Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 21 maj 2015 [1]

Mål C-23/14

Post Danmark A/S
mot
Konkurrenceråd et

(begäran om förhandsavgörande från danska Sø- og Handelsret)

”Konkurrens — Missbruk av dominerande ställning (Artikel 82 EG) — Posttjänster — Danska marknaden för distribution av massbrev — Direktreklam — Det tidigare statliga postföretagets monopolställning på en betydande del av marknaden — Rabattsystem — Utestängningseffekt — Ingen märkbarhets- eller de minimis-tröskel — Lika effektiv konkurrent-testet (as efficient competitor test)”

I – **Inledning**

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande ger domstolen återigen möjlighet att med avseende på artikel 82 EG, som i dag motsvaras av artikel 102 FEUF, precisera sin rättspraxis om huruvida rabattsystem som tillämpas av dominerande företag utgör missbruk, vilken började utvecklas för mer än 40 år sedan. [2]

2. Förevarande mål avser huruvida det danska företaget Post Danmark A/S åren 2007 och 2008 missbrukade sin dominerande ställning på marknaden för massbrev till mottagare i Danmark. Det ska i detta sammanhang huvudsakligen prövas om Post Danmark gjorde sig skyldigt till ett utestängande missbruk genom att bevilja rabatt för distribution av direktreklam på upp till 16 procent, såvida deras kunder under en referensperiod på ett år uppnådde vissa standardiserade mängd- och omsättningströsklar. Rabatten tillämpades härvid retroaktivt, det vill säga den omfattade all direktreklam som distribuerats till kunden under hela referensperioden.

3. Domstolen har i förevarande mål framför allt att klarlägga huruvida det vid bedömningen av frågan huruvida rabattsystem ska anses vara konkurrensbegränsande i den mening som avses i artikel 82 EG enligt lag krävs att det görs en pris/kostnadsanalys där det dominerande företagets affärsbeteende jämförs med affärsbeteendet hos en lika effektiv konkurrent (ett så kallat *as efficient competitor test*, förkortat AEC-test). Dessutom uppkommer frågan om den marknadsutestängande effekt som ett rabattsystem som tillämpas av ett dominerande företag har måste överskrida en form av märkbarhetströskel (*de-minimis*-tröskel) för att betraktas som konkurrensbegränsande.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Se, framför allt, dom Suiker Unie m.fl./kommissionen (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, EU:C:1975:174), dom Hoffmann-La Roche/ kommissionen (85/76, EU:C:1979:36), dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313), dom British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166), dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221) och dom Michelin/kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250).

4. Dessa frågor är av särskild betydelse i en tid där kraven på ett mer ekonomiskt synsätt i den europeiska konkurrenslagstiftningen (”*more economic approach*”) blir allt fler. Domstolen ska när den besvarar dessa frågor, vars signalverkan sträcker långt utöver förevarande fall,[3] enligt min mening inte låta sig påverkas av tidsandan eller övergående modefenomen, utan grunda sig på den rättsliga grund på vilken förbudet mot missbruk av dominerande ställning inom unionsrätten vilar.

II – **Tillämpliga bestämmelser**

5. De tillämpliga unionsrättsliga bestämmelserna utgörs i förevarande fall av artikel 82 EG (nu artikel 102 FEUF). Den danska lagstiftningen innehåller i 11 § konkurrenceloven[4] en nationell bestämmelse som, såvitt är av intresse här, motsvarar artikel 82 EG och som enligt förarbetena ska tolkas i enlighet med artikel 82 EG.

III – **Bakgrund och förfarandet vid den nationella domstolen**

6. Till grund för målet vid den nationella domstolen ligger en rättstvist mellan Post Danmark och den danska konkurrensmyndigheten, Konkurrencerådet.[5] Konkurrencerådet slog genom beslut av den 24 juni 2009 fast att Post Danmark under åren 2007 och 2008 hade missbrukat sin dominerande ställning på den danska marknaden för massbrev genom att tillämpa ett rabattsystem för direktreklam och på så sätt hade åsidosatt artikel 82 EG och 11 § konkurrenslagen. Konkurrencerådet förbjöd därför all vidare tillämpning av rabattsystemet.

7. Under den omtvistade perioden innehade såväl den danska staten, som privata investerare andelar i Post Danmark. Företaget hade en lagstadgad förpliktelse att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster med avseende på vissa postförsändelser, däribland även direktreklam, och var skyldigt att tillämpa enhetliga priser i hela Danmark. I gengäld hade Post Danmark ett lagstadgat monopol för att dela ut alla försändelser med en vikt som understeg 50 gram. 70 procent av marknaden för massbrev omfattades således av Post Danmarks ensamrätt.

8. Den nationella domstolen har anfört att marknaden för massbrev i Danmark är den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden. Post Danmark hade under den aktuella perioden en marknadsandel på ca 95 procent. Direktreklam, det vill säga adresserade reklamförsändelser som samtidigt skickades till ett flertal mottagare, utgör en del av denna marknad för massbrev och uppgick till ca 12 procent av hela marknaden år 2007 och 7 procent år 2008. Andelen direktreklam som inte omfattades av Post Danmarks ensamrätt uppgick år 2007 till ca 15 procent och år 2008 till ca 9 procent av marknaden för massbrev.

9. Bring Citymail Danmark A/S, som är ett dotterbolag till det statliga norska företaget Posten Norge AS, erbjöd från år 2007 i konkurrens med Post Danmark att dela ut företagsbrev inklusive direktreklam i Köpenhamn och närområden och var under den relevanta perioden den enda trovärdiga konkurrenten till Post Danmark på den danska marknaden för massbrev. I början av år 2010 drog sig Bring Citymail tillbaka från den danska marknaden på grund av stora förluster. Parterna är oeniga om huruvida denna omständighet berodde på det rabattsystem som Post Danmark tillämpade under den perioden för direktreklam.

3 — Även i det anhängiggjorda målet Intel/kommissionen (C-413/14 P) är bland annat frågan om det enligt lag krävs ett AEC-test med avseende på rabattsystem av betydelse.

4 — Konkurrenslagen.

5 — Konkurrensrådet.

10. Post Danmarks ovannämnda rabattsystem härrörde från år 2003. Rabatterna, som låg inom ett intervall mellan 6 och 16 procent av det normala portot,[6] var standardiserade och erbjöds samtliga kunder på för allmänheten tillgängliga villkor. De avsåg perioder om ett år. Vid beviljandet av rabatter beaktades alla postförsändelser som Post Danmark fått i uppdrag från en volym om minst 3 000 försändelser under en referensperiod på ett år. I rabattsystemet gjordes ingen skillnad beroende på om försändelserna omfattades av Post Danmarks ensamrätt eller om det fanns konkurrenter på området.

11. För att kunden skulle uppnå den första rabattröskeln, vilket medförde en prisnedsättning med 6 procent, krävdes att denne under ett referensår lämnade in minst 30 000 stycken försändelser, vilket motsvarade ett bruttoporto för deras försändelse på minst 300 000 DKK. Enligt den skala som tillämpades av Post Danmark fanns ytterligare åtta rabattnivåer.[7] För de första sju rabattnivåerna uppgick ökningen av prisnedsättningen till 1 procentenhet, med avseende på de två sista rabattnivåerna till 2 procentenheter, med en maximigräns på upp till 16 procent. Stegringen av beviljade rabatter påverkade framför allt mellanstora kunder, medan storkunder med hänsyn till deras inköpsvolymer i allmänhet ändå uppnådde den högsta rabattnivån.

