Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 21 maja 2015 r.[1]

Sprawa C-23/14

Post Danmark A/SPrzeciwko Konkurrenceråd
[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

złożony przez Sø- og Handelsret (Dania)]

Konkurencja — Nadużycie pozycji dominującej na rynku (art. 82 WE) — Usługi pocztowe — Duński rynek usług doręczania przesyłek masowych — Przesyłki reklamy bezpośredniej — Pozycja monopolistyczna byłego państwowego przedsiębiorstwa pocztowego na znaczącej części rynku — System rabatowy — Skutek wykluczający — Brak wymogu przekroczenia progu odczuwalnego wpływu lub progu de minimis — Kryterium równie skutecznego konkurenta („as-efficient-competitor test ")

I – **Wprowadzenie**

1. Niniejsze postępowanie prejudycjalne daje Trybunałowi po raz kolejny – mając na względzie art. 82 WE, obecnie art. 102 TFUE – możliwość doprecyzowania swojego orzecznictwa dotyczącego nadużywania systemów rabatowych przez przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą na rynku, którego początki sięgają 40 lat wstecz[2].

2. Niniejsza sprawa dotyczy zagadnienia, czy duńskie przedsiębiorstwo Post Danmark A/S (zwane dalej „spółką Post Danmark") w latach 2007–2008 nadużywało swojej pozycji dominującej na rynku doręczania przesyłek masowych dla odbiorców w Danii. W istocie należy w związku z tym rozważyć, czy spółka Post Danmark stosowała niedopuszczalną praktykę wykluczania, udzielając rabatów dochodzących do 16% za doręczanie przesyłek reklamy bezpośredniej, jeżeli jej klienci w okresie referencyjnym wynoszącym jeden rok osiągnęli określone unormowane progi obrotu lub ilości. Przy czym każdy rabat działał wstecz, to znaczy, że dotyczył wszystkich przesyłek reklamy bezpośredniej doręczonych na zamówienie danego klienta w całym okresie referencyjnym.

3. W tej sprawie Trybunał będzie musiał w szczególności wyjaśnić, czy przy ocenie niezgodności systemów rabatowych z regułami konkurencji w rozumieniu art. 82 WE prawo wymaga przeprowadzenia analizy cen i kosztów, w ramach której praktyki handlowe przedsiębiorstwa dominującego są porównywane z postępowaniem z zastosowaniem kryterium równie skutecznego

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Zobacz w szczególności wyroki: Suiker Unie i in./Komisja, od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73, EU:C:1975:174; Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36; Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313; British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166; Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221; Michelin/Komisja, T-203/01, EU:T:2003:250.

konkurenta (zwanego także „as-efficiente-competitor test", w skrócie „test AEC"). Poza tym pojawia się pytanie, czy skutek wykluczający wywoływany przez system rabatowy dominującego przedsiębiorstwa musi przekroczyć pewnego rodzaju próg odczuwalności (próg de minimis), aby uznać, że jest niezgodny z zasadami konkurencji.

4. Pytania te mają szczególne znaczenie w okresie, gdy mnożą się żądania, aby w europejskim prawie konkurencji mocniej uwzględniać ekonomiczne podejście („more economic approach"). Udzielając odpowiedzi, które powinny mieć efekt sygnalizacyjny znacznie wykraczający poza niniejszą sprawę [3], Trybunał nie powinien moim zdaniem poddać się wpływom ducha czasu lub też przejściowym modom, lecz – przeciwnie – uzmysłowić sobie ponownie podstawy prawne, z których wynika zakaz nadużywania pozycji dominującej w prawie Unii.

II – **Ramy prawne**

5. Ramy prawa Unii dla tej sprawy wyznacza art. 82 WE (obecnie art. 102 TFUE). Częścią prawa duńskiego jest § 11 Konkurrencelov [4], krajowy przepis odpowiadający – w interesującym w niniejszej sprawie zakresie – art. 82 WE i który zgodnie z materiałami z procedury legislacyjnej powinien być interpretowany zgodnie z art. 82 WE.

III – **Stan faktyczny i postępowanie główne**

6. Postępowanie główne dotyczy sporu pomiędzy spółką Post Danmark i Konkurrenceråd [5] – duńskim organem do spraw konkurencji. Konkurrenceråd mocą decyzji z dnia 24 czerwca 2009 r. uznał, iż spółka Post Danmark w latach 2007–2008 nadużywała swojej pozycji dominującej na duńskim rynku doręczania przesyłek masowych, stosując system rabatów dla przesyłek reklamy bezpośredniej i naruszyła przez to art. 82 WE oraz § 11 Konkurrencelov. Z tego powodu Konkurrenceråd zakazał temu przedsiębiorstwu dalszego stosowania tego systemu rabatów.

7. W okresie będącym przedmiotem sporu udziałowcami spółki Post Danmark było zarówno państwo duńskie, jak i prywatni inwestorzy. Przedsiębiorstwo było zobowiązane do świadczenia ustawowo uregulowanych usług powszechnych w zakresie określonych przesyłek pocztowych, między innymi także przesyłek reklamy bezpośredniej, i było zobowiązane do stosowania jednolitych taryf na całym terytorium państwa duńskiego. W zamian za to spółka Post Danmark posiadała ustawowy monopol na wszystkie przesyłki pocztowe o masie do 50 g. W wyniku tego prawo wyłączności spółki Post Danmark obejmowało około 70% rynku przesyłek masowych.

8. Sąd odsyłający uważa rynek przesyłek masowych w Danii za rynek właściwy z punktu widzenia produktu i zasięgu geograficznego. Na rynku tym spółka Post Danmark posiadała w analizowanym okresie udział wynoszący około 95%. Przesyłki reklamy bezpośredniej, tj. zaadresowane przesyłki reklamowe wysyłane równocześnie do wielu adresatów, stanowią segment rynku przesyłek masowych wynoszący w 2007 r. około 12% całego rynku, a w 2008 r. – 7%. Udział przesyłek reklamy bezpośredniej nieobjęty monopolem spółki Post Danmark wynosił w 2007 r. około 15%, a w 2008 r. – około 9% rynku przesyłek masowych.

3 — Także w zawisłym postępowaniu odwoławczym Intel/Komisja (C-413/14 P) istotne znaczenie ma m.in. kwestia konieczności przeprowadzenia testu AEC w odniesieniu do systemu rabatowego.

4 — Ustawa o konkurencji.

5 — Rada do spraw konkurencji.

9. Bring Citymail Danmark A/S, spółka zależna norweskiego przedsiębiorstwa państwowego Posten Norge AS, oferowała od 2007 r., konkurując ze spółką Post Danmark, w Kopenhadze i jej okolicy doręczanie przesyłek handlowych, włącznie z przesyłkami reklamy bezpośredniej, i była na duńskim rynku przesyłek masowych w rozpatrywanym w niniejszej sprawie okresie jedynym poważnym konkurentem dla spółki Post Danmark. Na początku 2010 r. spółka Bring Citymail wycofała się z rynku duńskiego z uwagi na wysokie straty. Pomiędzy stronami jest sporne, czy to wycofanie się z rynku spowodowane było przez system rabatowy stosowany w tamtym okresie przez spółkę Post Danmark.

10. Rzeczony system rabatowy spółki Post Danmark został wdrożony w 2003 r. Rabaty wynoszące między 6% a 16% normalnej opłaty pocztowej [6] były znormalizowane i oferowane wszystkim klientom na tych samych, ogólnie dostępnych warunkach. Odnosiły się do okresów wynoszących każdorazowo jeden rok. W celu udzielenia rabatu uwzględniano wszystkie przesyłki zlecone w okresie referencyjnym wynoszącym jeden rok od wielkości przekraczającej każdorazowo co najmniej 3000 przesyłek. W systemie rabatowym nie różnicowano pomiędzy przesyłkami objętymi monopolem Post Danmark, a przesyłkami dotyczącymi obszaru, na którym działał konkurent.

11. Przesłanką dla osiągnięcia pierwszego progu rabatowego, który przewidywał upust cenowy wynoszący 6%, było zlecenie przez klienta w roku referencyjnym doręczenia co najmniej 30 000 przesyłek lub generowanie przez jego przesyłki opłat pocztowych brutto w wysokości wynoszącej co najmniej 300 000 DKK. System rabatowy stosowany przez spółkę Post Danmark przewidywał osiem dalszych progów [7]. W odniesieniu do siedmiu pierwszych progów rabatowych podwyżka upustu cenowego wynosiła każdorazowo jeden punkt procentowy, zaś w odniesieniu do dwóch ostatnich progów każdorazowo dwa punkty procentowe, aż do osiągnięcia najwyższej stawki wynoszącej 16%. Stopniowanie rabatów odnosiło skutki przede wszystkim w stosunku do średnich klientów, natomiast duzi klienci z uwagi na rozmiar ich zleceń i tak regularnie osiągali najwyższy próg rabatowy.

