. Această apreciere pare să însemne că practicile tarifare în cauză sunt anticoncurențiale prin obiectul lor, iar nu prin efect. Or, privită în afara contextului, aceasta ar putea fi de asemenea contrară aprecierii că întreprinderile dominante nu sunt lipsite, în principiu, de dreptul de a practica o concurență prin prețuri [47].

90. Explicația abordării reținute de instanța Uniunii în cauzele în care s-au pronunțat Hotărârea din 16 martie 2000, Compagnie maritime belge transports și alții/Comisia, citată anterior, și Hotărârea din 10 iulie 2001, Irish Sugar/Comisia, citată anterior, ar putea, în opinia noastră, să se întemeieze pe trei aspecte cu caracter mai degrabă de fapt, comune situațiilor aflate la originea hotărârilor Curții și Tribunalului.

91. În primul rând, astfel cum am observat deja în cele două cauze citate anterior, intenția de eliminare din partea întreprinderii dominante a fost dedusă nu din practica tarifară selectivă, ci din alte împrejurări. În consecință, practica tarifară selectivă a fost considerată doar ca materializarea acestei intenții.

92. În continuare, este necesar să se arate că întreprinderile dominante în cauză se aflau într-o situație de putere economică apropiată de cea a unui monopol, respectivele lor cote de piață în cauză apropiindu-se astfel de 90 %. Prin urmare, existau bariere ridicate la intrarea pe piață din cauza existenței unei „poziții superdominante” la care de altfel a fost sensibil avocatul general Fennelly în Concluziile prezentate în cauzele în care s-a pronunțat Hotărârea Curții din 16 martie 2000, Compagnie maritime belge transport și alții, citată anterior [48].

93. În sfârșit, practicile tarifare selective se integrau într-o serie de comportamente abuzive tarifare și/sau netarifare al căror efect cumulativ a putut juca de asemenea un anumit rol.

94. Aceste considerații ne determină să apreciem că, în ceea ce privește răspunsul pe care Curtea ar trebui să îl dea instanței de trimitere, cauzele citate anterior Irish Sugar/Comisia și Compagnie maritime belge transports și alții au doar o relevanță marginală întrucât, în acțiunea principală, este evident că nicio intenție de eliminare nu a putut fi demonstrată nici de autoritățile de concurență, nici de instanțele daneze și că nu reiese în niciun mod din elementele din dosar că Post Danmark s-ar afla într-o situație de „poziție superdominantă”. În plus, în ceea ce privește în special cauza Irish Sugar/Comisia, citată anterior, pe care Comisia și-a întemeiat o parte din observații în cadrul ședinței, trebuie amintit că, pe de o parte, era vorba despre o situație în care întreprinderea dominantă urmărea să își păstreze clientela prin oferirea de reduceri selective către distribuitorii săi expuși concurenței cu alți producători de zahăr, iar nu, ca în acțiunea principală, să atragă clientela principalului sau unicului concurent și, pe de altă parte, că reducerile în cauză urmăreau să limiteze influența politicii de prețuri a unor operatori prezenți în special pe o piață națională limitrofă asupra politicii de prețuri a unor operatori prezenți pe o altă piață națională, practică ce putea și a fost considerată într-adevăr ca reprezentând un obstacol în calea realizării pieței comune [49].

46 — La punctul 126 din această hotărâre, Tribunalul menționează afirmația reclamantelor potrivit căreia cota de piață a C&G ajunsese de la 2 % la 25 % în cursul perioadei avute în vedere. Această afirmație nu a fost infirmată în restul motivelor din hotărâre (a se vedea în special, în această privință, punctul 149 din hotărârea menționată).

47 — A se vedea în această privință punctul 57 din prezentele concluzii.

48 — Concluzii prezentate la 29 octombrie 1998 (punctele 135-137). Mai recent, Curtea a subliniat de asemenea o astfel de caracteristică a puterii de piață a Cewal în cauza aflată la originea Hotărârii Compagnie maritime belge transports și alții/Comisia, citată anterior (a se vedea Hotărârea TeliaSonera Sverige, citată anterior, punctul 81).

49 — A se vedea Hotărârea Tribunalului Irish Sugar/Comisia, citată anterior (punctul 185).

