

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

6 ottobre 2015

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 82 CE – Abuso di posizione dominante – Mercato della distribuzione delle spedizioni postali di massa – Pubblicità diretta per corrispondenza – Sistema retroattivo di sconti – Effetto preclusivo – Criterio del concorrente altrettanto efficiente – Grado di probabilità e carattere serio di un effetto anticoncorrenziale»

Nella causa C-23/14,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Sø- og Handelsretten (Tribunale degli affari marittimi e commerciali, Danimarca), con decisione dell'8 gennaio 2014, pervenuta in cancelleria il 16 gennaio 2014, nel procedimento

**Post Danmark A/S**

contro

**Konkurrencerådet,**

con l'intervento di:

**Bring Citymail Danmark A/S,**

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta da R. Silva de Lapuerta, presidente di sezione, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, J. L. da Cruz Vilaça (relatore) e C. Lycourgos, giudici,

avvocato generale: J. Kokott

cancelliere: C. Strömholm, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 26 marzo 2015,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Post Danmark A/S, da S. Zinck, advokat, e T. Lübbig, Rechtsanwalt;
- per la Bring Citymail Danmark A/S, da P. Jakobsen, advokat;

- per il governo danese, da M. Wolff, in qualità di agente, assistita da J. Pinborg, advokat;
- per il governo tedesco, da T. Henze e J. Möller, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da É. Gippini Fournier, L. Malferrari e L. Grønfeldt, in qualità di agenti;
- per l'Autorità di vigilanza EFTA, da X. Lewis, M. Schneider e M. Moustakali, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 21 maggio 2015,

ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 82 CE.
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Post Danmark A/S (in prosieguo: la «Post Danmark») e il Konkurrencerådet (Consiglio per la concorrenza), in merito ad un sistema di sconti retroattivi attuato da tale impresa negli anni 2007 e 2008 per le spedizioni pubblicitarie inviate in massa.

### **Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

- 3 All'epoca dei fatti di cui trattasi nel procedimento principale, vale a dire nel corso del 2007 e del 2008, la Post Danmark era controllata dallo Stato danese ed era incaricata del servizio postale universale di distribuzione nel termine di un giorno, su tutto il territorio danese, di lettere e pacchi, e in particolare delle spedizioni di massa, di peso inferiore a 2 kg. Essa aveva l'obbligo di applicare un regime tariffario in base al quale i prezzi delle prestazioni ricadenti nell'obbligo di servizio universale dovevano rimanere invariati a prescindere dal luogo di destinazione.
- 4 Per compensare l'obbligo di servizio universale e il regime di tariffa unica che le erano imposti, la Post Danmark godeva di un monopolio ex lege sulla distribuzione di lettere, ivi incluso l'ambito delle spedizioni di massa, in particolare della pubblicità diretta per corrispondenza, di peso non superiore a 50 grammi.
- 5 La pubblicità diretta per corrispondenza è un segmento del mercato delle spedizioni di massa che consiste nella distribuzione nell'ambito di campagne

commerciali di lettere pubblicitarie di contenuto uniforme, recanti l'indirizzo del destinatario.

- 6 Dalla decisione di rinvio risulta che la Post Danmark ha posto in essere un sistema di sconti per la pubblicità diretta per corrispondenza nel 2003, in un periodo in cui non esisteva alcuna concorrenza sul mercato della distribuzione di spedizioni di massa e in cui il monopolio sulla distribuzione di posta si estendeva a tutte le lettere di peso non superiore a 100 grammi.
- 7 Tali sconti si applicavano alle spedizioni compiute dal cliente, comprendenti almeno 3 000 esemplari per volta, a condizione che la totalità delle spedizioni raggiungesse un volume minimo di 30 000 lettere per anno, oppure comportasse annualmente affrancature per un importo lordo di almeno 300 000 corone danesi (DKK) (circa EUR 40 200). Tale sistema di sconti prevedeva una scala percentuale compresa tra il 6% e il 16%, laddove quest'ultima percentuale di sconto era applicabile ai clienti che annualmente avessero spedito plichi per una quantità superiore ai 2 milioni o per un importo di oltre DKK 20 milioni (circa EUR 2 680 426). La scala degli sconti era «standardizzata», ossia tutti i clienti potevano ottenere lo stesso sconto in funzione dei loro acquisti cumulati nel corso del periodo di riferimento, ossia un anno.
- 8 All'inizio dell'anno la Post Danmark ed i suoi clienti stipulavano accordi in cui venivano indicate le quantità di spedizioni stimate per tale anno. Su tale base erano concessi gli sconti e periodicamente era effettuata la fatturazione. Al termine dell'anno, la Post Danmark procedeva ad un adeguamento allorché le quantità spedite non corrispondevano a quelle inizialmente stimate. Il prezzo per le spedizioni di ciascun cliente veniva adeguato alla fine dell'anno, con effetto retroattivo agli inizi del medesimo anno, sulla base della quantità di posta effettivamente spedita. La percentuale dello sconto da ultimo stabilita era in tal modo applicabile a tutte le spedizioni effettuate nel corso del periodo interessato e non solo alle spedizioni eccedenti la quantità inizialmente stimata. Allo stesso modo, un cliente il cui volume di spedizioni si fosse rivelato inferiore alla quantità stimata doveva rimborsare la Post Danmark.
- 9 Il sistema di sconti di cui trattasi nel procedimento principale era applicabile a tutte le spedizioni pubblicitarie recanti l'indirizzo del destinatario, a prescindere dal fatto che esse ricadessero o meno nel monopolio della Post Danmark e dal fatto che la distribuzione avesse avuto luogo o meno in zone non coperte da altri operatori. Dalla decisione di rinvio risulta che della progressività degli sconti applicati ai servizi di pubblicità diretta per corrispondenza si avvalevano in misura maggiore i clienti di medie dimensioni, posto che le quantità spedite dai clienti molto importanti eccedevano ampiamente lo scaglione superiore.
- 10 Il 1° gennaio 2007 la Bring Citymail Danmark A/S (in prosieguo: la «Bring Citymail»), una società controllata dalla Post Danmark Norge AS, società incaricata del servizio postale universale in Norvegia, ha iniziato a distribuire in Danimarca corrispondenza commerciale, anche in forma di pubblicità diretta per

