



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. PAOLO MENGOZZI  
presentadas el 24 de mayo de 2011<sup>1</sup>

**Asunto C-209/10**

**Post Danmark A/S**  
**contra**  
**Konkurrencerådet [Petición de decisión prejudicial**

planteada por el Højesteret (Dinamarca)]

«Artículo 102 TFUE — Mercado danés de distribución de envíos de correo sin destinatario — Abuso de posición dominante — Reducción selectiva de los precios de distribución de envíos sin destinatario — Precios inferiores a los costes totales medios — Precios superiores a los costes incrementales medios — Eliminación de un competidor — Intención — Efecto — Práctica de precios discriminatorios — Precios predatorios»

## I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial, planteada por el Højesteret (Dinamarca), versa sobre la interpretación del artículo 82 CE (actualmente artículo 102 TFUE).
2. El órgano jurisdiccional remitente desea saber sobre todo si una empresa de correos, en el caso de autos Post Danmark A/S (en lo sucesivo, «Post Danmark»), ha abusado de su posición dominante en el mercado danés de la distribución de envíos de correos sin destinatario<sup>2</sup> debido a que practicó precios selectivamente bajos, con ocasión de la celebración de contratos con tres grandes clientes de su principal competidor, a saber Forbruger-Kontakt (en lo sucesivo, «FK»), aun cuando se acredite que estos precios no fueron fijados con la intención de eliminar a FK.
3. En el supuesto de que este único motivo sea insuficiente, el órgano jurisdiccional remitente solicita en esencia al Tribunal de Justicia que indique los elementos pertinentes suplementarios que el Juez nacional debe tener en cuenta para comprobar la existencia de un abuso de eliminación por los precios.
4. Antes de examinar estas cuestiones, cuya respuesta no es sencilla, procede recordar las circunstancias esenciales del asunto principal que han dado lugar a la presente remisión prejudicial.
5. Post Danmark y FK son las dos empresas líderes en el mercado danés de la distribución de envíos de correos sin destinatario. Este mercado se haya plenamente liberalizado y no está comprendido en la legislación danesa sobre servicios postales dirigida a transponer la Directiva 97/67/CE, relativa a las

<sup>1</sup> — Lengua original: francés.

<sup>2</sup> — Según la resolución de remisión, por envíos sin destinatario ha de entenderse la distribución, en particular, de publicidad, guías de teléfonos, otras guías, periódicos locales y regionales.

normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio.<sup>3</sup>

6. Sin embargo, en la época de los hechos del litigio principal, a saber, entre 2003 y 2004, Post Danmark disfrutaba, según la resolución de remisión, del monopolio de la distribución de cartas y paquetes con destinatario dentro de unos límites de pesos específicos, a la que se vinculaba una obligación de servicio universal de distribución de correo con destinatario inferior a un determinado peso.<sup>4</sup> Esta empresa disponía así de una red de distribución que cubría el conjunto del territorio danés y que también se utilizaba para la actividad liberalizada de envíos sin destinatario.

7. FK, filial de un grupo de prensa danés, se dedica principalmente a la distribución de envíos sin destinatario. En la época de los hechos del litigio principal, esta empresa había creado una red de distribución que comprendía la práctica totalidad del territorio danés, principalmente mediante la adquisición de pequeños operadores del mercado danés de envíos sin destinatario.

8. Hasta 2004, los principales clientes de FK eran las tres grandes cadenas de supermercados SuperBest, Spar y Coop.

9. A finales de 2003, Post Danmark celebró contratos con estos tres grupos, en virtud de los cuales se hizo cargo de la distribución de sus envíos sin destinatario desde principios de 2004.

10. De la resolución de remisión se desprende que el contrato celebrado con el grupo Coop, a raíz de negociaciones mantenidas tanto con Post Danmark como con FK, representaba más de tres veces, en volumen anual, el volumen de distribución de envíos sin destinatario del principal cliente de Post Danmark. Para el grupo Coop se distribuían cinco envíos de correo por hogar, mientras que para ninguno de los anteriores clientes de Post Danmark se distribuía más de un envío por hogar, y se trataba del primer contrato de Post Danmark que preveía una distribución de envíos sin destinatario los viernes y sábados. En cuanto a los precios, la oferta de Post Danmark al grupo Coop era inferior a las tarifas que proponía a sus otros clientes. Además, este grupo se benefició de un descuento más importante que los demás clientes de Post Danmark respecto a la lista oficial de precios.

11. Por otro lado, el órgano jurisdiccional remitente señala que los costes de distribución por cada envío sin destinatario de Post Danmark disminuyeron 0,13 DKK por envío entre 2003 y 2004 y que el precio propuesto al grupo Coop no le permite a esta empresa cubrir los costes medios totales, sino únicamente los costes incrementales medios.

12. A raíz de una reclamación presentada por FK en la que ésta reprochaba a Post Danmark haber practicado precios predatorios, precios y descuentos discriminatorios y de fidelización, así como haber concedido subvenciones cruzadas, el Konkurrencerådet (Consejo de la Competencia), mediante decisión de 29 de septiembre de 2004, declaró que Post Danmark había vulnerado el artículo 82 CE al practicar, entre 2003 y 2004, respecto a los clientes de su competidor una discriminación primaria («primary-line discrimination») por los precios en forma de tarifas distintas de las aplicadas a su propia clientela.

13. Esta autoridad declaró asimismo que Post Danmark había abusado de su posición dominante al practicar una discriminación primaria en forma de descuentos dirigidos a los clientes de FK. Asimismo, el Konkurrencerådet consideró que Post Danmark había practicado una discriminación secundaria («secondary-line discrimination») en materia de precios al dispensar un trato distinto a terceros contratantes que se encontraban en una situación comparable.

3 — DO 1998, L 15, p. 14. Ha de observarse que, con posterioridad a los hechos del asunto principal, esta Directiva ha sido objeto de modificaciones sustanciales introducidas por la Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67 en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios (DO L 52, p. 3). En cuanto atañe a Dinamarca, el plazo para la transposición al Derecho interno de estas modificaciones se fijó en el 31 de diciembre de 2010, de conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2008/6.

4 — Ha de señalarse que el artículo 7 de la Directiva 97/67 prevé que los Estados miembros dejarán de otorgar derechos especiales o exclusivos para el establecimiento y la prestación de servicios postales. Por tanto, la financiación del servicio universal deberá garantizarse mediante otros sistemas, enumerados en dicho artículo, o mediante cualquier otro sistema que resulte compatible con el Tratado.

14. En cambio, en cuanto atañe a la práctica de precios predatorios censurada, el Konkurrencerådet señaló que la cuestión era compleja y que necesitaba un análisis más profundo, de suerte que debía ser apreciada en el marco de una decisión ulterior de esta autoridad. Por último, en cuanto a las supuestas subvenciones cruzadas, el Konkurrencerådet observó que los documentos obrantes en autos no permitían concluir que existieran transferencias de fondos procedentes de otros sectores de actividad de Post Danmark.

15. Mediante decisión de 24 de noviembre de 2004, el Konkurrencerådet declaró que no podía probarse la intención de Post Danmark de eliminar la competencia. Por tanto, esta empresa no había abusado de su posición dominante en el mercado danés de envíos sin destinatario al aplicar precios predatorios.

16. Mediante decisión de 1 de julio de 2005, la Konkurrenceankenævnet (Comisión de apelación en materia de competencia) confirmó las decisiones del Konkurrencerådet de 29 de septiembre y de 24 de noviembre de 2004.

17. Esta resolución se ha hecho firme en la medida en que declara la existencia de una discriminación accesoria mediante los precios contraria al artículo 82 CE, y en que no se ha demostrado que Post Danmark practicara unos precios predatorios.

18. En cambio, Post Danmark interpuso recurso ante el Østre Landsret (Tribunal Regional del Este) contra la decisión de 1 de julio de 2005, en la medida en que ésta confirmaba la de la Konkurrencerådet de 29 de septiembre de 2004 en lo relativo al abuso de posición dominante bajo la forma de precios selectivamente bajos aplicados a los grupos SuperBest, Spar y Coop (discriminación primaria).

19. El 21 de diciembre de 2007, el Østre Landsret confirmó las decisiones de las autoridades danesas de la competencia en las que éstas habían declarado que Post Danmark había abusado de su posición dominante en el mercado danés de distribución de envíos sin destinatario al aplicar, en 2003 y 2004, precios distintos a sus propios clientes y a los antiguos clientes de FK, sin poder justificar dichas diferencias por razones de costes. Dicho órgano jurisdiccional señaló en particular que dicha práctica había sido desarrollada en un mercado en el que Post Danmark ocupaba una posición singular en virtud de la cuota que poseía en el mismo y de sus notables ventajas estructurales, en una situación en la que su único competidor significativo, FK, era particularmente vulnerable en caso de pérdida de clientes importantes.

20. Post Danmark impugnó esta sentencia ante el Højesteret, alegando en particular que es necesario el propósito de eliminar la competencia para que una práctica de precios selectivamente reducidos que no cubran los gastos totales medios pueda constituir una vulneración del artículo 82 CE.

