PAOLO MENGOZZI
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2011. május 24.[1]

C-209/10. sz. ügy

Post Danmark A/S
kontra
Konkurrenceråd

(a Højesteret [Dánia] által benyújtott előzetes döntéshozatal iránti kérelem)

„EUMSZ 102. cikk — A címzetlen postai küldemények kézbesítésének dániai piaca — Erőfölénnyel való visszaélés — A címzetlen postai küldemények kézbesítési árának szelektív csökkentése — Az átlagos teljes költségnél alacsonyabb árak — Az átlagos többletköltségnél magasabb árak — Versenytárs kiszorítása — Szándék — Hatás — Árdiszkrimináció — Felfaló árazás”

I – Bevezetés

1. A Højesteret (Dánia) jelen előzetes döntéshozatal iránti kérelme az EK 82. cikk (jelenleg EUMSZ 102. cikk) értelmezésére vonatkozik.

2. A kérdést előterjesztő bíróság lényegében arra a kérdésre vár választ, hogy a Post Danmark A/S (a továbbiakban: Post Danmark) postai vállalkozás visszaélt-e a címzetlen postai küldemények kézbesítésének dániai piacán fennálló erőfölényével[2] azáltal, hogy versenytársának, a Forbruger Kontaktnak (a továbbiakban: FK) három korábbi ügyfelével kötött megállapodásokkal kapcsolatban szelektíven alkalmazott alacsony árakat, még akkor is, ha bizonyított, hogy az árakat nem az FK kizárásának szándékával állapította meg.

3. Amennyiben ez az egyetlen indok nem lenne elegendő, a kérdést előterjesztő bíróság lényegében azt kéri, hogy a Bíróság mondja ki, melyek azok a további releváns körülmények, amelyeket a nemzeti bíróságnak az árak formájában megvalósuló kiszorításra irányuló visszaélés megállapításakor figyelembe kell vennie.

4. E nem könnyen megválaszolható kérdések vizsgálatát megelőzően emlékeztetni kell az előzetes döntéshozatalra utaláshoz vezető alapeljárás lényeges körülményeire.

1 — Eredeti nyelv: francia.

2 — Az előzetes döntéshozatalra utaló határozat szerint címzetlen postai küldeményeknek minősülnek többek között a reklámok, telefonkönyvek, egyéb címjegyzékek, helyi és regionális újságok.

5. A Post Danmark és az FK a két vezető vállalkozás a címzetlen postai küldemények kézbesítésének dániai piacán. E piac teljes mértékben liberalizált, és nem tartozik egyetlen olyan postai ágazatra vonatkozó jogszabály hatálya alá sem, amely a közösségi postai szolgáltatások belső piacának fejlesztésére és a szolgáltatás minőségének javítására vonatkozó közös szabályokról szóló 97/67/EK irányelv [3] átültetésére irányul.

6. Az alapeljárás tényállásának megvalósulása időpontjában, 2003 és 2004 között az előzetes döntéshozatalra utaló határozat szerint a Post Danmark egyedi és kizárólagos joggal rendelkezett a meghatározott súlyú címzett levelek és csomagok kézbesítését illetően, valamint egyetemes szolgáltatási kötelezettség terhelte a meghatározottnál alacsonyabb súlyú címzett postai küldemények tekintetében. [4] Ebből kifolyólag a vállalat országos kézbesítési hálózattal rendelkezett, amelyet a címzetlen küldemények kézbesítésével kapcsolatos liberalizált tevékenységére is használt.

7. Az FK, amely az egyik dán sajtócsoport leányvállalata, fő tevékenysége a címzetlen postai küldemények kézbesítése. Az alapeljárás tényállásának megvalósulása idején ez a vállalkozás többé-kevésbé országos kézbesítési hálózatot épített ki elsősorban a címzetlen postai küldemények kézbesítésének dániai piacán működő kisebb kézbesítők felvásárlásával.

8. Az FK fő ügyfelei 2004-ig a SuperBest, a Spar és a Coop élelmiszeráruház-láncok voltak.

9. A 2003 végén kötött megállapodások alapján 2004 elejétől a Post Danmark végezte a három élelmiszeráruház-lánc címzetlen küldeményeinek kézbesítését.

