Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
JULIANE KOKOTT
od 21. svibnja 2015.[1]

**Predmet C-23/14**

**Post Danmark A/S**
**protiv**
**Konkurrencerådet**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Sø- og Handelsret (Danska))

„Tržišno natjecanje – Zloporaba vladajućeg položaja (članak 82. UEZ-a) – Poštanske usluge – Dansko tržište za distribuciju masovnih pisama – Izravne promidžbene pošiljke – Monopolni položaj bivšeg državnog poštanskog poduzetnika na značajnom dijelu tržišta – Sustav rabata – Učinak istiskivanja – Nepostojanje praga znatnosti ili praga de minimis – Test jednako učinkovitog konkurenta (as efficient competitor test)“

## I – **Uvod**

1. Ovaj prethodni postupak Sudu ponovno pruža priliku da u pogledu članka 82. UEZ-a, sadašnjeg članka 102. UFEU-a, pojasni svoju sudsku praksu o zloporabi sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju, čiji počeci sežu više od 40 godina u prošlost[2].

2. Ovaj predmet odnosi se na pitanje je li danski poduzetnik Post Danmark A/S u 2007. i 2008. godini zloupotrijebio svoj vladajući položaj za distribuciju masovnih pisama primateljima u Danskoj. Pritom je u biti potrebno ispitati je li društvo Post Danmark provodilo praksu istiskivanja koja predstavlja zloporabu na način da je na distribuciju izravnih promidžbenih pošiljki odobravalo rabate do 16% ako su njegovi klijenti u referentnom razdoblju od jedne godine količinom ili prometom dosegnuli određene standardizirane pragove. Pritom se predmetni rabat odobravao retroaktivno, to jest odnosio se na sve izravne promidžbene pošiljke poslane za dotičnog klijenta u cjelokupnom referentnom razdoblju.

3. Sud će u ovom slučaju posebno trebati razjasniti je li za ocjenu protutržišnog karaktera sustava rabata u smislu članka 82.UEZ-a pravno potrebno provesti analizu cijene i troškova u kojoj se poslovanje poduzetnika u vladajućem položaju uspoređuje s poslovanjem jednako učinkovitog konkurenta (takozvani *as efficient competitor test*, skraćeno: test AEC). Osim toga, postavlja se pitanje mora li učinak istiskivanja koji proizlazi iz sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju prekoračiti ikakav prag znatnosti (prag *de minimis*) kako bi se smatrao protutržišnim.

1 — Izvorni jezik: njemački

2 — Vidjeti posebno presude Suiker Unie i dr./Komisija (40/73 do 48/73, 50/73, 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73, EU:C:1975:174), Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313), British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166), Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221) i Michelin/Komisija (T-203/01, EU:T:2003:250).

4. Ta su pitanja osobito važna u vremenu u kojem se pojavljuje sve više zahtjeva za jačim gospodarski orijentiranim pristupom u europskom pravu tržišnog natjecanja (*more economic approach*). Odgovaranjem na ta pitanja, koje će vjerojatno imati signalni učinak koji uvelike prelazi okvire ovog slučaja [3], Sud se, prema mojem mišljenju, ne bi trebao previše povoditi za duhom vremena ili za prolaznim trendovima, nego se mnogo više prisjetiti pravnih osnova na kojima se temelji zabrana zloporabe vladajućeg položaja u pravu Unije.

## II – **Pravni okvir**

5. Pravni okvir Unije u ovom slučaju određen je člankom 82. UEZ-a (sadašnji članak 102. UFEU-a). Dansko pravo u članku 11. Konkurrencelova [4] sadrži nacionalnu odredbu koja, u mjeri u kojoj je ovdje od interesa, odgovara članku 82. UEZ-a i koju je na temelju zakonskih materijala potrebno tumačiti u skladu s člankom 82. UEZ-a.

## III – **Činjenično stanje i glavni postupak**

6. Glavni postupak odnosi se na spor između društva Post Danmark i danskog tijela nadležnog za tržišno natjecanje Konkurrenceråda [5]. Odlukom od 24. lipnja 2009. Konkurrenceråd je utvrdio da je društvo Post Danmark u 2007. i 2008. godini sustavom rabata za izravne promidžbene pošiljke zloupotrijebilo svoj vladajući položaj na danskom tržištu za masovne pošiljke pisama te na taj način povrijedilo članak 82. UEZ-a te članak 11. Konkurrencelova. Stoga je Konkurrenceråd tom poduzetniku zabranio daljnju primjenu sustava rabata.

7. U spornom razdoblju i danska država i privatni ulagači držali su udjele u društvu Post Danmark. Poduzetnik je podlijegao zakonski propisanoj obvezi pružanja univerzalne usluge za određene poštanske pošiljke, među ostalim, i izravne promidžbene pošiljke te je bio obvezan primjenjivati jedinstvenu tarifu u odnosu na cijelo dansko državno područje. Zauzvrat je društvo Post Danmark raspolagalo zakonskim monopolom za sve pošiljke pisama lakše od 50 g. Time je isključivo pravo društva Post Danmark obuhvaćalo oko 70% tržišta za masovne pošiljke pisama.

8. Tržište masovnih pošiljki pisama u Danskoj sud koji je uputio zahtjev smatra relevantnim proizvodnim i zemljopisnim tržištem. Na tom je tržištu društvo Post Danmark u predmetnom razdoblju imalo tržišni udio od oko 95%. Izravne promidžbene pošiljke, to jest adresirane pošiljke oglašavanja koje se istodobno šalju velikom broju primatelja, čine segment tog tržišta masovnih pošiljki pisama u razmjeru od oko 12% ukupnog tržišta za 2007. godinu i 7% za 2008. godinu. Udio izravnih promidžbenih pošiljki koje nisu bile obuhvaćene monopolom društva Post Danmark u 2007. godini iznosio je oko 15%, a u 2008. oko 9% tržišta za masovne pošiljke pisama.

9. Bring Citymail Danmark A/S, društvo kći norveškog državnog poduzetnika Posten Norge AS, nudio je od 2007. u konkurenciji s društvom Post Danmark dostavu poslovnih pisama, uključujući izravne promidžbene pošiljke, u Kopenhagenu i okolici te je u odgovarajućem razdoblju bilo jedini ozbiljni konkurent društvu Post Danmark na danskom tržištu za masovna pisma. Početkom 2010. društvo Bring Citymail povuklo se s danskog tržišta zbog velikih gubitaka. Među strankama je sporno je li to povlačenje proizišlo iz sustava rabata za izravne promidžbene pošiljke koji je u to vrijeme primjenjivalo društvo Post Danmark.

3 — I u postupcima povodom pravnih lijekova koji su u tijeku u predmetu Intel/Komisija (C-413/14 P) pitanje o pravnoj nužnosti testa AEC u odnosu na sustave rabata, među ostalim, ima ulogu koju ne treba zanemariti.

4 — Zakon o tržišnom natjecanju

5 — Vijeće za tržišno natjecanje

10. Navedeni sustav rabata društva Post Danmark primjenjivao se od 2003. godine. Rabati, koji su iznosili od 6% do 16% uobičajene poštarine [6], bili su standardizirani i nudili su se svim klijentima po jednakim, općenito dostupnim uvjetima. Odnosili su se na razdoblja od po jedne godine. Za odobravanje rabata uzimale su se u obzir sve pošiljke koje su se naručile od društva Post Danmark obujma najmanje 3000 pisama tijekom referentnog razdoblja od jedne godine. Pritom se sustavom rabata nije razlikovalo jesu li pošiljke bile obuhvaćene monopolom društva Post Danmark ili je na predmetnom području djelovao neki konkurent.

