Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY
JULIANE KOKOTT
ze dne 21. května 2015 [1]

Věc C-23/14

Post Danmark A/S
Proti
Konkurrencerådet

(žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná dánským Sø- og Handelsret)

„Hospodářská soutěž — Zneužívání dominantního postavení na trhu (článek 82 ES) — Poštovní služby — Dánský trh distribuce hromadných zásilek — Adresné reklamní zásilky — Monopolní postavení bývalého státního poštovního podniku na významné části trhu — Systém slev — Vylučující účinek — Neexistence prahu citlivosti nebo prahové hodnoty de miminis — Kritérium stejně výkonného soutěžitele (‚As-efficient-competitor'-Test)"

I – Úvod

1. Toto řízení o rozhodnutí o předběžné otázce je novou příležitostí pro Soudní dvůr, aby s ohledem na článek 82 ES, nynější článek 102 SFEU, upřesnil svou judikaturu týkající se zneužívající povahy systémů slev podniků v dominantním postavení, jejíž počátky sahají více než 40 let do minulosti [2].

2. Tato věc se týká otázky, zda dánský podnik Post Danmark A/S v letech 2007 a 2008 zneužil svého dominantního postavení na trhu distribuce hromadných zásilek příjemcům v Dánsku. V zásadě jde přitom o to, zda se Post Danmark dopustila zneužívajícího chování vylučujícího ostatní soutěžitele tím, že na distribuci adresných reklamních zásilek poskytovala slevu ve výši až 16 %, pokud její zákazníci během referenčního období jednoho roku dosáhli určité standardizované prahové hodnoty objemu či obratu. Příslušná sleva byla přitom poskytována zpětně, tj. vztahovala se na veškeré adresné reklamní zásilky distribuované dotčeným zákazníkům za celé referenční období.

3. Soudní dvůr bude muset v tomto případě zejména objasnit, zda pro účely posouzení protisoutěžní povahy systémů slev ve smyslu článku 82 ES existuje právní povinnost provést analýzu cen a nákladů, v jejímž rámci budou porovnány obchodní praktiky podniku v dominantním postavení s praktikami stejně výkonného soutěžitele (tzv. „As-efficient-competitor"-test, dále také „AEC-test"). Kromě toho vyvstává otázka, zda vylučující účinek plynoucí ze systému slev uplatňovaného podnikem v dominantním postavení musí překročit určitým způsobem stanovený práh citlivosti (prahovou hodnotu *de miminis*), aby byl klasifikován jako protisoutěžní.

1 — Původní jazyk: němčina.

2 — Viz zejména rozsudky Suiker Unie a další v. Komise (40/73 až 48/73, 50/73, 54/73 až 56/73, 111/73, 113/73 a 114/73, EU:C:1975:174), Hoffmann-La Roche v. Komise (85/76, EU:C:1979:36), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313), British Airways v. Komise (C-95/04 P, EU:C:2007:166), Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221) a Michelin v. Komise (T-203/01, EU:T:2003:250).

4. V době, kdy se v evropském právu hospodářské soutěže stále častěji objevuje požadavek po více hospodářsky orientovaném přístupu („more economic approach“), nabývají tyto otázky obzvláštní důležitosti. V odpovědi na tyto otázky, která může mít účinek sahající daleko nad rámec projednávané věci [3], by se Soudní dvůr podle mého názoru neměl příliš nechat ovlivnit duchem současné doby či módními trendy, ale měl by se spíše vrátit k právním základům, na nichž je v unijním právu založen zákaz zneužívání dominantního postavení.

II – **Právní rámec**

5. Unijní právní rámec tohoto případu je vymezen článkem 82 ES (nyní článek 102 SFEU). Dánské právo obsahuje v § 11 Konkurrencelov [4] vnitrostátní ustanovení, které – nakolik je to v této souvislosti relevantní – odpovídá článku 82 ES a je podle přípravných prací k tomuto zákonu nutno vykládat ho v souladu s článkem 82 ES.

III – **Skutkový stav a původní řízení**

6. Základem původního řízení je právní spor mezi Post Danmark a dánským orgánem pro hospodářskou soutěž, Konkurrenceråd [5]. Konkurrenceråd rozhodnutím ze dne 24. června 2009 konstatoval, že Post Danmark v letech 2007 a 2008 zneužívala prostřednictvím systému slev pro adresné reklamní zásilky svého dominantního postavení na dánském trhu s hromadnými zásilkami, čímž porušila článek 82 ES, jakož i § 11 Konkurrencelov. Konkurrenceråd tudíž tomto podniku zakázal další uplatňování systému slev.

7. V období, které je předmětem sporu, byli vlastníky podílů v Post Danmark jak dánský stát, tak soukromí investoři. Tento podnik podléhal zákonem upravené povinnosti poskytovat univerzální službu týkající se určitých zásilek, k nimž patřily také adresné reklamní zásilky, a byl povinen uplatňovat na celém dánském státním území jednotné sazby. Post Danmark naproti tomu měla zákonný monopol na veškeré listovní zásilky o hmotnosti do 50g. Na přibližně 70 % trhu s hromadnými zásilkami se tak vztahoval monopol Post Danmark.

8. Dánský trh s hromadnými zásilkami je předkládajícím soudem považován za věcně a místně relevantní trh. Na tomto trhu disponovala Post Danmark v předmětném období přibližně 95 % tržním podílem. Adresné reklamní zásilky, tj. zásilky, které jsou současně rozesílány velkému počtu příjemců, tvoří segment tohoto trhu s hromadnými zásilkami, jehož rozsah činil v roce 2007 asi 12 % celkového trhu a v roce 2008 asi 7 % celkového trhu. Podíl adresných reklamních zásilek, na něž se nevztahoval monopol Post Danmark, činil v roce 2007 asi 15 % a v roce 2008 asi 9 % trhu hromadných zásilek.

9. Společnost Bring Citymail Danmark A/S, která je dceřinou společností norského státního podniku Posten Norge AS, se v roce 2007 stala konkurentkou Post Danmark v oblasti doručování obchodních zásilek včetně adresných reklamních zásilek v Kodani a okolí a v relevantním období byla jediným vážným konkurentem Post Danmark na dánském trhu hromadných zásilek. Na počátku roku 2010 společnost Bring Citymail z důvodu velkých ztrát přestala působit na dánském trhu. Mezi účastníky řízení je sporné, zda bylo toto ukončení působení způsobeno systémem slev, který v předmětné době uplatňovala Post Danmark v oblasti adresných reklamních zásilek.

3 — Také v projednávaném řízení o kasačním opravném prostředku ve věci Intel v. Komise (C-413/14 P) má nezanedbatelný význam mimo jiné otázka právní nutnosti AEC-testu ve vztahu k systému slev.

4 — Zákon o hospodářské soutěži.

5 — Rada pro hospodářskou soutěž.

10. Uvedený systém slev byl ze strany Post Danmark uplatňován od roku 2003. Slevy, které činily 6 až 16 % běžného poštovného [6], byly standardizovány a byly všem zákazníkům nabízeny za stejných, všeobecně dostupných podmínek. Vztahovaly se vždy na období jednoho roku. Pro přiznání slevy byly zohledněny všechny zásilky, které byly Post Danmark během referenčního období jednoho roku zadány k zaslání, a to počínaje objemem činícím vždy alespoň 3 000 jednotlivých kusů zásilek. V rámci systému slev přitom nebyl činěn žádný rozdíl v tom, zda se na zásilky vztahuje monopol Post Danmark nebo zda v dané oblasti působí některý konkurent.