corrispondenza. La Bring Citymail offriva un servizio di distribuzione di tale posta non entro il termine di un giorno dall'invio, ma entro il termine di tre giorni. Tale servizio veniva utilizzato da circa 1 milione di nuclei familiari a Copenhagen (Danimarca) e zone limitrofe, il che corrispondeva a circa il 40% della totalità dei nuclei familiari interessati.

- 11 Durante il periodo di riferimento, la Bring Citymail era l'unica seria concorrente della Post Danmark nel mercato delle spedizioni di massa.
- 12 La Bring Citymail si è ritirata dal mercato danese nel 2010 dopo aver subito pesanti perdite. In base ai chiarimenti forniti al riguardo, essa avrebbe subito un danno di DKK 500 milioni (circa EUR 67 010 654), in conseguenza dei costi legati all'avviamento e dei risultati negativi durante gli esercizi contabili nel periodo compreso tra il 2006 e il 2009.
- 13 A seguito di una denuncia depositata dalla Bring Citymail, il Consiglio per la concorrenza, con decisione del 24 giugno 2009, ha ritenuto che la Post Danmark avesse abusato di una posizione dominante sul mercato della distribuzione delle spedizioni di massa applicando, negli anni 2007 e 2008, sconti per la pubblicità diretta per corrispondenza che hanno avuto l'effetto di fidelizzare la clientela e di «chiudere» il mercato, senza essere in grado di dimostrare vantaggi in termini di efficienza che avrebbero potuto giovare ai consumatori e neutralizzare gli effetti restrittivi di detti sconti sulla concorrenza.
- 14 Il Consiglio per la concorrenza ha in particolare ritenuto che la Post Danmark fosse una controparte commerciale ineludibile sul mercato delle spedizioni di massa, in quanto deteneva oltre il 95% di un mercato il cui accesso era ostacolato da elevate barriere e che si distingueva per economie di scala. Inoltre, la Post Danmark godeva di notevoli vantaggi strutturali grazie segnatamente al monopolio ex lege, dato che, durante il periodo di riferimento, oltre il 70% di tutte le spedizioni in massa in Danimarca ricadevano in tale monopolio, nonché di una copertura geografica unica estesa a tutta la Danimarca.
- 15 Secondo il Consiglio per la concorrenza, siffatti elementi hanno obbligato la clientela di tale tipo di servizi a rivolgersi alla Post Danmark per il 70% delle spedizioni sulle quali quest'ultima deteneva un diritto esclusivo e per una parte significativa delle spedizioni di massa che dovevano essere effettuate al di fuori della copertura geografica della Bring Citymail, cosicché nella propria area geografica la Bring Citymail poteva esercitare una concorrenza soltanto su circa il 30% delle spedizioni.
- 16 Inoltre, il Consiglio per la concorrenza ha insistito sulla struttura e sul contenuto del sistema di sconti, in particolare sul suo carattere retroattivo con un periodo di acquisizione dei diritti di un anno e sull'ampiezza delle percentuali applicate agli sconti. Secondo quanto rilevato dal Consiglio per la concorrenza, circa due terzi delle spedizioni effettuate nell'ambito della pubblicità diretta per corrispondenza

al di fuori del monopolio non potevano essere trasferite dalla Post Danmark alla Bring Citymail senza ripercussioni negative sulle percentuali degli sconti.