10. Az előzetes döntéshozatalra utaló határozatból kiderül, hogy a Post Danmarkkal és az FK-val folytatott tárgyalásokat követően a Cooppal megkötött megállapodás éves szinten a Post Danmark fő ügyfele által kézbesíttetett címzetlen küldemények háromszorosára terjedt ki. A Coop-csoport háztartásonként öt küldeményt is kézbesíttetett, miközben a Post Danmark egyetlen korábbi ügyfele sem kézbesíttetett háztartásonként egynél több küldeményt, és ez volt a Post Danmark első olyan kézbesítési megállapodása, amely a pénteki, illetve szombati címzetlen küldeményekre terjedt ki. A Post Danmark Coopnak tett ajánlata alacsonyabb volt, mint a Post Danmark más ügyfeleinek ajánlott ár. A Coop a listaárhoz képest nagyobb árengedményt kapott, mint más ügyfelek.

11. Ezen túlmenően a kérdést előterjesztő bíróság hangsúlyozza, hogy a Post Danmark címzetlen küldemények kézbesítésével kapcsolatos költsége küldeményenként 0,13 dán koronával csökkent 2003 és 2004 között, valamint hogy a Coopnak ajánlott ár nem fedezte a Post Danmark átlagos teljes költségét, csak az átlagos többletköltségét.

12. Az FK azon panaszát követően, amely szerint a Post Danmark felfaló árazást, árdiszkriminációt és hátrányosan megkülönböztető jellegű hűségengedményeket alkalmazott, valamint keresztfinanszírozást folytatott, a Konkurrenceråd (versenytanács) 2004. szeptember 29-i határozatában megállapította, hogy a Post Danmark megsértette az EK 82. cikket azáltal, hogy 2003 és 2004 között – különböző árakat alkalmazva a versenytársa ügyfeleivel és a saját ügyfelei szemben –, elsődleges árdiszkriminációt (primary-line discrimination) valósított meg.

3 — 1997. december 15-i 97/67/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 15., 14. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 3. kötet, 71. o.). Meg kell jegyezni, hogy az alapeljárás tényállásának bekövetkezését követően ezt az irányelvet a 97/67/EK irányelv módosításáról szóló, 2008. február 20-i 2008/6/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL 2008. L 52., 3. o.) lényegileg módosította. A 2008/6/EK 2. cikke értelmében a Dán Királyságnak 2010. december 31-ig kellett a módosításokat a belső jogba átültetnie.

4 — Meg kell jegyezni, hogy a 2008/6/EK 7. cikke előírja, hogy a tagállamok nem adhatnak a postai szolgáltatások bevezetésére és nyújtására vonatkozó kizárólagos vagy különleges jogokat. Ennek következtében az egyetemes szolgáltatások nyújtását az említett cikkben felsorolt egyéb eszközök felhasználásával vagy az EK-Szerződéssel összhangban lévő egyéb módon kell finanszírozni.

13. Ez a hatóság továbbá úgy ítélte meg, hogy a Post Danmark visszaélt erőfölényével az FK ügyfeleinek nyújtott célengedmények formájában megvalósuló elsődleges hátrányos megkülönböztetés alkalmazásával. Hasonlóképpen, a Konkurrencerådet is megállapította, hogy a Post Danmark másodlagos árdiszkriminációt valósított meg (secondary-line discrimination) azzal, hogy hasonló helyzetben lévő kereskedelmi partnereit eltérő bánásmódban részesítette.

14. Ugyanakkor a felfaló árazás kifogásolt gyakorlatával kapcsolatban a Konkurrencerådet megállapította, hogy a kérdés összetett és részletesebb vizsgálatot igényel, amelyet ezen hatóság valamely későbbi határozata keretében kell értékelni. Végül a feltételezett keresztfinanszírozást illetően a Konkurrencerådet megállapította, hogy az iratok alapján nem állapítható meg, hogy a Post Danmark más tevékenységi köreiből átcsoportosítást hajtott végre.

15. 2004. november 24-i határozatában a Konkurrenceråd megállapította, hogy nem bizonyítható semmilyen, a verseny megszüntetésére irányuló szándék a Post Danmark részéről, és következésképpen megállapította, hogy a Post Danmark nem élt vissza az erőfölényével a címzetlen küldemények dániai piacán felfaló árazás alkalmazásával.

