GENERALINĖS ADVOKATĖS
JULIANE KOKOTT IŠVADA,
pateikta 2015 m. gegužės 21 d.[1]

Byla C-23/14

Post Danmark A/S
prieš
Konkurrenceråd

(Sø- og Handelsretten (Danija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Konkurencija — Piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi (EB 82 straipsnis) — Pašto paslaugos — Danijos masinių pašto siuntų platinimo rinka — Tiesioginės reklaminės pašto siuntos — Buvusios valstybinės pašto įmonės monopolija didelėje rinkos dalyje — Nuolaidų sistema — Konkurentų išstūmimo iš rinkos poveikis — Juntamumo veiksnio arba de minimis ribos nebuvimas — Tokio pat produktyvaus konkurento kriterijus („As-efficient-competitor“ test)“

I – Įvadas

1. Šis prašymas priimti prejudicinį sprendimą suteikia Teisingumo Teismui dar vieną galimybę, atsižvelgiant į EB 82 straipsnį (dabar – SESV 102 straipsnis), patikslinti teismo praktiką dėl dominuojančių įmonių piktnaudžiavimo nuolaidų sistemomis, kuri klostosi jau daugiau nei 40 metų[2].

2. Ši byla susijusi su klausimu, ar Danijos bendrovė *Post Danmark A/S* 2007 ir 2008 metais piktnaudžiavo savo dominuojančia padėtimi Danijos masinių pašto siuntų platinimo gavėjams rinkoje. Iš esmės reikia išaiškinti, ar *Post Danmark* piktnaudžiavo savo padėtimi siekdama išstumti konkurentą, suteikdama tiesioginių reklaminių pašto siuntų platinimui nuolaidas iki 16 %, jei jos klientai per vienų metų ataskaitinį laikotarpį pasiekdavo tam tikras standartinės apimties ar apyvartos ribas. Be to, atitinkama nuolaida galiojo atgaline data, t. y. ji buvo taikoma visoms per visą ataskaitinį laikotarpį išplatintoms atitinkamo kliento tiesioginėms reklaminėms pašto siuntoms.

3. Visų pirma, Teisingumo Teismas turės nuspręsti, ar šiuo atveju, siekiant įvertinti antikonkurencinį nuolaidų sistemos pobūdį, kaip tai suprantama pagal EB 82 straipsnį, teisiniu požiūriu būtina atlikti kainos ir sąnaudų analizę, palyginant rinkoje dominuojančios įmonės ir tokio pat produktyvaus konkurento verslo praktiką (vadinamasis *As-efficient-competitor* kriterijus). Taip pat kyla klausimas, ar dominuojančios įmonės nuolaidų sistemos daromas išstūmimo poveikis turi turėti tam tikrą juntamumo veiksnį (viršyti *de minimis* ribą), kad būtų klasifikuojamas kaip antikonkurencinis.

1 — Originalo kalba: vokiečių.

2 — Pirmiausia žr. sprendimus *Suiker Unie ir kt. / Komisija* (sujungtos bylos 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ir 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 ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221) ir *Michelin / Komisija* (T-203/01, EU:T:2003:250).

4. Šie klausimai yra labai svarbūs dabar, didėjant poreikiui požiūrį į Europos konkurencijos teisę kuo labiau pagrįsti ekonomika („more economic approach“). Mano nuomone, Teisingumo Teismas, ieškodamas atsakymų į šiuos klausimus, kurie galėtų tapti reikšmingu ženklu ne tik nagrinėjamai bylai [3], neturėtų perdėm vadovautis laiko dvasia ar laikinais mados reiškiniais, daug svarbiau atkreipti dėmesį į teisinius pagrindus, kuriais Sąjungos teisėje grindžiamas draudimas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi.

II – **Teisinis pagrindas**

5. Kiek tai susiję su Sąjungos teise, nagrinėjamu atveju reikia remtis EB 82 straipsniu (dabar – SESV 102 straipsniu). Danijos teisėje – *Konkurrencelov* [4] 11 straipsnyje – numatyta nacionalinės teisės norma, kuri, kiek tai svarbu šiuo atveju, atitinka EB 82 straipsnį ir, atsižvelgiant į jo parengiamuosius dokumentus, turi būti aiškinama pagal EB 82 straipsnį.

III – **Faktinės aplinkybės ir pagrindinė byla**

6. Pagrindinė byla yra susijusi su *Post Danmark* ir Danijos konkurencijos institucijos (*Konkurrenceråd*) [5] ginču. *Konkurrenceråd* 2009 m. birželio 24 d. sprendime nustatė, kad *Post Danmark* 2007 ir 2008 m. nuolaidų tiesioginėms reklaminėms pašto siuntoms sistema piktnaudžiavo savo dominuojančia padėtimi Danijos masinių pašto siuntų rinkoje ir taip pažeidė EB 82 straipsnį ir *Konkurrencelov* 11 straipsnį. Dėl šios priežasties *Konkurrenceråd* uždraudė įmonei toliau taikyti minėtą nuolaidų sistemą.

7. Ginčijamu laikotarpiu *Post Danmark* akcijų turėjo ir Danijos valstybė, ir privatūs investuotojai. Įmonė privalėjo vykdyti teisės aktuose įtvirtintą universaliosios paslaugos pareigą, susijusią su tam tikromis pašto siuntomis, įskaitant tiesiogines reklamines pašto siuntas, ir buvo įpareigota visoje Danijos valstybės teritorijoje taikyti vienodus tarifus. Savo ruožtu *Post Danmark* teisės aktais buvo suteiktas monopolis teikti visas korespondencijos siuntas, neviršijančias 50 g. Taigi *Post Danmark* turėjo išskirtines teises į 70 % masinių pašto siuntų rinkos.

8. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas Danijos masinių pašto siuntų rinką laiko geografine atitinkamo produkto rinka. Šioje rinkoje *Post Danmark* rinkos dalis nagrinėjamu laikotarpiu sudarė 95 %. Tiesioginės reklaminės pašto siuntos, t. y. adresuotos reklaminės siuntos, išsiunčiamos tuo pačiu metu daugeliui gavėjų, sudaro šios masinių pašto siuntų rinkos segmentą, užėmusį maždaug 12 % visos rinkos 2007 m. ir 7 % – 2008 m. Tiesioginių reklaminių pašto siuntų dalis, nepatekusi į *Post Danmark* monopolį, 2007 m. siekė apie 15 %, o 2008 m. – apie 9 % masinių pašto siuntų rinkos.

9. *Bring Citymail Danmark A/S*, patronuojamoji Norvegijos valstybės įmonės *Posten Norge AS* bendrovė, nuo 2007 m., konkuruodama su *Post Danmark*, pasiūlė verslo korespondencijos, įskaitant tiesioginių reklaminių pašto siuntų, pristatymo paslaugas Kopenhagoje ir jos apylinkėse, minimu laikotarpiu ji buvo vienintelė rimta *Post Danmark* konkurentė Danijos masinių pašto siuntų rinkoje. 2010 m. pradžioje *Bring Citymail* dėl didelių nuostolių pasitraukė iš Danijos rinkos. Šalys nesutaria, ar šį pasitraukimą lėmė tuo metu *Post Danmark* taikyta nuolaidų tiesioginėms reklaminėms pašto siuntoms sistema.

3 — Šiuo metu nagrinėjamoje apeliacinėje byloje *Intel / Komisija* (C-413/14 P), be kitų klausimų, taip pat pakankamai svarbus klausimas dėl teisinės būtinybės įvertinti nuolaidų sistemas pagal „tiek pat produktyvaus konkurento“ kriterijų.

4 — Konkurencijos įstatymas.

5 — Konkurencijos taryba.

10. Ši *Post Danmark* nuolaidų sistema pradėta taikyti 2003 m. Nuolaidos nuo 6 iki 16 % įprasto pristatymo mokesčio [6] buvo standartizuotos ir visiems klientams taikomos vienodomis, visuotinai prieinamomis sąlygomis. Jos buvo skaičiuojamos vienų metų laikotarpiui. Suteikiant nuolaidas buvo atsižvelgiama į visas per vienų metų ataskaitinį laikotarpį *Post Danmark* pavestas pristatyti siuntas, kiekvieną siuntą turėjo sudaryti ne mažiau kaip 3 000 laiškų. Nuolaidų sistemoje nebuvo numatyta jokio skirtumo tarp siuntų, kurioms taikomas *Post Danmark* monopolis, ir tarp siuntų iš konkurentų veiklos srities.

11. Klientas, norėdamas pasiekti pirmąją nuolaidos ribą ir gauti 6 % dydžio nuolaidą, turėjo pavesti per ataskaitinį laikotarpį išplatinti ne mažiau kaip 30 000 laiškų, arba jo siuntų bruto pašto išlaidos per metus turėjo siekti ne mažiau kaip 300 000 DKK. *Post Danmark* taikomoje skalėje buvo numatytos dar aštuonios nuolaidų pakopos [7]. Pirmosiose septyniose nuolaidos pakopose kainos nuolaida buvo didinama po vieną procentą, dviejose paskutinėse nuolaidos pakopose – dviem procentais, iš viso iki maksimalios 16 % nuolaidos. Suteikiamos nuolaidos diferencijavimas iš esmės darė poveikį tik vidutiniams klientams, o stambūs klientai dėl užsakymų apimties šiaip ar taip reguliariai pasiekdavo didžiausią nuolaidos pakopą.