17       Esso ne ha dedotto che detto sistema produceva un effetto preclusivo anticoncorrenziale sul mercato. Al riguardo il Consiglio per la concorrenza, contrariamente alla Post Danmark, ha ritenuto che fosse irrilevante fondare la valutazione dell'effetto preclusivo anticoncorrenziale provocato sul mercato dal sistema di sconti sul criterio detto «del concorrente altrettanto efficiente», criterio questo che implica un raffronto dei prezzi con i costi dell'impresa dominante. Infatti, secondo la suddetta autorità, tenuto conto delle caratteristiche peculiari del mercato di riferimento, non può richiedersi, ai fini di tale raffronto, che un nuovo concorrente sia efficace nel breve termine quanto la Post Danmark.

18       Con decisione del 10 maggio 2010, la Konkurrenceankenævnet (Commissione di ricorso in materia di concorrenza) ha confermato la decisione del Consiglio per la concorrenza del 24 giugno 2009.

19       La Post Danmark ha adito il Tribunale degli affari marittimi e commerciali il quale ha considerato che, sebbene sia pacifico che, per essere contrario all'articolo 82 CE, un sistema di sconti come quello di cui trattasi nel procedimento principale deve essere idoneo ad avere un certo effetto di preclusione sul mercato, sussistono tuttavia dubbi relativamente ai criteri in base ai quali stabilire se un simile sistema possa concretamente produrre un effetto di preclusione in contrasto con l'articolo 82 CE.

20       Alla luce di quanto sopra, il Tribunale degli affari marittimi e commerciali ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1)       A quali criteri si debba fare riferimento per stabilire se l'applicazione da parte di un'impresa in posizione dominante di un sistema di sconti con soglie quantitative standardizzate ed avente inoltre le caratteristiche descritte ai punti da 10 a 11 della decisione di rinvio costituisca un abuso di posizione dominante in contrasto con l'articolo 82 CE.

Si chiede alla Corte di precisare nella sua risposta quale rilevanza abbia ai fini della valutazione il fatto che gli scaglioni del sistema di sconti siano o meno stabiliti in modo tale che il sistema di sconti sia applicabile alla maggioranza degli utenti sul mercato.

Si chiede inoltre alla Corte di precisare nella sua risposta quale rilevanza abbiano, eventualmente, i prezzi e i costi dell'impresa in posizione dominante nella valutazione di tale sistema di sconti alla luce dell'articolo 82 CE (rilevanza dell'esame "concorrente altrettanto efficiente").

Al tempo stesso si chiede alla Corte di chiarire quale rilevanza abbiano al riguardo le caratteristiche del mercato, ivi compreso se tali caratteristiche

possano giustificare il ricorso ad esami ed analisi diversi dal criterio del “concorrente altrettanto efficiente” per dimostrare l’effetto preclusivo (v., al riguardo, punto 24 della Comunicazione della Commissione, [dal titolo] “Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti” [(GU 2009, C 45, pag. 7)]).

- 2) Quanto probabile e grave debba essere l’effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti avente le caratteristiche descritte ai punti da 10 a 11 della decisione di rinvio perché l’articolo 82 CE sia applicabile.
- 3) Alla luce delle risposte fornite alla prima e alla seconda questione, quali circostanze specifiche il giudice nazionale debba prendere in considerazione nel valutare se un sistema di sconti, nelle circostanze come quelle descritte nella decisione di rinvio (con riferimento alle caratteristiche del mercato e al sistema di sconti), in concreto abbia o sia in grado di avere un effetto preclusivo sul mercato tale da costituire un abuso che ricade nell’ambito di applicazione dell’articolo 82 CE.

Al riguardo se rilevi che l’effetto preclusivo sul mercato sia notevole».

### **Sulle questioni pregiudiziali**

*Sulla prima questione, primo e secondo paragrafo, e sulla terza questione, primo paragrafo*

- 21 Con la prima questione, primo e secondo paragrafo, e con la terza questione, primo paragrafo, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza alla Corte di precisare i criteri che devono essere applicati per stabilire se un sistema di sconti, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, sia atto ad avere un effetto di preclusione sul mercato in violazione dell’articolo 82 CE. Il giudice del rinvio chiede altresì quale sia la rilevanza da assegnarsi, nell’ambito di tale valutazione, al fatto che detto sistema di sconti sia applicabile alla maggior parte della clientela nel mercato.
- 22 Dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che il sistema di sconti praticato dalla Post Danmark negli anni 2007 e 2008 presentava tre principali caratteristiche.
- 23 In primo luogo, la scala degli sconti, che prevedeva percentuali comprese tra il 6% e il 16%, era «standardizzata», vale a dire tutti i clienti potevano ottenere le stesse riduzioni in funzione dei loro acquisti cumulati nel corso di un periodo di riferimento annuale.
- 24 In secondo luogo, gli sconti erano «condizionati», nel senso che la Post Danmark e i suoi clienti stipulavano all’inizio dell’anno accordi in cui venivano indicate le quantità di spedizioni stimate per tale anno. Al termine dell’anno, la

Post Danmark procedeva ad un adeguamento allorché le quantità spedite non coincidevano con quelle stimate all'inizio.

