Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
af 21. maj 2015[1]

Sag C-23/14

Post Danmark A/S
mod
Konkurrencerådet

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Sø- og Handelsretten)

»Konkurrence — misbrug af dominerende stilling (artikel 82 EF) — posttjenester — det danske marked for distribution af massebreve — direct mail-forsendelser — en tidligere statslig postvirksomheds monopol på en betydelig del af markedet — rabatsystem — ekskluderende virkning — ingen mærkbarhedstærskel eller bagatelgrænse — kriteriet vedrørende lige så effektive konkurrenter (»as efficient competitor«-testen)«

I – **Indledning**

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse giver på ny Domstolen lejlighed til for så vidt angår artikel 82 EF, nu artikel 102 TEUF, at præcisere sin retspraksis vedrørende dominerende virksomheders misbrug af rabatsystemer – en praksis, der går mere end 40 år tilbage i tiden[2].

2. Denne sag omhandler spørgsmålet, om den danske virksomhed Post Danmark A/S i 2007 og 2008 misbrugte sin dominerende stilling på markedet for distribution af massebreve til modtagere i Danmark. Det skal nærmere bestemt undersøges, om Post Danmark udøvede et ekskluderende misbrug, idet virksomheden gav rabatter på op til 16% på distribution af direct mail-forsendelser, såfremt dens kunder inden for en referenceperiode på et år nåede visse standardiserede mængde- eller omsætningstærskler. Rabatterne blev givet med tilbagevirkende kraft, dvs. de omfattede alle direct mail-forsendelser, som de omhandlede kunder fik omdelt i hele referenceperioden.

3. Domstolen skal i denne sag navnlig fastslå, om det ved bedømmelsen af, om et rabatsystem er konkurrencebegrænsende i henhold til artikel 82 EF, er retligt påkrævet, at der foretages en undersøgelse af priser og omkostninger, hvor den dominerende virksomheds handelspraksis sammenlignes med en lige så effektiv konkurrents handelspraksis (den såkaldte »as efficient competitor«-test, herefter »AEC-testen«). Det skal derudover undersøges, om den ekskluderende virkning, som en dominerende virksomheds rabatsystem skaber, skal overstige en form for mærkbarhedstærskel (bagatelgrænse) for at kunne kvalificeres som konkurrencebegrænsende.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Jf. navnlig domme Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174), Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, EU:C:1979:36), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313), British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166), Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221) og Michelin mod Kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250).

4. I en tid, hvor kravet om en mere økonomisk orienteret tilgang i den europæiske konkurrenceret (»more economic approach«) bliver stadigt tydeligere, har disse spørgsmål en særlig betydning. Ved spørgsmålenes besvarelse, som vil have signalværdi langt ud over det foreliggende tilfælde [3], bør Domstolen efter min opfattelse ikke lade sig påvirke af tidsånden eller forgængelige modefænomener, men derimod snarere falde tilbage på de retsgrundlag, som det EU-retlige forbud om misbrug af dominerende stilling hviler på.

II – **Retsforskrifter**

5. Den EU-retlige ramme for denne sag udgøres af artikel 82 EF (nu artikel 102 TEUF). Dansk ret indeholder i konkurrencelovens [4] § 11 en national bestemmelse, der – for så vidt som det er relevant for denne sag – svarer til artikel 82 EF, og som i henhold til forarbejderne skal fortolkes i overensstemmelse hermed.

III – **Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen**

6. Hovedsagen omhandler en tvist mellem Post Danmark og den danske konkurrencemyndighed, Konkurrencerådet [5]. Konkurrencerådet fastslog ved afgørelse af 24. juni 2009, at Post Danmark i 2007 og 2008 gennem et rabatsystem for direct mail-forsendelser havde misbrugt sin dominerende stilling på det danske marked for distribution af massebreve og dermed havde tilsidesat artikel 82 EF og konkurrencelovens § 11. Konkurrencerådet forbød derfor virksomheden fortsat at anvende rabatsystemet.

7. I den i tvisten omhandlede periode havde både den danske stat og private investorer kapitalandele i Post Danmark. Virksomheden var ved lov pålagt en landsdækkende befordringspligt med hensyn til bestemte forsendelser, herunder direct mail-forsendelser, og var forpligtet til at anvende et enhedstakstsystem på hele det danske område. Som kompensation herfor havde Post Danmark en lovbestemt eneret på alle brevforsendelser op til 50 gram. Således var ca. 70% af markedet for massebreve omfattet af Post Danmarks eneret.

8. Den forelæggende ret anser markedet for massebreve i Danmark for at være det relevante produktmarked og geografiske marked. På dette marked havde Post Danmark i den omhandlede periode en markedsandel på ca. 95%. Direct mail-forsendelser, dvs. adresserede reklameforsendelser, der på samme tid sendes til et stort antal modtagere, udgør en del af dette marked for massebreve og udgjorde ca. 12% af hele markedet i 2007 og 7% i 2008. Den andel af direct mail-forsendelser, som ikke var omfattet af Post Danmarks monopol, var i 2007 på ca. 15% af markedet for massebreve og i 2008 på ca. 9%.

9. Bring Citymail Danmark A/S, der er et datterselskab af den norske statsejede virksomhed Posten Norge AS, tilbød fra 2007 i konkurrence med Post Danmark omdeling af erhvervspost, herunder direct mail-forsendelser, i København og omegn og var i den relevante periode Post Danmarks eneste konkurrent af betydning på det danske marked for massebreve. Bring Citymail trådte pga. store tab ud af det danske marked igen i begyndelsen af 2010. Parterne er uenige om, hvorvidt denne tilbagetrækning skyldtes det rabatsystem, som Post Danmark dengang anvendte for direct mail-forsendelser.

3 — Også i den verserende appelsag Intel mod Kommissionen (C-413/14 P) spiller spørgsmålet om den retlige nødvendighed af en AEC-test i forbindelse med et rabatsystem en rolle, der ikke bør undervurderes.

4 — [O.a.: oversættelse til tysk. Ikke relevant for den danske sprogversion.]

5 — [O.a.: oversættelse til tysk. Ikke relevant for den danske sprogversion.]

10. Post Danmarks rabatsystem blev introduceret i 2003. Rabatten, som beløb sig til mellem 6 og 16% af den normale porto [6], var standardiseret og blev tilbudt alle kunder på de samme offentligt tilgængelige vilkår. Rabatterne løb over en periode på et år. Inden for referenceperioden på et år blev alle forsendelser, som blev indleveret til Post Danmark til omdeling i mindst 3 000 stk., taget i betragtning med henblik på rabatten. Rabatsystemet sondrede ikke mellem, om forsendelserne var omfattet af Post Danmarks monopol, eller om der fandtes en konkurrent i det pågældende område.

11. Det var en betingelse for at nå den første rabattærskel, som gav et prisnedslag på 6%, at kunden inden for et referenceår indleverede mindst 30 000 breve til omdeling, eller at kundens forsendelser beløb sig til en portoværdi på mindst 300 000 DKK årligt. Post Danmarks rabatskala havde otte andre satser [7]. For hvert af de syv første rabattrin steg prisnedslaget med et procentpoint, og for hvert af de to sidste rabattrin steg nedslaget med to procentpoint op til den højeste rabatsats på 16%. Gradueringen af den tildelte rabat havde navnlig betydning for de mellemstore kunder, hvorimod de store kunders mængder som regel allerede nåede det øverste rabattrin.