11. Podmínkou pro dosažení první prahové hodnoty pro přiznání slevy, s níž byla spojena sleva ve výši 6 %, bylo, aby zákazník během referenčního roku zadal doručení alespoň 30 000 jednotlivých kusů zásilek, resp. aby hrubé poštovné u jím zadaných zásilek dosahovalo nejméně 300 000 DKK. Systém uplatňovaný Post Danmark tvořilo osm dalších úrovní slev [7]. V případě prvních sedmi úrovní slev činilo zvýšení slevy z ceny vždy jeden procentní bod za každou úroveň, v případě posledních dvou úrovní se tato sleva zvyšovala vždy o dva procentní body až do výše maximální sazby slevy ve výši 16 %. Odstupňování přiznaných slev mělo dopad zejména na středně velké zákazníky, zatímco velcí zákazníci dosahovali vzhledem k objemu jimi zadaných zakázek pravidelně nejvyšší úrovně slevy

12. V praxi vypadalo uplatňování systému slev tak, že cena pro konkrétního zákazníka byla stanovena předběžně na začátku každého referenčního roku, a to na základě objemu, který měl tento zákazník během předmětného roku poptávat. Na konci referenčního roku pak byla – retroaktivně – provedena úprava všech cen na základě objemu zásilek, jež byly pro tohoto zákazníka v průběhu předmětného roku odeslány. To mohlo vést až k povinnosti zákazníka vrátit získanou slevu Post Danmark, pokud skutečný objem zakázek nedosáhl předpokládaného objemu, tedy pokud byla na počátku roku předem vypočítána a přiznána příliš vysoká sleva.

13. Konkurrenceråd spatřoval v uplatňování popsaného systému slev zneužití dominantního postavení na trhu. Způsobem přiznávání slev byli podle něj zákazníci nuceni zadávat zásilky u Post Danmark a trh s hromadnými zásilkami tak byl uzavřen na úkor stávajících a potenciálních soutěžitelů, ač tomu neodpovídala lepší výkonnost ve prospěch spotřebitele, jež by mohla vyvážit omezující dopady na hospodářskou soutěž.

14. Konkurrenceråd v rámci posouzení upustil od provedení analýzy cen a nákladů prostřednictvím AEC-testu. Tento test není údajně vhodným kritériem hodnocení, neboť na dánském poštovním trhu nemůže vzhledem ke zvláštním okolnostem působit stejně výkonný soutěžitel. Tento orgán pro hospodářskou soutěž se pro odůvodnění předpokladu existence zneužívajícího jednání opřel spíše o specifické postavení Post Danmark na relevantním trhu, které z tohoto podniku učinilo nevyhnutelného obchodního partnera. Konkurrenceråd kromě toho poukázal na existenci překážek pro vstup na trh a na konkrétní podobu systému slev, zejména na jeho retroaktivní povahu ve vztahu k referenčnímu období v délce jednoho roku, na rozsah slevy dosahující až 16 % a na prozkoumání skutečného postavení zákazníků v rámci odstupňování slev.

15. Rozhodnutím ze dne 10. května 2010 potvrdil Konkurrenceankenævn [8] rozhodnutí Konkurrenceråd. Post Danmark podala dne 1. července 2010 proti tomuto rozhodnutí žalobu k dánskému Sø- og Handelsret [9], předkládajícímu soudu. Společnost Bring Citymail Danmark vstoupila do původního řízení jako vedlejší účastnice na straně Konkurrenceråd.

6 — Podle údajů Post Danmark činil přiznávaný rabat v průměru 10,6 %.

7 — Dalšími prahovými hodnotami bylo 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 a 2 000 000 zásilek resp. hrubé poštovné alespoň 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 a 20 000 000 DKK.

8 — Odvolací soud pro hospodářskou soutěž.

9 — Námořní a obchodní soud.

IV – **Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce a řízení před Soudním dvorem**

16. Rozhodnutím ze dne 8. ledna 2014, doručeným dne 16. ledna 2014, položil Sø- og Handelsret Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

1) Jaká kritéria je třeba použít při rozhodování, zda použití systému slev se standardizovanou prahovou hodnotou objemu, který má vlastnosti uvedené v předkládacím usnesení, představuje zneužití dominantního postavení v rozporu s článkem 82 ES?

   Soudní dvůr je žádán, aby v odpovědi objasnil, jakou relevantnost má pro posouzení skutečnost, že prahové hodnoty systému slev jsou stanoveny tak, že se systém slev uplatní na většinu zákazníků na trhu.

   Soudní dvůr je dále žádán, aby v odpovědi objasnil, jak relevantní – pokud vůbec – jsou podle článku 82 ES ceny a náklady dominantního podniku pro posouzení takového systému slev (relevantnost kritéria „stejně výkonného soutěžitele“).

   Zároveň je Soudní dvůr žádán, aby objasnil, jakou relevantnost mají v této souvislosti vlastnosti trhu, včetně toho, zda vlastnosti trhu mohou odůvodnit uzavření trhu prokázané jiným zkoumáním a analýzami, než je kritérium stejně výkonného soutěžitele (v tomto ohledu viz bod 24 pokynů Komise k použití článku 82 ES).

2) Jak pravděpodobný a závažný musí být protisoutěžní účinek systému slev, který má vlastnosti uvedené v předkládacím usnesení, aby se použil článek 82 ES?

3) S ohledem na odpovědi na otázky 1 a 2: Jaké zvláštní okolnosti musí vnitrostátní soud vzít v úvahu při posouzení, zda systém slev za takových okolností, jako jsou okolnosti popsané v předkládacím usnesení (vlastnosti trhu a systému slev), má nebo může mít v konkrétním případě takový účinek uzavření trhu, že představuje zneužití uvedené v článku 82 ES?

   Je v této souvislosti požadováno, aby byl účinek uzavření trhu významný?

17. V rámci řízení o rozhodnutí o předběžné otázce vedeného před Soudním dvorem předložily kromě Post Danmark a společnosti Bring Citymail písemná vyjádření Dánské království, Spolková republika Německo, Evropská komise a Kontrolní úřad ESVO. S výjimkou Německa se titíž vedlejší účastníci zúčastnili jednání konaného dne 26. března 2015.

V – **Posouzení**

18. Podstatou obsáhlého seznamu otázek předloženého Sø- og Handelsret je, jaká kritéria je v rámci článku 82 ES nutno použít za účelem posouzení systémů slev uplatňovaných podniky v dominantním postavení. Předkládající soud žádá zejména o informaci o tom, zda je provedení AEC-testu právně nezbytné pro konstatování zneužití dominantního postavení a zda se při posuzování vylučujícího účinku, k němuž případně systém slev může vést, uplatní práh citlivosti (prahová hodnota *de miminis*).

19. Tyto otázky vyvstávají na pozadí systému slev uplatňovaného Post Danmark, který vykazoval mimo jiné následující znaky:

— Systém slev byl založen na standardizovaných a všeobecně uplatnitelných podmínkách, obsahoval devět úrovní slevy od 6 % do 16 %, vztahoval se na referenční období jednoho roku a měl retroaktivní povahu.

— Tento systém slev byl uplatňován na trhu, kde měla Post Danmark podíl ve výši 95 % a kde se na více než 70 % distribuovaných zásilek vztahoval zákonný monopol tohoto podniku; existovaly vysoké překážky pro přístup na trh, Post Danmark měla strukturální výhodu a ve společnosti Bring Citymail měla konkurenci jen na geograficky vymezené části trhu a dočasně, přičemž se jednalo o výrazně menšího konkurenta.

20. V rámci odpovědi na žádost o rozhodnutí o předběžné otázce je nutno vycházet ze zákazu zneužití dominantního postavení v jeho znění před vstupem v platnost Lisabonské smlouvy, neboť předmětem původního řízení je uplatňování systému slev v letech 2007 a 2008, a také sporné rozhodnutí dánského orgánu pro hospodářskou soutěž bylo vydáno ještě v červnu 2009. Následující úvahy týkající se článku 82 ES lze však samozřejmě bez problémů přenést na stejně znějící článek 102 SFEU.

