



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 20 août 2010
JURM(2010)4136 BG/KM/UN/sb
LANGUE ORIGINALE: DANOIS

**À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES
DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE**

OBSERVATIONS ÉCRITES

déposées, conformément à l'article 23 du protocole sur le statut de la Cour de justice, par la Commission européenne, représentée par M. Bruno GENCARELLI, M^{me} Karolina MOJZESOWICZ et M. Uffe NIELSEN, membres de son service juridique, en qualité d'agents, et ayant élu domicile auprès de M. Antonio ARESU, également membre de son service juridique, bâtiment BECH, 5 rue A. Weicker, L-2721 Luxembourg,

dans l'affaire C-209/10

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle présentée, en vertu de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, par le Højesteret

dans le litige pendant devant cette juridiction et opposant

Post Danmark A/S au Konkurrenceråd

TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction	3
2. Cadre juridique	3
3. Faits et procédure	5
4. Questions	7
5. Analyse juridique	8
A. Question 1	8
B. Question 2	19
6. Conclusions	20

1. La Commission a l'honneur de présenter les observations écrites ci-après.

1. Introduction

2. La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation à donner à l'article 82 CE, devenu l'article 102 TFUE. Le Højesteret souhaite obtenir des indications concernant la manière d'interpréter la jurisprudence relative à la discrimination sélective par les prix.

2. Cadre juridique

3. L'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 82 TCE) dispose ce qui suit:

«Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
 - b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
 - c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
 - d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.»
4. L'article 11 de la loi danoise relative à la concurrence («konkurrencelov») dispose ce qui suit:

«1. Tout abus de position dominante par une ou plusieurs entreprises est interdit.

2. Le Konkurrenceråd (conseil de la concurrence) indique sur demande si une ou plusieurs entreprises occupent une position dominante, sans préjudice du paragraphe 7. Dans le cas où le Konkurrenceråd indique qu'une entreprise n'occupe pas une position dominante, cette décision reste valable jusqu'à ce que le Konkurrenceråd l'annule.

3. Un abus au sens du paragraphe 1 peut par exemple consister à:

1) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,

2) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

3) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

4) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

4. Afin de mettre un terme aux violations des dispositions du paragraphe 1, le Konkurrenceråd peut prononcer des injonctions conformément à l'article 16. Lorsqu'il a des doutes concernant le respect des dispositions du paragraphe 1, le Konkurrenceråd peut en outre rendre les engagements pris par l'entreprise contraignants, conformément à l'article 16 *bis*, paragraphe 1.

5. À la suite d'une notification par une ou plusieurs entreprises, le Konkurrenceråd peut indiquer que, selon les informations dont il dispose, une pratique donnée ne relève pas du paragraphe 1 et que, par conséquent, il n'y a pas lieu de prononcer une injonction conformément au paragraphe 4.

6. Le Konkurrenceråd peut établir des règles plus précises concernant les éléments dont il doit disposer pour prendre une décision conformément au paragraphe 2 ou au paragraphe 5.

7. Le Konkurrenseråd peut s'abstenir de prendre une décision conformément au paragraphe 2 ou au paragraphe 5 dans la mesure où cette décision serait susceptible d'avoir une influence sur la question de savoir si une ou plusieurs entreprises exploitent de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci et si le commerce entre les États membres de l'Union européenne est susceptible d'en être sensiblement affecté.»

3. Faits et procédure

5. Post Danmark et Forbruger-Kontakt sont les deux plus grandes entreprises sur le marché danois de la distribution du courrier non adressé (ci-après «le publipostage»). Le marché danois du publipostage est totalement libéralisé et ne relève pas de la législation sectorielle relative aux services postaux (point 3 de l'ordonnance de renvoi).
6. Post Danmark jouit du monopole de la distribution des plis et colis adressés ne dépassant pas certains poids et en a l'obligation de distribution. De par cette obligation de distribution, cette entreprise dispose d'un réseau à cet effet qui couvre l'ensemble du territoire national et qui est également utilisé pour le publipostage (point 4 de l'ordonnance de renvoi).
7. Pour ce qui est de l'évolution prévisible du marché, le Landsret a indiqué dans son arrêt du 21 décembre 2007 (au point 95) que les années précédentes n'avaient pas vu l'apparition de nouveaux concurrents sur le marché, mais une diminution constante de leur nombre. Rien ne laisse présager non plus l'arrivée de nouveaux acteurs dans un futur proche. En outre, le Landsret a souligné l'importance décroissante des petits acteurs sur le marché.
8. Jusqu'en 2004, Forbruger-Kontakt avait comme clients importants sur le marché concerné les chaînes de supermarchés SuperBest, Spar et Coop. À l'automne 2003, Post Danmark a conclu des contrats avec ces trois groupes, se faisant confier leurs envois par publipostage à partir du début de l'année 2004 (points 8 et 9 de l'ordonnance de renvoi).