- 25 In terzo luogo, gli sconti erano «retroattivi», nel senso che, allorché la soglia di spedizioni inizialmente fissata veniva oltrepassata, la percentuale di sconto stabilita alla fine dell'anno veniva applicata a tutte le spedizioni effettuate nel corso del periodo interessato e non esclusivamente alle spedizioni eccedenti la soglia inizialmente stimata.
- 26 Per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 82 CE ad un sistema di sconti, occorre ricordare che, vietando lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato quando il commercio tra Stati membri possa risulterne compromesso, tale articolo riguarda i comportamenti che sono atti ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa che occupa una posizione del genere, il grado di concorrenza è già indebolito e che hanno come effetto di ostacolare il mantenimento del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza (v., in tal senso, sentenze *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, 322/81, EU:C:1983:313, punto 70, e *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 66).
- 27 Da giurisprudenza costante risulta altresì che, a differenza di uno sconto quantitativo, che dipende solo dal volume degli acquisti effettuati presso il produttore interessato che, in via di principio, non è tale da violare l'articolo 82 CE, un premio fedeltà, mirante ad impedire, mediante la concessione di vantaggi finanziari, che i clienti si riforniscano presso produttori concorrenti per la totalità o per una parte significativa del loro fabbisogno, configura un abuso ai sensi di detto articolo (v. sentenze *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, 322/81, EU:C:1983:313, punto 71, nonché *Tomra Systems e a./Commissione*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 70).
- 28 Per quanto riguarda il sistema di sconti di cui trattasi nel procedimento principale, si deve osservare che tale sistema non può essere considerato alla stregua di un semplice sconto quantitativo che dipende esclusivamente dal volume degli acquisti, dal momento che gli sconti in questione sono concessi non per ciascuna ordinazione individuale, e quindi in misura corrispondente ad un risparmio dei costi realizzato dai fornitori, ma in funzione di tutte le ordinazioni effettuate nel corso di un dato periodo. Inoltre, nell'ambito di tale sistema non era neppure contemplato alcun obbligo o promessa da parte degli acquirenti di rifornirsi esclusivamente o per una determinata quantità del loro fabbisogno presso la Post Danmark, il che lo differenziava dai premi fedeltà ai sensi della giurisprudenza menzionata al precedente punto.
- 29 Ciò premesso, per determinare se l'impresa che occupa una posizione dominante abbia sfruttato in modo abusivo tale posizione applicando un sistema di sconti come quello di cui trattasi nel procedimento principale, la Corte ha più

volte dichiarato che occorre valutare tutte le circostanze, in particolare i criteri e le modalità della concessione degli sconti, e accertare se questi sconti mirino, mediante un vantaggio che non trova giustificazione in alcuna prestazione economica, a sopprimere o limitare la possibilità di scelta da parte dell'acquirente delle sue fonti di rifornimento, a chiudere l'accesso del mercato ai concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata (sentenze *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 67, nonché *Tomra Systems e a./Commissione*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 71).

- 30 In considerazione delle peculiarità della presente causa, nell'ambito dell'esame di tutte le circostanze rilevanti occorre altresì tener conto della portata della posizione dominante della *Post Danmark* e delle specifiche condizioni di concorrenza del mercato di riferimento.
- 31 Al riguardo, si deve anzitutto verificare se tali sconti siano atti a determinare un effetto preclusivo, cioè se siano in grado, da un lato, di rendere più difficoltoso, o addirittura impossibile, l'accesso al mercato per i concorrenti dell'impresa in posizione dominante e, dall'altro, di rendere più difficoltosa, o addirittura impossibile, per le sue controparti commerciali la scelta tra più fonti di approvvigionamento o controparti commerciali. Occorre poi valutare se esista una giustificazione economica obiettiva degli sconti concessi (sentenza *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punti 68 e 69).
- 32 Per quanto riguarda, in primo luogo, i criteri e le modalità di concessione degli sconti, va rammentato che gli sconti di cui al procedimento principale erano «retroattivi», nel senso che, se la soglia fissata originariamente all'inizio dell'anno per le quantità di posta veniva oltrepassata, la percentuale di sconto stabilita alla fine dell'anno era applicabile a tutte le spedizioni effettuate nel corso del periodo di riferimento, e non esclusivamente alle spedizioni eccedenti la quantità inizialmente stimata. Viceversa, un cliente il cui volume di spedizioni si fosse rivelato inferiore alla quantità stimata doveva rimborsare la *Post Danmark*.
- 33 Orbene, dalla giurisprudenza risulta che gli obblighi contrattuali gravanti sulle controparti commerciali dell'impresa in posizione dominante e la pressione esercitata su di esse possono essere particolarmente forti quando uno sconto non si riferisce soltanto all'incremento degli acquisti dei prodotti di detta impresa realizzati da tali controparti commerciali durante il periodo preso in considerazione, ma si estende anche al complesso di detti acquisti. In tal modo, variazioni proporzionalmente modeste delle vendite dei prodotti dell'impresa in posizione dominante producono effetti sproporzionati sulle controparti commerciali (v., in tal senso, sentenza *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 73).
- 34 Occorre inoltre sottolineare che il sistema di sconti di cui trattasi nel procedimento principale era basato su un periodo di riferimento di un anno.

