JULIANE KOKOTT
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2015. május 21.[1]

C-23/14. sz. ügy

Post Danmark A/S
kontra
Konkurrenceråd

(a Sø- og Handelsret [Dánia] által benyújtott előzetes döntéshozatal iránti kérelem)

„Verseny — Erőfölénnyel való visszaélés (EK 82. cikk) — Postai szolgáltatások — A tömeges küldemények kézbesítésének dán piaca — Címzett reklámküldemények — A korábbi állami postavállalatnak a piac jelentős részén fennálló monopolhelyzete — Árengedményrendszer — Kiszorító hatás — Érzékelhetőségi küszöb vagy de minimis küszöb hiánya — A megegyező hatékonyságú versenytárs kritériuma (»as-efficient-competitor«-elemzés)”

I – Bevezetés

1. A jelen előzetes döntéshozatal iránti eljárás ismét alkalmat nyújt a Bíróság számára, hogy az EK 82. cikkre (jelenleg EUMSZ 102. cikk) figyelemmel pontosítsa az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszereinek visszaélésszerű jellegére vonatkozó ítélkezési gyakorlatát, amelynek kezdetei több mint 40 évre nyúlnak vissza.[2]

2. Ezen ügy azt a kérdést érinti, hogy a dán Post Danmark A/S vállalkozás a 2007. és 2008. évben visszaélt-e a dániai címzetteknek szóló tömeges küldemények kézbesítésének piacán fennálló erőfölényével. E tekintetben lényegében azt kell vizsgálni, hogy a Post Danmark visszaélésszerű kiszorító gyakorlatot folytatott-e, azáltal hogy a címzett reklámküldemények kézbesítésére legfeljebb 16%-os árengedményt biztosított, amennyiben ügyfelei egy egyéves referencia-időszakon keresztül bizonyos egységes mennyiségi vagy forgalmi küszöböt elértek. Ennek során az adott árengedmény visszamenőleges hatályú volt, azaz az érintett ügyfél számára a teljes referencia-időszakon belül kézbesített összes címzett reklámküldeményre vonatkozott.

3. A Bíróságnak ebben az ügyben különösen azt kell tisztáznia, hogy az árengedményrendszerek EK 82. cikk szerinti versenyellenes jellegének értékeléséhez jogi szempontból szükséges-e olyan ár-költség elemzést elvégezni, amelyben az erőfölényben lévő vállalkozás kereskedelmi magatartását összehasonlítják valamely megegyező hatékonyságú versenytárs kereskedelmi magatartásával

1 — Eredeti nyelv: német.

2 — Lásd különösen: Suiker Unie és társai kontra Bizottság ítélet (C-40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 és 114/73, EU:C:1975:174); Hoffmann-La Roche kontra Bizottság ítélet (85/76, EU:C:1979:36); Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313); British Airways kontra Bizottság ítélet (C-95/04 P, EU:C:2007:166); Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221); Michelin kontra Bizottság ítélet (T-203/01, EU:T:2003:250).

(úgynevezett *„as-efficient-competitor”-elemzés*, rövidítve: AEC-elemzés). Ezenkívül felmerül a kérdés, hogy a valamely erőfölényben lévő vállalkozás árengedményrendszeréből eredő kiszorító hatásnak át kell-e lépnie valamiféle érzékelhetőségi küszöböt (*de minimis* küszöböt) ahhoz, hogy versenyellenesnek minősüljön.

4. Ezek a kérdések különös jelentőséggel bírnak egy olyan időszakban, amelyben erősebb gazdasági orientációjú megközelítés (*„more economic approach”*) iránti követelmények merülnek fel az európai versenyjogban. E kérdések megválaszolása során, amely minden bizonnyal a jelen ügyön túlmutató jelzésértékkel bír,[3] véleményem szerint a Bíróságnak nem szabadna hagynia, hogy az idő szelleme vagy múló divatjelenségek befolyásoljék, hanem sokkal inkább azokhoz a jogi alapokhoz kellene visszanyúlnia, amelyeken az erőfölénnyel való visszaélés uniós jogi tilalma alapul.

II – Jogi háttér

5. Ezen ügy uniós jogi hátterét az EK 82. cikk (jelenleg EUMSZ 102. cikk) határozza meg. A dán jog a Konkurrencelov[4] 11. §-ával olyan nemzeti rendelkezést tartalmaz, amely – amennyiben itt jelentőséggel bír – megfelel az EK 82. cikknek, és amelyet a törvényi rendelkezések szerint az EK 82. cikkel összhangban kell értelmezni.

III – A tényállás és az alapeljárás

6. Az alapeljárás alapjául a Post Danmark és a dán versenyhatóság, a Konkurrenceråd[5] közötti jogvita szolgál. A Konkurrenceråd a 2009. június 24-i határozatával megállapította, hogy a Post Danmark a 2007. és 2008. évben egy címzett reklámküldeményekre vonatkozó árengedményrendszer alkalmazásával visszaélt a tömeges küldemények dán piacán fennálló erőfölényével, és ilyen módon megsértette az EK 82. cikket és a Konkurrencelov 11. §-át. A Konkurrenceråd ezért megtiltotta a vállalkozás számára az árengedményrendszer további alkalmazását.

7. A szóban forgó időszakban a dán állam és magánbefektetők is rendelkeztek részesedéssel a Post Danmarkban. A vállalkozás törvény által előírt, bizonyos postai küldeményekre – többek között címzett reklámküldeményekre – vonatkozó egyetemes szolgáltatási kötelezettség hatálya alá tartozott, és köteles volt a teljes dán államterületen egységes díjakat alkalmazni. Cserébe a Post Danmark törvényi monopóliummal rendelkezett az összes 50 gramm alatti levélküldeményre vonatkozóan. Ezáltal a Post Danmark kizárólagos joga kiterjedt a tömeges küldemények piacának mintegy 70%-ára.

8. A tömeges küldemények dán piacát a kérdést előterjesztő bíróság az érintett termék- és földrajzi piacnak tekintette. Ezen a piacon a Post Danmark a szóban forgó időszakban mintegy 95%-os piaci részesedéssel rendelkezett. A címzett reklámküldemények, amelyeket egyidejűleg nagyszámú címzettnek küldenek el, a tömeges küldemények e piacának egy szegmensét képezik, a 2007. évre vonatkozóan a teljes piac mintegy 12%-ának, a 2008. évre vonatkozóan a teljes piac 7%-ának megfelelő nagyságrendben. Az olyan címzett reklámküldemények aránya, amelyek nem tartoztak a Post Danmark monopóliuma körébe, a 2007. évben a tömeges küldemények piacának mintegy 15%-át, a 2008. évben e piac mintegy 9%-át tette ki.

3 — Az Intel kontra Bizottság ügyben folyamatban lévő fellebbezési eljárásban (C-413/14 P) is többek között az AEC-elemzés árengedményrendszerek tekintetében fennálló jogi szükségességére vonatkozó kérdés játszik nem lebecsülendő szerepet.

4 — Versenytörvény.

5 — Versenytanács.

9. A Bring Citymail Danmark A/S, a Posten Norge AS norvég állami vállalat leányvállalata 2007-től a Post Danmark versenytársaként üzleti levelek – többek között címzett reklámküldemények – kézbesítését kínálta Koppenhágában és környékén, és a releváns időszakban a Post Danmark egyetlen komoly versenytársa volt a tömeges küldemények dán piacán. 2010 elején a Bring Citymail nagy veszteségei miatt ismét kivonult a dán piacról. A felek között vitatott, hogy ezt a kivonulást a Post Danmark által akkoriban alkalmazott, címzett reklámküldeményekre vonatkozó árengedményrendszer eredményezte-e.

10. A Post Danmark említett árengedményrendszere 2003-ra vezethető vissza. Az árengedmények, amelyek mértéke az általános postaköltség 6%-a és 12%-a között mozgott,[6] egységesek voltak, és azokat valamennyi ügyfélnek nyilvánosan hozzáférhető azonos feltételek mellett kínálták. Az árengedmények egyéves időszakokra vonatkoztak. Az árengedmény biztosítása szempontjából az egyéves referencia-időszak alatt – legalább 3000 küldeményt kitevő mennyiségtől – a Post Danmarknál feladott összes küldeményt figyelembe vették. Ennek során az árengedményrendszer nem tett különbséget aszerint, hogy a küldemények a Post Danmark monopóliumának körébe tartoztak-e, vagy hogy az adott területen működött-e versenytárs.

11. A 6%-os árengedményt előíró első árengedményküszöb elérésének feltétele az volt, az ügyfél egy referenciaév alatt legalább 30 000 küldeményt küldjön el, illetve a küldeményei postaköltségének értéke legalább bruttó 300 000 DKK összeget tegyen ki. A Post Danmark által alkalmazott besorolás nyolc további árengedményszintet írt elő.[7] Az első hét árengedményszint tekintetében az árengedmény emelkedésének mértéke 1–1 százalékpont, az utolsó két árengedményszint tekintetében pedig 2–2 százalékpont volt, az árengedmény legfeljebb 16%-os mértékéig. A biztosított árengedmények fokozatossága elsősorban a közepes méretű ügyfelekre volt hatással, ezzel szemben a nagy ügyfelek a megrendeléseik mennyisége alapján rendszerint egyébként is elérték a legmagasabb árengedményszintet.