95. Se pare că jurisprudența Curții trebuie interpretată astfel încât, atunci când nu sunt întrunite condițiile, relativ excepționale, ale cauzelor în care s-au pronunțat Hotărârea din 16 martie 2000, Compagnie maritime belge transports și alții/Comisia, citată anterior, și Hotărârea din 10 iulie 2001, Irish Sugar/Comisia, citată anterior, în special atunci când intenția de eliminare a concurentului sau a concurenților întreprinderii dominante nu poate fi dedusă din alte împrejurări decât din ofertele de prețuri selective, o reducere selectivă de prețuri trebuie analizată în funcție de costurile întreprinderii dominante, după exemplul criteriului utilizat la punctele 114 și 115 din Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior.

96. Această interpretare permite să se asigure o interpretare coerentă a jurisprudenței. De asemenea, poate să confere o mai mare securitate juridică întreprinderilor care dețin o poziție dominantă atunci când acestea recurg la reduceri selective de prețuri. Pe de altă parte, în măsura în care întreprinderea dominantă își cunoaște propriile costuri și tarife, iar nu pe cele ale concurenților săi, luarea în considerare de autoritățile de concurență și de instanțe a structurii costurilor concurentului ar putea fi contrară principiului securității juridice, întrucât nu ar permite întreprinderii dominante să aprecieze legalitatea propriului comportament, cu excepția existenței unor împrejurări speciale [50].

97. În această privință, indiferent de sectorul în care își desfășoară activitatea întreprinderea dominantă, apreciem că o asemenea întreprindere care acceptă prețuri diferite, dar totuși, toate, superioare valorii medii a costurilor sale totale, indiferent dacă se adresează clienților săi tradiționali sau clienților concurentului său, nu poate, în principiu, în pofida caracterului selectiv și discriminatoriu al practicii sale tarifare, să determine eliminarea concurentului respectiv atât de eficace.

98. Astfel, acesta din urmă va fi, în principiu, întotdeauna în măsură să răspundă unei asemenea concurențe prin prețuri, întrucât vânzările efectuate la asemenea prețuri acoperă valoarea medie a costurilor variabile și a costurilor fixe. Prin urmare, aceste vânzări vor fi profitabile și nu se poate concepe, în principiu, ca acest concurent să poată fi eliminat de pe piață. Situația ar putea fi diferită dacă, în pofida acestui fapt, prețurile concurentului ar fi mai ridicate decât valoarea medie a costurilor totale ale întreprinderii dominante. Totuși, în această ipoteză, va fi vorba, după toate probabilitățile, despre un concurent a cărui eficacitate va fi inferioară celei a întreprinderii dominante. Prin urmare, eliminarea acestuia va constitui doar rezultatul normal al jocului concurenței bazate pe merite, la care, în pofida răspunderii speciale care le revine, trebuie să poată participa de asemenea întreprinderile dominante.

99. Desigur, comportamentul întreprinderii dominante va putea fi considerat întotdeauna ca fiind contrar articolului 82 al doilea paragraf litera (c) CE în sensul că ar putea determina un dezavantaj concurențial față de anumiți clienți ai întreprinderii dominante („secondary-line discrimination”). Totuși, un astfel de comportament nu ar trebui să determine, în principiu, eliminarea concurentului acestei întreprinderi.

100. Raportată la situația de fapt din acțiunea principală, aprecierea prezentată la punctele 96-98 de mai sus ar trebui, în opinia noastră, să determine instanța de trimitere să considere că prețurile oferite de Post Danmark grupurilor Spar și SuperBest – doi dintre cei trei clienți ai FK ale căror situații au fost menționate în trimiterea preliminară, precum și în observațiile părților interesate – nu puteau determina, în principiu, eliminarea FK, întrucât este evident, astfel cum am arătat deja, că aceste prețuri erau superioare valorii medii a costurilor totale ale Post Danmark. În plus, instanța de trimitere nu a informat Curtea cu privire la structura costurilor FK.

101. Rămâne să analizăm dacă o întreprindere dominantă precum Post Danmark își poate elimina în mod abuziv concurentul dacă practică față de un client important al acestuia din urmă o reducere selectivă de prețuri, atunci când aceste prețuri sunt superioare valorii medii a costurilor marginale ale întreprinderii dominante, însă inferioare valorii medii a costurilor sale totale.