Orbene, qualsiasi sistema di sconti concessi in funzione delle quantità vendute nel corso di un periodo di riferimento relativamente lungo esercita necessariamente, alla fine del periodo di riferimento, una maggiore pressione sull'acquirente, che è spinto a realizzare il fatturato necessario per ottenere il vantaggio o per non subire la perdita prevista per l'intero periodo (sentenza *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, 322/81, EU:C:1983:313, punto 81).

- 35 Di conseguenza, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 37 e 38 delle sue conclusioni, un simile sistema di sconti è atto a consentire all'impresa in posizione dominante di fidelizzare con maggiore facilità i propri clienti nonché di attrarre quelli dei suoi concorrenti e così di aspirare a proprio vantaggio la parte di domanda soggetta a concorrenza nel mercato di riferimento. Tale effetto di aspirazione è ulteriormente rafforzato per il fatto che, nel procedimento principale, gli sconti si applicavano indistintamente alla quota acquisibile e alla quota non acquisibile della domanda, vale a dire, in quest'ultimo caso, alle lettere pubblicitarie indirizzate di peso non superiore a 50 grammi ricadenti nel monopolio legale della Post Danmark.
- 36 Nel procedimento principale, dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che, per 25 clienti tra quelli maggiormente importanti della Post Danmark, rappresentanti all'incirca la metà del volume delle operazioni sul mercato di riferimento nel corso del periodo interessato, circa i due terzi delle spedizioni realizzate sotto forma di pubblicità diretta per corrispondenza al di fuori del monopolio non potevano essere trasferiti dalla Post Danmark alla Bring Citymail senza ripercussioni negative sulla scala degli sconti. Qualora tale considerazione risultasse confermata, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, l'incentivo a rifornirsi esclusivamente o in maniera sostanziale presso la Post Danmark sarebbe particolarmente forte e tale da ridurre in modo significativo la libertà di scelta dei clienti in merito alle loro fonti di rifornimento.
- 37 Peraltro, per quanto riguarda la standardizzazione della scala degli sconti, consistente nel fatto che tutti i clienti potevano conseguire lo stesso sconto in funzione dei loro acquisti cumulati nel corso del periodo di riferimento, è vero che tale caratteristica consente di concludere che, in via di principio, il sistema di sconti attuato dalla Post Danmark non si traduceva nell'applicazione alle controparti commerciali di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, ai sensi dell'articolo 82, lettera c), CE.
- 38 Tuttavia, il semplice fatto che un sistema di sconti non sia discriminatorio non osta a che esso sia considerato atto a produrre effetti preclusivi sul mercato, in violazione dell'articolo 82 CE. Infatti, nella sentenza *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione* (322/81, EU:C:1983:313, punti 86 e 91) la Corte, dopo aver respinto la censura della Commissione secondo cui il sistema di sconti applicato dalla Michelin era discriminatorio, ha cionondimeno dichiarato che esso violava l'articolo 82 CE, in quanto creava un vincolo di dipendenza dei rivenditori nei confronti di detta società.