12. Praktyczne wdrożenie systemu rabatowego następowało w ten sposób, że cena stosowana wobec danego klienta była ustalana tymczasowo na początku każdego roku referencyjnego na podstawie ilości, które zostaną prawdopodobnie zamówione w trakcie tego roku. Na końcu roku referencyjnego dostosowywano – ze skutkiem wstecznym – wszystkie ceny na podstawie ilości przesyłek rzeczywiście wysłanych przez danego klienta w ciągu roku. Mogło to prowadzić do powstania obowiązku dopłaty ze strony klienta na rzecz spółki Post Danmark, jeżeli rzeczywista ilość zamówień była niższa niż prognozowana i w związku z tym na początku roku obliczono i przyznano za wysoki rabat.

13. Konkurrenceråd dopatrzył się w stosowaniu opisanego systemu rabatowego nadużycia pozycji dominującej na rynku. Rabat został przyznany klientom w taki sposób, aby związać ich ze spółką Post Danmark, a dostęp do rynku przesyłek masowych został ograniczony na niekorzyść obecnych i potencjalnych konkurentów, bez powstania z drugiej strony korzyści w zakresie efektywności dla konsumentów, które równoważyłyby skutek ograniczający konkurencję.

14. W ramach swojej oceny Konkurrenceråd zrezygnował z przeprowadzenia analizy cen i kosztów za pomocą testu AEC. W jego ocenie test ten nie nadaje się do stosowania jako kryterium oceny, ponieważ z uwagi na szczególną sytuację na duńskim rynku usług pocztowych nie może w ogóle istnieć równie skuteczny konkurent. W celu uzasadnienia swojego stanowiska odnośnie do przyjęcia zachowania o znamionach nadużycia urząd do spraw ochrony konkurencji powoływał się raczej na szczególną pozycję spółki Post Danmark na rynku właściwym, która powoduje, iż przedsiębiorstwo to jest nieuniknionym partnerem handlowym. Ponadto Konkurrenceråd wskazywał m.in. na istnienie

6 — Zgodnie z informacjami spółki Post Danmark udzielony rabat wynosił średnio 10,6%.

7 — Dalsze progi rabatowe były wytyczone przez 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 i 2 000 000 przesyłek lub wartość wynoszącą co najmniej 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 i 20 000 000 DKK.

barier w dostępie do rynku oraz na konkretną konstrukcję systemu rabatowego, a w szczególności na: jego retrospektywny charakter w odniesieniu do okresu referencyjnego wynoszącego jeden rok, zakres upustów cenowych wynoszących do 16% oraz na ocenę rzeczywistej pozycji odbiorców w ramach stopniowania rabatów.

15. Postanowieniem z dnia 10 maja 2010 r. Konkurrenceankenævnet [8] utrzymała w mocy decyzję Konkurrenceråd. Spółka Post Danmark wniosła w dniu 1 lipca 2010 r. skargę na to postanowienie do Sø- og Handelsret [9], sądu odsyłającego. Spółka Bring Citymail przystąpiła do postępowania głównego w charakterze interwenienta na poparcie żądań Konkurrenceråd.

IV – **Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym oraz postępowanie przed Trybunałem**

16. Postanowieniem z dnia 8 stycznia 2014 r., doręczonym w dniu 16 stycznia 2014 r., Sø- og Handelsret zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) W oparciu o jakie wytyczne należy dokonać rozstrzygnięcia w przedmiocie tego, czy stosowanie przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą opartego o standardowy próg obrotów systemu rabatowego mającego określone w odesłaniu prejudycjalnym cechy charakterystyczne stanowi sprzeczne z art. 82 WE nadużycie pozycji dominującej?

Trybunał proszony jest o wyjaśnienie w swej odpowiedzi tego, jakie znaczenie dla tej oceny ma kwestia, czy progi [obrotów], na których opiera się system rabatowy, są określane w taki sposób, że ten system znajduje zastosowanie do większości klientów na rynku.

Trybunał proszony jest o wyjaśnienie następnie w swej odpowiedzi tego, czy i jakie znaczenie dla takiej przeprowadzanej na podstawie art. 82 WE oceny mają stosowane przez to zajmujące dominującą pozycję przedsiębiorstwo ceny oraz ponoszone przez nie koszty (znaczenie testu przeprowadzanego w oparciu o kryterium równie skutecznego konkurenta).

Trybunał proszony jest również o wyjaśnienie tego, jaką rolę odgrywają w tym kontekście cechy charakterystyczne danego rynku, łącznie z kwestią tego, czy te cechy charakterystyczne mogą uzasadniać wykazanie tego skutku w postaci wykluczenia za pomocą badań i analiz innych niż test przeprowadzany w oparciu o kryterium równie skutecznego konkurenta (zob. w tym względzie pkt 24 [komunikatu w sprawie priorytetów]).

2) Jak prawdopodobny i poważny musi być antykonkurencyjny efekt systemu rabatowego mającego cechy charakterystyczne określone w odesłaniu prejudycjalnym, aby znajdował do niego zastosowanie art. 82 WE?

3) Uwzględniając odpowiedzi udzielone na pytania pierwsze i drugie, jakie szczególne okoliczności muszą zostać wzięte pod uwagę przez sąd krajowy przy ocenie, czy system rabatowy w okolicznościach takich jak opisane we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (cechy charakterystyczne rynku i systemu rabatowego), w konkretnym przypadku wywiera lub jest w stanie wywierać na tym rynku taki skutek w postaci wykluczenia [z rynku], że stanowi to nadużycie, do którego ma zastosowanie art. 82 [WE]?

Czy w związku z powyższym istnieje wymóg, aby taki skutek w postaci wykluczenia [z rynku] był znaczący?”.

8 — Komisja ds. odwołań w sprawach z zakresu konkurencji.

9 — Sąd morski i handlowy.

17. W postępowaniu prejudycjalnym przed Trybunałem uwagi na piśmie złożyły spółki Post Danmark i Bring Citymail, rządy duński, niemiecki, Komisja Europejska oraz Urząd Nadzoru EFTA. Strony te, z wyjątkiem rządu niemieckiego, uczestniczyły w rozprawie w dniu 26 marca 2015 r.

V – **Ocena**

18. Poprzez swój obszerny katalog pytań Sø- og Handelsret zmierza zasadniczo do ustalenia, jakie kryteria lub „wytyczne" należy stosować w ramach art. 82 WE w celu oceny systemów rabatowych stosowanych przez przedsiębiorstwa dominujące. W szczególności sąd odsyłający pragnie uzyskać informację, czy prawo wymaga przeprowadzenia testu AEC w celu stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej i czy przy ocenie efektu wykluczenia powodowanego ewentualnie przez system rabatowy obowiązuje próg odczuwalnego wpływu (próg de minimis).

19. Pytania te pojawiają się w kontekście systemu rabatowego stosowanego przez spółkę Post Danmark, który charakteryzował się m.in. przez następujące cechy:

— system rabatowy był oparty o znormalizowane i ogólnie stosowane przesłanki, posiadał dziewięć progów rabatowych od 6% do 16%, odnosił się do okresu referencyjnego wynoszącego jeden rok i działał wstecz;

— system rabatowy był stosowany na rynku, w którym spółka Post Danmark posiadała udział wynoszący 95%, a ponad 70% doręczanych przesyłek było objęte ustawowym monopolem tego przedsiębiorstwa; istniały wysokie bariery dostępu do rynku, spółka Post Danmark posiadała przewagę strukturalną, a przedsiębiorstwo Bring Citymail było jej jedynym, znacznie mniejszym konkurentem – konkurującym tylko przez pewien okres czasu i to jedynie na geograficznej części rynku.

20. Udzielając odpowiedzi na wniosek prejudycjalny, należy stosować zakaz nadużywania pozycji dominującej w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie traktatu z Lizbony, gdyż przedmiotem postępowania głównego jest stosowanie systemu rabatowego w latach 2007–2008, a sporna decyzja duńskiego organu do spraw ochrony konkurencji została wydana jeszcze w czerwcu 2009 r. Jednakże poniższe wyjaśnienia dotyczące art. 82 WE można bez problemów odnieść do identycznego pod względem treści art. 102 TFUE.