21. Vzhledem k tomu, že se jednotlivé předběžné otázky do značné míry překrývají, je vhodné na ně odpovědět ve změněném pořadí a přitom se postupně zabývat právními problémy nastíněnými v předkládacím usnesení.

A – *Kritéria pro posouzení systémů slev uplatňovaných podniky v dominantním postavení*

1. Obecně (první část první otázky)

22. První částí první otázky se předkládající soud zaměřuje na obecné právní požadavky, jež na základě článku 82 ES platí pro posuzování systémů slev uplatňovaných podniky v dominantním postavení.

23. Při povrchním posouzení může překvapit, že slevy podniků v dominantním postavení, jež představují cenové zvýhodnění pro jejich zákazníky, lze podle článku 82 ES označit jako zneužívající.

24. Je však nutno uvážit, že hospodářská soutěž na relevantním trhu je právě přítomností podniku v dominantním postavení oslabena [10]. Proto tento podnik nese – nezávisle na příčinách jeho dominantního postavení – zvláštní odpovědnost za to, že svým jednáním nebude zasahovat do účinné a nenarušené hospodářské soutěže na společném trhu [11].

25. Podnik v dominantním postavení na trhu proto podléhá v rozsahu působnosti článku 82 ES určitým omezením, která v této formě pro jiné podniky neplatí. Praxe, kterou by za běžných podmínek hospodářské soutěže nebylo nutno vytýkat, může být zneužívající, je-li uplatňována podnikem v dominantním postavení [12]. Zejména nemůže být veškerá hospodářská soutěž, k níž se podnik v dominantním postavení uchýlí, považována za legitimní [13].

26. Jak správně poznamenává Komise, mohou se za slevy přiznávanými subjekty v dominantním postavení někdy skrývat protisoutěžní postupy, které jsou zvlášť výhodnou nabídkou pouze na první pohled a při bližším zkoumání mají se skutečně nízkými cenami jen málo společného a mohou výrazně poškozovat hospodářskou soutěž.

10 — Rozsudky Hoffmann-La Roche v. Komise (85/76, EU:C:1979:36, bod 91), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313, bod 70) a Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, bod 17).

11 — Rozsudek Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313, bod 57); ve stejném smyslu rozsudky France Télécom v. Komise (C-202/07 P, EU:C:2009:214, bod 105), Deutsche Telekom v. Komise (C-280/08 P, EU:C:2010:603, bod 176) a TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, bod 24).

12 — Rozsudek Compagnie maritime belge transports a další v. Komise (C-395/96 P a C-396/96 P, EU:C:2000:132, bod 131).

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

27. Pro systémy slev uplatňované podniky v dominantním postavení na jednu stranu neplatí automaticky žádná obecná domněnka zneužití, jejíž vyvrácení by příslušelo těmto podnikům. Na druhou stranu je však v případě těchto slev vymezení legitimní hospodářské soutěže na základě výkonnosti na jedné straně a protisoutěžního jednání na straně druhé choulostivou otázkou, která vyžaduje pečlivé prozkoumání.

28. V judikatuře [14] se uznává, že v případě čistě množstevních slev, které jsou spojeny výlučně s objemem uskutečněných nákupů, nelze obvykle usuzovat na protisoutěžní účinky, takže tyto slevy nejsou zneužívající, i když jsou přiznávány podniky v dominantním postavení. Pokud se totiž zvýšení poskytnutého množství odrazí v nižší ceně pro poskytovatele, je poskytovatel oprávněn převést toto snížení na zákazníka prostřednictvím výhodnější ceny. Zneužívající ve smyslu článku 82 ES jsou naproti tomu zpravidla věrnostní či cílené slevy, jimiž se podniky v dominantním postavení snaží podpořit věrnost svých stávajících zákazníků a přilákat zákazníky svých soutěžitelů.

29. Nakonec však podle článku 82 ES není pro posouzení systému slev uplatňovaného podnikem v dominantním postavení rozhodné, zda tento systém lze přiřadit k jedné z původních kategorií – zejména k množstevním či věrnostním slevám. Rozhodné je spíše to, zda slevy poskytováním výhody, která není založena na žádném hospodářském plnění, které by ji odůvodnilo, nesměřují k tomu, aby byla kupujícímu odebrána nebo omezena možnost vybrat si zdroje zásobování, aby bylo zabráněno přístupu soutěžitelů na trh, nebo k tomu, aby bylo posíleno dominantní postavení narušenou hospodářskou soutěží [15]. Stručně řečeno jde také o to, zda podnik v dominantním postavení nepřiznává slevy, které mohou na relevantním trhu vést k *vylučujícímu účinku* a nejsou hospodářsky odůvodněné – zejména v nich nedochází k přenesení úspory nákladů na zákazníky [16]. Kromě toho ustanovení čl. 82 odst. 2 písm. c) ES zakazuje podniku v dominantním postavení také přiznávání diskriminačních slev, jimiž jsou vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy uplatňovány rozdílné podmínky [17].

30. Pro diskriminační povahu systému slev uplatňovaného Post Danmark neexistují v projednávané věci vzhledem k jeho standardizovaným a všeobecně uplatňovaným podmínkám žádné indicie. Vnitrostátní orgány, jež se sporem v původním řízení zabývaly, proto správně ihned zaměřily svou pozornost na otázku, zda v případě systému slev uplatňovaného Post Danmark nelze usuzovat na existenci hospodářsky neodůvodněného vylučujícího účinku.

31. Otázku, zda slevy přiznávané podnikem v dominantním postavení mohou vést k takovému vylučujícímu účinku, je nutno posoudit na základě celkového vyhodnocení veškerých relevantních okolností jednotlivého případu [18] (viz také mé úvahy v bodech 2 a 3).

32. Přitom samozřejmě nelze považovat přání podniku v dominantním postavení, dosáhnout zvýšení obratu, ani jeho úsilí o lepší plánování obchodů za hospodářské ospravedlnění pro přiznávání slev, pokud tyto slevy mohou vést k vylučujícímu účinku [19].

14 — Rozsudky Suiker Unie a další v. Komise (40/73 až 48/73, 50/73, 54/73 až 56/73, 111/73, 113/73 a 114/73, EU:C:1975:174, bod 518), Hoffmann-La Roche v. Komise (85/76, EU:C:1979:36, body 89 a 90), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313, bod 71), Portugalsko v. Komise (C-163/99, EU:C:2001:189, bod 50), Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, bod 70) a Michelin v. Komise (T-203/01, EU:T:2003:250, body 56 až 59).

15 — Rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313, bod 73), British Airways v. Komise (C-95/04 P, EU:C:2007:166, bod 67), Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, bod 71) a Michelin v. Komise (T-203/01, EU:T:2003:250, bod 60).

16 — Rozsudek British Airways v. Komise (C-95/04 P, EU:C:2007:166, body 68 a 69).

17 — Rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313, bod 73), British Airways v. Komise (C-95/04 P, EU:C:2007:166, bod 67), Portugalsko v. Komise (C-163/99, EU:C:2001:189, bod 50) a Michelin v. Komise (T-203/01, EU:T:2003:250, bod 60).

18 — Rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313, bod 73), British Airways v. Komise (C-95/04 P, EU:C:2007:166, bod 67), Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, body 18 a 71) a Michelin v. Komise (T-203/01, EU:T:2003:250, bod 60).

19 — Rozsudek Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313, bod 85).

2. Okolnosti, jež je nutno vzít v úvahu při posuzování systémů slev (první část třetí otázky a poslední část první otázky)

33. Otázka, jaké okolnosti je nutno vzít na základě článku 82 ES konkrétně v úvahu při posuzování případného vylučujícího účinku způsobeného systémy slev podniků v dominantním postavení, je předmětem první části třetí předběžné otázky a poslední části první předběžné otázky.

34. Obecně platný taxativní výčet veškerých okolností, které je nutno vzít v úvahu v rámci článku 82 ES, samozřejmě není možný, neboť každý trh a každý systém slev může vykazovat zvláštnosti. Předkládajícímu soudu nicméně lze na základě skutkového stavu popsaného v předkládacím usnesení poskytnout účelné rady, jež mu patrně usnadní přijímání rozhodnutí.

