Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
JULIANE KOKOTT,
predstavljeni 21. maja 2015 [1]

Zadeva C-23/14

Post Danmark A/S
proti
Konkurrencerådet(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Sø- og Handelsret (Danska))

„Konkurenca — Zloraba prevladujočega položaja (člen 82 ES) — Poštne storitve — Danski trg za razpošiljanje masovne pošte — Direktna pošta — Monopol nekdanjega državnega poštnega podjetja na pomembnem delu trga — Rabati — Učinek izrinjenja — Neobstoj praga znatnosti ali praga de minimis — Test enako učinkovitega konkurenta (test ‚as-efficient-competitor')"

I – Uvod

1. Ta postopek za sprejetje predhodne odločbe Sodišču ponovno daje priložnost, da z vidika člena 82 ES, zdaj člen 102 PDEU, podrobneje pojasni svojo sodno prakso glede zlorabe rabatov podjetij s prevladujočim položajem na trgu, katere začetki segajo več kot 40 let nazaj. [2]

2. Ta zadeva se nanaša na vprašanje, ali je dansko podjetje Post Danmark A/S v letih 2007 in 2008 zlorabilo svoj prevladujoč položaj na trgu za razpošiljanje masovne pošte prejemnikom na Danskem. Pri tem je treba v bistvu ugotoviti, ali gre v primeru družbe Post Danmark za prakso zlorabe v obliki izrinjenja, v okviru katere je odobrila do 16-odstotni rabat na razpošiljanje direktne pošte, če so njene stranke v referenčnem obdobju enega leta dosegle določene standardizirane količine oziroma promet. Pri tem je bil vsakokratni rabat odobren retroaktivno, to pomeni, da se je nanašal na vso direktno pošto, ki je bila razposlana za zadevne stranke v celotnem referenčnem obdobju.

3. Zlasti bo moralo Sodišče v tem primeru pojasniti, ali je za presojo protikonkurenčnosti sistemov rabatov v smislu člena 82 ES pravno določeno, da se opravi analiza cen in stroškov, v kateri se primerja poslovanje prevladujočega podjetja s poslovanjem enako učinkovitega konkurenta (tako imenovani test „as-efficient-competitor", skrajšano: test AEC). Poleg tega se zastavlja vprašanje, ali mora učinek izrinjenja, ki je posledica sistema rabatov prevladujočega podjetja, kako drugače preseči prag znatnosti (prag *de minimis*), da bi ga bilo mogoče opredeliti kot protikonkurenčen.

1 — Jezik izvirnika: nemščina.

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

4. V času, ko se množijo zahteve po bolj gospodarskem pristopu v evropskem konkurenčnem pravu („more economic approach“), so ta vprašanja še posebej pomembna. Pri odgovoru, katerega učinek bi moral precej presegati obravnavani primer,[3] na ta vprašanja po mojem mnenju Sodišče ne bi smelo dopustiti, da nanj vpliva duh časa ali minljivi modni trendi, temveč bi se, nasprotno, moralo spomniti na pravne podlage, na katerih temelji prepoved zlorabe prevladujočega položaja v pravu Unije.

II – Pravni okvir

5. V tem primeru je pravni okvir Unije določen s členom 82 ES (zdaj člen 102 PDEU). V danskem pravu je v členu 11 Konkurrencelov[4] nacionalna določba, ki – kolikor je tu pomembno – ustreza členu 82 ES in ki jo je v skladu s pripravljalnim gradivom k zakonu treba razlagati v skladu s členom 82 ES.

III – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

6. Postopek v glavni stvari temelji na sporu med družbo Post Danmark in danskim uradom, pristojnim za konkurenco, Konkurrenceråd.[5] Konkurrenceråd je z odločbo z dne 24. junija 2009 ugotovil, da je družba Post Danmark v letih 2007 in 2008 s sistemom rabatov za direktno reklamno pošto zlorabila prevladujoč položaj na danskem trgu za razpošiljanje masovne pošte in tako kršila člen 82 ES in člen 11 Konkurrencelov. Zato je Konkurrenceråd podjetju prepovedal, da bi še naprej uporabljalo sistem rabatov.

7. V obdobju, ki je predmet spora, so imeli tako danska država kot tudi zasebni vlagatelji deleže v družbi Post Danmark. Za podjetje je veljala zakonsko urejena obveznost zagotavljanja univerzalne storitve za določene poštne pošiljke, med njimi je bila tudi direktna pošta, in je moralo na celotnem danskem državnem ozemlju uporabljati enotne tarife. Po drugi strani je družba Post Danmark imela zakonski monopol za vse pisemske pošiljke, lažje od 50 g. S tem je bilo okrog 70 % trga za masovne pisemske pošiljke zajetih s pravico izključnosti, ki jo je imela družba Post Danmark.

8. Predložitveno sodišče obravnava trg za masovne pisemske pošiljke kot upoštevni proizvodni in geografski trg. Na tem trgu je družba Post Danmark v spornem obdobju imela približno 95-odstotni tržni delež. Pošiljke direktne pošte, to je naslovljena direktna pošta, ki se hkrati razpošlje številnim prejemnikom, so en segment tega trga za masovno pošto, v velikosti približno 12 % celotnega trga za leto 2007 in 7 % za leto 2008. Delež direktne pošte, ki ni bila zajeta z monopolom družbe Post Danmark, je bil leta 2007 približno 15 % in leta 2008 približno 9 % trga za masovno pošto.

9. Družba Bring Citymail Danmark A/S, hčerinska družba norveškega državnega podjetja Posten Norge AS, je od leta 2007 kot konkurentka družbi Post Danmark ponujala vročanje poslovnih pisem, vključno s pošiljkami direktne pošte, v Kopenhagnu in okolici ter je bila v upoštevnem obdobju edini resen konkurent družbi Post Danmark na danskem trgu za masovno pošto. Na začetku 2010 se je družba Bring Citymail zaradi velikih izgub umaknila z danskega trga. Med strankama je sporno, ali je bil ta umik posledica sistema rabatov, ki ga je takrat uporabljala družba Post Danmark za pošiljke direktne pošte.

3 — Tudi za pritožbeni postopek Intel/Komisija, ki še teče (C-413/14 P), je med drugim vprašanje o pravni nujnosti testa AEC v zvezi s sistemi rabatov zelo pomembno.

4 — Zakon o konkurenci.

5 — Svet za konkurenco.

10. Omenjeni sistem rabatov družbe Post Danmark izvira iz leta 2003. Rabati, ki so znašali od 6 % do 16 % običajne poštnine,[6] so bili standardizirani in so bili ponujeni vsem strankam po enakih in splošno dostopnih pogojih. Nanašali so se na obdobja vsakič enega leta. Pri odobritvi rabata so se med referenčnim obdobjem enega leta upoštevale vse pri družbi Post Danmark oddane pošiljke v obsegu vsakič vsaj 3000 pisem. Sistem rabatov pri tem ni razlikoval, ali so bile pošiljke zajete z monopolom družbe Post Danmark, ali pa je na zadevnem področju dejavna konkurenca.