9. Le prix proposé au groupe Coop ne permettait pas à Post Danmark de couvrir ses coûts totaux moyens, mais lui permettait de couvrir ses coûts incrémentaux moyens (point 17 de l'ordonnance de renvoi).
10. Par décision du 1^{er} juillet 2005, la Konkurrenceankenævnet (commission de recours en matière de concurrence) a confirmé la décision du Konkurrenceråd du 29 septembre 2004 qui constatait que Post Danmark avait abusé de sa position dominante sur le marché du publipostage en pratiquant une politique ciblée de rabais destinée à fidéliser la clientèle et une tarification sélective, c'est-à-dire en ne traitant pas des clients similaires sur un même pied en termes de tarifs et de rabais («*secondary-line discrimination*» ou «discrimination accessoire») et en pratiquant envers les anciens clients de Forbruger-Kontakt une tarification différente par rapport à celle appliquée à sa clientèle existante, sans pouvoir justifier ces différences considérables dans ses conditions tarifaires et de rabais par des considérations relatives à ses charges («*primary-line discrimination*» ou «discrimination principale») (point 18 de l'ordonnance de renvoi).
11. Par la même décision, la Konkurrenceankenævnet a également confirmé la décision du Konkurrenceråd du 24 novembre 2004 qui constatait qu'il ne pouvait être établi que Post Danmark avait intentionnellement cherché à éliminer la concurrence et que, en conséquence, cette entreprise n'avait pas abusé de sa position dominante sur le marché du publipostage en pratiquant des prix anormalement bas («prix prédateurs»). Les décisions du Konkurrenceråd et de la Konkurrenceankenævnet sont définitives sur ce point (points 18 et 19 de l'ordonnance de renvoi).
12. Au cours de la procédure, le Konkurrenceråd a exprimé l'avis selon lequel l'intention d'évincer un concurrent peut être l'une des circonstances retenues dans le cadre de l'appréciation concrète d'ensemble, mais n'est pas impérativement exigée pour que la pratique de prix sélectifs, inférieurs aux coûts totaux moyens mais supérieurs aux coûts incrémentaux, puisse être constitutive d'abus (point 35 de l'ordonnance de renvoi).
13. Le Landsret, qui a statué sur cette affaire le 21 décembre 2007, a estimé que Post Danmark, en raison de son monopole et de son obligation de distribution des lettres etc., pouvait maintenir un réseau de distribution couvrant l'ensemble du territoire national indépendamment de la distribution de courrier non adressé, tandis que le

maintien du réseau de distribution du seul véritable concurrent de Post Danmark, à savoir Forbruger-Kontakt, dépendait de la distribution en publipostage. Le Landsret a également constaté que les tarifs demandés par Post Danmark aux chaînes de supermarchés SuperBest, Spar et Coop étaient sélectivement bas par rapport à ceux pratiqués à l'égard de ses autres clients et que Post Danmark n'avait pas pu motiver la différence de tarification avec ses autres clients par des considérations relatives à ses charges (points 23 et 24 de l'ordonnance de renvoi).

14. Le Landsret a conclu que cette pratique avait été menée sur un marché où Post Danmark occupait une position singulièrement particulière en raison de la part qu'elle détenait sur celui-ci et de ses avantages structurels remarquables, dans une situation où son seul véritable concurrent, Forbruger-Kontakt, était particulièrement vulnérable en cas de perte de clients importants (point 25 de l'ordonnance de renvoi).
15. Le 8 février 2008, Post Danmark s'est pourvue contre l'arrêt du Landsret devant le Højesteret, en faisant notamment valoir qu'une intention d'éliminer la concurrence est nécessaire pour que des prix sélectivement bas ne couvrant pas les coûts puissent être constitutifs d'un abus.
16. C'est dans ces conditions que le Højesteret a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les deux questions préjudicielles suivantes.

4. Questions

17. C'est dans ce contexte factuel et juridique que la juridiction nationale a décidé de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«I. L'article 82 CE [devenu article 102 TFUE] doit-il être interprété dans ce sens que le fait pour une entreprise postale en position dominante, ayant une obligation de distribution, de pratiquer une baisse de prix sélective à des niveaux inférieurs à ses coûts totaux moyens, mais supérieurs à ses coûts incrémentaux moyens, est constitutif d'un abus visant à l'élimination d'un concurrent, s'il est établi que le prix n'a pas été fixé à un tel niveau dans le but de procéder à cette élimination?