35. Podle ustálené judikatury záleží při posuzování systému slev z hlediska článku 82 ES zejména na kritériích a podmínkách poskytování slev [20] [k tomu viz níže pod písmenem a)]. Jak však lze odvodit z výrazu „zejména“, který Soudní dvůr používá, mohou hrát roli i další faktory, zejména soutěžní podmínky převládající na relevantním trhu a – s nimi úzce spojená – postavení dominantního podniku na tomto trhu [viz níže pod písmenem b)].

a) Kritéria a podmínky poskytování slev

36. Pokud jde nejprve o kritéria a podmínky poskytování slev, nasvědčuje zneužívající povaze systému slev, pokud tento systém – jako je tomu v případě systému slev uplatňovaného Post Danmark, který je předmětem projednávaného sporu – nemá čistě přírůstkový účinek, takže dosažení každé další prahové hodnoty slevy vede nejen k poklesu ceny u veškerých dalších zakázek, nýbrž také k retroaktivním účinkům, a tím k dodatečnému zlevnění veškerých zakázek, které již byly v referenčním období zadány [21].

37. I relativně mírné změny – ať již jde o zvýšení, či snížení – výše obratu v souvislosti s produkty podniku v dominantním postavení mají nepřiměřené účinky pro smluvní partnery [22]. Takový systém slev pak zpravidla vytváří účinek podpory věrnosti, který lze označit také jako odsávající účinek. Tento účinek usnadňuje podniku v dominantním postavení podpořit věrnost vlastních zákazníků a přilákat zákazníky svých soutěžitelů, a tím nakonec odsát ve svůj prospěch část poptávky otevřenou hospodářské soutěži [23].

38. Tento odsávající účinek je přirozeně tím větší, čím vyšší jsou přiznávané slevy a čím delší je referenční období, na něž se slevy při dosahování každé nové prahové hodnoty vztahují. Jsou-li – jako v projednávané věci – přiznávány poměrně vysoké slevy 6 % až 16 %, a to retroaktivně za relativně dlouhé referenční období jednoho roku [24], svědčí to o výrazném odsávajícím účinku. Tento odsávající účinek je v projednávané věci ještě posílen tím, že slevy byly poskytovány bez rozdílu jak pro oblast sporné části poptávky, tak pro oblast nesporné části poptávky, tedy zejména pro zásilky o hmotnosti do 50 g, jež spadají pod zákonný monopol Post Danmark.

20 — Urteile Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission (322/81, EU:C:1983:313, Rn. 73), British Airways/Kommission (C-95/04 P, EU:C:2007:166, Rn. 67), Tomra Systems u. a./Kommission (C-549/10 P, EU:C:2012:221, Rn. 71) und Michelin/Kommission (T-203/01, EU:T:2003:250, Rn. 60).

21 — V tomto smyslu viz rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313, bod 81), British Airways v. Komise (C-95/04 P, EU:C:2007:166, bod 73) a Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, zejména bod 75).

22 — Rozsudek British Airways v. Komise (C-95/04 P, EU:C:2007:166, bod 73).

23 — Rozsudek Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, bod 79).

24 — K délce referenčního období viz např. rozsudek Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313, bod 81).

39. Pokud lze podniku v dominantním postavení navíc prokázat i úmysl vyloučit konkurenta, jedná se o další závažnou indicii pro zneužívající povahu jím uplatňovaného systému slev [25]. Takový úmysl či strategie pro vyloučení soutěžitele ovšem není nezbytným předpokladem pro konstatování porušení článku 82 ES, neboť zneužití dominantního postavení na trhu je objektivní pojem [26]. Samotná okolnost, že Post Danmark v projednávané věci ujišťuje, že nejednala v úmyslu vyloučit soutěžitele, tedy tento podnik nechrání před konstatováním, že se jednalo o zneužití ve smyslu článku 82 ES.

40. Pokud se jedná o diskriminaci mezi obchodními partnery ve smyslu čl. 82 odst. 2 písm. c) ES, pak je na jednu stranu zneužívající povaha slev přiznávaných podnikem v dominantním postavení zvlášť zřejmá. Zneužívající ve smyslu článku 82 ES může však systém slev být také tehdy, pokud i bez diskriminačních prvků vede k protisoutěžnímu vylučujícímu účinku na trhu [27]. Kontrolní úřad ESVO v této souvislosti správně zdůraznil, že spíše než na rozlišování mezi individualizovanými a standardizovanými slevami záleží na přezkumu konkrétní způsobilosti příslušného systému slev vyvolat vylučující účinky na trhu.

41. Účtování „záporných“ cen – tzn. cen nižších, než jsou ceny výrobní – zákazníkům nakonec *nepředstavuje* předpoklad konstatování zneužívající povahy systému retroaktivních slev nabízených podnikem v dominantním postavení [28]. Podnik v dominantním postavení totiž může díky svému výrazně vyššímu obratu navzdory přiznání značných slev zpravidla pokrýt své náklady. Svými slevami tak může vyvolat vylučující účinek, aniž by se musel nezbytně dostat do ztráty.

b) Soutěžní podmínky převládající na relevantním trhu a postavení dominantního podniku na tomto trhu

42. Pokud jde o převládající soutěžní podmínky a postavení dominantního podniku na relevantním trhu, bude případný protisoutěžní vylučující účinek systému slev tím pravděpodobnější a významnější, čím silnější je postavení dominantního podniku na relevantním trhu a čím slabší je postavení jeho stávajících či potenciálních konkurentů. Je přitom nutno zohlednit nejen tržní podíly podniku v dominantním postavení a jeho konkurentů, ale také původ dominantního postavení a případný zákonný monopol, který má podnik v dominantním postavení na celém trhu nebo jeho části [29].

43. Podle konstatování v předkládacím usnesení disponoval v projednávané věci Post Danmark jakožto historický státní poštovní podnik na dánském trhu drtivým tržním podílem ve výši 95 %, kdežto na společnost Bring Citymail připadalo pouze přibližně 5 %.

44. Tak velký rozdíl mezi tržním podílem podniku v dominantním postavení a konkurenčního podniku může posílit vylučující účinky, neboť za takových podmínek je pro soutěžitele podniku v dominantním postavení zvlášť obtížné nabídnout lepší podmínky, než jsou slevy poskytované tímto podnikem v dominantním postavení, které se orientují podle celkového objemu obratu [30].

45. Kromě toho se na 70 % tohoto trhu vztahoval zákonný monopol Post Danmark – tedy monopol na zásilky o hmotnosti do 50 g – a proto byla již předem vyloučena z hospodářské soutěže. Společnost Bring Citymail, která byla jediným vážným konkurentem Post Danmark, působila pouze na části území trhu, konkrétně v oblasti Kodaně, zatímco Post Danmark disponuje výkonnou celostátní distribuční sítí.

25 — V tomto smyslu viz rozsudek Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, body 20 a 21).

26 — Rozsudky Hoffmann-La Roche v. Komise (85/76, EU:C:1979:36, bod 91), AKZO v. Komise (C-62/86, EU:C:1991:286, bod 69), TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, bod 27) a Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, body 17 a 23).

27 — Rozsudek Michelin v. Komise (T-203/01, EU:T:2003:250, bod 65).

28 — Rozsudek Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, bod 73).

29 — V tomto smyslu viz rozsudek Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, bod 23 na konci).

30 — Rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313, bod 82) a British Airways v. Komise (C-95/04 P, EU:C:2007:166, bod 75) a mé stanovisko v posledně uvedené věci (EU:C:2006:133, bod 52).