21. Z uwagi na to, iż poszczególne pytania prejudycjalne częściowo w znacznej mierze nakładają się na siebie, należy udzielić odpowiedzi w zmienionym porządku i kolejno zajmować się różnymi zagadnieniami prawnymi wskazanymi w postanowieniu o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

A – *Kryteria oceny systemów rabatowych przedsiębiorstw dominujących*

1. Zagadnienia ogólne (część pierwsza pytania pierwszego)

22. Część pierwsza pytania pierwszego sądu odsyłającego dotyczy ogólnych wymogów prawnych, które obowiązują na podstawie art. 82 WE w kwestii oceny systemów rabatowych przedsiębiorstw dominujących.

23. Przy pobieżnej ocenie może wydawać się zaskakujące, iż rabaty przedsiębiorstw dominujących, które przecież stanowią korzyść cenową dla ich klientów, mogą zostać zakwalifikowane na podstawie art. 82 WE jako nadużycie.

24. Należy jednak uwzględnić, iż konkurencja na właściwym rynku jest właśnie osłabiona przez obecność dominującego przedsiębiorstwa [10]. Dlatego przedsiębiorstwo to – niezależnie od przyczyn swojej pozycji dominującej – odpowiada w szczególny sposób za to, że wskutek jego zachowania nie zostanie naruszona skuteczna i niezakłócona konkurencja na wspólnym rynku [11].

25. Zgodnie z powyższym przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą podlega w zakresie stosowania art. 82 WE określonym ograniczeniom, które w tej formie nie dotyczą innych przedsiębiorstw. Praktyka, która nie podlegałaby zakwestionowaniu w normalnych warunkach konkurencji, może stanowić nadużycie, jeśli stosowana jest przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą [12]. W szczególności nie każda konkurencja cenowa, którą stosuje przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą, może być traktowana jako dopuszczalna [13].

26. Jak trafnie zauważa Komisja, za rabatami stosowanymi przez podmioty dominujące mogą kryć się czasami praktyki sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji, które tylko na pierwszy rzut oka są wyrazem szczególnie korzystnej oferty, jednakże przy głębszej analizie mają niewiele wspólnego z rzeczywiście niskimi cenami i mogą mocno zaszkodzić konkurencji.

27. Wprawdzie w odniesieniu do systemów rabatowych przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą nie przyjmuje się ogólnego domniemania nadużycia, które musiałoby zostać obalone przez te przedsiębiorstwa, to jednak w przypadku rabatów tego rodzaju rozgraniczenie pomiędzy uzasadnioną konkurencją między świadczeniami, z jednej strony, a sprzecznymi z zasadami uczciwej konkurencji praktykami handlowymi, z drugiej strony, jest delikatnym zagadnieniem, wymagającym starannej oceny.

28. W orzecznictwie [14] jest uznane, że w normalnym wypadku rabaty „czysto" ilościowe, które nawiązują wyłącznie do ilości dokonanych zakupów, nie wywołują skutków sprzecznych z zasadami uczciwej konkurencji, tak że nie stanowią nadużycia, nawet jeżeli są udzielane przez przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą na rynku. Jeżeli bowiem zwiększenie dostarczanych ilości pociąga za sobą obniżenie kosztów dostawcy, wtedy ma on prawo, poprzez zaoferowanie korzystniejszej ceny, przenieść to obniżenie kosztów na swego klienta. Nadużycie w rozumieniu art. 82 WE stanowią natomiast z reguły rabaty lojalnościowe oraz rabaty celowe, za pomocą których przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą na rynku próbują wiązać ze sobą swoich klientów oraz przyciągać klientów konkurentów.

29. Ostatecznie jednak zgodnie z art. 82 WE dla oceny systemu rabatowego stosowanego przez dominujące przedsiębiorstwo nie ma decydującego znaczenia, czy taki system może zostać przyporządkowany do jednej z tradycyjnych kategorii – w szczególności do kategorii rabatu ilościowego lub lojalnościowego. Decydujące znaczenie ma raczej kwestia, czy rabaty te mają na celu – poprzez przyznanie korzyści, która nie opiera się na żadnym usprawiedliwiającym ją świadczeniu gospodarczym – pozbawienie nabywcy możliwości wyboru źródła zaopatrzenia bądź jej ograniczenie, zamknięcie konkurentom dostępu do rynku lub też wzmocnienie pozycji dominującej poprzez

10 — Wyroki: Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 91; Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 70; Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 17.

11 — Wyrok Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 57; podobnie wyroki: France Télécom/Komisja, C-202/07 P, EU:C:2009:214, pkt 105; Deutsche Telekom/Komisja, C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 176; TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 24.

12 — Wyrok Compagnie maritime belge transports i.in./Komisja, C-395/96 P i C-396/96 P, EU:C:2000:132, pkt 131.

13 — Wyroki: AKZO/Komisja, C-62/86, EU:C:1991:286, pkt 70; France Télécom/Komisja, C-202/07 P, EU:C:2009:214, pkt 106; Deutsche Telekom/Komisja, C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 177; Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 25.

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

naruszenie konkurencji [15]. Krótko mówiąc, decydujące znaczenie ma okoliczność, czy przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku udziela rabatów mogących powodować *skutek wykluczający* na właściwym rynku, dla których brak jest gospodarczego uzasadnienia – a mianowicie przeniesienia obniżenia kosztów na klientów [16]. Obok tego w szczególności art. 82 ust. 2 lit. c) WE zakazuje przedsiębiorstwu dominującemu także udzielania dyskryminujących rabatów, powodujących stosowanie wobec partnerów handlowych nierównych warunków za równoważne świadczenia [17].

30. Z uwagi na to, że system rabatowy stosowany przez spółkę Post Danmark oparty był na znormalizowanych i ogólnie stosowanych przesłankach, nic nie wskazuje w niniejszej sprawie na jego dyskryminujący charakter. Dlatego też zajmujące się sprawą organy krajowe słusznie zwróciły natychmiast swoją uwagę na zagadnienie, czy system rabatowy stosowany przez spółkę Post Danmark może wywoływać gospodarczo nieuzasadniony skutek wykluczający.

31. Zagadnienie, czy rabaty udzielane przez przedsiębiorstwo dominujące mogą wywoływać taki skutek wykluczający, należy oceniać na podstawie ogólnej oceny wszystkich istotnych okoliczności danego wypadku [18] (zob. zaraz poniżej moje wyjaśnienia w sekcjach 2 i 3).

32. Jest przy tym oczywiste, że ani zamiar przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku polegający na zwiększeniu obrotów, ani też jego starania o lepsze planowanie jego działalności, nie mogą zostać uznane za gospodarcze uzasadnienie dla udzielania rabatów, jeżeli rabaty te mogą wywoływać skutek wykluczający [19].

2. Okoliczności, które należy uwzględnić przy ocenie systemów rabatowych (część pierwsza pytania trzeciego oraz ostatnia część pytania pierwszego)

33. Zagadnienie, jakie okoliczności należy zgodnie z art. 82 WE konkretnie uwzględnić przy ocenie ewentualnego skutku wykluczającego systemów rabatowych przedsiębiorstw dominujących, jest przedmiotem pierwszej części trzeciego pytania prejudycjalnego oraz ostatniej części pierwszego pytania prejudycjalnego.

34. Ogólne wyczerpujące wyliczenie wszystkich okoliczności, które należy uwzględnić w ramach art. 82 WE nie jest możliwe z natury rzeczy, gdyż każdy rynek oraz każdy system rabatowy może mieć swoje cechy szczególne. Niemniej jednak można w kontekście stanu faktycznego przedstawionego w postanowieniu prejudycjalnym udzielić sądowi odsyłającemu kilku przydatnych wskazówek, które powinny mu ułatwić podjęcie decyzji.

15 — Wyroki: Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 73; British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 67; Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 71; Michelin/Komisja, T-203/10, EU:T:2003:250, pkt 60.

16 — Wyrok British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 68, 69.

17 — Wyroki: Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 73; British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 67; Portugalia/Komisja, C-163/99 P, EU:C:2001:189, pkt 50; Michelin/Komisja, T-203/10, EU:T:2003:250, pkt 60.

18 — Wyroki: Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 73; British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 67; Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 18, 71; Michelin/Komisja, T-203/01, EU:T:2003:250, pkt 60.