12. Praktikoje nuolaidų sistema būdavo įgyvendinama taip, kad kaina kiekvienam klientui buvo nustatoma ataskaitinio laikotarpio pradžioje remiantis tais metais tikėtino poreikio apimtimi. Tuomet, baigiantis ataskaitiniam laikotarpiui, visos kainos buvo perskaičiuojamos atgaline data, remiantis faktiškai per tuos metus šio kliento užsakymu pristatytų laiškų skaičiumi. Todėl galėdavo atsitikti taip, kad klientas turėdavo grąžinti nepriemoką *Post Danmark*, jei faktinė jo užsakymų apimtis nepasiekdavo planuotosios, o tai reiškė, kad metų pradžioje preliminariai apskaičiuota ir suteikta nuolaida buvo per didelė.

13. *Konkurrenceråd* nusprendė, kad, taikant aprašytąją nuolaidų sistemą, buvo piktnaudžiaujama dominuojančia padėtimi. Tokiu nuolaidų suteikimo būdu *Post Danmark* pritraukė klientus ir užvėrė masinių pašto siuntų rinką rinkoje esamiems ir potencialiems konkurentams, nenustatyta jokios kompensacinės efektyvios naudos vartotojams, kuri galėtų nusverti ribojamąjį poveikį konkurencijai.

14. Priimdama sprendimą *Konkurrenceråd* nusprendė neatlikti kainos ir sąnaudų analizės pagal „tokio pat produktyvaus konkurento“ kriterijų. Šis kriterijus esą netinkamas vertinimui, nes dėl ypatingų aplinkybių Danijos pašto rinkoje toks pat produktyvus konkurentas net negali egzistuoti. Grįsdama savo prielaidą dėl piktnaudžiavimo konkurencijos institucija rėmėsi visų pirma specialiu *Post Danmark* statusu atitinkamoje rinkoje, kuris pavertė įmonę neišvengiama prekybos partnere. Be to, *Konkurrenceråd* atkreipė dėmesį, *inter alia*, į patekimo į rinką kliūtis, taip pat į konkrečią nuolaidų sistemos schemą, ypatingai į jos taikymo atgaline data remiantis vienų metų ataskaitiniu laikotarpiu pobūdį, nuolaidos dydį iki 16 % ir faktinės pirkėjų padėties analizę nuolaidos diferencijavimo požiūriu.

15. 2010 m. gegužės 10 d. sprendimu *Konkurrenceankenævn* [8] patvirtino *Konkurrenceråd* sprendimą. 2010 m. liepos 1 d. *Post Danmark* pareiškė ieškinį Danijos *Sø- og Handelsretten* [9], prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui. *Bring Citymail Danmark* įstojo į pagrindinę bylą *Konkurrenceråd* pusėje.

6 — *Post Danmark* duomenimis, suteikiamos nuolaidos vidutiniškai siekė 10,6 %.

7 — Kitos nuolaidų ribos buvo 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 ir 2 000 000 siuntų arba jeigu bendroji vertė siekė bent 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 ir 20 000 000 DKK.

8 — Apeliacinė komisija konkurencijos bylose.

9 — Jūrų ir komercinių bylų teismas.

IV – **Prašymas priimti prejudicinį sprendimą ir procesas Teisingumo Teisme**

16. 2014 m. sausio 8 d. sprendimu, gautu 2014 m. sausio 16 d., *Sø- og Handelsretten* pateikė Teisingumo Teismui tokius klausimus, siekdama, kad būtų priimtas prejudicinis sprendimas:

„1. Kokiomis gairėmis reikėtų vadovautis sprendžiant, ar tai, kad dominuojanti įmonė pagal standartizuotas kiekio ribas taiko nuolaidų sistemą, be kita ko, turinčią nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nurodytus požymius, yra piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi, kuriuo pažeidžiamas EB sutarties 82 straipsnis?

Atsakyme prašoma patikslinti, kokią reikšmę vertinimui turi tai, ar nuolaidų sistemos ribos nustatytos taip, kad nuolaidų sistema taikoma daugumai rinkos vartotojų.

Atsakyme taip pat prašoma patikslinti, kokią reikšmę, jeigu apskritai ją turi, dominuojančios įmonės kainos ir sąnaudos turi tokios nuolaidų sistemos vertinimui pagal EB sutarties 82 straipsnį („tokio pat produktyvaus konkurento“ kriterijaus reikšmė).

Kartu prašoma patikslinti, kokią reikšmę šiuo klausimu turi rinkos požymiai, be kita ko, ar rinkos požymiais galima pateisinti išstūmimo poveikį, įrodytą kitokiais tyrimais ar analize nei „tokio pat produktyvaus konkurento“ kriterijaus taikymas (šiuo klausimu žr. Komisijos komunikato dėl 82 straipsnio taikymo 24 punktą).

2. Kiek tikėtinas ir stiprus turi būti nuolaidų sistemos, turinčios nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nurodytus požymius, antikonkurencinis poveikis, kad būtų taikomas EB sutarties 82 straipsnis?

3. Atsižvelgiant į atsakymus į 1 ir 2 klausimus, į kokias konkrečias aplinkybes turi atsižvelgti nacionalinis teismas, vertindamas, ar konkrečiu atveju tokiomis aplinkybėmis, kaip apibūdintos nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą (rinkos ir nuolaidų sistemos požymiai), nuolaidų sistema sukeliamas arba gali būti sukeltas toks išstūmimo poveikis, kad tai yra EB sutarties 82 straipsnyje numatytas piktnaudžiavimas?

Ar šiuo klausimu reikalaujama, kad išstūmimo poveikis būtų juntamas?“

17. Per prejudicinį procesą Teisingumo Teisme, be *Post Danmark* ir *Bring Citymail*, rašytines pastabas pateikė Danijos Karalystė, Vokietijos Federacinė Respublika, Europos Komisija ir ELPA priežiūros institucija. Visos šios šalys, išskyrus Vokietiją, dalyvavo 2015 m. kovo 26 d. teismo posėdyje.

V – **Vertinimas**

18. Savo plačiu klausimų sąrašu *Sø- og Handelsretten* iš esmės nori sužinoti, kokiais kriterijais ar „gairėmis“ pagal EB 82 straipsnį reikėtų vadovautis vertinant dominuojančių įmonių nuolaidų sistemas. Visų pirma prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas siekia išsiaiškinti, ar teisės aktais reikalaujama vadovautis tokio pat produktyvaus konkurento kriterijumi nustatant piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi ir ar reikšmingumo (*de minimis* ribos) kriterijus taikomas vertinant nuolaidų sistemos galimai daromą konkurentų pašalinimo poveikį.

19. Šių klausimų kyla nagrinėjant *Post Danmark* nuolaidų sistemą, kuriai, be kita ko, buvo būdingi toliau nurodyti požymiai:

— nuolaidų sistema buvo pagrįsta standartizuotomis ir visuotinai taikomomis sąlygomis, ją sudarė devynios nuolaidų pakopos, kuriose kaina buvo mažinama nuo 6 iki 16 %, nuolaida buvo taikoma ataskaitiniu vienų metų laikotarpiu ir turėjo grįžtamąją galią;

— nuolaidų sistema buvo taikoma rinkoje, kurioje *Post Danmark* tenkančios rinkos dalis sudarė 95 %, o daugiau nei 70 % laiškų buvo platinami vadovaujantis įmonei suteiktos įstatyminės monopolijos teise; patekimo į rinką kliūtys buvo didžiulės, *Post Danmark* buvo už visus struktūriškai pranašesnė ir turėjo būti pasirengusi konkuruoti tik su vienu gerokai mažesniu konkurentu – *Bring Citymail*, tik laikinai ir tik tam tikroje geografinio regiono dalyje.

20. Atsakant į šį prašymą priimti prejudicinį sprendimą turi būti remiamasi draudimu piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi, kaip jis buvo apibrėžtas prieš įsigaliojant Lisabonos sutarčiai, nes pagrindinėje byloje nagrinėjamas nuolaidų sistemos taikymas 2007 ir 2008 m., o ginčijamas Danijos konkurencijos institucijos sprendimas taip pat priimtas dar 2009 m. birželio mėn. Žinoma, toliau pateikti samprotavimai, susiję su EB 82 straipsniu, visiškai tinka ir kalbant apie tokio paties turinio SESV 102 straipsnį.

21. Kadangi atskiri prejudiciniai klausimai kai kuriose vietose iš esmės sutampa, juos reikėtų nagrinėti kita eilės tvarka, paeiliui aptariant įvairias nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą iškeltas teisines problemas.