11. Pogoj za dosego prvega praga rabata, ki je določal 6-odstotni popust, je bil, da stranka med referenčnim obdobjem da razdeliti vsaj 30.000 pisem oziroma mora vrednost poštnine njenih pošiljk znašati vsaj 300.000 DKK bruto. Na lestvici, ki jo je uporabljala družba Post Danmark, je bilo določenih še osem stopenj rabata.[7] Prvih sedem stopenj rabata se je povišalo vsakič za eno odstotno točko, zadnji dve stopnji rabata pa vsakič za dve odstotni točki, dokler ni bila dosežena najvišja stopnja rabata 16 %. Razdelitev na stopnjo odobrenih rabatov je vplivala predvsem na srednje velike stranke, medtem ko so velike stranke tako in tako glede na njihovo velikost naročila redno dosegale najvišjo stopnjo rabata.

12. V praksi se je sistem rabatov izvajal tako, da se je cena za vsako stranko začasno določila na začetku vsakega referenčnega leta glede na količino, ki jo bo ta med vsakim letom predvidoma dosegla. Na koncu referenčnega leta so se nato – retroaktivno – prilagodile vse cene na podlagi pisem, ki so bila med letom dejansko poslana za to stranko. To je lahko pomenilo, da je morala stranka družbi Post Danmark vrniti presežek, če je bila dejanska količina naročila manjša od napovedane in je bil torej na začetku leta vnaprej izračunan in priznan višji rabat.

13. Konkurrenceråd je menil, da gre pri uporabi opisanega sistema rabatov za zlorabo prevladujočega položaja. Zaradi načina priznanja rabata naj bi bile stranke vezane na družbo Post Danmark in tako naj bi bil trg za masovno pošto na škodo trenutnih in potencialnih konkurentov zaprt, ne da bi potrošniki pri tem imeli prednosti z vidika učinkovitosti, ki bi lahko odtehtale učinke omejevanja konkurence.

14. V okviru svoje presoje se je Konkurrenceråd odpovedal analizi cen in stroškov s testom AEC. Ta naj bi bil kot merilo za presojo neprimeren, saj zaradi posebnih danosti na danskem trgu poštnih storitev sploh ni moglo biti enako učinkovitega konkurenta. V utemeljitev svoje domneve zlorabe se je urad za konkurenco oprl na poseben položaj družbe Post Danmark na upoštevnem trgu, zaradi katerega je podjetje neizogibni trgovinski partner. Poleg tega je Konkurrenceråd opozoril, med drugim, na obstoj ovir za vstop na trg ter na konkretno obliko sistema rabatov, zlasti na njegovo retroaktivnost glede na referenčno obdobje enega leta, obseg popusta v višini do 16 % in preiskavo dejanskega položaja odjemalca v okviru razdelitve rabatov po stopnjah.

15. Konkurrenceankenævn[8] je s sklepom z dne 10. maja 2010 potrdil odločitev Konkurrenceråd. Zoper to je družba Post Danmark 1. julija 2010 vložila tožbo pri danskem Sø- og Handelsret,[9] to je predložitvenim sodiščem. Družba Bring Citymail Danmark se je postopka o glavni stvari udeležila kot intervenientka na strani Konkurrenceråd.

6 — Po podatkih družbe Post Danmark je odobreni rabat v povprečju znašal 10,6 %.

7 — Ostali pragovi rabatov so bili 75.000, 150.000, 300.000, 500.000, 750.000, 1.000.000, 1.500.000 in 2.000.000 pošiljk oziroma v primeru bruto vrednosti vsaj 750.000, 1.500.000, 3.000.000, 5.000.000, 7.500.000, 10.000.000, 15.000.000 in 20.000.000 DKK.

8 — Pritožbeni organ v zadevah v zvezi s konkurenco.

9 — Pomorsko in gospodarsko sodišče.

IV – Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

16. Sø- og Handelsret je s sklepom z dne 8. januarja 2014, ki je prispel 16. januarja 2014, Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja za predhodno odločanje:

1. Katere smernice je treba uporabiti pri odločanju, ali to, da prevladujoče podjetje uporablja sistem rabatov s standardiziranim količinskim pragom z značilnostmi, navedenimi v […] predlogu za sprejetje predhodne odločbe, pomeni zlorabo prevladujočega položaja v nasprotju s členom 82 Pogodbe ES?

   Sodišče se naproša, naj v svojem odgovoru pojasni, kakšen pomen pri presoji zadeve ima to, ali so količinski pragi v sistemu rabatov določeni tako, da se sistem rabatov nanaša na večino kupcev na trgu.

   Sodišče se poleg tega naproša, naj v svojem odgovoru pojasni, kakšen pomen, če sploh, imajo cene in stroški prevladujočega podjetja na presojo takšnega sistema rabatov v skladu s členom 82 Pogodbe ES (upoštevnost testa „enako učinkovitega konkurenta“).

   Sodišče se hkrati naproša, naj pojasni, kakšen pomen imajo v zvezi s tem značilnosti trga, vključno s tem, ali lahko značilnosti trga upravičijo omejevalni učinek, ki ga dokazujejo preizkusi in analize, ki niso test „enako učinkovitega konkurenta“ (v zvezi s tem glej odstavek 24 sporočila Komisije o uporabi člena 82 Pogodbe ES).

2. Kako verjeten in resen mora biti protikonkurenčni učinek sistema rabatov z značilnostmi, navedenimi v […] predlogu za sprejetje predhodne odločbe, da se uporabi člen 82 Pogodbe ES?

3. Ob upoštevanju odgovorov na prvo in drugo vprašanje, katere posebne okoliščine mora nacionalno sodišče upoštevati pri presoji, ali v okoliščinah, ki so navedene v predlogu za sprejetje predhodne odločbe (značilnosti trga in sistema rabatov), sistem rabatov ima oziroma bi lahko imel v tem primeru takšen omejevalni učinek, da pomeni zlorabo iz člena 82 Pogodbe ES?

   Ali mora biti v zvezi s tem omejevalni učinek znaten?

17. V postopku za sprejetje predhodne odločbe so poleg družb Post Danmark in Bring Citymail pri Sodišču svoja pisna stališča predložili Kraljevina Danska, Zvezna republika Nemčija, Evropska komisija in Nadzorni organ EFTA. Razen Nemčije so bili isti udeleženci navzoči na obravnavi 26. marca 2015.

V – Presoja

18. Sø- og Handelsret želi s svojim obsežnim seznamom vprašanj v bistvu izvedeti, katera merila ali „smernice“ v okviru člena 82 ES je treba uporabiti za presojo sistemov rabatov prevladujočih podjetij. Predložitveno sodišče želi zlasti pridobiti informacijo o tem, ali je izvedba testa AEC za ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja pravno določena in ali pri presoji učinka izrinjenja, ki verjetno izhaja iz sistema rabatov, velja prag znatnosti (prag *de minimis*).

19. Ta vprašanja se zastavljajo glede na sistem rabatov družbe Post Danmark, za katerega je bilo med drugim značilno naslednje:

— Sistem rabatov je temeljil na standardiziranih splošno veljavnih pogojih, imel je devet stopenj rabatov s popusti od 6 % do 16 %, nanašal se je na referenčno obdobje enega leta in je bil retroaktiven.

— Sistem rabatov se je uporabljal na trgu, na katerem je imela družba Post Danmark 95-odstotni tržni delež in je bilo več kot 70 % pisem, ki jih je bilo treba razposlati, zajetih s zakonskim monopolom podjetja; obstajale so znatne ovire za vstop na trg, družba Post Danmark je imela strukturne prednosti, družba Bring Citymail pa je bila s časovnega vidika občutno manjši konkurent samo na enem delu geografskega območja trga.