12. Rabattsystemet genomfördes på så sätt att kundens pris fastställdes preliminärt i början av varje referensår utifrån den volym som det antogs att kunden skulle köpa under året. I slutet av varje referensår anpassades samtliga priser retroaktivt på grundval av de försändelser som faktiskt hade delats ut för kunden under året. Detta kunde leda till att kunden blev återbetalningsskyldig gentemot Post Danmark om dess faktiska inköpsvolym var lägre än den prognostiserade volymen och en för hög rabatt således hade beräknats på förhand och beviljats i början av året.

13. Konkurrencerådet ansåg att tillämpningen av nämnda rabattsystem utgjorde ett missbruk av en dominerande ställning på marknaden. Genom det sätt på vilket rabatt beviljades var kunderna bundna till Post Danmark och aktuella och potentiella konkurrenter utestängdes således från marknaden för massbrev utan att detta medförde effektivitetsfördelar för konsumenten, vilka hade kunnat uppväga den konkurrensbegränsande verkan.

14. Vid sin bedömning avstod Konkurrencerådet från att göra en pris/kostnadsanalys i form av ett AEC-test. Detta utgör ingen lämplig måttstock vid prövningen, eftersom det på grund av de särskilda förhållanden som råder på den danska postmarknaden över huvud taget inte kan finnas en lika effektiv konkurrent. Myndigheten grundade sig, till stöd för antagandet att beteendet utgjorde missbruk, på Post Danmarks särskilda ställning på den relevanta marknaden som gör företaget till en oundviklig handelspartner. För övrigt påpekade Konkurrencerådet bland annat att det fanns hinder för tillträde till marknaden och hänvisade till den konkreta utformningen av rabattsystemet, framför allt till dess retroaktiva karaktär med avseende på en referensperiod på ett år, omfattningen av prisnedsättningen på upp till 16 procent och en undersökning av köparens faktiska ställning inom ramen för rabattskalan.

15. Konkurrenceankenævnet[8] fastställde Konkurrencerådets avgörande genom beslut av den 10 maj 2010. Post Danmark överklagade beslutet till danska Sø- og Handelsret,[9] det vill säga den hänskjutande domstolen, den 1 juli 2010. Bring Citymail Danmark har intervenerat i målet vid den nationella domstolen till stöd för Konkurrencerådet.

6 — Enligt uppgifter från Post Danmark uppgick rabatten till i genomsnitt 10,6 procent.

7 — De övriga rabattrösklarna låg vid 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 och 2 000 000 försändelser eller ett bruttovärde på minst 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 och 20 000 000 DKK.

8 — Överklagandenämnd i konkurrensärenden.

9 — Domstol för sjö- och handelsrättsliga mål.

IV – **Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen**

16. Genom beslut av den 8 januari 2014 som inkom till domstolen den 16 januari 2014 ställde Sø- og Handelsret följande tolkningsfrågor:

1) Enligt vilka riktlinjer ska det avgöras om ett dominerande företags tillämpning av ett rabattsystem med en standardiserad mängdtröskel med de … i begäran om förhandsavgörande nämnda särdragen utgör missbruk av dominerande ställning i strid med artikel 82 EG?

   Som ett led i besvarandet av denna fråga ombeds domstolen klargöra vilken betydelse det har för bedömningen att rabattsystemets trösklar fastställts på sådant sätt, att rabattsystemet är tillämpligt på merparten av kunderna på marknaden?

   Som ett led i besvarandet av frågan ombeds domstolen vidare klargöra vilken betydelse, om alls någon, det dominerande företagets priser och omkostnader har för bedömningen enligt artikel 82 EG av ett sådant rabattsystem (betydelsen av ett *as efficient competitor*-test).

   Domstolen ombeds även klargöra vilken betydelse marknadens särdrag har i det sammanhanget, bland annat om marknadens särdrag kan motivera att det får anses föreligga en marknadsutestängande effekt genom andra undersökningar och analyser än ett *as efficient competitor*-test (se, angående detta, punkt 24 i kommissionens meddelande om artikel 82 EG).

2) Hur sannolik och allvarlig ska den konkurrenshämmande verkan av ett rabattsystem, med de i … begäran om förhandsavgörande nämnda kännetecknen, vara för att artikel 82 EG ska vara tillämplig?

3) Vilka är de närmare omständigheter som den nationella domstolen, med hänsyn till svaret på frågorna 1 och 2, ska beakta vid bedömningen av om ett rabattsystem under sådana omständigheter som de som beskrivs i förevarande begäran om förhandsavgörande (marknadens och rabattsystemets särdrag), konkret har eller är ägnat att ha en sådan marknadsutestängande effekt att det utgör ett missbruk som omfattas av artikel 82 EG?

   Är det i det sammanhanget ett krav att den marknadsutestängande effekten är märkbar?

17. I begäran om förhandsavgörande vid domstolen har, utöver Post Danmark och Bring Citymail, Konungariket Danmark, Förbundsrepubliken Tyskland, Europeiska kommissionen och Eftas övervakningsmyndighet ingett skriftliga yttranden. Förutom Förbundsrepubliken Tyskland har de berörda deltagit i den muntliga förhandlingen den 26 mars 2015.

V – **Bedömning**

18. Sø- og Handelsret vill genom sin mycket omfattande lista med frågor huvudsakligen få klarhet i vilka kriterier eller ”riktlinjer” som ska tillämpas inom ramen för artikel 82 EG i syfte att utvärdera rabattsystem som tillämpas av dominerande företag. Den hänskjutande domstolen vill framför allt få klarhet i huruvida det för att avgöra huruvida det föreligger missbruk av en dominerande ställning enligt lag krävs att det genomförs ett AEC-test och om en märkbarhetströskel (*de-minimis*-tröskel) är tillämplig vid bedömningen av huruvida ett rabattsystem eventuellt har marknadsutestängande effekt.

19. Dessa frågor har uppkommit i en tvist angående ett rabattsystem som tillämpas av Post Danmark som bland annat uppvisade följande särdrag:

— Rabattsystemet grundade sig på standardiserade och för allmänheten tillgängliga villkor, innehöll 9 olika rabattnivåer med nedsättningar på mellan 6 och 16 procent, omfattade en referensperiod på ett år och var retroaktivt.

— Rabattsystemet tillämpades på en marknad på vilken Post Danmarks marknadsandel uppgick till 95 procent och mer än 70 procent av de försändelser som skulle delas ut omfattades av företagets lagstadgade monopol. Det fanns höga hinder för tillträde till marknaden, Post Danmark hade strukturella fördelar och enbart på ett geografiskt delområde av marknaden utsattes Post Danmark under vissa perioder för konkurrens, från en betydligt mindre konkurrent, Bring Citymail.

20. När denna begäran om förhandsavgörande besvaras ska förbudet mot missbruk av dominerande ställning i dess lydelse före Lissabonfördraget läggas till grund för bedömningen, eftersom det nationella målet avser tillämpningen av ett rabattsystem åren 2007 och 2008. Dessutom antogs den danska konkurrensmyndighetens omtvistade beslut i juni 2009. Mina uttalanden nedan avseende artikel 82 EG kan utan problem tillämpas på artikel 102 FEUF, som har samma innehåll.