11. Uvjet za dosezanje prvog praga rabata, koji je predviđao sniženje cijene od 6%, bio je da klijent tijekom referentne godine naruči distribuciju najmanje 30.000 pisama odnosno da bruto vrijednost poštarine za njegove pošiljke iznosi najmanje 300.000 danskih kruna. Ljestvicom koju je primjenjivalo društvo Post Danmark predviđalo se još osam razina rabata [7]. Što se tiče prvih sedam razina, povećanje smanjenja cijene iznosilo je po 1%, a što se tiče posljednjih dviju razina rabata po 2%, do najviše stope rabata od 16%. Stupnjevanje odobrenih rabata imalo je učinke ponajprije na srednje klijente, dok su veliki klijenti, s obzirom na velik obujam narudžbi, ionako redovito postizali najvišu razinu rabata.

12. Sustav rabata praktično se provodio tako da se cijena na početku svake referentne godine za pojedinog klijenta privremeno određivala na temelju obujma koji bi taj klijent vjerojatno tražio tijekom jedne godine. Zatim su se na kraju referentne godine retroaktivno prilagođavale sve cijene na temelju pisama koja su tijekom godine stvarno poslana za tog klijenta. To je moglo dovesti do klijentove obveze naknade određenog iznosa društvu Post Danmark, ako njegov stvarni obujam narudžbi bude niži od predviđenog te je stoga na početku godine unaprijed obračunat i odobren prevelik rabat.

13. Konkurrenceråd je smatrao da je primjena opisanog sustava rabata zloporaba vladajućeg položaja. Načinom odobravanja rabata klijenti su vezani za društvo Post Danmark i time je tržište masovnih pošiljki pisama zatvoreno na štetu sadašnjih i mogućih konkurenata a da pritom nema pogodnosti učinkovitosti u korist potrošača koje bi mogle uravnotežiti restriktivne učinke na tržišno natjecanje.

14. U okviru svoje ocjene Konkurrenceråd je odustao od provođenja analize cijene i troškova s pomoću testa AEC. Tvrdio je da taj test nije prikladan kao mjerilo za ocjenu jer zbog posebnih okolnosti na danskom poštanskom tržištu uopće nije moglo biti jednako učinkovitog konkurenta. Kako bi obrazložilo pretpostavku o zloporabi, tijelo nadležno za tržišno natjecanje oslanjalo se na poseban položaj društva Post Danmark na relevantnom tržištu zbog kojeg je taj poduzetnik bio nezaobilazan trgovinski partner. Osim toga, Konkurrenceråd je, među ostalim, upozorio na postojanje prepreka za ulazak na tržište te na konkretnu strukturu sustava rabata, posebno na njegov retroaktivan karakter u odnosu na referentno razdoblje od jedne godine, opseg smanjenja cijene do 16% i ispitivanje stvarnog položaja kupca u okviru stupnjevanja rabata.

15. Odlukom od 10. svibnja 2010. Konkurrenceankenævn [8] potvrdio je odluku Konkurrenceråda. Protiv te odluke društvo Post Danmark 1. srpnja 2010. podnijelo je tužbu danskom Sø- og Handelsretu [9], sudu koji je uputio zahtjev. Društvo Bring Citymail Danmark interveniralo je u glavnom postupku u potporu Konkurrencerådu.

6 — Prema podacima društva Post Danmark, odobreni je rabat u prosjeku iznosio 10,6%.

7 — Ostali pragovi rabata iznosili su 75.000, 150.000, 300.000, 500.000, 750.000, 1.000.000, 1.500.000 i 2.000.000 pošiljki odnosno najmanje 750.000, 1.500.000, 3.000.000, 5.000.000, 7.500.000, 10.000.000, 15.000.000 i 20.000.000 danskih kruna bruto vrijednosti.

8 — Žalbeno vijeće u predmetima tržišnog natjecanja

9 — Pomorski i trgovački sud

## IV – **Zahtjev za prethodnu odluku i postupak pred Sudom**

16. Odlukom od 8. siječnja 2014., zaprimljenom 16. siječnja 2014., Sø- og Handelsret postavio je Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Koje bi smjernice trebalo koristiti pri odlučivanju o tome predstavlja li primjena sustava rabata sa standardiziranim količinskim pragom koji ima svojstva opisana u zahtjevu za prethodnu odluku zloporabu vladajućeg položaja koja je u suprotnosti s člankom 82. UEZ-a?

Od Suda se traži da u svojem odgovoru razjasni koliko je za ocjenu činjenica važno jesu li pragovi sustava rabata određeni na takav način da se sustav rabata primjenjuje na većinu korisnika usluga na tržištu.

Od Suda se nadalje traži da u odgovoru razjasni koja je važnost, ako je uopće ima, cijena i troškova poduzetnika u vladajućem položaju u procjeni tog sustava rabata u skladu s člankom 82. UEZ-a (važnost testa ‚jednako učinkovitog konkurenta').

Istodobno se od Suda traži da razjasni koju važnost u vezi s tim imaju svojstva tržišta, uključujući i to mogu li svojstva tržišta opravdati učinak zatvaranja tržišta na koji upućuju druga ispitivanja i analize, različiti od testa ‚jednako učinkovitog konkurenta' (vidjeti u tom pogledu točku 24. Komunikacije Komisije o provedbi članka 82. UEZ-a).

2. Koliko vjerojatan i ozbiljan mora biti protutržišni učinak sustava rabata koji ima svojstva opisana u zahtjevu za prethodnu odluku da bi se primijenio članak 82. UEZ-a?

3. Imajući u vidu odgovore na prvo i drugo pitanje, koje posebne okolnosti nacionalni sud mora uzeti u obzir prilikom ocjene ima li ili može li sustav rabata, u okolnostima poput onih koje su opisane u zahtjevu za prethodnu odluku (svojstva tržišta i režima rabata), u konkretnom slučaju imati takav učinak zatvaranja tržišta da to predstavlja zloporabu predviđenu člankom 82. UEZ-a?

S time u vezi, treba li učinak zatvaranja tržišta biti znatan?"

17. U prethodnom postupku pred Sudom pisana su očitovanja, uz društva Post Danmark i Bring Citymail, podnijeli Kraljevina Danska, Savezna Republika Njemačka, Europska komisija i Nadzorno tijelo EFTA-e. Uz iznimku Njemačke, iste su stranke sudjelovale na raspravi održanoj 26. ožujka 2015.

## V – **Analiza**

18. Svojim opsežnim nizom pitanja Sø- og Handelsret u biti pita koji se kriteriji ili „smjernice" u okviru članka 82. UEZ-a trebaju primijeniti radi ocjene sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju. Sud koji je uputio zahtjev posebno zahtijeva informaciju o tome je li provedba testa AEC pravno potrebna za utvrđivanje zloporabe vladajućeg položaja i primjenjuje li se prag znatnosti (prag *de minimis*) u ocjeni učinka istiskivanja koji možda proizlazi iz sustava rabata.

19. Ta se pitanja postavljaju u okolnostima sustava rabata društva Post Danmark, koji se, među ostalim, odlikuje sljedećim svojstvima:

— Sustav rabata zasnivao se na standardiziranim i općenito primjenjivim uvjetima, sadržavao je devet razina rabata s popustima od 6% do 16%, odnosio se na referentno razdoblje od jedne godine i bio je retroaktivnog karaktera.

— Sustav rabata primjenjivao se na tržištu na kojem je društvo Post Danmark imalo tržišni udio od 95% i na kojem je više od 70% pisama za slanje bilo obuhvaćeno zakonskim monopolom tog poduzetnika. Postojale su velike prepreke za ulazak na tržište, društvo Post Danmark imalo je strukturne pogodnosti i samo je na jednom zemljopisnom području tržišta određeno vrijeme imalo znatno manjeg konkurenta, društvo Bring Citymail.