A – *Dominuojančių įmonių nuolaidų sistemų vertinimo kriterijai*

1. Bendrosios pastabos (pirmojo klausimo pirmoji dalis)

22. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo pirmojo klausimo pirmoji dalis skirta bendriesiems teisiniams reikalavimams, kurie, remiantis EB 82 straipsniu, taikomi dominuojančių įmonių nuolaidų sistemų vertinimui.

23. Iš pirmo žvilgsnio gali pasirodyti keista, kad dominuojančių įmonių nuolaidos, kurios šių įmonių klientams, šiaip ar taip, reiškia mažesnes kainas, vadovaujantis EB 82 straipsniu gali būti laikomos piktnaudžiavimu.

24. Tačiau reikia pažymėti, kad konkurenciją atitinkamoje rinkoje silpnina būtent dominuojančios įmonės buvimas [10]. Todėl dominuojančią padėtį užimanti įmonė, nesvarbu, kokios yra to priežastys, turi ypatingą pareigą – savo veiksmais nepažeisti veiksmingos konkurencijos ir neiškreipti jos sąlygų vidaus rinkoje [11].

25. Taigi, dominuojančiai įmonei EB 82 straipsnio taikymo srityje numatyti tam tikri apribojimai, kurie tokia forma nėra taikomi kitoms įmonėms. Veiksmai, kurie normaliomis konkurencijos sąlygoms yra teisėti, gali būti piktnaudžiavimas, jei jų imasi įmonė, rinkoje turinti dominuojančią padėtį [12]. Visų pirma ne kiekviena kainų konkurencija, kai konkuruoja dominuojanti įmonė, gali būti laikoma teisėta [13].

26. Kaip teisingai pažymi Komisija, kartais už dominuojančių įmonių suteiktų nuolaidų gali slypėti antikonkurencinė veikla, kuri tik iš pirmo žvilgsnio yra ypač gero komercinio pasiūlymo išraiška, tačiau, panagrinėjus atidžiau, šios nuolaidos gali būti menkai tesusijusios su labai mažomis kainomis ir veikiau daro didelę žalą konkurencijai.

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

11 — Sprendimas *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin / Komisija* (322/81, EU:C:1983:313, 57 punktas); tuo pačiu klausimu sprendimai *France Télécom / Komisija* (C-202/07 P, EU:C:2009:214, 105 punktas), *Deutsche Telekom / Komisija* (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 176 punktas) ir *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83, 24 punktas).

12 — Sprendimas *Compagnie maritime belge transports ir kt. / Komisija* (C-395/96 P ir C-396/96 P, EU:C:2000:132, 131 punktas).

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

27. Tiesa, negalima teigti, kad dominuojančių įmonių nuolaidų sistemos visuomet laikytinos piktnaudžiavimu, kol šios įmonės neįrodo priešingai. Tačiau tokios nuolaidos nuolat kelia subtilų klausimą, kaip atskirti teisėtą, pranašumais pagrįstą konkurenciją nuo antikonkurencinės ūkinės veiklos, ir šį klausimą būtina atidžiai išnagrinėti.

28. Teismo praktikoje [14] pripažinta, kad tikrosios kiekybinės nuolaidos, susietos tik su nupirktu kiekiu, paprastai antikonkurencinio poveikio nedaro, todėl jomis negali būti piktnaudžiaujama, net jeigu tokias nuolaidas suteikia dominuojančios įmonės. Jei didesnį tiekiamą kiekį lydi mažesnės tiekėjo sąnaudos, tai šis iš tikrųjų turi teisę savo klientui suteikti nuolaidą nustatydamas palankesnį tarifą. Tačiau piktnaudžiavimu, kaip jis suprantamas pagal EB 82 straipsnį, paprastai laikomos lojalumo nuolaidos arba tikslinės nuolaidos, kuriomis dominuojančios bendrovės bando pririšti savo pačių klientus ir pritraukti konkurentų klientus.

29. Tačiau, vadovaujantis EB 82 straipsniu, vertinant dominuojančios įmonės nuolaidų sistemą nėra svarbu, ar ši sistema priskirtina prie tradicinės kategorijos, visų pirma, prie kiekybinių nuolaidų ar lojalumo nuolaidų. Lemiamą reikšmę turi tai, ar šia nuolaida, suteikiant ekonomiškai nepagrįstą naudą, siekiama atimti iš pirkėjo tiekimo šaltinių pasirinkimo galimybę arba ją apriboti, sukurti konkurentams patekimo į rinką kliūčių ar iškraipant konkurenciją sustiprinti savo dominuojančią padėtį [15]. Trumpai tariant, svarbu tai, ar dominuojanti įmonė suteikia nuolaidas, kuriomis galima sukelti *išstūmimo iš rinkos poveikį* atitinkamoje rinkoje ir kurios nėra pateisinamos ekonomiškai, būtent – perkeliant sutaupytų kaštų naudą klientui [16]. Be to, būtent EB 82 straipsnio 2 dalies c punktas draudžia dominuojančioms įmonėms suteikti diskriminacinio pobūdžio nuolaidų, kuriomis lygiavertes paslaugas teikiantiems prekybos partneriams taikomos skirtingos sąlygos [17].

30. Šiuo atveju, atsižvelgiant į standartizuotas ir visuotinai taikomas sąlygas, nėra jokių įrodymų dėl *Post Danmark* nuolaidų sistemos diskriminacinio pobūdžio. Todėl ne veltui ginčą pagrindinėje byloje sprendusios nacionalinės valdžios institucijos sutelkė dėmesį į klausimą, ar *Post Danmark* nuolaidų sistema gali sukelti ekonomiškai nepateisinamą išstūmimo iš rinkos poveikį.

31. Sprendžiant, ar dominuojančios įmonės suteiktos nuolaidos gali sukelti tokį išstūmimo iš rinkos poveikį, būtina bendrai įvertinti visas svarbias konkretaus atvejo aplinkybes [18] (šiuo klausimu taip pat žr. mano pastabas 2 ir 3 skirsniuose).

32. Akivaizdu, kad nei bet kurios dominuojančią padėtį užimančios įmonės noras padidinti apyvartą, nei jos siekis geriau planuoti savo veiklą negali būti laikomi ekonominiu suteikiamų nuolaidų pagrindu, jeigu šios nuolaidos gali sukelti išstūmimo iš rinkos poveikį [19].

14 — Sprendimai *Suiker Unie ir kt. / Komisija* (sujungtos bylos 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ir 114/73, EU:C:1975:174, 518 punktas), *Hoffmann-La Roche / Komisija* (85/76, EU:C:1979:36, 89 ir 90 punktai), *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin / Komisija* (322/81, EU:C:1983:313, 71 punktas), *Portugalija / Komisija* (C-163/99, EU:C:2001:189, 50 punktas), *Tomra Systems ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 70 punktas) ir *Michelin / Komisija* (T-203/01, EU:T:2003:250, 56–59 punktai).

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

16 — Sprendimas *British Airways / Komisija* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 68 ir 69 punktai).

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

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

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

2. Aplinkybės, į kurias reikia atsižvelgti vertinant nuolaidų sistemas (trečiojo klausimo pirma dalis ir pirmojo klausimo paskutinė dalis)

33. Trečiojo prejudicinio klausimo pirma dalimi ir pirmojo klausimo paskutine dalimi iš esmės teiraujamasi, į kokias konkrečiai aplinkybes, vadovaujantis EB 82 straipsniu, turi būti atsižvelgiama vertinant dominuojančių įmonių nuolaidų sistemomis galimai daromą išstūmimo iš rinkos poveikį.

34. Pateikti visuotinai taikomą, galutinį visų aplinkybių, į kurias reikėtų atsižvelgti pagal EB 82 straipsnį, sąrašą dėl savito pobūdžio neįmanoma, nes kiekviena rinka ir kiekviena nuolaidų sistema gali turėti savo ypatumų. Vis dėlto prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui, atsižvelgiant į nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nurodytas pagrindinės bylos aplinkybes, galima pateikti kelias naudingas pastabas, kurios galėtų palengvinti šiam teismui sprendimo priėmimo procesą.

35. Pagal nusistovėjusią Teisingumo Teismo praktiką, vertinant nuolaidų sistemą remiantis EB 82 straipsniu, visų pirma yra svarbūs nuolaidos suteikimo kriterijai ir sąlygos [20] (šiuo klausimu žr. a skirsnį). Tačiau, kaip galima suprasti iš Teisingumo Teismo vartojamų žodžių „visų pirma“, gali būti svarbūs ir kiti veiksniai, ypač atitinkamoje rinkoje vyraujančios konkurencijos sąlygos ir su tuo itin susijusi dominuojančios įmonės padėtis šioje rinkoje (šiuo klausimu žr. b skirsnį).

a) Nuolaidos suteikimo kriterijai ir sąlygos

36. Pirma, kalbant apie nuolaidos suteikimo kriterijus ir sąlygas, vienas iš piktnaudžiavimo nuolaidų sistema požymių atsiranda tuomet, kai nuolaidų sistema nėra vien tik laipsniškai didėjanti, kaip yra ginčijamu *Post Danmark* atveju, o kaskart, pasiekus naują ribinę nuolaidos vertę, kaina mažinama ne tik už visus papildomus užsakymus, bet ir atgaline data, taigi, nuolaidų sistema papildomai sumažina visų per visą ataskaitinį laikotarpį pateiktų, taigi, ir ankstesnių užsakymų kainą [21].