19 — Wyrok Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 85.

35. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem decydujące znaczenie dla oceny systemu rabatowego przez pryzmat art. 82 WE mają w szczególności kryteria i warunki przyznawania rabatów [20] [zob. w tej kwestii sekcja a) zaraz poniżej]. Jak jednak na to wskazuje używane przez Trybunał sformułowanie „w szczególności", znaczenie mogą mieć ponadto inne czynniki, a mianowicie warunki konkurencji panujące na właściwym rynku oraz – ściśle związana z nimi – pozycja przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na tym rynku [zob. poniżej sekcja b].

a) Kryteria i warunki przyznawania rabatu

36. Odnośnie do kryteriów i warunków przyznawania rabatu należy najpierw stwierdzić, iż za tym, że system rabatowy stanowi nadużycie, przemawia brak skutku – tak jak ma to miejsce w wypadku spornego systemu rabatowego spółki Post Danmark – o wyłącznie przyrostowym charakterze. Osiągnięcie każdego kolejnego progu rabatowego prowadzi nie tylko do upustu cenowego dla wszystkich dodatkowych zamówień, lecz posiada też skutek wsteczny i obniża w ten sposób następczo cenę wszystkich zamówień udzielonych już wcześniej w okresie referencyjnym [21].

37. W ten oto sposób już stosunkowo niewielkie wahania – w górę lub w dół – obrotu związanego z produktami przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą mają nieproporcjonalne skutki dla danych stron umowy [22]. W konsekwencji taki system rabatowy wywołuje skutek w postaci wspierania lojalności, który można określić jako skutek wsysania. Ułatwia to przedsiębiorstwu posiadającemu pozycję dominującą na rynku związanie ze sobą własnych klientów oraz przyciągnięcie klientów konkurentów tego przedsiębiorstwa i przez to ostatecznie pozyskanie na właściwym rynku dla siebie podważalnej części popytu [23] [tj. części, w ramach której odbiorca usług może być zainteresowany znalezieniem substytutu i ma możliwość to zrobić – uwaga tłumacza].

38. Z natury rzeczy skutek wsysania jest tym większy, im wyższe są udzielone rabaty oraz im dłuższy jest okres referencyjny, do którego odnoszą się rabaty po osiągnięciu kolejnego progu rabatowego. Jeżeli udziela się, tak jak w niniejszej sprawie, stosunkowo wysokich rabatów od 6% do 16% i do tego ze skutkiem wstecznym odnoszącym się do względnie długiego okresu referencyjnego wynoszącego jeden rok [24], wskazuje to na silny skutek wsysania. Skutek ten zostaje w niniejszej sprawie wzmocniony poprzez okoliczność, że rabaty są stosowane bez różnicy w odniesieniu do tej części popytu, która może zostać przejęta przez konkurencję, jak również w stosunku do popytu, którego to nie dotyczy, czyli w szczególności w odniesieniu do ustawowego monopolu spółki Post Danmark obejmującego przesyłki do 50 g.

39. Jeżeli oprócz tego można udowodnić przedsiębiorstwu posiadającemu pozycję dominującą na rynku zamiar wykluczania, jest to dodatkowa istotna poszlaka wskazująca na to, iż stosowany przez niego system rabatowy stanowi nadużycie [25]. Jednakże taki zamiar wykluczania lub też taka strategia wykluczania nie stanowią obligatoryjnej przesłanki dla przyjęcia naruszenia art. 82 WE, gdyż nadużywanie pozycji dominującej jest bowiem pojęciem obiektywnym [26]. Zatem sama okoliczność, iż spółka Post Danmark w niniejszej sprawie zapewnia, że nie działała z zamiarem wykluczania, nie chroni w żaden sposób tego przedsiębiorstwa przed stwierdzeniem nadużycia w rozumieniu art. 82 WE.

20 — Wyroki: Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 73; British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 67; Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 71; Michelin/Komisja, T-203/01, EU:T:2003:250, pkt 60.

21 — Podobnie wyroki: Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 81; British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 73; Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, w szczególności pkt 75.

22 — Wyrok British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 73.

23 — Wyrok Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 79.

24 — Odnośnie do kwestii długości okresu referencyjnego zob. na przykład wyrok Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 81.

25 — Podobnie wyrok Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 20, 21.

26 — Wyroki: Hoffman-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 91; AKZO/Komisja, C-62/86, EU:C:1991:286, pkt 69; TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 27; Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 17, 23.

40. W wypadku występowania pomiędzy partnerami handlowymi dyskryminacji w rozumieniu art. 82 ust. 2 lit. c) WE, jest co prawda szczególnie oczywiste, że rabaty przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku stanowią nadużycie, jednakże nadużycie w rozumieniu art. 82 WE może wystąpić także w sytuacji, jeżeli system rabatowy bez elementów dyskryminujących prowadzi do sprzecznych z zasadami uczciwej konkurencji skutków wykluczających na rynku [27]. W związku z tym Urząd Nadzoru EFTA słusznie podkreślił, że decydujące znaczenie ma konkretna ocena zdatności danego systemu rabatowego do tworzenia skutku wykluczającego na rynku, a nie dokonywanie rozróżnienia pomiędzy indywidualnymi a znormalizowanymi rabatami.

41. Wreszcie fakturowanie klientom „ujemnych cen", czyli cen niższych od ponoszonych kosztów, *nie stanowi* wstępnego warunku pozwalającego stwierdzić, że stosowany przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą system rabatów z mocą wsteczną ma charakter naruszenia [28]. Z uwagi na wyraźnie wyższy obrót przedsiębiorstwo dominujące może z reguły mimo udzielania znacznych rabatów jeszcze pokrywać swoje koszty. Może ono za pomocą swoich rabatów wywoływać skutek wykluczenia i nie generować w związku z tym strat.

b) Warunki konkurencji panujące na właściwym rynku i pozycja przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na tym rynku

42. Co zaś następnie dotyczy warunków konkurencji panujących na rynku właściwym oraz pozycji przedsiębiorstwa dominującego na nim, należy stwierdzić, że ewentualny skutek wykluczający systemu rabatowego będzie tym bardziej prawdopodobny i znaczący, im silniejsza będzie pozycja przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku właściwym i słabsza pozycja aktualnych i potencjalnych konkurentów. Należy przy tej okazji uwzględnić nie tylko udział w rynku przedsiębiorstwa dominującego oraz jego konkurentów, lecz także przyczynę dominującej pozycji podmiotu wiodącego oraz ewentualnie istniejący monopol ustawowy, przysługujący mu na całym rynku lub jego części [29].

43. W niniejszej sprawie spółka Post Danmark dysponowała zgodnie z ustaleniami zawartymi w postanowieniu prejudycjalnym jako historyczne państwowe przedsiębiorstwo pocztowe przygniatającym udziałem wynoszącym 95% duńskiego rynku przesyłek masowych, podczas gdy spółce Bring Citymail przypadało tylko ok. 5%.

44. Tak wielki odstęp pomiędzy udziałem w rynku przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku a konkurencją, nadaje się do tego, aby wzmocnić wystąpienie skutków wykluczających, gdyż w takich okolicznościach konkurentom omawianego przedsiębiorstwa jest szczególnie trudno przedstawić lepszą ofertę w stosunku do rabatów opartych na całkowitej wielkości sprzedaży [30].

45. Ponadto 70% tego rynku było objęte ustawowym monopolem przysługującym spółce Post Danmark – czyli monopolem dotyczącym przesyłek do 50 g – i z tego powodu nie było dostępne z góry dla konkurencji. Poza tym spółka Bring Citymail, jedyny poważny konkurent spółki Post Danmark, działała jedynie na geograficznej części obszaru całego rynku, a mianowicie na terenie aglomeracji Kopenhaga, podczas gdy spółka Post Danmark dysponowała sprawną siecią dystrybucji na terenie całego kraju.

27 — Zobacz wyrok Michelin/Komisja, T-203/01, EU:T:2003:250, pkt 65.

28 — Wyrok Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 73.

29 — Podobnie już wyrok Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 23 in fine.

30 — Wyroki: Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 82; British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 75; moja opinia w drugiej z wymienionych spraw, EU:C:2006:133, pkt 52.

46. Wszystko to wskazuje na okoliczność, że spółka Post Danmark z uwagi na swoją szczególną pozycję na tym rynku była nieuniknionym partnerem handlowym, a ze stosowanymi przez nią rabatami związany był znaczny potencjał wykluczający [31]. Wrażenie to nasila się, jeżeli dodatkowo skieruje się uwagę na niektóre elementy strukturalne charakteryzujące rynek właściwy.