21. Eftersom det delvis finns stora överlappningar mellan de enskilda tolkningsfrågorna, bör de besvaras i en annorlunda ordningsföljd. Därvid ska de olika rättsfrågor som ställts i beslutet om hänskjutande prövas i turordning.

A – *Kriterierna för bedömningen av rabattsystem som tillämpas av dominerande företag*

1. Allmänt (den första frågans första del)

22. Den första delen av den första frågan från den nationella domstolen avser de allmänna rättsliga krav som enligt artikel 82 EG är tillämpliga vid bedömningen av rabattsystem som tillämpas av dominerande företag.

23. Vid första anblicken verkar det vara överraskande att rabatter som tillämpas av dominerande företag som ger en prisfördel för deras kunder kan anses som missbruk enligt artikel 82 EG.

24. Det ska dock erinras om att konkurrensen på den relevanta marknaden redan är försvagad just till följd av det dominerande företagets existens på den marknaden.[10] Oberoende av hur företaget har uppnått sin dominerande ställning har det därför ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den inre marknaden.[11]

10 — Dom Hoffmann-La Roche/kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, punkt 91), dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 70) och dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 17).

11 — Dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 57); se, för ett liknande resonemang, dom France Télécom/kommissionen (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punkt 105), dom Deutsche Telekom/kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 176) och dom TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 24).

25. Inom tillämpningsområdet för artikel 82 EG är ett företag som har en dominerande ställning på marknaden följaktligen underkastat vissa begränsningar som inte i samma mån gäller för andra företag. Ett förfarande som under normala konkurrensförhållanden är tillåtet kan nämligen utgöra missbruk när det tillämpas av ett företag med en dominerande ställning på marknaden. [12] Framför allt kan inte varje form av priskonkurrens som det dominerande företaget använder sig av anses vara tillåten. [13]

26. Som kommissionen med fog har påpekat kan de rabatter som beviljas av dominerande företag dölja konkurrensbegränsande förfaranden, som enbart vid första anblicken utgör särskilt fördelaktiga erbjudanden men som vid närmare betraktande har mycket lite att göra med verkligt låga priser och kan förorsaka avsevärd skada på konkurrensen.

27. När ett dominerande företag tillämpar ett rabattsystem föreligger visserligen ingen allmän presumtion om missbruk som ska motbevisas av detta företag. Vid sådana rabatter är avgränsningen mellan legitim pris- och prestationskonkurrens, å ena sidan, och konkurrensbegränsande affärsbeteende, å andra sidan, en känslig fråga som kräver noggrann undersökning.

28. Det har i fast rättspraxis [14] erkänts att rena mängdrabatter som enbart är knutna till inköpsvolymen i allmänhet inte har någon konkurrensbegränsande verkan och således inte utgör missbruk, inte heller när de beviljas av dominerande företag. Om en ökning av den levererade kvantiteten medför en lägre kostnad för leverantören, har denne nämligen rätt att låta kunden komma i åtnjutande av denna kostnadsminskning genom en fördelaktigare prissättning. Däremot utgör i allmänhet trohetsrabatter eller målrabatter, genom vilka det dominerande företaget försöker att binda sina egna kunder och locka till sig konkurrenternas kunder, missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG.

29. Enligt artikel 82 EG saknar det vid bedömningen av ett rabattsystem som används av ett dominerande företag emellertid betydelse om systemet kan anses som ett konventionellt system med framför allt mängdrabatter eller trohetsrabatter. Avgörande är däremot huruvida syftet med rabatterna, genom att ge en förmån som inte baserar sig på någon ekonomisk motprestation som berättigar till den, är att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra konkurrenternas tillträde till marknaden eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrida konkurrensen. [15] Avgörande är kort sagt således om det dominerande företaget tillämpar ett system med rabatter som medför en *utestängningseffekt* på den relevanta marknaden som inte kan motiveras ekonomiskt, nämligen med att kunder kommer i åtnjutande av en kostnadsbesparing. [16] Därutöver innehåller särskilt artikel 82 andra stycket c EG även ett förbud för dominerande företag mot att tillämpa ett system med diskriminerande rabatter genom vilka ojämlika villkor för lika transaktioner tillämpas på olika handelspartner. [17]

12 — Dom Compagnie maritime belge transports m.fl./kommissionen (C-395/96 P och C-396/96 P, EU:C:2000:132, punkt 131).

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

14 — Dom Suiker Unie m.fl./kommissionen (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, EU:C:1975:174, punkt 518), dom Hoffmann-La Roche/kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, punkterna 89 och 90), dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 71), dom Portugal/kommissionen (C-163/99, EU:C:2001:189, punkt 50), dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 70) och dom Michelin/kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, punkterna 56–59).

15 — Dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 73), dom British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 67), dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 71) och dom Michelin/kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 60).

16 — Dom British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkterna 68 och 69).

17 — Dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 73), dom British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 67), dom Portugal/kommissionen (C-163/99, EU:C:2001:189, punkt 50) och dom Michelin/kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 60).

30. Eftersom det rabattsystem som Post Danmark tillämpar grundade sig på standardiserade och på för allmänheten tillgängliga villkor finns det i förevarande fall inget stöd för att det är diskriminerande. De nationella myndigheter som har att pröva tvisten i målet vid den nationella domstolen har således med fog ägnat särskild uppmärksamhet åt frågan huruvida det rabattsystem som tillämpas av Post Danmark kan anses ha en utestängningseffekt som inte är ekonomiskt motiverad.

31. En bedömning av huruvida ett system med rabatter som tillämpas av ett dominerande företag kan medföra en sådan utestängningseffekt ska göras mot bakgrund av en helhetsbedömning med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet [18] (se i detta avseende mina uttalanden i avsnitt 2 och 3).

32. Det är härvid självklart att varken det dominerande företagets önskan att öka sin omsättning eller dess strävan efter en bättre planering av sina affärer kan anses som en ekonomisk motivering för att tillämpa ett system med rabatter om detta kan medföra en utestängningseffekt. [19]

2. De omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av rabattsystemen (tredje frågans första del och första frågans sista del)

33. Vilka omständigheter som konkret ska beaktas vid bedömningen av huruvida rabattsystem som tillämpas av dominerande företag eventuellt medför en utestängningseffekt enligt artikel 82 EG är föremål för den tredje frågans första del och den första frågans sista del.

34. Det är av naturliga skäl inte möjligt att göra en allmängiltig uttömmande uppräkning av samtliga omständigheter som ska beaktas inom ramen för artikel 82 EG, eftersom varje marknad och varje rabattsystem kan uppvisa särdrag. Mot bakgrund av de omständigheter i det nationella målet som anförts i beslutet om hänskjutande kan den nationella domstolen emellertid ges viss användbar vägledning som underlättar för denna att avgöra målet.