12. Az árengedményrendszer gyakorlati végrehajtása olyan módon történt, hogy az ügyfél számára minden egyes referenciaév kezdetén előzetesen meghatározták az árat azon mennyiség alapján, amelyet az ügyfél az adott év során előreláthatóan igényelne. A referenciaév végén aztán – visszamenőlegesen – az összes árat kiigazították az év folyamán ezen ügyfél számára ténylegesen elküldött küldemények alapján. Ez az ügyfélnek a Post Danmarkkal szembeni visszatérítési kötelezettségét eredményezhette, ha a ténylegesen elküldött mennyiség nem érte el a becsült mennyiséget, és így az év elején túl magas árengedményt számítottak és biztosítottak.

13. A Konkurrenceråd az ismertetett árengedményrendszer alkalmazását erőfölénnyel való visszaélésnek tekintette. Az árengedmény biztosításának módja révén az ügyfeleket a Post Danmarkhoz kötötték, és így lezárták a tömeges küldemények piacát a meglévő és a potenciális versenytársak hátrányára anélkül, hogy ez a fogyasztók javára fennálló, a versenykorlátozó hatásokat ellensúlyozó hatékonysági előnyökkel párosult volna.

14. A Konkurrenceråd az értékelése során lemondott az AEC-elemzés útján történő ár-költség elemzésről. Ez nem alkalmas értékelési mércének, mivel a dán postai piac sajátos jellemzői alapján nem is létezhet megegyező hatékonyságú versenytárs. A visszaélésszerű magatartás megállapításának indokolásaként a versenyhatóság sokkal inkább a Post Danmarknak az érintett piacon fennálló azon különleges helyzetére támaszkodott, amely a vállalkozást kikerülhetetlen kereskedelmi partnerré teszi. Ezenkívül a Konkurrenceråd utalt többek között a piacralépési korlátok fennállására, valamint az árengedményrendszer konkrét kialakítására, különösen annak az egyéves referencia-időszak tekintetében fennálló visszamenőleges hatályára, az árengedmény legfeljebb 16%-os mértékére és az ügyfeleknek az árengedmények fokozatos rendszerében fennálló tényleges helyzetének vizsgálatára.

6 — A Post Danmark által szolgáltatott információk alapján a biztosított árengedmény mértéke átlagosan 10,6% volt.

7 — A további árengedményküszöbök 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 és 2 000 000 küldeményhez, illetve legalább 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 és 20 000 000 DKK bruttó értékhez kapcsolódtak.

15. A Konkurrenceankenævn [8] a 2010. május 10-i határozattal helybenhagyta a Konkurrenceråd határozatát. Ez ellen a Post Danmark 2010. július 1-jén keresetet nyújtott be a dán Sø- og Handelsrethez, [9] a kérdést előterjesztő bírósághoz. A Bring Citymail Danmark a Konkurrenceråd támogató beavatkozóként csatlakozott az alapeljáráshoz.

IV – Az előzetes döntéshozatal iránti kérelem és a Bíróság előtti eljárás

16. A Sø- og Handelsret a 2014. január 16-án érkezett, 2014. január 8-i határozatával a következő kérdéseket terjesztette a Bíróság elé előzetes döntéshozatalra:

1) Milyen iránymutatásokat kell használni annak eldöntéséhez, hogy az EK 82. cikkel ellentétes erőfölénnyel való visszaélést valósít-e meg az erőfölényben lévő vállalkozás, amikor az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban […] hivatkozott jellemzőkkel bíró, egységes mennyiségi küszöbértékkel rendelkező árengedményrendszert alkalmazza?

   A kérdést előterjesztő bíróság kéri, hogy a Bíróság válaszában tisztázza, milyen jelentősége van az értékelés során annak, hogy úgy alakították-e ki az árengedményrendszer küszöbértékeit, hogy az árengedményrendszer a piacon megtalálható ügyfelek többségére alkalmazandó.

   A kérdést előterjesztő bíróság kéri, hogy a Bíróság válaszában tisztázza továbbá, hogy az ilyen árengedményrendszernek az EK 82. cikk szerinti értékelése tekintetében van-e, és ha igen, milyen jelentősége van az erőfölényben lévő vállalkozás árainak és költségeinek (a „megegyező hatékonyságú versenytárs” kritériumának jelentősége).

   A kérdést előterjesztő bíróság ugyanakkor annak tisztázását is kéri a Bíróságtól, hogy ezzel összefüggésben milyen jelentőséggel bírnak a piac jellemzői, beleértve azt is, hogy a piac jellemzői indokolhatják-e a piaclezáró hatásnak a „megegyező hatékonyságú versenytárs” kritériumától eltérő vizsgálatokkal és elemzésekkel történő bizonyítását (e tekintetben lásd a Bizottság EK 82. cikk alkalmazásáról szóló közleményének 24. pontját).

2) Az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban […] hivatkozott jellemzőkkel bíró árengedményrendszer versenyellenes hatásának mennyire kell valószínűnek és komolynak lennie ahhoz, hogy alkalmazandó legyen az EK 82. cikk?

3) Az első és a második kérdésre adott válaszra tekintettel a nemzeti bíróságnak milyen különös körülményeket kell figyelembe vennie annak értékelésekor, hogy az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban bemutatott körülmények között (a piac és az árengedményrendszer jellemzői) az árengedményrendszer rendelkezik-e, vagy rendelkezhet-e olyan piaclezáró hatással az adott ügyben, hogy az az EK 82. cikk hatálya alá tartozó visszaélést valósítson meg?

   Ezzel összefüggésben követelmény-e a piaclezáró hatás *érzékelhetősége*?

17. A Bíróság előtti előzetes döntéshozatali eljárásban a Post Danmark és a Bring Citymail mellett a Dán Királyság, a Németországi Szövetségi Köztársaság, az Európai Bizottság és az EFTA Felügyeleti Hatóság írásbeli észrevételeket terjesztett elő. Németország kivételével ugyanezek a felek vettek részt a 2015. március 26-i tárgyaláson.

8 — Fellebbezési bizottság versenyügyekben.

9 — Tengerészeti és kereskedelmi bíróság.

V – Értékelés

18. Terjedelmes kérdéseivel a Sø- og Handelsret lényegében azt szeretné megtudni, hogy az EK 82. cikk keretében milyen kritériumokat vagy „iránymutatásokat” kell alkalmazni az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszereinek értékelése céljából. A kérdést előterjesztő bíróság különösen arról kér tájékoztatást, hogy jogi szempontból szükséges-e az AEC-elemzés elvégzése az erőfölénnyel való visszaélés megállapításához, és hogy valamely árengedményrendszer esetleges kiszorító hatásának értékelése során van-e érzékelhetőségi küszöb (*de minimis* küszöb).

19. Ezek a kérdések a Post Danmark olyan árengedményrendszerével összefüggésben merülnek fel, amelynek jellemzői – többek között – a következők:

– Az árengedményrendszer egységes és általánosan alkalmazandó feltételeken alapult, 6% és 16% közötti engedményt biztosító kilenc árengedményszintet tartalmazott, egyéves referencia-időszakra vonatkozott, és visszamenőleges hatállyal rendelkezett.

– Az árengedményrendszer alkalmazására egy olyan piacon került sor, amelyen a Post Danmark 95%-os piaci részesedéssel rendelkezett, és a kézbesítendő küldemények több mint 70%-a a vállalkozás törvényi monopóliumának körébe tartozott; a piacralépési korlátok magasak voltak, a Post Danmark strukturális előnyöket élvezett, és a Bring Citymaillel csak a piac egy földrajzi részterületén, átmenetileg, jelentősen kisebb versenytársként kellett számolnia.

20. A jelen előzetes döntéshozatal iránti kérelem megválaszolása során az erőfölénnyel való visszaélés tilalmának a Lisszaboni Szerződés hatálybalépése előtti változatát kell alapul venni, mivel az alapeljárás tárgya egy árengedményrendszernek a 2007. és 2008. években történő alkalmazása, és a dán versenyhatóság vitatott határozatát még 2009 júniusában hozták. Természetesen az EK 82. cikkre vonatkozó érvelések gond nélkül alkalmazhatók a tartalmilag azonos EUMSZ 102. cikkre.

21. Mivel az egyes előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések között részben jelentős átfedések vannak, célszerű azokat módosított sorrendben megválaszolni, és ennek során az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban felvetett különböző jogi problémákkal egymás után foglalkozni.

A – *Az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszereinek értékelésére vonatkozó kritériumok*

1. Általános szempontok (az első kérdés első része)

22. Az első kérdés első részével a kérdést előterjesztő bíróság azokra az általános jogi rendelkezésekre utal, amelyek az EK 82. cikk szerint az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszereinek értékelésére vonatkoznak.