50 — A se vedea în acest sens Hotărârea TeliaSonera Sverige, citată anterior (punctele 44 și 45).

102. În primul rând, nu considerăm ca simplul fapt că ofertele tarifare în cauză sunt realizate în beneficiul unui singur client al principalului sau al unicului concurent să poată conduce la înlăturarea constatării unui abuz de poziție dominantă. Astfel, este adevărat că un asemenea client poate reprezenta un volum de achiziții și o cotă de piață semnificative, cum pare să fie de altfel situația lui Coop în acțiunea principală.

103. În continuare, ar fi tentant să se extindă, prin analogie, raționamentul adoptat de Curte la punctele 113-115 din Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior, astfel cum a sugerat, de altfel, Comisia în ședință.

104. Potrivit acestei abordări, ar rezulta că faptul că o întreprindere dominantă oferă clientului concurentului său prețuri inferioare valorii medii a costurilor sale totale, practicând totodată prețuri superioare acestei valori față de clienții săi tradiționali, i-ar permite să compenseze, cel puțin parțial, „pierderile” care rezultă din vânzările către clientul concurentului cu profiturile realizate din vânzările către clienții săi tradiționali, comportament care, fără o justificare economică, ar constitui o practică de eliminare.

105. În acțiunea principală, după toate probabilitățile, această orientare ar determina instanța de trimitere să constate un abuz de poziție dominantă a Post Danmark pe piața națională a distribuirii corespondenței neadresate, în măsura în care, fără ca acest lucru să fi fost infirmat de instanța menționată în cadrul trimiterii preliminare, autoritățile daneze în materie de concurență au constatat că Post Danmark nu a demonstrat că oferta selectivă făcută lui Coop, unul dintre principalii clienți ai FK, era justificată de economiile de scară.

106. Fără să afecteze în mod necesar constatarea unei exploatări abuzive a poziției dominante în cazul Post Danmark, avem totuși rezerve în a sugera adoptarea unui anumit raționament care să respecte întocmai punctele 113-115 din Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior, astfel cum a propus de fapt Comisia în cadrul ședinței.

107. Un asemenea raționament pare astfel, cel puțin, să simplifice excesiv problematica ofertelor de prețuri selective acceptate de o întreprindere dominantă care operează în mod concomitent pe o piață, în parte rezervată, în care desfășoară o misiune de serviciu universal și pe o piață deschisă total concurenței unde constrângerile de serviciu universal nu se aplică niciunui operator.

108. În primul rând, faptul că prețurile de vânzare oferite principalului client al concurentului sunt superioare valorii medii a costurilor marginale ale întreprinderii dominante trebuie, în opinia noastră, să nu fie considerat ca o situație în care vânzările generează „pierderi”, ci mai degrabă ca fiind caracterizat de vânzări care nu maximizează veniturile respectivei întreprinderi. Astfel, asemenea vânzări rămân, în principiu, profitabile, întrucât veniturile care sunt obținute din acestea acoperă costurile generate pentru a desfășura activitatea specifică dezvoltată pe piața concurențială, respectiv, în speță, activitatea de distribuire a corespondenței neadresate.

109. Prin urmare, posibilitatea întreprinderii dominante de a practica un asemenea nivel de prețuri nu depinde, în opinia noastră, de o compensare realizată între prețul vânzărilor efectuate pe piața deschisă concurenței către clienții săi tradiționali față de care aceasta își maximizează veniturile și prețul celor efectuate pe aceeași piață către clientul principal al concurentului său pentru care aceasta nu le maximizează. Astfel, pentru a menține nivelul de preț oferit clientului concurentului său, întreprinderea dominantă nu are, în principiu, nevoie să recurgă la o asemenea compensare.

110. În fond, pe o piață pe care nu se aplică nicio altă constrângere clienților tradiționali ai întreprinderii dominante victime ale diferenței de tratament tarifar, aceștia sunt, în principiu, pe

deplin în măsură să găsească un concurent care să le poată oferi servicii echivalente la un preț inferior celui practicat de întreprinderea dominantă [51].