20. Pri odgovaranju na ovaj zahtjev za prethodnu odluku kao osnovu treba uzeti zabranu zloporabe vladajućeg položaja u njezinoj verziji prije stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona jer je predmet glavnog postupka primjena sustava rabata u 2007. i 2008. godini te jer je i sporna odluka danskog tijela nadležnog za tržišno natjecanje donesena još u lipnju 2009. Dakako, sljedeća se razmatranja o članku 82. UEZ-a mogu bez problema prenijeti i na sadržajno jednak članak 102. UFEU-a.

21. Budući da se pojedina prethodna pitanja u dijelovima znatno međusobno preklapaju, na njih valja odgovoriti u izmijenjenom redoslijedu i pritom redom ispitati različite pravne probleme navedene u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje.

## A – *Kriteriji za ocjenu sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju*

### 1. Opća razmatranja (prvi dio prvog pitanja)

22. Prvi dio prvog pitanja suda koji je uputio zahtjev odnosi se na opća pravna pravila koja su u skladu s člankom 82. UEZ-a primjenjiva na ocjenu sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju.

23. Prvi površnom razmatranju može se učiniti iznenađujućim da bi se rabati poduzetnika u vladajućem položaju, koji ipak predstavljaju cjenovnu pogodnost za njihove klijente, u skladu s člankom 82. UEZ-a mogli kvalificirati kao zloporaba.

24. Međutim, valja uzeti u obzir da je tržišno natjecanje na relevantnom tržištu oslabljeno upravo prisutnošću poduzetnika u vladajućem položaju [10]. Stoga taj poduzetnik, neovisno o uzrocima svojeg vladajućeg položaja, snosi posebnu odgovornost za to da se njegovim postupanjem ne ugrozi djelotvorno i nenarušeno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu [11].

25. U skladu s time, poduzetnik u vladajućem položaju u području primjene članka 82. UEZ-a podliježe određenim ograničenjima koja nisu primjenjiva na ostale poduzetnike u tom obliku. Praksa koja u normalnim uvjetima tržišnog natjecanja ne bi bila sporna može predstavljati zloporabu ako je primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju [12]. Osobito se ne može smatrati dopuštenim svako tržišno natjecanje u pogledu cijena koje primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju [13].

26. Kao što je to Komisija pravilno navela, iza rabata koje odobravaju poduzetnici u vladajućem položaju mogu se katkad skrivati protutržišne prakse koje su samo na prvi pogled izraz posebno povoljne ponude, ali pri pobližem razmatranju imaju malo toga zajedničkog s doista niskim cijenama te mogu snažno naštetiti tržišnom natjecanju.

10 — Presude Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, t. 91.), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, t. 70.) i Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 17.)

11 — Presuda Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, t. 57.); u istom smislu presude France Télécom/Komisija (C-202/07 P, EU:C:2009:214, t. 105.), Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 176.) i TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, t. 24.)

12 — Presuda Compagnie maritime belge transports i dr./Komisija (C-395/96 P i C-396/96 P, EU:C:2000:132, t. 131.)

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

27. Točno je da sustavi rabata poduzetnika u vladajućem položaju nisu povezani s općom pretpostavkom zloporabe, koju bi ti poduzetnici trebali osporiti. Međutim, u slučaju takvih rabata razgraničenje legitimnog tržišnog natjecanja s jedne strane i protutržišnog poslovanja s druge strane u pravilu je osjetljivo pitanje koje zahtijeva pomno ispitivanje.

28. U sudskoj praksi [14] priznato je da iz čistih količinskih rabata koji su povezani isključivo s opsegom provedenih kupnji u uobičajenom slučaju ne proizlaze protutržišni učinci, tako da oni ne predstavljaju zloporabu, čak i ako ih odobrava poduzetnik u vladajućem položaju. Naime, ako povećanje isporučene količine dovede do smanjenja troškova za isporučitelja, on to smanjenje smije prenijeti na svojeg klijenta povoljnijom cijenom. Suprotno tomu, zloporabu u smislu članka 82. UEZ-a u pravilu predstavljaju rabati za vjernost ili ciljni rabati kojima poduzetnici u vladajućem položaju pokušavaju svoje vlastite klijente vezati za sebe i privući klijente svojih konkurenata.

29. Konačno, u skladu s člankom 82. UEZ-a, za ocjenu sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju nije relevantno može li se taj sustav svrstati u neku uobičajenu kategoriju, posebno kategoriju količinskih rabata ili rabata za vjernost. Mnogo je važnije je li cilj rabata, time što pružaju pogodnost koja ne počiva ni na jednoj gospodarskoj transakciji koja ih opravdava, lišiti kupca mogućnosti izbora ili mu je ograničiti u pogledu izvora opskrbe, zapriječiti konkurentima ulazak na tržište ili ojačati vladajući položaj narušavanjem tržišnog natjecanja [15]. Ukratko, radi se o tome odobrava li poduzetnik u vladajućem položaju rabate koji bi mogli izazvati *učinak istiskivanja* na relevantnom tržištu, za koji nema gospodarskog opravdanja, primjerice prijenosom uštede troškova na klijente [16]. Osim toga, člankom 82. stavkom 2. točkom (c) UEZ-a poduzetniku u vladajućem položaju posebno se zabranjuje i odobravanje diskriminatornih rabata kojima bi se trgovinskim partnerima za istovrsne poslove nametnuli nejednaki uvjeti [17].

30. U ovom slučaju nema nikakvih indicija za diskriminatorni karakter sustava rabata koji je primjenjivalo društvo Post Danmark s obzirom na njegove standardizirane i općenito primjenjive uvjete. Stoga su nacionalna tijela koja su odlučivala o glavnom postupku pravilno odmah usmjerila pozornost na pitanje može li iz sustava rabata društva Post Danmark proizići gospodarski neopravdan učinak istiskivanja.

31. Pitanje može li iz rabata koje je odobrio poduzetnik u vladajućem položaju proizići učinak istiskivanja potrebno je ispitati na temelju ukupne analize svih relevantnih okolnosti slučaja [18] (vidjeti u tom pogledu moja razmatranja u odjeljcima 2. i 3.).

32. Pritom se samo po sebi podrazumijeva da se ni želja poduzetnika u vladajućem položaju za ostvarivanjem većeg prometa ni njegova težnja za boljim planiranjem poslova ne mogu smatrati gospodarskim opravdanjem za odobravanje rabata, ako bi mogli dovesti do učinka istiskivanja [19].

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

15 — Presude Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, t. 73.), British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 67.), Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 71.) i Michelin/Komisija (T-203/01, EU:T:2003:250, t. 60.)

16 — Presuda British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točke 68. i 69.)

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

18 — Presude Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, t. 73.), British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 67.), Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 18. i 71.) i Michelin/Komisija (T-203/01, EU:T:2003:250, t. 60.)

19 — Presuda Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, t. 85.)

2. Okolnosti koje je potrebno uzeti u obzir u ocjeni sustava rabata (prvi dio trećeg pitanja i posljednji dio prvog pitanja)

33. Prvi dio trećeg prethodnog pitanja i posljednji dio prvog prethodnog pitanja odnose se na pitanje koje okolnosti konkretno treba uzeti u obzir u ocjeni mogućeg učinka istiskivanja sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju u skladu s člankom 82. UEZ-a.

34. Naravno da nije moguć općenito primjenjiv i konačan popis svih okolnosti koje je potrebno uzeti u obzir u okviru članka 82. UEZ-a jer svako tržište i svaki sustav rabata može imati svojih posebnosti. Ipak, sudu koji je uputio zahtjev s obzirom na činjenice glavnog postupka opisane u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje mogu se dati neke svrsishodne upute koje bi mu trebale olakšati donošenje odluke.

35. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, za ocjenu sustava rabata s obzirom na članak 82. UEZ-a posebno su važni kriteriji i pravila za odobravanje rabata [20] (vidjeti u tom pogledu odjeljak a) u nastavku). Kao što je to razvidno iz izraza „posebno“ koji je upotrijebio Sud, usto mogu biti važni i drugi čimbenici, primjerice uvjeti tržišnog natjecanja koji prevladavaju na relevantnom tržištu i s time usko povezan vladajući položaj poduzetnika na tom tržištu (vidjeti odjeljak b) u nastavku).

a) Kriteriji i pravila za odobravanje rabata

36. Što se, najprije, tiče kriterija i pravila za odobravanje rabata, u prilog postojanju zloporabe sustava rabata ide činjenica da taj sustav, poput onoga društva Post Danmark, nema isključivo progresivan učinak, s obzirom na to da dosezanje svakog novog praga rabata ne samo da dovodi do sniženja cijene za sve dodatne narudžbe nego ima retroaktivan učinak te se stoga njime naknadno pojeftinjuju i sve već podnesene narudžbe iz referentnog razdoblja [21].

37. Naime, na taj način već relativno male promjene u prometu proizvodima poduzetnika u vladajućem položaju, bez obzira na to radi li se o povećanjima ili smanjenjima, imaju nerazmjerne učinke na ugovorne partnere [22]. U skladu s time, takav sustav rabata redovito dovodi do učinka koji potiče vjernost, a može se opisati i kao učinak usisavanja. Taj učinak poduzetniku u vladajućem položaju olakšava da vlastite klijente veže za sebe te da privuče klijente svojih konkurenata i time si naposljetku na relevantnom tržištu prisvoji sporni dio potražnje [23].

38. Naravno da je taj učinak usisavanja to veći što su viši odobreni rabati i što se određuje dulje referentno razdoblje na koje se naknadno odnose rabati pri dosezanju svakog novog praga. Ako se, kao u ovom slučaju, odobravaju relativno visoki rabati od 6% do 16%, i to retroaktivno za relativno dugo referentno razdoblje od jedne godine [24], to upućuje na snažan učinak usisavanja. Taj se učinak u ovom slučaju dodatno jača činjenicom da su rabati bili primjenjivi bez razlike na sporni dio kao i na nesporni dio potražnje, dakle posebno na pisma do 50 g obuhvaćena zakonskim monopolom društva Post Danmark.

20 — Presude Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, t. 73.), British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 67.), Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 71.) i Michelin/Komisija (T-203/01, EU:T:2003:250, t. 60.)

21 — Vidjeti u tom smislu presude Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, t. 81.), British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 73.) i Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, posebno t. 75.).

22 — Presuda British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 73.)

23 — Presuda Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 79.)

24 — U pogledu duljine referentnog razdoblja vidjeti, primjerice, presudu Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, t. 81.).

39. Ako se, osim toga, poduzetniku u vladajućem položaju može dokazati namjera istiskivanja, to je snažna dodatna indicija za zloporabu sustava rabata koji taj poduzetnik primjenjuje [25]. Međutim, takva namjera ili strategija istiskivanja nije nužan uvjet za utvrđivanje povrede članka 82. UEZ-a s obzirom na to da je zloporaba vladajućeg položaja objektivan pojam [26]. Sama okolnost da društvo Post Danmark u ovom slučaju tvrdi da nije djelovalo s namjerom istiskivanja nimalo ne štiti poduzetnika od utvrđenja zloporabe u smislu članka 82. UEZ-a.

40. Ako se radi o diskriminaciji između trgovinskih partnera u smislu članka 82. stavka 2. točke (c) UEZ-a, tada je točno da je zloporaba rabata poduzetnika u vladajućem položaju posebno očita. Zloporabu u smislu članka 82. UEZ-a može predstavljati sustav rabata i ako bez diskriminatornih elemenata dovodi do protutržišnih učinaka istiskivanja na tržištu [27]. Nadzorno tijelo EFTA-e u tom je pogledu pravilno istaknulo da je manje važno razlikovanje individualiziranih i standardiziranih rabata od ispitivanja bi li pojedini sustav rabata konkretno mogao dovesti do učinaka istiskivanja na tržištu.

41. Konačno, obračunavanje „negativnih“ cijena, to jest nižih od proizvodnih troškova, klijentima *nije* preduvjet za utvrđivanje zloporabe sustava retroaktivnih rabata koji primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju [28]. Naime, na temelju svojeg znatno većeg prometa poduzetnik u vladajućem položaju u pravilu unatoč odobrenju znatnih rabata još može pokrivati troškove. Stoga on svojim rabatima može izazvati učinak istiskivanja a da sam nužno ne ostvari gubitke.

b) Uvjeti tržišnog natjecanja koji prevladavaju na relevantnom tržištu i vladajući položaj poduzetnika na tom tržištu

42. Nadalje, što se tiče prevladavajućih uvjeta tržišnog natjecanja i vladajućeg položaja poduzetnika na relevantnom tržištu, moguć protutržišni učinak istiskivanja sustava rabata vjerojatniji je i značajniji što je jači vladajući položaj poduzetnika na relevantnom tržištu i što je slabiji položaj njegovih sadašnjih ili mogućih konkurenata. Pritom ne treba uzeti u obzir samo tržišne udjele poduzetnika u vladajućem položaju i njegovih konkurenata, nego i porijeklo vladajućeg položaja tog glavnog igrača te moguć postojeći zakonski monopol koji on ima na cjelokupnom tržištu ili na jednom njegovu dijelu [29].

43. U ovom je slučaju društvo Post Danmark kao povijesni državni poštanski poduzetnik, u skladu s utvrđenjima u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje, imalo premoćan tržišni udio od 95% na danskom tržištu masovnih pisama, dok je Bring Citymail imao samo oko 5%.

44. Tako velik raskorak između tržišnog udjela poduzetnika u vladajućem položaju i tržišnog udjela konkurencije mogao bi ojačati nastupanje učinaka istiskivanja jer je u tim okolnostima konkurentima poduzetnika u vladajućem položaju posebno teško nadmašiti njegove rabate usmjerene na cjelokupni obujam prometa [30].

45. Osim toga, 70% tog tržišta bilo je obuhvaćeno zakonskim monopolom društva Post Danmark, to jest monopolom za pisma do 50 g, i tako unaprijed nije bilo otvoreno tržišnom natjecanju. Nadalje, društvo Bring Citymail, jedini ozbiljni konkurent društvu Post Danmark, djelovalo je samo na jednom zemljopisnom području tržišta, na širem području Kopenhagena, dok je društvo Post Danmark raspolagalo učinkovitom distribucijskom mrežom diljem zemlje.

25 — Vidjeti u tom smislu presudu Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 20. i 21.).

26 — Presude Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, t. 91.), AKZO/Komisija (C-62/86, EU:C:1991:286, t. 69.), TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, t. 27.) i Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 17. i 23.)

27 — Presuda Michelin/Komisija (T-203/01, EU:T:2003:250, t. 65.)

28 — Presuda Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 73.)

29 — Vidjeti u tom smislu presudu Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, t. 23. na kraju).

30 — Presude Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, t. 82.) i British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 75.) te moje mišljenje u potonjem predmetu (EU:C:2006:133, t. 52.)

46. Sve to upućuje na to da je društvo Post Danmark, s obzirom na istaknut položaj na tržištu, bilo nezaobilazan trgovinski partner i da su rabati koje je primjenjivalo bili povezani sa znatnim potencijalom istiskivanja [31]. Taj se dojam pojačava kada se dodatno razmotre neki strukturni elementi kojima se odlikuje relevantno tržište.

47. Kao što je to već spomenuto, tržište poput danskog tržišta masovnih pisama karakterizira pružanje mrežno povezanih usluga. Kako bi mogao učinkovito poslovati i pružati usluge koje klijenti očekuju, operator na takvom tržištu treba što učinkovitiju distribucijsku mrežu. Druga je strana medalje, kao što je to već utvrđeno u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje, da se takvo tržište u gospodarskom pogledu odlikuje velikom ekonomijom razmjera i velikim preprekama za ulazak na tržište koje konkurentima poduzetnika u vladajućem položaju otežavaju da se etabliraju na tržištu i da se s tim poduzetnikom natječu za sporni dio potražnje.