46. Všechny tyto skutečnosti nasvědčují tomu, že Post Danmark byla vzhledem ke svému specifickému postavení na trhu nevyhnutelným obchodním partnerem a její slevy měly značný vylučující potenciál [31]. Tento dojem je ještě silnější, když se dále zaměříme na některé strukturální prvky, jimiž se vyznačuje relevantní trh.

47. Jak již bylo zmíněno, je pro takový trh, jako je dánský trh s hromadnými zásilkami, charakteristické poskytování síťových služeb. K tomu, aby poskytovatel mohl na takovém trhu účinně hospodařit a poskytovat služby, jež zákazníci očekávají, potřebuje co možná nejvýkonnější distribuční síť. Druhou stranou mince, jak je rovněž konstatováno v předkládacím usnesení, je, že se takový trh z hospodářského hlediska vyznačuje vysokými úsporami z rozsahu a značnými překážkami pro vstup na trh, které konkurentům podniku v dominantním postavení ztěžují možnost etablovat se na trhu a konkurovat tomuto podniku pokud jde o spornou část poptávky.

48. Kromě toho může hrát při posuzování případných vylučujících účinků systémů slev uplatňovaných podniky v dominantním postavení roli i to, do jaké míry jsou zákazníci na relevantním trhu ochotni akceptovat změnu a jakou část svých potřeb mohou vůbec u konkurentů subjektu v dominantním postavení uspokojit bez ztráty slevy.

49. K tomu bylo v původním řízení konstatováno, že pro dotčené zákazníky připadal u dvou třetin zásilek podléhajících hospodářské soutěži přechod od Post Danmark k jinému poskytovateli poštovních služeb v úvahu pouze za předpokladu, že utrpí ztrátu na slevách. To nasvědčuje velkému vylučujícímu potenciálu systému slev uplatňovanému Post Danmark.

50. Celkově vzato jsou tedy v projednávané věci vzhledem k podmínkám hospodářské soutěže na relevantním trhu a k postavení dominantního podniku na tomto trhu patrné výrazné okolnosti nasvědčující tomu, že systém slev, jaký uplatňovala Post Danmark, mohl vést ke značným vylučujícím účinkům.

3. K rozsahu systému slev (druhá část první otázky)

51. Druhá část první předběžné otázky se zabývá rozsahem takového systému slev, jaký uplatňovala Post Danmark. Předkládající soud nastoluje otázku, jaký význam má pro právní posouzení podle článku 82 ES skutečnost, že systém slev nebyl vzhledem ke standardizaci jednotlivých úrovní slev (v předkládacím usnesení označených jako „prahová hodnota objemu“) uzpůsoben jednotlivým zákazníkům, nýbrž byl uplatňován vůči většině zákazníků na trhu.

52. Jak již Soudní dvůr konstatoval dříve, je počet smluv, na něž se slevy přiznané podnikem v dominantním postavení vztahují – a tím v konečném důsledku počet dotčených zákazníků –, pro právní posouzení těchto slev podle článku 82 ES irelevantní [32].

53. Sama okolnost, že systémem slev bylo dotčeno mnoho nebo dokonce většina zákazníků na trhu, a že tento systém tak má značný rozsah, nevypovídá ještě nic o jeho zneužívající povaze ve smyslu článku 82 ES.

54. Pokud by však takový systém slev byl způsobilý vést k odsávajícímu účinku ve prospěch podniku v dominantním postavení, může zachycení značného počtu zákazníků a velké části sporné poptávky na trhu vést k tomu, že skutečné či potenciální vylučující účinky budou závažnější než v případě systémů slev s malým rozsahem. Na tuto skutečnost správně poukázalo několik zúčastněných.

31 — K povinnému zohlednění postavení dominantního podniku jakožto nevyhnutelného obchodního partnera viz rozsudky Hoffmann-La Roche v. Komise (85/76, EU:C:1979:36, bod 41) a Compagnie maritime belge transports a další v. Komise (C-395/96 P a C-396/96 P, EU:C:2000:132, bod 132).

32 — Rozsudek Suiker Unie a další v. Komise (40/73 až 48/73, 50/73, 54/73 až 56/73, 111/73, 113/73 a 114/73, EU:C:1975:174, bod 511).

4. Dílčí závěr

55. Výše uvedené je tedy třeba shrnout do následujícího závěru:

Systém slev uplatňovaný podnikem v dominantním postavení je zneužívající ve smyslu článku 82 ES tehdy, když z celkového posouzení všech okolností jednotlivého případu vyplyne, že slevy mohou vést k hospodářsky neodůvodněnému vylučujícímu účinku, přičemž je třeba posoudit zejména kritéria a podmínky poskytování slev, podmínky hospodářské soutěže převládající na relevantním trhu a postavení dominantního podniku na tomto trhu.

B – *Význam kritéria stejně výkonného soutěžitele („As-efficient-competitor"-test nebo AEC-test") (třetí část první otázky)*

56. Třetí a poslední část první předběžné otázky se věnuje konkrétně AEC-testu. V rámci tohoto testu je cílem zjistit na základě porovnání cen a nákladů [33], zda soutěžitel, který je stejně výkonný jako podnik v dominantním postavení, může tomuto podniku konkurovat, nebo zda naopak politika slev uplatňovaná na relevantním trhu podnikem v dominantním postavení vede k protisoutěžním vylučujícím účinkům.

57. Předkládající soud se táže, zda je s konstatováním zneužití dominantního postavení v důsledku systému slev spojena právní povinnost provést AEC-test, a pokud by tomu tak nebylo, na základě jakých jiných okolností lze případně dovozovat zneužívající povahu tohoto systému slev.

58. Tyto dílčí otázky je nutno posuzovat v kontextu sdělení Komise z roku 2009 [34], v němž Komise jakožto orgán pro hospodářskou soutěž oznámila priority při používání článku 82 ES. Na zmíněné sdělení o prioritách předkládající soud výslovně odkazuje.

59. Komise ve svém sdělení o prioritách oznámila, že proti chování vylučujícímu ostatní soutěžitele na základě ceny má v úmyslu zasáhnout pouze tehdy, pokud dotyčné chování podniku v dominantním postavení již narušuje nebo může narušit hospodářskou soutěž ze strany stejně výkonných soutěžitelů (anglicky: „*as efficient competitors*") [35]. Za účelem tohoto zjištění se Komise zavázala provádět ohledně chování vylučujícího ostatní soutěžitele na základě ceny zpravidla AEC-test.

60. Pro vnitrostátní orgány pro hospodářskou soutěž a soudy však tato správní praxe Komise samozřejmě nemá závazný účinek. Vyplývá to jednak ze samotného znění sdělení o prioritách, které „nepředstavuje právní tvrzení" [36], a jednak z ustálené judikatury k podobným prohlášením Komise [37]. Ačkoli vnitrostátní orgány mohou po vzoru Komise provádět AEC-test, jsou z právního hlediska vázány pouze požadavky vyplývajícími z článku 82 ES. Vypracování těchto požadavků je úkolem Soudního dvora.

33 — Posuzovány jsou průměrné náklady podniku v dominantním postavení, kterým bylo možné předejít, jeho dlouhodobé průměrné mezní náklady a cena, kterou by soutěžitel podniku v dominantním postavení musel svému zákazníkovi nabídnout, aby mu kompenzoval ztrátu slevy poskytnuté tímto podnikem.

34 — Sdělení komise – „Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele", předložené dne 24. února 2009 (Úř. věst. C 45, s. 7), dále jen „sdělení o prioritách".

35 — Bod 23 sdělení o prioritách. K tomu si dovolím poznámku, že německé znění této části sdělení o prioritách s formulací „daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen" („narušuje nebo již narušilo hospodářskou soutěž") jen neúplně odráží právní požadavky, podle nichž nemusí být skutečné protisoutěžní dopady dokazovány (rozsudky British Airways v. Komise, C-95/04 P, EU:C:2007:166, bod 68, a Tomra Systems a další v. Komise, C-549/10 P, EU:C:2012:221, body 68 a 79). S právním rámcem vymezeným článkem 82 ES (článkem 102 SFEU) je lépe slučitelné anglické („has already been or is capable of hampering competition") a francouzské („ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence") znění sdělení o prioritách.