- 39 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la portata della posizione dominante della Post Danmark e le specifiche condizioni di concorrenza del mercato delle spedizioni postali di massa, dalla decisione di rinvio risulta che la Post Danmark deteneva il 95% di tale mercato, il cui accesso era tutelato da elevate barriere e che si distingueva per l'esistenza di notevoli economie di scala. La Post Danmark godeva altresì di vantaggi strutturali in particolare dovuti al monopolio ex lege sulla distribuzione di lettere di peso non superiore a 50 grammi, che riguardava il 70% di tutte le spedizioni in massa. Inoltre, la Post Danmark beneficiava di una copertura geografica unica estesa a tutta la Danimarca.
- 40 Orbene, il possesso di una quota di mercato estremamente elevata pone l'impresa che la detiene in una situazione di forza che la rende una controparte obbligatoria e che le assicura un'indipendenza di comportamento (sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, EU:C:1979:36, punto 41). In un simile contesto, è particolarmente difficile per i concorrenti di detta impresa rilanciare rispetto a sconti fondati sul volume globale delle vendite. A causa della quota di mercato notevolmente più elevata di cui essa dispone, l'impresa in posizione dominante costituisce in generale una controparte commerciale ineludibile sul mercato (v. sentenza British Airways/Commissione, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 75).
- 41 Tale circostanza, in correlazione con gli elementi illustrati al punto 39 della presente sentenza, i quali contribuiscono a precisare la situazione concorrenziale presente sul mercato di riferimento, consente di concludere che in tale mercato la concorrenza era già sensibilmente limitata.
- 42 Ciò posto, si deve ritenere che un sistema di sconti praticato da un'impresa, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, che, senza vincolare i clienti a quest'ultima mediante un obbligo formale, tende nondimeno a rendere più difficoltoso il rifornimento da parte di tali clienti presso imprese concorrenti, produce un effetto di preclusione anticoncorrenziale (v., in tal senso, sentenza Tomra Systems e a./Commissione, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 72).
- 43 Inoltre, il giudice del rinvio chiede altresì quale rilevanza debba riconoscersi, nell'ambito della valutazione del sistema di sconti operato dalla Post Danmark, al fatto che tale sistema sia applicabile alla maggior parte della clientela nel mercato.
- 44 La circostanza che gli sconti praticati dalla Post Danmark riguardassero una notevole parte dei clienti sul mercato di per sé non configura un indizio di un comportamento abusivo di tale impresa.
- 45 Infatti, nell'ambito di una causa che verteva in particolare sulla valutazione dei premi fedeltà praticati da un'impresa che occupava una posizione dominante, la Corte ha dichiarato che non era necessario verificare quale fosse stato, rispettivamente, il numero dei contratti contenenti la clausola controversa e quello dei contratti in cui essa non figurava (sentenza Suiker Unie e a./Commissione, da

40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174, punto 511).

- 46 Tuttavia, il fatto che un sistema di sconti, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, sia applicabile alla maggior parte della clientela sul mercato può costituire un'indicazione utile della rilevanza di tale pratica e del suo impatto sul mercato, rendendo ancor più verosimile un effetto di preclusione anticoncorrenziale.
- 47 Infine, nel caso in cui il giudice del rinvio debba constatare l'esistenza di effetti anticoncorrenziali imputabili alla Post Danmark, va ricordato che un'impresa che detiene una posizione dominante ha tuttavia la facoltà di fornire una giustificazione per attività che possono ricadere nel divieto di cui all'articolo 82 CE.
- 48 In particolare, una simile impresa può dimostrare che l'effetto preclusivo prodotto dal suo comportamento può essere controbilanciato, o addirittura superato, da vantaggi in termini di efficienza che vanno anche a beneficio dei consumatori (v. sentenze *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 86, e *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punto 76).
- 49 Sotto quest'ultimo profilo, spetta all'impresa che detiene una posizione dominante dimostrare che i vantaggi in termini di efficienza che possono risultare dal comportamento in questione neutralizzano i probabili effetti dannosi per la concorrenza e per gli interessi dei consumatori sui mercati interessati, che è stato o che è possibile realizzare tali vantaggi in termini di efficienza grazie a detto comportamento, che quest'ultimo è indispensabile per realizzarli e che esso non elimina una concorrenza effettiva sopprimendo la totalità o la maggior parte delle fonti esistenti di concorrenza attuale o potenziale (sentenza *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 42).
- 50 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima questione, primo e secondo paragrafo, nonché alla terza questione, primo paragrafo, dichiarando che, per determinare se un sistema di sconti, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, praticato da un'impresa in posizione dominante, sia idoneo a produrre un effetto preclusivo sul mercato, in violazione dell'articolo 82 CE, occorre esaminare tutte le circostanze del caso di specie, in particolare i criteri e le modalità di concessione degli sconti, la portata della posizione dominante dell'impresa interessata e le specifiche condizioni di concorrenza del mercato di riferimento. La circostanza che detto sistema di sconti sia applicabile alla maggior parte della clientela nel mercato può configurare un'indicazione utile della rilevanza di tale pratica e del suo impatto sul mercato, potendo rendere ancor più verosimile un effetto di preclusione anticoncorrenziale.