20. Pri odgovoru na ta predlog za sprejetje predhodne odločbe se je treba opreti na prepoved zlorabe prevladujočega položaja v različici pred začetkom veljavnosti Lizbonske pogodbe, saj je predmet postopka o glavni stvari uporaba sistema rabatov v letih 2007 in 2008, pa tudi sporna odločba danskega urada, pristojnega za konkurenco, je bila izdana junija 2009. Seveda pa je mogoče ugotovitve v zvezi s členom 82 ES brez težav prenesti na vsebinsko enak člen 102 PDEU.

21. Ker se posamezna vprašanja za predhodno odločanje deloma precej prekrivajo, je priporočljivo nanje odgovoriti v drugačnem vrstnem redu in pri tem zaporedoma obravnavati različna pravna vprašanja, ki se obravnavajo v predložitvenem sklepu.

A – *Merila za presojo sistemov rabatov prevladujočih podjetij*

1. Splošno (prvi del prvega vprašanja)

22. S prvim delom prvega vprašanja se predložitveno sodišče usmeri k splošnim pravnim zapovedim, ki v skladu s členom 82 ES veljajo za presojo sistemov rabatov prevladujočih podjetij.

23. Na prvi pogled se zdi presenetljivo domnevati, da bi bilo mogoče rabate prevladujočih podjetij, ki so sicer cenovna prednost za njihove stranke, v skladu s členom 82 ES šteti za zlorabo.

24. Vendar je treba premisliti, da je konkurenca na upoštevnem trgu oslabljena ravno z navzočnostjo prevladujočega podjetja.[10] Zato ima to podjetje – neodvisno od vzrokov prevladujočega položaja – posebno odgovornost, da s svojim ravnanjem ne ogroža dejanske in neizkrivljene konkurence na skupnem trgu.[11]

25. Temu primerno se za prevladujoče podjetje na področju uporabe člena 82 uporabljajo določene omejitve, ki v taki obliki ne veljajo za druga podjetja. Pri praksi, ki v normalnih konkurenčnih pogojih ne bi bila sporna, gre lahko za zlorabo, če jo izvaja podjetje, ki ima prevladujoč položaj.[12] Zlasti ni mogoče vsake cenovne konkurence, po kateri poseže podjetje, ki ima prevladujoč položaj, šteti za dopustno.[13]

26. Kot je Komisija pravilno pripomnila, se lahko za rabati, ki jih odobrijo tisti s prevladujočim položajem, včasih skrivajo protikonkurenčne prakse, ki so samo na prvi pogled izraz posebno ugodne ponudbe na trgu, pri podrobnejši obravnavi pa imajo le malo skupnega z zares nizkimi cenami in lahko precej škodijo konkurenci.

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

11 — Sodba Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, točka 57); v enakem smislu sodbe France Télécom/Komisija (C-202/07 P, EU:C:2009:214, točka 105), Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, točka 176) in TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, točka 24).

12 — Sodba Compagnie maritime belge transports in drugi/Komisija (C-395/96 P in C-396/96 P, EU:C:2000:132, točka 131).

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

27. Sicer se sistema rabatov prevladujočih podjetij ne drži splošna domneva o zlorabi, ki bi jo moralo to podjetje ovreči. Vendar je pri takih rabatih razmejitev legitimne konkurence na podlagi prednosti na eni strani in protikonkurenčno poslovno prakso na drugi strani občutljivo vprašanje, ki zahteva skrben preizkus.

28. V sodni praksi [14] je priznano, da čisti količinski rabati, ki so odvisni izključno od obsega opravljenih nakupov, v običajnem primeru ne povzročijo nobenih protikonkurenčnih učinkov, tako da ne gre za zlorabe, čeprav jih prizna prevladujoče podjetje. Če povečanje dobavljene količine pomeni nižji strošek za dobavitelja, ima ta namreč pravico, da to znižanje prenese na svojo stranko, tako da ji ponudi ugodnejšo ceno. V nasprotju s tem pa so v smislu člena 82 ES zlorabe praviloma rabati za zvestobo ali ciljni rabati, s katerimi prevladujoča podjetja poskušajo nase vezati lastne stranke in privabiti stranke svojih konkurentov.

29. Nazadnje pa v skladu s členom 82 ES za presojo sistema rabatov prevladujočega podjetja ni odločilno, ali je ta sistem mogoče pripisati običajni kategoriji – zlasti količinskim rabatom ali rabatom za zvestobo. Nasprotno, odločilno je, ali je namen teh rabatov, da se z dodelitvijo ugodnosti, ki ne temelji na nobeni gospodarski storitvi, zaradi katere bi bila upravičena, kupcu odvzame ali omeji možnost izbire oskrbovalnih virov, konkurentom prepreči dostop do trga ali se z izkrivljanjem konkurence okrepi prevladujoči položaj. [15] Če skrajšam, gre torej za to, ali prevladujoče podjetje prizna rabate, ki imajo lahko učinek izrinjenja na upoštevnem trgu, ki pa ni gospodarsko upravičen – na primer s prenosom prihranka v ceni na stranke. [16] Poleg tega še posebej člen 82(2)(c) ES prevladujočim podjetjem prepoveduje tudi priznanje diskriminatornih rabatov, s katerimi se trgovinskim partnerjem za enakovredne storitve naložijo neenaki pogoji. [17]

30. V obravnavanem primeru pa ni nobenih indicev, da bi bil sistem rabatov, ki ga je v praksi uporabljala družba Post Danmark, diskriminatoren glede na njegove standardizirane in splošno veljavne pogoje. Zato so nacionalni organi, ki so obravnavali spor o glavni stvari, pravilno usmerili svojo pozornost na vprašanje, ali je mogoče, da lahko iz sistema rabatov družbe Post Danmark izhaja gospodarsko neupravičen učinek izrinjenja.

31. Ali bi lahko rabati, ki jih je odobrilo prevladujoče podjetje, imeli tak učinek izrinjenja, je treba preizkusiti na podlagi celovite presoje vseh upoštevnih okoliščin posameznega primera [18] (glej v zvezi s tem moje navedbe v točkah 2 in 3).

32. Pri tem je samoumevno, da niti želje prevladujočega podjetja, da ustvari več prometa, niti njegovega prizadevanja, da boljše načrtuje svoje poslovanje, ni mogoče šteti za gospodarsko utemeljitev priznanja rabatov, če lahko povzročijo učinek izrinjenja. [19]

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

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

16 — Sodba British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točki 68 in 69).

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

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

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

2. Okoliščine, ki jih je treba upoštevati pri presoji sistemov rabatov (prvi del tretjega vprašanja in zadnji del prvega vprašanja)

33. Katere okoliščine konkretno je treba upoštevati pri presoji morebitnega učinka izrinjenja sistemov rabatov prevladujočih podjetij v skladu s členom 82 ES, je predmet prvega dela tretjega in zadnjega dela prvega vprašanja za predhodno odločanje.

34. Splošno veljavno, taksativno naštevanje vseh okoliščin, ki jih je treba upoštevati v okviru člena 82 ES, seveda ni mogoče, saj ima lahko vsak trg in vsak sistem rabatov svoje posebnosti. Kljub temu je mogoče predložitvenemu sodišču glede na dejansko stanje v postopku v glavni stvari, opisano v predložitvenem sklepu, dati smiselne napotke, ki bi mu morali olajšati njegovo odločitev v zadevi.