23. Első pillantásra meglepőnek tűnhet, hogy az erőfölényben lévő vállalkozások által biztosított árengedmények, amelyek mégiscsak árelőnyt jelentenek az ügyfeleik számára, az EK 82. cikk szerint visszaélésszerűnek minősülhetnek.

24. Megfontolandó azonban, hogy az érintett piacon fennálló verseny éppen az erőfölényben lévő vállalkozás jelenléte következtében gyengült meg.[10] Ezért erre a vállalkozásra – függetlenül a piacon betöltött erőfölényének okaitól – különös felelősség hárul, hogy magatartásával ne sértse a belső piacon való hatékony és torzításmentes versenyt.[11]

25. Ennek megfelelően valamely erőfölényben lévő vállalkozásra az EK 82. cikk alkalmazása során bizonyos korlátozások vonatkoznak, amelyek más vállalkozásokra ebben a formában nem érvényesek. Valamely olyan magatartás, amely a szokásos verseny feltételei mellett engedélyezhető lenne, visszaélésszerű lehet, ha azt valamely erőfölényben lévő vállalkozás folytatja.[12] Különösen nem tekinthető jogszerűnek az erőfölényben lévő vállalkozás által folytatott minden árverseny.[13]

26. Ahogy a Bizottság helytállóan megjegyzi, az erőfölényben lévő vállalkozások által biztosított árengedmények mögött olykor versenyellenes gyakorlatok rejtőzhetnek, amelyek csak első pillantásra egy különösen kedvező ajánlat kifejeződései, részletes vizsgálat alapján azonban csak kevéssé jelentenek ténylegesen alacsony árakat, és nagyon korlátozhatják a versenyt.

27. Jóllehet az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszereihez nem tapad a visszaélésszerű jelleg általános vélelme, amelyet ezeknek a vállalkozásoknak meg kellene dönteniük. Az ilyen árengedmények esetében azonban egyfelől az érdemeken alapuló jogszerű verseny, másfelől a versenyellenes kereskedelmi magatartás elhatárolása rendszerint olyan kényes kérdés, amely gondos vizsgálatot igényel.

28. Az ítélkezési gyakorlatban[14] elismert, hogy a tisztán mennyiségi árengedmények, amelyek kizárólag a teljesített vásárlások mennyiségéhez kapcsolódnak, rendszerint nem járnak versenyellenes hatásokkal, ezért nem visszaélésszerűek még akkor sem, ha ezeket erőfölényben lévő vállalkozások biztosítják. Ha ugyanis az adott mennyiség növekedése a szállító alacsonyabb költségeként jelenik meg, az utóbbinak joga van arra, hogy ügyfeleit ebben a csökkenésben részesítse kedvezőbb ár formájában. Ezzel szemben az EK 82. cikk értelmében általában visszaélésszerűek az olyan hűségengedmények vagy célkitűzéshez kötött engedmények, amelyekkel az erőfölényben lévő vállalkozások megkísérlik a saját ügyfeleiket magukhoz kötni, és a versenytársaik ügyfeleit magukhoz csábítani.

29. Végső soron azonban az EK 82. cikk szerint egy erőfölényben lévő vállalkozás árengedményrendszerének megítélése során nem mérvadó, hogy ez a rendszer besorolható-e valamely hagyományos kategóriába, különösen a mennyiségi engedmények vagy a hűségengedmények közé. Sokkal inkább az a döntő, hogy az azt igazoló gazdasági ellenszolgáltatás nélküli előny jelentette engedmények a vevő beszerzési forrásokra vonatkozó választási lehetőségének korlátozására vagy elvételére, a versenytársak piacra jutásának akadályozására, vagy az erőfölény torzult versennyel való megerősítésére irányulnak-e.[15] Röviden szólva annak van jelentősége, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás olyan árengedményeket biztosít-e, amelyek alkalmasak arra, hogy olyan *kiszorító hatást*

10 — Hoffman-La Roche kontra Bizottság ítélet (85/76, EU:C:1979:36, 91. pont); Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313, 70. pont); Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P , EU:C:2012:221, 17. pont).

11 — Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313, 57. pont); ugyanebben az értelemben: France Télécom kontra Bizottság ítélet (C-202/07 P, EU:C:2009:2014, 105. pont); Deutsche Telekom kontra Bizottság ítélet (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 176. pont); TeliaSonera Sverige ítélet (C-52/09, EU:C:2011:83, 24. pont).

12 — Compagnie maritime belge transports és társai kontra Bizottság ítélet (C-395/96 P és C-396/96 P, EU:C:2000:132, 131. pont).

13 — AKZO kontra Bizottság ítélet (C-62/86, EU:C:1991:286, 70. pont); France Télékom kontra Bizottság ítélet (C-202/07 P, EU:C:2009:2014, 106. pont); Deutsche Telekom kontra Bizottság ítélet (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 177. pont); Post Danmark ítélet (C-209/10, EU:C:2012:172, 25. pont).

14 — Suiker Unie és társai kontra Bizottság ítélet (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 és 114/73, EU:C:1975:174, 518. pont); Hoffmann-La Roche kontra Bizottság ítélet (85/76, EU:C:1979:36, 89. és 90. pont); Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313, 71. pont); Portugália kontra Bizottság ítélet (C-163/99, EU:C:2001:189, 50. pont); Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 70. pont); Michelin kontra Bizottság ítélet (T-203/01, EU:T:2003:250, 56–59. pont).

15 — Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313, 73. pont); British Airways kontra Bizottság ítélet (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 67. pont); Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 71. pont); Michelin kontra Bizottság ítélet (T-203/01, EU:T:2003:250, 60. pont).

fejtsenek ki az érintett piacon, amelyre vonatkozóan a gazdasági igazolás – nevezetesen az ügyfelek költségmegtakarításban való részesítése – hiányzik.[16] Ezenkívül különösen az EK 82. cikk második bekezdésének c) pontja tiltja az erőfölényben lévő vállalkozások számára az olyan megkülönböztető árengedmények biztosítását is, amelyekkel egyenértékű szolgáltatások esetén az üzletfelekkel szemben eltérő feltételeket alkalmaznak.[17]

30. A Post Danmark által alkalmazott árengedményrendszer megkülönböztető jellegére vonatkozóan a rendszer egységes és általánosan alkalmazandó feltételeire tekintettel a jelen ügyben nem állnak fenn támpontok. Ennélfogva az alapjogvitával foglalkozó nemzeti hatóságok jogosan irányították a figyelmüket azonnal arra a kérdésre, hogy a Post Danmark árengedményrendszere kiválthat-e gazdaságilag nem igazolt kiszorító hatást.

31. Azt, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás által biztosított árengedmények kiválthatnak-e ilyen kiszorító hatást, az egyedi eset összes releváns körülményének átfogó értékelése alapján kell vizsgálni[18] (lásd e tekintetben a 2. és 3. szakaszban szereplő érvelésemet).

32. E tekintetben magától értetődő, hogy sem az erőfölényben lévő vállalkozás nagyobb forgalom elérésére vonatkozó kívánsága, sem az ügyletei jobb tervezésére való törekvése nem tekinthető az árengedmények biztosítására vonatkozó gazdasági igazolásnak, ha ezek alkalmasak kiszorító hatás kifejtésére.[19]

2. Az árengedményrendszerek értékelése során figyelembe veendő körülmények (a harmadik kérdés első része és az első kérdés utolsó része)

33. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett harmadik kérdés első részének és az első kérdés utolsó részének tárgyát képezi, hogy az EK 82. cikk szerint konkrétan mely körülményeket kell figyelembe venni az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszerei esetleges kiszorító hatásának értékelése során.

34. Az EK 82. cikk keretében figyelembe veendő összes körülmény általános érvényű, kimerítő felsorolása természetszerűleg nem lehetséges, mivel minden piac és minden árengedményrendszer önálló sajátosságokkal bírhat. Mindazonáltal az alapeljárásnak az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban ismertetett tényállása alapján a döntést megkönnyítő hasznos útmutatások adhatók a kérdést előterjesztő bíróság számára.

35. Az állandó ítélkezési gyakorlat szerint valamely árengedményrendszernek az EK 82. cikk mércéje szerinti értékelése során különösen az engedmény adásának feltételei és módjai bírnak jelentőséggel[20] (lásd e tekintetben az alábbi a) pontot). Ahogy azonban a Bíróság által alkalmazott „különösen” megfogalmazásból megállapítható, ezenkívül más tényezők is szerepet játszhatnak, nevezetesen az érintett piacon fennálló versenyfeltételek és az erőfölényben lévő vállalkozás – ehhez szorosan kapcsolódó – érintett piacon fennálló helyzete (lásd az alábbi b) pontot).

16 — British Airways kontra Bizottság ítélet (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 68. és 69. pont).

17 — Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313, 73. pont); British Airways kontra Bizottság ítélet (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 67. pont); Portugália kontra Bizottság ítélet (C-163/99, EU:C:2001:189, 50. pont); Michelin kontra Bizottság ítélet (T-203/01, EU:T:2003:250, 60. pont).