*Sulla prima questione, terzo e quarto paragrafo*

- 51 Con la prima questione, terzo e quarto paragrafo, il giudice del rinvio chiede in sostanza alla Corte di precisare la rilevanza che deve essere assegnata al criterio del concorrente altrettanto efficiente nell'ambito della valutazione di un sistema di sconti alla luce dell'articolo 82 CE.
- 52 Atteso che il giudice del rinvio ha menzionato, al quarto paragrafo della sua prima questione, la comunicazione della Commissione intitolata «Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo [82 CE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti», va rilevato preliminarmente che tale comunicazione si limita a circoscrivere l'approccio della Commissione quanto alla scelta dei casi che essa intende perseguire in modo prioritario, cosicché la prassi amministrativa seguita da quest'ultima non ha effetto vincolante per le autorità della concorrenza e per i giudici nazionali.
- 53 Si deve rilevare che l'applicazione del criterio del concorrente altrettanto efficiente consiste nell'esaminare se le pratiche tariffarie di un'impresa in posizione dominante rischiano di precludere il mercato ad un concorrente avente le medesime capacità di prestazione di detta impresa.
- 54 Tale criterio si fonda su un raffronto tra i prezzi applicati da un'impresa che occupa una posizione dominante e determinati costi sostenuti da tale impresa nonché sull'analisi della strategia di quest'ultima (v. sentenza *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 28).
- 55 Il criterio del concorrente altrettanto efficiente è stato specificamente applicato dalla Corte a pratiche di prezzi bassi sotto forma di prezzi selettivi o di prezzi predatori (v., per i prezzi selettivi, sentenza *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punti da 28 a 35, nonché, per i prezzi predatori, sentenze *AKZO/Commissione*, C-62/86, EU:C:1991:286, punti da 70 a 73, nonché *France Télécom/Commissione*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punti 107 e 108), nonché di compressione dei margini (sentenza *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punti da 40 a 46).
- 56 Per quanto riguarda il confronto dei prezzi e dei costi in un contesto di applicazione dell'articolo 82 CE ad un sistema di sconti, la Corte ha dichiarato che la fatturazione ai clienti di «prezzi negativi», vale a dire di prezzi inferiori al prezzo di costo, non costituisce una condizione preliminare per l'accertamento del carattere abusivo di un sistema di sconti retroattivi da parte di un'impresa in posizione dominante (sentenza *Tomra Systems e a./Commissione*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 73). In questa stessa causa, la Corte ha precisato che il mancato confronto dei prezzi praticati e dei costi non configurava un errore di diritto (sentenza *Tomra Systems e a./Commissione*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 80).
- 57 Ne consegue che, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 61 e 63 delle sue conclusioni, dall'articolo 82 CE o dalla giurisprudenza della Corte non si

può evincere alcun obbligo giuridico a fondarsi sistematicamente sul criterio del concorrente altrettanto efficace per accertare il carattere abusivo di un sistema di sconti praticato da un'impresa in posizione dominante.

58 Tale conclusione non deve però avere l'effetto di escludere a priori il ricorso al criterio del concorrente altrettanto efficiente nelle cause in vertenti su un sistema di sconti per esaminarne la conformità con l'articolo 82 CE.

59 Per contro, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, contraddistinta dal fatto che l'impresa in posizione dominante detiene una quota di mercato assai rilevante e caratterizzata da vantaggi strutturali dovuti in particolare al monopolio legale di tale impresa che si estendeva al 70% delle spedizioni nel mercato di riferimento, l'applicazione del criterio del concorrente altrettanto efficiente è priva di rilevanza, dal momento che la struttura del mercato rende praticamente impossibile la comparsa di un concorrente altrettanto efficiente.

60 Inoltre, in un mercato come quello di cui trattasi nel procedimento principale, in cui l'accesso è protetto da elevate barriere, la presenza di un concorrente meno efficiente potrebbe contribuire ad intensificare la pressione concorrenziale in tale mercato e, in tal modo, ad esercitare una limitazione sul comportamento dell'impresa in posizione dominante.

61 Il criterio del concorrente altrettanto efficiente deve pertanto essere considerato uno degli strumenti utili a valutare l'esistenza di uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante nell'ambito di un sistema di sconti.

62 Di conseguenza, occorre rispondere alla prima questione, terzo e quarto paragrafo, dichiarando che l'applicazione del criterio del concorrente altrettanto efficiente non configura una condizione indispensabile per accertare il carattere abusivo di un sistema di sconti alla luce dell'articolo 82 CE. In una situazione come quella di cui al procedimento principale, l'applicazione del criterio del concorrente altrettanto efficiente è inconferente.

*Sulla seconda questione e sulla terza questione, secondo paragrafo*

63 Con la seconda questione e con la terza questione, secondo paragrafo, alle quali occorre rispondere congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'articolo 82 CE debba essere interpretato nel senso che, per ricadere nell'ambito di applicazione di tale articolo, l'effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti come quello di cui trattasi nel procedimento principale deve essere, da un lato, probabile e, dall'altro, grave o notevole.