II. Si la réponse à la première question est que, dans ces conditions, une pratique de baisse sélective des prix peut, éventuellement, constituer un abus visant à l'exclusion, quelles sont les circonstances que le juge national doit retenir?»

5. Analyse juridique

A. Question 1

18. Tout d'abord, la Commission observe qu'en interdisant l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, l'article 102 TFUE vise les comportements qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services des opérateurs économiques¹. Dès lors, une entreprise en position dominante a une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun².
19. Selon une jurisprudence constante, l'article 102 TFUE interdit à une entreprise dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites³. Les obligations spécifiques qui incombent aux entreprises en position dominante ont été confirmées par la jurisprudence à plusieurs reprises. Le Tribunal a estimé qu'il résulte de la nature des obligations imposées par l'article 102 TFUE que, dans des circonstances spécifiques, les entreprises en position dominante peuvent être privées du droit d'adopter des comportements, ou d'accomplir des actes, qui ne sont pas en eux-mêmes abusifs et qui seraient même non condamnables s'ils étaient adoptés, ou accomplis, par des entreprises

¹ Affaire 85/76, Hoffmann-La Roche/Commission, Rec. 1979, p. 461, point 91; affaire 322/81, Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Commission, Rec. 1983, p. 3461, point 70; affaire C-62/86, AKZO/Commission, Rec. 1991, p. I-3359, point 69; affaire C-95/04 P, British Airways/Commission, Rec. 2007, p. I-2331, point 66.

² Affaire 322/81, Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Commission, Rec. 1983, p. 3461, point 57.

³ Affaire C-62/86, AKZO/Commission, Rec. 1991, p. I-3359, point 70.

non dominantes⁴. La Cour a également souligné que, dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut être considérée comme légitime⁵.

20. L'autorité nationale de la concurrence a établi que Post Danmark avait abusé de sa position dominante sur le marché du publipostage de plusieurs manières, notamment en ne traitant pas des clients similaires sur un même pied en matière de tarifs et de rabais et en pratiquant envers les anciens clients de Forbruger-Kontakt une tarification différente par rapport à celle appliquée à sa clientèle existante, sans pouvoir justifier ces différences considérables dans ses conditions tarifaires et de rabais par des considérations relatives à ses charges. À l'inverse, l'autorité a estimé que Post Danmark n'avait pas abusé de sa position dominante sur le marché en appliquant des prix prédateurs, en particulier des prix anormalement bas, inférieurs aux coûts totaux moyens, parce qu'elle n'a pas pu prouver que Post Danmark avait pour intention d'éliminer la concurrence.
21. Au niveau national, Forbruger-Kontakt a fait appel de la décision relative à l'absence d'abus sous la forme de prix prédateurs (prix anormalement bas), mais a retiré son appel par la suite. Cette décision est donc définitive (voir le point 19 de l'ordonnance de renvoi). La décision selon laquelle Post Danmark a abusé de sa position dominante en appliquant des prix discriminatoires est également définitive (point 20 de l'ordonnance de renvoi). La Commission comprend l'ordonnance de renvoi en ce sens que seule la décision relative à l'abus sous la forme d'une discrimination entre les clients de Post Danmark («discrimination accessoire») est définitive. La décision selon laquelle Post Danmark a abusé de sa position dominante en appliquant des prix sélectivement bas (c'est-à-dire une discrimination sélective par les prix entre sa clientèle existante et les anciens clients de Forbruger-Kontakt, ou «discrimination principale») est toujours pendante devant la juridiction nationale.
22. La question de la juridiction de renvoi concerne l'application sélective (uniquement à l'égard de certains clients) de prix inférieurs aux coûts totaux moyens mais supérieurs aux coûts variables moyens. Dans sa question, la juridiction de renvoi se réfère à plusieurs aspects du «test» applicable en matière de prix prédateurs, à savoir i) le fait que

⁴ Affaire T-111/96, ITT Promedia/Commission, Rec. 1998, p. II-2937, point 139.

les prix pratiqués par l'entreprise dominante étaient supérieurs aux coûts variables moyens mais inférieurs aux coûts totaux moyens et ii) la nécessité de prouver une intention d'éliminer le concurrent. Cependant, le texte de l'ordonnance de renvoi n'indique pas clairement dans quelle mesure la juridiction de renvoi se fonde sur ces éléments qui proviennent des critères applicables aux prix prédateurs pour évaluer les rabais sélectifs et si, lors de l'évaluation de tels rabais, le fait que les prix soient supérieurs aux coûts variables moyens mais inférieurs aux coûts totaux moyens et qu'il n'aient pas été fixés à ce niveau dans un but délibéré d'élimination d'un concurrent joue un rôle ou non.