35. Enligt fast rättspraxis ska särskilt kriterierna och sättet för beviljandet av rabatterna beaktas vid bedömningen av ett rabattsystem utifrån artikel 82 EG [20] (se i detta avseende nedan avsnitt a). Såsom emellertid framgår av formuleringen ”särskilt” som domstolen använt kan därutöver även andra faktorer vara av betydelse, nämligen konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden och det därmed förknippade dominerande företagets ställning på den marknaden (se nedan avsnitt b).

a) Kriterierna och sättet för beviljande av rabatterna

36. Vad inledningsvis gäller kriterierna och sättet för beviljande av rabatterna så talar den omständigheten att ett rabattsystem, såsom Post Danmarks aktuella rabattsystem, inte har en rent gradvis verkan, det vill säga att varje gång en ny rabattröskel uppnås detta inte medför en prissänkning för samtliga ytterligare uppdrag, utan har retroaktiv verkan och rabatter således även tillerkänns retroaktivt för samtliga uppdrag som redan tilldelats under en referensperiod, för att det utgör missbruk. [21]

18 — Dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 73), dom British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 67), dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkterna 18 och 71) och dom Michelin/kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 60).

19 — Dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 85).

20 — Dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 73), dom British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 67), dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 71) och dom Michelin/kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 60).

21 — Se, för ett liknande resonemang, dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 81), dom British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 73) och dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, särskilt punkt 75).

37. På så sätt kan nämligen förhållandevis oansenliga variationer – oavsett om det är fråga om en ökning eller minskning – i omsättningen från det dominerande företagets produkter få oproportionerliga effekter för avtalsparterna.[22] Ett sådant rabattsystem skapar i allmänhet en lojalitet som även kan betecknas som uppsugningseffekt. Det underlättar för det dominerande företaget att binda sina egna kunder och att locka till sig konkurrenternas kunder och slutligen att suga upp den del av efterfrågan som är öppen för konkurrens på den relevanta marknaden.[23]

38. Av naturliga skäl är denna uppsugningseffekt större ju högre de rabatter som beviljats är och ju längre de referensperioder till vilka rabatterna hänför sig vid varje ny rabattröskel är. Om, såsom i förevarande fall, förhållandevis höga rabatter på mellan 6 och 16 procent beviljas retroaktivt under en relativt lång referensperiod på ett år,[24] så tyder detta på en mycket stark uppsugningseffekt. Denna uppsugningseffekt förstärks i förevarande fall genom att rabatterna tillämpas utan åtskillnad på den del av efterfrågan som är öppen för konkurrens såsom på den del av efterfrågan som inte är öppen för konkurrens, det vill säga framför allt på de försändelser med en vikt som understiger 50 gram som omfattas av Post Danmark lagstadgade monopol.

39. Om det därutöver kan visas att det dominerande företaget hade för avsikt att slå ut en konkurrent så är detta ytterligare ett starkt indicium på att det rabattsystem som företaget tillämpar utgör missbruk.[25] Det krävs emellertid inte att en sådan avsikt eller utestängningsstrategi föreligger för att fastställa en överträdelse av artikel 82 EG. Missbruk av dominerande ställning på marknaden är nämligen ett objektivt begrepp.[26] Enbart den omständigheten att Post Danmark i förevarande fall försäkrat att företaget inte handlat i avsikt att slå ut en konkurrent kan således inte skydda företaget från att ett missbruk fastställs föreligga i den mening som avses i artikel 82 EG.

40. Om det föreligger en diskriminering mellan handelspartner i den mening som avses i artikel 82 andra stycket c EG så är det visserligen ännu påtagligare att det dominerande företagets rabatter utgör missbruk. Ett rabattsystem kan emellertid även utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG när det utan diskriminerande inslag medför diskriminerande utestängningseffekter på marknaden.[27] Eftas övervakningsmyndighet har i detta sammanhang med fog påpekat att det inte är åtskillnaden mellan individuella rabatter och standardrabatter som är avgörande, utan bedömningen av huruvida rabattsystemet i det konkreta fallet är ägnat att skapa utestängningseffekt på marknaden.

41. Slutligen är fakturering av ”negativa” priser, det vill säga priser under självkostnadspris, *inte* en förutsättning för att kunna fastställa att ett dominerande företags system med retroaktiva rabatter utgör missbruk.[28] Det dominerande företaget kan nämligen på grund av sin betydligt högre omsättning i allmänhet fortfarande täcka sina utgifter trots att avsevärda rabatter beviljas. Det kan således genom sina rabatter utlösa en utestängningseffekt, utan att nödvändigtvis själv gå med förlust.

22 — Dom British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 73).

23 — Dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 79).

24 — Avseende referensperiodens längd, se, till exempel, dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 81).

25 — Se, för ett liknande resonemang, dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkterna 20 och 21).

26 — Dom Hoffmann-La Roche/kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, punkt 91), dom AKZO/kommissionen (C-62/86, EU:C:1991:286, punkt 69), dom TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 27) och dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkterna 17 och 23).

27 — Dom Michelin/kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 65).

28 — Dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 73).

b) Konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden och det dominerande företagets ställning på marknaden

42. Vad gäller konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden och det dominerande företagets ställning på den marknaden kan konstateras att ju starkare ställning det dominerande företaget har på den relevanta marknaden och ju svagare de befintliga eller potentiella konkurrenternas ställning är, desto mer sannolik och märkbar är en eventuell konkurrensbegränsande utestängningseffekt av rabattsystemet. I det sammanhanget ska inte enbart de marknadsandelar som det dominerande företaget och dess konkurrenter har beaktas, utan även ursprunget till det marknadsledande företagets dominerande ställning och ett eventuellt lagstadgat monopol som företaget har med avseende på hela marknaden eller en del av den. [29]

43. I förevarande fall hade Post Danmark, som tidigare var ett statligt postföretag, enligt beslutet om hänskjutande en överväldigande marknadsandel på 95 procent på den danska marknaden för massbrev, medan Bring Citymail enbart hade ca 5 procent.

44. En så stor skillnad mellan det dominerande företagets marknadsandel och konkurrentens kan främja uppkomsten av utestängningseffekter, eftersom det under dessa förhållanden är särskilt svårt för det dominerande företagets konkurrenter att bjuda över dess rabatter, som grundar sig på den totala försäljningsvolymen. [30]

45. För övrigt hade Post Danmark en i lag föreskriven ensamrätt, vilken omfattade 70 procent av denna marknad – det vill säga ensamrätt vad gäller försändelser med en vikt som understeg 50 gram – och var således från början inte öppen för konkurrens. Dessutom var Bring Citymail, som var den enda trovärdiga konkurrenten till Post Danmark, enbart verksam på ett geografiskt delområde av marknaden, nämligen i Köpenhamns storstadsområde, medan Post Danmark har ett effektivt rikstäckande distributionsnät.

46. Allt detta tyder på att Post Danmark till följd av sin framträdande ställning på marknaden var en oundviklig handelspartner och att de rabatter som företaget tillämpade i hög grad kunde leda till ett utestängande. [31] Detta intryck förstärks om därutöver vissa strukturella aspekter uppmärksammas som är kännetecknande för den relevanta marknaden.

47. Såsom redan anförts ovan präglas en sådan marknad som den danska marknaden för massbrev av tillhandahållande av nätverksbundna tjänster. En tjänsteleverantör på en sådan marknad behöver ett så effektivt distributionsnät som möjligt för att fungera effektivt och tillhandahålla de tjänster som förväntas av kunderna. Medaljens baksida är, såsom även fastställts i beslutet om hänskjutande, att en sådan marknad ekonomiskt sett kännetecknas av stora stordriftsfördelar och höga inträdeshinder, vilket försvårar för det dominerande företagets konkurrenter att komma in på marknaden och konkurrera med detta företag om den del av efterfrågan som är öppen för konkurrens.