35. V skladu z ustaljeno sodno prakso so za presojo sistema rabatov glede na člen 82 ES bistvena zlasti merila in pogoji za priznanje rabatov [20] (glej v zvezi s tem tudi oddelek a). Vendar kot je mogoče sklepati iz besede „zlasti“, ki ga je uporabilo Sodišče, so lahko poleg tega pomembni tudi drugi dejavniki, zlasti pogoji konkurence, ki prevladujejo na upoštevnem trgu, in s tem tesno povezan položaj prevladujočega podjetja na tem trgu (glej spodaj, oddelek b).

a) Merila in pogoji za priznanje rabata

36. Kar zadeva najprej merila in pogoje za priznanje rabata, je mogoče o zlorabi sistema rabatov govoriti takrat, če ta – kot je sporni sistem rabatov družbe Post Danmark – nima nobenega naraščajočega učinka, tako da doseganje vsakega novega praga rabata ne pripelje samo do popusta pri ceni za vsa dodatno oddana naročila, ampak se ugotovi retroaktivno in torej naknadno poceni tudi vsa naročila, ki so že bila dana v referenčnem obdobju. [21]

37. Na ta način lahko namreč že sorazmerno majhne spremembe – ne glede na to, ali gre za zvišanje ali za znižanje – prodaje izdelkov podjetja, ki ima prevladujoč položaj, nesorazmerno vplivajo na vsakokratnega pogodbenika. [22] Temu primerno tak sistem rabatov povzroči redno učinek spodbujanja zvestobe, ki ga je mogoče opisati tudi kot učinek krepitve zvestobe. Prevladujočemu podjetju olajša, da svoje stranke veže nase, stranke svojih konkurentov pa privabi in si torej nazadnje na upoštevnem trgu pripoji sporni del povpraševanja. [23]

38. Seveda je ta učinek krepitve zvestobe toliko večji, kolikor višji so priznani rabati in kolikor daljše je referenčno obdobje, na katero se retroaktivno nanašajo rabati, ko se doseže vsak nov prag rabatov. Če se, tako kot tu, priznajo razmeroma visoki rabati od 6 % do 16 % in to retroaktivno za razmeroma dolgo referenčno obdobje enega leta, [24] to kaže na močan učinek krepitve zvestobe. Ta učinek krepitve zvestobe se v tem primeru še okrepi s tem, da so rabati veljali brez razlike za sporni del in za nesporni del povpraševanja, torej zlasti za pisma do 50 g, ki so zajeta z zakonskim monopolom družbe Post Danmark.

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

21 — V tem smislu sodbe Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, točka 81), British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 73) in Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 75).

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

23 — Sodba Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 79).

24 — Glede dolžine referenčnega obdobja glej na primer sodbo Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, točka 81).

39. Če se lahko prevladujočemu podjetju poleg tega dokaže namen izrinjenja, je to pomemben dodaten indic za zlorabo sistema rabatov, ki ga je uporabljalo v praksi.[25] Vsekakor tak namen ali strategija izrinjenja ni nujen pogoj, da bi se ugotovila kršitev člena 82 ES, saj je zloraba prevladujočega položaja na trgu objektiven pojem.[26] Okoliščina, da družba Post Danmark v obravnavanem primeru zatrjuje, da ni ravnala z namenom izrinjenja, torej niti najmanj ne ščiti podjetja pred ugotovitvijo zlorabe v smislu člena 82 ES.

40. Če gre za diskriminacijo med trgovinskimi partnerji v smislu člena 82(2)(c) ES, je sicer to, da gre pri rabatih prevladujočega podjetja za zlorabo, še posebej očitno. Pri sistemu rabatov lahko gre za zlorabo v smislu člena 82 ES, tudi če pripelje do protikonkurenčnih učinkov izrinjenja na trgu brez diskriminatornih elementov.[27] Nadzorni organ EFTA je v zvezi s tem pravilno poudaril, da gre manj za razlikovanje med individualiziranimi in standardiziranimi rabati in bolj za preizkus tega, ali lahko konkretno posamezen sistem rabatov povzroči učinke izrinjenja na trgu.

41. Končno to, da se strankam zaračunavajo „negativne cene“, torej cene, ki so nižje od stroškov, *ni* prvi pogoj za ugotovitev, da sistem retroaktivnih rabatov podjetja s prevladujočim položajem pomeni zlorabo.[28] Prevladujoče podjetje lahko namreč zaradi občutno višjega prometa praviloma kljub priznanju precejšnjih rabatov pokrije stroške. Torej lahko s svojimi rabati izzove učinek izrinjenja, ne da bi nujno samo zdrsnilo v izgube.

b) Pogoji konkurence, ki prevladujejo na upoštevnem trgu, in položaj prevladujočega podjetja na tem trgu

42. Kar torej zadeva prevladujoče pogoje konkurence in položaj prevladujočega podjetja na upoštevnem trgu, bo morebitni protikonkurenčni učinek izrinjenja sistema rabatov toliko verjetnejši in pomenljiv, kolikor močnejše je prevladujoče podjetje na upoštevnem trgu in kolikor šibkejši je položaj njegovih trenutnih ali potencialnih konkurentov. Pri tem je treba poleg tržnih deležev prevladujočega podjetja in njegovih konkurentov upoštevati tudi izvor prevladujočega položaja glavnega igralca in morda obstoječega zakonskega monopola, ki ga ta ima na celotnem trgu ali njegovem delu.[29]

43. V obravnavanem primeru je imela družba Post Danmark kot nekdanje državno poštno podjetje po ugotovitvah iz predložitvenega sklepa velik 95-odstotni tržni delež na danskem trgu za masovno pošto, medtem ko je imela družba Bring Citymail zgolj približno 5 %.

44. Tako zelo velika razlika med tržnim deležem prevladujočega podjetja in konkurenčnega podjetja lahko okrepi nastop učinkov izrinjenja, saj v takih okoliščinah konkurenti prevladujočega podjetja tega posebej težko premagajo z rabati, ki temeljijo na celotni količini prodaj.[30]

45. Poleg tega je bilo 70 % tega trga predmet monopola, ki ga je imela družba Post Danmark na podlagi zakona – torej monopola za pisma do 50 g – in je bilo torej vnaprej zaprtih za konkurenco. Dalje je bila družba Bring Citymail edini resen konkurent družbe Post Danmark, ki je bila dejavna samo na enem geografskem delu trga, namreč na širšem območju Köbenhavna, medtem ko je imela družba Post Danmark močno distribucijsko mrežo po vsej državi.

25 — V tem smislu sodba Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točki 20 in 21).

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

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

28 — Sodba Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 73).

29 — V tem smislu že sodba Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, točka 23 na koncu).

30 — Sodbe Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, točka 82), British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 75) in moji sklepni predlogi v zadnjenavedeni zadevi (EU:C:2006:133, točka 52).

46. Vse to kaže na to, da je bila družba Post Danmark glede na svoj izstopajoč položaj na trgu neizogiben trgovinski partner in da so imeli rabati, ki jih je uporabljala, znaten potencial izrinjenja.[31] Ta vtis se okrepi, če se pozornost usmeri še na nekatere strukturne elemente, ki zaznamujejo upoštevni trg.

47. Kot sem že poudarila, je za trg, kot je danski trg za masovno pošto, značilno opravljanje storitev, ki so vezane ne mrežo. Za učinkovito gospodarjenje in da bi lahko opravil storitve, ki jih stranke pričakujejo, mora imeti ponudnik na takem trgu kar največjo distribucijsko mrežo. Druga stran medalje je, kot je bilo ugotovljeno tudi v predložitvenem sklepu, da so za tak trg ekonomsko gledano značilne visoka ekonomija obsega in visoke vstopne ovire, ki konkurentom prevladujočega podjetja otežujejo, da se uveljavi na trgu in konkurira temu podjetju pri spornem delu povpraševanja.