21. En estas circunstancias, el Højesteret decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las dos cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 82 CE en el sentido de que las reducciones selectivas de precios por una empresa dominante en el sector postal, que tiene una obligación de servicio universal, hasta un nivel inferior al de los costes medios totales de la empresa del sector postal, pero superior a los costes incrementales medios del proveedor, pueden constituir una exclusión abusiva si se comprueba que los precios no son fijados a tal nivel con el propósito de eliminar a un competidor?
- 2) En caso de que se responda a la primera cuestión que una reducción selectiva de los precios, en las condiciones expuestas en la primera cuestión, puede constituir en determinados supuestos una exclusión abusiva, ¿cuáles son las circunstancias que debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional?»

22. De conformidad con el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han presentado observaciones escritas Post Danmark, FK, los Gobiernos danés, italiano y checo y la Comisión Europea. Estas partes, así como el Órgano de Vigilancia de la AELC, también fueron oídas en la vista celebrada el 1 de marzo de 2011.

## II. Análisis

### A. Consideraciones preliminares

23. Habida cuenta de los intentos de Post Danmark, en particular en la vista, de replantear ante el Tribunal de Justicia algunas de las apreciaciones realizadas por el órgano jurisdiccional remitente, me parece esencial recordar que, en el marco del procedimiento con arreglo al artículo 234 CE, basado en una clara separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional.<sup>5</sup>

24. En el litigio principal, ha quedado acreditado antes de nada que el mercado pertinente es el mercado danés de distribución de envíos sin destinatario. A diferencia de cuanto Post Danmark sostuvo en sus observaciones ante el Tribunal de Justicia, de los documentos que obran en los autos del asunto principal no se desprende que, en un primer momento, las autoridades danesas de la competencia o, en un segundo momento, los órganos jurisdiccionales nacionales, incluido el órgano jurisdiccional remitente, hayan apreciado que este mercado se divida en dos segmentos, a saber, por una parte, el de los envíos semanales y, por otro, el de la distribución «dominical» o, con carácter más general, de fin de semana.

25. Por tanto, me parece que no procede detenerse en las consideraciones de Post Danmark según las cuales las prácticas tarifarias controvertidas fueron realizadas con el objetivo (único o principal) de ampliar la oferta de envíos sin destinatario en el segmento de la distribución de fin de semana que hasta entonces dominaba FK.

26. A continuación, también ha quedado acreditado que en el mercado, tal como ha sido delimitado por las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales, Post Danmark ocupa una «posición dominante» en el sentido del artículo 82 CE. Además, la petición de decisión prejudicial se basa expresamente en esta premisa.

27. Según esta petición, el dominio de Post Danmark se desprende de un análisis global de la posición de la que disfruta esta empresa en el mercado. No obstante, este análisis se apoya primordialmente en las cuotas de mercado en función del valor, del orden del 50 %, <sup>6</sup> en poder de esta sociedad y en su situación particular derivada de su red de distribución, que comprende la totalidad del territorio nacional y que puede mantenerse, en virtud de las obligaciones de servicio universal de distribución de correspondencia que le incumben, sin ejercer la actividad de distribución de envíos sin destinatario.

28. Si bien de los documentos que obran en los autos del asunto principal no se desprende que se haya examinado la importancia relativa de estas cuotas de mercado frente a las de FK <sup>7</sup> y de un eventual poder adquisitivo de ciertos clientes, no es menos cierto que, en el marco de la distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, no corresponde a

5 — Véanse en particular las sentencias de 14 de febrero de 2008, Varec (C-450/06, Rec. p. I-581), apartado 23, y de 1 de julio de 2008, MOTOE (C-49/07, Rec. p. I-4863), apartado 30.

6 — En particular de la tabla utilizada por las autoridades danesas de la competencia y reproducida en la petición de decisión prejudicial se desprende que las cuotas de mercado en función del valor de Post Danmark pasaron del 47 % en 2001 y 2002 al 44 % en 2003, para aumentar en 2004 hasta el 55 %.

7 — Según la petición de decisión prejudicial, las cuotas de mercado de FK eran del 15 al 25 % en 2001, del 23 al 35 % en 2002, del 35 al 45 % en 2003 y del 25 al 35 % en 2004.

este último, a pesar de la invitación que le ha hecho a este respecto Post Danmark en sus observaciones, reemprender el examen de uno o varios aspectos del análisis que condujo a las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales a declarar que esta empresa sí ocupaba tal posición dominante en el mercado nacional de distribución de envíos sin destinatario.

29. Por último, ha de delimitarse con precisión el objeto de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia.

30. A este respecto, ha de señalarse que no se ha preguntado al Tribunal de Justicia acerca de un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 CE que haya revestido la forma de una práctica de precios predatorios.

31. En efecto, como se desprende de los autos del litigio principal, las autoridades danesas de la competencia no han podido detectar la existencia de un plan que tenga por objeto eliminar a un competidor, en el sentido del apartado 72 de la sentencia AKZO/Comisión,<sup>8</sup> apreciación ésta que no fue rebatida por FK ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

32. Para afirmar la existencia de una práctica de precios predatorios en el sentido de los apartados 70 a 72 de la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, habría sido necesario, en efecto, demostrar la aplicación de tal estrategia por Post Danmark, puesto que, como señala el órgano jurisdiccional remitente, cuando menos, a la vista de las tarifas aplicadas por Post Danmark a Coop, uno de los tres clientes de FK, dichas tarifas eran superiores a los costes incrementales medios de la empresa dominante, pero inferiores a sus costes totales medios.<sup>9</sup>

33. La referencia, en la petición planteada por el órgano jurisdiccional remitente, a los costes incrementales de Post Danmark en el sentido de que constituyen los costes pertinentes que han de tomarse en consideración en el asunto principal y no, al igual que la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, a los costes variables, parece explicarse, a la vista de los documentos que obran en autos, por la coexistencia en el marco de la misma empresa, por una parte, de actividades reservadas y no reservadas pero cuyo ejercicio está, en ambos casos, gravado por obligaciones de servicio universal y, por otra parte, de actividades puramente comerciales que se desarrollan en el mercado liberalizado de la distribución de envíos sin destinatario.

34. En efecto, la comparación de precios con los costes variables soportados por la empresa dominante encargada de una misión de interés económico general (servicio público o servicio universal) resulta ser inadecuada. Por un lado, podría entrañar una sobrevaloración de las pérdidas, puesto que la función de interés económico general de que está encargada la empresa entraña costes más elevados que los de sus competidores en la parte de su actividad que se desarrolla en el mercado abierto a la competencia. Al contrario, tomar como único criterio los costes variables de la empresa dominante podría llevar también a infravalorar los costes si esta empresa opera con costes fijos elevados (por ejemplo, los costes vinculados a la utilización de su red) y costes variables escasos.<sup>10</sup>

35. En estas circunstancias, parece apropiado tener en cuenta otro criterio de costes, a saber, los costes incrementales, que toman en cuenta los costes fijos y los costes variables de la actividad específica desarrollada en el mercado abierto a la competencia.

8 — Sentencia de 3 de julio de 1991 (C-62/86, Rec. p. I-3359). Según este apartado de la sentencia, los precios inferiores a la media de los costes totales, que comprenden los costes fijos y los costes variables, pero superiores a la media de los costes variables (que varían en función de las cantidades producidas), deben considerarse abusivos cuando se fijan de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. Este planteamiento ha sido confirmado en particular en las sentencias de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión (C-333/94 P, Rec. p. I-5951), apartado 41, y de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión (C-202/07 P, Rec. p. I-2369), apartado 109.

9 — De seguir el razonamiento desarrollado por el Tribunal de Justicia en los apartados 70 a 72 de la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, en el supuesto de que los precios aplicados hubieran sido inferiores a los costes incrementales medios, no habría podido proporcionarse la prueba de la existencia de una estrategia de eliminación del mercado, y los precios habrían sido considerados predatorios por sí mismos.

10 — Véase a este respecto, en particular, 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», *Concurrences*, 2-2005, n° 1476, p. 13.

36. A este respecto, como ha señalado el órgano jurisdiccional remitente, la utilización del criterio de los costes incrementales en el asunto principal se inspira en la Decisión de la Comisión, de 20 de marzo de 2001, en un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE, relativo a las prácticas en materia de precios de Deutsche Post en el mercado de servicios de paquetería para el sector de la venta a distancia en Alemania<sup>11</sup> en una situación relativamente similar.<sup>12</sup>

37. En esta decisión, mediante la cual la Comisión declaró en particular que Deutsche Post había abusado de su posición dominante al proponer hacerse cargo de los servicios controvertidos a precios inferiores a sus costes incrementales, de modo que esta empresa había ofrecido precios predatorios, esta institución definió dichos costes como los costes que sólo se generan cuando se presta un servicio específico, que dependen del volumen despachado y que desaparecen en caso de suspensión del correspondiente servicio, lo cual implica que los costes fijos comunes, que no dependen de la prestación de un solo servicio, no quedan incluidos en los costes incrementales.<sup>13</sup> Se desprende también de esta decisión, que ha guiado manifiestamente en este aspecto a las autoridades danesas de la competencia en el litigio principal, que los costes propios de un servicio específico no deben soportar los costes fijos comunes de puesta a disposición de la red de distribución, derivados de la obligación de servicio universal. La media de los costes incrementales medios sólo comprende, pues, la media de los costes fijos y variables de la prestación del servicio expuesta a la competencia.<sup>14</sup>

38. En el asunto principal, al igual que en la decisión Deutsche Post, la media de los costes incrementales representa, pues, al igual que la media de los costes variables mencionada en los apartados 71 y 72 de la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, el «criterio mínimo» o nivel por debajo del cual el precio aplicado por la empresa en posición dominante sería predatorio.