48. Vid bedömningen av om rabattsystem som tillämpas av dominerande företag har en eventuell utestängningseffekt kan det dessutom vara av betydelse i vilken utsträckning kunderna på den relevanta marknaden är bytesbenägna och vilken del av deras behov det dominerande företagets konkurrenter över huvud taget kan tillgodose, utan att kunderna förlorar sina rabatter.

29 — Se, för ett liknande resonemang, dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 23 i slutet).

30 — Dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 82) och dom British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 75) och mitt förslag till avgörande i sistnämnda mål (EU:C:2006:133, punkt 52).

31 — Framför allt beträffande kravet på att det dominerande företaget ska beaktas som en oundviklig handelspartner, se dom Hoffmann-La Roche/kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, punkt 41) och dom Compagnie maritime belge transports m.fl./kommissionen (C-395/96 P och C-396/96 P, EU:C:2000:132, punkt 132).

49. I det nationella målet fastställdes dessutom att ett byte från Post Danmark till en annan leverantör av posttjänster enbart hade varit aktuellt för de berörda kunderna med avseende på två tredjedelar av de försändelser som var öppna för konkurrens om rabattförluster hade godtagits. Detta tyder på att det rabattsystem som tillämpas av Post Danmark i hög grad kan leda till utestängning.

50. Mot bakgrund av det ovan anförda finns således i förevarande fall med hänsyn till konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden och det dominerande företagets ställning på marknaden starka indicier på att ett sådant rabattsystem som det som tillämpas av Post Danmark kan medföra betydande utestängningseffekt.

3. Rabattsystemets breddverkan (den första frågans andra del)

51. Den första frågans andra del avser den breddverkan som ett sådant rabattsystem som det som tillämpas av Post Danmark kan ha. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i vilken betydelse det har för den rättsliga bedömningen enligt artikel 82 EG att rabattsystemet med hänsyn till standardiseringen av de enskilda rabattnivåerna (betecknas som ”mängdtröskel” i beslutet om hänskjutande) inte har anpassats till enskilda kunder utan är tillämpliga på merparten av kunderna på marknaden.

52. Såsom domstolen redan slagit fast i ett tidigt skede saknar antalet avtal på vilka de rabatter som beviljas av ett dominerande företag tillämpas, och därmed slutligen antalet berörda kunder, betydelse för den rättsliga bedömningen av dessa rabatter enligt artikel 82 EG. [32]

53. Enbart den omständigheten att flera kunder eller till och med merparten av kunderna på marknaden påverkas av ett rabattsystem och systemet således har en stor breddverkan säger följaktligen ingenting om huruvida det utgör missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG.

54. Om ett sådant rabattsystem emellertid skulle kunna medföra en uppsugningseffekt för det dominerande företaget så kan den omständigheten att systemet omfattar ett betydande antal kunder och en stor del av efterfrågan som är öppen för konkurrens på marknaden leda till att den faktiska eller potentiella utestängningseffekten är allvarligare än vid rabattsystem som har mindre breddverkan. Detta har korrekt påpekats av flera parter.

4. Slutsats i denna del

55. Sammanfattningsvis kan således följande fastställas:

Det rabattsystem som tillämpas av ett dominerande företag utgör missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG när det mot bakgrund av en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet kan fastställas att rabatterna är ägnade att medföra en utestängningseffekt som inte är ekonomiskt motiverad, varvid särskilt kriterierna och sättet för beviljande av rabatterna, konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden och det dominerande företagets ställning på den marknaden ska bedömas.

32 — Dom Suiker Unie m.fl./kommissionen (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, EU:C:1975:174, punkt 511).

B – *Betydelsen av en lika effektiv konkurrent-testet (as efficient competitor-testet eller AEC-testet) (den första frågans tredje del)*

56. Den första frågans tredje och sista del avser särskilt AEC-testet. Vid ett sådant test försöker man på grundval av en jämförelse mellan priser och omkostnader [33] fastställa om en lika effektiv konkurrent som det dominerande företaget kan konkurrera med detta eller om det dominerande företagets rabattpolitik på den relevanta marknaden tvärtom har en konkurrensbegränsande utestängande effekt.

57. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida det enligt lag krävs att ett AEC-test genomförs för att fastställa att ett rabattsystem utgör missbruk av dominerande ställning och, om det inte skulle förhålla sig på det sättet, av vilka andra omständigheter eventuellt slutsatsen kan dras att rabattsystemet utgör missbruk.

58. Dessa delfrågor ska betraktas mot bakgrund av kommissionens meddelande från år 2009, [34] där kommissionen i egenskap av konkurrensmyndighet tillkännagett dess prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 EG. Den hänskjutande domstolen har här uttryckligen hänvisat till nämnda prioriteringsmeddelande.

59. Kommissionen har i sitt prioriteringsmeddelande anfört att den i princip kommer att ingripa mot prisbaserad utestängning endast om det dominerande företagets beteende redan har hämmat eller kan hämma konkurrensen från konkurrenter som anses vara lika effektiva (engelska: *”as efficient competitors”*) som det dominerande företaget. [35] För att fastställa detta har kommissionen åtagit sig att i regel genomföra ett AEC-test med avseende på prisbaserad utestängning.

60. En sådan administrativ praxis som tillämpas av kommissionen har av naturliga skäl emellertid inte någon bindande verkan för nationella konkurrensmyndigheter och domstolar. Detta framgår dels av ordalydelsen i prioriteringsmeddelandet som inte ”utgör något rättsutlåtande” [36],, dels av fast rättspraxis avseende sådana uttalanden från kommissionens sida. [37] Även om det inte föreligger något hinder för de nationella myndigheterna att följa kommissionens exempel och tillämpa AEC-testet är de i rättsligt hänseende enbart bundna av rättsreglerna i artikel 82 EG. Det ankommer på domstolen att uppställa dessa regler.

61. Ur artikel 82 EG kan enligt min mening *ingen* rättslig skyldighet härledas att fastställandet av att rabattsystem som tillämpas av dominerande företag utgör missbruk alltid ska grundas på en pris/kostnadsanalys såsom ett AEC-test.

33 — Följande faktorer ska beaktas: det dominerande företagets genomsnittliga omkostnader som kan undvikas, dess långsiktiga marginalkostnader och det pris som en konkurrent till det dominerande företaget måste erbjuda dess kunder för att kompensera dem för förlusten av den rabatt som beviljas av det företaget.

34 — Meddelande från kommissionen – ”Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder”, framlagt den 24 februari 2009 (EUT C 45, s. 7), nedan kallat prioriteringsmeddelandet.

35 — Punkt 23 i prioriteringsmeddelandet. Jag anser att den tyska ordalydelsen i denna del i prioriteringsmeddelandet med formuleringen ”daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen” (”redan har hämmat eller kan hämma konkurrensen”) endast i mycket begränsad omfattning återspeglar de rättsregler enligt vilka det inte måste bevisas att det föreligger verkliga konkurrensbegränsande effekter (dom British Airways/kommissionen, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 68, och dom Tomra Systems m.fl./kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkterna 68 och 79). Den engelska (”has already been or is capable of hampering competition”) och den franska språkversionen (”ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence”) av prioriteringsmeddelandet verkar bättre överensstämma med den rättsliga ram som uppställts genom artikel 82 EG (artikel 102 FEUF).