47. Jak już wskazano, charakter takiego rynku jak duński rynek masowych przesyłek pocztowych jest określany przez usługi sieciowe. W celu efektywnego gospodarowania oraz świadczenia usług zgodnie z oczekiwaniami klientów, oferent musi dysponować na takim rynku możliwie sprawną siecią dystrybucji. Odwrotną stroną medalu jest – co zostało także stwierdzone w postanowieniu prejudycjalnym – że taki rynek pod względem gospodarczym charakteryzuje się wysokimi przychodami ze skali i wysokimi barierami dostępu do rynku, które utrudniają konkurentom przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku urządzić się na rynku i podjąć konkurencję o tę podważalną część popytu.

48. Poza tym dla oceny ewentualnych skutków wykluczających systemów rabatowych przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą na rynku może mieć znaczenie, jaką skłonność do zmian źródeł zaopatrzenia wykazują klienci na rynku właściwym oraz jaką część swojego zapotrzebowania mogą w ogóle zaspokoić u konkurentów przedsiębiorcy dominującego rynku bez utraty rabatów.

49. W tym zakresie w postępowaniu głównym ustalono, że dla zainteresowanych klientów w wypadku dwóch trzecich przesyłek pocztowych, które są objęte sytuacją konkurencji, zamiana spółki Post Danmark na inny podmiot świadczący usługi pocztowe byłaby możliwa jedynie przy akceptacji strat w rabatach. Wskazuje to na duży potencjał wykluczający systemu rabatowego spółki Post Danmark.

50. W sumie więc z uwagi na warunki konkurencji panujące na rynku właściwym oraz na pozycję przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na tym rynku w niniejszej sprawie pojawiają się silne oznaki wskazujące na to, że taki system rabatowy jak ten stosowany przez spółkę Post Danmark może wywoływać znaczące skutki wykluczające.

3. W przedmiocie zasięgu systemu rabatowego (część druga pytania pierwszego)

51. Część druga pierwszego pytania prejudycjalnego dotyczy zasięgu takiego systemu rabatowego, jaki był stosowany przez spółkę Post Danmark. Sąd odsyłający zmierza do ustalenia, jakie znaczenie dla oceny prawnej na podstawie art. 82 WE ma okoliczność, że system rabatowy z uwagi na standaryzowanie jego poszczególnych progów rabatowych (określanych w postanowieniu prejudycjalnym jako „progi obrotów”) nie jest dostosowany do poszczególnych klientów, lecz znajduje zastosowanie do większości klientów występujących na rynku.

52. Jak to już wcześniej stwierdził Trybunał, liczba umów, w stosunku do których znajdują zastosowanie rabaty udzielane przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku, a w konsekwencji też liczba klientów, których to dotyczy, jest nieistotna dla oceny prawnej tych rabatów na podstawie art. 82 WE [32].

53. W konsekwencji więc sama okoliczność, iż system rabatowy dotyczy wielu, a nawet większości klientów na rynku, i tym samym system ten posiada szeroki zasięg, nie zawiera jeszcze żadnej informacji, czy stanowi on nadużycie w rozumieniu art. 82 WE, czy też nie.

31 — W szczególności w kwestii pożądanego uwzględnienia pozycji przedsiębiorstwa dominującego jako nieuniknionego partnera handlowego zob. wyroki: Hoffman-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 41; Compagnie maritime belge transports i in./Komisja, C-395/96 P i C-396/96 P, EU:C:2000:132, pkt 132.

32 — Wyrok Suiker Unie i in./Komisja, od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do56/73, 111/73, 113/73 i 114/73, EU:C:1975:174, pkt 511.

54. Jeżeli jednak taki system rabatowy nadawałby się do wywołania skutku wsysania na rzecz przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku, objęcie nim znacznej ilości klientów oraz większości podważalnej części popytu, może prowadzić do tego, że rzeczywiste lub potencjalne skutki wykluczające są poważniejsze, niż ma to miejsce w wypadku systemów rabatowych o mniejszym zasięgu. Wskazywało na to słusznie wielu uczestników postępowania.

4. Wniosek wstępny

55. Podsumowując, należy zatem stwierdzić:

System rabatowy stosowany przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku stanowi nadużycie w rozumieniu art. 82 WE, jeżeli na podstawie ogólnej oceny wszystkich okoliczności danego wypadku wynika, że rabaty mogą wywoływać gospodarczo nieuzasadniony skutek wykluczający, przy czym należy uwzględnić w szczególności kryteria i warunki przyznawania rabatów, warunki konkurencji panujące na rynku właściwym oraz pozycję przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na tym rynku.

B – *Znaczenie kryterium równie skutecznego konkurenta (testu AEC) (część trzecia pytania pierwszego)*

56. Część trzecia i ostatnia pierwszego pytania prejudycjalnego dotyczy w szczególności kwestii testu AEC. Za pomocą tego testu usiłuje się wyciągnąć wniosek z porównania cen i kosztów [33], czy równie skuteczny konkurent jak przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku może z nim konkurować czy też, przeciwnie, polityka rabatowa przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku prowadzi na rynku właściwym do sprzecznego z zasadami uczciwej konkurencji skutku wykluczającego.

57. Sąd odsyłający pyta, czy porządek prawny wymaga dla stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej poprzez system rabatowy przeprowadzenia testu AEC, a jeżeli nie jest on wymagany, z jakich innych okoliczności można ewentualnie wyprowadzić wniosek, że dany system rabatowy stanowi nadużycie.

58. Te pytania częściowe pojawiają się w kontekście komunikatu Komisji z 2009 r. [34], w którym Komisja, działając jako organ do spraw konkurencji, ogłosiła swoje priorytety w ramach stosowania art. 82 WE. Sąd odsyłający wyraźnie powołał się w odesłaniu prejudycjalnym na ten komunikat.

59. W swoim komunikacie w sprawie priorytetów Komisja zapowiedziała, że będzie zwykle podejmować interwencje przeciwko praktykom wyłączającym opartym na polityce cenowej jedynie wówczas, jeżeli zachowanie przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku już utrudniają lub mogą utrudniać konkurencję [35] ze strony konkurentów uznawanych za równie

33 — Przedmiotem analizy są średnie, możliwe do uniknięcia koszty przedsiębiorstwa dominującego, jego długookresowy średni koszt przyrostowy oraz cena, którą konkurent przedsiębiorstwa dominującego musi zaoferować jego klientom, aby wyrównać im utratę rabatu udzielanego przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku.

34 — Komunikat Komisji z dnia 24 lutego 2009 r. – Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 [WE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.U. C 45, s. 7, zwany dalej „komunikatem w sprawie priorytetów").

35 — Punkt 23 komunikatu w sprawie priorytetów. W związku z tym pozwolę sobie wskazać, iż niemiecki tekst tego passusu komunikatu w sprawie priorytetów zawierający sformułowanie „daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen" (działania już utrudniają lub mogą utrudniać konkurencję) jedynie w bardzo niedoskonały sposób wyraża wymogi prawne, zgodnie z którymi nie ma konieczności wykazania rzeczywistych skutków sprzecznych z zasadami uczciwej konkurencji (wyroki: British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 68; Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 68, 79). Lepiej zdaje się odpowiadać ramom prawnym wyznaczonym przez art. 82 WE (art. 102 TFUE) angielska wersja („has already been or is capable of hampering competition") oraz francuska wersja językowa komunikatu w sprawie priorytetów („ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence").

efektywnych jak przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku („as-efficient-competitors test"). W celu ustalenia tej okoliczności, Komisja sama nałożyła na siebie obowiązek przeprowadzenia z reguły testu AEC w odniesieniu do działań polegających na praktykach wyłączających opartych na polityce cenowej.

60. Taka praktyka administracyjna Komisji nie wywołuje jednak z natury rzeczy żadnego skutku wiążącego dla krajowych organów do spraw konkurencji oraz sądów krajowych. Wynika to z jednej strony z treści samego komunikatu w sprawie priorytetów, który „nie ma rozstrzygać kwestii prawnych"[36], z drugiej zaś strony z utrwalonego orzecznictwa dotyczącego takich oświadczeń Komisji[37]. Jakkolwiek organy krajowe mogą, nawiązując do przykładu Komisji, odwoływać się do testu AEC, to jednak są pod względem prawnym jedynie związane wymogami wynikającymi z art. 82 WE. Ustalenie tych wymogów jest zadaniem naszego Trybunału.