12. Den praktiske anvendelse af rabatsystemet foregik således, at prisen for den enkelte kunde blev fastlagt forud i begyndelsen af referenceåret på baggrund af de mængder, som det blev estimeret, at kunden ville indlevere det år. Ved udgangen af referenceåret blev der retroaktivt foretaget en efterregulering af alle priser på baggrund af det antal forsendelser, som kunden faktisk indleverede i løbet af året. Dette kunne medføre, at kunden skulle betale penge tilbage til Post Danmark, når den faktiske mængde var mindre end den estimerede, og der dermed var blevet beregnet og tildelt en for høj rabat ved årets begyndelse.

13. Konkurrencerådet opfattede anvendelsen af det beskrevne rabatsystem som misbrug af dominerende stilling. Som følge af måden, hvorpå rabatten blev tildelt, var kunderne bundet til Post Danmark, og markedet for distribution af massebreve blev således afskærmet til skade for aktuelle og potentielle konkurrenter, uden at der herved kunne dokumenteres effektivitetsgevinster, der kom forbrugerne til gode, og som kunne opveje de konkurrencebegrænsende virkninger.

14. I forbindelse med sin vurdering fandt Konkurrencerådet, at der ikke skulle foretages en undersøgelse af priser og omkostninger i form af en AEC-test. En sådan test var ikke egnet som bedømmelseskriterium, da der på grund af det danske postmarkeds særlige karakteristika slet ikke ville kunne findes en lige så effektiv konkurrent. For at begrunde sin opfattelse af, at der var tale om misbrug, lagde Konkurrencerådet derimod vægt på Post Danmarks særlige stilling på det relevante marked, som gjorde virksomheden til en uomgængelig forretningspartner. Konkurrencerådet henviste endvidere bl.a. til, at der forelå barrierer for adgangen til markedet, til den konkrete opbygning af rabatsystemet, herunder rabatsystemets retroaktive karakter inden for en referenceperiode på et år, til omfanget af prisnedslaget på op til 16% og til en undersøgelse af kundernes faktiske stilling i forbindelse med rabatgradueringen.

15. Konkurrenceankenævnet [8] stadfæstede ved kendelse af 10. maj 2010 Konkurrencerådets afgørelse. Kendelsen blev af Post Danmark indbragt for Sø- og Handelsretten [9], den forelæggende ret, den 1. juli 2010. Bring Citymail Danmark er indtrådt i hovedsagen som biintervenient til støtte for Konkurrencerådet.

6 — Ifølge Post Danmarks oplysninger beløb den tildelte rabat sig gennemsnitligt til 10,6%.

7 — De andre rabattærskler var på henholdsvis 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 og 2 000 000 forsendelser eller en mindstebruttoværdi på henholdsvis 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 og 20 000 000 DKK.

8 — [O.a.: oversættelse til tysk. Ikke relevant for den danske sprogversion.]

9 — [O.a.: oversættelse til tysk. Ikke relevant for den danske sprogversion.]

IV – **Den præjudicielle anmodning og retsforhandlingerne ved Domstolen**

16. Ved kendelse af 8. januar 2014, indgået til Domstolen den 16. januar 2014, har Sø- og Handelsretten forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Efter hvilke retningslinjer skal det afgøres, om en dominerende virksomheds anvendelse af et rabatsystem med en standardiseret mængdetærskel med de i punkt 10-11 i forelæggelsesbeslutningen nævnte karakteristika udgør et misbrug af en dominerende stilling i strid med EF-traktatens artikel 82?

Som et led i besvarelsen bedes det belyst, hvilken betydning det har for vurderingen, om rabatsystemets tærskler er fastsat på en sådan måde, at rabatsystemet finder anvendelse på den væsentligste del af kunderne på markedet.

Som et led i besvarelsen bedes det endvidere belyst, hvilken betydning, om nogen, den dominerende virksomheds priser og omkostninger har for bedømmelsen efter EF-traktatens artikel 82 af et sådant rabatsystem (betydningen af en as efficient competitor-test).

Det bedes samtidig belyst, hvilken betydning markedets karakteristika i den forbindelse har, herunder om markedets karakteristika kan berettige, at der kan påvises markedsafskærmende virkning ved andre undersøgelser og analyser end en as efficient competitor-test, jf. herved punkt 24 i Kommissionens artikel 82-meddelelse.

2) Hvor sandsynlig og alvorlig skal den konkurrenceskadelige virkning af et rabatsystem, med de i punkt 10-11 i forelæggelsesbeslutningen nævnte karakteristika, være, for at EF-traktatens artikel 82 finder anvendelse?

3) Under hensyn til besvarelsen af spørgsmål 1-2, hvilke nærmere omstændigheder skal den nationale domstol tage i betragtning ved vurderingen af, om et rabatsystem, under omstændigheder svarende til dem der er beskrevet i forelæggelsesbeslutningen (markedets og rabatsystemets karakteristika), konkret har eller er egnet til at have en sådan markedsafskærmende virkning, at det udgør et misbrug omfattet af EF-traktatens artikel 82?

Er det i den forbindelse et krav, at den markedsafskærmende virkning er mærkbar?«

17. Under retsforhandlingerne ved Domstolen er der ud over af Post Danmark og Bring Citymail indgivet skriftlige indlæg af Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Europa-Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden. Bortset fra Tyskland deltog de samme procesdeltagere også i retsmødet den 26. marts 2015.

V – **Bedømmelse**

18. Med de omfangsrige spørgsmål ønsker Sø- og Handelsretten nærmere bestemt oplyst, hvilke kriterier eller »retningslinjer« der i forbindelse med artikel 82 EF finder anvendelse ved bedømmelsen af et rabatsystem hos en virksomhed i en dominerende stilling. Den forelæggende ret ønsker navnlig oplyst, om det er retligt påkrævet at foretage en AEC-test med henblik på at fastslå misbrug af dominerende stilling, og om der ved vurderingen af et rabatsystems eventuelle ekskluderende virkning gælder en mærkbarhedstærskel (bagatelgrænse).

19. Disse spørgsmål er forelagt på baggrund af Post Danmarks rabatsystem, som bl.a. havde følgende karakteristika:

— Rabatsystemet var baseret på standardiserede og generelt anvendelige betingelser, indeholdt ni rabattrin med prisnedslag fra 6-16%, vedrørte en referenceperiode på et år og fungerede retroaktivt.

— Rabatsystemet blev anvendt på et marked, hvor Post Danmark havde en markedsandel på 95%, og hvor mere end 70% af virksomhedens forsendelser til omdeling var omfattet af dens lovbestemte eneret. Der bestod høje barrierer for adgangen til markedet, Post Danmark havde strukturelle fordele og stod med Bring Citymail over for en betydeligt mindre konkurrent, og dette kun på en del af det geografiske marked i en vis periode.

20. Ved besvarelsen af denne anmodning om præjudiciel afgørelse skal forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i den affattelse, som det havde inden Lissabontraktatens ikrafttræden, lægges til grund, idet genstanden i hovedsagen er anvendelsen af et rabatsystem i 2007 og 2008, og den anfægtede afgørelse fra Konkurrencerådet derudover også blev truffet i juni 2009. Nedenstående betragtninger vedrørende artikel 82 EF kan naturligvis uden problemer overføres til artikel 102 TEUF, der har samme indhold.

21. Da de enkelte præjudicielle spørgsmål nogle steder i høj grad overlapper hinanden, bør de besvares i en anden rækkefølge, hvorved de forskellige retlige problemer, der nævnes i forelæggelsesafgørelsen, behandles ét for ét.

A – *Kriterierne til vurdering af rabatsystemer, der anvendes af virksomheder i en dominerende stilling*

1. Generelle betragtninger (den første del af det første spørgsmål)

22. Den første del af det første spørgsmål vedrører de generelle retsregler, som i henhold til artikel 82 EF finder anvendelse med henblik på vurderingen af dominerende virksomheders rabatsystemer.