36 — Punkt 3 i prioriteringsmeddelandet.

37 — Dom Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, punkt 21) och dom Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punkterna 29 och 31).

62. Det stämmer visserligen att domstolen med avseende på andra prissättningsförfaranden än rabatter vid enstaka tillfällen har krävt att ett AEC-test genomförs när den framhållit att det enligt artikel 82 EG är förbjudet för ett företag i dominerande ställning att *särskilt* tillämpa ett förfarande som leder till en utestängningseffekt *för lika effektiva konkurrenter*. [38]

63. Av ovannämnda rättspraxis framgår emellertid inte att det föreligger ett absolut krav att alltid genomföra ett AEC-test i samband med konkurrensbedömningen av prisbaserad utestängning. För det första avser denna rättspraxis särskilt prissättningsförfaranden som tillämpas av dominerande företag såsom till exempel en lågprispolitik (till exempel förbud mot underpris) eller marginalpress som redan till sin natur har ett nära samband med det berörda företagets kostnadsstruktur. För det andra kan ur domstolens formulering ”särskilt” (franska: notamment) [39] klart utläsas att missbruk av en dominerande ställning inte alltid enbart kan antas föreligga när en utestängningseffekt för lika effektiva konkurrenter som det dominerande företaget uppkommer.

64. Vad framför allt gäller rabattsystem som tillämpas av dominerande företag har domstolen hittills inte krävt att en pris/kostnadsanalys ska genomföras för att ett rabattsystem ska kunna anses utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG. Domstolen har tvärtom hittills med avseende på sådana rabattsystem slagit fast att den omständigheten att det inte har gjorts någon jämförelse mellan priser och kostnader inte utgör en felaktig rättstillämpning. [40] Jag anser att domstolen ska vidhålla denna inställning även i förevarande mål.

65. Det är säkerligen rent teoretiskt tänkbart att i allmänhet kräva att ett AEC-test genomförs för att kunna fastslå att prisbaserad utestängning föreligger och således även föreskriva att testet ska genomföras med avseende på rabattsystem som tillämpas av dominerande företag. Man bör emellertid av flera skäl förhålla sig skeptisk till en sådan vidareutveckling av rättspraxis avseende artikel 82 EG.

66. För det första är mervärdet av komplicerade ekonomiska analyser inte alltid uppenbart och kan leda till att konkurrensmyndigheternas och domstolarnas resurser, vilka saknas på annat håll för en effektiv tillämpning av konkurrenslagstiftningen, används i oproportionellt stor utsträckning. Den metod som tillämpas kan – såsom till exempel framgår av Post Danmarks, Bring Citymails och den danska regeringens uttalanden vid domstolen – ge upphov till betydande meningsskiljaktigheter. [41] Bortsett från detta är de uppgifter som tillhandahålls inte alltid tillförlitliga [42] och förutsätter att de dominerande företagen verkligen är villiga att samarbeta med konkurrensmyndigheterna och domstolarna, vilket, såsom den tyska regeringen framhållit, inte alltid kan garanteras.

67. För det andra vill jag varna för den felaktiga uppfattningen att man på ett enkelt och rättsäkert sätt skulle kunna lösa problematiken med prisbaserad utestängning med hjälp av en matematisk formel som enbart grundar sig på det berörda företagets pris- och kostnadsposter. Såsom redan anförts ovan kan företagsuppgifter ofta tolkas på olika sätt.

38 — Dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 25); se dessutom dom Deutsche Telekom/kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, särskilt punkterna 177, 183, 196, 203 och 254) och dom TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, särskilt punkterna 67, 73 och 94); även i domen AKZO/kommissionen (C-62/86, EU:C:1991:286, särskilt punkterna 71 och 72) anses bland annat en pris/kostnadsanalys vara avgörande.

39 — Dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 25) och dom Deutsche Telekom/kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 177, varvid det tyska uttrycket ”u. a.” (bl.a.) där används för det franska uttrycket ”notamment”.

40 — Dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 80, se även punkt 73).

41 — Även kommissionen har i punkt 25 i sitt prioriteringsmeddelande anfört att resultatet av ett AEC-test inte alltid är entydigt.

42 — Kommissionen har även i punkt 25 i dess prioriteringsmeddelande framhållit att det måste finnas tillräckligt tillförlitliga uppgifter för ett AEC-test.

68. Framför allt krävs för att ett missbruk ska kunna fastställas inom ramen för artikel 82 EG, liksom i andra sammanhang, alltid att det görs en bedömning med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet som inte ska ske enbart med iakttagande av pris- och kostnadsposter. Tvärtom kan flera andra faktorer, såsom den konkreta utformningen av ett rabattsystem och vissa särdrag hos den marknad på vilken det dominerande företaget utövar verksamhet, också vara av betydelse för bedömningen av huruvida det föreligger ett missbruk. Sådana faktorer kan till och med vara mer avslöjande än en pris/kostnadsanalys.

69. Genom att beakta samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet och möjligheten att det dominerande företagets affärsbeteende kan vara ekonomiskt objektivt motiverat säkerställs i tillräcklig grad att de rättsliga krav som måste vara uppfyllda för att det ska kunna fastställas att det föreligger ett missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG inte bortser från den ekonomiska verkligheten. [43]

70. Om det redan av en helhetsbedömning av övriga omständigheter i det enskilda fallet framgår att ett rabattsystem som tillämpas av ett dominerande företag, såsom jag anfört ovan, [44] utgör missbruk, så krävs rättsligt sett inte någon pris/kostnadsanalys i form av ett AEC-test.

71. Det kan enligt artikel 82 EG i än högre grad inte föreligga någon rättslig skyldighet att genomföra ett AEC-test när det med hänsyn till marknadens struktur är uteslutet att ett annat företag kan vara lika effektivt som det dominerande företaget. Detta kan bero på de särskilda konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden (till exempel att marknaden, såsom i förevarande fall, kännetecknas av höga inträdeshinder, stora stordriftsfördelar och/eller nätverksbundna tjänster) eller på att det dominerande företagets kostnadsnivå just beror på den fördelaktiga konkurrenssituation som företaget befinner sig i till följd av dess dominerande ställning. [45]

72. I sådana fall skulle det vara meningslöst att genom en form av pris/kostnadsanalys pröva huruvida det rabattsystem som tillämpas av det dominerande företaget medför en utestängningseffekt för rent hypotetiskt lika effektiva konkurrenter. Om det nämligen inte kan finnas någon konkurrent som är lika effektiv som det dominerande företaget, så kan av ett AEC-test inte någon bestämd slutsats dras om utestängningseffekter kan uppkomma på marknaden eller inte.

73. På en marknad där konkurrensen på grund av ett dominerande företags existens är så försvagad att konkurrenter som är lika effektiva inte ens kan komma in på marknaden, får tvärtom inte heller konkurrenstrycket från mindre effektiva företag underskattas. [46] Det hör nämligen till de grundläggande mål som eftersträvas med artikel 82 EG att upprätthålla detta. Det ska nämligen förhindras att marknadens struktur och kundernas valmöjligheter försämras ytterligare av det dominerande företagets affärsbeteende. [47]

74. Artikel 82 EG utgör följaktligen hinder mot att genomföra ett AEC-test på en sådan marknad där det med hänsyn till marknadens struktur är uteslutet att ett annat företag kan vara lika effektivt som det dominerande företaget.

