Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEJ ADVOKÁTKY
JULIANE KOKOTT
prednesené 21. mája 2015 [1]

Vec C-23/14

Post Danmark A/S
proti
Konkurrenceråd

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Sø- og Handelsret (Dánsko)]

„Hospodárska súťaž — Zneužívanie dominantného postavenia na trhu (článok 82 ES) — Poštové služby — Dánsky trh distribúcie hromadných zásielok — Adresované reklamné zásielky — Monopolné postavenie bývalého štátneho poštového podniku na podstatnej časti trhu — Systém zliav — Účinok vylúčenia — Neexistencia hranice citeľnosti alebo hranice *de minimis* — Kritérium rovnako efektívneho konkurenta („*As-efficient-competitor*'-*Test*)"

I – Úvod

1. Prejednávané prejudiciálne konanie opäť dáva Súdnemu dvoru možnosť, aby vzhľadom na článok 82 ES, teraz článok 102 ZFEÚ, spresnil svoju judikatúru k zneužívajúcej povahe systému zliav dominantných podnikov, ktorej počiatky siahajú viac ako 40 rokov do minulosti. [2]

2. V prejednávanej veci ide o to, či dánsky podnik Post Danmark A/S zneužil v rokoch 2007 a 2008 svoje dominantné postavenie na trhu distribúcie hromadných zásielok príjemcom v Dánsku. V podstate tu treba vysvetliť, či sa spoločnosť Post Danmark dopustila zneužitia s cieľom vylúčiť konkurenta tým, že na distribúciu adresovaných reklamných zásielok poskytovala 16 % zľavu, pokiaľ jej zákazníci v priebehu jednoročného referenčného obdobia dosiahli určité štandardizované hraničné hodnoty objemu alebo obratu. Príslušná zľava mala pritom spätnú účinnosť, t. j. vzťahovala sa na všetky adresované reklamné zásielky doručené dotknutým zákazníkom počas celého referenčného obdobia.

3. Súdny dvor musí v tomto prípade predovšetkým objasniť, či na účely posúdenia protisúťažnej povahy systému zliav v zmysle článku 82 ES existuje právom stanovená povinnosť vykonať analýzu cien a nákladov, v rámci ktorej sa porovnajú obchodné postupy dominantného podniku s obchodnými postupmi rovnako efektívneho konkurenta (takzvaný „*As-efficient-competitor*"-Test, skrátený názov: AEC-Test). Okrem toho vzniká otázka, či vylúčenie konkurenta vyplývajúce zo systému zliav dominantného podniku musí prekročiť akokoľvek určenú hranicu citeľnosti (hranica *de minimis*), aby bolo kvalifikované ako protisúťažné.

1 — Jazyk prednesu: nemčina.

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

4. Tieto otázky sú obzvlášť dôležité v čase, keď sa požiadavky kladú podľa viac ekonomicky orientovaného prístupu v európskom práve hospodárskej súťaže („*more economic approach*“). Pri odpovedi na tieto otázky, ktorá môže mať účinok siahajúci ďaleko nad rámec prejednávaného prípadu,[3] by sa Súdny dvor podľa môjho názoru nemal nechať ovplyvniť duchom doby alebo premenlivými módnymi fenoménmi, ale mal by sa skôr vrátiť k právnym základom, na ktorých spočíva zákaz zneužitia dominantného postavenia na trhu v rámci práva Únie.

II – **Právny rámec**

5. Právny rámec Únie je v tomto prípade definovaný článkom 82 ES (teraz článok 102 ZFEÚ). § 11 Konkurrencelov (zákon o hospodárskej súťaži)[4] je vnútroštátne ustanovenie dánskeho práva, ktoré – v rozsahu relevantnom pre prejednávaný prípad – zodpovedá článku 82 ES a ktoré sa má podľa dôvodovej správy vykladať v súlade s článkom 82 ES.

III – **Skutkový stav a konanie vo veci samej**

6. Konanie vo veci samej vychádza z právneho sporu medzi Post Danmark a dánskou radou pre hospodársku súťaž, Konkurrenceråd[5]. Konkurrenceråd rozhodnutím z 24. júna 2009 konštatovala, že Post Danmark v rokoch 2007 a 2008 zneužila svoje dominantné postavenie na dánskom trhu distribúcie hromadných zásielok prostredníctvom systému zliav za adresované reklamné zásielky, porušila tak článok 82 ES, ako aj § 11 des Konkurrencelov. Konkurrenceråd preto podniku zakázala ďalšie uplatňovanie systému zliav.

7. V relevantnom období vlastnil účasť na Post Danmark tak dánsky štát, ako aj súkromní investori. Spoločnosť podliehala zákonom stanovenému záväzku univerzálnej služby v prípade určitých poštových zásielok, vrátane adresovaných reklamných zásielok a bola povinná na celom dánskom štátnom území uplatňovať jednotnú sadzbu. Naopak, v prípade všetkých listových zásielok do 50 g mala Post Danmark zákonný monopol. Na takmer 70 % trhu hromadných zásielok sa tak vzťahovalo výlučné právo Post Danmark.

8. Vnútroštátny súd považuje trh distribúcie hromadných zásielok v Dánsku za vecne a miestne príslušný trh. Na tomto trhu mala Post Danmark v spornom období približne 95 % podiel. Priame reklamné zásielky, t. j. adresované reklamné zásielky, ktoré sú zasielané veľkému počtu príjemcov súčasne, tvoria časť tohto trhu distribúcie hromadných zásielok zodpovedajúcu približne 12 % celkového trhu za rok 2007 a 7 % za rok 2008. Podiel adresovaných reklamných zásielok, na ktoré sa nevzťahoval monopol Post Danmark, predstavoval v roku 2007 približne 15 % a v roku 2008 približne 9 % trhu hromadných zásielok.

9. Bring Citymail Danmark A/S, dcérska spoločnosť nórskeho štátneho podniku Posten Norge AS, sa od roku 2007 stala konkurentom Post Danmark v oblasti distribúcie obchodnej korešpondencie vrátane adresovaných reklamných zásielok v Kodani a v okolí a v relevantnom období bola jediným vážnym konkurentom Post Danmark na dánskom trhu hromadných zásielok. Začiatkom roku 2010 Bring Citymail z dôvodu veľkých strát prestala pôsobiť na dánskom trhu. Medzi účastníkmi je sporné, či toto ukončenie pôsobnosti súvisí so systémom zliav, ktorý Post Danmark v tom čase uplatňovala v prípade adresovaných reklamných zásielok.

3 — Aj v prebiehajúcom odvolacom konaní Intel/Komisia (C-413/14 P) má nezanedbateľný význam okrem iného otázka právnej povinnosti vykonať AEC-Test vzhľadom na systémy zliav.

4 — Zákon o hospodárskej súťaži.

5 — Rada pre hospodársku súťaž.

10. Spomínaný systém zliav spoločnosti vychádza z roku 2003. Zľavy, ktoré sa pohybovali vo výške 6 % až 16 % normálneho poštovného,[6] boli štandardizované a všetkým zákazníkom boli ponúknuté za rovnakých, všeobecne prístupných podmienok. Vzťahovali sa vždy na obdobie jedného roka. Na účely poskytnutia zľavy boli počas jednoročného referenčného obdobia zohľadnené všetky zákazky spoločnosti Post Danmark zakaždým v počte aspoň 3 000 zásielok. Systém zliav pritom nerozlišoval, či sa na odoslané zásielky vzťahoval monopol Post Danmark, alebo či v danej oblasti pôsobil konkurent.

11. Podmienkou pre dosiahnutie prvej hraničnej hodnoty zľavy, ktorá predstavovala zrážku z ceny vo výške 6 %, bolo, aby zákazník počas referenčného roka odovzdal na distribúciu aspoň 30 000 zásielok, alebo aby výška hrubého poštovného jeho zásielok odovzdaných na distribúciu dosahovala aspoň 300 000 DKK. Stupnica, ktorú Post Danmark uplatňovala, stanovovala osem ďalších úrovní zliav.[7] V prípade prvých sedem úrovní zliav zvýšenie zrážky z ceny predstavovalo vždy 1 %, v prípade posledných dvoch úrovní zliav vždy 2 %, až po maximálnu sadzbu 16 %. Odstupňovanie poskytovaných zliav pôsobilo predovšetkým na strednú vrstvu zákazníkov, naproti tomu väčší zákazníci vzhľadom na objem svojich zákaziek spravidla automaticky dosiahli vyššiu úroveň zľavy.