48. Osim toga, za ocjenu mogućih učinaka istiskivanja sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju može biti važno i koliko su klijenti na relevantnom tržištu spremni na prelazak i koliki udio svojih potreba uopće mogu zadovoljiti kod konkurenata poduzetnika u vladajućem položaju a da ne izgube rabate.

49. Usto je u glavnom postupku utvrđeno da bi za dotične klijente u slučaju dviju trećina pošiljki pisama koje su dostupne za tržišno natjecanje prelazak od društva Post Danmark nekom drugom pružatelju poštanskih usluga dolazio u obzir samo pod pretpostavkom gubitka rabata. To pokazuje velik potencijal istiskivanja sustava rabata društva Post Danmark.

50. Sve u svemu, u ovom slučaju stoga, s obzirom na uvjete tržišnog natjecanja na relevantnom tržištu i vladajući položaj poduzetnika na tom tržištu, postoje snažne indicije da je sustav rabata poput onoga koji primjenjuje društvo Post Danmark mogao dovesti do znatnih učinaka istiskivanja.

### 3. Širok učinak sustava rabata (drugi dio prvog pitanja)

51. Drugi dio prvog prethodnog pitanja odnosi se na širok učinak sustava rabata poput onoga koji primjenjuje društvo Post Danmark. Sud koji je uputio zahtjev pita koje je značenje za pravnu ocjenu u skladu s člankom 82. UEZ-a činjenice da sustav rabata s obzirom na standardizaciju svojih pojedinih razina rabata (u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje opisani kao „količinski pragovi“) nije prilagođen individualnim klijentima nego se primjenjuje na većinu klijenata na tržištu.

52. Kao što je to Sud već odavno utvrdio, broj ugovora na koji se primjenjuju rabati koje je odobrio poduzetnik u vladajućem položaju, a time naposljetku i broj dotičnih klijenata, nije relevantan za pravnu ocjenu tih rabata u skladu s člankom 82. UEZ-a [32].

53. U skladu s time, sama okolnost da se sustav rabata odnosi na mnoge klijente ili čak na većinu klijenata na tržištu i da stoga ima vrlo širok učinak ništa ne govori o njegovoj zloporabi u smislu članka 82. UEZ-a.

54. Međutim, ako bi takav sustav rabata mogao dovesti do učinka usisavanja u korist poduzetnika u vladajućem položaju, tada obuhvaćanje znatnog broja klijenata i većine sporne potražnje na tržištu može dovesti do toga da stvarni ili potencijalni učinci istiskivanja budu ozbiljniji nego u slučaju sustava rabata s manjim učinkom. Nekoliko je stranaka u postupku to opravdano istaknulo.

31 — Posebno u pogledu potrebnog uzimanja u obzir položaja poduzetnika u vladajućem položaju kao nezaobilaznog trgovinskog partnera vidjeti presude Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, t. 41.) i Compagnie maritime belge transports i dr./Komisija (C-395/96 P i C-396/96 P, EU:C:2000:132, t. 132.).

32 — Presuda Suiker Unie i dr./Komisija (40/73 do 48/73, 50/73, 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73, EU:C:1975:174, t. 511.)

4. Privremeni zaključak

55. Stoga je ukratko potrebno zaključiti:

Sustav rabata koji primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju predstavlja zloporabu u smislu članka 82. UEZ-a ako na temelju ukupne analize svih okolnosti u pojedinom slučaju proizlazi da bi rabati mogli dovesti do gospodarski neopravdanog učinka istiskivanja, pri čemu je posebno potrebno ocijeniti kriterije i pravila za odobravanje rabata, uvjete tržišnog natjecanja koji prevladavaju na relevantnom tržištu i vladajući položaj poduzetnika na tom tržištu.

B – *Važnost testa jednako učinkovitog konkurenta („as efficient competitor test“ ili test AEC) (treći dio prvog pitanja)*

56. Treći i posljednji dio prvog prethodnog pitanja odnosi se posebno na test AEC. Tim testom pokušava se usporedbom cijena i troškova [33] zaključiti može li jednako učinkovit konkurent kao poduzetnik u vladajućem položaju konkurirati tom poduzetniku ili, naprotiv, politika rabata poduzetnika u vladajućem položaju na relevantnom tržištu dovodi do protutržišnih učinaka istiskivanja.

57. Sud koji je uputio zahtjev pita je li za utvrđenje zloporabe vladajućeg položaja pomoću sustava rabata pravno potrebna provedba testa AEC te, ako nije, na temelju koji se drugih okolnosti eventualno može zaključiti o zloporabi tog sustava rabata.

58. Te dijelove pitanja treba sagledati u okviru Komunikacije Komisije iz 2009. [34], u kojoj je ona u svojstvu tijela nadležnog za tržišno natjecanje objavila svoje provedbene prioritete u primjeni članka 82. UEZ-a. Sud koji je uputio zahtjev izričito se u predmetnom slučaju poziva na navedenu Komunikaciju o provedbenim prioritetima.

59. U svojoj Komunikaciji o provedbenim prioritetima Komisija je najavila da u načelu želi intervenirati protiv isključujućih djelovanja temeljenih na cijeni samo kada postupanje poduzetnika u vladajućem položaju može spriječiti ostale, jednako učinkovite konkurente (engleski: *as efficient competitors*) da sudjeluju u tržišnom natjecanju odnosno kada ih je već spriječilo [35]. Kako bi se to utvrdilo, Komisija je sebi odredila obvezu da u pogledu isključujućih djelovanja temeljenih na cijeni u pravilu provodi test AEC.

60. Međutim, za nacionalna tijela nadležna za tržišno natjecanje i sudove takva Komisijina upravna praksa svakako nema obvezujući učinak. To proizlazi, s jedne strane, iz samog teksta Komunikacije o provedbenim prioritetima, koja „nije izjava o pravnom položaju“ [36], i, s druge strane, iz ustaljene sudske prakse o takvim Komisijinim objavama [37]. Čak i ako nacionalna tijela nisu spriječena da po uzoru na Komisiju provode test AEC, u pravnom pogledu vezana su samo zahtjevima koji proizlaze iz članka 82. UEZ-a. Zadaća je našeg Suda razrada tih zahtjeva.

33 — U obzir se uzimaju prosječni troškovi poduzetnika u vladajućem položaju koji se mogu izbjeći, njegovi dugoročni prosječni granični troškovi te cijena koju bi konkurent poduzetnika u vladajućem položaju morao nuditi njegovim klijentima kako bi im nadoknadio gubitak rabata koji im odobrava taj poduzetnik.

34 — Komunikacija Komisije „Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. Ugovora o EZ-u na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zloporabu u smislu istiskivanja konkurenata s tržišta“ od 24. veljače 2009. (SL C 45, str. 7.), u daljnjem tekstu: Komunikacija o provedbenim prioritetima.

35 — Točka 23. Komunikacije o provedbenim prioritetima. U tom pogledu napominjem da njemački tekst tog odlomka Komunikacije o provedbenim prioritetima „daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen“ vrlo nepotpuno odražava pravne zahtjeve u skladu s kojima stvarni protutržišni utjecaji ne trebaju biti dokazani (presude British Airways/Komisija, C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 68. i Tomra Systems i dr./Komisija, C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 68. i 79.). Više u skladu s pravnim okvirom članka 82. UEZ-a (člankom 102. UFEU-a) čine se engleska („has already been or is capable of hampering competition“) i francuska jezična verzija Komunikacije o provedbenim prioritetima („ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence“).