39. Siguiendo la lógica de estos apartados de la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, ajustada a la luz de la decisión Deutsche Post, un precio superior a la media de los costes incrementales pero inferior a la media de los costes totales, sería igualmente predatorio si fuera fijado en el marco de un plan que tuviera por finalidad eliminar a un competidor.

40. No obstante, como ya he observado, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que las autoridades danesas de la competencia no pudieron demostrar la existencia de tal plan. El objeto de la presente petición de decisión prejudicial no versa, pues, sobre un eventual comportamiento predatorio de Post Danmark.

41. Con todo, las consideraciones que preceden permiten comprender mejor las cuestiones formuladas por el órgano jurisdiccional remitente. Éste desea saber, en definitiva, si un abuso de eliminación o de exclusión de un competidor de una empresa dominante, como Post Danmark, puede determinarse en presencia de una reducción selectiva de precios sin carácter predatorio y, si tal es el caso, en qué condiciones.

42. Esta precisión me induce a formular dos observaciones suplementarias.

11 — DO L 125, p. 27.

12 — Véase igualmente, a este respecto, la apreciación formulada por el Tribunal General sobre esta decisión en el apartado 249 de la sentencia de 30 de enero de 2007, France Télécom/Comisión (T-340/03, Rec. p. II-107). El recurso de casación interpuesto ante el Tribunal de Justicia contra esta sentencia [asunto France Télécom/Comisión (C-202/07 P), antes citado] no versaba sobre esta cuestión.

13 — Decisión antes citada (en los puntos 6 y 9 de los considerandos y nota a pie de página nº 7). Ha de observarse asimismo que en el asunto en que recayó la sentencia del Tribunal General de 12 de septiembre de 2007, Ufex y otros/Comisión (T-60/05, Rec. p. II-3397), apartado 161, la Comisión señaló asimismo que la comprobación de un abuso de posición dominante cometido por La Poste francesa en el mercado de servicios de correo urgente le exigía comprobar si los precios facturados por esta empresa por los servicios de infraestructura proporcionados a su filial que operaba en dicho mercado eran inferiores o iguales a los costes incrementales de la prestación de tales servicios, es decir, determinar los costes que están exclusivamente relacionados con la prestación de un servicio específico y que dejan de existir una vez que ha finalizado la prestación de dicho servicio. Sin emplear el concepto de «incremental», es lo mismo que pretende garantizar en esencia al artículo 14 de la Directiva 97/67 al exigir a los Estados miembros que obliguen a los operadores de correos encargados del servicio universal a adoptar una contabilidad analítica que permita distribuir los costes directamente asignados a un servicio o a un producto particular, así como los costes comunes de conformidad con las modalidades previstas en esta disposición.

14 — Decisión antes citada, considerandos noveno y décimo.

43. Por un lado, las preguntas del órgano jurisdiccional remitente no versan sobre la explotación abusiva de una posición dominante en forma de una discriminación por los precios entre los clientes de Post Danmark que produce sus efectos en el mercado o mercados de dichos clientes (discriminación secundaria o *secondary-line discrimination*).

44. En efecto, de la resolución de remisión y de los documentos obrantes en los autos del litigio principal se desprende que la declaración de las autoridades danesas de la competencia según la cual Post Danmark dispensó un trato tarifario distinto a terceros contratantes en una situación comparable, a efectos en particular del artículo 82 CE, apartado 1, letra c), no fue impugnada por esta empresa ante los tribunales nacionales.

45. El órgano jurisdiccional remitente se centra únicamente en la reducción selectiva de precios practicada por Post Danmark cuyo efecto conduciría o, si las autoridades danesas de la competencia no hubieran intervenido, habría podido conducir a eliminar o excluir a FK del mercado de la distribución de envíos sin destinatario en Dinamarca (discriminación primaria o *primary-line discrimination*).

46. La distinción realizada por las autoridades y los órganos jurisdiccionales daneses entre discriminación secundaria y discriminación primaria me parece oportuna y, además, ha sido propugnada por una parte de la doctrina.<sup>15</sup> Si bien la enumeración de las prácticas abusivas contenida en el artículo 82 CE no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por dicho artículo,<sup>16</sup> esta distinción permite no obstante, a mi juicio, aclarar las relaciones entre las prácticas tarifarias discriminatorias comprendidas en el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), es decir, aquellas cuyos efectos restrictivos de la competencia se producen en el mercado o mercados de «terceros contratantes» a los que se les ocasiona una «desventaja competitiva» —y que se corresponde con la situación de la discriminación denominada secundaria—, puesto que, por definición, estos terceros contratantes no pueden ser competidores de la empresa que explota de forma abusiva su posición dominante, y las que se producen en el mercado en el que operan la empresa dominante y sus competidores y que quedan comprendidas en otros supuestos, entre otros el que consiste en limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, previsto en el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra b), y que tienen por efecto eliminar o excluir a dichos competidores.

47. Por otra parte, al mencionar en su primera cuestión prejudicial una situación de reducción selectiva de precios cuyo nivel quedaría comprendido entre la media de los costes incrementales y la media de los costes totales soportados por la empresa dominante, el órgano jurisdiccional remitente parece delimitar esta cuestión a la práctica tarifaria de Post Danmark respecto a Coop, sin, por tanto, tener en cuenta la dirigida a los otros dos clientes de FK, a saber, Spar y SuperBest, igualmente mencionados en la resolución de remisión, y a los que, según ha quedado acreditado, Post Danmark ofreció precios *superiores* a la media de sus costes totales.

48. La interpretación de esta omisión es incierta. Por un lado, podría significar que el órgano jurisdiccional remitente ya abordó, desestimándola, la tesis según la cual los precios aplicados por Post Danmark a Spar y Superbest podrían conducir a eliminar a FK del mercado. Según otra lectura, podría querer decir simplemente que el órgano jurisdiccional remitente consideró que, una vez

15 — Véanse, entre otros, Temple Lang, J., y O'Donoghue, R.: «Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC», *Fordham International Law Journal*, n° 83, 2002, p. 86; Geradin, D., y Petit, N.: «Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?», *Journal of Competition Law and Economics*, n° 3, 2006, p. 487 y ss.

16 — Véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión (6/72, Rec. p. 215), apartado 26; de 16 de marzo de 2000, Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión (C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365), apartado 112; de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión (C-95/04 P, Rec. p. I-2331), apartado 57; de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, Rec. p. I-9555), apartado 173, y de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Severige(C-52/09, Rec. p. I-527), apartado 26.

aclarada la interpretación del artículo 82 CE en la situación de los precios ofrecidos por Post Danmark a Coop, era él quien debería y podría extraer de la respuesta del Tribunal de Justicia las consecuencias acerca de la legalidad de la práctica en materia de precios de Post Danmark respecto a Spar y Superbest.

49. En cualquier caso, me parece que, al objeto de dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, convendría no pasar por alto la práctica tarifaria que Post Danmark aplicó a Spar y Superbest en el examen de la cuestión de si puede afirmarse la existencia de un abuso de eliminación o de exclusión de un competidor de una empresa dominante en presencia de una reducción selectiva de precios que no reviste carácter predatorio y, si tal es el caso, en qué condiciones.

#### B. Sobre la reducción selectiva de precios y el efecto de exclusión

50. La cuestión mencionada en el punto anterior divide a las partes que han formulado observaciones ante el Tribunal de Justicia.

51. En esencia, para Post Danmark y el Gobierno checo, sólo puede afirmarse la existencia de una práctica tarifaria de eliminación del mercado si el precio es fijado por debajo de la categoría de costes correspondientes. En el caso de autos, un precio superior a los costes incrementales medios sólo puede entrañar la eliminación de un competidor si se inscribe en una estrategia dirigida a eliminar a dicho competidor, una estrategia que, según el Gobierno checo, puede desprenderse de un análisis económico pero que, a juicio de Post Danmark, debería resultar única o primordialmente de elementos que demuestren la voluntad subjetiva de eliminación de la competencia. En la medida en que los documentos obrantes en los autos del litigio principal no demuestran que Post Danmark haya seguido tal estrategia, no existe un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 CE.

52. En cambio, FK, los Gobiernos danés e italiano, el Órgano de Vigilancia de la AELC y, en cierta medida, la Comisión —en particular a raíz de las aclaraciones que ésta hizo en la vista— defienden una tesis contraria. A grandes rasgos, estas partes interesadas sostienen que, *con independencia de los costes*, una práctica tarifaria selectiva de una empresa dominante dirigida a los clientes de su único competidor significativo conduce o puede conducir con toda probabilidad a eliminar a este último, cuando tal práctica no está justificada por motivos económicos, en particular por economías de escala. A su juicio, tal es, además, la situación en el asunto principal.

53. Una gran parte del debate surgido entre estas partes interesadas versó sobre la interpretación del alcance de una serie de sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal General en las que estos órganos jurisdiccionales examinaron prácticas tarifarias selectivas realizadas por empresas dominantes. Para unos y otros, estas sentencias confirman la tesis formulada en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia.