48. Poleg tega lahko pri presoji morebitnih učinkov izrinjenja sistemov rabatov prevladujočega podjetja igra vlogo, koliko so stranke na upoštevnem trgu pripravljene na menjavo in kakšen delež svojih potreb bi sploh lahko pokrile pri konkurentih prevladujočega podjetja, ne da bi utrpele izgube rabatov.

49. V zvezi s tem je bilo v postopku v glavni stvari ugotovljeno, da bi za zadevne stranke pri dveh tretjinah pisemskih pošiljk, ki so odprte za konkurenco, prišla v poštev zamenjava družbe Post Danmark z drugim ponudnikom poštnih storitev samo z izgubo rabatov. To kaže na velik potencial izrinjenja, ki ga ima sistem rabatov družbe Post Danmark.

50. Konec koncev obstajajo torej v obravnavanem primeru glede na pogoje konkurence na upoštevnem trgu in položaj prevladujočega podjetja na tem trgu pomembni indici, da je sistem rabatov, kot je sistem rabatov družbe Post Danmark, lahko imel pomembne učinke izrinjenja.

3. Širok vpliv sistema rabatov (drugi del prvega vprašanja)

51. Drugi del prvega vprašanja za predhodno odločanje je namenjen širokemu vplivu sistema rabatov, kot je ta, ki ga je uporabljala družba Post Danmark. Predložitveno sodišče želi vedeti, kakšen pomen ima to, da sistem rabatov glede na standardizacijo posameznih stopenj rabatov (v predložitvenem sklepu označene kot „količinski pragi“) ni prilagojen posameznim strankam, temveč se uporablja za večino strank na trgu, za pravno presojo v skladu s členom 82 ES.

52. Kot je Sodišče že zgodaj ugotovilo, je število pogodb, za katere se uporabijo rabati, ki jih prizna prevladujoče podjetje, in torej nazadnje število zadevnih strank, za pravno presojo teh rabatov v skladu s členom 82 ES nepomembno.[32]

53. Zato okoliščina, da se sistem rabatov nanaša na številne stranke ali vsaj večino strank na trgu in ima torej ta sistem širok vpliv, še nič ne pove o tem, ali bi lahko pomenil zlorabo v smislu člena 82 ES.

54. Če pa naj bi tak sistem rabatov lahko imel učinek krepitve zvestobe v korist prevladujočega podjetja, lahko to, da zajema številne stranke in velik del spornega povpraševanja na trgu, pripelje do tega, da so dejanski ali potencialni učinki izrinjenja hujši kot pri sistemih rabatov z ne tako širokim vplivom. Na to je pravilno opozorilo več strank v postopku.

31 — Posebej v zvezi z zahtevanim upoštevanjem položaja prevladujočega podjetja kot neizogibnega trgovinskega partnerja glej sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 41) in Compagnie maritime belge transports in drugi/Komisija (C-395/96 P in C-396/96 P, EU:C:2000:132, točka 132).

32 — Sodba Suiker Unie in drugi/Komisija (od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 in 114/73, EU:C:1975:174, točka 511).

4. Vmesni predlog

55. Če povzamem, je treba torej ugotoviti:

Sistem rabatov, ki ga uporablja prevladujoče podjetje, pomeni zlorabo v smislu člena 82 ES, če iz celovite presoje vseh okoliščin posameznega primera izhaja, da imajo rabati lahko učinek izrinjenja, ki gospodarsko ni upravičen, pri čemer je treba presojati zlasti merila in pogoje za priznanje rabatov, pogoje konkurence, ki prevladujejo na upoštevnem trgu, in položaj prevladujočega podjetja na tem trgu.

B – *Pomen testa enako učinkovitega konkurenta (test „as-efficient-competitor“ ali test AEC) (tretji del prvega vprašanja)*

56. Tretji in zadnji del prvega vprašanja za predhodno odločanje se posveti posebej testu AEC. V okviru navedenega testa se poskuša na podlagi primerjave cen in stroškov [33] sklepati, ali lahko konkurent, ki je enako učinkovit kot prevladujoče podjetje, temu podjetju konkurira, ali pa nasprotno politika rabatov prevladujočega podjetja pripelje do protikonkurenčnih učinkov izrinjenja na upoštevnem trgu.

57. Predložitveno sodišče sprašuje, ali ugotovitev, da gre pri sistemu rabatov za zlorabo prevladujočega položaja, po pravu predpostavlja izvedbo testa AEC, in če ni tako, na podlagi katerih drugih okoliščin je mogoče, odvisno od primera, sklepati o tem, da gre pri tem sistemu rabatov za zlorabo.

58. Ta podvprašanja je treba obravnavati glede na sporočilo Komisije iz leta 2009, [34] v katerem je kot organ, pristojen za konkurenco, oznanila svoje prednostne naloge pri uporabi člena 82 ES. Predložitveno sodišče se tu izrecno sklicuje na navedeno Sporočilo o prednostnih nalogah.

59. Komisija je v svojem Sporočilu o prednostnih nalogah naznanila, da bo ukrepala zoper izključevalna ravnanja na podlagi cene načeloma le tedaj, če lahko ravnanje prevladujočega podjetja ovira konkurenčno delovanje drugega, prav tako učinkovitega konkurenta (v angleščini: „as efficient competitor“) ali če je takšno ravnanje konkurenčno delovanje konkurentov že oviralo. [35] Da bi Komisija to ugotovila, se je obvezala, da bo v zvezi z izključevalnimi ravnanji na podlagi cene običajno izvedla test AEC.

60. Vendar seveda ta upravna praksa Komisije nikakor ni zavezujoča za nacionalne organe, pristojne za konkurenco, in sodišča. To izhaja na eni strani iz besedila Sporočila o prednostnih nalogah, v katerem je navedeno, da njegov namen „ni, da bi bilo pravno besedilo“, [36] in na drugi strani iz ustaljene sodne prakse v zvezi s tovrstnimi izjavami Komisije. [37] Čeprav nič ne preprečuje nacionalnim organom, da bi po vzoru Komisije uporabili test AEC, so pravno gledano vendarle vezani zgolj na določbe, ki izhajajo iz člena 82 ES. Naloga našega sodišča pa je, da te določbe razdela.

33 — Obravnavajo se povprečni izogibni stroški prevladujočega podjetja, njegovi dolgoročni povprečni mejni stroški ter cena, ki bi jo moral konkurent prevladujočega podjetja ponuditi svojim strankam, da bi jih odškodoval za izgubo rabata, ki jim ga je priznalo navedeno podjetje.

34 — Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorabljajo svoj položaj (UL C 45, str. 7), v nadaljevanju: Sporočilo o prednostnih nalogah.

35 — Točka 23 Sporočila o prednostnih nalogah. Pri tem moram opozoriti, da nemško besedilo tega odlomka Sporočila o prednostnih nalogah, in sicer „daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen“ zgolj nepopolno zrcali pravne določbe, v skladu s katerimi ni treba dokazovati dejanskih protikonkurenčnih učinkov (sodbi British Airways/Komisija, C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 68, in Tomra Systems in drugi/Komisija, C-549/10 P, EU:C:2012:221, točki 68 in 79). S pravnim okvirom, ki izhaja iz člena 82 ES (člen 102 PDEU), se zdita bolj združljivi angleška („has already been or is capable of hampering competition“) in francoska različica („ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence“).