111. În schimb, în al doilea rând, în măsura în care costurile marginale nu iau sau iau insuficient în considerare costurile fixe comune activităților desfășurate pe cele două piețe pe care este prezentă întreprinderea dominantă, în special costurile fixe referitoare la menținerea capacităților rețelei de distribuire a întreprinderii dominante utilizate, ca în acțiunea principală, atât pentru activitatea sa, în parte rezervată, pentru care aceasta operează asumându-și obligații de serviciu universal, cât și pentru activitatea sa de distribuire a corespondenței neadresate, această întreprindere ar putea proceda, în definitiv, chiar și prin practicarea unui preț superior valorii medii a costurilor sale marginale, astfel încât clienții activității în parte rezervate exercitate pe piața pe care dispune de o misiune de serviciu universal să suporte costul capacităților rețelei de distribuție mobilizate de întreprinderea dominantă pentru activitatea sa de distribuire a corespondenței neadresate.

112. Cu alte cuvinte, este posibil ca, luând drept criteriu valoarea medie a costurilor marginale, întreprinderea dominantă să poată practica un preț ușor superior acestei valori – evitând astfel ca acest preț să poată fi considerat ca fiind automat de ruinare – astfel încât activitatea, în parte rezervată, să suporte pe piața pe care desfășoară o misiune de serviciu universal toate costurile fixe comune sau o parte din acestea, activitate care, în consecință, subvenționează prețul oferit pe piața deschisă concurenței. O asemenea practică, fie că este selectivă sau neselectivă, ar putea conduce în cele din urmă la eliminarea concurenților de pe piața liberalizată, respectiv, în acțiunea principală, a celor care operează pe piața daneză a distribuirii corespondenței neadresate, care, în mod firesc, nu beneficiază de același mecanism de subvenții încrucișate [52].

113. Prin urmare, considerăm că faptul că o întreprindere dominantă precum Post Danmark practică un preț selectiv superior valorii medii a costurilor marginale nu exclude, contrar celor sugerate, în esență, de Post Danmark și de guvernul ceh în observațiile în fața Curții, ca un astfel de nivel de prețuri să poată presupune un risc de eliminare a concurentului acestei întreprinderi, în condițiile în care acest preț poate fi subvenționat din veniturile obținute de activitatea, în parte rezervată, a întreprinderii dominante pe piața pe care aceasta operează asumându-și obligații de serviciu universal.

114. În această privință, pentru a verifica dacă aceasta este situația, considerăm că ar trebui să se identifice costul de producție izolată („stand-alone cost”) [53] al serviciilor prestate de întreprinderea dominantă pe piața pe care își asumă obligații de serviciu universal și să se examineze dacă veniturile generate de aceste servicii depășesc un asemenea cost. În cazul unui răspuns afirmativ, o subvenție încrucișată ar trebui, după toate probabilitățile, să fie constatată în beneficiul vânzărilor realizate pe piața deschisă concurenței pentru care prețul practicat este inferior valorii medii a costurilor totale. Având în vedere răspunderea specială a unei întreprinderi aflate pe o poziție dominantă în ceea ce privește menținerea structurii concurențiale a pieței, recurgerea la asemenea subvenții încrucișate ar determina, în timp, un risc real de eliminare a concurentului și ar legitima, așadar, în opinia noastră, intervenția preventivă a autorităților în materie de concurență.

51 — În speță, Post Danmark a reiterat în special în cadrul ședinței că rezilierea prematură a unui contract de distribuire a corespondenței neadresate de unul dintre clienții săi nu genera nicio penalitate și era condiționată numai de un preaviz de o lună. Această situație s-ar delimita foarte clar de cea din cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Compagnie maritime belge transports și alții, citată anterior (punctul 117), în care Curtea a insistat în mod deosebit asupra faptului că întreprinderea dominantă oferea prețuri scăzute clienților concurentului său, în timp ce ea putea continua să ceară utilizatorilor prețuri superioare pentru serviciile care nu erau amenințate de această concurență.

52 — A se vedea în general, între alții, Thouvenin, V., „Coûts incrémentaux: retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Éléments de définition des coûts incrémentaux dans le contexte d'une stratégie de prédation: point de vue d'un économiste” în *Concurrences*, *op. cit.*, p. 11.