54. Antes de examinar estas sentencias ha de recordarse que, según la jurisprudencia, al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, el artículo 82 CE tiene por objeto los comportamientos que puedan influir en la estructura de un mercado donde la competencia ya está debilitada, debido precisamente a la presencia de la empresa que tiene el poder económico como consecuencia de su posición dominante, y que tengan por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una competencia normal entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún exista en el mercado o su desarrollo.<sup>17</sup>

17 — Véanse en este sentido las sentencias de 13 de febrero de 1979, Hoffman-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461), apartado 91; de 9 de noviembre de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, Rec. p. 3461), apartado 70, y las sentencias AKZO/Comisión, apartado 69; British Airways/Comisión, apartado 66; France Télécom/Comisión, apartado 104; Deutsche Telekom/Comisión, apartado 174, y TeliaSonera, apartado 27, antes citadas.

55. Por tanto, dado que el artículo 82 CE no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a las que les perjudican impidiendo el juego de la competencia, incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.<sup>18</sup>

56. Desde esta perspectiva, si la prohibición de explotación abusiva de una posición dominante puede, por naturaleza, estar motivada por la preocupación de garantizar el bienestar inmediato de los consumidores, también se justifica por la necesidad de proteger o de mantener la estructura de competencia del mercado, dado que se presume que la persecución de este objetivo, en cualquier caso, beneficia a los consumidores.

57. En materia tarifaria, si la responsabilidad especial que incumbe a la empresa dominante ha conducido al Tribunal de Justicia a declarar que toda competencia por los precios no puede considerarse legítima,<sup>19</sup> esta afirmación significa, no obstante, que tal competencia está autorizada con carácter general, e incluso resulta recomendable, salvo excepción. En efecto, puesto que la competencia por los precios es por regla general benéfica, no podría ser prohibida, en principio, a las empresas que ocupan una posición dominante en un mercado determinado.

58. No es menos cierto que la cuestión de si las prácticas tarifarias de una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado determinado engendran la explotación abusiva de tal posición, en el sentido del artículo 82 CE, debe responderse en función del conjunto de las circunstancias y requiere examinar en particular si estas prácticas pretenden impedir a los competidores el acceso al mercado o bien reforzar la posición dominante mediante la distorsión de la competencia.<sup>20</sup>

59. Como han señalado algunas de las partes interesadas, la jurisprudencia cuenta con varios asuntos en los que el juez de la Unión declaró que una reducción selectiva de precios practicada por una o varias empresas en posición dominante es contraria a la prohibición prevista en el artículo 82 CE.

60. El primero de estos asuntos dio lugar a la sentencia AKZO/Comisión, antes citada.

61. Entre las prácticas tarifarias que la Comisión imputaba a Akzo en el mercado comunitario de los peróxidos orgánicos<sup>21</sup> figuraban no sólo, como ya se ha mencionado, la aplicación de precios anormalmente bajos (predatorios) concedidos a la clientela de uno de sus competidores (ECS), examinada en los apartados 98 a 109 de la sentencia del Tribunal de Justicia, sino también una práctica de ofertas de precios selectivos a los clientes del mismo competidor a un nivel sensiblemente inferior al de los precios que Akzo ofrecía a su propia clientela,<sup>22</sup> práctica que fue examinada por el Tribunal de Justicia en los apartados 110 a 121 de dicha sentencia.

62. Después de confirmar la afirmación de la Comisión según la cual Akzo ocupaba una posición dominante en el mercado en cuestión, tanto a la vista de su cuota de mercado, del orden del 50 %, como de otros factores,<sup>23</sup> el Tribunal de Justicia, al proceder al examen del carácter selectivo de las ofertas de precios hechas a los clientes de ECS denominados «grandes fabricantes de harina

18 — Véanse en particular las sentencias de 2 de abril de 2007, France Télécom/Comisión, apartado 105; Deutsche Telekom/Comisión, apartado 176, y, en este sentido, TeliaSonera, apartado 24, antes citadas.

19 — Véase, en particular, la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, apartado 70.

20 — Véanse en este sentido las sentencias Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, apartado 73; Deutsche Telekom, apartado 175, y TeliaSonera, apartado 28, antes citadas.

21 — Decisión 85/609/CEE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado de la CEE (IV/30.698 - ECS/AKZO Chemie) (DO L 374, p. 1).

22 — Sentencia AKZO/Comisión, antes citada, apartados 9 y 111.

23 — *Ibidem*, apartados 59 a 61. Ha de observarse que tras un examen detallado de la pertinencia de la decisión de la Comisión, el Abogado General Lenz llegó, en cambio, a la conclusión de que la Comisión no había demostrado que AKZO ocupase una posición dominante en el mercado en cuestión (véanse los puntos 62 a 124 de las conclusiones presentadas el 19 de abril de 1989 en el asunto en que recayó la sentencia AKZO/Comisión, antes citada).

independientes», señaló antes de nada que Akzo no había negado haber aplicado precios diferentes a compradores de dimensión comparable sin, además, formular argumentos para demostrar que dichas diferencias residían en la calidad de los productos vendidos o en costes de producción específicos.<sup>24</sup> El Tribunal de Justicia señaló a continuación que los precios aplicados por Akzo a sus propios clientes eran superiores a la media de sus costes totales, mientras que los que ofrecía a los clientes de su competidor eran inferiores a dicha media.<sup>25</sup> De ello dedujo, en el apartado 115 de la sentencia, que Akzo podía compensar de este modo, al menos parcialmente, las pérdidas derivadas de las ventas a clientes de ECS con los beneficios obtenidos de las ventas a los grandes fabricantes de harina independientes que formaban parte de su clientela, lo cual demostraba que la intención de Akzo no era aplicar una política general de precios ventajosa, sino adoptar una estrategia que perjudicara a su competidor. El Tribunal de Justicia confirmó, pues, en este apartado la decisión de la Comisión de declarar que Akzo había explotado de forma abusiva su posición dominante.

63. En esta fase del análisis, limitaré mis comentarios de estos apartados de la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, a las dos observaciones siguientes.

64. En primer lugar, el Tribunal de Justicia confirmó el carácter abusivo de los precios selectivos ofrecidos por Akzo a la vista de un patrón de referencia de los costes de la empresa dominante, a saber, la media de sus costes totales.

65. Este criterio resulta ser relativamente severo respecto a la empresa dominante. En efecto, al tomar como referencia la media de los costes totales de la empresa, es decir, que comprenden los costes fijos y los costes variables, el Tribunal de Justicia sanciona el carácter selectivo aun cuando la venta de una unidad suplementaria a los propios clientes de la empresa dominante cubra los costes variables de la unidad producida y, al menos, una parte de los costes fijos relativos a esta unidad. En este contexto, si bien es posible comprender que la diferencia de trato tarifario entre los clientes de la empresa dominante y los clientes del competidor a los que se han presentado ofertas ventajosas puede efectivamente constituir una discriminación que entrañe una desventaja en la competencia entre estos clientes, en el sentido del artículo 82 CE, párrafo primero, letra c) (discriminación secundaria, *secondary-line discrimination*), no es menos cierto que esta práctica, si se considera de forma aislada, puede entrañar la eliminación de un competidor cuando menos igual de eficaz, puesto que este último podría perfectamente hacerse, en todo o en parte, con los clientes tradicionales de la empresa dominante víctimas del trato discriminatorio, a menos que dichos clientes estén sujetos a imperativos particulares por parte de la empresa dominante que los vinculen excesivamente a ésta.

66. Si bien el Tribunal de Justicia no hizo referencia a estas consideraciones en los pasajes pertinentes de la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, procede no obstante observar, por una parte, que las ofertas de precios selectivos por parte de Akzo estaban vinculadas a toda una serie de comportamientos abusivos de esta empresa, entre los cuales se encontraba en particular una práctica de precios predatorios y, por otra parte, que el Tribunal de Justicia dedujo de la práctica tarifaria selectiva de Akzo no un efecto de eliminación del competidor, sino un mero propósito de eliminarlo. Ubicados en el contexto general de la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, los apartados 113 a 115 de esta sentencia translucen la idea de que el examen del carácter selectivo de la reducción de precios practicada por Akzo formaba parte de la demostración de la existencia de un plan o de una estrategia de eliminación a cargo de esta empresa.

67. En segundo lugar, la severidad de que parece dar muestras el Tribunal de Justicia en la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, respecto a una reducción selectiva de precios por una empresa dominante parece explicarse por el hecho de que tal práctica, a diferencia de la práctica de reducción de precios generalizada, se realiza en detrimento de la propia clientela de esta empresa, sin justificación

24 — *Ibidem*, apartado 113.

25 — Sentencia antes citada, apartado 114.

económica. En otras palabras, el Tribunal de Justicia parece considerar que tal práctica tarifaria selectiva no tiene por objeto garantizar que los clientes y, cuando menos indirectamente, los consumidores se beneficien de los precios bajos (lo cual, en cambio, es por regla general el caso, al menos a corto plazo, de una práctica no selectiva de precios reducidos, incluso predatorios), sino únicamente captar clientes de los competidores de la empresa dominante, sin provecho alguno ni para los consumidores ni para la estructura de la competencia del mercado.

68. Si bien, como acabo de subrayar, el planteamiento seguido por el Tribunal de Justicia en la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, respecto a las ofertas de precios selectivamente reducidos de la empresa dominante se basa en el criterio de costes de dicha empresa, el juez de la Unión no se ha atendido, en cambio, a este criterio en otros asuntos posteriores.