23. Ved første øjekast kan det forekomme overraskende, at en dominerende virksomheds rabatter, som dog i det mindste udgør en fordel for virksomhedens kunder, kan kvalificeres som misbrug i henhold til artikel 82 EF.

24. Det skal imidlertid tages i betragtning, at konkurrencen på det relevante marked er svækket netop på grund af den dominerende virksomheds tilstedeværelse [10]. Denne virksomhed er derfor – uafhængigt af årsagerne til dens dominerende stilling – særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked [11].

10 — Domme Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, præmis 91), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 70) og Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 17).

11 — Dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 57) og i samme retning domme France Télécom mod Kommissionen (C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 105), Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 176) og TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 24).

25. Inden for anvendelsesområdet for artikel 82 EF er en dominerende virksomhed således undergivet visse begrænsninger, som ikke gælder på samme måde for andre virksomheder. En praksis, som under normale konkurrencevilkår ikke kan anfægtes, kan udgøre misbrug, når den udvises af en virksomhed, som har en dominerende stilling [12]. Navnlig kan ikke enhver form for priskonkurrence fra den dominerende virksomheds side anses for lovlig [13].

26. Som Kommissionen med rette har anført, kan der bag de rabatter, der ydes af dominerende virksomheder, undertiden gemme sig en konkurrencefordrejende praksis, som kun ved første øjekast virker som et særligt gunstigt tilbud, men som ved en nærmere betragtning ikke har noget at gøre med virkeligt lave priser, og som alvorligt kan skade konkurrencen.

27. Dominerende virksomheders rabatsystemer er ganske vist ikke behæftet med en generel formodning om misbrug, som disse virksomheder skal tilbagevise. I forbindelse med sådanne rabatter opstår imidlertid ofte det vanskelige spørgsmål om afgrænsningen mellem på den ene side legitim konkurrence på ydelser og på den anden side konkurrencebegrænsende handelspraksis, som bør underkastes en omhyggelig efterprøvelse.

28. Det er anerkendt i retspraksis [14], at mængderabatter, der udelukkende er knyttet til den mængde, der indkøbes, under normale omstændigheder ikke har konkurrencebegrænsende virkninger og derfor ikke udgør misbrug, selv om de gives af en virksomhed i en dominerende stilling. Såfremt en stigning i den leverede mængde medfører lavere omkostninger for leverandøren, er denne således berettiget til at give kunderne fordel heraf ved en mere fordelagtig prissætning. Loyalitetsrabatter og målrabatter, hvorved den dominerende virksomhed søger at binde sine kunder til virksomheden og at tiltrække kunder fra virksomhedens konkurrenter, udgør derimod misbrug som omhandlet i artikel 82 EF.

29. Endelig er det ved vurderingen af en dominerende virksomheds rabatsystem efter artikel 82 EF imidlertid ikke afgørende, om rabatsystemet kan henføres under en af de almindelige kategorier, navnlig mængderabatter og loyalitetsrabatter. Det er snarere afgørende, om rabatten ved at udgøre en fordel, som ikke er begrundet i en økonomisk modydelse, har fjernet eller begrænset køberens mulighed for frit at vælge sine forsyningskilder, har hindret konkurrenternes adgang til markedet eller har styrket virksomhedens dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen [15]. Kort sagt kommer det således an på, om den dominerende virksomhed giver rabatter, der er egnet til at skabe en ekskluderende virkning på det relevante marked, og som ikke har en økonomisk begrundelse, dvs. at der ikke er tale om at give kunderne fordel af en omkostningsbesparelse [16]. Derudover er det særligt i medfør af artikel 82, stk. 2, litra c), EF forbudt for den dominerende virksomhed at give diskriminerende rabatter, hvorved der over for handelspartnere anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi [17].

12 — Dom Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen (C-395/96 P og C-396/96 P, EU:C:2000:132, præmis 131).

13 — Domme AKZO mod Kommissionen (C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 70), France Télécom mod Kommissionen (C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 106), Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 177) og Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 25).

14 — Domme Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174, præmis 518), Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, præmis 89 og 90), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 71), Portugal mod Kommissionen (C-163/99, EU:C:2001:189, præmis 50), Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 70) og Michelin mod Kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, præmis 56-59).

15 — Domme Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 73), British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 67), Tomra Systems m.fl. Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 71) og Michelin mod Kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, præmis 60).

16 — Dom British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 68 og 69).

17 — Domme Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 73), British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 67), Portugal mod Kommissionen (C-163/99, EU:C:2001:189, præmis 50) og Michelin mod Kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, præmis 60).

30. Henset til de standardiserede og generelt anvendelige betingelser består der i det foreliggende tilfælde ingen holdepunkter for at antage, at det af Post Danmark praktiserede rabatsystem var af diskriminerende art. De danske myndigheder, der har beskæftiget sig med hovedsagen, har derfor med rette indledningsvis undersøgt, om Post Danmarks rabatsystem kunne have en ekskluderende virkning, der ikke var økonomisk begrundet.

31. Om en dominerende virksomheds rabatter kan skabe en sådan ekskluderende virkning, skal vurderes på baggrund af en helhedsvurdering af samtlige relevante omstændigheder i hvert enkelt tilfælde [18] (jf. herved mine betragtninger nedenfor i afsnit 2 og 3).

32. Det er herved indlysende, at hverken den dominerende virksomheds ønske om en øget omsætning eller dens bestræbelser på at opnå en bedre produktionsplanlægning kan anses for at være en økonomisk begrundelse for at give rabatter, såfremt disse rabatter er egnet til at have ekskluderende virkning [19].

2. De omstændigheder, der skal tages i betragtning ved vurderingen af et rabatsystem (den første del af det tredje spørgsmål og den sidste del af det første spørgsmål)

33. Den første del af det tredje præjudicielle spørgsmål og den sidste del af det første spørgsmål vedrører, hvilke omstændigheder der konkret skal tages i betragtning ved vurderingen af, om et rabatsystem, der anvendes af en dominerende virksomhed som omhandlet i artikel 82 EF, har ekskluderende virkning.

34. Det er naturligvis ikke muligt at foretage en almengyldig, udtømmende opregning af alle de omstændigheder, der skal tages i betragtning inden for rammerne af artikel 82 EF, eftersom det enkelte marked eller det enkelte rabatsystem kan have særlige kendetegn. På baggrund af de faktiske omstændigheder i hovedsagen, der er beskrevet i forelæggelsesafgørelsen, kan der imidlertid gives den forelæggende ret nyttige oplysninger, som bør gøre det lettere for denne at træffe sin afgørelse.

35. Ifølge fast retspraksis skal der ved vurderingen af et rabatsystem i forbindelse med artikel 82 EF navnlig tages hensyn til de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet [20] [jf. herved afsnit a) nedenfor]. Som det imidlertid fremgår af Domstolens anvendelse af udtrykket »navnlig«, kan andre faktorer også have betydning, dvs. de fremherskende konkurrencevilkår på det relevante marked og den – hermed nært forbundne – stilling, som den dominerende virksomhed har på dette marked [jf. afsnit b) nedenfor].

18 — Domme Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 73), British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 67), Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 18 og 71) og Michelin mod Kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, præmis 60).

19 — Dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 85).

20 — Domme Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 73), British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 67), Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 71) og Michelin mod Kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, præmis 60).

a) De kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet

36. Hvad indledningsvis angår de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, taler det for, at et rabatsystem udgør misbrug, når det – ligesom Post Danmarks omtvistede rabatsystem – ikke har en rent progressiv virkning, således at den omstændighed, at en ny rabattærskel nås, ikke kun medfører et prisnedslag for alle yderligere afgivne ordrer, men derimod har tilbagevirkende kraft og dermed også medfører en efterfølgende prisreduktion af samtlige ordrer, der allerede er afgivet inden for en referenceperiode [21].