12. Praktická realizácia systému zliav prebiehala takým spôsobom, že cena pre príslušného zákazníka bola určená na začiatku každého referenčného roka predbežne, a to podľa objemu predpokladaných zákaziek počas príslušného roka. Na konci referenčného roka sa potom – spätne – vykonala úprava všetkých cien na základe počtu zásielok, ktoré boli pre tohto zákazníka v priebehu roka skutočne odoslané. Toto mohlo viesť k povinnosti zákazníka vrátiť finančné prostriedky spoločnosti Post Danmark, ak skutočný objem jeho zákaziek bol menší ako predpokladaný objem, a teda na začiatku roka bola vopred vypočítaná a poskytnutá príliš vysoká zľava.

13. Konkurrenceråd považovala uplatnenie uvedeného systému zliav za zneužitie dominantného postavenia na trhu. Spôsobom poskytovania zliav boli zákazníci viazaní na Post Danmark, a tak sa trh hromadných zásielok uzavrel na úkor skutočných a potenciálnych konkurentov, pričom neexistovali žiadne výhody efektívnosti v prospech spotrebiteľa, ktoré by prevážili protisúťažný účinok zliav.

14. Konkurrenceråd v rámci svojho posudzovania rozhodla, že analýzu cien a nákladov prostredníctvom AEC-Testu nevykoná. Uvedený test nie je vhodným kritériom hodnotenia, pretože z dôvodu osobitostí dánskeho trhu poštových služieb vôbec nemožno nájsť rovnako efektívneho konkurenta. Rada pre hospodársku súťaž pri odôvodnení svojho predpokladu, že správanie malo zneužívajúcu povahu, vychádzala z osobitného postavenia Post Danmark na relevantnom trhu, ako nezanedbateľného obchodného partnera. Konkurrenceråd navyše poukázala okrem iného na existenciu bariér vstupu na trh, ako aj na konkrétne formovanie systému zliav, predovšetkým na jeho spätnú účinnosť vo vzťahu k jednoročnému referenčnému obdobiu, na rozsah zrážky z ceny vo výške do 16 % a na preskúmanie skutočného postavenia odberateľa v rámci odstupňovania zliav.

15. Konkurrenceankenævn[8] rozhodnutím z 10. mája 2010 potvrdil rozhodnutie Konkurrenceråd. Proti tomuto rozhodnutiu podala Post Danmark 1. júla 2010 žalobu na vnútroštátny súd, čiže na dánsky Sø- og Handelsret[9]. Bring Citymail Danmark bola vedľajším účastníkom konania vo veci samej, v ktorom podporovala Konkurrenceråd.

6 — Podľa tvrdení Post Danmark poskytovaná zľava predstavovala v priemere 10,6 %.

7 — Ďalšie hraničné hodnoty zliav predstavovali 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 a 2 000 000 zásielok, resp. hrubú hodnotu aspoň 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 a 20 000 000 DKK.

8 — Odvolací súd pre hospodársku súťaž.

9 — Súd pre záležitosti z oblasti obchodného a morského práva.

IV – **Návrh na začatie prejudiciálneho konania a konanie pred Súdnym dvorom**

16. Sø- og Handelsret rozhodnutím z 8. januára 2014, ktoré bolo doručené 16. januára 2014, predložil Súdnemu dvoru návrh na začatie prejudiciálneho konania o týchto otázkach:

1. Čím sa treba riadiť pri rozhodovaní, či uplatňovanie systému zliav so štandardizovanými hraničnými hodnotami objemu a s vlastnosťami, ktoré sú uvedené v návrhu na začatie prejudiciálneho konania, dominantným podnikom predstavuje zneužitie dominantného postavenia v rozpore s článkom 82 ES?

   Od Súdneho dvora sa žiada, aby vo svojej odpovedi objasnil, aký význam pre posúdenie má skutočnosť, že hraničné hodnoty systému zliav sú stanovené tak, že systém zliav sa vzťahuje na väčšinu zákazníkov na trhu.

   Od Súdneho dvora sa ďalej žiada, aby vo svojej odpovedi objasnil, aký význam, ak vôbec nejaký, majú pri posúdení takéhoto systému zliav vzhľadom na článok 82 ES (kritérium rovnako efektívneho konkurenta) ceny a náklady dominantného podniku.

   Súdny dvor sa súčasne žiada o objasnenie, aký význam majú v tejto súvislosti vlastnosti trhu, vrátane toho, či môžu odôvodniť, aby sa účinok uzavretia trhu preukázal inými preskúmaniami a analýzami, než je „kritérium rovnako efektívneho konkurenta“ (pozri v tejto súvislosti bod 24 oznámenia Komisie o uplatňovaní článku 82 ES).

2. Aký pravdepodobný a závažný musí byť protisúťažný účinok systému zliav s vlastnosťami uvedenými v návrhu na začatie prejudiciálneho konania, aby sa uplatňoval článok 82 ES?

3. Vzhľadom na odpovede na prvú a druhú otázku, aké osobitné okolnosti musí zohľadniť vnútroštátny súd pri posúdení, či systém zliav za okolností, ako sú uvedené v návrhu na začatie prejudiciálneho konania (vlastnosti trhu a systému zliav), má alebo môže mať v osobitnom prípade taký účinok uzavretia trhu, že predstavuje zneužitie uvedené v článku 82 ES?

   Vyžaduje sa v tejto súvislosti, aby bol účinok uzavretia trhu výrazný?

17. V prejudiciálnom konaní pred Súdnym dvorom popri Post Danmark a Bring Citymail aj Dánske kráľovstvo, Spolková republika Nemecko, Európska Komisia a Dozorný orgán EZVO zaujali písomné stanovisko. Títo účastníci konania s výnimkou Nemecka sa 26. marca 2015 zúčastnili pojednávania.

V – **Posúdenie**

18. Sø- og Handelsret chcel svojím rozsiahlym zoznamom otázok v podstate zistiť, aké kritériá treba uplatniť alebo „čím sa treba riadiť“ v rámci článku 82 ES na účely posúdenia systémov zliav dominantných podnikov. Vnútroštátny súd žiada predovšetkým informáciu o tom, či vykonanie AEC-Testu na účely zistenia dominantného postavenia na trhu je právom stanovenou povinnosťou, a či sa pri posúdení vylúčenia konkurenta spôsobeného systémom zliav uplatňuje hranica citeľnosti (hranica *de minimis*).

19. Tieto otázky vznikajú vo svetle systému zliav spoločnosti Post Danmark, ktorý je charakteristický okrem iného týmito znakmi:

— Systém zliav spočíval na štandardizovaných a všeobecne uplatniteľných podmienkach, obsahoval deväť úrovní zľavy so znížením od 6 % do 16 %, vzťahoval sa na jednoročné referenčné obdobie a mal spätnú účinnosť.

— Systém zliav bol uplatňovaný na trhu, kde Post Danmark mala 95 % podiel na trhu a na viac ako 70 % distribuovaných zásielok sa vzťahoval zákonný monopol podniku; kde existovali vysoké bariéry vstupu na trh, kde Post Danmark mala štrukturálne výhody a kde iba na časti územia trhu musela rátať so zjavne menším konkurentom v podobe Bring Citymail.

20. Pri odpovedi na tento návrh na začatie prejudiciálneho konania treba vychádzať zo zákazu zneužitia dominantného postavenia na trhu v jeho znení pred nadobudnutím platnosti Lisabonskej zmluvy, pretože predmetom konania vo veci samej je uplatňovanie systému zliav v rokoch 2007 a 2008 a aj sporné rozhodnutie dánskej rady pre hospodársku súťaž bolo prijaté ešte v júni 2009. Nasledujúce tvrdenia týkajúce sa článku 82 ES možno, samozrejme, bez problémov preniesť na obsahovo totožný článok 102 ZFEÚ.

21. Keďže jednotlivé prejudiciálne otázky sa čiastočne výrazne prekrývajú, je vhodné odpovedať na nich v zmenenom poradí a pritom sa postupne venovať rôznym právnym problémom uvedeným v návrhu na začatie prejudiciálneho konania.

A – *Kritériá pre posúdenie systému zliav dominantných podnikov*

1. Všeobecná časť (prvá časť prvej otázky)

22. Prvá časť prvej otázky vnútroštátneho súdu smeruje k všeobecným právnym ustanoveniam, ktoré sa podľa článku 82 ES vzťahujú na posúdenie systému zliav dominantných podnikov.