69. Así ocurre en los asuntos *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*<sup>26</sup> y *Irish Sugar/Comisión*.<sup>27 28</sup>

70. En el primero de estos asuntos, la Comisión reprochaba a la conferencia marítima CEWAL, de la que era miembro en particular la *Compagnie maritime belge transports*, que poseía más del 90 % de la cuota del mercado pertinente, haber modificado en particular sus fletes apartándose de las tarifas en vigor con el fin de ofrecer fletes idénticos o inferiores a los de su principal competidor independiente (G&C) para los buques que salieran en la misma fecha o en fechas próximas (práctica llamada de «buques de lucha»), en vulneración del artículo 86 del Tratado CEE.<sup>29</sup>

71. El Tribunal General confirmó el análisis de la Comisión.

72. Recordó en primer lugar que las empresas demandantes no rebatían los tres elementos constitutivos de la práctica denominada de buques de lucha —que era distinta de una práctica de precios predatorios—, a saber, a) la designación como buques de lucha de aquellos buques de los miembros de la conferencia cuya fecha de partida estaba más cercana a la fecha de partida de los buques de G&C, sin alteración de los horarios previstos; b) el establecimiento conjunto de precios de lucha que se apartaban de las tarifas que aplicaban normalmente los miembros de CEWAL con el objeto de que fueran iguales o inferiores a los precios anunciados por G&C, y c) la disminución de los ingresos resultante de dicho sistema, que era absorbida por los miembros de CEWAL.<sup>30</sup>

26 — Sentencias del Tribunal General de 8 de octubre de 1996 (T-24/93 a T-26/93 y T-28/93, Rec. p. II-1201) y del Tribunal de Justicia, antes citada.

27 — Sentencias del Tribunal General de 7 de octubre de 1999 (T-228/97, Rec. p. II-2969) y del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2001 (C-497/99 P, Rec. p. I-5333).

28 — Asimismo, ha de señalarse que la Comisión siguió un planteamiento no basado en los costes en su Decisión 88/138/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1987, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/30.787 y 31.488 - Eurofix-Bauco contra Hilti) (DO 1988 L 65, p. 19). Este asunto versaba sobre una serie de prácticas discriminatorias y selectivas por parte de Hilti dirigidas a disuadir a la clientela de comprar a sus competidores grapas destinadas a las pistolas grapadoras fabricadas por ella, en cuyo mercado esta empresa poseía una cuota estimada entre el 70 % y el 80 %. Una de las prácticas consideradas abusivas por la Comisión eran los descuentos a algunos de los principales clientes de competidores de Hilti, que fabricaban grapas compatibles con sus pistolas grapadoras, ofertas estas de las que no se beneficiaban en modo alguno sus propios clientes que le compraban cantidades similares o equivalentes. En esta decisión, la Comisión consideró que estas ofertas especiales no constituían una reacción defensiva directa contra los competidores, sino que reflejaban una política preestablecida de esta empresa de intentar limitar la entrada en el mercado de grapas compatibles con sus pistolas grapadoras (considerando 80 de la decisión). Añadió que «el abuso en este caso ya no gira sobre si los precios estaban por debajo de los costes [...]. Depende más bien del hecho de que, gracias a esta posición dominante, Hilti podía ofrecer precios especiales discriminatorios a los clientes de sus competidores con vistas a perjudicar su negocio al tiempo que podía mantener precios más altos a sus propios clientes equivalentes» (considerando 81 de la decisión). En el recurso de anulación interpuesto contra esta decisión (sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 1991, Hilti/Comisión, T-30/89, Rec. p. II-1439), Hilti, por una parte, desarrolló una argumentación muy genérica, no vinculada específicamente a los descuentos selectivos de precios, que fue desestimada por el Tribunal General en el apartado 100 de su sentencia y, por otra parte, admitió que había efectivamente incurrido en algunos de los comportamientos imputados, comportamientos que el Tribunal General se limitó a señalar (véase el apartado 101 de la misma sentencia). El recurso de casación interpuesto ante el Tribunal de Justicia (sentencia de 2 de marzo de 1994, Hilti/Comisión, C-53/92 P, Rec. p. I-667) no versaba sobre la apreciación expuesta en estos apartados de la sentencia del Tribunal General.

29 — Decisión 93/82/CEE de la Comisión, de 23 de diciembre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 del Tratado CEE (IV/32448 - IV/32450: CEWAL, COWAC, UKWAL) y 86 del Tratado CEE (IV/32448 - IV/32450: CEWAL) (DO 1993 L 34, p. 20).

30 — Sentencia del Tribunal General antes citada, apartados 139 y 141.

73. Al examinar a continuación las alegaciones de las demandantes dirigidas a rebatir la explotación abusiva de una posición dominante, el Tribunal General declaró, a la vista de los documentos obrantes en autos, que la Comisión había probado de modo suficiente en Derecho que se había seguido dicha práctica con el objetivo de eliminar al único competidor de CEWAL en el mercado considerado.<sup>31</sup> En esas circunstancias, el Tribunal General consideró que, dado que la práctica tenía por objeto eliminar al único competidor, las demandantes no podían alegar eficazmente que se limitaron a seguir una guerra de precios iniciada por el competidor o incluso a responder a un deseo de su clientela. Aun suponiendo que hubieran quedado acreditadas estas circunstancias, no pueden, en modo alguno, según el Tribunal General, hacer que resulte razonable y proporcionada la respuesta dada por los miembros de CEWAL.<sup>32</sup>

74. Por último, el Tribunal General desestimó la alegación de las demandantes según la cual el aumento de la cuota de mercado de G&C privaba de efectos a la práctica controvertida y, por consiguiente, entrañaba la inexistencia de un abuso de posición dominante. A este respecto, el Tribunal General declaró que, cuando una o más empresas en situación de posición dominante aplican efectivamente una práctica que tiene por objeto eliminar a un competidor, la circunstancia de que no se alcance el resultado previsto no puede bastar para descartar la calificación de abuso de posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado, y añadió que «por lo demás, y en contra de lo afirmado por las demandantes, el hecho de que haya aumentado la cuota de mercado de [G&C] no significa que la práctica no haya sido eficaz, en la medida en que, de no haber existido dicha práctica, la cuota de [G&C] habría podido aumentar de manera más significativa».<sup>33</sup>

75. Al pronunciarse sobre los recursos de casación interpuestos contra la sentencia del Tribunal General, el Tribunal de Justicia anuló la sentencia en la medida en que versaba sobre las multas impuestas a las recurrentes.<sup>34</sup>

76. En cambio, en cuanto atañe a la explotación abusiva de una posición dominante, el Tribunal de Justicia confirmó las apreciaciones del Tribunal General, mostrando, no obstante, prudencia.

77. Después de recordar, por una parte, que el ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, que demuestren que la competencia está debilitada y, por otra parte, que el mercado de los transportes marítimos es un sector muy especializado y específico, caracterizado en particular, en virtud del Derecho de la Unión, por la posibilidad de que las conferencias marítimas sean autorizadas para fijar los precios,<sup>35</sup> el Tribunal de Justicia declaró que «[...] cuando una conferencia marítima en posición dominante procede a una reducción selectiva de precios para alinearlos, de forma intencionada, a los de un competidor, se beneficia de dos modos. Por una parte, elimina el principal, o el único, medio de competencia de que dispone una empresa competidora. Por otra parte, puede seguir exigiendo a los usuarios precios superiores por servicios que no están amenazados por esta competencia».<sup>36</sup>

78. En los apartados 118 a 120 de su sentencia, el Tribunal de Justicia añadió: «118. En el presente asunto no es necesario adoptar una postura con carácter general acerca de las circunstancias en las que una conferencia marítima puede adoptar legítimamente, caso por caso, precios inferiores a los de la tarifa anunciada con la finalidad de enfrentarse a un competidor que ofrece los precios más interesantes [...].

31 — Sentencia antes citada, apartado 147.

32 — *Ibidem*, apartado 148.

33 — *Ibidem*, apartado 149.

34 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia antes citada, apartados 146 y 147 y número 1 del dispositivo.

35 — Sentencia del Tribunal de Justicia antes citada, apartados 114 a 116.

36 — *Ibidem*, apartado 117.

119. Basta con recordar que, en el presente asunto, se trata del comportamiento de una conferencia que tiene más del 90 % de la cuota del mercado controvertido y sólo tiene un competidor. Las recurrentes, además, no rebatieron seriamente en ningún momento, sino que finalmente lo reconocieron en la vista, que el objeto del comportamiento imputado fuera eliminar a G&C del mercado.

120. En consecuencia, procede considerar que el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en ningún error de Derecho al apreciar que estaban justificadas las imputaciones de la Comisión, según las cuales la práctica denominada de “buques de lucha”, como se realizó contra G&C, constituía un abuso de posición dominante. Procede, además, destacar que en el presente asunto no se trata en modo alguno de una nueva definición de una práctica abusiva.»