37. Taip net palyginti mažas dominuojančios įmonės produktų apyvartos kitimas – tiek augimas, tiek kritimas – gali daryti neproporcingą poveikį kontrahentams [22]. Todėl tokia nuolaidų sistema paprastai skatina ištikimybę, šį jos poveikį taip pat galima pavadinti pritraukimu. Pritraukimo poveikis leidžia dominuojančią padėtį užimančiai įmonei pririšti savuosius klientus ir pritraukti konkurentų klientus, taigi, pritraukti paklausos dalį, dėl kurios atitinkamoje rinkoje konkuruojama [23].

38. Pagal savo pobūdį šis pritraukimo poveikis didėja didėjant suteiktai nuolaidai ir ilgėjant ataskaitiniam laikotarpiui, už kurį skaičiuojama nuolaida pasiekus naują nuolaidų ribą. Jei suteikiamos nuolaidos, kaip šioje byloje, yra palyginti didelės – nuo 6 iki 16 % – ir jos galioja atgaline data palyginti ilgą vienų metų ataskaitinį laikotarpį [24], tai rodo, kad pritraukimo poveikis yra stiprus. Šiuo atveju pritraukimo poveikis stiprėja dar ir todėl, kad nuolaidos buvo taikomos tiek tai paklausos daliai, dėl kurios buvo konkuruojama, tiek tai, kuri buvo be konkurencijos, taigi, visų pirma laiškams iki 50 g, kuriems galiojo įstatyminis *Post Danmark* monopolis.

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

21 — Šiuo klausimu žr. sprendimus *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin / Komisija* (322/81, EU:C:1983:313, 81 punktą), *British Airways / Komisija* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 73 punktą) ir *Tomra Systems ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, visų pirma 75 punktą).

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

23 — Sprendimas *Tomra Systems ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 79 punktas).

24 — Dėl ataskaitinio laikotarpio trukmės žr., pavyzdžiui, Sprendimą *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin / Komisija* (322/81, EU:C:1983:313, 81 punktas).

39. Jei papildomai būtų galima įrodyti, kad dominuojanti įmonė ketino išstumti konkurentus iš rinkos, tai būtų dar vienas svarus rodiklis, patvirtinantis, kad taikyta nuolaidų sistema buvo piktnaudžiaujama [25]. Tačiau toks ketinimas išstumti iš rinkos ar išstūmimo strategija nėra būtina sąlyga, kad būtų konstatuotas EB 82 straipsnio pažeidimas, nes piktnaudžiavimas dominuojančia padėmi yra objektyvi sąvoka [26]. Vien tai, kad *Post Danmark* šioje byloje tvirtina veikusi neturėdama ketinimo pašalinti konkurentus, anaiptol neapsaugo įmonės nuo galimybės pripažinti piktnaudžiavimą, kaip jis apibrėžtas EB 82 straipsnyje.

40. Tiesa, jei tarp prekybos partnerių egzistuoja diskriminacija, kaip tai suprantama pagal EB 82 straipsnio 2 dalies c punktą, dominuojančios įmonės piktnaudžiavimas nuolaidomis yra ypač akivaizdus. Tačiau nuolaidų sistema pagal EB 82 straipsnį gali būti piktnaudžiaujama ir tuo atveju, kai ši sistema, neturėdama diskriminacinių elementų, sukelia antikonkurencinį konkurentų pašalinimo poveikį rinkoje [27]. ELPA priežiūros institucija šiuo klausimu teisingai pabrėžė, kad ne taip svarbu nustatyti, ar nuolaidos yra individualiai pritaikytos, ar standartizuotos, – daug svarbiau yra įvertinti, ar, taikant tam tikrą nuolaidų sistemą, realiai galima panaikinti konkurenciją rinkoje.

41. Galiausiai „neigiamų“, t. y. mažesnių už savikainą, kainų taikymas klientams nėra pirminė dominuojančią padėtį užimančios įmonės atgaline data taikomų nuolaidų sistemos pripažinimo piktnaudžiavimu sąlyga [28]. Gerokai didesnė įmonės apyvarta, nepaisant suteiktų didelių nuolaidų, paprastai leidžia subalansuoti pajamas ir išlaidas. Taigi, dominuojanti įmonė savo nuolaidomis gali sukelti konkurentų pašalinimo poveikį, nebūtinai pati patirdama nuostolių.

b) Atitinkamoje rinkoje vyraujančios konkurencijos sąlygos ir dominuojančios įmonės padėtis šioje rinkoje

42. Kalbant apie vyraujančias konkurencijos sąlygas ir dominuojančios įmonės padėtį atitinkamoje rinkoje, galima teigti, kad antikonkurencinio nuolaidų sistemos daromo išstūmimo iš rinkos poveikio tikimybę ir reikšmingumą lemia dominuojančios įmonės stiprumas atitinkamoje rinkoje ir jos faktinių ar potencialių konkurentų padėties silpnumas. Silpnumas ar stiprumas priklauso ne tik nuo dominuojančios įmonės ir jos konkurentų turimų rinkos dalių, bet ir nuo dominuojančios lyderio padėties kilmės bei galimai įstatymų suteiktos monopolijos visoje rinkoje ar jos dalyje [29].

43. Šiuo atveju *Post Danmark*, kaip istoriškai valstybinei pašto įmonei, priklausė, kaip konstatuota nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, milžiniška Danijos masinių pašto siuntų rinkos dalis – 95 %, o *Bring Citymail* – tik 5 %.

44. Toks didelis skirtumas tarp dominuojančios įmonės ir jos konkurentų turimų rinkos dalių leidžia padidinti konkurentų išstūmimo iš rinkos poveikio tikimybę, nes dominuojančios įmonės konkurentams tokiomis aplinkybėmis labai sudėtinga pasiūlyti didesnes nuolaidas, taikomas atsižvelgiant į bendrą pardavimo kiekį [30].

25 — Šiuo klausimu žr. Sprendimą *Tomra Systems ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 20 ir 21 punktai).

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

27 — Sprendimas *Michelin / Komisija* (T-203/01, EU:T:2003:250, 65 punktas).

28 — Sprendimas *Tomra Systems ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 73 punktas).

29 — Šiuo klausimu žr. sprendimą *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, 23 punktas *in fine*).

30 — Sprendimai *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin / Komisija* (322/81, EU:C:1983:313, 82 punktas) ir *British Airways / Komisija* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 75 punktas) ir mano išvada toje byloje (EU:C:2006:133, 52 punktas).

45. Be to, 70 % šios rinkos sudarė įstatyminį *Post Danmark* monopolį – t. y. laiškų iki 50 g monopolį, todėl ši rinkos dalis nuo pat pradžių nebuvo atvira konkurencijai. Vienintelė rimta *Post Danmark* konkurentė *Bring Citymail* vykdė savo veiklą tik vienoje geografinėje rinkos dalyje, būtent – dideliame Kopenhagos regione, o galingas nacionalinis *Post Danmark* platinimo tinklas buvo išsiplėtęs visoje šalyje.

46. Visa tai verčia manyti, kad *Post Danmark* dėl savo išskirtinės padėties rinkoje buvo neišvengiama prekybos partnerė, o jos taikomos nuolaidos turėjo didžiulį potencialą išstumti konkurentus iš rinkos [31]. Šis įspūdis dar labiau sustiprėja papildomai atsižvelgus į tam tikrus struktūrinius, atitinkamą rinką charakterizuojančius veiksnius.

47. Kaip minėta pirmiau, tokia kaip Danijos masinių pašto siuntų rinka išsiskiria būtent tinklinių paslaugų teikimu. Siekdamas efektyviai veikti ir teikti vartotojams paslaugas, kurių jie tikisi, tiekėjas privalo sukurti tokioje rinkoje kuo pajėgesnį platinimo tinklą. Kita vertus, ekonomikos požiūriu tokiai rinkai, kaip nurodyta ir nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, būdinga didelė masto ekonomija ir didelės kliūtys patekti į rinką, o tai apsunkina dominuojančios įmonės konkurentams galimybę įsitvirtinti rinkoje ir konkuruoti su šia įmone dėl nesusietos paklausos dalies.

48. Be to, vertinant dominuojančių įmonių nuolaidų sistemų galimai daromą konkurentų išstūmimo iš rinkos poveikį svarbų vaidmenį gali vaidinti klausimas, ar atitinkamos rinkos klientai džiugiai pasitinka pokyčius, be to, kokią poreikio dalį jie galėtų tenkinti pas rinkos lyderio konkurentus neprarasdami nuolaidų suteikiamos naudos.

49. Pagrindinėje byloje šiuo klausimu buvo konstatuota, kad du trečdalius korespondencijos siuntų, kurias galėtų pristatyti konkurentai, atitinkami klientai galėtų pavesti pristatyti kitam pašto operatoriui tik netekdami *Post Danmark* teikiamų nuolaidų. Tai rodo, kad *Post Danmark* nuolaidų sistemos potencialas išstumti konkurentus iš rinkos yra didelis.