53 — A se vedea în această privință, printre altele, lucrările lui Faulhaber, G. R., „Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises” în *American Economic Review*, 1975, nr. 5, p. 966, și „Cross-Subsidy Analysis with more than two services” în *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, nr. 3, p. 441, care dă următoarea definiție: „the stand-alone cost of any service or group of services of an enterprise is the cost of providing that service (at the existing or «test» demand level) or group of services by themselves, without any other service that is provided by the enterprise”. A se vedea de asemenea Thouvenin, V., *op. cit.*, p. 11.

115. În funcție de durata în care a fost pusă în aplicare această practică, un asemenea risc s-ar putea deduce, în special, din pierderea cotelor de piață ale concurentului.

116. În acțiunea principală, se pare totuși, astfel cum am arătat la punctul 14 din prezentele concluzii, că autoritățile daneze în materie de concurență nu au avut posibilitatea de a constata prezența unor subvenții încrucișate ilicite în beneficiul activităților de distribuire a corespondenței neadresate a Post Danmark. Instanța de trimitere va trebui totuși să se asigure de acest lucru.

117. În acest stadiu, este încă posibil să se ridice problema caracterului proporțional al unei oferte tarifare, precum cea efectuată de Post Danmark în beneficiul unuia dintre principalii clienți ai unicului sau principalului său concurent pe piața de distribuire a corespondenței neadresate. Această problemă poate fi privită din două perspective.

118. Pe de o parte, s-ar putea ridica problema dacă, având în vedere răspunderea specială a întreprinderii dominante pe piață, nu trebuia să se abțină să acorde, în mod selectiv, un preț superior costurilor sale marginale medii prin practicarea unei politici tarifare nediscriminatorii față de clienții săi tradiționali. Pe de altă parte, se poate ridica problema cu privire la motivele care pot determina o întreprindere dominantă precum Post Danmark să își adapteze ofertele tarifare între clienții concurentului său.

119. În ceea ce privește primul aspect, apreciem că a obliga o întreprindere dominantă să acorde același tratament tarifar clienților săi tradiționali și clienților concurentului său, și anume, în acțiunea principală, să acorde un preț uniform care depășește costurile marginale medii, ar putea cu siguranță evita punerea în aplicare a discriminării numite „accesorie” („secondary-line discrimination”) care se realizează între partenerii comerciali ai întreprinderii respective, însă nu ar avea o influență pozitivă asupra efectului eventual al eliminării acestui comportament față de concurentul acestei întreprinderi. Astfel, deși este cu siguranță posibil ca practica tarifară uniformă să nu poată fi menținută în cursul unei durate la fel de îndelungate ca în contextul unei practici tarifare selective, în schimb, nivelul prețurilor practicate de întreprinderea dominantă față de clientul vizat al concurentului rămâne neschimbat, indiferent dacă acest preț este oferit în mod selectiv sau în contextul unui tarif uniform.

120. În ceea ce privește al doilea aspect și în măsura în care clienții concurentului cărora le-au fost acordate oferte tarifare diferite sunt considerați a fi în situații comparabile, este greu să se sesizeze motivele pentru care o întreprindere dominantă precum Post Danmark adaptează exact aceste oferte astfel încât două dintre ele (respectiv cele făcute către Spar și de SuperBest) acoperă costurile totale medii efectuate de această întreprindere, în timp ce cealaltă (respectiv cea acordată lui Coop) nu le acoperă, chiar dacă, în prima situație, ofertele făcute, care, după cum am afirmat deja, nu presupun niciun risc de a determina eliminarea concurentului, sunt întotdeauna inferioare prețurilor practicate de concurentul respectiv. Astfel, chiar și o ofertă tarifară de nivelul celei acordate Spar și SuperBest ar fi putut fi suficient de atractivă pentru un client precum Coop, întrucât se pare că aceasta rămânea inferioară prețurilor oferite de FK, fără a presupune totuși eventualele efecte ale eliminării concurentului evidențiate anterior. Totuși, materialitatea acestor efecte de eliminare va depinde, înainte de orice, de posibilitatea întreprinderii dominante de a subvenționa prețurile practicate în beneficiul Coop prin activitățile sale, în parte rezervate, în sectorul în care desfășoară o misiune de serviciu universal.