23. La Cour a examiné des politiques de tarification similaires dans deux types d'affaires.
24. Tout d'abord, dans l'affaire C-62/86, AKZO⁶, la Cour a évalué une situation dans laquelle l'entreprise dominante, AKZO, pratiquait à l'égard de ses propres clients des prix supérieurs à la moyenne de ses coûts totaux alors que ceux qu'elle offrait aux clients de ses concurrents étaient inférieurs à cette moyenne (voir le point 114 de l'arrêt).
25. La Cour a commencé par définir les critères sur la base desquels la légalité de la politique tarifaire appliquée par AKZO devait être évaluée.
26. À cet égard, la Cour a constaté ce qui suit: *«Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables [...]. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite. Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, [...] mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent, en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité*

⁵ Affaire C-62/86, AKZO/Commission, Rec. 1991, p. I-3359, point 70, et affaire C-202/07 P, France Télécom SA/Commission, Rec. 2009, p. I-2369, point 106.

⁶ Affaire C-62/86, AKZO/Commission, Rec. 1991, p. I-3359.

*financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite.*⁷» La Cour a conclu: «*Ce sont ces critères qu'il y a lieu d'appliquer à la situation de l'espèce.*»⁸»

27. Ensuite, la Cour a examiné «les différents aspects de l'abus» (voir le titre figurant avant le point 75 de l'arrêt) et «*b) [...] le comportement d'AKZO en matière de prix*», qui comprenait «*iii) les prix sélectifs*». Le comportement d'AKZO en la matière consistait en «*la sélectivité des offres faites aux "gros indépendants"*» et «*la sélectivité des offres faites aux minoteries individuelles du groupe Allied*».
28. S'agissant du premier abus allégué, la Cour a constaté que «*[l]es prix pratiqués par AKZO à l'égard de ses propres clients étaient supérieurs à la moyenne de ses coûts totaux, alors que ceux qu'elle offrait aux clients d'ECS étaient inférieurs à cette moyenne.*»⁹ La Cour a ensuite contrôlé et confirmé que les deux groupes de clients (les «gros indépendants» qui étaient clients de l'un des concurrents d'AKZO et les «gros indépendants» qui faisaient partie de la clientèle d'AKZO) étaient comparables et que les différences de prix ne se justifiaient pas par la qualité des produits vendus ou les coûts de production¹⁰. Enfin, la Cour a établi, au point 115, l'existence d'une volonté «*d'adopter une stratégie de nature à nuire*» au concurrent. La Cour a estimé que cette intention découlait du fait qu'AKZO, en offrant des prix inférieurs à la moyenne de ses coûts totaux uniquement aux clients de son plus grand concurrent, pouvait compenser, au moins partiellement, les pertes résultant des ventes à ces clients par les bénéfices réalisés sur les ventes à sa propre clientèle (à des prix supérieurs à la moyenne des coûts totaux)¹¹. La Cour a donc conclu que le grief relatif à la sélectivité des offres faites aux «gros indépendants» était fondé. S'agissant du grief relatif à la sélectivité des offres

⁷ Affaire C-62/86, AKZO/Commission, Rec. 1991, p. I-3359, points 71 et 72, réaffirmé dans l'affaire C-202-07 P, France Télécom SA/Commission, Rec. 2009, p. I-2369, point 109, l'affaire T-340/03, France Télécom SA/Commission, Rec. 2007, p. II-107, point 130, et l'affaire T-83/91, Tetra Pak/Commission, Rec. 1994, p. II-755, points 148 et 149, confirmé par la Cour dans l'affaire C-333/94 P, Tetra Pak/Commission, Rec. 1996, p. I-5951, point 41.

⁸ Affaire C-62/86, AKZO/Commission, Rec. 1991, p. I-3359, point 73.

⁹ Affaire C-62/86, AKZO/Commission, Rec. 1991, p. I-3359, point 114.

¹⁰ Affaire C-62/86, AKZO/Commission, Rec. 1991, p. I-3359, point 113.

¹¹ Affaire C-62/86, AKZO/Commission, Rec. 1991, p. I-3359, point 115.

faites aux minoteries individuelles du groupe Allied, elle a estimé qu'il n'était pas fondé car les catégories de clients n'étaient pas comparables¹².