50. Taigi, šiuo atveju konkurencijos sąlygos atitinkamoje rinkoje ir dominuojančios įmonės padėtis šioje rinkoje aiškiai rodo, kad tokia nuolaidų sistema, kokią taikė *Post Danmark*, galėjo sukelti didžiulį konkurentų išstūmimo iš rinkos poveikį.

3. Nuolaidų sistemos taikymo mastas (pirmojo klausimo antra dalis)

51. Pirmojo prejudicinio klausimo antra dalis skirta *Post Danmark* taikytos nuolaidų sistemos taikymo mastui. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas siekia išsiaiškinti, kokią reikšmę teisiniam vertinimui, vadovaujantis EB 82 straipsniu, turi tai, kad nuolaidų sistema pagal atskiras standartizuotas nuolaidų pakopas (nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą jos vadinamos „apimčių ribomis“) yra pritaikyta ne individualiems klientams, o klientų daugumai toje rinkoje.

52. Kaip jau anksčiau yra nurodęs Teisingumo Teismas, sutarčių, kurioms taikomos dominuojančios įmonės suteiktos nuolaidos, skaičius, taigi, ir atitinkamų klientų skaičius, neturi reikšmės teisiniam šių nuolaidų vertinimui pagal EB 82 straipsnį [32].

53. Todėl vien tai, kad tam tikra nuolaidų sistema taikoma daugeliui ar netgi daugumai klientų rinkoje ir todėl jos taikymo mastas yra platus, dar nereiškia, kad galima įtarti piktnaudžiavimą, kaip jis apibrėžtas EB 82 straipsnyje.

31 — Konkrečiai dėl deramo dėmesio dominuojančios įmonės, kaip neišvengiamos prekybos partnerės, vaidmeniui žr. sprendimus *Hoffmann-La Roche / Komisija* (85/76, EU:C:1979:36, 41 punktas) ir *Compagnie maritime belge transports ir kt. / Komisija* (C-395/96 P ir C-396/96 P, EU:C:2000:132, 132 punktas).

32 — Sprendimas *Suiker Unie ir kt. / Komisija* (sujungtos bylos 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ir 114/73, EU:C:1975:174, 511 punktas).

54. Tačiau jei tokia nuolaidų sistema galėtų sukelti pritraukimo poveikį dominuojančios įmonės naudai, jos taikymas dideliam klientų skaičiui ir didžiajai nesusietos paklausos daliai tam tikroje rinkoje galėtų lemti gerokai didesnį faktinį ar potencialų konkurentų išstūmimo iš rinkos poveikį, nei nuolaidų sistemos, kurios taikymo mastas yra siauras. Nemažai proceso dalyvių į tai teisingai atkreipė dėmesį.

4. Tarpinė išvada

55. Vadinasi, apibendrinant reikia pripažinti, kad:

Nuolaidų sistema, kurią taiko dominuojančią padėtį užimanti įmonė, yra piktnaudžiavimas pagal EB 82 straipsnį, jeigu bendrai įvertinus visas konkretaus atvejo aplinkybes paaiškėja, kad šios nuolaidos gali sukelti ekonomiškai nepateisinamą išstūmimo iš rinkos poveikį, o vertinant visų pirma turi būti atsižvelgiama į nuolaidų suteikimo kriterijus ir sąlygas, atitinkamoje rinkoje vyraujančias konkurencijos sąlygas ir dominuojančios įmonės padėtį šioje rinkoje.

B – *Tokio pat produktyvaus konkurento kriterijaus („As-efficient-competitor“ test) reikšmė (pirmojo klausimo trečia dalis)*

56. Pirmojo prejudicinio klausimo trečia ir paskutinė dalis konkrečiai skirta tokio pat produktyvaus konkurento kriterijui. Vadovaujantis šiuo kriterijumi, palyginus kainas ir sąnaudas [33] siekiama nustatyti, ar taip pat efektyviai dirbantis konkurentas gali su šia įmone konkuruoti, ar priešingai, dominuojančią padėtį užimančios įmonės nuolaidų politika atitinkamoje rinkoje sukelia antikonkurencinį konkurentų išstūmimo iš rinkos poveikį.

57. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas klausia, ar konstatuojant, kad taikant tam tikrą nuolaidų sistemą piktnaudžiaujama dominuojančia padėtimi, pagal teisės aktus privalu vadovautis tokio pat produktyvaus konkurento kriterijumi, ir, jei atsakymas į šį klausimą būtų neigiamas, iš kokių kitų aplinkybių galėtų būti sprendžiama dėl piktnaudžiavimo tokia nuolaidų sistema.

58. Šie klausimai turėtų būti svarstomi atsižvelgiant į 2009 m. Komisijos komunikatą [34], kuriame Komisija, kaip konkurencijos tarnyba, nurodė savo prioritetus taikant EB 82 straipsnį. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas aiškiai remiasi minėtu komunikatu dėl prioritetų.

59. Savo komunikate dėl prioritetų Komisija pareiškė ketinanti imtis veiksmų prieš kainomis pagrįstą antikonkurencinį elgesį iš esmės tik tais atvejais, kai dominuojančios įmonės elgesys jau trukdė arba gali trukdyti konkuruoti tiems konkurentams, kurie, kaip laikoma, dirba taip pat efektyviai kaip ir dominuojanti įmonė (anglų k. „as efficient competitors“) [35]. Kad nustatytų, ar su kainomis susijęs elgesys yra antikonkurencinis, Komisija prisiėmė įsipareigojimą paprastai taikyti tokio pat produktyvaus konkurento kriterijų.

33 — Atsižvelgiama į vidutines nebūtinas dominuojančios įmonės sąnaudas, ilgalaikes vidutines ribines sąnaudas ir kainą, kurią dominuojančios įmonės konkurentas turėtų pasiūlyti jos klientams siekdamas kompensuoti tos įmonės taikytą nuolaidą.

34 — 2009 m. vasario 24 d. pateiktas Komisijos komunikatas „Įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairės“ (OL C 45, p. 7), toliau – komunikatas dėl prioritetų.

35 — Komunikato dėl prioritetų 23 punktas. Norėčiau atkreipti dėmesį į tai, kad komunikato dėl prioritetų teksto vokiečių kalba ištraukos formuluotė „daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen“ (lietuvių k. „jau trukdė arba gali trukdyti konkuruoti“) tik labai menkai atspindi teisinį reglamentavimą, kad faktinio antikonkurencinio poveikio įrodinėti nebūtina (sprendimai *British Airways / Komisija*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, 68 punktas, ir *Tomra Systems ir kt. / Komisija*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, 68 ir 79 punktai). Atrodo, EB 82 straipsnio (SESV 102 straipsnis) nustatytas teisines aplinkybes labiau atitinka komunikato dėl prioritetų versijos anglų („has already been or is capable of hampering competition“) ir prancūzų kalbomis („ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence“).

60. Tačiau dėl savo pobūdžio tokia Komisijos administracinė praktika nėra privaloma nacionalinėms konkurencijos institucijoms ir teismams. Tai išplaukia, viena vertus, iš paties komunikato dėl prioritetų teksto, kad šiuo dokumentu „nesiekiama nustatyti teisės“ [36], o kita vertus – iš nusistovėjusios teismo praktikos dėl tokių Komisijos pareiškimų [37]. Nors nacionalinėms valdžios institucijoms neužkirstas kelias sekti Komisijos pavyzdžiu ir remtis tokio pat produktyvaus konkurento kriterijumi, vis dėlto, teisiniu požiūriu joms privalomi tik iš EB 82 straipsnio išplaukiantys reikalavimai. Išaiškinti šiuos reikalavimus – mūsų Teisingumo Teismo užduotis.

61. Mano nuomone, EB 82 straipsniu *negali* būti grindžiamas teisinis įsipareigojimas visuomet remtis tam tikra kainos ir sąnaudų analize, pavyzdžiui, ta, kuri grindžiama tokio pat produktyvaus konkurento kriterijumi, kad būtų konstatuotas dominuojančių įmonių piktnaudžiavimas nuolaidų sistemomis.

62. Tiesa, Teisingumo Teismas, kalbėdamas ne apie nuolaidas, o apie kitus su kainomis susijusius veiksmus, ne kartą yra raginęs atlikti tokio pat produktyvaus konkurento analizę, pabrėždamas, kad EB 82 straipsniu draudžiama, *be kita ko*, dominuojančiai įmonei imtis veiksmų, kurie turi *jos konkurentų, laikomų tokiais pat produktyviais kaip ir ji*, išstūmimo iš rinkos poveikį [38].