61. W mojej ocenie z art. 82 WE *nie można* wyprowadzić obowiązku prawnego tej treści, iż ustalenie, że system rabatowy przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku stanowi nadużycie, zawsze musi być oparte na analizie ceny i kosztów, takiej jak test AEC.

62. Co prawda należy przyznać, że w odniesieniu do innych praktyk cenowych niż rabaty Trybunał żądał czasami przeprowadzenia testu AEC, przy czym podkreślał, że art. 82 WE zakazuje w szczególności przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą stosowania praktyk powodujących skutki w postaci wykluczenia wobec jego *konkurentów uważanych za będących równie skutecznymi jak to przedsiębiorstwo*[38].

63. Jednakże nie można wyprowadzić z tego orzecznictwa bezwzględnego wymogu przeprowadzania w każdym wypadku testu AEC przy ocenie praktyk wyłączających opartych na polityce cenowej pod kątem ich zgodności z prawem konkurencji. Z jednej strony orzecznictwo to odnosi się w szczególności do praktyk cenowych przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą na rynku, które z uwagi na ich charakter, tak jak na przykład polityka niskich cen (np. stosowanie cen generujących straty) lub też zaniżanie marży za pomocą efektu nożyc cenowych, mają ścisły związek ze strukturą kosztów danego przedsiębiorstwa. Z drugiej strony zastosowanie przez Trybunał sformułowania „w szczególności" (w języku francuskim „notamment")[39] pozwala jasno stwierdzić, iż nadużycie pozycji dominującej nie zawsze występuje jedynie w wypadku, gdy skutek wykluczający powstaje wobec równie skutecznych przedsiębiorstw jak przedsiębiorstwo dominujące.

64. Co zaś się tyczy w szczególności systemów rabatowych przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą na rynku, to Trybunał dotychczas nigdy nie uzależniał ich zakwalifikowania jako nadużycia w rozumieniu art. 82 WE od analizy cen i kosztów. Przeciwnie, mając na uwadze takie systemy rabatowe Trybunał do chwili obecnej orzekał, że brak porównania stosowanych cen i ponoszonych kosztów nie stanowi naruszenia prawa[40]. Trybunał powinien podtrzymać to stanowisko także w niniejszej sprawie.

65. Z pewnością byłoby teoretycznie możliwe, aby generalnie uzależniać stwierdzenie istnienia praktyki wyłączającej opartej na polityce cenowej od przeprowadzenia testu AEC i w ten sposób także nakazywać przeprowadzenie tego testu w odniesieniu do systemów rabatowych przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą na rynku. Jednakże wobec idącego w tym kierunku rozwoju orzecznictwa dotyczącego art. 82 WE należy odnieść się z różnych powodów sceptycznie.

36 — Punkt 3 komunikatu w sprawie priorytetów.

37 — Wyroki: Pfleiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, pkt 21; Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, pkt 29, 31.

38 — Wyrok Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:72, pkt 25; zob. także wyroki: Deutsche Telekom/Komisja, C-280/08 P, EU:C:2010:603, w szczególności pkt 177, 183, 196, 203, 254; TeliaSonera Sverige, C-52/-9, EU:C:2011:83, w szczególności pkt 67, 73, 94; także w wyroku AKZO/Komisja, C-62/86, EU:C:1991:286, w szczególności pkt 71, 72, uwzględnia się m.in. analizę ceny i kosztów.

39 — Wyroki: Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 25; Deutsche Telekom/Komisja, C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 177, przy czym w niemieckiej wersji językowej wyrażenie „u.a." [m.in.] zostało użyte jako ekwiwalent francuskiego słowa „notamment".

40 — Wyrok Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 80; zob. uzupełniająco także pkt 73.

66. Z jednej strony, korzyści wynikające z kompleksowych analiz ekonomicznych nie są w każdym wypadku oczywiste, a ich przeprowadzenie może prowadzić do nadmiernej absorpcji zasobów organów do spraw konkurencji i sądów, których może potem w innych sprawach zabraknąć dla skutecznego wyegzekwowania reguł uczciwej konkurencji. Zastosowana metodyka może – tak jak wykazują to wzorcowo wyjaśnienia spółek Post Danmark i Bring Citymail oraz rządu duńskiego – prowadzić do poważnych sporów [41]. Poza tym stanowiące podstawę oceny dostępne dane nie są zawsze wiarygodne [42], a ich pozyskanie zakłada istnienie gotowości przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą na rynku do współpracy z organami do spraw konkurencji oraz sądami, która nie jest – jak trafnie podkreśla rząd niemiecki – w każdym wypadku gwarantowana.

67. Z drugiej strony, należy przestrzec przed błędnym wyobrażeniem, iż można w sposób prosty i niepodważalny pod względem prawnym opanować problematykę związaną z praktykami wyłączającymi opartymi na polityce cenowej za pomocą pewnego rodzaju formuły matematycznej opartej jedynie na elementach cenowych i kosztowych danego przedsiębiorstwa. Jak już stwierdziłam: dane dotyczące przedsiębiorstw mogą być nierzadko interpretowane w różny sposób.

68. Stwierdzenie nadużycia w ramach art. 82 WE, tak samo zresztą jak stwierdzenie nadużycia w związku z innymi sytuacjami, wymaga w szczególności zawsze dokonania wartościującej oceny wszystkich istotnych okoliczności danego wypadku, która nie może ograniczyć się do analizy elementów cenowych i kosztowych. Przeciwnie, wiele innych czynników, takich jak konkretna konstrukcja systemu rabatowego oraz określone cechy rynku, na którym działa przedsiębiorstwo dominujące, mogą mieć także znaczenie dla stwierdzenia nadużycia; okoliczności te mogą mieć nawet znacznie większe znaczenie niż analiza cen i kosztów.

69. Nawiązanie do wszystkich istotnych okoliczności danego wypadku oraz możliwość obiektywnego uzasadnienia praktyk handlowych przedsiębiorstwa dominującego zapewniają w wystarczający sposób, że wymogi prawne dla stwierdzenia nadużycia w rozumieniu art. 82 WE nie będą ignorować realiów gospodarczych [43].

70. Jeżeli okoliczność, że system rabatowy przedsiębiorstwa dominującego ma charakter nadużycia, wynika już z ogólnej oceny pozostałych okoliczności danego wypadku, tak jak przedstawiłam to już powyżej [44], to oceniając to z prawnego punktu widzenia, nie występuje konieczność przeprowadzenia analizy cen i kosztów w rodzaju testu AEC.

71. Tym bardziej nie może istnieć obowiązek prawny wynikający z art. 82 WE do przeprowadzenia testu AEC, jeżeli z uwagi na strukturę rynku wykluczone jest, iż jakieś inne przedsiębiorstwo może być równie skuteczne jak przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku. Może wynikać to ze szczególnych warunków konkurencji na rynku właściwym (na przykład: ponieważ rynek cechuje się – tak jak w niniejszej sprawie – przez wysokie bariery dostępu, wysokie przychody ze skali lub usługi sieciowe) lub też z uwagi na okoliczność, że poziom kosztów przedsiębiorstwa dominującego wynika właśnie z przewagi konkurencyjnej, jaką zapewnia mu pozycja dominująca [45].

41 — Okoliczność, iż wnioski z testu ACE nie są zawsze jednoznaczne, zakłada też Komisja w pkt 25 komunikatu w sprawie priorytetów.

42 — Okoliczność, iż dla wykonania testu AEC konieczne jest posiadanie wiarygodnych danych, podkreśla też Komisja w pkt 25 komunikatu w sprawie priorytetów.

43 — Zobacz moja opinia w sprawie Solvay/Komisja, C-109/10 P, EU:C:2011:256, pkt 80.

44 — Zobacz w tym względzie pkt 33–54 niniejszej opinii.

45 — Podobnie wyrok TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 45 in fine.

72. W takich wypadkach byłoby od samego początku pozbawione sensu, aby za pomocą jakiejkolwiek analizy ceny i kosztów oceniać, czy system rabatowy przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku wywołuje skutek wykluczający dla jakiegoś czysto hipotetycznego równie skutecznego konkurenta. Ponieważ w wypadku, gdy nie może istnieć równie skuteczny konkurent jak przedsiębiorstwo dominujące, test AEC nie pozwala na przyjęcie przekonujących wniosków co do kwestii, czy na danym rynku mogą wystąpić skutki wykluczające.