29. La Cour a analysé cette affaire sous l'angle des prix prédateurs et s'est servie de la discrimination (c'est-à-dire des prix sélectifs appliqués par AKZO) afin d'établir l'élément subjectif de l'abus sous forme de prix prédateurs, à savoir l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.
30. Les critères susmentionnés, au regard desquels des prix prédateurs appliqués par une entreprise dominante doivent être examinés, ont été confirmés par le Tribunal dans l'affaire T-340/03, Wanadoo¹³, et par la Cour dans l'affaire C-202/07 P, France Télécom SA/Commission¹⁴. Le Tribunal a indiqué qu'en cas de non-couverture des coûts variables, l'existence d'une intention pouvait être présumée, tandis que si les prix étaient inférieurs à la moyenne des coûts totaux, il était nécessaire de prouver l'existence d'un plan visant à éliminer la concurrence. En outre, il a précisé que, conformément à l'arrêt rendu dans l'affaire T-83/91, Tetra Pak/Commission, l'intention d'éliminer la concurrence devait être établie sur la base d'indices sérieux et concordants¹⁵.
31. Dès lors, il ressort que, dans les cas où les juridictions de l'UE ont appliqué le «test de prédation», elles ont toujours exigé des preuves de l'intention/du plan de l'entreprise dominante d'éliminer son concurrent lorsque les prix pratiqués par cette entreprise se situaient en dessous de la moyenne de ses coûts totaux mais au-dessus de la moyenne de ses coûts variables. Dans la mesure où un abus sous la forme de rabais sélectifs de cet ordre de grandeur est évalué sur la base des critères afférents aux prix prédateurs, il est nécessaire de prouver que l'entreprise dominante avait pour intention d'éliminer un concurrent.

¹² Affaire C-62/86, AKZO/Commission, Rec. 1991, p. I-3359, point 120.

¹³ Affaire T-340/03, France Télécom SA/Commission, Rec. 2007, p. II-107, points 195 et 197.

¹⁴ Affaire C-202/07 P, France Télécom SA/Commission, Rec. 2009, p. I-2369, point 109.

¹⁵ Affaire T-83/91, Tetra Pak/Commission, Rec. 1994, p. II-755, point 151; affaire T-340/03, France Télécom SA/Commission, Rec. 2007, p. II-107, point 197.

32. Pour évaluer si le comportement d'une entreprise dominante vise à éliminer un concurrent, les juridictions de l'UE tiennent compte de différents facteurs:

- la durée, la constance et l'ampleur des ventes à perte¹⁶;
- le caractère injustifié des différences de prix pratiqués à l'égard de clients comparables¹⁷ ou entre plusieurs États membres¹⁸;
- l'existence de preuves documentaires d'une stratégie de «préemption» du marché¹⁹;
- la reconnaissance par l'entreprise que l'objet de son comportement était d'évincer le concurrent du marché²⁰;
- les parts de marché détenues par l'entreprise dominante et la structure du marché sur le plan de la concurrence (par exemple, le nombre et la taille des concurrents, l'intégration verticale de l'entreprise dominante, le pouvoir de l'entreprise sur le marché voisin)²¹.

33. En l'espèce, la juridiction nationale a établi que les prix en cause étaient supérieurs aux coûts variables moyens et inférieurs aux coûts totaux moyens, que ces prix avaient été appliqués de manière sélective (voir les points 25 et 36 de l'ordonnance de renvoi) et que les différences de prix ne s'expliquaient pas par des «économies d'échelle» (point 24 de l'ordonnance). De plus, la Commission comprend l'ordonnance de renvoi en ce sens que l'autorité nationale de la concurrence et la juridiction nationale ont constaté l'absence de preuves directes que les prix avaient été fixés dans le but d'éliminer un concurrent (voir le point 18 de l'ordonnance de renvoi).

¹⁶ Affaire T-83/91, Tetra Pak/Commission, Rec. 1994, p. II-755, point 151.

¹⁷ Affaire C-62/86, AKZO/Commission, Rec. 1991, p. I-3359, point 115.

¹⁸ Affaire T-83/91, Tetra Pak/Commission, Rec. 1994, p. II-755, point 151.

¹⁹ Affaire T-340/03, France Télécom SA/Commission, Rec. 2007, p. II-107, points 198 et suivants; affaire T-83/91, Tetra Pak/Commission, Rec. 1994, p. II-755, point 151.

²⁰ Affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports SA/Commission, Rec. 2000, p. I-1365, point 119.

²¹ Affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports SA/Commission, Rec. 2000, p. I-1365, point 119; voir aussi la communication de la Commission intitulée «Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes», JO C 45 du 24.2.2009, p. 7, point 72.

34. Eu égard à la jurisprudence citée plus haut et aux faits de l'espèce exposés dans l'ordonnance de renvoi, la Commission souhaite présenter les observations ci-après, dont il convient de tenir compte pour déterminer si l'entreprise dominante avait l'intention d'éliminer son concurrent.