23. Pri povrchnom posúdení môže pôsobiť prekvapujúco, že zľavy dominantných podnikov, ktoré pre ich zákazníkov jednako predstavujú cenovú výhodu, možno podľa článku 82 ES kvalifikovať ako zneužitie.

24. Treba však brať do úvahy, že hospodárska súťaž na relevantnom trhu je oslabená práve prítomnosťou dominantného podniku na trhu. [10] Preto nesie takýto podnik bez ohľadu na príčiny jeho dominantného postavenia na trhu osobitnú zodpovednosť za to, že jeho konanie nenaruší účinnú a neskreslenú hospodársku súťaž na vnútornom trhu. [11]

25. V dôsledku toho podnik s dominantným postavením na trhu podlieha v rozsahu pôsobnosti článku 82 ES určitým obmedzeniam, ktoré v takejto forme pre iné podniky neplatia. Prax, ktorá by za normálnych okolností v hospodárskej súťaži nebola namietaná, môže predstavovať zneužitie dominantného postavenia na trhu, pokiaľ ju uplatňuje podnik s dominantným postavením na trhu. [12] Predovšetkým nie každá cenová hospodárska súťaž, ku ktorej sa dominantný podnik uchýli, môže byť preto považovaná za prípustnú. [13]

26. Komisia správne poznamenala že, za zľavami poskytovanými dominantnými podnikmi sa môžu občas skrývať protisúťažné postupy, ktoré sú iba na prvý pohľad prejavom osobitne výhodnej ponuky na trhu, pri podrobnejšom preskúmaní však zistíme, že sú sotva spojené s nižšími cenami a môžu vážne poškodzovať hospodársku súťaž.

10 — Rozsudky Hoffmann-La Roche/Komisia (EU:C:1979:36, bod 91), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia (EU:C:1983:313, bod 70) Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, bod 17).

11 — Rozsudok Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia (EU:C:1983:313, bod 57); v tom istom zmysle pozri rozsudky France Télécom/Komisia (C-202/07 P, EU:C:2009:214, bod 105), Deutsche Telekom/Komisia (C-280/08 P, EU:C:2010:603, bod 176) a TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, bod 24).

12 — Rozsudok Compagnie maritime belge transports a i./Komisia (C-395/96 P a C-396/96 P, EU:C:2000:132, bod 131).

13 — Rozsudky AKZO/Komisia (C-62/86, EU:C:1991:286, bod 70), France Télécom/Komisia (EU:C:2009:214, bod 106), Deutsche Telekom/Komisia (EU:C:2010:603, bod 177) a Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, bod 25).

27. Je pravda, že na systémy zliav dominantných podnikov sa nevzťahuje všeobecný predpoklad, že majú zneužívajúcu povahu, ktorý by tieto podniky mali vyvrátiť. V prípade takýchto zliav je však rozlišovanie medzi legitímnou hospodárskou súťažou založenou na zásluhách na jednej strane a protisúťažnými obchodnými postupmi na druhej strane chúlostivou otázkou, ktorá si vyžaduje dôkladné preskúmanie.

28. Podľa judikatúry [14] množstvové zľavy, ktoré sú spojené výlučne s rozsahom uskutočnených nákupov, za normálnych okolností nespôsobujú protisúťažné účinky, takže nemajú zneužívajúcu povahu, aj keby boli poskytované dominantnými podnikmi. Ak sa totiž zvýšenie dodaného množstva prejaví v nižších nákladoch dodávateľa, tento dodávateľ je oprávnený poskytnúť zákazníkovi profit z tohto zníženia nákladov prostredníctvom výhodnejšej ceny. Spravidla protisúťažné v zmysle článku 82 ES sú však vernostné zľavy alebo cieľové zľavy, ktorými sa dominantné podniky snažia pripútať k sebe svojich vlastných zákazníkov a prilákať zákazníkov svojich konkurentov.

29. Na účely posúdenia systému zliav dominantného podniku však napokon podľa článku 82 ES nie je relevantné, či tento systém možno zaradiť do bežnej kategórie – najmä medzi množstvové alebo vernostné zľavy. Rozhodujúce je skôr to, či je cieľom zliav prostredníctvom výhody nezakladajúcej sa na žiadnom ekonomickom plnení, ktoré by ich odôvodňovalo, zbaviť kupujúceho možnosti výberu zdrojov svojho zásobovania alebo mu túto možnosť obmedziť, brániť konkurentom vo vstupe na trh, uplatňovať na obchodných partnerov nerovnaké podmienky pri rovnakých plneniach alebo posilniť dominantné postavenie skreslením hospodárskej súťaže. [15] Podstatné je skrátka to, či dominantný podnik poskytuje zľavy spôsobilé vylúčiť konkurenta na relevantnom trhu, ktoré nemožno hospodársky odôvodniť – konkrétne presunutím ušetrenia nákladov na zákazníkov. [16] Okrem toho článok 82 ES ods. 2 písm. c) ES osobitne zakazuje dominantnému podniku, aby poskytoval diskriminačné zľavy, ktoré ukladajú obchodným partnerom nerovnaké podmienky pre rovnaké plnenia. [17]

30. Diskriminačný charakter systému zliav, ktorý Post Danmark uplatňovala, vzhľadom k jeho štandardizovaným a všeobecne uplatniteľným podmienkam nemožno v prejednávanom prípade preukázať. Vnútroštátne orgány konajúce vo veci samej sa preto správne ihneď zamerali na otázku, či systém zliav spoločnosti Post Danmark nemôže mať za následok hospodársky neodôvodnené vylúčenie konkurenta.

31. Skutočnosť, či zľavy poskytované dominantným podnikom môžu spôsobiť takéto vylúčenie konkurenta, treba preskúmať na základe celkového posúdenia všetkých relevantných okolností konkrétneho prípadu [18] (pozri v tejto súvislosti aj moje vyjadrenia v častiach 2 a 3).

32. Je pritom samozrejmé, že ani želanie dominantného podniku zvýšiť obrat, ani jeho snahu lepšie naplánovať obchodovanie, nemožno považovať za hospodárske odôvodnenie poskytovania zliav, pokiaľ tieto skutočnosti nie sú spôsobilé viesť k vylúčeniu konkurenta. [19]

14 — Rozsudky Suiker Unie a i./Komisia (EU:C:1975:174, bod 518), Hoffmann-La Roche/Komisia (EU:C:1979:36, body 89 a 90), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia (EU:C:1983:313, bod 71), Portugalsko/Komisia (C-163/99, EU:C:2001:189, bod 50), Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, bod 70) a Michelin/Komisia (EU:T:2003:250, body 56 až 59).

15 — Rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia (EU:C:1983:313, bod 73), British Airways/Komisia (EU:C:2007:166, bod 67), Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, bod 71) a Michelin/Komisia (EU:T:2003:250, bod 60).

16 — Rozsudok British Airways/Komisia (EU:C:2007:166, body 68 a 69).

17 — Rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia (EU:C:1983:313, bod 73), British Airways/Komisia (EU:C:2007:166, bod 67), Portugalsko/Komisia (EU:C:2001:189, bod 50) a Michelin/Komisia (EU:T:2003:250, bod 60).

18 — Rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia (EU:C:1983:313, bod 73), British Airways/Komisia (EU:C:2007:166, bod 67), Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, body 18 a 71) a Michelin/Komisia (EU:T:2003:250, bod 60).

19 — Rozsudok Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia (EU:C:1983:313, bod 85).

2. Okolnosti, ktoré treba zohľadniť pri posúdení systémov zliav (prvá časť tretej otázky a posledná časť prvej otázky)

33. Pokiaľ ide o konkrétne okolnosti, ktoré treba pri posúdení prípadného vylúčenia konkurenta spôsobeného systémami zliav dominantných podnikov podľa článku 82 ES zohľadniť, to je predmetom prvej časti tretej prejudiciálnej otázky a poslednej časti prvej prejudiciálnej otázky.

34. Všeobecne platný, taxatívny výpočet všetkých okolností, ktoré sa majú v rámci článku 82 ES zohľadniť, samozrejme, neprichádza do úvahy, keďže každý trh a každý systém zliav môže mať svoje osobitosti. Jednako možno vnútroštátnemu súdu vo svetle skutkového stavu konania vo veci smej, opísaného v návrhu na začatie prejudiciálneho konania, predložiť určité vhodné pripomienky, ktoré mu môžu uľahčiť rozhodovanie.