18 — Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313, 73. pont); British Airways kontra Bizottság ítélet (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 67. pont); Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 18. és 71. pont); Michelin kontra Bizottság ítélet (T-203/01, EU:T:2003:250, 60. pont).

19 — Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:1983:313, 85. pont).

20 — Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313, 73. pont); British Airways kontra Bizottság ítélet (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 67. pont); Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 71. pont); Michelin kontra Bizottság ítélet (T-203/01, EU:T:2003:250, 60. pont).

a) Az engedmény adásának feltételei és módjai

36. Először is az engedmény adásának feltételeit és módjait illetően az árengedményrendszer visszaélésszerű jellege mellett szól, ha annak – ahogy a Post Danmark szóban forgó árengedményrendszerének – nem tisztán inkrementális hatása van, így minden új engedményküszöb elérése nemcsak a többletmegbízásokra vonatkozó árengedményt eredményez, hanem visszamenőleges hatállyal rendelkezik, és így utólagosan a referencia-időszak alatt már megadott összes megbízást is olcsóbbá teszi. [21]

37. Ily módon ugyanis az erőfölényben lévő vállalkozás termékeire vonatkozó üzleti forgalom viszonylag enyhe változásai – legyenek azok emelkedőek vagy csökkenőek – a szerződő felek tekintetében aránytalan hatásokat eredményeznek. [22] Ennek megfelelően az ilyen árengedményrendszer rendszerint hűségépítő hatást fejt ki, amelyet szívóhatásnak is nevezhetünk. Ez megkönnyíti az erőfölényben lévő vállalkozás számára, hogy a saját ügyfeleit magához kösse, valamint a versenytársai ügyfeleit magához csábítsa, és ezáltal az érintett piacon végső soron a kereslet megtámadható részét a saját javára elszívja. [23]

38. Ez a szívóhatás természetszerűleg annál nagyobb, minél magasabb a biztosított árengedmény, és minél hosszabb olyan referencia-időszakot állapítanak meg, amelyre az árengedmény minden új árengedményküszöb elérésekor vonatkozik. Erős szívóhatásra utal, ha – ahogy a jelen ügyben – hasonlóan magas, 6% és 16% közötti árengedményt biztosítanak visszamenőlegesen egy viszonylag hosszú egyéves referencia-időszakon keresztül. [24] Ezt a szívóhatást a jelen ügyben még az is erősíti, hogy az árengedmények különbségtétel nélkül vonatkoztak a kereslet megtámadható és megtámadhatatlan részére is, különösen tehát a Post Danmark monopóliumának körébe tartozó, legfeljebb 50 grammos küldeményekre is.

39. Amennyiben ezenkívül bizonyítható, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás szándéka kiszorításra irányult, ez az általa alkalmazott árengedményrendszer visszaélésszerű jellegére utaló további nyomós valószínűsítő körülménynek minősül. [25] Mindazonáltal a kiszorításra irányuló ilyen szándék vagy stratégia nem szükségszerű feltétele az EK 82. cikk megsértése megállapításának, ugyanis a piaci erőfölény visszaélésszerű kihasználása objektív fogalom. [26] Önmagában az a körülmény, hogy a Post Danmark a jelen ügyben azzal érvel, hogy magatartása nem irányult kiszorításra, semmiképpen nem védi tehát a vállalkozást az EK 82. cikk szerinti visszaélés megállapításától.

40. Jóllehet, amennyiben az EK 82. cikk második bekezdésének c) pontja szerinti, üzletfelek közötti megkülönböztetés áll fenn, az erőfölényben lévő vállalkozás által biztosított árengedmények visszaélésszerű jellege különösen nyilvánvaló. Az EK 82. cikk értelmében azonban akkor is visszaélésszerű lehet egy árengedményrendszer, ha megkülönböztető elemek nélkül versenyellenes kiszorító hatást eredményez a piacon. [27] Helytállóan emelte ki ezzel összefüggésben az EFTA Felügyeleti Hatóság, hogy kevésbé az egyedi és az egységes árengedmények közötti különbségtétel bír jelentőséggel, hanem sokkal inkább az adott árengedményrendszer piaci kiszorító hatás kiváltására való konkrét alkalmasságának vizsgálata.

21 — Ebben az értelemben: Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313, 81. pont); British Airways kontra Bizottság ítélet (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 73. pont); Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, különösen a 75. pont).

22 — British Airways kontra Bizottság ítélet (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 73. pont).

23 — Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 79. pont).

24 — A referencia-időszak hosszáról lásd például: Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313, 81. pont).

25 — Ebben az értelemben: Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 20. és 21. pont).

26 — Hoffmann-La Roche kontra Bizottság ítélet (85/76, EU:C:1979:36, 91. pont); AKZO kontra Bizottság ítélet (C-62/86, EU:C:1991:286, 69. pont); TeliaSonera-ítélet (C-52/09, EU:C:2011:83, 27. pont); Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 17. és 23. pont).

27 — Michelin kontra Bizottság ítélet (T-203/01, EU:T:2003:250, 65. pont).

41. Végül az ügyfelek számára „negatív árak”, vagyis az önköltségi árnál alacsonyabb árak számlázása *nem* jelenti előzetes feltételét az erőfölényben lévő vállalkozás által alkalmazott utólagos engedmények rendszere visszaélésszerű jellege megállapításának.[28] Az erőfölényben lévő vállalkozás ugyanis az egyértelműen magasabb forgalma miatt a jelentős árengedmények biztosítása ellenére rendszerint még fedezni tudja a költségeit. Az ilyen vállalkozás tehát az árengedményeivel kiszorító hatást válthat ki anélkül, hogy maga szükségszerűen veszteségeket szenvedne el.

b) Az érintett piacon fennálló versenyfeltételek és az erőfölényben lévő vállalkozás e piacon fennálló helyzete

42. Az érintett piacon fennálló versenyfeltételeket és az erőfölényben lévő vállalkozás e piacon fennálló helyzetét illetően az árengedményrendszer esetleges versenyellenes kiszorító hatása annál valószínűbb és jelentősebb lesz, minél erősebb az erőfölényben lévő vállalkozás az érintett piacon, és minél gyengébb a meglévő vagy a potenciális versenytársak helyzete. E tekintetben nemcsak az erőfölényben lévő vállalkozás és a versenytársai piaci részesedését kell figyelembe venni, hanem a e vállalkozás erőfölényének eredetét és az esetlegesen fennálló törvényi monopóliumot, amellyel az a piac egészére vagy egy részére vonatkozóan rendelkezik.[29]

43. A jelen ügyben a Post Danmark történelmi állami postavállalatként az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban szereplő megállapítások szerint nyomasztó 95%-os piaci részesedéssel rendelkezett a tömeges küldemények dán piacán, ezzel szemben a Bring Citymailre csak mintegy 5%-os részesedés jutott.

44. Az erőfölényben lévő vállalkozás és a versenytársak piaci részesedése közötti ilyen nagy különbség alkalmas a kiszorító hatás bekövetkezésének felerősítésére, mivel ilyen körülmények között az erőfölényben lévő vállalkozás versenytársai számára különösen nehéz jobb ajánlatot tenni az előbbi vállalkozás forgalmának egészére alapított engedményekkel szemben.[30]

45. Ezenkívül e piac 70%-a a Post Danmarkot megillető – tehát a legfeljebb 50 grammos küldeményekre vonatkozó – törvényi monopólium körébe tartozott, következésképpen az eleve nem állt nyitva a verseny számára. Továbbá a Bring Citymail, a Post Danmark egyetlen komolyan vehető versenytársa csak a piac egy földrajzi részterületén működött, nevezetesen a koppenhágai nagytérségben, ezzel szemben a Post Danmark egy hatékony országos kézbesítési hálózattal rendelkezik.

46. Ezek a körülmények arra utalnak, hogy a Post Danmark a kiemelt piaci helyzetére tekintettel kikerülhetetlen kereskedelmi partner volt, és az általa alkalmazott árengedményekhez jelentős kiszorító potenciál kapcsolódott.[31] Ez a benyomás erősödik, ha kiegészítőleg megvizsgáljuk az érintett piacot jellemző néhány strukturális elemet.

47. Ahogy már említettem, a tömeges küldemények dán piacához hasonló piacot hálózathoz kötött szolgáltatások nyújtása jellemzi. A hatékony gazdálkodás és az ügyfelek által elvárt szolgáltatások nyújtása érdekében az ilyen piacon a szolgáltatónak a lehető leghatékonyabb kézbesítési hálózatra van szüksége. Az érem másik oldala, hogy – ahogy az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban szintén

28 — Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 73. pont).

29 — Ebben az értelemben korábban: Post Danmark ítélet (C-209/10, EU:C:2012:172, a 23. pont vége).

30 — Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313, 82. pont); British Airways kontra Bizottság ítélet (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 75. pont); az utóbbi ügyre vonatkozó indítványom (EU:C:2006:133, 52. pont).