79. En el segundo asunto, el asunto Irish Sugar/Comisión, antes citado, se discutía en particular una serie de comportamientos seguidos por esta empresa en el mercado del azúcar destinado a su venta al por menor en Irlanda, donde poseía una cuota de más del 88 %, y considerados abusivos por la Comisión.<sup>37</sup> En particular, la Comisión reprochaba a Irish Sugar haber concedido descuentos especiales, sin justificación económica objetiva, a determinados minoristas establecidos en la región de la frontera entre Irlanda e Irlanda del Norte para hacer frente a la competencia de las importaciones de azúcar procedentes de Irlanda del Norte o de su propio azúcar reimportado en Irlanda. Haciendo referencia a su decisión ECS/Akzo Chemie, consideró que estos descuentos fronterizos selectivos constituían un abuso de posición dominante.<sup>38</sup>

80. Al pasar a apreciar el carácter abusivo de tales descuentos fronterizos, el Tribunal General señaló antes de nada que los precios practicados por Irish Sugar no constituían precios predatorios en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.<sup>39</sup> A continuación, observó que de los documentos obrantes en autos se desprendía que Irish Sugar no sólo había decidido deliberadamente ofrecer de manera selectiva un descuento especial a determinados minoristas, sino que, además, sospechaba el carácter ilícito de tal práctica.<sup>40</sup>

81. Ello indujo al Tribunal General a declarar que esta práctica constituía una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86, párrafo segundo, letra c), del Tratado,<sup>41</sup> al desestimar además el conjunto de las alegaciones formuladas por Irish Sugar para demostrar el carácter lícito de su comportamiento.<sup>42</sup> En particular, el Tribunal General rechazó la alegación de Irish Sugar según la cual esta empresa quería defenderse de la competencia derivada de las importaciones a bajo precio (pero no por debajo del precio de coste) procedentes del mercado británico y de Irlanda del Norte, señalando que, como había admitido Irish Sugar, su capacidad económica para ofrecer descuentos en la región localizada a lo largo de la frontera con Irlanda del Norte requería la estabilidad de sus precios en las demás regiones, lo que equivalía a reconocer que financiaba dichos descuentos por medio de sus ventas en el resto del territorio de Irlanda.

82. El Tribunal General concluyó que, al actuar así, Irish Sugar había impedido el desarrollo del libre juego de la competencia en el mercado pertinente y había falseado sus estructuras, tanto en lo que atañe a sus compradores como a los consumidores, dado que éstos, exceptuando la región situada a lo largo de la frontera con Irlanda del Norte, no habían podido, en efecto, beneficiarse de las reducciones de precios provocadas por las importaciones de azúcar procedente de Irlanda del Norte.<sup>43</sup> En efecto,

37 — Decisión 97/624/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 1997, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CE (IV/34.621, 35.059/F-3; Irish Sugar plc) (DO L 258, p. 1).

38 — Decisión antes citada, considerandos 133 a 135.

39 — Sentencia antes citada, apartado 182.

40 — *Ibidem*, apartado 183.

41 — *Ibidem*.

42 — Apartados 184 a 192 de la sentencia antes citada.

43 — Sentencia antes citada, apartado 188.

según el Tribunal General, para que sea legítima la protección de la posición competitiva de una empresa en posición dominante con las características de Irish Sugar en el momento de los hechos, deberá, cuando menos, estar basada en criterios de eficacia económica y presentar un interés para los consumidores, lo cual no ocurría en el caso de autos.<sup>44</sup>

83. Asimismo, ha de subrayarse que el Tribunal General rechazó la afirmación de Irish Sugar según la cual la Comisión había invocado la eliminación de un competidor como prueba del carácter abusivo de la concesión de los descuentos fronterizos. Tras señalar que tal no era la posición de la Comisión, el Tribunal General añadió en particular que «en la medida en que la concesión de descuentos fronterizos tenía por objeto asegurarse la fidelidad de los compradores expuestos a las ofertas de los competidores, pero sin hacer que todos los clientes de la demandante se beneficiaran del impacto de la competencia sobre los precios de venta de sus productos, la eliminación de un competidor como consecuencia de semejante práctica ilustra *a fortiori* el carácter abusivo de la práctica, a efectos del artículo 86 del Tratado».<sup>45</sup>

84. En el marco del recurso de casación interpuesto contra esta sentencia, Irish Sugar se limitó a rebatir la apreciación del Tribunal General relativa a la existencia de una posición dominante. Por tanto, el Tribunal de Justicia no tuvo que pronunciarse sobre las comprobaciones del juez de primera instancia relativas a los comportamientos abusivos de la empresa.

85. ¿Qué conclusiones pueden extraerse de estos dos asuntos?

86. En primer lugar, como ya he mencionado, estos dos asuntos forman parte de una corriente jurisprudencial en virtud de la cual una reducción selectiva de precios por una empresa dominante ha sido declarada contraria al artículo 82 CE sin que dichos precios hayan sido considerados en relación con los costes de la empresa y de la que se desprende que los precios no habían sido fijados por debajo de la media de los costes totales.

87. En segundo lugar, mientras que en el asunto AKZO/Comisión, antes citado, el Tribunal de Justicia dedujo de los descuentos selectivos de precios a los clientes del principal competidor de Akzo la existencia de un propósito de eliminación por parte de este último, en los asuntos *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión* y *Irish Sugar/Comisión*, antes citados, el juez de la Unión adoptó un modo de proceder diferente. En efecto, consideró que las prácticas litigiosas en materia de precios constituían la ejecución del propósito de eliminar al competidor cuya realidad se dedujo no de la práctica tarifaria selectiva, sino de documentos internos de las empresas dominantes afectadas o de otros documentos obrantes en autos.

88. A este respecto, ha de señalarse que el hecho de que, en estos dos últimos asuntos, las prácticas controvertidas no tuvieran el efecto perseguido, es decir, que no condujeron a la eliminación del competidor, no fue considerado decisivo para descartar la existencia de un abuso de posición dominante. Esta apreciación reviste, por otra parte, un significado particular en la sentencia del Tribunal General en el asunto *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, antes citada, dado que de dicha sentencia se desprende que las cuotas de mercado del principal o único competidor de la empresa dominante habían aumentado durante el período en que se adoptaron las prácticas tarifarias litigiosas.<sup>46</sup>

44 — *Ibidem*, apartado 189.

45 — Sentencia antes citada, apartado 191.

46 — En el apartado 126 de la sentencia del Tribunal General antes citada, este último hace referencia a la afirmación de las recurrentes según la cual la cuota de mercado de C&G había pasado del 2 al 25 % durante el período considerado. Esta afirmación no fue desmentida en el resto de los motivos de la sentencia (véase en particular, a este respecto, el apartado 149 de la citada sentencia).

89. Esta apreciación parece significar que las prácticas tarifarias controvertidas son contrarias a la competencia por objeto y no por efecto. Pues bien, visto fuera de su contexto, también podría entrar en conflicto con la consideración según la cual las empresas dominantes no resultan privadas, en principio, del derecho a practicar una competencia por los precios.<sup>47</sup>

90. La explicación del planteamiento seguido por el juez de la Unión en los asuntos que dieron lugar a las sentencias antes citadas de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, y de 10 de julio, *Irish Sugar/Comisión*, podría residir, a mi juicio, en tres aspectos, de carácter más bien fáctico, comunes a las situaciones que dieron origen a las sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal General.

91. En primer lugar, como ya he señalado, en los dos asuntos antes citados el propósito de la empresa dominante de eliminar a un competidor se dedujo no de la práctica tarifaria selectiva, sino de otras circunstancias. Por lo tanto, la práctica tarifaria selectiva no fue considerada más que como la materialización de ese propósito.

92. A continuación, ha de señalarse que las empresas dominantes afectadas se encontraban en una situación de fuerza económica cercana a la de un monopolio, pues sus respectivas cuotas de mercado se aproximaban, en efecto, al 90 %. Existían, pues, altas barreras a la entrada en el mercado como consecuencia de la existencia de un «superdominio» al cual, por otro lado, se había mostrado sensible el Abogado General Fennelly en sus conclusiones presentadas en los asuntos que dieron lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia *Compagnie maritime belge transports y otros*, antes citada.<sup>48</sup>

93. Por último, las prácticas tarifarias selectivas se integraban en una serie de comportamientos abusivos tarifarios y/o no tarifarios cuyo efecto acumulativo pudo tener también cierto peso.

94. Estas consideraciones me inducen a pensar que los asuntos antes citados, *Irish Sugar/Comisión* y *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, no revisten más que una pertinencia marginal para la respuesta que el Tribunal de Justicia deba dar al órgano jurisdiccional remitente, aunque sólo sea porque en el litigio principal ha quedado acreditado que ni las autoridades de la competencia ni los órganos jurisdiccionales daneses pudieron demostrar la existencia de un propósito de eliminación y que de los documentos obrantes en autos no se desprende en modo alguno que *Post Danmark* se encontrase en una situación de «superdominio». Además, en cuanto atañe en particular al asunto *Irish Sugar/Comisión*, antes citado, en el que la Comisión basó una parte de sus observaciones formuladas en la vista, ha de recordarse que, por una parte, se trataba de una situación en la que la empresa dominante pretendía conservar su clientela ofreciendo descuentos selectivos a distribuidores expuestos a la competencia de otros productores de azúcar y no, como en el litigio principal, atraer a la clientela de su principal o único competidor y, por otro lado, que los descuentos controvertidos estaban dirigidos a limitar la influencia de la política de precios de operadores principalmente activos en un mercado nacional limítrofe sobre la de los operadores activos en otro mercado nacional, práctica que podía y efectivamente fue considerada como constitutiva de un obstáculo a la realización del mercado común.<sup>49</sup>

95. A mi juicio, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha de interpretarse de modo que, cuando no se cumplen las condiciones, relativamente excepcionales, de los asuntos que dieron lugar a las sentencias, antes citadas, de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, y de 10 de julio de 2001, *Irish Sugar/Comisión*, en particular cuando el propósito de

47 — Véase, a este respecto, el punto 57 de las presentes conclusiones.