73. Wręcz przeciwnie, na rynku, na którym z uwagi na obecność przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku konkurencja jest tak słaba, że równie skuteczni konkurenci nie mogą w ogóle umocnić się na rynku, nie wolno nie doceniać presji konkurencyjnej wywoływanej przez mniej efektywne przedsiębiorstwa [46]. Utrzymanie ten presji należy do fundamentalnych celów, do osiągnięcia których dąży art. 82 WE, gdyż należy zapobiec dalszemu pogorszeniu się struktury rynku oraz możliwości wyboru przez klientów w wyniku praktyk handlowych dominującego przedsiębiorstwa [47].

74. W konsekwencji więc art. 82 WE zabrania przeprowadzenia testu AEC na rynku, na którym z uwagi na jego strukturę jest wykluczone, że inne przedsiębiorstwo może stać się równie skuteczne jak przedsiębiorstwo dominujące.

75. Podsumowując, należy zatem stwierdzić:

Artykuł 82 WE nie wymaga, aby wykazanie okoliczności, iż praktykowany przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku system rabatowy stanowi nadużycie, następowało na podstawie analizy w rodzaju kryterium równie skutecznego konkurenta („as-efficient-competitor test"), jeżeli taki charakter danego systemu rabatowego wynika już z ogólnej oceny wszystkich okoliczności danego wypadku.

Organy oraz sądy zajmujące się sprawami z zakresu konkurencji mogą jednak w ramach ogólnej oceny wszystkich okoliczności danego wypadku skorzystać z takiej analizy cen i kosztów, chyba że z uwagi na strukturę rynku byłoby wykluczone, że inne przedsiębiorstwo może stać się równie skuteczne jak przedsiębiorstwo dominujące.

C – *Zagadnienie odczuwalności wpływu ewentualnych skutków antykonkurencyjnych systemu rabatowego (pytanie drugie oraz część druga pytania trzeciego)*

76. Wreszcie sąd odsyłający poprzez swoje pytanie drugie zmierza do ustalenia, jak „prawdopodobny i poważny" musi być skutek antykonkurencyjny systemu rabatowego takiego przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku jak spółka Post Danmark, aby „znalazł do niego zastosowanie" art. 82 WE. W tym samym kierunku zmierza także część druga pytania trzeciego, w której sąd odsyłający pyta, czy spowodowany przez taki system rabatowy „skutek w postaci zamknięcia rynku" musi być „znaczący".

46 — Podobnie także pkt 24 komunikatu w sprawie priorytetów; zob. także wyrok Hoffman-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 123 in fine.

47 — Wyroki: France Télécom/Komisja, C-202/07 P, EU:C:2009:214, pkt 105; Deutsche Telekom/Komisja, C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 83, 176; TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 24; Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172 pkt 20, 23; podobnie wyrok British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 66.

77. Moim zdaniem byłoby uproszczeniem, gdyby, udzielając odpowiedzi sądowi odsyłającemu, ograniczono się jedynie do wskazania na autonomię proceduralną państw członkowskich w zakresie zagadnień dowodowych [48], gdyż chodzi tu o *merytoryczne* wymogi dla stwierdzenia nadużycia w rozumieniu art. 82 WE. Wymogi te mają unijny charakter i powinny być jednolicie stosowane w całej Unii w celu stworzenia dla wszystkich przedsiębiorstw działających na rynku wewnętrznym możliwie jak najbardziej jednolitych warunków ramowych w zakresie reguł konkurencji („level playing field") [49].

78. Nasuwa się myśl, aby oba aspekty wskazane przez sąd odsyłający – tj. prawdopodobieństwo skutku antykonkurencyjnego z jednej strony oraz jego waga z drugiej strony – omówić odrębnie.

1. W przedmiocie prawdopodobieństwa wystąpienia skutku antykonkurencyjnego

79. W pierwszej kolejności sąd odsyłający pyta, jak wysoce prawdopodobny powinien być skutek antykonkurencyjny systemu rabatowego, aby stanowił nadużycie w rozumieniu art. 82 WE.

80. Należy zauważyć, iż skutek wykluczający powodowany przez taki system rabatowy nie może być czysto hipotetyczny [50]. Sporne rabaty muszą zatem innymi słowy być nie tylko w *abstrakcyjny sposób*, lecz również w *konkretny sposób zdolne* utrudnić, a nawet uniemożliwić konkurentom przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą dostęp do rynku oraz utrudnić lub uniemożliwić stronom umowy zawartej z tym przedsiębiorstwem dokonanie wyboru spośród kilku źródeł zaopatrzenia lub partnerów handlowych [51].

81. W tym celu nie muszą jednak zostać przeprowadzone kompleksowe analizy konkretnych skutków, jakie rabaty te wywarły na konkurencję, tj. nie trzeba badać, czy *rzeczywiście* wystąpił skutek wykluczający [52]. Zakaz z art. 82 WE obejmuje bowiem także zachowania przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku o skutku potencjalnie antykonkurencyjnym [53]. Zatem nawet w wypadku, gdyby prawdziwe byłoby zapewnienie spółki Post Danmark, że sporny system rabatowy w konsekwencji nie był przyczyną wycofania się spółki Bring Citymail z rynku duńskiego, nie wyklucza to stwierdzenia występowania zachowania o znamionach nadużycia w rozumieniu art. 82 WE.

82. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem warunkiem koniecznym, ale też wystarczającym jest okoliczność, że analizowane rabaty *mogą* wywoływać skutek wykluczający [54]. Przypadek taki występuje, gdy na podstawie ogólnej oceny wszystkich istotnych okoliczności danej sprawy wystąpienie skutku wykluczającego wydaje się być bardziej prawdopodobne niż jego brak [55].

48 — Zobacz w tym względzie motyw 5 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 [WE] i 82 [WE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 2, s. 205).

49 — W przedmiocie koncepcji „level playing field" zob. na przykład moje opinie w sprawach Akzo Nobel Chemicals i Akcros Chemicals/Komisja (C-550/07 P, EU:C:2010:229, pkt 169); Toshiba Corporation i in. (C-17/10, EU:C:2011:552, pkt 118) oraz KONE i in. (C-557/12, EU:C:2014:45, pkt 29).

50 — Podobnie wyroki: Deutsche Telekom/Komisja, C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 254; TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 66, 67.

51 — Zobacz w tym względzie moja opinia w sprawie British Airways/Komisja (C-95/04 P, EU:C:2006:133, pkt 73).

52 — Wyrok Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 68, 79; podobnie wyroki: Tetra Pak/Komisja, C-333/94 P, EU:C:1996:436, pkt 44; Michelin/Komisja, T-203/01, EU:T:2003:250, pkt 239.

53 — Wyrok TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 64; podobnie wyrok Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 44, gdzie wskazuje się na „rzeczywiste lub prawdopodobne wyeliminowanie".

54 — Wyroki: British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 68; Michelin/Komisja, T-203/01, EU:T:2003:250, pkt 239.

55 — Podobnie wyrok Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, w którym mówi się o „przypuszczalnie szkodliw[ych] skutk[ach] dla konkurencji" (pkt 42) oraz o „rzeczywist[ym] lub prawdopodobn[ym] wyeliminowani[u] konkurenta" (pkt 44).

83. Uważam za niewłaściwe stawianie wyższych wymagań dla przyjęcia nadużycia niezgodnego z art. 82 WE i żądania na przykład, by ocena prawdopodobieństwa wystąpienia skutku wykluczającego prowadziła do wniosku, że skutek taki jest „bardzo prawdopodobny" lub „szczególnie prawdopodobny" czy też nawet prowadziła do wniosku, że skutek ten wystąpi „bez racjonalnych wątpliwości".

84. Przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku – niezależnie od przyczyn swojej pozycji dominującej – odpowiada w szczególny sposób za to, że wskutek jego zachowania nie zostanie naruszona skuteczna i niezakłócona konkurencja na wspólnym rynku [56]. Z odpowiedzialności tej wynika obowiązek do pewnej powściągliwości na rynku. Dlatego też przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku powinno zaniechać *wszelkich* praktyk handlowych, w związku z którymi skutek wykluczający jest prawdopodobny, a nie tylko takich, przy których skutek taki jest „bardzo prawdopodobny" lub „szczególnie prawdopodobny" lub też przy których należy oczekiwać, że wystąpi on „bez racjonalnych wątpliwości".