31 — Konkrétan az erőfölényben lévő vállalkozás kikerülhetetlen kereskedelmi partnerkénti helyzetének szükséges figyelembevételéről lásd: Hoffman-La Roche kontra Bizottság ítélet (85/76, EU:C:1979:36, 41. pont); Compagnie maritime belge transports és társai kontra Bizottság ítélet (C-395/96 P és C-396/96 P, EU:C:2000:132, 132. pont).

megállapították – az ilyen piacot gazdasági szempontból jelentős méretgazdaságosság és magas piacralépési korlátok jellemzik, amelyek megnehezítik az erőfölényben lévő vállalkozás versenytársai számára, hogy a piacon megtelepedjenek, és a kereslet megtámadható részéért ezzel a vállalkozással versenyezzenek.

48. Ezenkívül az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszerei esetleges kiszorító hatásainak értékelése szempontjából szerepet játszhat az, hogy az érintett piacon az ügyfelek mennyire aktívak a szolgáltatóváltásban, és a szükségleteik milyen hányadát tudják egyáltalán az erőfölényben lévő vállalkozás versenytársainál árengedmény-veszteségek elszenvedése nélkül fedezni.

49. Ezzel kapcsolatban az alapeljárásban megállapították, hogy a verseny számára hozzáférhető levélküldemények kétharmada esetében az érintett ügyfelek számára a Post Danmarkról egy másik postai szolgáltatóra történő váltás csak árengedmény-veszteségek elfogadásával jött volna tekintetbe. Ez a Post Danmark árengedményrendszerének nagy kiszorító potenciáljára utal.

50. Mindent egybevetve tehát a jelen ügyben az érintett piacon fennálló versenyfeltételekre és az erőfölényben lévő vállalkozás e piacon fennálló helyzetére tekintettel nyomós jelek utalnak arra, hogy a Post Danmark által alkalmazotthoz hasonló árengedményrendszer jelentős kiszorító hatást fejthetett ki.

3. Az árengedményrendszer kiterjedéséről (az első kérdés második része)

51. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdés második részét a Post Danmark által alkalmazotthoz hasonló árengedményrendszer kiterjedésének szentelik. A kérdést előterjesztő bíróság azt szeretné megtudni, milyen jelentőséggel bír az EK 82. cikk szerinti jogi értékelés szempontjából, hogy az árengedményrendszert az egyes árengedményszintek (az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban „mennyiségi küszöbként” megjelölve) egységesítésére tekintettel nem egyedi ügyfelekre szabták, hanem az a piacon jelen lévő ügyfelek többségére alkalmazandó.

52. Ahogy a Bíróság korábban már megállapította, azon szerződések száma, amelyekre az erőfölényben lévő vállalkozás által biztosított árengedmények alkalmazandók – és így végső soron az érintett ügyfelek száma –, irreleváns ezen árengedmények EK 82. cikk szerinti jogi értékelése szempontjából. [32]

53. Ennek megfelelően önmagában az a körülmény, hogy egy árengedményrendszer a piacon sok ügyfelet vagy akár az ügyfelek többségét érinti, és következésképpen jelentős kiterjedésű, még nem árul el semmit az EK 82. cikk szerinti visszaélésszerű jellegről.

54. Amennyiben azonban az ilyen árengedményrendszer alkalmas lenne arra, hogy szívóhatást fejtsen ki az erőfölényben lévő vállalkozás javára, a jelentős számú ügyfél és a megtámadható kereslet nagy részének érintettsége a piacon azt eredményezheti, hogy a tényleges vagy lehetséges kiszorító hatások komolyabbak, mint a kisebb kiterjedésű árengedményrendszerek esetében. Erre az eljárásban részt vevő felek közül többen is jogosan hívták fel a figyelmet.

32 — Suiker Unie és társai kontra Bizottság ítélet (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 és 114/73, EU:C:1975:174, 511. pont).

4. Közbenső következtetés

55. Összefoglalva tehát a következőket kell rögzíteni:

A valamely erőfölényben lévő vállalkozás által alkalmazott árengedményrendszer az EK 82. cikk értelmében akkor visszaélésszerű, ha az egyedi eset összes körülményeinek átfogó értékelése alapján megállapítható, hogy az árengedmények alkalmasak gazdaságilag nem igazolt kiszorító hatás kifejtésére, minek során különösen az árengedmény adásának feltételeit és módjait, az érintett piacon fennálló versenyfeltételeket és az erőfölényben lévő vállalkozás e piacon fennálló helyzetét kell értékelni.

B – *A megegyező hatékonyságú versenytárs kritériumának jelentősége* („as-efficient-competitor”-elemzés *vagy AEC-elemzés) (az első kérdés harmadik része)*

56. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdés harmadik és utolsó részét konkrétan az AEC-elemzésnek szentelik. Az ilyen elemzés során az árak és a költségek [33] összehasonlításából megkísérelnek arra vonatkozó következtetéseket levonni, hogy az erőfölényben lévő vállalkozással megegyező hatékonyságú versenytárs versenyezhet-e az erőfölényben lévő vállalkozással, vagy ellenkezőleg, az erőfölényben lévő vállalkozásnak az érintett piacon alkalmazott árengedmény-politikája versenyellenes kiszorító hatást eredményez.

57. A kérdést előterjesztő bíróság azt kérdezi, hogy a valamely árengedményrendszer révén megvalósuló erőfölénnyel való visszaélés megállapítása jogi szempontból feltételezi-e az AEC-elemzés elvégzését, és amennyiben nem, adott esetben milyen más körülményekből lehet ezen árengedményrendszer visszaélésszerű jellegére következtetni.

58. Ezeket a részkérdéseket azon 2009. évi bizottsági közlemény alapján kell vizsgálni, [34] amelyben a Bizottság versenyhatóságként eljárva közzétette az EK 82. cikk alkalmazására vonatkozó prioritásait. Az említett prioritási közleményre a kérdést előterjesztő bíróság itt kifejezetten hivatkozik.

59. A prioritási közleményében a Bizottság közölte, hogy az áralapú versenykorlátozó visszaélésszerű magatartások esetében főszabály szerint csak akkor kíván beavatkozni, ha a magatartás már meggátolta, illetve képes meggátolni az erőfölényben lévő vállalkozás olyan versenytársainak a részvételét a versenyben, amelyeket éppolyan hatékonyaknak tekintenek, mint az erőfölényben lévő vállalkozást (angolul: „*as efficient competitors*”). [35] Ennek megállapítása érdekében a Bizottság kötelezettséget vállalt arra, hogy az áralapú versenykorlátozó magatartások tekintetében általában elvégzi az AEC-elemzést.

33 — Vizsgálják az erőfölényben lévő vállalkozás átlagos elkerülhető költségeit, hosszú távú átlagos határköltségeit, valamint azt az árat, amelyet az erőfölényben lévő vállalkozás versenytársának ajánlania kellene az erőfölényben lévő vállalkozás ügyfelei számára annak érdekében, hogy kártalanítsa őket az e vállalkozás által biztosított árengedmény elvesztéséért.

34 — „Iránymutatás az EK-Szerződés 82. cikkének az erőfölényben lévő vállalkozások versenykorlátozó visszaélő [helyesen: visszaélésszerű] magatartására történő alkalmazásával kapcsolatos bizottsági jogérvényesítési prioritásokról” című, 2009. február 24-én előterjesztett bizottsági közlemény (HL C 45., 7. o.), a továbbiakban: prioritási közlemény.

35 — A prioritási közlemény 23. pontja. Ezzel kapcsolatban utalok arra, hogy a prioritási közlemény e szakaszának német szövege a „daran hindert bzw. daran gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen” megfogalmazással csak részben adja vissza azokat a jogi követelményeket, miszerint a tényleges versenyellenes hatásokat nem szükséges bizonyítani (British Airways kontra Bizottság ítélet, C-95/04 P, EUC:2007:166, 68. o.; Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet, C-549/10 P, EU:C:2012:221, 68. és 79. pont). Úgy tűnik, hogy a prioritási közlemény angol („has already been or is capable of hampering competition”) és francia („ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence”) nyelvi változata jobban összeegyeztethető az EK 82. cikk (EUMSZ 102. cikk) által meghatározott jogi kerettel.

60. A Bizottság ilyen igazgatási gyakorlata azonban természetszerűleg nem rendelkezik kötőerővel a nemzeti versenyhatóságokra és bíróságokra nézve. Ez egyrészt magának a prioritási közleménynek a szövegéből következik, amely nem tesz „jogi állásfoglalást”,[36] másrészt az efféle bizottsági közleményekre vonatkozó ítélkezési gyakorlatból.[37] Jóllehet a nemzeti hatóságok nincsenek akadályozva abban, hogy a Bizottság példáját követve az AEC-elemzésre hivatkozzanak, jogi szempontból azonban kizárólag az EK 82. cikkből eredő követelményekhez vannak kötve. E követelmények kidolgozása a Bíróság feladata.

61. Az EK 82. cikkből véleményem szerint *nem* vezethető le arra vonatkozó jogi kötelezettség, hogy az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszerei visszaélésszerű jellegének megállapítását mindig az AEC-elemzéshez hasonló ár-költség elemzésre alapozzák.