36 — Točka 3. Komunikacije o provedbenim prioritetima

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

61. Smatram da iz članka 82. UEZ-a *ne* proizlazi pravna obveza da se utvrđivanje zloporabe sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju uvijek oslanja na analizu cijene i troškova kao što je test AEC.

62. Točno je da je Sud u pogledu drugih cjenovnih praksi koje nisu rabati katkad zahtijevao provedbu testa AEC, naglašavajući da članak 82. UEZ-a poduzetniku u vladajućem položaju *posebno* zabranjuje primjenu praksi koje dovode do učinka istiskivanja *njegovih konkurenata koji se smatraju jednako učinkovitima* [38].

63. Međutim, iz te sudske prakse ne proizlazi apsolutan zahtjev da se u ocjeni u području prava tržišnog natjecanja isključujućih djelovanja temeljenih na cijeni uvijek provodi test AEC. Kao prvo, ta se sudska praksa odnosi posebno na cjenovne prakse poduzetnika u vladajućem položaju kao što je politika niskih cijena (na primjer cjenovna strategija *loss leader*) ili cjenovno istiskivanje marže pretjeranim snižavanjem marži, koji već po svojoj prirodi pokazuju usku povezanost sa strukturom troškova dotičnih poduzetnika. Osim toga, iz izraza „posebno“ koji je izabrao Sud (francuski: notamment) [39] jasno proizlazi da se ne može uvijek pretpostaviti da postoji zloporaba vladajućeg položaja samo ako učinak istiskivanja nastane za jednako učinkovite poduzetnike kao što je onaj u vladajućem položaju.

64. Što se posebno tiče sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju, Sud još nikad nije uvjetovao kvalifikaciju zloporabe u smislu članka 82. UEZ-a potrebom analize cijene i troškova. Suprotno tomu, u pogledu takvih sustava rabata uvijek je presuđivao da nedostatak usporedbe cijena s troškovima nije pogreška koja se tiče prava [40]. Sud bi se toga trebao držati i u ovom slučaju.

65. Zasigurno bi u teoriji bilo moguće općenito uvjetovati utvrđivanje isključujućeg djelovanja temeljenog na cijeni provođenjem testa AEC i propisati tako taj test i u pogledu sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju na tržištu. Međutim, zbog nekoliko razloga valja sumnjati u takav daljnji razvoj sudske prakse u pogledu članka 82. UEZ-a.

66. Kao prvo, dodana vrijednost opsežnih ekonomskih analiza nije uvijek razvidna i može dovesti do nerazmjernog korištenja resursima tijela nadležnih za tržišno natjecanje i sudova, koji zatim nedostaju drugdje za djelotvornu provedbu pravila o tržišnom natjecanju. Primijenjena metoda može, kao što to očitovanjima dokazuju Post Danmark, Bring Citymail i danska vlada pred Sudom, biti povod za znatne razlike u mišljenjima [41]. Bez obzira na to, podaci koji su na raspolaganju kao osnova nisu uvijek pouzdani [42] te je potrebna spremnost poduzetnika u vladajućem položaju na suradnju s tijelima nadležnima za tržišno natjecanje te sa sudovima, koja, kao što je to istaknula njemačka vlada, nije uvijek zajamčena.

67. Kao drugo, valja upozoriti na pogrešnu predodžbu da bi se problem isključujućeg djelovanja temeljenog na cijeni mogao jednostavno i pravno sigurno riješiti nekom vrstom matematičke formule samo na osnovi podataka o cijenama i troškovima predmetnog poduzetnika. Kao što je to već navedeno: nerijetko je moguće raznoliko tumačenje podataka poduzetnika.

38 — Presuda Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, t. 25.); vidjeti, osim toga, presude Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, posebno t. 177., 183., 196., 203. i 254.) i TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, posebno t. 67., 73. i 94.); također u presudi AKZO/Komisija (C-62/86, EU:C:1991:286, posebno t. 71. i 72.) uzima se u obzir, među ostalim, analiza cijene i troškova.

39 — Presude Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, t. 25.) i Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 177., pritom se u njemačkoj jezičnoj verziji izraz „u. a.“ (i dr. – hrv.) upotrebljava kao ekvivalent francuskog izraza „notamment“)

40 — Presuda Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 80.; vidjeti podredno i t. 73.).

41 — Činjenicu da rezultat testa AEC nije uvijek jednoznačan predviđa i Komisija u točki 25. svoje Komunikacije o provedbenim prioritetima.

42 — Da za test AEC moraju biti na raspolaganju pouzdani podaci naglašava i Komisija u točki 25. svoje Komunikacije o provedbenim prioritetima.

68. Posebno je za utvrđivanje zloporabe u okviru članka 82. UEZ-a, kao i u drugim situacijama, uvijek potrebno vrijednosno razmatranje uz uzimanje u obzir svih relevantnih okolnosti pojedinog slučaja, koje se ne smije zadovoljiti samo razmatranjem podataka o cijenama i troškovima. Suprotno tomu, mnogi su drugi čimbenici, osobito konkretna struktura sustava rabata te određene posebnosti tržišta na kojem posluje poduzetnik u vladajućem položaju, također važni za utvrđivanje zloporabe. Mogu čak biti znatno važniji od analize cijene i troškova.

69. Uzimanje u obzir svih relevantnih okolnosti pojedinog slučaja te mogućnost objektivnog opravdavanja poslovanja poduzetnika u vladajućem položaju dovoljno osiguravaju da pravni zahtjevi za utvrđivanje zloporabe u smislu članka 82. ne zanemare gospodarske stvarnosti [43].

70. Ako zloporaba sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju već proizlazi iz ukupne analize ostalih okolnosti pojedinog slučaja, kao što sam ih gore razmotrila [44], tada u pravnom pogledu nije nužna provedba analize cijene i troškova kao što je test AEC.

71. Štoviše, u skladu s člankom 82. UEZ-a, ne može postojati pravna obveza provedbe testa AEC ako je s obzirom na strukturu tržišta isključeno da neki drugi poduzetnik može biti jednako učinkovit kao onaj u vladajućem položaju. Uzrok tomu mogu biti posebni uvjeti tržišnog natjecanja na relevantnom tržištu (primjerice jer se ono, kao što je to ovdje slučaj, odlikuje velikim preprekama za ulazak na tržište, velikom ekonomijom razmjera i/ili mrežno povezanim uslugama) ili činjenica da visina troškova poduzetnika u vladajućem položaju posebno proizlazi iz konkurentske prednosti koju ima taj poduzetnik zahvaljujući vladajućem položaju [45].

72. U takvim slučajevima već u početku ne bi bilo smisleno bilo kakvom analizom cijene i troškova ispitivati dovodi li sustav rabata poduzetnika u vladajućem položaju do učinka istiskivanja za nekog hipotetskog, jednako učinkovitog konkurenta. Naime, ako uopće ne može biti jednako učinkovitog konkurenta kao što je poduzetnik u vladajućem položaju, tada ni na temelju testa AEC nije moguće pouzdano zaključiti može li doći do učinaka istiskivanja na tržištu.

73. Baš naprotiv, na tržištu na kojem je tržišno natjecanje s obzirom na prisutnost poduzetnika u vladajućem položaju tako oslabljeno da se konkurenti jednake učinkovitosti uopće ne mogu etablirati, ni pritisak tržišnog natjecanja koji uzrokuju manje učinkoviti poduzetnici ne smije se podcijeniti [46]. Njegovo je očuvanje jedan od temeljnih ciljeva članka 82. UEZ-a. Naime, potrebno je spriječiti da se struktura tržišta i mogućnosti izbora klijenata na temelju poslovanja poduzetnika u vladajućem položaju dodatno pogoršaju [47].