37. På denne måde medfører forholdsvis beskedne forandringer – såvel stigninger som fald – i omsætningen af den dominerende virksomheds varer således uforholdsmæssige virkninger på medkontrahenterne [22]. Et sådant rabatsystem har følgelig ofte en loyalitetsskabende virkning, der også kan betegnes som en afsmittende virkning. Det gør det lettere for den dominerende virksomhed såvel at binde sine egne kunder til virksomheden som at tiltrække kunder fra dens konkurrenter og dermed i sidste ende opsluge den andel af efterspørgslen, der er udsat for konkurrence på det relevante marked [23].

38. Denne afsmittende virkning er naturligvis desto større alt efter størrelsen af de ydede rabatter og længden af den referenceperiode, inden for hvilken rabatten anvendes, hver gang der nås et nyt rabattrin. Såfremt der – som i det foreliggende tilfælde – gives forholdsvis høje rabatter på mellem 6 og 16%, og dette sker med tilbagevirkende kraft over en relativt lang periode på et år [24], tyder dette på en stærk afsmittende virkning. I det foreliggende tilfælde er denne afsmittende virkning yderligere forstærket, eftersom rabatten gjaldt uden forskel på såvel den andel af efterspørgslen, der var udsat for konkurrence, som for den andel, der ikke var, dvs. navnlig breve op til 50 gram, som var omfattet af Post Danmarks monopol.

39. Hvis det derudover kan påvises, at den dominerende virksomhed havde en ekskluderende hensigt, er dette et yderligere væsentligt indicium for, at det rabatsystem, som virksomheden anvender, udgør misbrug [25]. En sådan ekskluderende hensigt eller strategi er imidlertid ikke en nødvendig betingelse for, at der kan fastslås en tilsidesættelse af artikel 82 EF, idet begrebet misbrug af dominerende stilling er et objektivt begreb [26]. Den omstændighed, at Post Danmark i det foreliggende tilfælde har anført, at virksomheden ikke havde en ekskluderende hensigt, beskytter således ikke i sig selv på nogen måde virksomheden fra, at der fastslås et misbrug som omhandlet i artikel 82 EF.

40. Hvis der foreligger diskrimination af handelspartnere som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra c), EF, er det ganske vist særligt åbenbart, at den dominerende virksomheds rabatter udgør misbrug. Et rabatsystem kan imidlertid også udgøre misbrug som omhandlet i artikel 82 EF, hvis det uden at indeholde diskriminerende elementer medfører konkurrencebegrænsende ekskluderende virkninger på markedet [27]. I denne forbindelse har EFTA-Tilsynsmyndigheden med rette anført, at det er mindre afgørende at sondre mellem individualiserede og standardiserede rabatter, idet der snarere skal foretages en vurdering af, om det enkelte rabatsystem konkret er egnet til at skabe ekskluderende virkninger på markedet.

21 — Jf. i denne retning domme Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 81), British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 73) og Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, navnlig præmis 75).

22 — Dom British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 73).

23 — Dom Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 79).

24 — Vedrørende længden af referenceperioder jf. f.eks. dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 81).

25 — Jf. i denne retning dom Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 20 og 21).

26 — Domme Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, præmis 91), AKZO mod Kommissionen (C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 69), TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 27) og Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 17 og 23).

27 — Dom Michelin mod Kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, præmis 65).

41. Endelig udgør opkrævningen af »negative priser«, dvs. priser under kostprisen, hos kunderne *ikke* en forudgående betingelse for at fastslå, at en dominerende virksomheds ordning med rabatter med tilbagevirkende kraft har karakter af misbrug [28]. Den dominerende virksomhed kan nemlig som følge af sin mærkbart højere omsætning som regel få dækket sine omkostninger, selv om den yder betragtelige rabatter. Virksomheden kan således skabe en ekskluderende virkning med sine rabatter uden nødvendigvis selv at lide tab herved.

b) De fremherskende konkurrencevilkår på det relevante marked og den stilling, som den dominerende virksomhed har på dette marked

42. Hvad dernæst angår de fremherskende konkurrencevilkår og den stilling, som den dominerende virksomhed har på det relevante marked, er et rabatsystems eventuelle konkurrencebegrænsende ekskluderende virkning desto mere sandsynlig og væsentlig, desto stærkere den dominerende virksomhed står på markedet, og desto svagere virksomhedens aktuelle eller potentielle konkurrenter fremstår. Der skal herved ikke kun tages hensyn til den dominerende virksomheds og konkurrenternes markedsandele, men også til oprindelsen af den dominerende stilling og til, om virksomheden eventuelt har et bestående lovbestemt monopol på hele markedet eller en del heraf [29].

43. I henhold til oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen havde Post Danmark i sin egenskab af historisk statslig postvirksomhed en overvældende markedsandel på 95% af det danske marked for massebreve, hvorimod Bring Citymails markedsandel kun var på omkring 5%.

44. En så stor afstand mellem den dominerende virksomheds markedsandel og konkurrentens markedsandel gør det mere sandsynligt, at der opstår ekskluderende virkninger, da det under disse omstændigheder er særligt vanskeligt for den dominerende virksomheds konkurrenter at fremsætte bedre tilbud end denne virksomheds rabatter, som er støttet på den samlede salgsmængde [30].

45. Endvidere var 70% af dette marked omfattet af Post Danmarks lovbestemte monopol – dvs. monopolet på breve op til 50 gram – og var således på forhånd lukket for konkurrence. Bring Citymail, der var Post Danmarks eneste konkurrent af betydning, var derudover kun aktiv på et geografisk delområde af markedet, nemlig i Storkøbenhavn, hvorimod Post Danmark rådede over et effektivt landsdækkende distributionsnet.

46. Alle disse omstændigheder tyder på, at Post Danmark, henset til virksomhedens fremtrædende stilling på markedet, var en uomgængelig forretningspartner, og at de af virksomheden anvendte rabatter havde et betydeligt ekskluderende potentiale [31]. Dette indtryk forstærkes yderligere, når visse strukturelle elementer, der kendetegner det relevante marked, tages i betragtning.

47. Som allerede nævnt er et marked som det danske marked for massebreve præget af tjenesteydelser, der forudsætter et netværk. For effektivt at drive virksomhed og for at kunne levere de tjenesteydelser, som kunderne forventer, har en udbyder på et sådant marked behov for et distributionsnet, der er mest muligt effektivt. Som det også er anført i forelæggelsesafgørelsen, er bagsiden af medaljen, at et sådant marked økonomisk set er kendetegnet ved betydelige stordriftsfordele og høje adgangsbarrierer, som gør det vanskeligt for den dominerende virksomheds konkurrenter at etablere sig på markedet og konkurrere med denne virksomhed om den andel af efterspørgslen, der er udsat for konkurrence.

28 — Dom Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 73).

29 — Jf. i denne retning allerede dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 23 in fine).

30 — Domme Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 82) og British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 75) samt mit forslag til afgørelse i sidstnævnte sag (EU:C:2006:133, punkt 52).

31 — Jf. særligt vedrørende det hensyn, der skal tages til en dominerende virksomheds stilling som uomgængelig forretningspartner, domme Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, præmis 41) og Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen (C-395/96 P og C-396/96 P, EU:C:2000:132, præmis 132).

48. Det kan endvidere spille en rolle ved vurderingen af, om en dominerende virksomheds rabatsystem har ekskluderende virkning, i hvilken grad kunderne på det relevante marked er villige til at skifte udbyder, og hvor stor en andel af deres behov de overhovedet kan få dækket hos den dominerende virksomheds konkurrenter uden at miste rabatfordele.