- **Position de l'entreprise dominante:** les autorités nationales de la concurrence ont établi que Post Danmark occupait une position dominante sur le marché concerné compte tenu de sa part de marché en chiffre d'affaires (au moment de l'infraction, Post Danmark détenait un peu moins de 50 % des parts de marché en valeur – voir le point 6 de l'ordonnance de renvoi) et de ses «avantages structurels remarquables» (point 25 de l'ordonnance) sur le marché liés à son réseau de distribution couvrant l'ensemble du territoire national et pouvant également être utilisé pour le publipostage (points 6, 7 et 25 de l'ordonnance).
- **Position des concurrents:** Forbruger-Kontakt était, de loin, le plus grand concurrent de Post Danmark (points 3 et 25 de l'ordonnance de renvoi; les termes «*seule véritable concurrente*» sont employés au point 25); sa part de marché avait sensiblement augmenté, pour passer de 15 à 25 % en 2001 à 35 à 45 % en 2003 (voir le point 6 de l'ordonnance de renvoi). Le point 25 de l'ordonnance indique que Forbruger-Kontakt était particulièrement vulnérable en cas de perte de clients importants. La Commission observe cependant que le concurrent le plus important de Post Danmark, à savoir Forbruger-Kontakt, avait créé «*un réseau de distribution couvrant la quasi-totalité du territoire national*» (selon le point 5 de l'ordonnance de renvoi) et que l'ordonnance ne contient pas d'indications concernant la taille des autres concurrents ni la couverture de leur réseau de distribution (en supposant qu'ils en aient un).
- **Ampleur de l'abus allégué** (par exemple, pourcentage des ventes totales sur le marché concerné affecté par le comportement, durée, fréquence): en l'espèce, des prix sélectivement bas ont été pratiqués à l'égard des trois principaux clients de Forbruger-Kontakt (les chaînes de supermarchés SuperBest, Spar et Coop); les parts de marché de Forbruger-Kontakt semblent être passées de 35 à 45 % en 2003 à 25 à 35 % en 2004, c'est-à-dire l'année où Post Danmark a conclu un contrat avec Coop (voir le point 6 de l'ordonnance de renvoi, lequel ne précise toutefois pas si la diminution des

parts de marché est due entièrement ou partiellement à la conclusion du contrat). L'ordonnance de renvoi indique que le groupe Coop avait une taille nettement supérieure à celle du plus grand client de Post Danmark avant la conclusion du contrat (voir le point 10 de l'ordonnance), mais elle ne précise pas la taille exacte des autres clients de Forbruger-Kontakt ni les autres éléments susmentionnés.

- **Sélectivité des rabais:** les prix bas de Post Danmark i) ont été offerts de manière sélective aux trois principaux clients de son plus grand concurrent (et pas à sa propre clientèle) et ii) ne se justifiaient pas par des considérations relatives aux charges (point 24 de l'ordonnance de renvoi). La Commission observe cependant que le contrat avec Coop revêtait une importance commerciale considérable pour les deux fournisseurs (il semble que Coop était le principal client sur le marché, voir le point 10 de l'ordonnance de renvoi) et que le prix final était le résultat de négociations menées par Coop avec les deux fournisseurs potentiels (voir le point 16 de l'ordonnance).

35. Dans d'autres affaires²², la Commission et les juridictions de l'UE ont estimé que des rabais sélectifs pouvaient constituer un abus que les prix soient supérieurs ou inférieurs aux coûts, mais uniquement dans des conditions particulières.

36. Par exemple, dans les affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie maritime belge²³, la Cour a évalué une situation dans laquelle des entreprises collectivement dominantes (dans le cadre d'un système de conférence maritime) avaient réagi à l'entrée sur le marché d'une compagnie maritime concurrente en réduisant leurs prix de manière sélective dans le but délibéré de les faire correspondre à ceux de cette compagnie concurrente ou de proposer des prix inférieurs (pratique des «*fighting ships*» ou «navires de combat»). Ni la Commission, dans la décision CEWAL²⁴, ni la Cour, dans son arrêt,

²² Voir notamment l'affaire T-30/89, Hilti AG/Commission, Rec. 1991, p. II-1439, l'affaire T-228/97, Irish Sugar PLC/Commission, Rec. 1999, p. II-2969, et les affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports SA/Commission, Rec. 2000, p. I-1365.

²³ Affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports SA/Commission, Rec. 2000, p. I-1365.