16. 2005. július 1-jei határozatával a Konkurrenceankenævn (fellebbviteli versenybizottság) helybenhagyta a Konkurrenceråd 2004. szeptember 29-i és 2004. november 24-i határozatát.

17. Ez a határozat jogerős lett az EK 82. cikkel ellentétes másodlagos árdiszkrimináció fennállásának és a Post Danmark részéről történő felfaló árazás bizonyítottsága hiányának megállapítása vonatkozásában.

18. A Post Danmark azonban keresetet nyújtott be az Østre Landsrethez (keleti regionális bíróság) a Konkurrencerådnak a SuperBest, a Spar és a Coop élelmiszeráruház-láncokra alkalmazott szelektíven alacsonyak árak formájában megvalósuló erőfölénnyel való visszaélésre vonatkozó 2004. szeptember 29-i határozatát helybenhagyó 2005. július 1-jei határozat ellen.

19. 2007. december 21-én az Østre Landsret osztotta a versenyhatóságok megállapításait abban az értelemben, hogy a Post Danmark visszaélt a címzetlen küldemények kézbesítésének dániai piacán fennálló erőfölényével azzal, hogy 2003-ban és 2004-ben különböző árakat alkalmazott a saját ügyfelei, illetve az FK korábbi ügyfelei tekintetében anélkül, hogy költségvonatkozású indokokkal igazolni tudta volna e különbségeket. E bíróság többek között azt állapította meg, hogy e magatartást a Post Danmark olyan piacon tanúsította, ahol a piaci részesedése és az egyedülálló strukturális előnye következtében nagyon különleges helyzetben volt, és ahol az egyedüli jelentős versenytárs, az FK a jelentősebb ügyfelek elvesztése esetén igen sebezhető volt.

20. A Post Danmark ezen ítélet ellen a Højesterethez fellebbezést nyújtott be, amelyben elsősorban arra hivatkozik, hogy a verseny megszüntetésére irányuló szándéknak teljesülnie kell ahhoz, hogy az átlagos teljes költséget nem fedező szelektív alacsony árak alkalmazása sértse az EK 82. cikket.

21. Ilyen körülmények között a Højesteret felfüggesztette az eljárást, és előzetes döntéshozatal céljából a következő kérdéseket terjesztette a Bíróság elé:

„1) Az EK 82. cikk úgy értelmezendő-e, hogy olyan szelektív árengedmények alkalmazása az erőfölényben lévő, egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel terhelt postai vállalkozás részéről, amelyek az árat a postai vállalkozás átlagos teljes költségeinél alacsonyabb szintre csökkentik, amely ugyanakkor magasabb, mint az átlagos többletköltségei, visszaélésszerű kiszorításra irányuló gyakorlatot valósít meg, amennyiben bizonyított, hogy az árat nem a versenytárs kiszorításának céljával állapították meg e szinten?

2) Amennyiben az első kérdésre az a válasz, hogy az e kérdésben kifejtett feltételek között a szelektív árengedmény alkalmazása bizonyos körülmények között visszaélésszerű kiszorításra irányuló gyakorlatot valósíthat meg, melyek a nemzeti bíróság által figyelembe veendő körülmények?”

22. A Bíróság alapokmányának 23. cikkével összhangban a Post Danmark, az FK, a dán, az olasz és a cseh kormány, valamint az Európai Bizottság írásbeli észrevételt nyújtott be. A 2011. március 11-i tárgyaláson meghallgatták a feleket, valamint az EFTA Felügyeleti Hatóságot.

II – Elemzés

A – *Előzetes megfontolások*

23. Post Danmarknak különösen a tárgyaláson megnyilvánuló azon törekvésével kapcsolatban, amely elsősorban a kérdést előterjesztő bíróság egyes megállapításainak a Bíróság előtt történő megkérdőjelezésére irányul, emlékeztetni kell arra, hogy az EK 234. cikkben említett eljárás keretében, amely a nemzeti bíróságok és a Bíróság feladatainak világos szétválasztásán alapul, az ügy konkrét tényállásának megítélése a nemzeti bíróság hatáskörébe tartozik. [5]

24. Az alapügyben először is nem vitatott, hogy a releváns piac a címzetlen postai küldemények kézbesítésének dániai piaca. Ellentétben azzal, amit a Post Danmark a Bíróság elé terjesztett észrevételeiben állított, az alapeljárás irataiból nem tűnik ki, hogy először a dán versenyhatóságok, majd ezt követően a nemzeti bíróságok - beleértve a kérdést előterjesztő bíróságot is - megállapították volna, hogy a piac két szegmensre oszlik, egyrészt a hét közben kézbesítendő küldemények piacára, másrészt a „vasárnapi” vagy tágabb értelemben a hétvégi kézbesítésre.