49. I denne henseende er det i hovedsagen blevet fastslået, at de omhandlede kunder for så vidt angår 2/3 af de forsendelser, der var udsat for konkurrence, kun kunne skifte fra Post Danmark til en anden udbyder af posttjenester, hvis de accepterede et tab af rabatter. Dette tyder på, at Post Danmarks rabatsystem havde et betydeligt potentiale for at skabe ekskluderende virkninger.

50. Henset til konkurrencevilkårene på det relevante marked og til den dominerende virksomheds stilling på dette marked foreligger der derfor alt i alt i det foreliggende tilfælde væsentlige indicier for, at et rabatsystem som det, Post Danmark anvendte, kunne skabe betydelige ekskluderende virkninger.

3. Om rabatsystemets omfang (den anden del af det første spørgsmål)

51. Den anden del af det første præjudicielle spørgsmål omhandler omfanget af et rabatsystem som det, Post Danmark anvendte. Den forelæggende ret ønsker oplyst, hvilken betydning det har for den retlige vurdering efter artikel 82 EF, at rabatsystemets standardisering af de enkelte rabattrin (i forelæggelsesafgørelsen kaldet »mængdetærskler«) ikke er tilrettelagt under hensyntagen til den enkelte kunde, men finder anvendelse på den væsentligste del af kunderne på markedet.

52. Som Domstolen allerede tidligt har fastslået, er antallet af kontrakter, som en dominerende virksomheds rabatter finder anvendelse på – og dermed i sidste ende antallet af omhandlede kunder – irrelevant for den retlige vurdering af disse rabatter efter artikel 82 EF[32].

53. Den blotte omstændighed, at mange kunder eller endda de fleste kunder på markedet er omfattet af et rabatsystem, og at dette system således har et stort omfang, siger følgelig ikke noget om, hvorvidt rabatsystemet udgør misbrug som omhandlet i artikel 82 EF.

54. Såfremt et sådant rabatsystem imidlertid er egnet til at skabe en afsmittende virkning til fordel for den dominerende virksomhed, kan den omstændighed, at et betragteligt antal kunder og en stor del af den efterspørgsel, der er udsat for konkurrence på markedet, er omfattet heraf, medføre, at de faktiske eller potentielle ekskluderende virkninger er mere alvorlige end ved et rabatsystem, der er mindre omfattende. Dette har flere procesdeltagere med rette henvist til.

4. Foreløbig konklusion

55. Sammenfattende skal det konkluderes:

Et rabatsystem, som anvendes af en dominerende virksomhed, udgør misbrug som omhandlet i artikel 82 EF, såfremt det på baggrund af en samlet vurdering af alle omstændighederne i det enkelte tilfælde viser sig, at rabatterne er egnede til at skabe ekskluderende virkninger, der ikke er økonomisk begrundet, idet der herved navnlig skal tages hensyn til de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, de fremherskende konkurrencevilkår på det relevante marked og den dominerende virksomheds stilling på dette marked.

32 — Dom Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174, præmis 511).

B – *Betydningen af kriteriet vedrørende lige så effektive konkurrenter (»as efficient competitor«-testen eller AEC-testen) (den tredje del af det første spørgsmål)*

56. Den tredje og sidste del af det første præjudicielle spørgsmål omhandler særligt AEC-testen. Med en sådan test forsøges det på baggrund af en sammenligning af priser og omkostninger [33] at udlede, om en konkurrent, der er lige så effektiv som den dominerende virksomhed, kan konkurrere med denne, eller om den dominerende virksomheds rabatpolitik derimod medfører konkurrencebegrænsende ekskluderende virkninger på det relevante marked.

57. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om det med henblik på at fastslå, at et rabatsystem udgør misbrug af en dominerende stilling, er en retlig nødvendighed, at der foretages en AEC-test, og, såfremt dette ikke er tilfældet, ud fra hvilke andre omstændigheder det da i givet fald kan konkluderes, at rabatsystemet udgør misbrug.

58. Disse delspørgsmål skal betragtes i lyset af Kommissionens meddelelse af 2009 [34], hvori Kommissionen i sin egenskab af konkurrencemyndighed oplyser om sin prioritering i forbindelse med anvendelsen af artikel 82 EF. Den forelæggende ret har herved udtrykkeligt henvist til denne prioriteringsmeddelelse.

59. I prioriteringsmeddelelsen har Kommissionen anført, at den normalt kun vil gribe ind over for prisbaseret ekskluderende adfærd, hvis den dominerende virksomheds adfærd har kunnet eller vil kunne skade konkurrencen fra virksomheder, der anses for at være lige så effektive (på engelsk: »*as efficient competitors*«) som den dominerende virksomhed [35]. Med henblik på at fastslå dette har Kommissionen i forbindelse med prisbaseret ekskluderende adfærd påtaget sig en forpligtelse til generelt at foretage en AEC-test.

60. Imidlertid er en sådan forvaltningspraksis fra Kommissionens side naturligvis ikke bindende for de nationale konkurrencemyndigheder og retter. Dette følger for det første af selve prioriteringsmeddelelsens ordlyd, som »ikke [fastlægger] gældende ret« [36], og for det andet af fast retspraksis vedrørende Kommissionens tilkendegivelser af denne type [37]. Selv om der ikke er noget til hinder for, at de nationale instanser følger Kommissionens eksempel og foretager en AEC-test, er de imidlertid retligt set kun bundet af de krav, der følger af artikel 82 EF. Det tilkommer Domstolen at fastlægge disse krav.

61. Efter min opfattelse kan der *ikke* af artikel 82 EF udledes en retlig forpligtelse til altid at støtte sig på en undersøgelse af priser og omkostninger såsom AEC-testen ved konstateringen af, om en dominerende virksomheds rabatsystem udgør misbrug.

33 — Der tages hensyn til den dominerende virksomheds gennemsnitlige undgåelige omkostninger, dens langsigtede gennemsnitlige marginalomkostninger og til den pris, som den dominerende virksomheds konkurrenter skal tilbyde den dominerende virksomheds kunder for at holde dem skadesløse for tabet af den rabat, som den dominerende virksomhed tildelte dem.

34 — Kommissionens meddelelse »Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd«, fremlagt den 24.2.2009 (EUT C 45, s. 7), herefter »prioriteringsmeddelelsen«.

35 — Jf. prioriteringsmeddelelsens punkt 23. Jeg tillader mig i denne forbindelse at henvise til, at den tyske ordlyd af dette afsnit i prioriteringsmeddelelsen med formuleringen »daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen« [(»har kunnet eller vil kunne skade konkurrencen«)] kun på meget ufuldstændig vis afspejler de retlige krav, hvorefter det ikke er nødvendigt at påvise eksistensen af faktiske konkurrencebegrænsende virkninger (domme British Airways mod Kommissionen, C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 68, og Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 68 og 79). Prioriteringsmeddelelsens engelske (»has already been or is capable of hampering competition«) og franske sprogversion (»ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence«) synes i højere grad at være forenelige med den retlige ramme, der er fastlagt i medfør af artikel 82 EF (nu artikel 102 TEUF).

36 — Jf. prioriteringsmeddelelsens punkt 3.

37 — Domme Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, præmis 21) og Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, præmis 29 og 31).

62. Det er ganske vist korrekt, at Domstolen med hensyn til andre former for prispraksis end rabatter lejlighedsvis har krævet, at der foretages en AEC-test, idet Domstolen herved har understreget, at artikel 82 EF *bl.a.* forbyder en dominerende virksomhed at iværksætte former for praksis, der har ekskluderende virkninger *for de af virksomhedens konkurrenter, der betragtes som værende lige så effektive som den* [38].