63. Tačiau šioje teismo praktikoje negalima įžvelgti besąlyginio reikalavimo taikyti tokį pat produktyvų konkurento kriterijų visais atvejais, vertinant kainomis pagrįstą piktnaudžiaujamą elgesį antikonkurenciniu požiūriu. Viena vertus, ši teismo praktika yra konkrečiai susijusi su dominuojančių įmonių kainų nustatymo politika, kuri vien dėl savo pobūdžio turi glaudų ryšį su susijusių įmonių išlaidų struktūra, kaip antai žemų kainų politika (pavyzdžiui, sumažinant kainas iki nuostolingo dydžio), arba kainų spaudimu, t. y. tarifų „žirklių“ efektu. Kita vertus, Teisingumo Teismo pasirinkta formuluotė „visų pirma“ (prancūzų k. „notamment“) [39] aiškiai rodo, kad piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi nebūtinai galima įtarti tik tuo atveju, kai kyla pavojus išstumti iš rinkos taip pat efektyviai, kaip dominuojanti įmonė, dirbančius konkurentus.

64. Kalbant konkrečiai apie dominuojančią padėtį užimančių įmonių nuolaidų sistemas, pasakytina, kad Teisingumo Teismas dar nė karto nėra konstatavęs, kad tik atlikus kainos ir sąnaudų analizę jos gali būti kvalifikuojamos kaip piktnaudžiavimas pagal EB 82 straipsnį. Atvirkščiai, dėl tokių nuolaidų sistemų teismas yra neseniai nusprendęs, kad taikytų kainų palyginimo su sąnaudomis nebuvimas nėra teisės klaida [40]. Šios pozicijos Teisingumo Teismas turėtų laikytis ir nagrinėjamu atveju.

65. Žinoma, teoriškai būtų galima teigti, kad, siekiant konstatuoti kainomis pagrįstą antikonkurencinį elgesį, būtina atlikti tokio pat produktyvaus konkurento kriterijumi pagrįstą analizę ir reikalauti, kad šiuo kriterijumi būtų remiamasi nagrinėjant dominuojančių įmonių nuolaidų sistemas. Tačiau tokiu žingsniu teismo praktikoje, susijusioje su EB 82 straipsniu, dėl kelių priežasčių nereikėtų pasikliauti.

66. Pirma, papildoma brangios ekonominės analizės nauda ne visuomet akivaizdi, jai gali būti sunaudojama neproporcingai daug konkurencijos tarnybų ir teismų išteklių, kurių trūksta kitur, kad būtų užtikrintas veiksmingas konkurencijos taisyklių taikymas. Kaip rodo *Post Danmark*, *Bring Citymail* ir Danijos vyriausybės pastabų Teisingumo Teismui pavyzdys, nuomonės dėl taikomos

36 — Komunikato dėl prioritetų 3 punktas.

37 — Sprendimai *Pfleiderer* (C-360/09, EU:C:2011:389, 21 punktas) ir *Expedia* (C-226/11, EU:C:2012:795, 29 ir 31 punktai).

38 — Sprendimas *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, 25 punktas); taip pat žr. sprendimus *Deutsche Telekom / Komisija* (C-280/08 P, EU:C:2010:603), visų pirma 177, 183, 196, 203 ir 254 punktus, ir *TeliaSonera* (C-52/09, EU:C:2011:83), ypač 67, 73 ir 94 punktus, ir sprendime *AKZO / Komisija* (C-62/86, EU:C:1991:286), ypač 71 ir 72 punktuose, *inter alia*, remiamasi kainos ir kaštų analize.

39 — Sprendimai *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, 25 punktas) ir *Deutsche Telekom / Komisija* (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 177 punktas, tiesa, tekste vokiečių kalba, kaip prancūzų k. „notamment“ atitikmuo, vartojama santrumpa „u. a.“ (lietuvių k. „be kita ko“)).

40 — Sprendimas *Tomra Systems ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 80 punktas; be to, žr. ir 73 punktą).

metodikos gali labai išsiskirti [41]. Be to, turimi duomenys, kuriais remiamasi kaip pagrindu, ne visuomet yra patikimi [42], taip pat būtina, kad dominuojančios įmonės iš tikrųjų būtų pasirengusios bendradarbiauti su konkurencijos tarnybomis ir teismais, o tai, kaip pabrėžė Vokietijos vyriausybė, ne visuomet gali būti užtikrinama.

67. Antra, klaidinga būtų manyti, kad neva kainomis pagrįsto antikonkurencinio elgesio problemą galima paprastai ir užtikrinant teisinį tikrumą išspręsti pagal tam tikrą matematinę formulę remiantis vien susijusių įmonių kainų ir sąnaudų sudedamosiomis dalimis. Kaip minėjau, neretai įmonių duomenys gali būti įvairiai interpretuojami.

68. Tačiau svarbiausia konstatuojant piktnaudžiavimą pagal EB 82 straipsnį, taip pat remiantis ir kitais pagrindais, yra įvertinti kiekvieną konkretų atvejį atsižvelgiant į visas bylai reikšmingas aplinkybes, ir tam nepakanka išnagrinėti vien kainų ir sąnaudų komponentų. Priešingai, yra daug kitų veiksnių, kurie gali būti svarbūs konstatuojant piktnaudžiavimą: visų pirma konkreti nuolaidų sistemos struktūra, taip pat tam tikri rinkos, kurioje dominuojanti įmonė vykdo veiklą, ypatumai; šie veiksniai netgi gali suteikti daugiau informacijos nei kainos ir sąnaudų analizė.

69. Orientavimasis į visas konkretaus atvejo aplinkybes ir objektyvaus dominuojančios įmonės komercinio elgesio pagrindimo galimybė leidžia tinkamai užtikrinti, kad teisiniai reikalavimai, taikomi piktnaudžiavimo konstatavimui pagal EB 82 straipsnį, išlaikytų sąsajas su ekonomikos realijomis [43].

70. Jei pakanka bendrai įvertinti visas kitas konkretaus atvejo aplinkybes, kaip minėjau pirmiau [44], kad paaiškėtų, jog tam tikros dominuojančios įmonės nuolaidų sistema yra piktnaudžiaujamojo pobūdžio, teisiniu požiūriu nėra būtina atlikti kainos ir sąnaudų analizės, atitinkančios tokio pat produktyvaus konkurento kriterijumi pagrįstą analizę.

71. Juo labiau EB 82 straipsnyje negali būti numatyta teisinio įpareigojimo atlikti tokio pat produktyvaus konkurento kriterijumi pagrįstą analizę, kai rinkos struktūra nuo pat pradžių leidžia atmesti galimybę, kad kita įmonė gali būti tokia pat produktyvi, kaip ir dominuojanti įmonė. Taip gali būti dėl specifinių konkurencijos atitinkamoje rinkoje sąlygų (pavyzdžiui, dėl to, kad kaip ir šiuo atveju yra didelių kliūčių patekti į rinką, didelė masto ekonomija ir (arba) rinkai būdingos tinklo paslaugos) arba dėl to, kad dominuojančios įmonės sąnaudos priklauso būtent nuo konkurencinio pranašumo, kurį ši įmonė turi dėl dominuojančios padėties [45].

72. Tokiais atvejais iš pat pradžių nebūtų net prasmės, remiantis bet kokios rūšies kainos ir sąnaudų analize, vertinti, ar tam tikra dominuojančios įmonės nuolaidų sistema turi vien hipotetinį taip pat efektyviai dirbančių konkurentų išstūmimo iš rinkos poveikį. Jei tam tikroje rinkoje taip pat efektyviai, kaip dominuojanti įmonė, dirbančių konkurentų iš viso negali būti, net ir tokio pat produktyvaus konkurento analizė neleidžia daryti patikimos išvados apie tai, ar iš rinkos gali būti išstumti konkurentai, ar ne.

41 — Komisija komunikato dėl prioritetų 25 punkte taip pat daro prielaidą, kad tokio pat produktyvaus konkurento kriterijumi pagrįstos analizės rezultatai gali būti ne visuomet vienareikšmiški.

42 — Komisija komunikato dėl prioritetų 25 punkte taip pat pabrėžia, kad tiek pat produktyvaus konkurento analizei būtini patikimi duomenys.

43 — Žr. šiuo klausimu mano išvadą byloje *Solvay / Komisija* (C-109/10 P, EU:C:2011:256, 80 punktas).

44 — Šiuo klausimu žr. šios išvados 33–54 punktus.

45 — Šiuo klausimu žr. Sprendimą *TeliaSonera* (C-52/09, EU:C:2011:83, 45 punktą *in fine*).

73. Priešingai, rinkoje, kurioje konkurencija dėl dominuojančios įmonės buvimo yra taip susilpnėjusi, kad taip pat efektyviai dirbančių konkurentų nė negali atsirasti, negalima neįvertinti net ir ne taip efektyviai dirbančių įmonių daromo konkurencinio spaudimo [46]. Vienas iš pagrindinių EB 82 straipsnio tikslų ir yra išsaugoti šį spaudimą. Turėtų būti siekiama, kad dominuojančios įmonės ūkinė veikla dar labiau nepablogintų rinkos struktūros ir pasirinkimo galimybių klientams [47].