25. Véleményem szerint ebből kifolyólag nem kell hosszan elidőzni a Post Danmark azon észrevételén, mely szerint a vitatott árképzési gyakorlatot abból az egyetlen vagy elsődleges célból alkalmazták, hogy a címzetlen postai küldemények kézbesítésének kínálatát kibővítsék a hétvégi kézbesítésnek az idáig az FK által uralt szegmensével.

26. Továbbá az sem vitatott, hogy a nemzeti hatóságok és bíróságok által behatárolt piacon a Post Danmark az EK 82. cikk értelmében vett erőfölénnyel rendelkezik. Mindent egybevetve az előzetes döntéshozatal iránti kérelem egyértelműen ezen az előfeltevésen alapul.

27. Ezen kérelem szerint a Post Danmark erőfölénye piaci helyzetének átfogó vizsgálata alapján derült ki. Az elemzés ugyanakkor elsődlegesen a társaság forgalom szerinti jelentős, 50%-os piaci részesedésére [6] és olyan országos kézbesítési hálózatból eredő különleges piaci helyzetére támaszkodott, amely a postai küldeményekre vonatkozó egyetemleges szolgáltatási kötelezettség miatt a címzetlen küldemények kézbesítésétől függetlenül fenntartható.

28. Amennyiben az alapeljárás irataiból nem tűnik ki, hogy vizsgálták-e ezen részesedések jelentőségét az FK piaci részesedésének [7] és az egyes ügyfelek esetleges vevői erejének függvényében, ez nem változtat azon, hogy a nemzeti bíróságok és a Bíróság közötti hatáskörmegosztás keretében ez utóbbinak nem kötelessége, hogy azon elemzésnek, amely alapján a dán hatóságok és bíróságok megállapították, hogy e társaság a címzetlen küldemények kézbesítésének dániai piacán erőfölénnyel rendelkezik, egy vagy több vetületét újra elkezdje vizsgálni.

29. Végül fontos, hogy jól körülhatároljuk a Bírósághoz előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések tárgyát.

5 — Lásd különösen a C-450/06. sz. Varec-ügyben 2008. február 14-én hozott ítélet (EBHT 2008., I-581. o.] 23. pontját és a C-49/07. sz. MOTOE-ügyben 2008. július 1-jén hozott ítélet (EBHT 2008., I-4863. o.) 30. pontját.

6 — A dán versenyhatóságok által készített és az előzetes döntéshozatal iránti kérelembe is beillesztett táblázatból kiderül, hogy a Post Danmark piaci részesedése 2001–2002-ben 47%, 2003-ban 44% volt, 2004-ben pedig 55%-ra emelkedett.

7 — Az előzetes döntéshozatal iránti kérelem szerint az FK piaci részesedése 2001-ben 15 és 25%, 2002-ben 23 és 35%, 2003-ban 35 és 45%, 2004-ben pedig 25 és 35% között mozgott.

30. E tekintetben le kell szögezni, hogy a Bíróságtól nem kérték az EK 82. cikk értelmében vett, felfaló árképzés formájában megvalósuló erőfölénnyel való visszaélés vizsgálatát.

31. Amint az az alapeljárás irataiból is kitűnik, a dán versenyhatóságok nem állapították meg az AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 70–72. pontja értelmében vett [8] versenytárs kizárására irányuló terv fennállását, amely értékelést az FK a nemzeti bíróságok előtt nem vitatta.