36 — Bod 3 sdělení o prioritách.

37 — Rozsudky Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, bod 21) a Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, body 29 a 31).

61. Z článku 82 podle mého soudu *nelze* dovodit právní povinnost založit konstatování zneužívající povahy systémů slev uplatňovaných podniky v dominantním postavení vždy na analýze cen a nákladů.

62. Na jednu stranu je pravda, že Soudní dvůr u jiných cenových praktik, než jsou slevy, příležitostně vyžadoval provedení AEC-testu, přičemž zdůraznil, že článek 82 ES zakazuje podniku s dominantním postavením *zejména* to, aby používal praktiky mající za následek vyloučení *jeho konkurentů považovaných za stejně výkonné jako on sám* [38].

63. Absolutní požadavek provádět při posuzování chování vylučujícího ostatní soutěžitele na základě ceny z hlediska práva hospodářské soutěže vždy AEC-test však z judikatury dovodit nelze. Judikatura se věnuje konkrétně cenovým praktikám podniků v dominantním postavení, jako je politika nízkých cen (např. prodej se ztrátou) nebo snižování marže prostřednictvím tarifních nůžek, které již podle své povahy vykazují úzký vztah k nákladové struktuře dotčených podniků. Na druhou stranu z formulace „zejména“, kterou Soudní dvůr používá (francouzsky „notamment“) [39] jasně vyplývá, že na zneužití dominantního postavení nelze usuzovat vždy, nastane-li vylučující účinek pro stejně výkonný podnik jako je podnik v dominantním postavení.

64. Pokud jde konkrétně o systémy slev uplatňované podniky v dominantním postavení, Soudní dvůr dosud jejich zařazení mezi zneužívající praktiky ve smyslu článku 82 ES nepodmínil provedením analýzy cen a nákladů. Naopak doposud ohledně těchto systémů slev až do nedávna konstatoval, že neprovedení porovnání cen s náklady nepředstavuje nesprávné právní posouzení [40]. Na tuto tezi by Soudní dvůr měl navázat i v projednávané věci.

65. Samozřejmě by bylo teoreticky možné podmínit konstatování chování vylučujícího ostatní soutěžitele na základě ceny obecně provedením AEC-testu a tento test předepsat také pro systémy slev uplatňované podniky v dominantním postavení. Vůči takovému vývoji judikatury k článku 82 ES je však z řady důvodů na místě přistupovat skepticky.

66. Přidaná hodnota nákladných ekonomických analýz není vždy evidentní a může vést k nepřiměřenému vynakládání zdrojů orgánů pro hospodářskou soutěž a soudů, jež pak chybí jinde k účinnému prosazování pravidel v oblasti hospodářské soutěže. Použitá metodika může – jak je doloženo na příkladech ve vyjádřeních Post Danmark, Bring Citymail a dánské vlády před Soudním dvorem – vést ke značným názorovým rozdílům [41]. Nehledě na to, že údaje poskytované jako podklad pro posouzení nejsou vždy spolehlivé [42] a předpokládají ochotu podniku v dominantním postavení ke skutečné spolupráci s orgány pro hospodářskou soutěž a soudy, jež není vždy zaručena, jak zdůraznila německá vláda.

67. Na druhou stranu je nutno varovat před nesprávnou představou, že by se problematika chování vylučujícího ostatní soutěžitele na základě ceny dala vyřešit jednoduše a s právní jistotou prostřednictvím určitého matematického vzorce, pouze na základě cenových a nákladových prvků dotčených podniků. Jak již bylo řečeno: Nezřídka dávají údaje podniků prostor k různorodým výkladům.

38 — Rozsudek Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, bod 25); viz kromě toho rozsudky Deutsche Telekom v. Komise (C-280/08 P, EU:C:2010:603, zejména body 177, 183, 196, 203 a 254) a TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, zejména body 67, 73 a 94); také v rozsudku AKZO v. Komise (C-62/86, EU:C:1991:286, zejména body 71 a 72) je odkazováno mimo jiné na analýzu cen a nákladů.

39 — Rozsudky Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, bod 25) a Deutsche Telekom v. Komise (C-280/08 P, EU:C:2010:603, bod 177, přičemž je zde výraz „u. a.“ v německém znění použit jako ekvivalent francouzského „notamment“).

40 — Rozsudek Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, bod 80; pro doplnění viz také bod 73).

41 — Argument, že výsledek AEC-testu není vždy jednoznačný, uvádí i Komise v bodě 25 svého sdělení o prioritách.

42 — Nezbytnost spolehlivých údajů pro provedení AEC-testu zdůrazňuje i Komise v bodě 25 svého sdělení o prioritách.

68. Konstatování zneužití v rámci článku 82 ES však zejména – stejně jako v jiných souvislostech – vždy předpokládá posouzení s ohledem na celkové relevantní okolnosti konkrétního případu, které se nemůže omezit pouze na vyhodnocení cenových a nákladových prvků. Pro konstatování zneužití mohou být rovněž důležité mnohé další faktory, zejména konkrétní podoba systému slev, jakož i určité zvláštnosti trhu, na němž podnik v dominantním postavení působí; ty mohou mít dokonce mnohem větší výpovědní hodnotu než analýza cen a nákladů.

69. Odkaz na všechny relevantní okolnosti případu a na možnost objektivního odůvodnění obchodního chování podniku v dominantním postavení je dostatečnou zárukou toho, že právní požadavky na konstatování zneužití ve smyslu článku 82 ES nepodcení hospodářskou realitu [43].

70. Pokud zneužívající povaha systému slev uplatňovaného podnikem v dominantním postavení vyplývá již z celkového posouzení ostatních okolností případu, jak jsem je konkrétně vysvětlila výše [44], pak z právního hlediska není nutné provádět obdobnou analýzu cen a nákladů, jako je AEC-test.

71. Právní povinnost k provedení AEC-testu nemůže podle článku 82 ES existovat tím spíše, že je vzhledem ke struktuře trhu vyloučeno, aby mohl být jiný podnik stejně výkonný jako ten, který je v dominantním postavení. To může být způsobeno zvláštními podmínkami hospodářské soutěže na relevantním trhu (například proto, že se tento trh – jako v projednávané věci – vyznačuje značnými překážkami pro vstup na trh, vysokými úsporami z rozsahu nebo síťovými službami) nebo tím, že výše nákladů dominantního podniku přesně závisí na situaci konkurenční výhody, ve které se tento podnik nachází díky dominantnímu postavení [45].

72. V takových případech by již od počátku nedávalo smysl přezkoumávat prostřednictvím určitým způsobem koncipované analýzy cen a nákladů, zda systém slev uplatňovaný podnikem v dominantním postavení vede k vylučujícím účinkům pro čistě hypotetického stejně výkonného soutěžitele. Pokud by totiž žádný stejně výkonný soutěžitel jako podnik v dominantním postavení nemohl existovat, neposkytuje ani AEC-test spolehlivé závěry o tom, zda na trhu může nastat vylučující účinek či nikoli.

73. Na trhu, na němž je hospodářská soutěž vzhledem k přítomnosti podniku v dominantním postavení oslabena takovým způsobem, že stejně výkonní soutěžitelé se na trhu nemohou etablovat, naopak nelze podceňovat soutěžní tlak méně výkonných podniků [46]. Udržení tohoto tlaku patří k základním cílům, které sleduje článek 82 ES. Je totiž nutné zabránit tomu, aby se struktura trhu a možnosti volby pro zákazníky ještě více zhoršovaly z důvodu jednání podniku v dominantním postavení [47].

74. Článek 82 ES tudíž nedovoluje provést AEC-test na trhu, na němž je vzhledem ke struktuře trhu vyloučeno, aby byl jiný podnik stejně výkonný jako podnik v dominantním postavení.