43 — Se, i detta avseende, mitt förslag till avgörande i målet Solvay/kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:256, punkt 80).

44 — Se, i detta avseende, punkterna 33–54 i detta förslag till avgörande.

45 — Se, för ett liknande resonemang, dom TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 45 i slutet).

46 — Se, för ett liknande resonemang, även punkt 24 i prioritetsmeddelandet. Se även dom Hoffmann-La Roche/kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, punkt 123 i slutet).

47 — Dom France Télécom/kommissionen (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punkt 105), dom Deutsche Telekom/kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkterna 83 och 176), dom TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 24) och dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkterna 20 och 23). För ett liknande resonemang, se dom British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 66).

75. Sammanfattningsvis kan således följande fastställas:

Artikel 82 EG kräver inte att det genom en pris/kostnadsanalys i form av ett en lika effektiv konkurrent-test (*as efficient competitor*-test) visas att ett rabattsystem som tillämpas av ett dominerande företag utgör missbruk om det redan mot bakgrund av en helhetsbedömning av andra omständigheter i det enskilda fallet kan fastställas att rabattsystemet utgör missbruk.

Det står emellertid de myndigheter och domstolar som har att handlägga konkurrensärenden fritt att inom ramen för deras helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet använda sig av en sådan pris/kostnadsanalys, såvida det med hänsyn till marknadens struktur inte är uteslutet att ett annat företag kan vara lika effektivt som det dominerande företaget.

C – *Frågan om det krävs att rabattsystemets eventuellt konkurrensbegränsande verkan är märkbar (andra frågan och tredje frågans andra del)*

76. Den hänskjutande domstolen vill genom sin andra fråga slutligen få klarhet i hur ”sannolik och allvarlig” den konkurrenshämmande verkan av ett rabattsystem som tillämpas av ett dominerande företag, såsom Post Danmark, ska vara för att artikel 82 i EG fördraget ”ska vara tillämplig”. I samma riktning går även den tredje frågans andra del inom ramen för vilken den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida det krävs att den ”marknadsutestängande effekten” av ett sådant rabattsystem är ”märkbar”.

77. Enligt min mening räcker det inte att som svar på den hänskjutande domstolens frågor enbart hänvisa till medlemsstaternas processuella autonomi vad gäller bevisfrågor.[48] Det rör sig här nämligen om *materiella* krav som ska ställas för att missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG ska kunna fastställas. Dessa krav är av unionsrättslig natur och måste tillämpas på samma sätt inom unionen så att ramvillkor avseende konkurrensreglerna som är så enhetliga som möjligt är tillämpliga på de företag som är verksamma på den inre marknaden (”*level playing field*”).[49]

78. De två aspekter som den hänskjutande domstolen anfört, det vill säga sannolikheten för en konkurrenshämmande verkan, å ena sidan, och allvaret av denna verkan, å andra sidan, bör prövas separat.

1. Sannolikheten för att en konkurrenshämmande verkan uppkommer

79. Den hänskjutande domstolen har till att börja med frågat hur sannolik den konkurrenshämmande verkan av ett rabattsystem som tillämpas av ett dominerande företag ska vara för att utgöra ett missbruk enligt artikel 82 EG.

80. Utestängningseffekten av ett sådant rabattsystem får inte vara rent hypotetisk.[50] De aktuella rabatterna ska med andra ord inte bara *abstrakt* utan även *konkret* vara *av beskaffenheten* att försvåra eller till och med omöjliggöra för det dominerande företagets konkurrenter att få tillträde till marknaden och för dess avtalsparter att välja mellan flera inköpskällor eller handelspartner.[51]

48 — Se, i detta avseende, skäl 5 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1).

49 — Avseende uttrycket ”*level playing field*”, se, till exempel, mitt förslag till avgörande i målen Akzo Nobel Chemicals och Akcros Chemicals/kommissionen (C-550/07 P, EU:C:2010:229, punkt 169), Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 118) och KONE m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 29).

50 — Se, för ett liknande resonemang, dom Deutsche Telekom/kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 254) och dom TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punkterna 66 och 67).

51 — Se, i detta avseende, mitt förslag till avgörande i målet British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punkt 73).

81. Det är i detta syfte emellertid inte nödvändigt att göra en komplicerad analys av rabatternas konkreta verkningar för konkurrensen, det vill säga det måste inte prövas om en utestängningseffekt *faktiskt* har uppkommit.[52] Förbudet i artikel 82 EG omfattar nämligen även beteenden hos dominerande företag som har *potentiell*, konkurrensbegränsande effekt.[53] Även om Post Danmarks påstående att Bring Citymail inte dragit sig tillbaka från den danska marknaden på grund av att det omtvistade rabattsystemet således inte skulle vara korrekt, så innebär detta inte att det inte kan fastställas att det föreligger ett beteende som utgör missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG.

82. Det är enligt fast rättspraxis nödvändigt men också tillräckligt att de aktuella rabatterna *kan* medföra en utestängningseffekt.[54] Det förhåller sig på det sättet när det mot bakgrund av en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter kan fastställas att det är mer sannolikt att en sådan utestängningseffekt inträder än att den uteblir.[55]

83. Jag anser inte att det är lämpligt att lägga ribban högre för att fastställa missbruk som strider mot artikel 82 EG och till exempel kräva att det måste vara ”mycket sannolik[t]” eller ”särskilt sannolik[t]” eller att det till och med ”utan rimliga tvivel kan fastställas” att en utestängningseffekt kommer att inträda.

84. Oberoende av hur ett dominerande företag har uppnått sin dominerande ställning har det nämligen ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den inre marknaden.[56] Detta ansvar medför en viss skyldighet att träda tillbaka på marknaden. Det dominerande företaget måste av det skälet underlåta att tillämpa *alla* affärsmetoder som *sannolikt* kan medföra en utestängningseffekt och inte enbart sådana där det är mycket sannolik[t]” eller ”särskilt sannolik[t]” att en sådan effekt kommer att inträda eller detta till och med ”utan rimliga tvivel” kan fastställas.

85. Graden av sannolikhet för att en utestängningseffekt kommer att inträda kan på sin höjd påverka omfattningen av eventuella sanktioner, till exempel de böter som ska åläggas av en konkurrensmyndighet. Böternas storlek måste alltid uppfylla de erfordrade kraven på proportionalitet (artikel 49.3 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och artikel 23.3 i förordning nr 1/2003). Ju mer sannolikt det är att en utestängningseffekt kommer att inträda och ju större omfattningen av denna effekt är, desto hårdare ska sanktionen vara. En sådan sanktionsproblematik är emellertid inte föremål för förevarande begäran om förhandsavgörande.

2. Allvaret av den konkurrenshämmande verkan som kan förväntas

86. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i hur ”allvarlig” eller ”märkbar” den konkurrenshämmande verkan av ett rabattsystem måste vara för att omfattas av förbudet mot missbruk enligt artikel 82 EG.