62. Igaz ugyan, hogy a Bíróság az árengedményektől eltérő más árgyakorlatok tekintetében alkalmanként megkövetelte az AEC-elemzés elvégzését annak hangsúlyozásával, hogy az EK 82. cikk *többek között* tiltja, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás olyan gyakorlatot folytasson, amely kiszorító hatást gyakorol *a hozzá hasonló hatékonyságúnak tekintett versenytársaira*.[38]

63. Ebből az ítélkezési gyakorlatból azonban nem állapítható meg arra vonatkozó abszolút követelmény, hogy az áralapú versenykorlátozó magatartások versenyjogi értékelése során mindig el kell végezni az AEC-elemzést. Egyrészt az konkrétan az erőfölényben lévő vállalkozások olyan árgyakorlataira vonatkozik, mint például az alacsony árakra vonatkozó politika (például veszteséges ár alkalmazásával történő árleszorítás) vagy az árprés, amely már a természeténél fogva szoros kapcsolatban áll az érintett vállalkozás költségszerkezetével. Másrészt a Bíróság által választott „többek között” (franciául: „notamment”)[39] megfogalmazásból egyértelműen kitűnik, hogy az erőfölénnyel való visszaélést nem mindig csak akkor kell megállapítani, ha az erőfölényben lévő vállalkozással megegyező hatékonyságú vállalkozásokat érintő kiszorító hatás keletkezik.

64. Konkrétan az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszerei EK 82. cikk szerinti visszaélésszerűkénti minősítését a Bíróság eddig soha nem tette függővé ár-költség elemzéstől. Az ilyen árengedményrendszerek tekintetében mostanáig sokkal inkább azt állapította meg, hogy az árak és a költségek összehasonlításának hiánya nem minősül téves jogalkalmazásnak.[40] Ehhez a Bíróságnak a jelen ügyben is ragaszkodnia kellene.

65. Bizonyára elméletileg elképzelhető lenne, hogy az áralapú versenykorlátozó visszaélésszerű magatartások megállapítását általánosan AEC-elemzés elvégzésétől tegyék függővé, és következésképpen ezt az elemzést az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszerei tekintetében is előírják. Az EK 82. cikkre vonatkozó ítélkezési gyakorlat ilyen továbbfejlesztését azonban több okból is fenntartással kell kezelni.

66. Egyrészt a költséges gazdasági elemzések hozzáadott értéke nem mindig nyilvánvaló, és a versenyhatóságok, valamint a bíróságok – a versenyszabályok hatékony érvényesítéséhez majd máshol hiányzó – forrásainak aránytalan igénybevételét eredményezheti. Az alkalmazott módszer – ahogy a Post Danmark, a Bring Citymail és a dán kormány Bíróság előtt tett észrevételei példásan igazolják –

36 — A prioritási közlemény 3. pontja.

37 — Pfleiderer-ítélet (C-360/09, EU:C:2011:389, 21. pont); Expedia-ítélet (C-226/11, EU:C:2012:795, 29. és 31. pont).

38 — Post Danmark ítélet (C-209/10, EU:C:2012:172, 25. pont); lásd ezenkívül: Deutsche Telekom kontra Bizottság ítélet (C-280/08 P, EU:C:2010:603, különösen a 177., 183., 196., 203. és 254. pont); TeliaSonera-ítélet (C-52/09, EU:C:2011:83, különösen a 67., 73. és 94. pont); az AKZO kontra Bizottság ítéletben (C-62/86, EU:C:1991:286, különösen a 71. és 72. pont) is többek között egy ár-költség elemzésből indulnak ki.

39 — Post Danmark ítélet (C-209/10, EU:C:2012:172, 25. pont); Deutsche Telekom kontra Bizottság ítélet (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 177. pont, miközben ott a német nyelvi változatban az „u. a.” kifejezést használják a francia „notamment”-ra).

40 — Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 80. pont; lásd továbbá a 73. pontot is).

jelentős véleménykülönbségekre adhat okot.[41] Ettől eltekintve az alapként rendelkezésre álló adatok nem mindig megbízhatóak,[42] és azt feltételezik, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás kész a versenyhatóságokkal, valamint a bíróságokkal történő valódi együttműködésre, ami – ahogy a német kormány hangsúlyozta – nem mindig biztosított.

67. Másrészt óvni kell attól a téves elképzeléstől, hogy az áralapú versenykorlátozó visszaélésszerű magatartások problematikája egyfajta matematikai képlettel pusztán az érintett vállalkozások ár- és költségelemei alapján egyszerűen és jogszerűen kezelhető lenne. Ahogy már említettem: a vállalkozásra vonatkozó adatokat nem ritkán különbözőképpen lehet értelmezni.

68. Az EK 82. cikk értelmében vett visszaélés megállapítása azonban – ahogy más összefüggésekben – mindig különösen az adott egyedi eset összes releváns körülményének figyelembevételével történő értékelő vizsgálatot feltételez, amely nem elégedhet meg kizárólag az ár- és költségelemek vizsgálatával. Sokkal inkább számos más tényező is jelentőséggel bírhat a visszaélés megállapítása szempontjából, nevezetesen az árengedményrendszer konkrét kialakítása, valamint azon piac bizonyos jellemzői, amelyen az erőfölényben lévő vállalkozás működik; ezek akár sokkal meggyőzőbbek lehetnek, mint egy ár-költség elemzés.

69. Az egyedi eset összes releváns körülményének figyelembevétele, valamint az erőfölényben lévő vállalkozás kereskedelmi magatartásának objektív igazolására vonatkozó lehetőség megfelelően biztosítja, hogy az EK 82. cikk értelmében vett visszaélés megállapításával szemben támasztott jogi követelmények ne hagyják figyelmen kívül a gazdasági realitásokat.[43]

70. Amennyiben az erőfölényben lévő vállalkozás árengedményrendszerének visszaélésszerű jellege már az egyedi eset – fent részletesen kifejtett[44] – egyéb körülményeinek átfogó értékeléséből következik, jogi szempontból nem szükséges az AEC-elemzéshez hasonló ár-költség elemzés elvégzése.

71. Nem állhat fenn az EK 82. cikk szerint az AEC-elemzés elvégzésére vonatkozó jogi kötelezettség különösen akkor, ha a piac szerkezetére tekintettel kizárt, hogy valamely másik vállalkozás az erőfölényben lévő vállalkozással megegyező hatékonyságú lehet. Ez az érintett piac sajátos versenyfeltételein múlhat (például azért, mert ezt a piacot – ahogy a jelen ügyben – magas piacralépési korlátok, jelentős méretgazdaságosság és/vagy hálózathoz kötött szolgáltatások jellemzik), vagy azon, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás költségszintje éppen azon versenyelőnyt biztosító helyzet függvénye, amelybe e vállalkozást az erőfölény juttatja.[45]

72. Ilyen esetekben eleve nem lenne értelme valamiféle ár-költség elemzés útján vizsgálni, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás árengedményrendszere kiszorító hatást fejt-e ki egy tisztán hipotetikus, megegyező hatékonyságú versenytársra. Ha ugyanis egyáltalán nem létezhet az erőfölényben lévő vállalkozással megegyező hatékonyságú versenytárs, az AEC-elemzés sem enged megbízható következtetéseket arra vonatkozóan, hogy a piacon létrejöhet-e kiszorító hatás, vagy sem.

41 — A Bizottság is feltételezi a prioritási közleménye 25. pontjában, hogy az AEC-elemzés eredménye nem mindig egyértelmű.

42 — A Bizottság is hangsúlyozza a prioritási közleménye 25. pontjában, hogy az AEC-elemzéshez megbízható adatoknak kell rendelkezésre állniuk.

43 — Lásd e tekintetben: a Solvay kontra Bizottság ügyre vonatkozó indítványom (C-109/10 P, EU:C:2011:256, 80. pont).

44 — Lásd e tekintetben: a jelen indítvány fenti 33–54. pontja.

45 — Ebben az értelemben: TeliaSonera-ítélet (C-52/09, EU:C:2011:83, 45. pont vége).

73. Ellenkezőleg, az olyan piacon, amelyen a verseny valamely erőfölényben lévő vállalkozás jelenlétére tekintettel annyira meggyengült, hogy megegyező hatékonyságú versenytársak már egyáltalán nem tudnak megtelepedni, még a kevésbé hatékony versenytársak által gyakorolt versenykényszert sem szabad alulértékelni.[46] Ennek megtartása az EK 82. cikk alapvető célkitűzései közé tartozik. Meg kell ugyanis akadályozni, hogy a piac szerkezete és az ügyfelek választási lehetősége az erőfölényben lévő vállalkozás kereskedelmi magatartása miatt még rosszabbá váljon.[47]

74. Következésképpen az EK 82. cikk tiltja az AEC-elemzés elvégzését egy olyan piacon, amelyen a piac szerkezetére tekintettel kizárt, hogy valamely másik vállalkozás az erőfölényben lévő vállalkozással megegyező hatékonyságú legyen.