75. Výše uvedené je tedy třeba shrnout do následujícího závěru:

Článek 82 ES nevyžaduje, aby zneužívající povaha systému slev uplatňovaného podnikem v dominantním postavení byla prokazována pomocí analýzy cen a nákladů obdobné testu stejně výkonného soutěžitele („As-efficient-competitor“-test), pokud zneužívající povaha tohoto systému slev vyplývá již z celkového posouzení ostatních okolností případu.

43 — K tomu viz mé stanovisko ve věci Solvay v. Komise (C-109/10 P, EU:C:2011:256, bod 80).

44 — K tomu viz výše body 33 až 54 tohoto stanoviska.

45 — V tomto smyslu viz rozsudek TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, bod 45 na konci).

46 — V tomto smyslu viz také bod 24 sdělení o prioritách; viz dále rozsudek Hoffmann-La Roche v. Komise (85/76, EU:C:1979:36, bod 123 na konci).

47 — Rozsudky France Télécom v. Komise (C-202/07 P, EU:C:2009:214, bod 105), Deutsche Telekom v. Komise (C-280/08 P, EU:C:2010:603, body 83 a 176), TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, bod 24) a Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, bod 20 a 23); podobně rozsudek British Airways v. Komise (C-95/04 P, EU:C:2007:166, bod 66).

Orgány a soudy zabývající se případy, jež se týkají hospodářské soutěže, však mohou v rámci celkového posouzení veškerých okolností případu takovou analýzu cen a nákladů provést, pokud ovšem vzhledem ke struktuře trhu není vyloučeno, aby byl jiný podnik stejně výkonný jako podnik v dominantním postavení.

C – *Otázka citelnosti případných protisoutěžních účinků systému slev (druhá otázka a druhá část třetí otázky)*

76. Podstatou druhé otázky předkládajícího soudu je konečně, jak „pravděpodobný a závažný“ musí být protisoutěžní účinek systému slev uplatňovaného podnikem v dominantním postavení, jakým je Post Danmark, aby se použil článek 82 ES. Stejným směrem se ubírá také druhá část třetí otázky, v níž se předkládající soud táže, zda je nutné, aby byl „účinek uzavření trhu“ vyvolaný takovým systémem slev „výrazný“.

77. Podle mého názoru by nebylo dostačující odkázat v rámci odpovědi předkládající soud na procesní autonomii členských států v otázkách dokazování [48]. Jedná se zde totiž o *obsahové* požadavky, které je nutno vznést ohledně zneužití ve smyslu článku 82 ES. Tyto požadavky jsou unijněprávní povahy a musí být na unijní úrovni uplatňovány jednotně tak, aby pro všechny podniky působící na vnitřním trhu platily co nejjednotnější rámcové podmínky týkající se pravidel hospodářské soutěže („level playing field“) [49].

78. Je vhodné se oběma aspekty zmíněnými předkládajícím soudem, tedy pravděpodobností protisoutěžního účinku a závažností tohoto účinku, zabývat zvlášť.

1. K pravděpodobnosti protisoutěžního účinku

79. Předkládající soud se nejprve táže, jak pravděpodobný musí být protisoutěžní účinek systému slev uplatňovaného podnikem v dominantním postavení, aby šlo o zneužití ve smyslu článku 82 ES.

80. K tomu je nutno poznamenat, že vylučující účinek, který z takového systému slev plyne, nesmí být čistě hypotetické povahy [50]. Sporné slevy musí být jinými slovy nejen *abstraktně*, nýbrž i *konkrétně způsobilé* ztížit, nebo dokonce znemožnit konkurentům podniku s dominantním postavením na trhu přístup na trh a jeho smluvním partnerům volbu mezi více zdroji dodávek nebo mezi obchodními partnery [51].

81. Za tímto účelem však není zapotřebí provádět nákladnou analýzu konkrétních účinků slev na hospodářskou soutěž, tj. není nutno přezkoumávat, zda vylučující účinky *skutečně* nastaly [52]. Zákaz uvedený v článku 82 ES zahrnuje totiž i takové chování podniků v dominantním postavení, jež má potenciální protisoutěžní účinek [53]. I kdyby tedy ujištění Post Danmark bylo pravdivé a sporný systém slev nebyl v konečném důsledku příčinou odchodu společnosti Bring Citymail z dánského trhu, nevylučuje to konstatování zneužívajícího chování ve smyslu článku 82 ES.

48 — K tomu viz bod 5 odůvodnění nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 Smlouvy (Úř. věst. L 1, s. 1; Zvl. vyd. 08/02, s. 205).

49 — Ke koncepci „level playing field“ viz např. mé stanovisko ve věcech Akzo Nobel Chemicals a Akcros Chemicals v. Komise (C-550/07 P, EU:C:2010:229, bod 169), Toshiba Corporation a další (C-17/10, EU:C:2011:552, bod 118) a KONE a další (C-557/12, EU:C:2014:45, bod 29).

50 — V tomto smyslu viz rozsudky Deutsche Telekom v. Komise (C-280/08 P, EU:C:2010:603, bod 254) a TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, body 66 a 67).

51 — K tomu viz mé stanovisko ve věci British Airways v. Komise (C-95/04 P, EU:C:2006:133, bod 73).

52 — Rozsudek Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, bod 68 a 79); v tomtéž smyslu rozsudky Tetra Pak v. Komise (C-333/94 P, EU:C:1996:436, bod 44) a Michelin v. Komise (T-203/01, EU:T:2003:250, bod 239).

53 — Rozsudek TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, bod 64); podobně viz rozsudek Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, bod 44), kde se hovoří o „skutečném nebo pravděpodobném vyloučení “.

82. Nutné, avšak také postačující podle ustálené judikatury je, že sporné slevy *mohou* způsobit vylučující účinky [54]. O takový případ se jedná, pokud se z celkového posouzení všech relevantních okolností případu jeví, že vylučující účinek pravděpodobněji nastane, než nenastane [55].

83. Považovala bych za nepřiměřené stanovit přísnější měřítko pro konstatování zneužití neslučitelného s článkem 82 ES a požadovat například, aby byl vylučující účinek „velmi pravděpodobný“ nebo „zvláště pravděpodobný“ nebo aby jej dokonce bylo nutno předpokládat „bez rozumné pochybnosti“.

84. Proto dominantní podnik nese – nezávisle na příčinách svého dominantního postavení na trhu – zvláštní odpovědnost za to, že jeho jednáním nebude narušena účinná a nenarušená hospodářská soutěž na společném trhu [56]. Z této odpovědnosti vyplývá určitá povinnost zdrženlivosti na trhu. Podnik v dominantním postavení tudíž musí zanechat *veškerých* obchodních praktik, u nichž je pravděpodobný vylučující účinek, a nikoli pouze těch, u nichž je vylučující účinek „velmi pravděpodobný“ nebo „zvláště pravděpodobný“ nebo u nichž je nutno vylučující účinek předpokládat „bez rozumné pochybnosti“.

85. Míra pravděpodobnosti vzniku vylučujících účinků může však mít dopad na rozsah případných sankcí, například na pokuty ukládané orgánem pro hospodářskou soutěž. Jejich výše musí vždy splňovat požadavky přiměřenosti (čl. 49 odst. 3 Listiny základních práv Evropské unie a čl. 23 odst. 3 nařízení č. 1/2003): čím vyšší je pravděpodobnost vylučujícího účinku a čím větší je rozsah tohoto účinku, tím přísnější je sankce. Tato problematika sankcí však není předmětem tohoto řízení o rozhodnutí o předběžné otázce.

2. K závažnosti očekávaného narušení hospodářské soutěže

86. Předkládající soud dále žádá o informaci, jak „závažný“ či „výrazný“ musí být protisoutěžní účinek systému slev, aby se na něj vztahoval zákaz zneužití stanovený v článku 82 ES.