74. Stoga članak 82. UEZ-a zabranjuje da se test AEC provodi na tržištu na kojem je s obzirom na njegovu strukturu isključeno da neki drugi poduzetnik može biti jednako učinkovit kao onaj u vladajućem položaju.

75. Stoga je ukratko potrebno zaključiti:

Članak 82. UEZ-a ne zahtijeva da se zloporaba sustava rabata koji primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju dokaže na temelju analize cijene i troškova poput testa jednako učinkovitog konkurenta (*as efficient competitor test*) ako zloporaba tog sustava rabata proizlazi već iz ukupne analize ostalih okolnosti pojedinog slučaja.

43 — Vidjeti u tom pogledu moje mišljenje u predmetu Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:256, t. 80.).

44 — Vidjeti u tom pogledu točke 33. do 54. ovoga mišljenja.

45 — Vidjeti u tom smislu presudu TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, t. 45. na kraju).

46 — Vidjeti u tom smislu i točku 24. Komunikacije o provedbenim prioritetima; vidjeti nadalje presudu Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, t. 123. na kraju).

47 — Presude France Télécom/Komisija (C-202/07 P, EU:C:2009:214, t. 105.), Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 83. i 176.), TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, t. 24.) i Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, t. 20. i 23.); slično presuda British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 66.)

Međutim, tijela i sudovi koji odlučuju o slučajevima tržišnog natjecanja slobodni su u okviru svoje ukupne analize svih okolnosti pojedinog slučaja poslužiti se takvom analizom cijene i troškova, osim ako bi s obzirom na strukturu tržišta bilo isključeno da neki drugi poduzetnik može biti jednako učinkovit kao onaj u vladajućem položaju.

### C – *Pitanje znatnosti mogućih protutržišnih učinaka sustava rabata (drugo pitanje i drugi dio trećeg pitanja)*

76. Naposljetku, sud koji je uputio zahtjev svojim drugim pitanjem pita koliko „vjerojatan i ozbiljan“ mora biti protutržišni učinak sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju kao što je društvo Post Danmark, kako „bi se primijenio“ članak 82. UEZ-a. Na isto se pitanje odnosi i drugi dio trećeg pitanja, u kojem sud koji je uputio zahtjev pita mora li „učinak zatvaranja tržišta“ takvog sustava rabata biti „znatan“.

77. Smatram da ne bi bilo dovoljno na tu problematiku sudu koji je uputio zahtjev odgovoriti jednostavnim upućivanjem na postupovnu autonomiju država članica u pogledu dokaza [48]. Naime, ovdje se radi o *sadržajnim* zahtjevima koje je potrebno postaviti za utvrđivanje zloporabe u smislu članka 82. UEZ-a. Ti zahtjevi proizlaze iz prava Unije i moraju se ujednačeno primjenjivati u cijeloj Uniji, kako bi se za sve poduzetnike koji djeluju na unutarnjem tržištu uspostavili što ujednačeniji okvirni uvjeti u pogledu pravila o tržišnom natjecanju (*level playing field*) [49].

78. Smisleno je da se zasebno ispitaju dva aspekta koja je naveo sud koji je uputio zahtjev, to jest vjerojatnost protutržišnog učinka, s jedne strane, i ozbiljnost tog učinka, s druge strane.

#### 1. Vjerojatnost nastupanja protutržišnog učinka

79. Sud koji je uputio zahtjev najprije pita koliko vjerojatan mora biti protutržišni učinak sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju da bi predstavljao zloporabu u smislu članka 82. UEZ-a.

80. U tom pogledu valja napomenuti da učinak istiskivanja koji proizlazi iz takvog sustava rabata ne smije biti samo hipotetski [50]. Drugim riječima, predmetni rabati moraju biti takvi da *bi mogli* ne samo *apstraktno* nego i *konkretno* otežati ili čak onemogućiti konkurentima poduzetnika u vladajućem položaju pristup tržištu, a njegovim ugovornim partnerima izbor između nekoliko izvora opskrbe ili trgovinskih partnera [51].

81. Međutim, u tu svrhu nije potrebna opsežna analiza konkretnih učinaka rabata na tržišno natjecanje, to jest ne mora se ispitati je li *stvarno* nastupio učinak istiskivanja [52]. Naime, zabrana iz članka 82. UEZ-a obuhvaća i postupanja poduzetnika u vladajućem položaju s *potencijalnim* protutržišnim učinkom [53]. Stoga, čak i da je točno, kao što to tvrdi društvo Post Danmark, da sporni sustav rabata u konačnici nije bio uzrok povlačenja društva Bring Citymail s danskog tržišta, time se ne isključuje utvrđivanje zloporabe u smislu članka 82.

48 — Vidjeti u tom pogledu uvodnu izjavu 5. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u (SL 2003, L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165.).

49 — U pogledu pojma „*level playing field*“ vidjeti, primjerice, moja mišljenja u predmetima Akzo Nobel Chemicals i Akcros Chemicals/Komisija (C-550/07 P, EU:C:2010:229, t. 169.), Toshiba Corporation i dr. (C-17/10, EU:C:2011:552, t. 118.) i KONE i dr. (C-557/12, EU:C:2014:45, t. 29.).

50 — Vidjeti u tom smislu presude Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 254.) i TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, t. 66. i 67.).

51 — Vidjeti u tom pogledu moje mišljenje u predmetu British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2006:133, t. 73.).

52 — Presuda Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 68. i 79.); u istom smislu presude Tetra Pak/Komisija (C-333/94 P, EU:C:1996:436, t. 44.) i Michelin/Komisija (T-203/01, EU:T:2003:250, t. 239.)

53 — Presuda TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, t. 64.); slično presuda Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, t. 44.), gdje se radi o „stvarnom ili vjerojatnom istiskivanju“.

82. Prema utvrđenoj sudskoj praksi, nužno je, ali i dovoljno da predmetni rabati *mogu* dovesti do učinka istiskivanja [54]. To je tako ako se na temelju ukupne analize svih relevantnih okolnosti pojedinog slučaja nastupanje tog učinka istiskivanja čini vjerojatnijim nego njegov izostanak [55].

83. Činilo bi mi se neprimjerenim povisiti kriterij za pretpostavljanje zloporabe koja ne bi bila u skladu s člankom 82. UEZ-a ili zahtijevati da nastupanje učinka istiskivanja bude „vrlo vjerojatno“ ili „posebno vjerojatno“ ili da se čak smatra da je „izvan razumne sumnje“.

84. Naime, poduzetnik u vladajućem položaju, neovisno o uzrocima svojeg vladajućeg položaja na tržištu, snosi posebnu odgovornost za to da se njegovim postupanjem ne ugrozi djelotvorno i nenarušeno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu [56]. Iz te odgovornosti slijedi određena obveza suzdržanosti na tržištu. Stoga se poduzetnik u vladajućem položaju mora odreći svih poslovnih praksi kod kojih je učinak istiskivanja vjerojatan, a ne samo onih kod kojih se takav učinak čini „vrlo vjerojatnim“ ili „posebno vjerojatnim“ ili za koji čak treba smatrati da je „izvan razumne sumnje“.

85. Razina vjerojatnosti nastupanja učinka istiskivanja može u svakom slučaju utjecati na opseg mogućih sankcija, primjerice na novčane kazne koje treba izreći tijelo nadležno za tržišno natjecanje. Njihova visina uvijek mora biti u skladu sa zahtjevima razmjernosti (članak 49. stavak 3. Povelje Europske unije o temeljnim pravima i članak 23. stavak 3. Uredbe br. 1/2003): što je veća vjerojatnost učinka istiskivanja i što je veći opseg tog učinka, to je stroža kazna. Međutim, ovaj prethodni postupak ne odnosi se na pitanje kazni.