²⁴ Voir le considérant 80 de la décision CEWAL (JO L 34 du 10.2.1993, p. 20): «*Il y a lieu à ce propos de distinguer le cas d'une décision concertée de plusieurs entreprises, réunies en l'espèce dans une conférence maritime consistant à fixer, dans le cadre d'un plan, un prix spécial pour évincer un concurrent, d'une part, et le cas déjà examiné par la Commission et la Cour de justice des prix abusivement bas établis par une seule*

n'ont fait application des critères régissant la constatation d'une pratique de prix prédateurs ou, de manière plus générale, n'ont examiné le niveau des prix réduits. Elles se sont concentrées sur le fait 1) que la conférence maritime détenait plus de 90 % des parts de marché, 2) que la conférence n'avait qu'un seul concurrent sur le marché et 3) que la conférence n'avait jamais contesté, et avait même reconnu, que le but de son comportement était d'évincer son concurrent²⁵.

37. Dans sa décision Eurofix-Bauco/Hilti, la Commission a évalué la politique sélective et discriminatoire de Hilti (une société dominante détenant entre 70 et 80 % des parts de marché), qui consistait à proposer à certains clients importants de ses concurrents des conditions particulièrement intéressantes sous la forme de rabais sélectifs ou d'autres avantages. La clientèle de Hilti ne bénéficiait pas de telles offres. Hilti avait en outre mis au point une stratégie destinée à nuire à certains des principaux clients de ses concurrents ou à les éliminer complètement, par exemple en faisant obstacle aux livraisons ou en réduisant les remises.
38. La Commission a indiqué que *«ces offres spéciales ne constituaient pas une riposte défensive envers des concurrents, mais reflétaient la politique préétablie de Hilti en vue de limiter leur pénétration sur le marché»* et que *«seule une entreprise dominante comme Hilti était capable de mettre en œuvre une telle stratégie parce que sa puissance sur le marché lui permettait de maintenir ses prix vis-à-vis de tous ses autres clients non visés par ses remises sélectives et discriminatoires.»*²⁶

entreprise agissant unilatéralement où il y avait lieu de distinguer des prix prédateurs d'une concurrence agressive [Décision 85/609/CEE de la Commission du 15.12.1985, ESC/Akzo Chemie, JO n° L 374 du 31.12.1985, p. 1. Arrêt dans l'affaire C-62/86 (Akzo chimie BV) précitée], d'autre part.

Dans le second cas, la Cour de justice a établi des critères basés sur les coûts de production de l'entreprise en cause; dans le premier cas qui constitue le cas d'espèce, le caractère multilatéral et intentionnel montre la nature abusive d'un comportement consistant à établir un prix exceptionnel concerté ayant pour but d'évincer un concurrent.» Voir également les affaires jointes T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, Compagnie maritime belge SA/Commission, Rec. 1996, p. II-1201, points 129 et 139.

²⁵ Affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports SA/Commission, Rec. 2000, p. I-1365, point 119: *«[...] Les requérantes n'ont d'ailleurs jamais sérieusement contesté, mais ont au demeurant reconnu à l'audience, que l'objet du comportement reproché était d'évincer G & C du marché.»* Voir également les affaires jointes T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, Compagnie maritime belge SA/Commission, Rec. 1996, p. II-1201, point 148.

²⁶ Décision de la Commission du 22 décembre 1987 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.787 et 31.488 — Eurofix-Bauco/Hilti), JO L 65 du 11.3.1988, p. 19, considérant 80.

39. Dans la même décision, la Commission a précisé ce qui suit: *«Une stratégie agressive en matière de prix est un instrument essentiel de la concurrence. En revanche, une politique des prix sélective et discriminatoire mise en œuvre par une entreprise dominante et visant uniquement à nuire aux activités de ses concurrents ou à les dissuader de s’implanter sur le marché, tout en maintenant des prix supérieurs pour la masse de ses autres clients, représente à la fois une exploitation de ces autres clients et une atteinte à la concurrence. Comme telle, elle constitue un comportement abusif par lequel une entreprise dominante peut renforcer sa position déjà prépondérante sur le marché. En l’espèce, l’élément constitutif de l’abus n’est pas que les prix aient été inférieurs aux coûts (quelle que soit la manière de les définir — et, en tout cas, certains produits ont été cédés gratuitement), mais qu’en raison de sa position dominante, Hilti ait été en mesure d’offrir des prix spéciaux discriminatoires aux clients de ses concurrents en vue de nuire aux activités de ceux-ci, tout en maintenant des prix supérieurs pour ses propres clients d’importance équivalente.²⁷»*
40. Dans l’affaire T-30/89, Hilti, le Tribunal a confirmé les considérations de la Commission sur ce point, à savoir que les *«politiques sélectives ou discriminatoires»* pratiquées par Hilti faisaient partie d’une *«stratégie»* dirigée à l’encontre de ses concurrents et de leurs clients, et qu’une telle stratégie *«ne constitue pas un instrument légitime de concurrence pour une entreprise en position dominante»²⁸*.
41. Dans l’affaire Irish Sugar, la Commission et le Tribunal se sont prononcés sur des remises sélectives accordées uniquement à des clients déterminés établis dans la région de la frontière entre l’Irlande et l’Irlande du Nord par une entreprise détenant plus de 90 % des parts du marché concerné. Ces *«remises transfrontalières»* ne se justifiaient pas par des facteurs économiques objectifs comme le volume des ventes aux clients, par exemple. Elles étaient utilisées et adaptées chaque fois qu’il était estimé que la différence de prix entre l’Irlande du Nord et l’Irlande pourrait stimuler les ventes transfrontalières.