87. Tím je nakonec naznačena problematika citelnosti případných protisoutěžních účinků systémů slev uplatňovaných podniky v dominantním postavení. Je nutno vyjasnit, zda je předpokladem pro konstatování zneužití podle článku 82 ES, aby omezení hospodářské soutěže v důsledku systému slev překročilo určitým způsobem stanovenou prahovou hodnotu *de miminis*.

88. Jak zdůraznilo několik zúčastněných, mohou pochybnosti předkládajícího soudu týkající se této otázky pramenit z terminologického problému rozsudku Post Danmark z roku 2012. V závazném dánském znění tohoto rozsudku jsou totiž pro výraz „vylučující účinek“ překvapivě použita slova „mærkbare virkninger“ [57], což znamená „citelný účinek“. Podobně se na jiném místě téhož rozsudku hovoří o „eliminerende virkning“ [58], tedy o „eliminujícím účinku“, což zní poměrně přísně.

89. Pohled na francouzské znění, v němž byl tento rozsudek sepsán a konzultován, jasně ukazuje, že v případě uvedené volby slov v dánštině se musí jednat o chybu překladu. Ve francouzštině se totiž hovoří jednoduše o „effet[s] d’éviction“, tedy o „vylučujícím účinku“, což je v souladu se zbývající judikaturou k článku 82 ES [59].

54 — Rozsudek British Airways v. Komise (C-95/04 P, EU:C:2007:166, bod 68) a Michelin v. Komise (T-203/01, EU:T:2003:250, bod 239).

55 — V tomto smyslu viz rozsudek Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), který hovoří o „pravděpodobných škodlivých účincích na hospodářskou soutěž“ (bod 42) a o „skutečném nebo pravděpodobném vyloučení [vylučujícím účinku]“ (bod 44).

56 — Rozsudek Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, EU:C:1983:313, bod 57); ve stejném smyslu viz rozsudky France Télécom v. Komise (C-202/07 P, EU:C:2009:214, bod 105), Deutsche Telekom v. Komise (C-280/08 P, EU:C:2010:603, bod 176) a TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, bod 24).

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

58 — Rozsudek Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, bod 41); podobně viz body 17, 22, 27, 29 a 44).

59 — K tomu viz výše bod 29 tohoto stanoviska.

90. Z těchto důvodů nesmí být slova „mærkbare virkninger“ a „eliminerende virkning“ v rozsudku Post Danmark z roku 2012 chápána chybně v tom smyslu, že by pro systémy slev uplatňované podniky v dominantním postavení platilo určitým způsobem stanovené kritérium citlivosti či prahová hodnota *de miminis*. Za zneužívající ve smyslu článku 82 ES je nutno spíše považovat všechny systémy slev uplatňované podniky v dominantním postavení, jež mohou vyvolat vylučující účinek [60], a nikoli pouze takové systémy, jejichž účinky na hospodářskou soutěž jsou nebo by mohly být „závažné“ či „výrazné“.

91. Vzhledem k tomu, že je relevantní trh již oslaben přítomností podniku v dominantním postavení, může jakékoliv další oslabení struktury hospodářské soutěže v rámci působnosti článku 82 ES představovat zneužití dominantního postavení [61].

92. Zcela v tomto duchu Soudní dvůr – přibližně ve stejné době jako v rozsudku Post Danmark z roku 2012 – konstatoval, že určení přesné prahové hodnoty, od které by bylo nutno považovat slevy přiznávané podnikem v dominantním postavení za zneužívající, není pro účely uplatnění článku 82 ES nezbytné [62]. Zákazníci totiž mají mít možnost mít v nejvyšší možné míře prospěch z hospodářské soutěže, která je na trhu možná, a soutěžitelé by měli mít možnost soutěžit na základě výkonnosti na celém trhu, a nikoli pouze na jeho části. Zároveň není úkolem dominantního podniku určovat, kolik životaschopných soutěžitelů mu může konkurovat v případě ještě získatelné části poptávky [63].

93. Prahová hodnota *de minimis* stanovená pro posouzení vylučujících účinků chování podniku v dominantním postavení však není nezbytná ze dvou dalších důvodů: Zmíněné vylučující účinky se – jak již bylo uvedeno výše [64] – musí opírat o celkové vyhodnocení veškerých relevantních okolností jednotlivého případu a je nutno, aby se jevilo jako pravděpodobnější, že nastanou, než že nenastanou. Na druhou stranu zahrnuje zákaz zneužití stanovený v článku 82 ES pouze praktiky, které mohou ovlivnit obchod mezi členskými státy.

94. Oba tyto aspekty již samy o sobě zcela dostačujícím způsobem vylučují, aby zákaz zneužití stanovený v článku 82 ES zahrnoval chování, jehož protisoutěžní účinky jsou čistě hypotetické či mají minimální význam.

3. Dílčí závěr

95. Výše uvedené je tedy třeba shrnout do následujícího závěru:

Nehledě na požadavek skutečného či potenciálního ovlivnění obchodu mezi členskými státy nemusí vylučující účinek, který může vyvolat systém slev uplatňovaný podnikem v dominantním postavení, překročit určitým způsobem stanovený práh citlivosti (prahovou hodnotu *de miminis*), aby byl kvalifikován jako zneužívající ve smyslu článku 82 ES. Stačí, je-li vznik takového vylučujícího účinku pravděpodobnější než jeho neexistence.

60 — K tomu opět viz výše, bod 82 tohoto stanoviska.

61 — Rozsudek Hoffmann-La Roche v. Komise (85/76, EU:C:1979:36, bod 123 na konci).

62 — Rozsudek Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, body 46 a 48); podobně viz již rozsudek Hoffmann-La Roche v. Komise (85/76, EU:C:1979:36, bod 89), v němž je zdůrazněno, že zneužívající povaha věrnostních rabatů je dána „bez ohledu na to, je-li objem dotčených nákupů vysoký nebo nízký“.

63 — Rozsudek Tomra Systems a další v. Komise (C-549/10 P, EU:C:2012:221, bod 42).

64 — Viz znovu výše body 31 a 68 a 82 až 85 tohoto stanoviska.

VI – **Závěry**

96. Vzhledem k výše uvedeným úvahám navrhuji Soudnímu dvoru, aby odpověděl na otázky předložené dánským Sø- og Handelsret následovně:

1) Systém slev uplatňovaný podnikem v dominantním postavení je zneužívající ve smyslu článku 82 ES tehdy, jestliže z celkového posouzení všech okolností jednotlivého případu vyplyne, že slevy mohou mít hospodářsky neodůvodněný vylučující účinek, přičemž je třeba přezkoumat zejména kritéria a podmínky poskytování slev, podmínky převládající na relevantním trhu a postavení dominantního podniku na tomto trhu.

2) Článek 82 ES nevyžaduje, aby zneužívající povaha takového systému slev byla prokazována pomocí analýzy cen a nákladů obdobné testu stejně výkonného soutěžitele („As-efficient-competitor“-test), pokud zneužívající povaha tohoto systému slev vyplývá již z celkového posouzení ostatních okolností případu.

   Orgány a soudy zabývající se případy, jež se týkají hospodářské soutěže, však mohou v rámci celkového posouzení všech okolností případu takovou analýzu cen a nákladů provést, pokud ovšem vzhledem ke struktuře trhu není vyloučeno, aby byl jiný podnik stejně výkonný jako podnik v dominantním postavení.

3) Nehledě na požadavek skutečného či potenciálního ovlivnění obchodu mezi členskými státy nemusí vylučující účinek, který může vyvolat systém slev uplatňovaný podnikem v dominantním postavení, překročit určitým způsobem stanovený práh citlivosti (prahovou hodnotu *de miminis*), aby byl kvalifikován jako zneužívající ve smyslu článku 82 ES. Stačí, je-li vznik takového vylučujícího účinku pravděpodobnější než jeho neexistence.