74. Taigi, EB 82 straipsnis draudžia atlikti tokio pat produktyvaus konkurento analizę rinkoje, kurioje dėl rinkos struktūros nėra galimybės atsirasti taip pat efektyviai dirbančiai bendrovei, kokia yra dominuojančią padėtį užimanti įmonė.

75. Vadinasi, apibendrinant reikia pripažinti, kad:

EB 82 straipsnis nereikalauja įrodinėti piktnaudžiavimo dominuojančios įmonės taikoma nuolaidų sistema remiantis kainos ir sąnaudų analize, atitinkančia tokio pat produktyvaus konkurento analizę („As-efficient-competitor“ analizę), jei piktnaudžiaujamasis šios nuolaidų sistemos pobūdis paaiškėja vien bendrai įvertinus kitas konkretaus atvejo aplinkybes.

Tačiau konkurencijos bylas nagrinėjančios valdžios institucijos ir teismai, bendrai vertindami visas konkretaus atvejo aplinkybes, turi teisę pasinaudoti tokia kainos ir sąnaudų analize, išskyrus atvejus, kai, atsižvelgiant į rinkos struktūrą, rinkoje negali atsirasti kita įmonė, kuri dirbtų taip pat efektyviai, kaip ir dominuojančią padėtį užimanti įmonė.

C – *Galimo nuolaidų sistemos antikonkurencinio poveikio juntamumo klausimas (antrasis klausimas ir trečiojo klausimo antra dalis)*

76. Galiausiai prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas antruoju klausimu nori sužinoti, kiek „tikėtinas ir rimtas“ turi būti tokios dominuojančios įmonės, kaip *Post Danmark*, nuolaidų sistemos antikonkurencinis poveikis, kad būtų taikomas EB sutarties 82 straipsnis. To paties teiraujamasi ir trečiojo klausimo antra dalimi, kurioje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas domisi, ar tokios nuolaidų sistemos „išstūmimo poveikis“ turi būti „juntamas“.

77. Manau, atsakant į šį klausimą nepakaktų vien nurodyti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui, kad valstybės narės turi procesinę autonomiją įrodymų klausimais [48]. Šiuo atveju kalbama apie *turinio* reikalavimus, kurie keliami siekiant konstatuoti piktnaudžiavimą pagal EB 82 straipsnį. Šie reikalavimai yra Sąjungos teisės pobūdžio ir visoje Sąjungoje turi būti taikomi vienodai, kad visoms vidaus rinkoje veikiančioms įmonėms, kalbant apie konkurencijos taisykles, galiotų kuo vienodesnės sąlygos („level playing field“) [49].

78. Abu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nurodytus aspektus, t. y., pirma, antikonkurencinio poveikio tikimybę ir, antra, šio poveikio stiprumą, tikslinga apsvarstyti atskirai.

46 — Šiuo klausimu taip pat žr. komunikato dėl prioritetų 24 punktą; be to, žr. Sprendimą *Hoffmann-La Roche / Komisija* (85/76, EU:C:1979:36, 123 punktas *in fine*).

47 — Sprendimai *France Télécom / Komisija* (C-202/07 P, EU:C:2009:214, 105 punktas), *Deutsche Telekom / Komisija* (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 83 ir 176 punktai), *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83, 24 punktas) ir *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, 20 ir 23 punktai); panašus sprendimas ir *British Airways / Komisija* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 66 punktas).

48 — Šiuo klausimu žr. 2002 m. gruodžio 16 d. Tarybos reglamento (EB) Nr. 1/2003 dėl konkurencijos taisyklių, nustatytų Sutarties 81 ir 82 straipsniuose, įgyvendinimo penktą konstatuojamąją dalį (OL L 1, 2003, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 2 t., p. 205).

49 — Dėl sąvokos „*level playing field*“ žr., pavyzdžiui, mano išvadas bylose *Akzo Nobel Chemicals* ir *Akcros Chemicals / Komisija* (C-550/07 P, EU:C:2010:229, 169 punktas), *Toshiba Corporation ir kt.* (C-17/10, EU:C:2011:552, 118 punktas) ir *KONE ir kt.* (C-557/12, EU:C:2014:45, 29 punktas).

1. Antikonkurencinio poveikio atsiradimo tikimybė

79. Pirmiausia prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas klausia, kiek tikėtinas turi būti antikonkurencinis dominuojančios įmonės nuolaidų sistemos poveikis, kad nuolaidų sistema būtų laikoma piktnaudžiavimu pagal EB 82 straipsnį.

80. Šiuo klausimu pažymėtina, kad tokios nuolaidų sistemos daromas konkurentų išstūmimo iš rinkos poveikis negali būti tik spėjamas [50]. Kitaip tariant, ginčijamos nuolaidos *turi galėti* ne tik *abstrakčiai*, bet ir *konkrečiai* apsunkinti galimybę arba visiškai užkirsti kelią šios įmonės konkurentėms patekti į rinką ir apsunkinti kontrahentams tiekimo šaltinių arba prekybos partnerių pasirinkimo galimybę arba ją visiškai atimti [51].

81. Tačiau tam nebūtina atlikti sudėtingo konkretaus nuolaidų poveikio konkurencijai tyrimo, t. y. nereikia nagrinėti, ar konkurentų išstūmimo iš rinkos poveikis *iš tikrųjų* pasireiškė [52]. EB 82 straipsnyje įtvirtintas draudimas apima taip pat ir *potencialų* antikonkurencinį poveikį turinčią dominuojančių įmonių elgseną [53]. Taigi, net jei *Post Danmark* teiginys, kad *Bring Citymail* galiausiai pasitraukė iš Danijos rinkos ne dėl ginčijamos nuolaidų sistemos, būtų teisingas, tai netrukdo konstatuoti piktnaudžiaujamo elgesio pagal EB 82 straipsnį.

82. Remiantis nusistovėjusia teismų praktika būtina, o kartu ir visiškai pakanka, kad ginčijamos nuolaidos *galėtų* turėti konkurentų pašalinimo poveikį [54]. Taip yra tuomet, kai, įvertinus visas reikšmingas konkretaus atvejo aplinkybes, toks konkurentų pašalinimo poveikis labiau tikėtinas, nei netikėtinas [55].

83. Mano nuomone, būtų netinkama nustatyti aukštesnius kriterijus su EB 82 straipsniu nesuderinamo piktnaudžiavimo prielaidai ir, pavyzdžiui, reikalauti, kad konkurentų pašalinimo poveikis būtų „itin galimas“ ar „ypač tikėtinas“ ar kad dėl jo būtų galima nuspręsti tik „be pagrįstų abejonių“.

84. Dominuojančią padėtį rinkoje užimanti įmonė – neatsižvelgiant į jos dominavimo rinkoje priežastis – turi ypatingą pareigą savo veiksmais nepažeisti veiksmingos konkurencijos ir neiškreipti jos sąlygų bendrojoje rinkoje [56]. Ši atsakomybė sukuria tam tikrą pareigą laikytis nuosaikumo rinkoje. Todėl dominuojanti įmonė privalo susilaikyti nuo *bet kokios* komercinės praktikos, kuri gali sukelti konkurentų pašalinimo poveikį, o ne tik nuo tokios, kurios sukeliamas poveikis būtų „itin galimas“ ar „ypač tikėtinas“, arba dėl kurio būtų galima nuspręsti „be pagrįstų abejonių“.

85. Konkurentų pašalinimo poveikio tikimybės laipsnis gali turėti įtakos nebent galimų sankcijų dydžiui, pavyzdžiui, baudoms, kurias skiria konkurencijos institucija. Jų dydis visuomet turi atitikti proporcingumo reikalavimus (Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos 49 straipsnio 3 dalis ir Reglamento Nr. 1/2003 23 straipsnio 3 dalis): kuo didesnė konkurentų pašalinimo poveikio tikimybė ir kuo didesnis šio poveikio mastas, tuo griežtesnė sankcija. Tačiau šios prejudicinio sprendimo procedūros dalykas nėra minėtieji sankcijų klausimai.

50 — Šiuo klausimu žr. sprendimus *Deutsche Telekom / Komisija* (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 254 punktas) ir *TeliaSonera* (C-52/09, EU:C:2011:83, 66 ir 67 punktai).

51 — Šiuo klausimu žr. mano išvadą byloje *British Airways / Komisija* (C-95/04 P, EU:C:2006:133, 73 punktas).

52 — Sprendimas *Tomra Systems ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 68 ir 79 punktai); šiuo pagrindu priimti ir sprendimai *Tetra Pak / Komisija* (C-333/94 P, EU:C:1996:436, 44 punktas) ir *Michelin / Komisija* (T-203/01, EU:T:2003:250, 239 punktas).

53 — Sprendimas *TeliaSonera* (C-52/09, EU:C:2011:83, 64 punktas); panašiai ir Sprendime *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, 44 punktas), kuriame kalbama apie „realų ar tikėtiną <…> išstūmimą“.

54 — Sprendimai *British Airways / Komisija* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 68 punktas) ir *Michelin / Komisija* (T-203/01, EU:T:2003:250, 239 punktas).