75. Összefoglalva tehát a következőket kell rögzíteni:

Az EK 82. cikk nem követeli meg, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás által alkalmazott árengedményrendszer visszaélésszerű jellegét a megegyező hatékonyságú versenytárs kritériumán (*„as-efficient-competitor”-elemzés*) alapuló ár-költség elemzés alapján bizonyítsák, amennyiben ezen árengedményrendszer visszaélésszerű jellege már az egyedi eset egyéb körülményeinek átfogó értékeléséből következik.

A versenyügyekkel foglalkozó hatóságok és bíróságok azonban jogosultak az egyedi eset összes körülményének átfogó értékelése keretében ilyen ár-költség elemzést elvégezni, kivéve ha a piac szerkezetére tekintettel kizárt lenne, hogy valamely másik vállalkozás az erőfölényben lévő vállalkozással megegyező hatékonyságú lehet.

C – *Az árengedményrendszer esetleges versenykorlátozó hatásainak érzékelhetőségére vonatkozó kérdés (második kérdés és a harmadik kérdés második része)*

76. Végül a kérdést előterjesztő bíróság a második kérdésével azt szeretné megtudni, hogy mennyire kell „valószínűnek és komolynak” lennie a Post Danmarkhoz hasonló erőfölényben lévő vállalkozás árengedményrendszere versenykorlátozó hatásának ahhoz, hogy az EK 82. cikk „alkalmazandó legyen”. Ebbe az irányba mutat a harmadik kérdés második része is, amelyben a kérdést előterjesztő bíróság arról kér felvilágosítást, hogy az ilyen árengedményrendszer „piaclezáró hatásának” „érzékelhetőnek” kell-e lennie.

77. Véleményem szerint azonban túl kevés lenne az e problémára adandó válaszként csupán felhívni a kérdést előterjesztő bíróság figyelmét a tagállamok bizonyítási kérdésekben fennálló eljárási autonómiájára.[48] Itt ugyanis azokról a *tartalmi* követelményekről van szó, amelyek az EK 82. cikk szerinti visszaélés megállapításával szemben támasztandók. Ezek a követelmények uniós jogi természetűek, és Unió-szerte egységesen kezelendők, hogy a belső piacon tevékenykedő valamennyi vállalkozásra lehetőleg egyenértékű versenyfeltételek vonatkozzanak (*„level playing field”*).[49]

78. A kérdést előterjesztő bíróság által említett két vonatkozást, azaz egyfelől a versenykorlátozó hatás valószínűségét, másfelől pedig e hatás komolyságát célszerű külön tárgyalni.

46 — Ebben az értelemben a prioritási közlemény 24. pontja is; lásd továbbá: Hoffmann-La Roche kontra Bizottság ítélet (85/76, EU:C:1979:36, 123. pont vége).

47 — France Télékom kontra Bizottság ítélet (C-202/07 P, EU:C:2009:214, 105. pont); Deutsche Telekom kontra Bizottság ítélet (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 83. és 176. pont); TeliaSonera-ítélet (C-52/09, EU:C:2011:83, 24. pont); Post Danmark ítélet (C-209/10, EU:C:2012:172, 20. és 23. pont); hasonlóképpen: British Airways kontra Bizottság ítélet (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 66. pont).

48 — Lásd e tekintetben: a Szerződés 81. és 82. cikkében meghatározott versenyszabályok végrehajtásáról szóló, 2002. december 16-i 1/2003/EK tanácsi rendelet (HL 2003. L 1., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 2. kötet, 205.o.) (5) preambulumbekezdése.

49 — A *„level playing field”* koncepciójáról lásd például: az Akzo Nobel Chemicals és Akcros Chemicals kontra Bizottság ügyre vonatkozó indítványom (C-550/07 P, EU:C:2010:229, 169. pont); a Toshiba Corporation és társai ügyre vonatkozó indítványom (C-17/10, EU:C:2011:552, 118. pont); a KONE és társai ügyre vonatkozó indítványom (C-557/12, EU:C:2014:45, 29. pont).

1. A versenykorlátozó hatás bekövetkezésének valószínűségéről

79. A kérdést előterjesztő bíróság először azt kérdezi, hogy mennyire kell valószínűnek lennie egy erőfölényben lévő vállalkozás árengedményrendszere versenykorlátozó hatásának ahhoz, hogy az EK 82. cikk értelmében vett visszaélésnek minősüljön.

80. Ezzel kapcsolatban meg kell jegyezni, hogy az ilyen árengedményrendszer kiszorító hatása nem lehet tisztán hipotetikus természetű.[50] A szóban forgó árengedményeknek – másképpen szólva – nem csupán *absztrakt módon*, hanem *ténylegesen* is *alkalmasnak* kell lenniük arra, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás versenytársainak piacra jutását, illetve a szerződő partnerei számára a számos beszerzési forrás vagy kereskedelmi üzlettárs közti választást nehezítsék vagy akár lehetetlenné tegyék.[51]

81. Mindazonáltal ebből a célból nem szükséges elvégezni az engedmények versenyre gyakorolt konkrét hatásainak körülményes vizsgálatát, azaz nem kell vizsgálni, hogy *ténylegesen* bekövetkezett-e a kiszorító hatás.[52] Az EK 82. cikk szerinti tilalom ugyanis kiterjed az erőfölényben lévő vállalkozások *lehetséges* versenyellenes hatást kifejtő magatartásaira is.[53] Még ha tehát helytálló is lenne a Post Danmark azon érvelése, hogy a vitatott árengedményrendszer végső soron nem áll okozati összefüggésben a Bring Citymail dán piacról történő kivonulásával, ez nem zárja ki az EK 82. cikk értelmében vett visszaélésszerű magatartás megállapítását.

82. Az állandó ítélkezési gyakorlat szerint szükséges, de elégséges is, hogy a szóban forgó árengedmények *alkalmasak* legyenek kiszorító hatás kiváltására.[54] Ez a helyzet áll fenn, ha az egyedi eset összes releváns körülményének átfogó értékelése alapján e kiszorító hatás bekövetkezése valószínűbbnek tűnik, mint annak elmaradása.[55]

83. Helytelennek tartanám az EK 82. cikkel összeegyeztethetetlen visszaélés megállapítására vonatkozó mércét magasabbra tenni, és azt megkívánni, hogy a kiszorító hatás bekövetkezte „nagyon valószínű” vagy „különösen valószínű” vagy akár „minden ésszerű kétséget kizáróan” megállapítható legyen.

84. Egy erőfölényben lévő vállalkozásra ugyanis – függetlenül az erőfölényének okaitól – különös felelősség hárul, hogy magatartásával ne sértse a belső piacon fennálló hatékony és torzításmentes versenyt.[56] Ebből a felelősségből bizonyos kötelezettség következik a piacon tanúsítandó tartózkodó magatartásra vonatkozóan. Ennélfogva az erőfölényben lévő vállalkozásnak tartózkodnia kell *minden* olyan kereskedelmi gyakorlattól, amelyek esetében valószínű a kiszorító hatás, és nem csak az olyan gyakorlatoktól, amelyeknél az efféle hatás „nagyon valószínűnek” vagy „különösen valószínűnek” tűnik, vagy „minden ésszerű kétséget kizáróan” megállapítható.

50 — Ebben az értelemben: Deutsche Telekom kontra Bizottság ítélet (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 254. pont); TeliaSonera-ítélet (C-52/09, EU:C:2011:83, 66. és 67. pont).

51 — Lásd e tekintetben: a British Airways kontra Bizottság ügyre vonatkozó indítványom (C-95/04 P, EU:C:2006:133, 73. o.).

52 — Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 68. és 79. pont); ugyanebben az értelemben: Tetra Pak kontra Bizottság ítélet (C-333/94 P, EU:C:1996:436, 44. pont); Michelin kontra Bizottság ítélet (T-203/01, EU:T:2003:250, 239. pont).

53 — TeliaSonera-ítélet (C-52/09, EU:C:2011:83, 64. pont); hasonlóképpen: Post Danmark ítélet (C-209/10, EU:C:2012:172, 44. pont), ahol „tényleges vagy valószínű kiszorítás[ról]” van szó.

54 — British Airways kontra Bizottság ítélet (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 68. pont); Michelin kontra Bizottság ítélet (T-203/01, EU:T:2003:250, 239. pont).

55 — Ebben az értelemben a Post Danmark ítélet (C-209/10, EU:C:2012:172), amely „a versenyre […] valószínűleg káros hatások[ról]” (42. pont) és „tényleges vagy valószínű kiszorít[ó hatásról]” (44. pont) szól.

56 — Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet (322/81, EU:C:1983:313, 57. pont); ugyanebben az értelemben: France Télécom kontra Bizottság ítélet (C-202/07 P, EU:C:2009:214, 105. pont); Deutsche Telekom kontra Bizottság ítélet (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 176. pont); TeliaSonera-ítélet (C-52/09, EU:C:2011:83, 24. pont).