2. Ozbiljnost očekivanog protutržišnog učinka

86. Sud koji je uputio zahtjev zatim pita koliko „ozbiljan“ ili „znatan“ mora biti protutržišni učinak sustava rabata da bi bio obuhvaćen zabranom zloporabe iz članka 82. UEZ-a.

87. Time se naposljetku upućuje na pitanje znatnosti mogućih protutržišnih učinaka sustava rabata poduzetnika u vladajućem položaju. Valja razjasniti pretpostavlja li utvrđivanje zloporabe u skladu s člankom 82. UEZ-a da ograničenje tržišnog natjecanja koje proizlazi iz sustava rabata prekoračuje bilo kakav prag *de minimis*.

88. Kao što je to istaknulo nekoliko stranaka u postupku, sumnje suda koji je uputio zahtjev u tom pogledu vjerojatno proizlaze iz terminološkog problema u presudi Post Danmark iz 2012. Naime, u mjerodavnoj danskoj jezičnoj verziji te presude za „učinak istiskivanja“ začudo se upotrebljava izraz „mærkbare virkninger“ [57], koji znači „znatni učinci“. Slično tomu, drugdje u istoj presudi govori se o „eliminerende virkning“ [58], dakle o „učinku uklanjanja“, što također zvuči relativno strogo.

89. Uvidom u francusku jezičnu verziju, a na kojem je jeziku navedena presuda sastavljena i donesena, razvidno je svakako da se u tom izboru riječi u danskom zasigurno radi o pogrešci u prijevodu. Naime, u francuskom se jednostavno navodi izraz „effet[s] d'éviction“, dakle „učinak istiskivanja“, što je u skladu s ostalom sudskom praksom u pogledu članka 82. UEZ-a [59].

54 — Presude British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 68.) i Michelin/Komisija (T-203/01, EU:T:2003:250, t. 239.)

55 — Vidjeti u tom smislu presudu Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), u kojoj se radi o „vjerojatno negativn[im] učincima na tržišno natjecanje“ (t. 42.) i o „stvarnom ili vjerojatnom [učinku] istiskivanj[a]“ (t. 44.).

56 — Presuda Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, t. 57.); u istom smislu presude France Télécom/Komisija (C-202/07 P, EU:C:2009:214, t. 105.), Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 176.) i TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, t. 24.)

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

58 — Presuda Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, t. 41.; slično t. 17., 22., 27., 29. i 44.)

59 — Vidjeti u tom pogledu točku 29. ovog mišljenja.

90. U tom se pogledu izrazi „mærkbare virkninger“ i „eliminerende virkning“ u presudi Post Danmark iz 2012. ne smiju pogrešno tumačiti, na način da bi bilo kakav kriterij znatnosti ili prag *de minimis* bio primjenjiv na sustave rabata poduzetnika u vladajućem položaju. Naprotiv, zloporabama u smislu članka 82. UEZ-a valja smatrati sve sustave rabata poduzetnika u vladajućem položaju koji mogu dovesti do učinka istiskivanja [60], a ne samo one čiji učinci na tržišno natjecanje jesu ili mogu biti „ozbiljni“ ili „znatni“.

91. Budući da je relevantno tržište prisutnošću poduzetnika u vladajućem položaju već oslabljeno u svojoj strukturi tržišnog natjecanja, njezino svako dodatno ograničenje u području primjene članka 82. UEZ-a može predstavljati zloporabu vladajućeg položaja poduzetnika [61].

92. Sasvim u tom smislu Sud je, otprilike u vrijeme presude Post Danmark iz 2012., zaključio da za primjenu članka 82. UEZ-a nije potrebno utvrđivanje točnog praga od kojeg bi se rabati koje odobri poduzetnik u vladajućem položaju trebali smatrati zloporabom [62]. Naime, klijenti trebaju imati mogućnost korištenja svake razine tržišnog natjecanja moguće na tržištu, a konkurenti trebaju imati mogućnost uključiti se u legitimno tržišno natjecanje na cijelom tržištu, a ne samo na njegovu dijelu. Nadalje, nije na poduzetniku u vladajućem položaju da odredi koliko se konkurenata koji mogu sudjelovati u tržišnom natjecanju smije natjecati za dio potražnje koji se još može osvojiti [63].

93. Prag *de minimis* za ocjenu učinaka istiskivanja poslovanja poduzetnika u vladajućem položaju još se iz dvaju razloga ne smatra potrebnim. Kao prvo, navedeni učinci istiskivanja, kao što je to već navedeno [64], moraju se temeljiti na konkretnom razmatranju svih relevantnih okolnosti pojedinog slučaja te biti vjerojatniji od njihova izostanka. Kao drugo, zabrana zloporabe iz članka 82. UEZ-a ionako obuhvaća samo postupanja koja mogu utjecati na trgovinu među državama članicama.

94. Svaki od tih dvaju aspekata već sam po sebi na posve dovoljan način isključuje da zabranom zloporabe sukladno članku 82. UEZ-a mogu biti obuhvaćena postupanja čiji bi protutržišni učinci bili samo hipotetski ili potpuno zanemarivi.

### 3. Privremeni zaključak

95. Stoga je ukratko potrebno zaključiti:

Bez obzira na zahtjev stvarnog ili potencijalnog utjecaja na trgovinu među državama članicama, učinak istiskivanja do kojeg može dovesti sustav rabata poduzetnika u vladajućem položaju ne mora prekoračiti bilo kakav prag znatnosti (prag *de minimis*) da bi se smatrao zloporabom u smislu članka 82. UEZ-a. Dovoljno je da je nastupanje takvog učinka istiskivanja vjerojatnije od njegova izostanka.

60 — Vidjeti u tom pogledu još jednom točku 82. ovog mišljenja.

61 — Presuda Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, t. 123. na kraju)

62 — Presuda Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 46. i 48.); slično presuda Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, t. 89.), u kojoj se ističe da su rabati za vjernost zloporaba „koliko god velik ili malen bio iznos“ predmetnih kupnji.

63 — Presuda Tomra Systems i dr./Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 42.)

64 — Vidjeti još jednom točke 31., 68. i 82. do 85. ovog mišljenja.

## VI – **Zaključak**

96. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je postavio danski Sø- og Handelsret u cjelini odgovori kako slijedi:

1. Sustav rabata koji primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju predstavlja zloporabu u smislu članka 82. UEZ-a ako na temelju ukupne analize svih okolnosti u pojedinom slučaju proizlazi da bi rabati mogli dovesti do gospodarski neopravdanog učinka istiskivanja, pri čemu je posebno potrebno ocijeniti kriterije i pravila za odobravanje rabata, uvjete tržišnog natjecanja koji prevladavaju na relevantnom tržištu i vladajući položaj poduzetnika na tom tržištu.

2. Članak 82. UEZ-a ne zahtijeva da se zloporaba takvog sustava rabata dokaže na temelju analize cijene i troškova poput testa jednako učinkovitog konkurenta (*as efficient competitor test*),ako zloporaba tog sustava rabata proizlazi već iz ukupne analize ostalih okolnosti pojedinog slučaja.

   Međutim, tijela i sudovi koji odlučuju o slučajevima tržišnog natjecanja slobodni su u okviru svoje ukupne analize svih okolnosti pojedinog slučaja poslužiti se takvom analizom cijene i troškova, osim ako bi s obzirom na strukturu tržišta bilo isključeno da neki drugi poduzetnik može biti jednako učinkovit kao onaj u vladajućem položaju.

3. Bez obzira na zahtjev stvarnog ili potencijalnog utjecaja na trgovinu među državama članicama, učinak istiskivanja do kojeg može dovesti sustav rabata poduzetnika u vladajućem položaju na tržištu ne mora prekoračiti bilo kakav prag znatnosti (prag *de minimis*) da bi se smatrao zloporabom u smislu članka 82. UEZ-a. Dovoljno je da je nastupanje takvog učinka istiskivanja vjerojatnije od njegova izostanka.