63. Et absolut krav om altid at foretage en AEC-test i forbindelse med den konkurrenceretlige vurdering af misbrug i form af prisbaseret ekskluderende adfærd kan imidlertid ikke udledes af denne retspraksis. For det første omhandler den særligt dominerende virksomheders prispraksis som f.eks. en politik med lave priser (f.eks. salg under kostprisen) eller avancepres ved hjælp af prisklemmer, der som følge af deres art er nært forbundet med den omhandlede virksomheds omkostningsstruktur. For det andet fremgår det klart af den af Domstolen anvendte ordlyd »bl.a.« (på fransk: »notamment«) [39], at det ikke altid kan antages, at der kun foreligger misbrug fra en dominerende virksomhed, når der opstår ekskluderende virkninger for virksomheder, der er lige så effektive som denne.

64. Hvad særligt angår dominerende virksomheders rabatsystemer har Domstolen indtil videre aldrig ladet sine konklusioner om, at der foreligger misbrug som omhandlet i artikel 82 EF, være afhængige af, om der er foretaget en undersøgelse af priser og omkostninger. For så vidt angår sådanne rabatsystemer har Domstolen derimod altid udtalt, at det ikke udgør en retlig fejl, såfremt der ikke er foretaget en sammenligning af priser og omkostninger [40]. Denne linje bør Domstolen også holde fast ved i det foreliggende tilfælde.

65. Det ville naturligvis i teorien ikke være utænkeligt generelt at opstille gennemførelsen af en AEC-test som et krav for, at det kan fastslås, at der foreligger misbrug i form af prisbaseret ekskluderende adfærd, og dermed også foreskrive anvendelsen af denne test i forbindelse med dominerende virksomheders rabatsystemer. En sådan videreudvikling af retspraksis vedrørende artikel 82 EF bør imidlertid mødes med skepsis af flere årsager.

66. For det første er merværdien af omfattende økonomiske undersøgelser ikke altid åbenlys og kan medføre en uforholdsmæssig ressourceanvendelse hos konkurrencemyndigheder og retsinstanser, som dermed ikke vil være tilgængelige for den effektive håndhævelse af konkurrencereglerne. Den anvendte metode kan – således som det tydeligt fremgår af de indlæg, som Post Danmark, Bring Citymail og den danske regering har indgivet for Domstolen – give anledning til væsentligt divergerende opfattelser [41]. Bortset herfra er de data, der er til rådighed som grundlag for undersøgelsen, ikke altid pålidelige [42], og det forudsætter, at den dominerende virksomhed er beredt på at indgå i et oprigtigt samarbejde med konkurrencemyndighederne og retterne, hvilket – som den danske regering har fremhævet – ikke altid kan garanteres.

67. For det andet er der grund til at tage sig i agt for den fejlopfattelse, at det er muligt på en enkel og retssikkerhedsmæssigt forsvarlig måde at løse problematikken vedrørende misbrug i form af prisbaseret ekskluderende adfærd ved en art matematisk formel alene på grundlag af den omhandlede virksomheds pris- og omkostningsforhold. Som allerede nævnt: Ikke sjældent er virksomhedsdata åbne for adskillige fortolkninger.

38 — Dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 25). Jf. også domme Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, navnlig præmis 177, 183, 196, 203 og 254) og TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, navnlig præmis 67, 73 og 94). Også i dom AKZO mod Kommissionen (C-62/86, EU:C:1991:286, navnlig præmis 71 og 72) lægges der bl.a. en undersøgelse af priser og omkostninger til grund.

39 — Domme Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 25) og Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 177, idet den tyske sprogversion heraf imidlertid anvender udtrykket »u.a.« [(»bl.a.«)] for det franske udtryk »notamment«).

40 — Dom Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 80; jf. også præmis 73).

41 — At resultatet af en AEC-test ikke altid er entydigt, lægger også Kommissionen til grund i prioriteringsmeddelelsens punkt 25.

42 — Kommissionen fremhæver ligeledes i prioriteringsmeddelelsens punkt 25, at der med henblik på en AEC-test skal foreligge pålidelige data.

68. Når det skal fastslås, om der foreligger misbrug inden for rammerne af artikel 82 EF, skal der navnlig – ligesom det er tilfældet i andre sammenhænge – altid foretages en vurdering under hensyntagen til samtlige relevante omstændigheder i det enkelte tilfælde, idet det herved ikke er tilstrækkeligt alene at foretage en vurdering af pris- og omkostningsforhold. Talrige andre faktorer, såsom et rabatsystems konkrete udformning og bestemte særlige forhold på det marked, hvor den dominerende virksomhed er aktiv, kan også være relevante for at fastslå, om der foreligger misbrug, og de kan endog være af langt større betydning end en undersøgelse af priser og omkostninger.

69. En vurdering af alle relevante omstændigheder i det enkelte tilfælde samt muligheden for, at den dominerende virksomheds handelspraksis kan begrundes objektivt, udgør tilstrækkelig sikkerhed for, at de retlige krav, som skal opfyldes, for at det kan fastslås, at der foreligger misbrug som omhandlet i artikel 82 EF, ikke tilsidesætter de økonomiske realiteter [43].

70. Hvis det allerede på grundlag af en samlet vurdering af de særlige omstændigheder i det enkelte tilfælde viser sig, at en dominerende virksomheds rabatsystem har karakter af misbrug, således som jeg nærmere har redegjort for ovenfor [44], er det således retligt set ikke nødvendigt at foretage en undersøgelse af priser og omkostninger såsom en AEC-test.

71. Der kan endnu mindre bestå en retlig forpligtelse til i medfør af artikel 82 EF at foretage en AEC-test, når det, henset til markedsstrukturen, er udelukket, at en anden virksomhed kan være lige så effektiv som den dominerende. Dette kan skyldes de særlige konkurrencevilkår på det relevante marked (f.eks. fordi dette marked – som i det foreliggende tilfælde – er kendetegnet ved høje adgangsbarrierer, betydelige stordriftsfordele og/eller tjenesteydelser, der forudsætter et netværk) eller den omstændighed, at den dominerende virksomheds omkostningsniveau netop afhænger af den situation med en konkurrencefordel, som den dominerende virksomhed befinder sig i [45].

72. I sådanne tilfælde ville det umiddelbart være meningsløst ved hjælp af en hvilken som helst undersøgelse af priser og omkostninger at efterprøve, om den dominerende virksomheds rabatsystem har ekskluderende virkninger for en lige så effektiv konkurrent, der er rent hypotetisk. For når der på ingen måde kan findes en konkurrent, der er lige så effektiv som den dominerende virksomhed, giver en AEC-test heller ingen mulighed for at drage nogen pålidelige konklusioner med hensyn til, om der kan opstå ekskluderende virkninger på markedet eller ej.

73. På et marked, hvor konkurrencen som følge af tilstedeværelsen af en dominerende virksomhed er svækket i en sådan grad, at lige så effektive konkurrenter ikke engang kan etablere sig, må selve det konkurrencepres, som en mindre effektiv virksomhed udøver, derimod ikke undervurderes [46]. At opretholde dette pres er et af de grundlæggende formål, der forfølges med artikel 82 EF. Det bør nemlig forhindres, at markedsstrukturen og kundernes valgmuligheder yderligere forværres på grund af den dominerende virksomheds handelspraksis [47].

74. Det er følgelig forbudt i henhold til artikel 82 EF at foretage en AEC-test på et marked, hvor det, henset til markedsstrukturen, er udelukket, at der kan findes en virksomhed, der er lige så effektiv som den dominerende virksomhed.