36 — Točka 3 Sporočila o prednostnih nalogah.

37 — Sodbi Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, točka 21) in Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, točki 29 in 31).

61. Menim, da iz člena 82 ES ni mogoče izpeljati *nobene* pravne obveznosti, da je treba ugotovitev, da gre pri sistemu rabatov prevladujočega podjetja za zlorabo, vedno opreti na analizo cene in stroškov, kot je test AEC.

62. Sicer je res, da je Sodišče v zvezi z drugimi cenovnimi praksami, ki niso rabati, občasno zahtevalo izvedbo testa AEC, pri čemer je poudarilo, da člen 82 ES podjetju s prevladujočim položajem prepoveduje *zlasti* izvajanje praks, ki imajo učinek izrinjenja *njegovih konkurentov, za katere se šteje, da so prav tako učinkoviti kot to podjetje*.[38]

63. Vendar pa iz te sodne prakse ni mogoče razbrati absolutne zahteve, da je treba pri konkurenčnopravni presoji izključevalnih ravnanj na podlagi cene vedno izvesti test AEC. Prvič, nanaša se posebej na cenovne prakse prevladujočih podjetij, kot je na primer politika nizkih cen (na primer ponujena nižja cena, s katero se ustvari izguba) ali zbijanje marž s cenovnimi škarjami, ki se že po svoji naravi nanašajo na strukturo stroškov zadevnega podjetja. Drugič, iz besede „zlasti“ (francosko: „notamment“),[39] ki jo je izbralo Sodišče, je mogoče jasno razbrati, da zlorabe prevladujočega položaja ni mogoče domnevati, samo če pride do učinka izrinjenja za podjetje, ki je prav tako učinkovito kot prevladujoče podjetje.

64. Kar zadeva posebej sistem rabatov prevladujočega podjetja, Sodišče ugotovitve, da gre v njihovem primeru za zlorabo v smislu člena 82 ES, do sedaj še ni pogojevalo z analizo cene in stroškov. Nasprotno je v zvezi z navedenimi sistemi rabatov do konca presodilo, da to, da se ni primerjalo cen s stroški, ne pomeni napačne uporabe prava.[40] Sodišče bi se moralo tega držati tudi v obravnavanem primeru.

65. Gotovo bi si bilo teoretično mogoče predstavljati, da se ugotovitev, da gre za izključevalna ravnanja na podlagi cene, na splošno pogojuje z izvedbo testa AEC in da se torej navedeni test predpiše tudi za sisteme rabatov prevladujočih podjetij. Vendar taka razširitev sodne prakse v zvezi s členom 82 ES prinaša dvome iz več razlogov.

66. Prvič, dodana vrednost zapletenih ekonomskih analiz ni vedno očitna in lahko pripelje do nesorazmerne obremenitve virov organov, pristojnih za konkurenco, in sodišč, ki jih nato drugje zmanjka za učinkovito izvajanje pravil konkurence. Uporabljena metoda je lahko – kakor na primerih dokazujejo družbi Post Danmark in Bring Citymail ter danska vlada pred Sodiščem – povod za znatne razlike v mnenjih.[41] Ne glede na to pa podatki, ki so na voljo kot podlaga, niso vedno zanesljivi[42] in predpostavljajo, da je prevladujoče podjetje resnično pripravljeno sodelovati z organi, pristojnimi za konkurenco, ter sodišči, ki pa – kot je poudarila nemška vlada – ni vedno zajamčeno.

67. Drugič, posvariti je treba pred napačno predstavo, da bi se lahko problematika izključujočih ravnanj na podlagi cen enostavno in pravno varno rešila z neko vrsto matematične formule zgolj na podlagi cen in stroškov zadevnega podjetja. Kot sem že navedla: Podatke podjetja je pogosto mogoče raznoliko razlagati.

38 — Sodba Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, točka 25); glej poleg tega sodbi Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, zlasti točke 177, 183, 196, 203 in 254) in TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, zlasti točke 67, 73 in 94); tudi v sodbi AKZO/Komisija (C-62/86, EU:C:1991:286, zlasti točki 71 in 72) se med drugim sklicuje na analizo cene in stroškov.

39 — Sodbi Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, točka 25) in Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, točka 177, pri čemer se tam v nemški različici za francoski izraz „notamment“ uporabi izraz „u. a.“).

40 — Sodba Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 80; glej še točko 73).

41 — Da izid testa AEC ni vedno jasen, domneva tudi Komisija v točki 25 Sporočila o prednostnih nalogah.

42 — Da morajo biti za test AEC na voljo zanesljivi podatki, poudarja tudi Komisija v točki 25 svojega Sporočila o prednostnih nalogah.

68. Vendar pa ugotovitev zlorabe v okviru člena 82 ES in tudi v drugih povezavah vedno predpostavlja vrednostno obravnavo ob upoštevanju vseh upoštevnih okoliščin posameznega primera, v okviru katere se ne sme zadovoljiti zgolj z obravnavo cen in stroškov. Nasprotno, številni drugi dejavniki, predvsem konkretna struktura sistema rabatov ter določene posebnosti trga, na katerem prevladujoče podjetje posluje, so tudi lahko pomembni za ugotovitev zlorabe; lahko imajo še večjo sporočilnost kot analiza cen in stroškov.

69. Opiranje na vse upoštevne okoliščine posameznega primera ter možnost objektivne utemeljitve poslovanja prevladujočega podjetja zadostujejo, da se pri pravnih zahtevah po ugotovitvi zlorabe v smislu člena 82 ES ne spregleda gospodarske stvarnosti. [43]

70. Če se že pri celoviti presoji vseh okoliščin posameznega primera, ki sem jih podrobneje obravnavala zgoraj, [44] izkaže, da gre pri sistemu rabatov prevladujočega podjetja za zlorabo, tako pravno gledano ni nobene potrebe po izvedbi analize cen in stroškov v stilu testa AEC.

71. A fortiori, v skladu s členom 82 ES ne more obstajati nobena pravna obveznost izvedbe testa AEC, če je glede na strukturo trga izključeno, da je drugo podjetje prav tako lahko učinkovito kot prevladujoče podjetje. Vzrok so lahko posebni pogoji konkurence upoštevnega trga (na primer, ker so za ta trg – tako kot tu – značilne visoke vstopne ovire, visoka ekonomija obsega in/ali storitve, ki so vezane na mrežo) ali pa to, da je višino stroškov podjetja s prevladujočim položajem mogoče pripisati ravno položaju konkurenčne prednosti, na katerem temelji njegov prevladujoči položaj. [45]

72. V tovrstnih primerih že od začetka ne bi imelo nobenega smisla, da bi se z neko vrste analizo cen in stroškov preizkusilo, ali je za sistem rabatov prevladujočega podjetja značilen učinek izrinjenja popolnoma hipotetičnega in enako učinkovitega konkurenta. Saj če ne more biti prav nobenega enako učinkovitega konkurenta, kot je prevladujoče podjetje, potem niti na podlagi testa AEC ni mogoče zanesljivo sklepati, ali lahko na trgu pride do učinkov izrinjenja ali ne.