²⁷ Décision de la Commission du 22 décembre 1987 relative à une procédure d’application de l’article 86 du traité CEE (IV/30.787 et 31.488 — Eurofix-Bauco/Hilti), JO L 65 du 11.3.1988, p. 19, considérant 81.

²⁸ Affaire T-30/89, Hilti AG/Commission, Rec. 1991, p. II-1439, point 100.

La Commission a estimé – et le Tribunal a confirmé – que les «remises frontalières» s’inscrivaient dans une «politique» destinée à exclure les concurrents²⁹.

42. Cette série d’affaires montre que les rabais sélectifs peuvent être considérés comme constitutifs d’abus lorsqu’une entreprise détenant une position dominante particulièrement forte pratique une telle politique ciblée en matière de prix dans le but démontrable et explicite d’éliminer un concurrent. À cet égard, il importe notamment que les rabais ne soient offerts qu’aux clients les plus importants d’un concurrent ou aux clients susceptibles de passer chez un concurrent et que la différence de prix ne se justifie pas par des considérations économiques objectives (des économies d’échelle, par exemple). En l’absence de justification économique objective, le niveau des prix réduits (en l’espèce, des prix inférieurs aux coûts totaux) peut également être pris en considération.
43. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Commission propose d’apporter la réponse suivante à la première question:

L’article 102 TFUE doit être interprété en ce sens que le fait pour une entreprise postale en position dominante, ayant une obligation de service universel, de pratiquer des baisses de prix sélectives à un niveau inférieur à ses coûts totaux moyens, mais supérieur à ses coûts incrémentaux moyens, n’est pas constitutif d’un abus visant à l’élimination d’un concurrent sous la forme de prix prédateurs, s’il est établi que les prix n’ont pas été fixés à un tel niveau dans le but de procéder à cette élimination. L’existence d’une stratégie de prédation peut être établie à partir de preuves directes datant de la période en cause ou d’autres éléments qui doivent être évalués au cas par cas, comme la position de l’entreprise dominante et de ses concurrents ou la sélectivité des baisses de prix.

44. Une telle stratégie est requise pour tous les types de prix prédateurs, y compris les baisses de prix sélectives, le cas échéant.

²⁹ Affaire T-228/97, Irish Sugar PLC/Commission, Rec. 1999, p. II-2969, point 114 et points 188 à 191. Voir également la décision de la Commission du 14 mai 1997 relative à une procédure d’application de l’article 86 du traité CE (IV/34.621, 35.059/F-3 — Irish Sugar plc), JO L 258 du 22.9.1997, p. 1, considérants 128 et 129.

B. Question 2

45. Compte tenu de la proposition de réponse à la première question, la Commission ne voit pas la nécessité de répondre à la seconde question.

6. Conclusions

46. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Commission a l'honneur de proposer à la Cour d'apporter les réponses suivantes aux questions qui lui ont été posées par la juridiction nationale:

Question 1

L'article 102 TFUE doit être interprété en ce sens que le fait pour une entreprise postale en position dominante, ayant une obligation de service universel, de pratiquer des baisses de prix sélectives à un niveau inférieur à ses coûts totaux moyens, mais supérieur à ses coûts incrémentaux moyens, n'est pas constitutif d'un abus visant à l'élimination d'un concurrent sous la forme de prix prédateurs, s'il est établi que les prix n'ont pas été fixés à un tel niveau dans le but de procéder à cette élimination. L'existence d'une stratégie de prédation peut être établie à partir de preuves directes datant de la période en cause ou d'autres éléments qui doivent être évalués au cas par cas, comme la position de l'entreprise dominante et de ses concurrents ou la sélectivité des baisses de prix.

Question 2

Compte tenu de la proposition de réponse à la première question, la Commission ne voit pas la nécessité de répondre à la seconde question.

Bruno GENCARELLI

Karolina MOJZESOWICZ

Uffe NIELSEN

Agents de la Commission