35. Podľa ustálenej judikatúry na účely posúdenia systému zliav v zmysle článku 82 ES sú podstatné predovšetkým kritériá a podmienky poskytovania zliav [20] [pozri v tejto súvislosti bod a)]. Ako však vyplýva z výrazu „predovšetkým“, ktorý Súdny dvor použil, relevantné môžu byť okrem toho aj ďalšie faktory, konkrétne prevládajúce podmienky hospodárskej súťaže na relevantnom trhu a – s tým úzko spojené – postavenie dominantného podniku na tomto trhu [pozri nižšie bod b)].

a) Kritériá a podmienky poskytovania zliav

36. Čo sa ďalej týka kritérií a podmienok poskytovania zliav, zdá sa, že systém zliav má zneužívajúcu povahu, ak nemá výlučne prírastkový účinok, ako je to v prípade sporného systému zliav, takže dosiahnutie každej novej hraničnej hodnoty zľavy nielenže vedie k zrážke z ceny pre všetky dodatočne zadané zákazky, ale má aj spätnú účinnosť, a tak dodatočne zlacňuje všetky zákazky zadané ešte počas referenčného obdobia. [21]

37. Totiž týmto spôsobom aj pomerne malá zmena – či už zvýšenie alebo zníženie – obratu týkajúceho sa výrobkov podniku v dominantnom postavení má neprimerané účinky na zmluvných partnerov. [22] Takýto systém zliav má tak spravidla vernostný účinok, ktorý možno označiť aj ako efekt príťažlivosti. Dominantnému podniku uľahčuje pripútať k sebe svojich vlastných zákazníkov, ako aj prilákať zákazníkov svojich konkurentov, a tak napokon „odsať“ vo svoj prospech spornú časť dopytu na relevantnom trhu. [23]

38. Efekt príťažlivosti je, prirodzene, o to väčší, čím vyššie sú poskytované zľavy a čím dlhšie je referenčné obdobie, na ktoré sa zľavy pri dosiahnutí každej novej hraničnej hodnoty vzťahujú. Ak sa na porovnanie poskytnú vysoké zľavy od 6 % do 16 %, ako je to v prejednávanom prípade, a to so spätnou účinnosťou počas pomerne dlhého jednoročného referenčného obdobia, [24] poukazuje to na silný efekt príťažlivosti. Tento efekt príťažlivosti je v prejednávanom prípade ešte zosilnený tým, že zľavy platili bez rozdielu tak pre spornú, ako aj pre nespornú časť dopytu, takže najmä pre listové zásielky do 50 g, na ktoré sa vzťahoval zákonný monopol der Post Danmark.

20 — Rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia (EU:C:1983:313, bod 73), British Airways/Komisia (EU:C:2007:166, bod 67), Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, bod 71) a Michelin/Komisia (EU:T:2003:250, bod 60).

21 — V tomto zmysle rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia (EU:C:1983:313, bod 81), British Airways/Komisia (EU:C:2007:166, bod 73) a Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, najmä bod 75).

22 — Rozsudok British Airways/Komisia (EU:C:2007:166, bod 73).

23 — Rozsudok Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, bod 79).

24 — Pozri v súvislosti s dĺžkou referenčného obdobia napríklad rozsudok Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia (EU:C:1983:313, bod 81).

39. Ak je navyše preukázateľné, že dominantný podnik mal úmysel vylúčiť konkurenta, potom je to ďalšou závažnou indíciou hovoriacou v prospech zneužívajúcej povahy ním uplatňovaného systému zliav.[25] V každom prípade úmysel alebo taktika vylúčenia konkurenta nie je nevyhnutným predpokladom na účely určenia porušenia článku 82 ES, totiž využitie dominantného postavenia na trhu v rozpore s hospodárskou súťažou je objektívnym pojmom.[26] Samotná okolnosť, že Post Danmark v prejednávanom prípade tvrdí, že nekonala s úmyslom vylúčiť konkurenta, v žiadnom prípade nechráni podnik pred určením, že išlo o zneužitie v zmysle článku 82 ES.

40. Ak ide o diskrimináciu medzi obchodnými partnermi v zmysle článku 82 ods. 2 písm. c) ES, v tom prípade je zneužívajúca povaha zliav poskytovaných dominantným podnikom obzvlášť zrejmá. Systém zliav však môže mať zneužívajúcu povahu v zmysle článku 82 ES tiež vtedy, keď aj bez diskriminačných prvkov vedie k protisúťažnému vylúčeniu konkurenta na trhu.[27] Dozorný orgán EZVO v tejto súvislosti správne zdôraznil, že nejde ani tak o rozlišovanie medzi individualizovanými a štandardizovanými zľavami, ako skôr o preskúmanie toho, či je daný systém zliav konkrétne spôsobilý vylúčiť konkurenta na trhu.

41. Napokon fakturácia „záporných cien“ – to znamená cien nižších, ako je režijná cena – zákazníkom *nepredstavuje* podmienku predchádzajúcu konštatovaniu zneužívajúcej povahy systému retroaktívnych zliav ponúkaných podnikom v dominantnom postavení[28]. Dominantný podnik totiž vie na základe svojich zjavne vyšších obratov spravidla fungovať tak, že jeho náklady sú kryté aj napriek poskytovaniu výrazných zliav. Prostredníctvom svojich zliav teda môže spôsobiť vylúčenie konkurenta, pričom on sám nemusí nevyhnutne skĺznuť do strát.

b) Prevládajúce podmienky hospodárskej súťaže na relevantnom trhu a postavenie dominantného podniku na tomto trhu

42. Pokiaľ ide ďalej o prevládajúce podmienky hospodárskej súťaže na relevantnom trhu a postavenie dominantného podniku na tomto trhu, prípadné protisúťažné vylúčenie konkurenta spôsobené systémom zliav je o to pravdepodobnejšie a výraznejšie, čím silnejší je dominantný podnik na relevantnom trhu a čím slabšia je pozícia jeho skutočných alebo potenciálnych konkurentov. V tejto súvislosti treba zohľadniť nielen podiely na trhu dominantného podniku a jeho konkurentov, ale aj pôvod dominantného postavenia najvýznamnejšieho podniku na trhu konkrétnej krajiny a prípadne existujúci zákonný monopol, ktorý má na celom trhu alebo na časti toho istého trhu.[29]

43. V prejednávanom prípade mala Post Danmark ako historický štátny poštový podnik podľa zistení v návrhu na začatie prejudiciálneho konania výrazný 95 % podiel na dánskom trhu hromadných zásielok, zatiaľ čo na spoločnosť Bring Citymail pripadlo iba približne 5 %.

44. Takýto veľký rozdiel medzi podielom na trhu dominantného podniku a podielom konkurenta je spôsobilý zosilniť účinky vylúčenia konkurenta, keďže za týchto podmienok je pre konkurentov dominantného podniku osobitne ťažké prísť s ponukou, ktorá bude výhodnejšia ako jeho zľavy založené na celkovom objeme predaja.[30]

25 — V tomto zmysle rozsudok Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, body 20 a 21).

26 — Rozsudky Hoffmann-La Roche/Komisia (EU:C:1979:36, bod 91), AKZO/Komisia (EU:C:1991:286, bod 69), TeliaSonera Sverige (EU:C:2011:83, bod 27) a Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, body 17 a 23).

27 — Rozsudky Michelin/Komisia (EU:T:2003:250, bod 65).

28 — Rozsudok Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, bod 73).

29 — V tomto zmysle už rozsudok Post Danmark (EU:C:2012:172, bod 23 *in fine*).

30 — Rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisi (EU:C:1983:313, bod 82) a British Airways/Komisia (EU:C:2007:166, bod 75), ako aj moje návrhy v druhej z uvedených vecí (EU:C:2006:133, bod 52).

45. Okrem toho 70 % časť tohto trhu bola predmetom zákonného monopolu prináležiaceho spoločnosti Post Danmark, – teda monopolu na listové zásielky do 50 g – a preto bola od začiatku vylúčená z hospodárskej súťaže. Navyše spoločnosť Bring Citymail, jediný vážny konkurent Post Danmark, bola činná iba na časti územia trhu, konkrétne v oblasti Kodane, zatiaľ čo Post Danmark mala účinnú celoštátnu distribučnú sieť.

46. Toto všetko poukazuje na to, že Post Danmark bola vzhľadom na jej výrazné postavenie na trhu nezanedbateľným obchodným partnerom a so zľavami, ktoré poskytovala, bol spojený značný predpoklad vylúčenia konkurenta.[31] Tento dojem ešte výraznejší, ak si všimneme niektoré ďalšie štrukturálne zložky, ktoré sú pre relevantný trh charakteristické.