64 Per quanto riguarda, in primo luogo, la probabilità di un effetto anticoncorrenziale, dalla giurisprudenza ricordata al punto 29 della presente sentenza risulta che, per dimostrare se un'impresa che occupa una posizione dominante abbia abusivamente sfruttato tale posizione applicando un sistema di

sconti, occorre valutare in particolare se tale sistema di sconti sia inteso a togliere o a restringere in capo all'acquirente la possibilità di scelta delle sue fonti di rifornimento, a precludere l'accesso del mercato ai concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata.

- 65 In proposito, e come precisato dall'avvocato generale al paragrafo 80 delle sue conclusioni, l'effetto anticoncorrenziale di una determinata pratica non deve avere carattere puramente ipotetico.
- 66 La Corte ha del pari dichiarato che, per accertare l'abusività di una simile pratica, il suo effetto anticoncorrenziale sul mercato deve sussistere, ma non deve essere necessariamente concreto, in quanto è sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante (sentenza *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punto 64).
- 67 Ne consegue che nell'ambito di applicazione dell'articolo 82 CE ricadono soltanto le imprese in posizione dominante il cui comportamento sia atto ad avere un effetto anticoncorrenziale sul mercato.
- 68 A tale riguardo deve sottolinearsi che occorre valutare la capacità di un sistema di sconti di restringere la concorrenza tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti, e segnatamente delle modalità e dei criteri secondo cui sono concessi gli sconti, del numero di clienti interessati e delle caratteristiche del mercato in cui opera l'impresa dominante.
- 69 Una simile valutazione mira a determinare se il comportamento dell'impresa che detiene una posizione dominante porti all'esclusione effettiva o probabile dei concorrenti a danno della concorrenza e, pertanto, degli interessi dei consumatori (sentenza *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 44).
- 70 Per quanto riguarda, in secondo luogo, il carattere grave o notevole dell'effetto anticoncorrenziale, sebbene sia vero che la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante di per sé non comporti alcuna censura nei confronti dell'impresa interessata (sentenza *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 21), il comportamento di una simile impresa, dato che la struttura concorrenziale del mercato è già indebolita, può dar luogo ad uno sfruttamento abusivo della sua posizione dominante (v., in tal senso, sentenze *Hoffmann-La Roche/Commissione*, 85/76, EU:C:1979:36, punto 123, e *France Télécom/Commissione*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punto 107).
- 71 Pertanto, la Corte ha ripetutamente dichiarato che è all'impresa che detiene una posizione dominante che incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e non falsata

all'interno del mercato interno (v. sentenza Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

- 72 In aggiunta, dal momento che il mercato risulta già indebolito nella sua struttura concorrenziale per la presenza dell'impresa in posizione dominante, qualsiasi ulteriore restrizione della suddetta struttura può costituire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante (sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, EU:C:1979:36, punto 123).
- 73 Ne discende che la fissazione di una soglia di percettibilità (de minimis) allo scopo di stabilire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante non trova giustificazione. Infatti, tale pratica anticoncorrenziale è idonea, per sua stessa natura, a provocare restrizioni della concorrenza non trascurabili, o addirittura ad eliminare la concorrenza dal mercato nel quale opera l'impresa interessata.
- 74 Dalle considerazioni che precedono risulta che l'articolo 82 CE deve essere interpretato nel senso che, per ricadere nell'ambito di applicazione di tale articolo, l'effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti operato da un'impresa in posizione dominante, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, deve essere probabile, senza che sia necessario dimostrare che esso riveste carattere grave o notevole.

### **Sulle spese**

- 75 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

- 1) Per determinare se un sistema di sconti, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, praticato da un'impresa in posizione dominante, sia idoneo a produrre un effetto preclusivo sul mercato, in violazione dell'articolo 82 CE, occorre esaminare tutte le circostanze del caso di specie, in particolare i criteri e le modalità di concessione degli sconti, la portata della posizione dominante dell'impresa interessata e le specifiche condizioni di concorrenza del mercato di riferimento. La circostanza che detto sistema di sconti sia applicabile alla maggior parte della clientela nel mercato può configurare un'indicazione utile della rilevanza di tale pratica e del suo impatto sul mercato, potendo rendere ancor più verosimile un effetto di preclusione anticoncorrenziale.**

- 2) **L'applicazione del criterio detto «del concorrente altrettanto efficiente» non configura una condizione indispensabile per accertare il carattere abusivo di un sistema di sconti alla luce dell'articolo 82 CE. In una situazione come quella di cui al procedimento principale, l'applicazione del criterio detto «del concorrente altrettanto efficiente» è inconferente.**
- 3) **L'articolo 82 CE deve essere interpretato nel senso che, per ricadere nell'ambito di applicazione di tale articolo, l'effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti operato da un'impresa in posizione dominante, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, deve essere probabile, senza che sia necessario dimostrare che esso riveste carattere grave o notevole.**

Firme