85. A kiszorító hatások bekövetkezésének valószínűségi foka adott esetben az esetleges szankciók mértékére, például a versenyhatóság által kiszabandó bírságokra gyakorolhat hatást. A bírság összegének mindig eleget kell tennie az arányosság követelményének (az Európai Unió Alapjogi Chartája 49. cikkének (3) bekezdése és az 1/2003 rendelet 23. cikkének (3) bekezdése): minél magasabb a kiszorító hatás valószínűsége, és minél nagyobb e hatás mértéke, annál szigorúbb a szankció. A szankcióval kapcsolatos ilyen probléma azonban nem képezi a jelen előzetes döntéshozatali eljárás tárgyát.

2. A várható versenykorlátozás komolyságáról

86. Azután a kérdést előterjesztő bíróság arról kér felvilágosítást, hogy milyen „komolynak” vagy „érzékelhetőnek” kell lennie az árengedményrendszer versenykorlátozó hatásának ahhoz, hogy a visszaélés EK 82. cikk szerinti tilalmának hatálya alá essen.

87. Ezzel végső soron az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszerei esetleges versenykorlátozó hatásainak érzékelhetőségével kapcsolatos problematikára utalnak. Tisztázni kell, hogy az EK 82. cikk szerinti visszaélés megállapítása feltételezi-e, hogy a valamely árengedményrendszerből eredő versenykorlátozás átlépjen valamiféle *de minimis* küszöböt.

88. Ahogy az eljárásban részt vevő felek közül többen kiemelték, a kérdést előterjesztő bíróság erre vonatkozó kétségei a 2012-ben hozott Post Danmark ítélet alapján felmerülő terminológiai problémából erednek. Az ítélet kötelező erejű dán nyelvi változatában a „kiszorító hatás” kifejezésre meglepő módon a „mærkbare virkninger” szavakat használják,[57] ami azt jelenti, hogy „érzékelhető hatások”. Hasonlóképpen ugyanezen ítéletben máshol „eliminerende virkning”-et,[58] tehát „kiküszöbölő hatást” említenek, ami szintén hasonlóan szigorúan hangzik.

89. A francia nyelvi változat vizsgálata – amely változatban ezt az ítéletet megszövegezték és megtárgyalták – jelzi azonban, hogy e dán szóválasztás esetében minden bizonnyal fordítási hibáról van szó. A francia szöveg ugyanis egyszerűen „effet[s] d’éviction”-t, tehát „kiszorító hatást” említ, ami összhangban áll az EK 82. cikkre vonatkozó egyéb ítélkezési gyakorlattal.[59]

90. E körülmények között a 2012-es Post Danmark ítéletben szereplő „mærkbare virkninger” és „eliminerende virkning” szavakat nem szabad olyan módon félreérteni, hogy valamiféle érzékelhetőségi kritérium vagy *de minimis* küszöb vonatkozna az erőfölényben lévő vállalkozások árengedményrendszereire. Az EK 82. cikk értelmében sokkal inkább visszaélésszerűnek minősül az erőfölényben lévő vállalkozások minden olyan árengedményrendszere, amely alkalmas kizáró hatás kifejtésére,[60] és nem csak azok, amelyek versenyre gyakorolt hatásai „komolyak” vagy „érzékelhetőek”, vagy ilyenek lehetnek.

91. Mivel ugyanis az érintett piacon az erőfölényben lévő vállalkozás jelenléte miatt a verseny szerkezete már meggyengült, az EK 82. cikk alkalmazási területén e versenyszerkezet minden további korlátozása az erőfölényben lévő vállalkozás erőfölényével való visszaélésnek minősül.[61]

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

58 — Post Danmark ítélet (C-209/10, EU:C:2012:172, 41. pont; hasonlóképpen: 17., 22., 27., 29. és 44. pont).

59 — Lásd e tekintetben: a jelen indítvány fenti 29. pontja.

60 — Lásd e tekintetben ismételten: a jelen indítvány fenti 82. pontja.

61 — Hoffmann-La Roche kontra Bizottság ítélet (85/76, EU:C:1979:36, 123. pont vége).

92. Éppen ebben az értelemben állapította meg a Bíróság – a 2012-es Post Danmark ítélettel körülbelül egy időben –, hogy az EK 82. cikk alkalmazása céljából nem szükséges olyan pontos küszöbérték meghatározása, amely felett az erőfölényben lévő vállalkozás által biztosított árengedményeket visszaélésszerűnek kellene tekinteni.[62] A vevőknek ugyanis lehetőséget kell biztosítani arra, hogy részesüljenek a piacon fennálló verseny lehető legmagasabb szintjében, a versenytársak részére pedig a piac egészén lehetővé kell tenni az érdemeken alapuló versenyhelyzetben való működést, és nem csupán annak egy részén. Továbbá nem az erőfölényben lévő vállalkozás feladata meghatározni, hogy hány működőképes versenytárs versenyezhet vele a kereslet még megszerezhető részét illetően.[63]

93. Az erőfölényben lévő vállalkozás kereskedelmi magatartása kiszorító hatásának értékelésére vonatkozó *de minimis* küszöb azonban két további okból sem tűnik szükségesnek: egyfelől a hivatkozott kiszorító hatásnak – ahogy már fent említettem[64] – az egyedi eset összes releváns körülményének konkrét vizsgálatán kell alapulnia, és valószínűbbnek kell lennie, mint az elmaradásának. Másfelől a visszaélés EK 82. cikk szerinti tilalma egyébként is csak olyan magatartásokra terjed ki, amelyek hatással lehetnek a tagállamok közötti kereskedelemre.

94. E két szempont közül bármelyik már önmagában teljesen elégségesen kizárja, hogy a visszaélés EK 82. cikk szerinti tilalma olyan magatartásokra is kiterjedjen, amelyek versenyellenes hatásai csupán hipotetikusak vagy teljesen másodlagos jelentőségűek lennének.

3. Közbenső következtetés

95. Összefoglalva tehát a következőket kell rögzíteni:

Annak a kiszorító hatásnak, amelyet valamely erőfölényben lévő vállalkozás árengedményrendszere kiválthat – eltekintve a tagállamok közötti kereskedelem tényleges vagy lehetséges érintettségére vonatkozó követelménytől –, nem kell átlépnie valamiféle érzékelhetőségi küszöböt (*de minimis* küszöböt) ahhoz, hogy az EK 82. cikk értelmében visszaélésszerűnek minősüljön. Elégséges, ha az ilyen kiszorító hatás bekövetkezése valószínűbb, mint az elmaradása.

VI – Végkövetkeztetések

96. A fenti megállapításokra figyelemmel azt javasolom, hogy a Bíróság a következőképpen válaszoljon a dán Sø- og Handelsret által előterjesztett kérdésekre:

1) A valamely erőfölényben lévő vállalkozás által alkalmazott árengedményrendszer az EK 82. cikk értelmében akkor visszaélésszerű, ha az egyedi eset összes körülményeinek átfogó értékelése alapján megállapítható, hogy az árengedmények alkalmasak gazdaságilag nem igazolt kiszorító hatás kifejtésére, minek során különösen az árengedmény adásának feltételeit és módjait, az érintett piacon fennálló versenyfeltételeket és az erőfölényben lévő vállalkozás e piacon fennálló helyzetét kell értékelni.

2) Az EK 82. cikk nem követeli meg, hogy az ilyen árengedményrendszer visszaélésszerű jellegét a megegyező hatékonyságú versenytárs kritériumán („*as-efficient-competitor*”-*elemzés*) alapuló ár-költség elemzés alapján bizonyítsák, amennyiben ezen árengedményrendszer visszaélésszerű jellege már az egyedi eset egyéb körülményeinek átfogó értékeléséből következik.

62 — Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 46. és 48. pont); hasonlóképpen korábban a Hoffmann-La Roche kontra Bizottság ítélet (85/76, EU:C:1979:36, 89. pont), amelyben azt hangsúlyozzák, hogy a törzsvásárlói árengedmények visszaélésszerű jellege „független” az érintett vásárlások „mennyiségétől”.

63 — Tomra Systems és társai kontra Bizottság ítélet (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 42. pont).

64 — Lásd ismételten: a jelen indítvány fenti 31., 68. és 82–85. pontja.

A versenyügyekkel foglalkozó hatóságok és bíróságok azonban jogosultak az egyedi eset összes körülményének átfogó értékelése keretében ilyen ár-költség elemzést elvégezni, kivéve ha a piac szerkezetére tekintettel kizárt, hogy valamely másik vállalkozás az erőfölényben lévő vállalkozással megegyező hatékonyságú lehet.

3) Annak a kiszorító hatásnak, amelyet valamely erőfölényben lévő vállalkozás árengedményrendszere kiválthat – eltekintve a tagállamok közötti kereskedelem tényleges vagy lehetséges érintettségére vonatkozó követelménytől –, nem kell átlépnie valamiféle érzékelhetőségi küszöböt (*de minimis* küszöböt) ahhoz, hogy az EK 82. cikk értelmében visszaélésszerűnek minősüljön. Elégséges, ha az ilyen kiszorító hatás bekövetkezése valószínűbb, mint az elmaradása.