47. Ako som už spomenula, trh akým je dánsky trh hromadných zásielok sa vyznačuje poskytovaním sieťových služieb. Na účely efektívneho hospodárenia a poskytovania služieb zákazníkom je potrebné, aby mal dodávateľ na takomto trhu čo najefektívnejšiu distribučnú sieť. Na druhej strane, ako bolo uvedené v návrhu na začatie prejudiciálneho konania, takýto trh sa z hospodárskeho hľadiska vyznačuje vysokými úsporami z rozsahu výroby a vysokými bariérami vstupu na trh, ktoré konkurentom dominantného podniku sťažujú možnosť etablovať sa na trhu a konkurovať tomuto podniku pokiaľ ide o spornú časť dopytu.

48. Na účely posúdenia prípadného vylúčenia konkurenta spôsobeného systémom zliav dominantného podniku môže mať okrem toho význam aj to, do akej miery sú zákazníci na relevantnom trhu aktívni a aký podiel svojho dopytu môžu vôbec pokryť u konkurentov dominantného podniku bez vzniku straty zľavy.

49. V konaní vo veci samej bolo v tejto súvislosti určené, že v prípade dotknutých zákazníkov u dvoch tretín listových zásielok podliehajúcich hospodárskej súťaži by prechod od Post Danmark k inému poskytovateľovi poštových služieb prichádzal do úvahy iba pri strpení straty na zľavách. Táto skutočnosť poukazuje na to, že systém zliav Post Danmark má veľký potenciál vylúčiť konkurenta.

50. V konečnom dôsledku tak v prejednávanom prípade vzhľadom na podmienky hospodárskej súťaže na relevantnom trhu a postavenie dominantného podniku na tomto trhu existujú závažné dôkazy svedčiace o tom, že systém zliav, ktorý uskutočňuje Post Danmark, môže spôsobiť značné účinky s cieľom vylúčiť konkurenta.

3. O širokom účinku systému zliav (druhá časť prvej otázky)

51. Druhá časť prvej prejudiciálnej otázky sa venuje širokému účinku systému zliav akým je tento, uskutočňovaný Post Danmark. Vnútroštátny súd chce vedieť, aký to má význam na účely právneho posúdenia podľa článku 82 ES, že systém zliav vzhľadom na štandardizovanie svojich jednotlivých úrovní zliav (v návrhu na začatie prejudiciálneho konania označené ako „hraničné hodnoty objemu“) nie je prispôsobený konkrétnym zákazníkom, ale vzťahuje sa na väčšinu zákazníkov na trhu.

52. Súdny dvor už dávno konštatoval, že počet zmlúv, na ktoré sa vzťahujú zľavy poskytované dominantným podnikom, a tým napokon počet dotknutých zákazníkov, je na účely právneho posúdenia týchto zliav podľa článku 82 ES irelevantný.[32]

31 — Osobitne v súvislosti s odporúčaným zohľadnením postavenia dominantného podniku ako nezanedbateľného obchodného partnera pozri rozsudky Hoffmann-La Roche/Komisia (EU:C:1979:36, bod 41) a Compagnie maritime belge transports a i./Komisia (EU:C:2000:132, bod 132).

32 — Rozsudok Suiker Unie a i./Komisia (EU:C:1975:174, bod 511).

53. Skutočnosť, že systém zliav sa týka mnohých zákazníkov alebo dokonca väčšiny zákazníkov na trhu, a tento systém má tak veľmi široký účinok, sama osebe ešte nič nehovorí o jeho zneužívajúcej povahe v zmysle článku 82 ES.

54. Ak je však takýto systém zliav spôsobilý viesť k efektu príťažlivosti v prospech dominantného podniku, v tom prípade zachytenie značného počtu zákazníkov a veľkej časti sporného dopytu na trhu môže viesť k tomu, že skutočné alebo potenciálne vylúčenie konkurenta je závažnejšie ako v prípade systémov zliav s menej širokým účinkom. Viaceré subjekty zúčastnené na konaní na to správne upozornili.

4. Predbežný záver

55. Súhrnne možno preto konštatovať:

Systém zliav uplatňovaný dominantným podnikom má zneužívajúcu povahu v zmysle článku 82 ES, ak z celkového posúdenia všetkých relevantných okolností konkrétneho prípadu vyplýva, že zľavy sú spôsobilé viesť k hospodársky neodôvodnenému vylúčeniu konkurenta, pričom posúdiť treba predovšetkým kritériá a podmienky poskytovania zliav, prevládajúce podmienky hospodárskej súťaže na relevantnom trhu a postavenie dominantného podniku na tomto trhu.

B – *Význam kritéria rovnako efektívneho konkurenta („As-efficient-competitor“-Test alebo AEC-Test) (tretia časť prvej otázky)*

56. Tretia a posledná časť prvej prejudiciálnej otázky sa venuje osobitne AEC-Testu. Cieľom takéhoto testu je z porovnania cien a nákladov [33] zistiť, či konkurent, ktorý je rovnako efektívny ako dominantný podnik, môže takémuto podniku konkurovať, alebo či politika poskytovania zliav dominantného podniku na relevantnom trhu vedie naopak k protisúťažnému vylúčeniu konkurenta.

57. Vnútroštátny súd sa pýta, či so zistením zneužitia dominantného postavenia na trhu spôsobeného systémom zliav je spojená právna povinnosť vykonania AEC-Testu, a v prípade, že to tak nie je, z ktorých okolností možno prípadne vyvodiť zneužívajúcu povahu tohto systému zliav.

58. Tieto čiastkové otázky treba posudzovať vo svetle Oznámenia Komisie z roku 2009 [34], v ktorom Komisia zo svojej pozície ako orgánu pre hospodársku súťaž oznámila svoje priority pri uplatňovaní článku 82 ES. Vnútroštátny súd sa na spomínané oznámenie o prioritách výslovne odvoláva.

59. Komisia vo svojom oznámení o prioritách oznámila, že proti správaniu zameranému na vylúčenie konkurentov z trhu založenému na cenách zasiahne v zásade len vtedy, ak predmetné konanie podniku narušilo alebo môže narušiť hospodársku súťaž zo strany konkurentov, ktorí sú pokladaní za rovnako výkonné podniky (anglicky: *„as efficient competitors“*) ako dominantný podnik [35]. Na účely zistenia tejto skutočnosti si Komisia dala záväzok, že vzhľadom na správanie zamerané na vylúčenie konkurentov z trhu založené na cenách spravidla vykoná AEC-Test.

33 — Zohľadňujú sa priemerné náklady dominantného podniku, ktorým bolo možné predísť, jeho dlhodobé priemerné prírastkové náklady, ako aj cena akú by musel konkurent dominantného podniku ponúknuť zákazníkom, aby im nahradil stratu zľavy poskytovanej týmto podnikom.

34 — Oznámenie Komisie „Usmernenie o prioritách Komisie v oblasti presadzovania práva pri uplatňovaní článku 82 Zmluvy o ES na prípady zneužívania dominantného postavenia podnikov na vylúčenie konkurentov z trh“, z 24. februára 2009 (Ú. v. EÚ C 45, s. 7), ďalej len „oznámenie o prioritách“.

35 — Bod 23 oznámenia o prioritách. V tejto súvislosti si dovolím pripomenúť, že nemecké znenie uvedenej časti oznámenia o prioritách vo formulácii „daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen“ [„narušilo alebo môže narušiť hospodársku súťaž zo strany konkurentov“] len veľmi nedokonale odzrkadľuje právne pravidlo, podľa ktorého skutočné protisúťažné účinky nie je nutné preukázať (rozsudky British Airways/Komisia, EU:C:2007:166, bod 68, a Tomra Systems a i./Komisia, EU:C:2012:221, body 68 a 79). Zdá sa, že právny rámec vymedzený článkom 82 ES (102 ZFEÚ) je lepšie zlučiteľný s anglickým („has already been or is capable of hampering competition“) a s francúzskym znením oznámenia o prioritách („ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence“).

60. Takáto správna prax Komisie však pre vnútroštátne orgány pre hospodársku súťaž a súdy, prirodzene, nie je záväzná. Vyplýva to jednak zo samotného znenia oznámenia o prioritách, ktoré „nie je právne záväzn[é]“ [36], a jednak z ustálenej judikatúry týkajúcej sa vyhlásení Komisie takéhoto druhu. [37] Hoci vnútroštátnym orgánom nič nebráni, aby podobne ako Komisia rekurovali proti AEC-Testu, z právneho hľadiska sú predsa viazaný výlučne pravidlami článku 82 ES. Vypracovanie týchto pravidiel je úlohou Súdneho dvora.