43 — Jf. i denne forbindelse mit forslag til afgørelse Solvay mod Kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:256, punkt 80).

44 — Jf. i denne forbindelse det ovenfor nævnte forslag til afgørelse, punkt 33-54.

45 — Jf. i denne retning dom TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 45 in fine).

46 — Jf. i denne retning også prioriteringsmeddelelsens punkt 24. Jf. endvidere dom Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, præmis 123 in fine).

47 — Domme France Télécom mod Kommissionen (C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 105), Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 83 og 176), TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 24) og Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 20 og 23); jf. også i samme retning dom British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 66).

75. Sammenfattende skal det konkluderes:

Det kræves ikke i medfør af artikel 82 EF, at et misbrug, der følger af et rabatsystem, som anvendes af en dominerende virksomhed, påvises ved en undersøgelse af priser og omkostninger såsom kriteriet vedrørende lige så effektive konkurrenter (»as efficient competitor«-testen), såfremt den karakter af misbrug, som dette rabatsystem udviser, allerede fremgår af en samlet vurdering af de særlige omstændigheder i det enkelte tilfælde.

Det står imidlertid de myndigheder og retter, der beskæftiger sig med konkurrencesager, frit for inden for rammerne af deres samlede vurdering af alle omstændighederne i det enkelte tilfælde at foretage en sådan undersøgelse af priser og omkostninger, medmindre det, henset til markedsstrukturen, er udelukket, at en anden virksomhed ville kunne være lige så effektiv som den dominerende virksomhed.

C – Spørgsmålet om, hvorvidt et rabatsystems eventuelle konkurrenceskadelige virkninger skal være mærkbare (det andet spørgsmål og den anden del af det tredje spørgsmål)

76. Endelig ønsker den forelæggende ret med det andet spørgsmål oplyst, hvor »sandsynlig og alvorlig« den konkurrenceskadelige virkning af et rabatsystem, der anvendes af en dominerende virksomhed som Post Danmark, skal være, for at artikel 82 EF »finder anvendelse«. Den anden del af det tredje spørgsmål går i samme retning, idet den forelæggende ret herved ønsker oplyst, om et sådant rabatsystems »markedsafskærmende virkning« skal være »mærkbar«.

77. Efter min opfattelse vil det ikke være tilstrækkeligt som svar på denne problematik alene at henvise den forelæggende ret til medlemsstaternes procesautonomi for så vidt angår bevisspørgsmål[48]. Det drejer sig i det foreliggende tilfælde nemlig om de *indholdsmæssige* krav, der stilles, for at det kan fastslås, at der foreligger misbrug som omhandlet i artikel 82 EF. Disse krav er EU-retlige og skal anvendes ensartet i hele Unionen, således at der for så vidt angår konkurrencereglerne gælder ensartede rammebetingelser for alle virksomheder, der opererer på det indre marked (»*level playing field*«)[49].

78. De af den forelæggende ret nævnte aspekter, dvs. dels sandsynligheden for, at der opstår en konkurrenceskadelig virkning, dels alvorligheden af denne virkning, bør behandles særskilt.

1. Om sandsynligheden for, at der opstår en konkurrenceskadelig virkning

79. Indledningsvis ønsker den forelæggende ret oplyst, hvor sandsynlig den konkurrenceskadelige virkning af en dominerende virksomheds rabatsystem skal være for at udgøre misbrug som omhandlet i artikel 82 EF.

48 — Jf. i denne forbindelse femte betragtning til Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1).

49 — Vedrørende konceptet »level playing field« jf. f.eks. mine forslag til afgørelse Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen (C-550/07 P, EU:C:2010:229, punkt 169), Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 118) og KONE m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 29).

80. Hertil bemærkes, at den ekskluderende virkning, som et sådant rabatsystem skaber, ikke må være af rent hypotetisk karakter [50]. De omhandlede rabatter skal med andre ord ikke kun *abstrakt*, men også *konkret* kunne gøre det vanskeligt eller endog umuligt for den dominerende virksomheds konkurrenter at få adgang til markedet og for dens forretningspartnere at vælge mellem flere forsyningskilder eller handelspartnere [51].

81. Med henblik herpå er det imidlertid ikke nødvendigt at foretage en omfattende undersøgelse af de konkrete virkninger af rabatterne på konkurrencen, dvs. det skal ikke efterprøves, om der *faktisk* er indtrådt en ekskluderende virkning [52]. Forbuddet i henhold til artikel 82 EF omfatter nemlig også en dominerende virksomheds adfærd, som *potentielt* har konkurrencebegrænsende virkning [53]. Selv hvis det er korrekt, således som Post Danmark har påstået, at det omtvistede rabatsystem ikke i sidste ende var årsagen til, at Bring Citymail trak sig ud af det danske marked, udelukker dette således ikke, at det kan fastslås, at der foreligger adfærd, der udgør misbrug som omhandlet i artikel 82 EF.

82. Ifølge fast retspraksis er det nødvendigt, men også tilstrækkeligt, at de omhandlede rabatter *kan* skabe en ekskluderende virkning [54]. Dette er tilfældet, såfremt det på grundlag af en samlet vurdering af alle relevante omstændigheder i det enkelte tilfælde forekommer mere sandsynligt, at denne ekskluderende virkning vil opstå, end at den ikke vil [55].

83. Efter min opfattelse er det ikke rimeligt, såfremt der stilles strengere krav for at finde, at der foreligger misbrug i strid med artikel 82 EF krav, således at det f.eks. kræves, at en ekskluderende virkning er »højst sandsynlig« eller »særligt sandsynlig«, eller endog at det »uden rimelig tvivl« kan antages, at den vil opstå.

84. En dominerende virksomhed er – uafhængigt af årsagerne til dens dominerende stilling – nemlig særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked [56]. Med dette ansvar følger en vis forpligtelse til tilbageholdenhed på markedet. Derfor skal den dominerende virksomhed holde sig fra *enhver* handelspraksis, som indebærer en sandsynlig ekskluderende virkning, og ikke kun fra de former for praksis, hvor en sådan virkning forekommer »højst sandsynlig«, »særligt sandsynlig«, eller hvor det »uden rimelig tvivl« kan antages, at den vil opstå.

85. Med hvilken grad af sandsynlighed ekskluderende virkninger vil kunne opstå, kan højst have betydning for udmålingen af eventuelle sanktioner, f.eks. for de bøder, som en konkurrencemyndighed pålægger. Disse bøders størrelse skal altid være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet (artikel 49, stk. 3, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og artikel 23, stk. 3, i forordning nr. 1/2003): Jo højere sandsynlighed for ekskluderende virkninger og jo større omfang, virkningerne antager, desto hårdere skal sanktionen være. En sådan sanktionsproblematik er imidlertid ikke omhandlet i den foreliggende præjudicielle sag.

50 — Jf. i denne retning domme Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 254) og TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 66 og 67).

51 — Jf. i denne forbindelse mit forslag til afgørelse British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punkt 73).

52 — Dom Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 68 og 79) og i samme retning domme Tetra Pak mod Kommissionen (C-333/94 P, EU:C:1996:436, præmis 44) og Michelin mod Kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, præmis 239).

53 — Dom TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 64). Jf. i samme retning dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 44), der omhandler spørgsmålet, om [en konkurrent] »faktisk eller sandsynligvis elimineres«.

54 — Domme British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 68) og Michelin mod Kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, præmis 239).

55 — Jf. i denne retning dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:72), hvori nævnes »sandsynlige negative virkninger for konkurrencen« (præmis 42), og at [en konkurrent] »faktisk eller sandsynligvis elimineres«.

56 — Dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 57). Jf. i samme retning domme France Télécom mod Kommissionen (C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 105), Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 176) og TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 24).