32. A fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 70–72. pontja értelmében vett felfaló árazás megállapítása érdekében ugyanis szükséges annak bizonyítása, hogy a Post Danmark ilyen stratégiát vezetett be, hiszen – mint ahogy a kérdést előterjesztő bíróság is megállapította, legalábbis a Post Danmark által a Cooppal, az FK három ügyfelének egyikével szemben alkalmazott árak tekintetében – ezek az árak az erőfölényben lévő vállalkozás átlagos többletköltségénél magasabbak, de az átlagos teljes költségeinél alacsonyabbak voltak. [9]

33. Az a tény, hogy kérelmében a kérdést előterjesztő bíróság releváns költségként a Post Danmark alapügyben figyelembe vett átlagos többletköltségére, és nem pedig a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítéletben figyelembe vett változó költségekre hivatkozott, az ügy iratai alapján azzal magyarázható, hogy ugyanazon vállalkozáson belül egyrészt vannak fenntartott és nem fenntartott tevékenységek, amelyek folytatása mindkét esetben egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel jár, másrészt léteznek olyan tisztán kereskedelmi tevékenységek, amelyeket a címzetlen küldemények kézbesítésének liberalizált piacán folytatnak.

34. Ugyanis az árak és az általános gazdasági érdekű feladatot (közszolgáltatást vagy egyetemes szolgáltatást) ellátó erőfölényben lévő vállalkozás részéről felmerülő változó költségek összevetése nem megfelelő. Egyrészt az a veszteségek túlértékelését eredményezheti, mivel a vállalkozás általános gazdasági érdekű feladata a versenytársakénál magasabb költségeket eredményez a versenyző piacon folytatott tevékenysége vonatkozásában is. Ellenben, ha kizárólag csak az erőfölényben lévő vállalkozás változó költségeit vennénk figyelembe, az a költségei alulértékeléséhez vezetne, amennyiben a vállalkozás magas állandó költségekkel (pl. hálózatának használatával járó költségek) és alacsony változó költségekkel működik. [10]

35. E körülményekre tekintettel figyelembe kellene venni egy másik költségtényezőt, azaz a versenyző piacon folytatott sajátos tevékenység állandó és változó költségeit tartalmazó többletköltséget.

36. E tekintetben, amint azt a kérdést előterjesztő bíróság megállapította, a többletköltség tényezőjének az alapügyben történő figyelembevétele az EK 82. cikk alkalmazására vonatkozó eljárásról szóló, 2001. március 20-i bizottsági határozaton alapult (HL L 125., 27. o.), amely a viszonylag hasonló helyzetben lévő [11] Deutsche Post által a németországi csomagküldő szolgáltatás piacán alkalmazott árképzési gyakorlatra vonatkozik. [12]

8 — A Bíróság C-62/86. sz., AKZO kontra Bizottság ügyben 1991. július 3-án hozott ítélete (EBHT 1991., I-3359. o.). Az ítélet ezen pontja szerint az állandó és a változó költségeket tartalmazó átlagos teljes költségeknél alacsonyabb, ám az átlagos változó költségeknél (amelyek az előállított mennyiség függvényében változnak) magasabb árakat visszaélésszerűnek kell tekinteni, mivel olyan terv keretében kerültek meghatározásra, amelynek célja a versenytárs kizárása. A Bíróság ezt a megközelítést erősítette meg többek között a C-333/94. P. sz., Tetra Pak kontra Bizottság ügyben 1996. november 14-én hozott ítélet (EBHT 1996., I-5951. o.) 41. pontjában és a C-202/07. P. sz., France Télécom kontra Bizottság ügyben 2009. április 2-án hozott ítélet (EBHT 2009., I-2369. o.] 109. pontjában.

9 — A Bíróságnak a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 70–72. pontjában kifejtett érvelését követve, abban az esetben, ha az alkalmazott árak az átlagos többletköltségnél alacsonyabbak lennének, a versenytársak kiszorítására irányuló stratégia fennállását nem kellene bizonyítani, ezek az árakat önmagukban felfaló áraknak kell tekinteni.

10 — Lásd e tekintetben többek között Mouy, N.: „Coûts incrémentaux: Retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Les spécificités des approches communautaire et française: un point de vue d'un régulateur", Concurrences, 2-2005., 1476. sz., 13. o.

11 — HL L 125., 27. o., a továbbiakban: Deutsche Post határozat.

12 — Lásd e tekintetben a Törvényszéknek a határozat kapcsán a T-340/03. sz., France Télécom kontra Bizottság ügyben 2007. január 30-án hozott ítélete (EBHT 2007., II-107. o.) 249. pontjában kifejtett álláspontját. A Bírósághoz ezen ítélet (a fent hivatkozott C-202/07. P. sz., France Télécom kontra Bizottság ügyben 2009. április 2-án hozott ítélet alapjául szolgáló ügy) ellen benyújtott fellebbezés nem érintette ezt a pontot.