61. Z článku 82 ES podľa môjho názoru *nevyplýva* právna povinnosť, aby sa určenie zneužívajúcej povahy systému zliav dominantných podnikov zakladalo vždy na analýze cien a nákladov, akou je napríklad AEC-Test.

62. Je pravda, že Súdny dvor vo vzťahu k iným cenovým postupom ako sú zľavy príležitostne vyžadoval vykonanie AEC-Testu, pričom zdôraznil, že článok 82 ES *najmä* zakazuje podniku v dominantnom postavení, aby používal také postupy, ktoré majú za následok *vylúčenie rovnako efektívnych konkurentov*. [38]

63. Z tejto judikatúry však nemožno odvodiť absolútnu požiadavku, aby sa pri posúdení správania zameraného na vylúčenie konkurentov z trhu založeného na cenách podľa práva hospodárskej súťaže vždy vykonal AEC-Test. Na jednej strane sa vzťahuje konkrétne na cenové postupy dominantných podnikov ako napríklad na politiku nízkych cien (napr. lacnejšia ponuka so stratou) alebo na cenové stláčanie prostredníctvom tarifného nožnicového efektu, ktoré už len na základe svojej povahy majú úzku väzbu na štruktúru nákladov dotknutých podnikov. Na druhej strane z formulácie „najmä“ (francúzsky: „notamment“) [39], ktorú Súdny dvor použil, je zjavné, že o zneužitie dominantného postavenia na trhu nejde vždy iba vtedy, keď vznikne vylúčenie rovnako efektívneho konkurenta ako je dominantný podnik.

64. Pokiaľ ide konkrétne o systémy zliav dominantných podnikov, ich kvalifikáciu ako zneužitie v zmysle článku 82 ES Súdny dvor doposiaľ ešte nikdy nepodmienil analýzou cien a nákladov. Vzhľadom na takéto systémy zliav skôr konštatoval, že neexistencia porovnania cien a nákladov nepredstavuje nesprávne právne posúdenie. [40] Tohto by sa Súdny dvor mal pridržiavať aj v prejednávanom prípade.

65. Zaiste, teoreticky by bolo možné určenie správania zameraného na vylúčenie konkurentov z trhu založeného na cenách všeobecne podmieniť vykonaním AEC-Testu, a tento test tak nariadiť aj vo vzťahu k systémom zliav dominantných podnikov. Takéto rozšírenie judikatúry týkajúcej sa článku 82 ES je však z viacerých dôvodov prijímané skepticky.

66. Na jednej strane pridaná hodnota drahých ekonomických analýz nie je vždy evidentná a môže viesť k neprimeranému použitiu zdrojov orgánov pre hospodársku súťaž a súdov, ktoré potom chýbajú inde na účely účinného vykonania pravidiel hospodárskej súťaže. Uplatnený postup – ako to vzorne vyplýva z tvrdení Post Danmark, Bring Citymail a dánskej vlády pred Súdnym dvorom – môže podnietiť značné

36 — Bod 3 oznámenia o prioritách.

37 — Rozsudky Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, bod 21) a Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, body 29 a 31).

38 — Rozsudok Post Danmark (EU:C:2012:172, bod 25); pozri okrem toho rozsudky Deutsche Telekom/Komisia (EU:C:2010:603, najmä body 177, 183, 196, 203 a 254) a TeliaSonera Sverige (EU:C:2011:83, najmä body 67, 73 a 94); rovnako aj v rozsudku AKZO/Komisia (EU:C:1991:286, najmä v bodoch 71 a 72) sa vychádza okrem iného z analýzy cien a nákladov.

39 — Rozsudky Post Danmark (EU:C:2012:172, bod 25) a Deutsche Telekom/Komisia (EU:C:2010:603, bod 177, pričom pre francúzsky výraz „notamment“ sa v slovenskom jazyku používa výraz „najmä“).

40 — Rozsudok Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, bod 80; pozri subsidiárne aj bod. 73).

nezhody.[41] Odhliadnuc od toho, dostupné údaje slúžiace ako základ nie sú vždy spoľahlivé[42] a predpokladajú pripravenosť dominantných podnikov k skutočnej spolupráci s orgánmi pre hospodársku súťaž, ako aj so súdmi, ktorá – ako to zdôrazňuje nemecká vláda – nie je vždy garantovaná.

67. Na druhej strane treba upozorniť na mylnú predstavu, podľa ktorej by sa problematika správania zameraného na vylúčenie konkurentov z trhu založeného na cenách uchopila jednoducho a s právnou istotou pomocou matematického vzorca iba na základe cenových a nákladových prvkov dotknutých podnikov. Ako už bolo uvedené, údaje poskytnuté podnikmi dávajú nezriedka priestor pre rozmanité výklady.

68. Na účely určenia zneužitia v zmysle článku 82 ES, rovnako ako aj v iných súvislostiach, je však potrebné predovšetkým preskúmať všetky relevantné okolnosti konkrétneho prípadu, čo nie je možné nahradiť iba posúdením cenových a nákladových prvkov. Na účely určenia zneužitia môžu mať práve význam aj mnohé ďalšie faktory, najmä konkrétne formovanie systému zliav, ako aj určité osobitosti trhu, na ktorom dominantný podnik pôsobí; môžu mať dokonca omnoho väčšiu výpovednú hodnotu ako analýza cien a nákladov.

69. Odkaz na všetky relevantné okolnosti konkrétneho prípadu, ako aj na možnosť objektívneho odôvodnenia obchodných postupov dominantného podniku poskytujú dostatočnú istotu, že právne požiadavky týkajúce sa určenia zneužitia v zmysle článku 82 EG nepodcenia hospodársku realitu.[43]

70. Ak zneužívajúca povaha systému zliav dominantného podniku vyplýva už z celkového posúdenia iných okolností konkrétneho prípadu, ako som ho vyššie vysvetlila,[44] potom z právneho hľadiska nie je nutné vykonať analýzu cien a nákladov vo forme AEC-Testu.

71. *A fortiori* z článku 82 ES nemôže vyplývať právna povinnosť vykonania AEC-Testu, ak je vzhľadom na štruktúru trhu vylúčené, aby bol iný podnik rovnako efektívny ako ten dominantný. Môže to vyplývať z konkrétnych podmienok hospodárskej súťaže na relevantnom trhu (napríklad z toho, že daný trh – akým je tento v prejednávanom prípade – sa vyznačuje vysokými bariérami vstupu na trh, vysokými úsporami z rozsahu výroby a/alebo poskytovaním sieťových služieb) alebo z toho, že výška nákladov dominantného podniku presne závisí od konkurenčnej výhody, v ktorej sa tento podnik nachádza vďaka svojmu dominantnému postaveniu.[45]

72. V takýchto prípadoch by od začiatku nemalo zmysel prostredníctvom nejakej analýzy cien a nákladov preskúmavať, či systém zliav dominantného podniku spôsobuje vylúčenie čisto hypoteticky určeného, rovnako efektívneho konkurenta. Ak totiž nemožno nájsť rovnako efektívneho konkurenta, akým je dominantný podnik, potom ani AEC-Test neposkytuje spoľahlivé závery o tom, či na trhu môže dôjsť k vylúčeniu konkurenta alebo nie.

73. Naopak, na trhu, na ktorom je hospodárska súťaž vzhľadom na prítomnosť dominantného podniku oslabená tým, že rovnako efektívni konkurenti sa na ňom už vôbec nemôžu etablovať, nemožno podceniť konkurenčný tlak vytvorený menej efektívnym podnikom.[46] Jeho udržanie patrí základné ciele sledované článok 82 ES. Má sa totiž zabrániť tomu, aby sa z dôvodu obchodných postupov dominantného podniku ďalej zhoršovala štruktúra trhu a možnosti výberu zákazníkov.[47]

41 — Skutočnosť, že výsledok AEC-Testu nie je vždy jednoznačný, predpokladá aj Komisia v bode 25 svojho oznámenia o prioritách.

42 — Skutočnosť, že na účely vykonania AEC-Testu sú potrebné spoľahlivé údaje, zdôrazňuje aj Komisia v bode 25 svojho oznámenia o prioritách.