73. Ravno nasprotno pa se na trgu, na katerem je konkurenca zaradi prisotnosti prevladujočega podjetja oslabljena tako, da se enako učinkoviti konkurenti nikakor ne morejo uveljaviti, že konkurenčni pritisk manj učinkovitih podjetij ne sme oceniti kot neznaten. [46] Eden od temeljnih ciljev člena 82 ES je, da se ga ohrani. Preprečiti je namreč treba, da bi se struktura trga in možnosti izbire strank zaradi poslovnih praks prevladujočega podjetja še naprej poslabševale. [47]

74. Zato člen 82 ES prepoveduje, da bi se test AEC izvedel na trgu, na katerem je glede na strukturo trga izključeno, da je lahko drugo podjetje enako učinkovito kot prevladujoče podjetje.

75. Če povzamem, je treba torej ugotoviti:

Člen 82 ES ne zahteva, da bi se to, da sistem rabatov, ki ga uporablja prevladujoče podjetje, pomeni zlorabo, dokazalo na podlagi analize cene in stroškov v stilu testa enako učinkovitega konkurenta (test „as-efficient-competitor“), če to, da ta sistem rabatov pomeni zlorabo, izhaja že iz celovite presoje vseh okoliščin posameznega primera.

43 — Glej k temu moje sklepne predloge v zadevi Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:256, točka 80).

44 — Glej v zvezi s tem zgoraj točke od 33 do 54 teh sklepnih predlogov.

45 — V tem smislu sodba TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, točka 45).

46 — V tem smislu tudi točka 24 Sporočila o prednostnih nalogah; glej dalje sodbo Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 123 na koncu).

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

Organi in sodišča, ki obravnavajo primere v zvezi s konkurenco, pa so svobodni, da pri celoviti presoji vseh okoliščin posameznega primera uporabijo tako analizo cen in stroškov, razen če bi bilo glede na strukturo trga izključeno, da je lahko drugo podjetje enako učinkovito kot prevladujoče podjetje.

C – *Vprašanje znatnosti morebitnih protikonkurenčnih učinkov sistema rabatov (drugo vprašanje in drugi del tretjega vprašanja)*

76. Naposled želi predložitveno sodišče z drugim vprašanjem izvedeti, kako „verjeten in resen“ mora biti protikonkurenčni učinek sistema rabatov prevladujočega podjetja, kot je družba Post Danmark, da se „uporabi“ člen 82 ES. V isto smer gre tudi drugi del tretjega vprašanja, v katerem predložitveno sodišče sprašuje, ali mora biti „omejevalni učinek“ takega sistema rabatov „znaten“.

77. Menim, da ne bi bilo dovolj, če bi v odgovor na to problematiko predložitveno sodišče napotili zgolj na procesno avtonomijo držav članic glede vprašanj dokazov.[48] Tu gre namreč za *vsebinske* zahteve, ki jih je treba postaviti za ugotovitev zlorabe v smislu člena 82 ES. Te zahteve izhajajo iz prava Unije in jih je treba enotno uporabljati v celotni Uniji, zato da se za vsa podjetja, ki delujejo na notranjem trgu, ustvarijo kolikor je mogoče enotni okvirni pogoji v zvezi s konkurenčnimi pravili („level playing field“).[49]

78. Smiselno je, da se oba vidika, ki ju je navedlo predložitveno sodišče, in sicer verjetnost protikonkurenčnega učinka na eni strani in resnost tega učinka na drugi strani, obravnavata ločeno.

1. Verjetnost nastanka protikonkurenčnega učinka

79. Najprej predložitveno sodišče sprašuje, kako verjeten mora biti protikonkurenčni učinek sistema rabatov prevladujočega podjetja, da pomeni zlorabo v smislu člena 82 ES.

80. Pri tem je treba pripomniti, da učinek izrinjenja, ki izhaja iz takega sistema rabatov, ne sme biti zgolj hipotetičen.[50] Z drugimi besedami, sporni rabati morajo biti ne samo *abstraktno*, ampak tudi *konkretno primerni*, da konkurentom podjetja, ki ima prevladujoč položaj, otežijo ali celo onemogočijo dostop do trga, njegovim sopogodbenikom pa izbiro med več dobavnimi viri ali trgovinskimi partnerji.[51]

81. V ta namen vsekakor ni potrebna zapletena analiza konkretnih učinkov rabatov na konkurenco, to pomeni, da ni treba preverjati, ali je *dejansko* nastal učinek izrinjenja.[52] Prepoved iz člena 82 ES zajema namreč tudi ravnanja prevladujočih podjetij s *potencialnim* protikonkurenčnim učinkom.[53] Celo če bi torej zatrjevanje družbe Post Danmark držalo, da sporen sistem rabatov nazadnje ni povzročil umika družbe Bring Citymail z danskega trga, to ne izključi ugotovitve, da gre pri ravnanju za zlorabo v smislu člena 82 ES.

48 — Glej v zvezi s tem uvodno izjavo 5 Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205).

49 — V zvezi s pojmom „level playing field“ glej na primer moje sklepne predloge v zadevah Akzo Nobel Chemicals in Akcros Chemicals/Komisija (C-550/07 P, EU:C:2010:229, točka 169), Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2011:552, točka 118) in KONE in drugi (C-557/12, EU:C:2014:45, točka 29).

50 — V tem smislu sodbi Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, točka 254) in TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, točki 66 in 67).

51 — Glej k temu moje sklepne predloge v zadevi British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2006:133, točka 73).

52 — Sodba Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točki 68 in 79); v enakem smislu sodbi Tetra Pak/Komisija (C-333/94 P, EU:C:1996:436, točka 44) in Michelin/Komisija (T-203/01, EU:T:2003:250, točka 239).

53 — Sodba TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, točka 64); podobno sodba Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, točka 44), v kateri je govora o „dejanskem in verjetnem izrinjanju“.

82. V skladu z ustaljeno sodno prakso je nujno, ampak tudi zadostno, da imajo sporni rabati *lahko* učinek izrinjenja.[54] Za to gre, če je na podlagi celovite presoje vseh upoštevnih okoliščin posameznega primera verjetneje, da bo prišlo do učinka izrinjenja, kot pa da do njega ne bo prišlo.[55]

83. Zdelo bi se mi neprimerno, če bi se merilo za domnevo zlorabe, ki ni združljiva s členom 82 ES, poostrilo in bi se na primer zahtevalo, da mora biti učinek izrinjenja „zelo verjeten“ ali „še posebej verjeten“ ali pa celo „onstran razumnega dvoma“.

84. Prevladujoče podjetje nosi – neodvisno od vzrokov prevladujočega položaja – posebno odgovornost, da s svojim ravnanjem ne ogroža dejanske in neizkrivljene konkurence na skupnem trgu.[56] Iz te odgovornosti izhaja določena obveznost zadržanosti na trgu. Zato mora prevladujoče podjetje opustiti *vse* poslovne prakse, pri katerih je učinek izrinjenja verjeten, in ne samo tistih, pri katerih je tovrstni učinek „zelo verjeten“ ali „še posebej verjeten“ ali „onstran razumnega dvoma“.

85. Stopnja verjetnosti učinkov izrinjenja lahko vsekakor učinkuje na obseg morebitnih sankcij, na primer na globo, ki jo mora naložiti urad, pristojen za konkurenco. Njihova višina mora vedno izpolnjevati zahteve po sorazmernosti (člen 49(3) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah in člen 23(3) Uredbe št. 1/2003): kolikor večja je verjetnost učinka izrinjenja in razsežnost tega učinka, toliko strožja je sankcija. Navedena problematika glede sankcij pa ni predmet tega postopka za sprejetje predhodne odločbe.

2. Resnost pričakovane protikonkurenčnosti

86. Predložitveno sodišče pa prosi še za informacijo o tem, kako „resen“ ali „pomemben“ mora biti protikonkurenčni učinek sistema rabatov, da spada pod prepoved zlorabe iz člena 82 ES.