2. Alvorligheden af den forventede konkurrenceskadelige virkning

86. Den forelæggende ret ønsker dernæst oplyst, hvor »alvorlig« eller »mærkbar« et rabatsystems konkurrenceskadelige virkning skal være for at falde ind under forbuddet mod misbrug i artikel 82 EF.

87. Herved berøres i sidste ende spørgsmålet om mærkbarheden af de eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger af en dominerende virksomheds rabatsystemer. Det skal fastlægges, om det er en betingelse for at fastslå, at der foreligger misbrug i henhold til artikel 82 EF, at den konkurrencebegrænsning, der følger af et rabatsystem, skal overstige en form for bagatelgrænse.

88. Som flere procesdeltagere har anført, har den forelæggende rets tvivl i denne forbindelse sandsynligvis sin oprindelse i et terminologisk problem i den Post Danmark-dom, der blev afsagt i 2012. I den autentiske danske sprogversion af nævnte dom anvendes for udtrykket »Verdrängungswirkung« [(»ekskluderende virkning«)] overraskende nok ordene »mærkbare virkninger«[57], hvilket betyder noget i retning af »spürbare Auswirkungen« [(»mærkbare virkninger«)]. Andetsteds i samme dom nævnes endvidere »eliminerende virkning«[58], dvs. »eliminierende Wirkung«, som også lyder forholdsvis hårdt.

89. Et blik på den franske sprogversion, der er det sprog, som blev anvendt ved voteringen og affattelsen af dommen, viser imidlertid, at der ved dette ordvalg på dansk må være tale om en oversættelsesfejl. I den franske version anvendes udtrykket »effet[s] d'éviction«, dvs. »Verdrängungswirkung [ekskluderende virkning]«, hvilket er i overensstemmelse med den øvrige retspraksis vedrørende artikel 82 EF[59].

90. På denne baggrund må udtrykkene »mærkbare virkninger« og »eliminerende virkning« i Post Danmark-dommen fra 2012 ikke misforstås således, at der skulle gælde en form for mærkbarhedstærskel eller bagatelgrænse for dominerende virksomheders rabatsystemer. Dominerende virksomheders rabatsystemer skal derimod anses for at udgøre misbrug som omhandlet i artikel 82 EF, såfremt de kan skabe en ekskluderende virkning[60], og dette gælder ikke kun de rabatsystemer, hvis virkninger på konkurrencen er eller kan være »alvorlige« eller »mærkbare«.

91. Da konkurrencestrukturen på det relevante marked således allerede er svækket som følge af tilstedeværelsen af den dominerende virksomhed, kan enhver yderligere begrænsning af denne konkurrencestruktur inden for anvendelsesområdet af artikel 82 EF udgøre et misbrug af den dominerende virksomheds stilling[61].

92. Helt i overensstemmelse hermed – og omtrent på samme tid som Post Danmark-dommen fra 2012 – har Domstolen fastslået, at det ikke med henblik på anvendelsen af artikel 82 EF er nødvendigt at fastsætte en præcis tærskel, over hvilken de rabatter, som en dominerende virksomhed giver, skal betragtes som misbrug[62]. Kunderne skal således have mulighed for at nyde godt af så meget konkurrence som muligt på markedet, og konkurrenterne skal kunne konkurrere på grundlag af opnåede resultater på markedet som helhed og ikke blot på en del heraf. Det tilkommer endvidere ikke den dominerende virksomhed at afgøre, hvor mange levedygtige konkurrenter der må konkurrere med den for den del af efterspørgslen, der stadig er åben for konkurrence[63].

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

58 — Dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 41; jf. også præmis 17, 22, 27, 29 og 44).

59 — Jf. i denne forbindelse punkt 29 ovenfor i nærværende forslag til afgørelse.

60 — Jf. i denne forbindelse igen punkt 29 ovenfor i nærværende forslag til afgørelse.

61 — Dom Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, præmis 123 in fine).

62 — Dom Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 46 og 48). Jf. også allerede dom Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, præmis 89), hvori er fremhævet, at loyalitetsrabatter kan udgøre misbrug, »uanset om [kunden] indkøber for betydelige eller for mindre beløb«.

63 — Dom Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 42).

93. En bagatelgrænse ved vurderingen af den ekskluderende virkning af en dominerende virksomheds handelspraksis forekommer endvidere af to andre årsager heller ikke nødvendig: For det første skal nævnte ekskluderende virkninger – som allerede anført ovenfor [64] – hvile på en konkret vurdering af samtlige relevante omstændigheder i det enkelte tilfælde, og det skal være mere sandsynligt, at de indtræder, end at de ikke gør. For det andet omfatter forbuddet mod misbrug i artikel 82 EF under alle omstændigheder kun sådan adfærd, som kan medføre, at samhandelen mellem medlemsstater påvirkes.

94. Disse to aspekter er allerede i sig selv fuldt ud tilstrækkelige til at udelukke adfærd, hvis konkurrencebegrænsende virkninger udelukkende er hypotetiske eller af fuldstændig underordnet betydning, fra anvendelsesområdet for forbuddet mod misbrug i artikel 82 EF.

3. Foreløbig konklusion

95. Sammenfattende skal det konkluderes:

Bortset fra kravet om faktisk eller potentielt at kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne skal den ekskluderende virkning, som en dominerende virksomheds rabatsystem kan skabe, ikke overstige en form for mærkbarhedstærskel (bagatelgrænse) med henblik på at kunne kvalificeres som misbrug som omhandlet i artikel 82 EF. Det er tilstrækkeligt, at det er mere sandsynligt, at en sådan ekskluderende virkning indtræder, end at den ikke gør.

VI – **Forslag til afgørelse**

96. På grundlag af de således anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, som Sø-og Handelsretten har stillet, således:

»1) Et rabatsystem, som anvendes af en dominerende virksomhed, udgør misbrug som omhandlet i artikel 82 EF, såfremt det på baggrund af en samlet vurdering af alle omstændighederne i det enkelte tilfælde viser sig, at rabatterne er egnede til at skabe ekskluderende virkninger, der ikke er økonomisk begrundet, idet der herved navnlig skal tages hensyn til de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, de fremherskende konkurrencevilkår på det relevante marked og den dominerende virksomheds stilling på dette marked.

2) Det kræves ikke i medfør af artikel 82 EF, at et misbrug, der følger af et sådant rabatsystem, påvises ved en undersøgelse af priser og omkostninger såsom kriteriet vedrørende lige så effektive konkurrenter (»as efficient competitor«-testen), såfremt den karakter af misbrug, som dette rabatsystem udviser, allerede fremgår af en samlet vurdering af de særlige omstændigheder i det enkelte tilfælde.

   Det står imidlertid de myndigheder og retter, der beskæftiger sig med konkurrencesager, frit for inden for rammerne af deres samlede vurdering af alle omstændighederne i det enkelte tilfælde at foretage en sådan undersøgelse af priser og omkostninger, medmindre det, henset til markedsstrukturen, er udelukket, at en anden virksomhed ville kunne være lige så effektiv som den dominerende virksomhed.

3) Bortset fra kravet om faktisk eller potentielt at kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne skal den ekskluderende virkning, som en dominerende virksomheds rabatsystem kan skabe, ikke overstige en form for mærkbarhedstærskel (bagatelgrænse) med

64 — Jf. igen punkt 31, 68 og 82-85 ovenfor i nærværende forslag til afgørelse.

henblik på at kunne kvalificeres som misbrug som omhandlet i artikel 82 EF. Det er tilstrækkeligt, at det er mere sandsynligt, at en sådan ekskluderende virkning indtræder, end at den ikke gør.«