43 — Pozri v tejto súvislosti moje návrhy vo veci Solvay/Komisia (C-109/10 P, EU:C:2011:256, bod 80).

44 — Pozri body 33 až 54 vyššie.

45 — V tomto zmysle rozsudok TeliaSonera Sverige (EU:C:2011:83, bod 45 na konci).

46 — V tomto zmysle tiež bod 24 oznámenia o prioritách; pozri ďalej rozsudok Hoffmann-La Roche/Komisia (EU:C:1979:36, bod 123 *in fine*).

47 — Rozsudky France Télécom/Komisia (EU:C:2009:214, bod 105), Deutsche Telekom/Komisia (EU:C:2010:603, body 83 a 176), TeliaSonera Sverige (EU:C:2011:83, bod 24) a Post Danmark (EU:C:2012:172, body 20 a 23); podobne rozsudok British Airways/Komisia (EU:C:2007:166, bod 66).

74. Článok 82 ES preto zakazuje vykonať AEC-Test na trhu, na ktorom je vzhľadom na štruktúru trhu vylúčené, aby bol iný podnik rovnako efektívny ako ten dominantný.

75. Súhrnne možno preto konštatovať:

Článok 82 ES nevyžaduje, aby zneužívajúca povaha systému zliav poskytovaného dominantným podnikom bola preukázaná na základe analýzy cien a nákladov vo forme kritéria rovnako efektívneho konkurenta („*As-efficient-competitor*“-Test), pokiaľ zneužívajúca povaha tohto systému zliav vyplýva už z celkového posúdenia ostatných okolností konkrétneho prípadu.

Orgány a súdy zaoberajúce sa prípadmi hospodárskej súťaže sa môžu slobodne rozhodnúť, či v rámci celkového posúdenia všetkých okolností konkrétneho prípadu použijú takúto analýzu cien a nákladov, ibaže by vzhľadom na štruktúru trhu bolo vylúčené, aby bol iný podnik rovnako efektívny ako ten dominantný.

C – Otázka citeľnosti prípadných protisúťažných účinkov systému zliav (druhá otázka a druhá časť tretej otázky)

76. Vnútroštátny súd by chcel napokon prostredníctvom svojich dvoch otázok zistiť, aký „pravdepodobný a závažný“ musí byť protisúťažný účinok systému zliav dominantného podniku akým je Post Danmark, aby sa „uplatňoval článok 82 ES“. Tým istým smerom je zameraná aj druhá časť tretej otázky, v ktorej sa vnútroštátny súd pýta, či existuje požiadavka, aby bol „účinok uzavretia trhu“ takéhoto systému zliav „výrazný“.

77. Domnievam sa, že by nebolo správne, ak by bol vnútroštátny súd pri odpovedi na túto problematiku odkázaný iba na procesnú autonómiu členských štátov vo veciach dokazovania.[48] Ide tu totiž o *obsahové* požiadavky na určenie zneužitia v zmysle článku 82 ES. Tieto požiadavky majú charakter práva Únie a v celej Únii sa musia uplatňovať jednotne, aby pre všetky spoločnosti, ktoré pôsobia na vnútornom trhu, platili čo najjednotnejšie rámcové podmienky pokiaľ ide o pravidlá hospodárskej súťaže („*level playing field*“).[49]

78. Je vhodné, aby sa obe vnútroštátnym súdom uvedené aspekty, t. j. na jednej strane pravdepodobnosť protisúťažného účinku, a na druhej strane závažnosť tohto účinku, vysvetlili osobitne.

1. O pravdepodobnosti vzniku protisúťažného účinku

79. Vnútroštátny súd sa najskôr pýta, aký pravdepodobný musí byť protisúťažný účinok systému zliav dominantného podniku, aby išlo o zneužitie v zmysle článku 82 ES.

80. V tejto súvislosti treba poznamenať, že vylúčenie konkurenta vyplývajúce z takéhoto systému zliav nesmie byť čisto hypotetickej povahy.[50] Inými slovami, sporné zľavy musia byť nielen *abstraktne*, ale aj *konkrétne spôsobilé* sťažiť alebo dokonca znemožniť konkurentom dominantného podniku prístup na trh a jeho zmluvným partnerom voľbu medzi viacerými odberateľskými zdrojmi alebo obchodnými partnermi.[51]

48 — Pozri v tejto súvislosti odôvodnenie 5 nariadenia Rady (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže stanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy (Ú. v. ES L 1, s. 1; Mim. vyd. 08/002, s. 205).

49 — V súvislosti s konceptom „*level playing field*“ pozri napríklad moje návrhy vo veciach Akzo Nobel Chemicals a Akcros Chemicals/Komisia (C-550/07 P, EU:C:2010:229, bod 169), Toshiba Corporation a i. (C-17/10, EU:C:2011:552, bod 118) a KONE a i. (C-557/12, EU:C:2014:45, bod 29).

50 — V tomto zmysle rozsudky Deutsche Telekom/Komisia (EU:C:2010:603, bod 254) a TeliaSonera Sverige (EU:C:2011:83, body 66 a 67).

51 — Pozri v tejto súvislosti moje návrhy vo veci British Airways/Komisia (EU:C:2006:133, bod 73).

81. Na tieto účely v každom prípade nie je potrebné vykonať analýzu konkrétnych účinkov zliav na hospodársku súťaž, t. j. netreba preskúmať, či *skutočne* došlo k vylúčeniu konkurenta.[52] Zákaz podľa článku 82 ES totiž zahŕňa aj správania dominantných podnikov s potenciálnym protisúťažným účinkom.[53] Aj keby teda Post Danmark správne tvrdila, že sporný systém zliav v konečnom dôsledku nebol v príčinnej súvislosti s ukončením pôsobnosti spoločnosti Bring Citymail na dánskom trhu, nevylučuje to určenie zneužívajúceho správania v zmysle článku 82 ES.

82. Podľa ustálenej judikatúry je nevyhnutné, ale aj postačujúce, že sporné zľavy sú *môžu* mať vylučujúci účinok.[54] Ide o prípady, keď sa vznik tohto vylučujúceho účinku zdá byť na základe celkového posúdenia všetkých relevantných okolností konkrétneho prípadu pravdepodobnejší ako jeho absencia.[55]

83. Na účely zistenia zneužitia, ktoré je nezlučiteľné s článkom 82 ES, sa mi nezdá byť potrebné klásť latku vyššie a požadovať napríklad, aby vznik vylučujúceho účinku nastal „veľmi pravdepodobne“ alebo „osobitne pravdepodobne“, alebo aby sa dokonca musel „pripustiť bez dôvodných pochybností“.

84. Preto nesie dominantný podnik bez ohľadu na príčiny jeho dominantného postavenia na trhu osobitnú zodpovednosť za to, že jeho konanie nenaruší účinnú a neskreslenú hospodársku súťaž na vnútornom trhu.[56] Z tejto zodpovednosti vyplýva určitá povinnosť zdržanlivosti na trhu. Dominantný podnik musí preto ukončiť *všetky* obchodné postupy, pri ktorých pravdepodobne vznikne vylúčenie konkurenta, a nielen také, pri ktorých sa zdá, že akýto účinok nastane „veľmi pravdepodobne“ alebo „osobitne pravdepodobne“, alebo sa musí „pripustiť bez dôvodných pochybností“.

85. Stupeň pravdepodobnosti vzniku vylúčenia konkurenta môže mať v každom prípade účinky na mieru prípadných sankcií, napríklad na peňažné pokuty ukladané orgánmi pre hospodársku súťaž. Ich výška musí byť vždy v súlade s požiadavkami primeranosti (článok 49 ods. 3 Charty základných práv Európskej únie a článok 23 ods. 3 nariadenia č. 1/2003): čím vyššia je pravdepodobnosť vylúčenia konkurenta a čím väčšia je miera tohto účinku, tým prísnejšia je sankcia. Takáto problematika sankcií však nie je predmetom prejednávaného konania o prejudiciálnej otázke.

2. O závažnosti očakávaného protisúťažného účinku

86. Vnútroštátny súd ďalej žiada informáciu o tom, aký „závažný“ alebo „výrazný“ musí byť protisúťažný účinok systému zliav, aby sa naňho vzťahoval zákaz zneužitia článku 82 ES.

87. Tým je už napokon naznačená problematika citeľnosti prípadného obmedzenia hospodárskej súťaže spôsobeného systémami zliav dominantných podnikov. Treba objasniť, či určenie zneužitia podľa článku 82 ES predpokladá, aby obmedzenie hospodárskej súťaže vyplývajúce zo systému zliav prekročilo určitú hranicu *de minimis*.