87. S tem se nazadnje namiguje na problematiko znatnosti morebitnih učinkov omejevanja konkurence sistemov rabatov prevladujočih podjetij. Pojasniti je treba, ali ugotovitev zlorabe v skladu s členom 82 ES predpostavlja, da omejevanje konkurence prekorači kakšen prag *de minimis*.

88. Kot je poudarilo več strank postopka, je mogoče, da tovrstni dvomi predložitvenega sodišča izhajajo iz terminološke težave v sodbi Post Danmark, izdani leta 2012. V zavezujoči danski jezikovni različici navedene sodbe se za izraz „učinek izrinjenja“ presenetljivo uporabi izraz „mærkbare virkninger“,[57] kar pomeni nekako „občutni učinki“. Podobno je drugje v tej isti sodbi omenjen „eliminerende virkning“,[58] torej „učinek odstranitve“, kar prav tako zveni razmeroma strogo.

89. Vpogled v francosko jezikovno različico, v kateri je bila navedena sodba napisana in obravnavana, pa pokaže, da mora pri tej izbiri besed v danščini iti za napako v prevodu. V francoščini je namreč govora o „effet[s] d'éviction“, torej o „učinku izrinjenja“, kar je v skladu z ostalo sodno prakso k členu 82 ES.[59]

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

55 — V tem smislu sodba Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), ki govori o „verjetn[ih] škodljiv[ih] učink[ih] na konkurenco“ (točka 42) in o „dejansk[em] ali verjetn[em učinku] izrinjenj[a]“ (točka 44).

56 — Sodba Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, točka 57); v enakem smislu sodbe France Télécom/Komisija (C-202/07 P, EU:C:2009:214, točka 105), Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, točka 176) in TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, točka 24).

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

58 — Sodba Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, točka 41; podobno točke 17, 22, 27, 29 in 44).

59 — Glej zgoraj v zvezi s tem točko 29 teh sklepnih predlogov.

90. Glede na to ozadje besed „mærkbare virkninger“ in „eliminerende virkning“ v sodbi Post Danmark iz leta 2012 ne bi bilo mogoče tako narobe razumeti, da bi za sisteme rabatov prevladujočih podjetij veljalo nekakšno merilo znatnosti ali prag *de minimis*. Nasprotno, za vse sisteme rabatov prevladujočih podjetij, ki lahko imajo učinek izrinjenja,[60] je treba šteti, da gre za zlorabo v smislu člena 82 ES, in ne samo za tiste, katerih učinki na konkurenco so ali bi lahko bili „resni“ ali „pomembni“.

91. Ker ima namreč upoštevni trg zaradi obstoja prevladujočega podjetja že oslabljeno konkurenčno strukturo, lahko na področju veljave člena 82 ES vsaka dodatna omejitev te konkurenčne strukture pomeni zlorabo položaja prevladujočega podjetja.[61]

92. Popolnoma v tem smislu je Sodišče – približno istočasno s sodbo Post Danmark iz leta 2012 – ugotovilo, da določitev natančnega praga, nad katerim bi bilo treba rabate, ki jih prizna prevladujoče podjetje, šteti za zlorabo, ni nujna za namene uporabe člena 82 ES.[62] Stranke bi namreč morale imeti možnost izkoristiti vsako stopnjo konkurence, ki je mogoča na trgu, konkurenti pa bi morali imeti možnost konkurirati na podlagi zaslug za celotni trg, in ne zgolj za del tega trga. Dalje vloga podjetja s prevladujočim položajem ni določiti, koliko donosnim konkurentom je dovoljeno konkurirati za nevezani delež povpraševanja.[63]

93. Za presojo učinkov izrinjenja poslovnih praks prevladujočega podjetja pa prag *de minimis* ni potreben še iz dveh dodatnih razlogov: prvič, navedeni učinki izrinjenja, kot je bilo navedeno zgoraj,[64] morajo temeljiti na konkretni presoji vseh upoštevnih okoliščin posameznega primera in mora biti verjetneje, da bo do njih prišlo, kot pa, da do njih ne bo prišlo. Drugič, prepoved zlorabe iz člena 82 ES tako ali tako zajema samo taka ravnanja, ki bi lahko prizadela trgovino med državami članicami.

94. Vsak od teh dveh vidikov že v zadostni meri izključuje, da bi bila s prepovedjo zlorabe v skladu s členom 82 ES zajeta ravnanja, katerih protikonkurenčni učinki so zgolj hipotetični ali so popolnoma nepomembni.

3. Vmesni predlog

95. Če povzamem, je treba ugotoviti:

Ne glede na zahtevo po dejanskem ali potencialnem omejevanju trgovine med državami članicami ni nujno, da učinek izrinjenja, ki ga lahko ima sistem rabatov prevladujočega podjetja, prekorači nekakšen prag znatnosti (prag *de minimis*), da bi se obravnaval kot zloraba v smislu člena 82 ES. Zadostuje, da je verjetneje, da bo do takega učinka izrinjenja prišlo, kot pa da do njega ne bo prišlo.

60 — Glej zgoraj v zvezi s tem točko 82 teh sklepnih predlogov.

61 — Sodba Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 123).

62 — Sodba Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točki 46 in 48); podobno že sodba Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 89), v kateri je poudarjeno, da naj bi bila nedovoljenost rabatov za zvestobo „neodvisna od večjega ali manjšega obsega“ zadevnih nakupov.

63 — Sodba Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 42).

64 — Glej še enkrat zgoraj (točke 31, 68 in od 82 do 85 teh sklepnih predlogov).

VI – Predlog

96. Na podlagi zgoraj navedenih premislekov Sodišču predlagam, naj na vprašanja danskega Sø- og Handelsret odgovori tako:

1. Sistem rabatov, ki ga uporablja prevladujoče podjetje, pomeni zlorabo v smislu člena 82 ES, če iz celovite presoje vseh okoliščin posameznega primera izhaja, da imajo lahko rabati učinek izrinjenja, ki gospodarsko ni upravičen, pri čemer je treba presojati zlasti merila in pogoje za priznanje rabatov, pogoje konkurence, ki prevladujejo na upoštevnem trgu, in položaj prevladujočega podjetja na tem trgu.

2. Člen 82 ES ne zahteva, da bi se to, da gre pri takem sistemu rabatov za zlorabo, dokazalo na podlagi analize cene in stroškov v smislu testa enako učinkovitega konkurenta (test „as-efficient-competitor“), če to, da ta sistem rabatov pomeni zlorabo, izhaja že iz celovite presoje ostalih okoliščin posameznega primera.

   Organi in sodišča, ki obravnavajo primere v zvezi s konkurenco, pa so svobodni, da pri celoviti presoji vseh okoliščin posameznega primera uporabijo tako analizo cen in stroškov, razen če bi bilo glede na strukturo trga izključeno, da je lahko drugo podjetje enako učinkovito kot prevladujoče podjetje.

3. Ne glede na zahtevo po dejanskem ali potencialnem omejevanju trgovine med državami članicami ni nujno, da učinek izrinjenja, ki ga lahko ima sistem rabatov prevladujočega podjetja, prekorači nekakšen prag znatnosti (prag *de minimis*), da bi se obravnaval kot zloraba v smislu člena 82 ES. Zadostuje, da je verjetneje, da bo do takega učinka izrinjenja prišlo, kot pa da do njega ne bo prišlo.