52 — Dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkterna 68 och 79); se, för ett liknande resonemang, dom Tetra Pak/kommissionen (C-333/94 P, EU:C:1996:436, punkt 44) och dom Michelin/kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 239).

53 — Dom TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 64); se, för ett liknande resonemang, dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 44), där det talas om att en konkurrent ”faktiskt eller sannolikt utestängs”.

54 — Dom British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 68) och dom Michelin/kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 239).

55 — Se, för ett liknande resonemang, dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), där det talas om ”de sannolika skadliga verkningarna på konkurrensen” (punkt 42) och om en ”faktisk eller sannolik utestängning” (punkt 44).

56 — Dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 57); se, för ett liknande resonemang, dom France Télécom/kommissionen (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punkt 105), dom Deutsche Telekom/kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 176) och dom TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 24).

87. Därmed hänvisas slutligen till problematiken huruvida eventuella konkurrensbegränsande verkningar av ett rabattsystem som tillämpas av dominerande företag måsta vara märkbara. Det ska klargöras huruvida det för att fastställa missbruk enligt artikel 82 EG krävs att de konkurrensbegränsande verkningar som ett rabattsystem har överskrider en *de minimis*-tröskel.

88. Såsom anförts av flera parter i målet ligger ett terminologiskt problem som uppkom i domen Post Danmark som avkunnades år 2012 till grund för de tvivel som den hänskjutande domstolen hyser i detta avseende. I den danska språkversionen av domen, som är bindande, används överraskande begreppet ”mærkbare virkninger” för uttrycket utestängningseffekt [57] vilket betyder så mycket som ”märkbara verkningar”. På motsvarande sätt talas i en annan punkt i samma dom om ”eliminerende virkning”, [58] det vill säga om en ”eliminerande verkan” vilket likaså låter förhållandevis strängt.

89. Av den franska språkversionen av domen (franska är domstolens arbetsspråk) framgår att det vid den danska formuleringen måste röra sig om en felaktig översättning. I den franska språkversionen talas det nämligen om ”effet[s] d’éviction”, det vill säga om en ”utestängningseffekt”, vilket överensstämmer med övrig rättspraxis avseende artikel 82 EG. [59]

90. Mot bakgrund av vad som anförts ovan får begreppen ”mærkbare virkninger” och ”eliminerende virkning” i domen Post Danmark från år 2012 inte förstås på så sätt att ett märkbarhetskriterium eller en *de minimis*-tröskel är tillämplig på rabattsystem som tillämpas av dominerande företag. Tvärtom ska alla rabattsystem som tillämpas av dominerande företag som kan medföra en utestängningseffekt [60] anses utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG, och inte enbart de som har eller kan ha ”allvarliga” eller ”märkbara” verkningar på konkurrensen.

91. Eftersom konkurrensstrukturen på den relevanta marknaden redan är försvagad på grund av det dominerande företagets existens kan inom tillämpningsområdet för artikel 82 EG varje ytterligare begränsning av denna konkurrensstruktur utgöra missbruk av det dominerande företagets ställning. [61]

92. På ett liknande sätt slog domstolen nästan samtidigt med domen Post Danmark från år 2012 fast att det inte är nödvändigt att fastställa en exakt tröskel från och med vilken de rabatter som beviljas av ett dominerande företag måste anses utgöra missbruk för att tillämpa artikel 82 EG. [62] Kunderna ska nämligen ha möjlighet att dra nytta av all den konkurrens som kan råda på marknaden, och konkurrenterna ska kunna konkurrera med priser och prestationer på hela marknaden och inte endast på en del av den. För övrigt är det inte det dominerande företagets sak att fastställa hur många lönsamma konkurrenter som ska tillåtas konkurrera om den del av efterfrågan som är öppen för konkurrens. [63]

93. En *de minimis*-tröskel för att bedöma huruvida ett dominerande företags affärsbeteende har utestängningseffekt förefaller emellertid inte heller nödvändig av ytterligare två skäl. För det första måste nämnda utestängningseffekt, såsom anförts ovan, [64] grunda sig på en konkret bedömning av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet, och det måste vara mer sannolikt att effekten inträder än att den uteblir. För det andra omfattar förbudet mot missbruk enligt artikel 82 EG enbart sådana beteenden som kan påverka handeln mellan medlemsstater.

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

58 — Dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 41, se för ett liknande resonemang punkterna 17, 22, 27, 29 och 44).

59 — Se, i detta avseende, punkt 29 i detta förslag till avgörande.

60 — Se punkt 82 i detta förslag till avgörande.

61 — Dom Hoffmann-La Roche/kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, punkt 123 i slutet).

62 — Dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkterna 46 och 48); se, för ett liknande resonemang, dom Hoffmann-La Roche/kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, punkt 89), där det påpekas att lojalitetsbonus utgör missbruk ”oavsett om … [inköpet avser] avsevärda eller obetydliga belopp”.

63 — Dom Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 42).

64 — Se punkterna 31, 68 och 82–85 i detta förslag till avgörande.

94. Var och en av de båda aspekterna utesluter redan för sig att sådana beteenden vars konkurrensbegränsande verkningar enbart är hypotetiska eller av helt underordnad betydelse kan omfattas av förbudet mot missbruk enligt artikel 82 EG.

3. Slutsats i denna del

95. Sammanfattningsvis kan således följande fastställas:

Bortsett från kravet på att handeln mellan medlemsstater måste påverkas faktiskt eller potentiellt behöver den utestängningseffekt som ett rabattsystem som tillämpas av ett dominerande företag kan medföra inte överskrida någon märkbarhetströskel (*de minimis*-tröskel) för att anses som missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG. Det räcker att det är mer sannolikt att en sådan utestängningseffekt inträder än att den uteblir.

VI – **Förslag till avgörande**

96. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara de frågor som danska Sø- og Handelsret har ställt i sin begäran om förhandsavgörande på följande sätt:

1) Det rabattsystem som tillämpas av ett dominerande företag utgör missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG när det mot bakgrund av en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet kan fastställas att rabatterna är ägnade att medföra en utestängningseffekt som inte är ekonomiskt motiverad, varvid särskilt kriterierna och sättet för beviljande av rabatterna, konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden och det dominerande företagets ställning på den marknaden ska bedömas.

2) Artikel 82 EG kräver inte att det genom en pris/kostnadsanalys i form av ett en lika effektiv konkurrent-test (*as efficient competitor*-test) visas att ett rabattsystem som tillämpas av ett dominerande företag utgör missbruk om det redan mot bakgrund av en helhetsbedömning av andra omständigheter i det enskilda fallet kan fastställas att rabattsystemet utgör missbruk.

   Det står emellertid de myndigheter och domstolar som har att handlägga konkurrensärenden fritt att inom ramen för deras helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet använda sig av en sådan pris/kostnadsanalys, såvida det med hänsyn till marknadens struktur inte är uteslutet att ett annat företag kan vara lika effektivt som det dominerande företaget.

3) Bortsett från kravet på att handeln mellan medlemsstater måste påverkas faktiskt eller potentiellt behöver den utestängningseffekt som ett rabattsystem som tillämpas av ett dominerande företag kan medföra inte överskrida någon märkbarhetströskel (*de minimis*-tröskel) för att anses som missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG. Det räcker att det är mer sannolikt att en sådan utestängningseffekt inträder än att den uteblir.