85. Stopień prawdopodobieństwa wystąpienia skutku wykluczającego może mieć najwyżej wpływ na wymiar ewentualnych sankcji, na przykład na wysokość kar pieniężnych nakładanych przez organy do spraw konkurencji. Ich wysokość musi zawsze odpowiadać wymogom zasady proporcjonalności (art. 49 ust. 3 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 23 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003); im większe jest prawdopodobieństwo wystąpienia skutku wykluczającego oraz im większy jest rozmiar tego skutku – tym ostrzejsze sankcje. Zagadnienie sankcji nie jest jednak przedmiotem niniejszego postępowania prejudycjalnego.

2. W przedmiocie wagi naruszenia zasad konkurencji

86. Następnie sąd odsyłający pragnie uzyskać informację o tym, jak „poważny" lub „znaczący" musi być skutek antykonkurencyjny systemu rabatowego, aby był objęty zakazem nadużycia z art. 82 WE.

87. Pytanie to dotyczy w konsekwencji problemu odczuwalności ewentualnego ograniczenia konkurencji powodowanego przez systemy rabatowe przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą na rynku. Należy wyjaśnić, czy stwierdzanie nadużycia na podstawie art. 82 WE zakłada, iż ograniczenie konkurencji spowodowane przez określony system rabatowy musi przekroczyć jakiegoś rodzaju próg de minimis.

88. Tak jak na to wskazywało wiele stron postępowania, wątpliwości sądu odsyłającego w tej kwestii wynikają prawdopodobnie z terminologicznego problemu występującego w wyroku Post Danmark z 2012 r., gdyż w autentycznej duńskiej wersji językowej użyto dla pojęcia „skutki w postaci wykluczenia" nieoczekiwanie słów „mærkbare virkninger" [57], co oznacza „odczuwalne skutki". W innym miejscu tego samego wyroku jest mowa o „eliminerende virkning", czyli o skutku eliminującym [„skutki w postaci wykluczenia"] [58], co także brzmi stosunkowo rygorystycznie.

89. Jednakże rzut okiem na francuską wersję językową, a w tym języku wyrok ten był sporządzony i w tym języku była też prowadzona narada, wskazuje, że użyte w duńskiej wersji językowej słownictwo musi być wynikiem błędu w tłumaczeniu, gdyż w wersji francuskiej jest mowa po prostu o „effet[s] d'éviction", czyli o „skutku w postaci wykluczenia", co jest zgodne z pozostałym orzecznictwem dotyczącym art. 82 WE [59].

56 — Wyrok Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 57; podobnie wyroki: France Télécom/Komisja, C-202/07 P, EU:C:2009:214, pkt 105; Deutsche Telekom/Komisja, C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 176; TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 24.

57 — Wyrok Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 25.

58 — Wyrok Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 41; podobnie pkt 17, 22, 27, 29, 44.

59 — Zobacz w tym względzie pkt 29 niniejszej opinii.

90. W tym kontekście nie można błędnie rozumieć słów „mærkbare virkninger” oraz „eliminerende virkning” użytych w wyroku Post Danmark z 2012 r. w ten sposób, że dla systemów rabatowych przedsiębiorstw dominujących obowiązuje jakieś kryterium odczuwalności wpływu lub też próg de minimis. Jako nadużycie w rozumieniu art. 82 WE należy raczej traktować wszystkie systemy rabatowe przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą na rynku, które mogą wywołać skutek w postaci wykluczenia [60], a nie tylko takie, których wpływ na konkurencję jest lub może być „poważny” lub „znaczący”.

91. Z uwagi na to, że rynek właściwy w wyniku obecności przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku jest już osłabiony w swojej strukturze konkurencyjnej, każde dodatkowe ograniczenie tej struktury konkurencyjnej może stanowić w obszarze stosowania art. 82 WE nadużycie pozycji przedsiębiorstwa dominującego [61].

92. Mniej więcej w tym samym czasie, w którym wydano wyrok Post Danmark, Trybunał stwierdził całkiem podobnie, iż w celu stosowania art. 82 WE nie zachodzi konieczność ustalenia dokładnego progu, powyżej którego rabaty udzielone przez przedsiębiorstwo dominujące należałoby uznać za nadużycie [62]. Klienci powinni mieć możliwość korzystania z konkurencji w pełnym wymiarze, w jakim jest to możliwe na rynku, a konkurenci powinni móc konkurować jakością w obrębie całości rynku, nie zaś jedynie w obrębie jego części. Ponadto to nie do przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku należy określanie, ilu wydajnych konkurentów ma prawo konkurować z nim o część popytu podlegającą konkurencji [63].

93. Także z dwóch dodatkowych względów próg de minimis nie wydaje się być konieczny do oceny skutków wykluczających praktyk handlowych przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku: z jednej strony wskazane skutki wykluczające, tak jak już na to wskazano powyżej [64], powinny wynikać z konkretnej oceny wszystkich istotnych okoliczności danej sprawy, a ich wystąpienie musi być bardziej prawdopodobne niż ich brak. Z drugiej strony zakaz nadużycia wynikający z art. 82 WE obejmuje zresztą i tak tylko takie zachowania, które mogą wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi.

94. Każdy z tych obu aspektów wyklucza z osobna w sposób całkowicie wystarczający, iż zakazem nadużycia wynikającym z art. 82 WE mogą zostać objęte zachowania, których sprzeczne z zasadami konkurencji skutki miałyby jedynie charakter hipotetyczny lub miałyby jedynie całkowicie nieistotne znaczenie.

3. Wniosek wstępny

95. Podsumowując, należy zatem stwierdzić:

Niezależnie od wymogu rzeczywistego lub potencjalnego wpływu na handel pomiędzy państwami członkowskimi dla uznania za nadużycie w rozumieniu art. 82 WE skutek wykluczający, jaki może wywoływać system rabatowy przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku, nie musi przekraczać jakiegokolwiek progu odczuwalności (progu de minimis). Wystarczy, że wystąpienie takiego skutku wykluczającego jest bardziej prawdopodobne niż jego brak.

60 — Zobacz w tym względzie jeszcze raz pkt 82 niniejszej opinii.

61 — Wyrok Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 123 in fine.

62 — Wyrok Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 46, 48; podobnie już wyrok Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 89, w którym podkreśla się, że nieuczciwy charakter rabatów lojalnościowych jest niezależny od tego, czy omawiane zakupy mają „większy lub mniejszy zakres”.

63 — Wyrok Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 42.

64 — Zobacz ponownie pkt 31, 68 oraz 82–85 niniejszej opinii.

VI – **Wnioski**

96. Uwzględniając powyższe rozważania, proponuję, aby Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział na pytania skierowane przez Sø- og Handelsret w następujący sposób:

1) System rabatowy stosowany przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku stanowi nadużycie w rozumieniu art. 82 WE, jeżeli na podstawie ogólnej oceny wszystkich okoliczności danego wypadku wynika, że rabaty mogą wywoływać gospodarczo nieuzasadniony skutek wykluczający, przy czym należy uwzględnić w szczególności kryteria i warunki przyznawania rabatów, warunki konkurencji panujące na właściwym rynku oraz pozycję na nim przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą na rynku.

2) Artykuł 82 WE nie wymaga, aby wykazanie okoliczności, iż praktykowany przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku system rabatowy stanowi nadużycie, następowało na podstawie analizy w rodzaju kryterium równie skutecznego konkurenta („as-efficient-competitor test”), jeżeli taki charakter danego systemu rabatowego wynika już z ogólnej oceny wszystkich okoliczności danego przypadku.

   Organy oraz sądy zajmujące się sprawami z zakresu konkurencji mogą jednak w ramach ogólnej oceny wszystkich okoliczności danego wypadku skorzystać z takiej analizy cen i kosztów, chyba że z uwagi na strukturę rynku byłoby wykluczone, że inne przedsiębiorstwo może stać się równie skuteczne jak przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku.

3) Niezależnie od wymogu rzeczywistego lub potencjalnego wpływu na handel pomiędzy państwami członkowskimi dla uznania za nadużycie w rozumieniu art. 82 WE skutek wykluczający, jaki może wywoływać system rabatowy przedsiębiorstwa dominującego, nie musi przekraczać jakiegokolwiek progu odczuwalności (progu de minimis). Wystarczy, że wystąpienie takiego skutku wykluczającego jest bardziej prawdopodobne niż jego brak.