55 — Šiuo klausimu žr. Sprendimą *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172), kuriame kalbama apie „tikėtiną žalingą poveikį konkurencijai“ (42 punktas) ir „realų ar tikėtiną <…> išstūmimą“ (44 punktas).

56 — Sprendimas *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin / Komisija* (322/81, EU:C:1983:313, 57 punktas); šiuo pagrindu priimti ir sprendimai *France Télécom / Komisija* (C-202/07 P, EU:C:2009:214, 105 punktas), *Deutsche Telekom / Komisija* (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 176 punktas) ir *TeliaSonera* (C-52/09, EU:C:2011:83, 24 punktas).

2. Dėl neigiamo poveikio konkurencijai grėsmės dydžio

86. Toliau prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nori sužinoti, kiek „stiprus“ ar „juntamas“ turėtų būti antikonkurencinis nuolaidų sistemos poveikis, kad jam būtų taikomas EB 82 straipsnyje numatytas draudimas piktnaudžiauti.

87. Taip galiausiai iškeliamas galimo antikonkurencinio dominuojančių įmonių nuolaidų sistemų poveikio juntamumo klausimas. Reikia išsiaiškinti, ar piktnaudžiavimas pagal EB 82 straipsnį reiškia, kad kuria nors nuolaidų sistema ribojant konkurenciją viršijama tam tikra *de minimis* riba.

88. Kaip pažymėjo kelios procese dalyvaujančios šalys, tokių abejonių prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui galėjo kilti dėl terminų problemos 2012 m. sprendime *Post Danmark*. Autentiškame sprendimo tekste danų kalba sąvoka „išstūmimo iš rinkos poveikį“ netikėtai pakeičiama žodžiais „mærkbare virkninger“ [57], o tai reiškia „juntamas poveikis“. Panašiai tame pačiame sprendime, tik kitoje vietoje, kalbama apie „eliminerende virkning“ [58], t. y. apie „šalinantį poveikį“, o tai taip pat skamba pakankamai griežtai.

89. Žinoma, pakanka peržiūrėti tekstą prancūzų kalba, kuria buvo parengtas ir svarstomas šis sprendimas, ir tampa aišku, kad šie danų kalba parinkti žodžiai turėtų būti laikomi vertimo klaida. Tekste prancūzų kalba paprasčiausiai kalbama apie „effet[s] d'éviction“, taigi, apie „išstūmimo iš rinkos poveikį“, tai atitinka ir Teisingumo Teismo praktiką dėl EB 82 straipsnio [59].

90. Atsižvelgiant į tai, būtų neteisinga žodžius „mærkbare virkninger“ ir „eliminerende virkning“ 2012 m. sprendime *Post Danmark* aiškinti taip, kad dominuojančių įmonių nuolaidų sistemoms turi būti taikomas tam tikras juntamumo kriterijus arba tam tikra *de minimis* riba. Piktnaudžiavimu, kaip jis suprantamas pagal EB 82 straipsnį, veikiau turi būti laikomos visos dominuojančių įmonių nuolaidų sistemos, kurios gali turėti konkurentų pašalinimo poveikį [60], o ne tik tos, kurių poveikis konkurencijai yra ar gali būti „stiprus“ arba „juntamas“.

91. Kadangi vien dominuojančios įmonės buvimas silpnina konkurencinę atitinkamos rinkos struktūrą, bet koks papildomas šios konkurencinės struktūros ribojimas EB 82 straipsnio taikymo srityje gali reikšti piktnaudžiavimą dominuojančios įmonės padėtimi [61].

92. Šiuo požiūriu Teisingumo Teismas beveik tuo pat metu, kai buvo priimtas 2012 m. sprendimas *Post Danmark*, tapačiai konstatavo, kad konkrečios ribos nustatymas, kurią peržengus dominuojančios įmonės suteiktos nuolaidos turėtų būti laikomos piktnaudžiavimu, nėra būtinas EB 82 straipsnio taikymui [62]. Klientai turi turėti galimybę pasinaudoti bet kokio lygio įmanoma konkurencija rinkoje, o konkurentai turi galėti laisvai konkuruoti visoje rinkoje, o ne tik jos dalyje. Be to, ne dominuojanti įmonė turi nustatyti, kiek pelningai veikiančių konkurentų gali su ja konkuruoti dėl nesusietos paklausos dalies [63].

57 — Sprendimas *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, 25 punktas).

58 — Sprendimas *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, 41 punktas; panašiai 17, 22, 27, 29 ir 44 punktuose).

59 — Šiuo klausimu žr. šios išvados 29 punktą.

60 — Šiuo klausimu dar kartą žr. šios išvados 82 punktą.

61 — Sprendimas *Hoffmann-La Roche / Komisija* (85/76, EU:C:1979:36, 123 punktas *in fine*).

62 — Sprendimas *Tomra Systems ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 46 ir 48 punktai); panašus sprendimas buvo priimtas dar byloje *Hoffmann-La Roche / Komisija* (85/76, EU:C:1979:36, 89 punktas), jame pabrėžta, kad piktnaudžiavimas ištikimybės nuolaidomis „nepriklauso nuo atitinkamai didesnės ar mažesnės pirkimo apimties“.

63 — Sprendimas *Tomra Systems ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 42 punktas).

93. Tačiau yra dar dvi priežastys, dėl kurių *de minimis* riba dominuojančios įmonės ūkinės veiklos daromo konkurentų eliminavimo poveikio vertinimui nėra būtina: pirma, minėtas konkurentų eliminavimo poveikis, kaip jau buvo nurodyta[64], turi būti nustatytas konkrečiai apsvarsčius visas reikšmingas kiekvieno atskiro atvejo aplinkybes ir yra labiau tikėtinas, nei netikėtinas. Antra, EB 82 straipsnio draudimas piktnaudžiauti bet kuriuo atveju taikomas tik tokiems veiksmams, kurie gali paveikti prekybą tarp valstybių narių.

94. Dėl kiekvieno iš šių dviejų aspektų, vertinamo atskirai, pakankamai aiškiai atmetama galimybė taikyti draudimą piktnaudžiauti pagal EB 82 straipsnį veiksmams, kurių antikonkurencinis poveikis yra tik hipotetinis arba kurie yra visiškai nereikšmingi.

3. Tarpinė išvada

95. Vadinasi, apibendrinant reikia pripažinti, kad:

Išskyrus faktinės ar potencialios įtakos valstybių narių tarpusavio prekybai reikalavimą, tam, kad kurios nors dominuojančios įmonės nuolaidų sistema būtų pripažinta piktnaudžiavimu pagal EB 82 straipsnį, nebūtina, kad konkurentų šalinimo poveikis, kurį ji gali sukelti, viršytų tam tikrą juntamumo (*de minimis*) ribą. Pakanka, kad tokio konkurentų pašalinimo poveikio buvimas būtų labiau tikėtinas nei jo nebuvimas.

VI – **Išvada**

96. Atsižvelgdamas į išdėstytus samprotavimus, siūlau Teisingumo Teismui taip atsakyti į Danijos *Sø- og Handelsretten* pateiktus klausimus:

1. Dominuojančios įmonės taikoma nuolaidų sistema yra piktnaudžiavimas pagal EB 82 straipsnį, jeigu, bendrai įvertinus visas konkretaus atvejo aplinkybes, paaiškėja, kad nuolaidos gali turėti ekonomiškai nepagrįstą išstūmimo iš rinkos poveikį, o visų pirma turėtų būti įvertinti nuolaidos suteikimo kriterijai ir sąlygos, atitinkamoje rinkoje vyraujančios konkurencijos sąlygos ir dominuojančios įmonės padėtis šioje rinkoje.

2. EB 82 straipsniu nereikalaujama, kad piktnaudžiavimas tokia nuolaidų sistema būtų įrodytas kainos ir sąnaudų analize, atitinkančia „tokio pat produktyvaus konkurento“ („As-efficient-competitor“) kriterijų, jei piktnaudžiavimo šia nuolaidų sistema požymiai išryškėja vien bendrai įvertinus kitas konkretaus atvejo aplinkybes.

   Tačiau konkurencijos bylas nagrinėjančios valdžios institucijos ir teismai, bendrai vertindami visas konkretaus atvejo aplinkybes, turi teisę pasinaudoti tokia kainos ir sąnaudų analize, išskyrus atvejus, kai, atsižvelgiant į rinkos struktūrą, rinkoje negali atsirasti kita įmonė, kuri dirbtų taip pat našiai, kaip ir dominuojančią padėtį užimanti įmonė.

3. Išskyrus faktinės ar potencialios įtakos valstybių narių tarpusavio prekybai reikalavimą, tam, kad kurios nors dominuojančios įmonės nuolaidų sistema būtų pripažinta piktnaudžiavimu pagal EB 82 straipsnį, nebūtina, kad konkurentų eliminavimo poveikis, kurį ji gali sukelti, viršytų tam tikrą juntamumo (*de minimis*) ribą. Pakanka, kad tokio konkurentų pašalinimo poveikio buvimas būtų labiau tikėtinas, nei jo nebuvimas.

64 — Žr. dar kartą šios išvados 31, 68 ir 82–85 punktus.