52 — Rozsudok Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, body 68 a 79); v tom istom zmysle rozsudky Tetra Pak/Komisia (C-333/94 P, EU:C:1996:436, bod 44) a Michelin/Komisia (EU:T:2003:250, bod 239).

53 — Rozsudok TeliaSonera Sverige (EU:C:2011:83, bod 64); podobne rozsudok Post Danmark (EU:C:2012:172, bod 44), v ktorom ide o „skutočné alebo pravdepodobné vylúčenie konkurenta“.

54 — Rozsudky British Airways/Komisia (EU:C:2007:166, body 68) a Michelin/Komisia (EU:T:2003:250, bod 239).

55 — V tomto zmysle rozsudok Post Danmark (EU:C:2012:172), ktorí hovorí o „pravdepodobn[ých] škodliv[ých] následk[och] na hospodársku súťaž“ (bod 42) a o „skutočn[om] alebo pravdepodobn[om] vylúčen[í]… konkurenta“ (bod 44).

56 — Rozsudok Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia (EU:C:1983:313, bod 57); v tomto zmysle rozsudky France Télécom/Komisia (EU:C:2009:214, bod 105), Deutsche Telekom/Komisia (EU:C:2010:603, bod 176) a TeliaSonera Sverige (EU:C:2011:83, bod 24).

88. Viacerí účastníci konania zdôraznili, že pochybnosti vnútroštátneho súdu v tejto súvislosti mohli pochádzať z terminologického problému rozsudku Post Danmark z roku 2012. V záväznom dánskom znení spomínaného rozsudku sa totiž pre výraz „vylúčenie“ prekvapujúco použili slová „mærkbare virkninger“ [57], čo znamená „citeľné účinky“. Na inom mieste toho istého rozsudku sa spomína „eliminerende virkning“ [58], teda „vylučujúci účinok“, čo znie porovnateľne prísne.

89. Pohľad na znenie vo francúzskom jazyku, v ktorom bol daný rozsudok koncipovaný a prediskutovaný, je zaiste dôkazom toho, že pri výbere týchto slov v dánčine musí ísť o prekladateľskú chybu. Vo francúzštine ide totiž jednoducho o „effet d’éviction“, teda o „vylúčenie“ čo je v súlade s ostatnou judikatúrou týkajúcou sa článku 82 ES. [59]

90. Za týchto okolností slová „mærkbare virkninger“ a „eliminerende virkning“ v rozsudku Post Danmark z roku 2012 nemožno nesprávne vykladať v tom zmysle, že na systémy zliav dominantných podnikov sa vzťahuje nejaké kritérium citeľnosti alebo hranica *de minimis*. Za zneužívajúce v zmysle článku 82 ES treba skôr považovať všetky systémy zliav dominantných podnikov, ktoré môžu mať vylučujúci účinok, [60] a nielen tie, ktorých účinky na hospodársku súťaž môžu byť „závažné“ alebo „výrazné“.

91. Keďže štruktúra hospodárskej súťaže relevantného trhu je oslabená už prítomnosťou dominantného podniku, v oblasti pôsobnosti článku 82 ES môže každé dodatočné obmedzenie tejto štruktúry hospodárskej súťaže predstavovať zneužitie postavenia dominantného podniku na trhu. [61]

92. Presne v tomto zmysle Súdny dvor – približne súbežne s rozsudkom Post Danmark z roku 2012 – konštatoval, že určenie presného prahu, nad ktorý treba zľavy poskytované dominantným podnikom považovať za zneužívajúce, nie je na účely uplatnenia článku 82 ES nevyhnutné. [62] Totiž zákazníci musia mať možnosť využiť všetky stupne hospodárskej súťaže, ktoré sú na trhu možné, a konkurenti musia mať možnosť pôsobiť v normálnej súťaži na celom trhu, a nie iba na jeho časti. Ďalej úlohou dominantného podniku nie je určiť, koľko konkurencieschopných konkurentov môže pôsobiť v hospodárskej súťaži, pokiaľ ide o časť dopytu, ktorú je možné ešte ovládnuť. [63]

93. Zdá sa, že hranica *de minimis* na účely posúdenia vylučujúceho účinku obchodných postupov dominantného podniku nie je nevyhnutná aj z ďalších dvoch dôvodov: Na jednej strane musí spomínané vylúčenie, ako už bolo uvedené vyššie, [64] spočívať na presnom zohľadnení všetkých relevantných okolností konkrétneho prípadu a jeho vznik musí byť pravdepodobnejší ako jeho absencia. Na druhej strane zákaz zneužitia podľa článku 82 ES zahŕňa tak či tak len také správania, ktoré môžu ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi.

94. Oba tieto aspekty už sami osebe dostatočne vylučujú, aby zákaz zneužitia podľa článku 82 ES zahŕňal správania, ktorých protisúťažné účinky sú čisto hypotetické alebo majú úplne vedľajší význam.

57 — Rozsudok Post Danmark (EU:C:2012:172, bod 25).

58 — Rozsudok Post Danmark (EU:C:2012:172, bod 41; podobne body 17, 22, 27, 29 a 44).

59 — Pozri v tejto súvislosti bod 29 vyššie.

60 — Pozri k tomu ešte raz bod 82 vyššie.

61 — Rozsudok Hoffmann-La Roche/Komisia (EU:C:1979:36, bod 123 na konci).

62 — Rozsudok Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, body 46 a 48); podobne už rozsudok Hoffmann-La Roche/Komisia (EU:C:1979:36, bod 89), v ktorom Súdny dvor zdôrazňuje, že zneužívajúca povaha vernostných zliav „nezávisí od väčšieho alebo menšieho objemu“ dotknutých nákupov.

63 — Rozsudok Tomra Systems a i./Komisia (EU:C:2012:221, bod 42).

64 — Pozri opäť body 31, 68 a 82 až 85 vyššie.

3. Predbežný záver

95. Súhrnne možno preto konštatovať:

Odhliadnuc od požiadavky skutočného alebo potenciálneho ovplyvnenia obchodu medzi členskými štátmi účinok vylúčenia, ktorý môže byť spôsobený systémom zliav dominantného podniku, nemusí prekročiť nijakú hranicu citeľnosti (hranica *de minimis*), aby bol kvalifikovaný ako zneužitie v zmysle článku 82 ES. Stačí, ak je vznik takéhoto vylúčenia pravdepodobnejší ako jeho absencia.

VI – **Návrh**

96. Vzhľadom na predchádzajúce úvahy navrhujem Súdnemu dvoru odpovedať na otázky, ktoré položil dánsky Sø- og Handelsret, takto:

1. Systém zliav uplatňovaný dominantným podnikom má zneužívajúcu povahu v zmysle článku 82 ES, ak z celkového posúdenia všetkých okolností konkrétneho prípadu vyplýva, že zľavy sú spôsobilé viesť k hospodársky neodôvodnenému vylúčeniu konkurenta, pričom posúdiť treba predovšetkým kritériá a podmienky poskytovania zliav, prevládajúce podmienky hospodárskej súťaže na relevantnom trhu a postavenie dominantného podniku na tomto trhu.

2. Článok 82 ES nevyžaduje, aby zneužívajúca povaha takéhoto systému zliav bola preukázaná na základe analýzy cien a nákladov vo forme kritéria rovnako efektívneho konkurenta („*As-efficient-competitor*“-Test), pokiaľ zneužívajúca povaha tohto systému zliav vyplýva už z celkového posúdenia ostatných okolností konkrétneho prípadu.

   Orgány a súdy zaoberajúce sa prípadmi hospodárskej súťaže sa môžu slobodne rozhodnúť, či v rámci celkového posúdenia všetkých okolností konkrétneho prípadu použijú takúto analýzu cien a nákladov, ibaže by vzhľadom na štruktúru trhu bolo vylúčené, aby bol iný podnik rovnako efektívny ako ten dominantný.

3. Odhliadnuc od požiadavky skutočného alebo potenciálneho ovplyvnenia obchodu medzi členskými štátmi účinok vylúčenia, ktorý môže byť spôsobený systémom zliav dominantného podniku, nemusí prekročiť nijakú hranicu citeľnosti (hranica *de minimis*), aby bol kvalifikovaný ako zneužitie v zmysle článku 82 ES. Stačí, ak je vznik takéhoto účinku vylúčenia pravdepodobnejší ako jeho absencia.