121. În concluzie, considerăm că abordarea pe care am susținut-o, care constă în favorizarea examinării mai degrabă a unui efect de eliminare, cel puțin potențial, decât a unei intenții de eliminare, ca în Hotărârea Akzo/Comisia, citată anterior, este de asemenea mai adecvată având în vedere împrejurările acțiunii principale. Astfel, spre deosebire de situația aflată la originea Hotărârii Akzo/Comisia, citată anterior, instanța de trimitere nu se confruntă cu o serie de comportamente

abuzive din partea aceleiași întreprinderi, dintre care mai multe comportamente au în mod clar drept obiect eliminarea concurentului său, ceea ce, în opinia noastră, poate explica faptul că Curtea s-a putut limita, examinând practica tarifară selectivă a Akzo, să deducă de aici intenția acestei întreprinderi de a aduce atingere concurentului său.

122. A adopta o abordare întemeiată mai degrabă pe intenția de eliminare decât pe efectele eliminării ar avea drept consecință a se considera că orice practică tarifară selectivă constituie un abuz de eliminare, în condițiile în care prețurile practicate de întreprinderea dominantă sunt inferioare valorii medii a costurilor sale totale, cu excepția situației în care această practică este justificată din punct de vedere economic. Or, astfel cum am subliniat în considerațiile de mai sus, apreciem că o asemenea prezumție nu este nici întemeiată pe planurile economic și juridic, nici oportună. În această privință, nu poate fi dedusă în mod automat dintr-o diferență de tratament tarifar între clienții tradiționali ai întreprinderii dominante și clientul sau clienții concurentului acestei întreprinderi.

123. Pentru toate aceste motive, considerăm că articolul 82 CE trebuie interpretat în sensul că reprezintă o exploatare abuzivă a unei poziții dominante comportamentul unei întreprinderi dominante prin care aceasta acordă o reducere selectivă de prețuri, stabilită la un nivel superior costurilor marginale medii, însă inferior costurilor totale medii ale acestei întreprinderi, principalului client al principalului sau unicului concurent pe piața națională a distribuirii corespondenței neadresate, deschisă în întregime concurenței, în condițiile în care oferta tarifară selectivă poate fi subvenționată din veniturile obținute din activitatea, în parte rezervată, a întreprinderii dominante pe piața serviciilor poștale pe care operează asumându-și obligații de serviciu universal, având, în consecință, drept efect determinarea eliminării concurentului respectiv. În această privință, pentru identificarea existenței unei subvenții încrucișate ilicite în beneficiul activităților de distribuire a corespondenței neadresate a întreprinderii dominante, este necesar să se analizeze dacă veniturile generate prin intermediul serviciilor prestate de această întreprindere pe piața serviciilor poștale pe care ea își asumă obligații de serviciu universal depășesc costul de producție izolată al acestor servicii. Revine instanței naționale sarcina de a verifica dacă aceasta este situația în acțiunea principală.

III — Concluzie

124. În temeiul considerațiilor de mai sus, propunem Curții să răspundă la întrebările adresate de Højesteret după cum urmează:

„Articolul 82 CE trebuie interpretat în sensul că reprezintă o exploatare abuzivă a unei poziții dominante comportamentul unei întreprinderi dominante prin care aceasta acordă o reducere selectivă de prețuri, stabilită la un nivel superior costurilor marginale medii, însă inferior costurilor totale medii ale acestei întreprinderi, principalului client al principalului sau unicului concurent pe piața națională a distribuirii corespondenței neadresate, deschisă în întregime concurenței, în condițiile în care oferta tarifară selectivă poate fi subvenționată din veniturile obținute din activitatea, în parte rezervată, a întreprinderii dominante pe piața serviciilor poștale pe care aceasta operează asumându-și obligații de serviciu universal, având, în consecință, drept efect determinarea eliminării concurentului respectiv. În această privință, pentru identificarea existenței unei subvenții încrucișate ilicite în beneficiul activităților de distribuire a corespondenței neadresate a întreprinderii dominante, este necesar să se analizeze dacă veniturile generate prin intermediul serviciilor prestate de această întreprindere pe piața serviciilor poștale pe care ea își asumă obligații de serviciu universal depășesc costul de producție izolată al acestor servicii. Este de competența instanței de trimitere să verifice dacă aceste condiții sunt îndeplinite în acțiunea principală.”