37. Ebben a határozatában a Bizottság különösen azt állapította meg, hogy a Deutsche Post visszaélt erőfölényével azáltal, hogy a többletköltségnél alacsonyabb árakon nyújtotta a szóban forgó szolgáltatásait, így ezen vállalkozás felfaló árazást alkalmazott. Ez az intézmény az említett költségeket olyan költségekként határozta meg, amelyek kizárólag egy adott szolgáltatás nyújtásához kötődnek, függnek a teljesített mennyiségtől, és amelyek megszűnnek, ha ez utóbbi szolgáltatás megszűnik, ami azt jelenti, hogy azok az állandó közös költségek, amelyek nem egyetlen szolgáltatás nyújtásához kötődnek, nem képezik a többletköltség részét.[13] Ezen határozatból, amely a dán versenyhatóságok számára az alapügyben e kérdésben egyértelmű iránymutatást nyújtott, az is következik, hogy egy adott szolgáltatásra jellemző költségek között nem számolhatók el az egyetemes szolgáltatási kötelezettséghez kapcsolódó kézbesítési hálózat fenntartásával kapcsolatos költségek. Az átlagos többletköltség csak a versenynek kitett szolgáltatásnyújtás átlagos állandó és változó költségeit tartalmazza.[14]

38. Az alapügyben csakúgy, mint a fent hivatkozott Deutsche Post határozatban az átlagos többletköltség a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 71–72. pontja szerinti átlagos változó költségekhez hasonlóan tehát olyan alap- vagy minimumkritériumot jelent, amely alatt az erőfölényben lévő vállalkozás által alkalmazott árak felfaló jellegűek.

39. Az AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet ezen pontjaiban a fent hivatkozott Deutsche Post határozat alapján levezetett gondolatmenetet folytatva, a többletköltség átlagánál magasabb, de az átlagos teljes költségeknél alacsonyabb ár is felfaló jellegűnek minősül, amennyiben valamely versenytárs kizárására irányuló terv keretében állapították meg.

40. Ugyanakkor, ahogy azt már említettük, a kérdést előterjesztő bíróság kifejtette, hogy ilyen terv létezését a dán versenyhatóságok nem bizonyították. A jelen előzetes döntéshozatal iránti kérelem így nem is terjed ki a Post Danmark esetleges felfaló árazására.

41. A fentiekben kifejtett megfontolások ugyanakkor lehetővé teszik a kérdést előterjesztő bíróság kérdéseinek jobb megértését. E bíróság végső soron azt kívánja megtudni, hogy az olyan erőfölényben lévő vállalkozás, mint a Post Danmark versenytársának kiszorítására vagy kizárására irányuló visszaélés nem felfaló jellegű szelektív árengedmény esetén megállapítható-e, amennyiben igen, milyen feltételek mellett.

42. Ez a pontosítás két további megjegyzés megfogalmazására késztet.

43. Egyrészt a kérdést előterjesztő bíróság kérdései nem vonatkoznak a Post Danmark ügyfeleivel szemben árdiszkrimináció formájában megvalósult erőfölénnyel való visszaélésre, amely az említett ügyfelek piacán vagy piacain éreztette hatását (másodlagos hátrányos megkülönböztetés vagy secondary-line discrimination).

44. Az előzetes döntéshozatal iránti kérelemből és az alapeljárás irataiból az következik, hogy a Post Danmark a nemzeti bíróságok előtt nem támadta meg a dán versenyhatóságok azon megállapítását, mely szerint különböző árképzési gyakorlatot folytatott különösen az EK 82. cikk (1) bekezdésének c) pontja értelmében vett hasonló helyzetben lévő üzleti partnereivel szemben.