48 — Conclusiones presentadas el 29 de octubre de 1998, puntos 135 a 137. Más recientemente, el Tribunal de Justicia subrayó también tal característica del poder de mercado de CEWAL en el asunto en que recayó la sentencia *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, antes citada (véase la sentencia *TeliaSonera*, antes citada, apartado 81).

49 — Véase la sentencia del Tribunal General, *Irish Sugar/Comisión*, antes citada, apartado 185.

la empresa dominante de eliminar al competidor o competidores no puede deducirse de circunstancias distintas de las ofertas de precios selectivos, una reducción selectiva de precios debe ser examinada en función de los costes de la empresa dominante, al igual que el criterio utilizado en los apartados 114 y 115 de la sentencia AKZO/Comisión, antes citada.

96. Esta interpretación permite garantizar una lectura coherente de la jurisprudencia. Además, puede dar una mayor seguridad jurídica a las empresas que ocupan una posición dominante cuando recurren a reducciones selectivas de precios. Por otro lado, en la medida en que la empresa dominante conoce sus propios costes y tarifas y no los de sus competidores, la toma en consideración por las autoridades de la competencia y por los órganos jurisdiccionales de la estructura de costes del competidor podría chocar con el principio de seguridad jurídica, puesto que no permitiría a la empresa dominante apreciar la legalidad de su propio comportamiento, con excepción de la existencia de circunstancias particulares.<sup>50</sup>

97. A este respecto, con independencia del sector en el que opere la empresa dominante, considero que una empresa que concede precios diferentes, pero no obstante superiores a la media de sus costes totales, en función de si se dirige a sus clientes tradicionales o a los clientes de su competidor, no podría implicar en principio, a pesar del carácter selectivo y discriminatorio de esta práctica tarifaria, la eliminación de dicho competidor igual de eficaz.

98. En efecto, este último siempre estará, en principio, en condiciones de responder a tal competencia por los precios, puesto que las ventas efectuadas a tales precios cubren la media de los costes variables y de los costes fijos. Así pues, estas ventas serán rentables y, en principio, no cabría concebir que este competidor pudiera ser eliminado del mercado. El resultado podría ser otro si, a pesar de todo, los precios del competidor fueran más elevados que la media de los costes totales de la empresa dominante. No obstante, en este supuesto, se tratará probablemente de un competidor cuya eficacia será inferior a la de la empresa dominante. Su eliminación no constituirá, pues, más que el resultado normal del juego de la competencia por los méritos, juego en el que, a pesar de la responsabilidad particular que les incumbe, también deben participar las empresas dominantes.

99. Ciertamente, el comportamiento de la empresa dominante siempre podrá ser considerado contrario al artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), en cuanto que podría entrañar una desventaja competitiva respecto a determinados clientes de la empresa dominante («secondary-line discrimination»). Con todo, en principio no debería entrañar la eliminación del competidor de esta empresa.

100. Referido a los hechos del asunto principal, la apreciación expuesta en los puntos 96 a 98 *supra* debería conducir, a mi juicio, al órgano jurisdiccional remitente a considerar que los precios ofrecidos por Post Danmark a Spar y Superbest —dos de los tres clientes de FK cuya situación fue mencionada en la petición de decisión prejudicial y en las observaciones de las partes interesadas— no podían dar lugar, en principio, a la eliminación de FK, puesto que ha quedado acreditado, como ya he señalado, que esos precios eran superiores a la media de los costes totales de Post Danmark. Además, el órgano jurisdiccional remitente no ha informado al Tribunal de Justicia acerca de la estructura de costes de FK.

101. Queda por examinar si una empresa dominante, como Post Danmark, puede excluir de forma abusiva a su competidor si practica respecto a un cliente importante de este último una reducción selectiva de precios, cuando estos precios son superiores a la media de los costes incrementales de la empresa dominante, pero inferiores a la media de sus costes totales.

50 — Véase en este sentido la sentencia TeliaSonera, antes citada, apartados 44 y 45.

102. Antes de nada, no creo que el mero hecho de que las ofertas de precios controvertidas se realicen en beneficio de un solo cliente del principal o único competidor pueda conducir a descartar la existencia de un abuso de posición dominante. En efecto, tal cliente puede representar perfectamente un volumen de compras y una cuota de mercado significativos, como, por otro lado, parece ser el caso de Coop en el litigio principal.

103. Además, resultaría tentador extender por analogía el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en los apartados 113 a 115 de la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, como la Comisión por otro lado sugirió en la vista.

104. De ello se seguiría, según este planteamiento, que el hecho de que la empresa dominante ofrezca al cliente de su competidor precios inferiores a la media de sus costes totales aplicando precios superiores a esta media a sus clientes tradicionales le permitiría compensar, cuando menos parcialmente, «las pérdidas» resultantes de las ventas al cliente del competidor con los beneficios obtenidos por las ventas a sus clientes tradicionales, comportamiento que, sin justificación económica, constituiría una práctica de eliminación.

105. En el litigio principal, esta orientación conduciría, con toda probabilidad, al órgano jurisdiccional remitente a declarar la existencia de un abuso de posición dominante de Post Danmark en el mercado nacional de distribución de envíos sin destinatario, en la medida en que, sin que tal afirmación haya sido desvirtuada por el citado órgano jurisdiccional remitente en su remisión prejudicial, las autoridades danesas de la competencia comprobaron que Post Danmark no había demostrado que la oferta selectiva realizada a Coop, uno de los principales clientes de FK, estuviera justificada por economías de escala.

106. Sin que ello afecte necesariamente a la apreciación de una explotación abusiva de posición dominante por Post Danmark, tengo no obstante reservas para proponer la adopción de una línea de razonamiento exactamente calcada de la de los apartados 113 a 115 de la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, como propuso en particular la Comisión en la vista.

107. En efecto, tal línea de razonamiento me parece que, cuando menos, simplifica excesivamente la problemática de los precios selectivos concedidos por una empresa dominante que opera de forma simultánea en un mercado, en parte reservado, en el que está investida de una misión de servicio universal y en un mercado totalmente abierto a la competencia, en el que los imperativos de servicio universal no gravan a ningún operador.

108. En primer lugar, el hecho de que los precios de venta ofrecidos al principal cliente del competidor sean superiores a la media de los costes incrementales de la empresa dominante no debe ser visto, a mi juicio, como una situación en la que las ventas generan «pérdidas», sino más bien una situación caracterizada por ventas que no maximizan los ingresos de dicha empresa. En efecto, estas ventas siguen siendo en principio rentables, puesto que los ingresos que se obtienen de las mismas cubren los costes generados para realizar la actividad específica desarrollada en el mercado abierto a la competencia, a saber, en el caso de autos, la actividad de distribución de envíos sin destinatario.

109. Por tanto, la posibilidad de que la empresa dominante practique tal nivel de precios no depende, a mi juicio, de que se efectúe una compensación entre el precio de las ventas realizadas, en el mercado abierto a la competencia, a sus clientes tradicionales con las que obtiene sus mayores ingresos y el precio de dichas ventas realizadas en el mismo mercado a un cliente principal de su competidor, en virtud de las que no aumenta al máximo tales ingresos. En efecto, para mantener el nivel de precios ofrecido al cliente de su competidor, la empresa dominante no tiene necesidad, en principio, de recurrir a tal compensación.

110. Además, en un mercado en el que no recae ninguna otra obligación sobre los clientes tradicionales de la empresa dominante que son víctimas de la diferencia de trato tarifario, éstos, en principio, están perfectamente en condiciones de encontrar un competidor que pueda ofrecerles servicios equivalentes a un precio inferior al practicado por la empresa dominante.<sup>51</sup>

111. En cambio, y en segundo lugar, en la medida en que los costes incrementales no toman o no toman suficientemente en cuenta los costes fijos comunes a las actividades ejercidas en los dos mercados en los que opera la empresa dominante, en particular los costes fijos de mantenimiento de las capacidades de la red de distribución de la empresa dominante utilizada, como en el asunto principal, tanto para su actividad, en parte reservada, para la cual opera asumiendo obligaciones de servicio universal, como para su actividad de distribución de envíos sin destinatario, esta empresa, aun practicando un precio superior a la media de sus costes incrementales, podría hacer recaer sobre los clientes de la actividad en parte reservada, ejercida el mercado en que desempeña una misión de servicio universal, el coste de las capacidades de la red de distribución movilizadas por la empresa dominante para su actividad de distribución de envíos sin destinatario.

112. En otras palabras, es muy posible que, al tomar como criterio la media de los costes incrementales, la empresa dominante pueda aplicar un precio ligeramente superior a dicha media — evitando así que dicho precio pueda ser considerado automáticamente como predatorio— repercutiendo sobre la actividad, en la parte reservada, en el mercado en que está encargada de una misión de servicio universal la totalidad o una parte de los costes fijos comunes, actividad que, sin embargo, subvenciona el precio ofrecido en el mercado abierto a la competencia. Tal práctica, sea o no selectiva, podría conducir en última instancia a eliminar a los competidores del mercado liberalizado, a saber, en el asunto principal, los que operan en el mercado danés de la distribución de envíos sin destinatario, los cuales, evidentemente, no se benefician del mismo mecanismo de subvención cruzada.<sup>52</sup>

113. Considero, pues, que el hecho de que una empresa dominante como Post Danmark aplique un precio selectivo superior a la media de sus costes incrementales no excluye, a diferencia de cuanto han sugerido, en esencia, Post Danmark y el Gobierno checo en sus observaciones ante el Tribunal de Justicia, que tal nivel de precios pueda entrañar un riesgo de eliminación del competidor de esta empresa, puesto que dicho precio puede ser subvencionado con los ingresos procedentes de la actividad, en parte reservada, de la empresa dominante en el mercado en el que opera asumiendo obligaciones de servicio universal.