13 — A fent hivatkozott határozat 6. és 9. pontja, valamint a 7. lábjegyzet. Megjegyzendő, hogy a Törvényszék T-60/05 sz., UFEX és társai kontra Bizottság ügyben 2007. szeptember 12-én hozott ítéletének (EBHT 2007., II-3397. o., 161. pont) alapjául szolgáló ügyben a Bizottság azt is megfogalmazta, hogy annak megállapításához, hogy a francia posta a gyorsposta-szolgáltatási piacon erőfölénnyel visszaélt, ellenőrizni kell, hogy ezen vállalkozás által az említett piacon működő leányvállalatának nyújtott infrastrukturális szolgáltatásokért kiszámlázott díjak alacsonyabbak vagy egyenértékűek a szolgáltatásnyújtás inkrementális költségeivel, vagyis azokkal a költségekkel, amelyek kizárólag egy bizonyos szolgáltatás nyújtásához kötődnek, és amelyek egyből megszűnnek, ha a szóban forgó szolgáltatásnyújtás megszűnik. Bár az „inkrementális” szó nem került megemlítésre, lényegében ezt célozza a 67/97 irányelv 14. cikke, amikor a tagállamoknak előírja, hogy az egyetemes postai szolgáltatásnyújtókat kötelezzék arra, hogy olyan analitikus költségelszámolási nyilvántartásokat vezessenek, amelyekben elkülönítik az egy adott szolgáltatásra vagy egy adott termékre közvetlenül felhasználható költségeket, valamint a közös költségeket a rendelkezésben előírtak szerint.

14 — A Deutsche Post határozat 9. és 10. pontja.

45. A kérdést előterjesztő bíróság egyedül a Post Danmark által alkalmazott szelektív árengedményre összpontosított, amely, ha a dán versenyhatóságok nem léptek volna közbe, az FK kiszorítását vagy kizárását eredményezte vagy eredményezhette volna a címzetlen postai küldemények kézbesítésének dániai piacáról (elsődleges hátrányos megkülönböztetés vagy primary-line discrimination).

46. A dán hatóságok és bíróságok által az elsődleges és a másodlagos hátrányos megkülönböztetés között tett különbségtétel célszerűnek tűnik, és ezt a jogirodalom egy része is elfogadja [15]. Noha az EK 82. cikk szerinti visszaélést megvalósító magatartások felsorolása nem meríti ki az erőfölénnyel való visszaélésnek az ezen cikk által tiltott módozatait, [16] ez a különbségtétel véleményem szerint ugyanakkor lehetővé teszi az EK 82. cikk (1) bekezdése c) pontjának hatálya alá tartozó hátrányosan megkülönböztető árképzési gyakorlatok közötti kapcsolatok megvilágítását: vagyis vannak olyan gyakorlatok, amelyek versenyellenes hatásukat „az üzletfelek" piacán vagy piacain fejtik ki, ami által „azok hátrányos versenyhelyzetbe kerülnek"; és amelyek a másodlagosnak nevezett hátrányos megkülönböztetésnek felelnek meg, hiszen fogalmilag kizárt, hogy ezek az üzletfelek az erőfölényével visszaélő vállalkozás versenytársai legyenek, valamint vannak olyan gyakorlatok, amelyek azon a piacon jelennek meg, ahol az erőfölényben lévő vállalkozás és versenytársai működnek, és az EK 82. cikk (1) bekezdése b) pontjában említett olyan egyéb esetek közé tartoznak, amelyek a termelés, az értékesítés vagy a műszaki fejlesztés fogyasztók kárára történő korlátozásával valósulnak meg, valamint az említett versenytársak kiszorításával vagy kizárásával járnak.

47. Másrészt úgy tűnik, hogy a kérdést előterjesztő bíróság azzal, hogy az általa előterjesztett első kérdésben azon szelektív árengedmény esetét említi, amikor az árat az erőfölényben lévő vállalkozás átlagos teljes költsége és átlagos többletköltsége közötti szinten állapították meg, e kérdést anélkül korlátozta a Post Danmark Cooppal szemben alkalmazott árképzési gyakorlatára, hogy figyelembe vette volna az FK másik két ügyfelével, az előzetes döntéshozatal iránti kérelemben ugyancsak említett Sparral és SuperBesttel szemben alkalmazott árképzési gyakorlatot, holott nem vitatott, hogy a Post Danmark ezen vállalkozások esetében is az átlagos teljes költségeknél magasabb árat ajánlott.