114. A este respecto, para comprobar si tal es el caso, me parece que sería necesario identificar el coste de producción aislado (*stand-alone cost*)<sup>53</sup> de los servicios prestados por la empresa dominante en el mercado en el que asume obligaciones de servicio universal y examinar si los ingresos generados por estos servicios superan dicho coste. En caso de respuesta afirmativa, probablemente debería declararse la existencia de una subvención cruzada en beneficio de las ventas realizadas en el mercado abierto a la competencia en las que el precio practicado es inferior a la media de los costes totales. Habida cuenta

51 — En el caso de autos, Post Danmark, en particular, reiteró en la vista que la ruptura prematura de un contrato de distribución de envíos sin destinatario por uno de sus clientes no entrañaba penalidad alguna y estaba supeditada únicamente a un plazo de preaviso de un mes. Esta situación se desmarcaba, pues, con toda claridad de la del asunto en que recayó la sentencia *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, antes citada (apartado 117), en la que el Tribunal de Justicia insistió sobre todo en el hecho de que la empresa dominante ofrecía precios bajos a los clientes de su competidor, mientras que podía seguir reclamando a los usuarios precios superiores por los servicios que no se veían amenazados por esta competencia.

52 — Véase con carácter general, entre otros, 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», *Concurrences*, antes citado, p. 11.

53 — Véanse a este respecto, en particular, los trabajos de Faulhaber, G.R.: «Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises», *American Economic Review*, 1975, n° 5, p. 966 y «Cross-Subsidy Analysis with more than two services», *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, n° 3, p. 441, el cual da la definición siguiente: «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». Véase asimismo Thouvenin, V., antes citado, p. 11.

de la responsabilidad particular de una empresa en posición dominante en cuanto al mantenimiento de la estructura de la competencia en el mercado, el recurso a tales subvenciones cruzadas entrañaría, en última instancia, un riesgo real de eliminación del competidor y legitimaría, pues, en mi opinión, la intervención preventiva de las autoridades de la competencia.

115. En función de la duración del período en el que se haya seguido dicha práctica, tal riesgo podría deducirse, en particular, de la pérdida de cuotas de mercado del competidor.

116. Sin embargo, en el litigio principal, como he señalado en el punto 14 de las presentes conclusiones, parece que las autoridades danesas de la competencia no pudieron comprobar la presencia de subvenciones cruzadas ilícitas en beneficio de las actividades de distribución de envíos sin destinatario de Post Danmark. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente deberá asegurarse de que ello es así.

117. En la presente fase, todavía cabe preguntarse sobre el carácter proporcionado de una oferta de tarifas, como la efectuada por Post Danmark en beneficio de uno de los principales clientes de su único o principal competidor en el mercado de la distribución de envíos sin destinatario. Esta cuestión puede abordarse desde dos perspectivas.

118. Por una parte, cabría preguntarse si, habida cuenta de la responsabilidad especial de la empresa dominante en el mercado, no le correspondía a ésta abstenerse de conceder, de manera selectiva, un precio superior a sus costes incrementales medios aplicando una política tarifaria no discriminatoria a sus clientes tradicionales. Por otra parte, es lícito preguntarse sobre los motivos que pueden inducir a una empresa dominante, como Post Danmark, a modular sus ofertas tarifarias entre los clientes de su competidor.

119. En cuanto al primer aspecto, considero que obligar a una empresa dominante a conceder el mismo trato tarifario a sus clientes tradicionales y a los clientes de su competidor, es decir, en el asunto principal, conceder un precio uniforme que se sitúe por debajo de los costes incrementales medios, podría, ciertamente, evitar que se incurriera en la discriminación denominada secundaria (o *secondary-line discrimination*), que tiene lugar entre los terceros contratantes de dicha empresa, pero no tendría ninguna incidencia positiva en el eventual efecto de eliminación de este comportamiento respecto al competidor de dicha empresa. En efecto, si bien es cierto que es posible que la práctica tarifaria uniforme no pueda mantenerse durante un período tan prolongado como en el contexto de una práctica tarifaria selectiva, en cambio, el nivel de los precios aplicados por la empresa dominante al cliente de que se trata del competidor se mantiene inalterado, con independencia de que dicho precio sea ofrecido de forma selectiva o en el marco de una tarifa uniforme.

120. En cuanto atañe el segundo punto, y en la medida en que los clientes del competidor a los que se han hecho ofertas tarifarias distintas se hallan en situaciones comparables, me cuesta entender los motivos por los que una empresa dominante como Post Danmark modula precisamente estas ofertas de forma que dos de éstas (en particular, las presentadas a Spar y Superbest) cubren los costes totales medios soportados por esta empresa mientras que la otra (es decir, la concedida a Coop) no los cubre, cuando en el primer caso las ofertas realizadas, que no entrañan, como ya he señalado, ningún riesgo de que den lugar a la eliminación del competidor, son siempre inferiores a los precios aplicados por dicho competidor. Así, incluso una oferta tarifaria situada al nivel de la concedida a Spar y a Superbest habría podido ser suficientemente atractiva para un cliente como Coop, puesto que, por lo que parece, seguiría siendo inferior a los precios ofrecidos por FK, sin entrañar, no obstante, los eventuales efectos de eliminación del competidor antes mencionados. Con todo, la materialización de estos efectos de eliminación dependerá principalmente de la posibilidad de que la empresa dominante subvencione los precios aplicados en beneficio de Coop con sus actividades, en parte reservadas, en el sector en el que está encargada de una misión de servicio universal.

121. Para concluir, el planteamiento que acabo de defender, que consiste en dar preferencia al examen de un efecto de la eliminación, cuando menos potencial, más que al de un propósito de eliminación, como en la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, también me parece más adecuado a la vista de las circunstancias del litigio principal. En efecto, a diferencia de la situación que dio lugar a la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, el órgano jurisdiccional remitente no aborda una serie de comportamientos abusivos de una misma empresa, varios de los cuales tienen claramente por objeto eliminar a su competidor, lo cual, a mi juicio, puede explicar que el Tribunal de Justicia, al examinar la práctica tarifaria selectiva de Akzo, pudiera limitarse a inferir de ello la intención de esta empresa de perjudicar a su competidor.

122. Adoptar un planteamiento basado en el propósito de eliminación más que en los efectos de la eliminación tendría como consecuencia considerar que toda práctica tarifaria selectiva constituye un abuso de eliminación, puesto que los precios aplicados por la empresa dominante son inferiores a la media de sus costes totales, a menos que dicha práctica esté económicamente justificada. Pues bien, como acabo de subrayar en las consideraciones que preceden, no me parece que tal presunción esté fundada en los planos económico y jurídico, ni que sea oportuna. A este respecto, tal presunción no puede deducirse automáticamente de una diferencia de trato tarifario entre los clientes tradicionales de la empresa dominante y el cliente o clientes del competidor de esta empresa.

123. Por todos estos motivos, considero que el artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que constituye una explotación abusiva de una posición dominante el comportamiento de una empresa dominante en virtud del cual concede una reducción selectiva de precios, fijada a un nivel superior a los costes incrementales medios pero inferior a los costes totales medios de dicha empresa, al principal cliente de su principal o único competidor en el mercado nacional de la distribución de envíos sin destinatario, plenamente abierto a la competencia, cuando la oferta tarifaria selectiva puede subvencionarse con los ingresos procedentes de la actividad, parcialmente reservada, de la empresa dominante en el mercado de servicios postales en el que opera asumiendo obligaciones de servicio universal, lo cual, en consecuencia, tiene por efecto dar lugar a la eliminación de dicho competidor. A este respecto, al objeto de identificar la existencia de una subvención cruzada ilícita en beneficio de las actividades de distribución de envíos sin destinatario de la empresa dominante, procede examinar si los ingresos generados por los servicios prestados por esta empresa en el mercado de los servicios postales en el que asume obligaciones de servicio universal superan el coste de la producción aislada de estos servicios. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si tal es el caso en el litigio principal.

### III. Conclusión

124. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda del modo siguiente a las cuestiones planteadas por el Højesteret:

«El artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que constituye una explotación abusiva de una posición dominante el comportamiento de una empresa dominante en virtud del cual concede una reducción selectiva de precios, fijada a un nivel superior a los costes incrementales medios pero inferior a los costes totales medios de dicha empresa, al principal cliente de su principal o único competidor en el mercado nacional de la distribución de envíos sin destinatario, plenamente abierto a la competencia, cuando la oferta tarifaria selectiva puede subvencionarse con los ingresos procedentes de la actividad, parcialmente reservada, de la empresa dominante en el mercado de servicios postales en el que opera asumiendo obligaciones de servicio universal, lo cual, en consecuencia, tiene por efecto dar lugar a la eliminación de dicho competidor.

A este respecto, al objeto de identificar la existencia de una subvención cruzada ilícita en beneficio de las actividades de distribución de envíos sin destinatario de la empresa dominante, procede examinar si los ingresos generados por los servicios prestados por esta empresa en el mercado de los servicios postales en el que asume obligaciones de servicio universal superan el coste de la producción aislada de estos servicios.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si tal es el caso en el litigio principal.»