48. Nem egyértelmű ezen kihagyás megítélése. Egyrészt jelentheti azt, hogy a kérdést előterjesztő bíróság már eldöntötte a kérdést azon feltevés elutasításával, miszerint a Post Danmark Sparral és SuperBesttel szemben alkalmazott árai az FK piacról történő kiszorítását eredményezhetik. Egy másik olvasat szerint a kihagyás csupán azzal magyarázható, hogy a kérdést előterjesztő bíróság úgy ítélte meg, hogy az EK 82. cikknek a Post Danmark Cooppal szemben alkalmazott árai kapcsán történő értelmezését követően saját maga vonja majd le a következtetéseket a Bíróság válaszából a Post Danmark Sparral és SuperBesttel szemben alkalmazott árképzési gyakorlatának jogszerűségét illetően.

49. Mindenesetre annak érdekében, hogy a kérdést előterjesztő bíróság részére hasznos választ lehessen adni, úgy tűnik, hogy nem lehet figyelmen kívül hagyni a Post Danmark Sparral és SuperBesttel szemben alkalmazott árképzési gyakorlatát annak a kérdésnek a vizsgálatakor, hogy valamely erőfölényben lévő vállalkozás versenytársának kiszorítására vagy kizárására irányuló visszaélés nem felfaló jellegű szelektív árengedmény esetén megállapítható-e, amennyiben igen, milyen feltételek mellett.

15 — Lásd többek között Temple Lang, J., és O'Donoghue, R.: Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC, *Fordham International Law Journal*, 83. sz., 2002., 86. o.; Geradin, D., és Petit, N. Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?, *Journal of Competition Law and Economics*, 3. sz., 2006., 487. o. és azt követő pontjai.

16 — Lásd e tekintetben többek között a 6/72. sz., Europemballage és Continental Can kontra Bizottság ügyben 1973. február 21-én hozott ítélet (EBHT 1973., 215. o.) 26. pontját; a C-395/96. P. és C 396/96. P. sz., Compagnie maritime belge transports és társai kontra Bizottság egyesített ügyekben 2000. március 16-án hozott ítélet (EBHT 2000., I-1365. o.) 112. pontját; a C-95/04. P. sz., British Airways kontra Bizottság ügyben 2007. március 15-én hozott ítélet (EBHT 2006., I-2331. o.) 57. pontját; a C-280/08. P. sz., Deutsche Telekom kontra Bizottság ügyben 2010. október 14-én hozott ítélet (EBHT 2010., I-9555. o.) 173. pontját és a C-52/09. sz. TeliaSonera Sverige ügyben 2011. február 17-én hozott ítélet (EBHT 2011., I-527. o.) 26. pontját.

B – *A szelektív árengedményekről és a kiszorító hatásról*

50. Az előző pontban említett kérdés megosztja az írásbeli észrevételeket előterjesztő feleket.

51. A Post Danmark és a cseh kormány szerint a kiszorító jellegű árképzési gyakorlat lényegében csak akkor állapítható meg, ha az árat az érintett költségnemeknél alacsonyabban állapítják meg. Jelen esetben az átlagos többletköltségnél magasabb ár csak akkor eredményezhetné a versenytárs kiszorítását, ha az az említett versenytárs kiszorítására irányuló stratégia részét képezné, amelynek fennállására – a cseh kormány szerint – gazdasági elemzés alapján lehet következtetni, a Post Danmark szerint viszont kizárólag a verseny megszüntetésére irányuló szubjektív szándékot bizonyító adatokból. Mivel az alapügy iratai alapján nem lehet bizonyítani, hogy a Post Danmark rendelkezett ilyen stratégiával, az EK 82. cikk értelmében vett erőfölénnyel való visszaélés nem áll fenn.

52. Ezzel szemben az FK, a dán és az olasz kormány, az EFTA Felügyeleti Hatóság, valamint az Európai Bizottság – különösen azt követően, hogy a tárgyaláson pontosította az álláspontját – ellentétes véleményt fogalmaztak meg. Az érintett felek lényegében azt állítják, hogy *költségektől függetlenül* az erőfölényben lévő vállalkozás által az egyetlen jelentős versenytárs ügyfeleivel szemben alkalmazott szelektív árképzési gyakorlat az említett versenytárs kiszorításával, vagy minden valószínűség szerint annak veszélyével jár, amennyiben az ilyen gyakorlat gazdasági indokokkal, különösen kézbesítési megtakarítással nem igazolható. Az alapügyben egyébként ez a helyzet áll fenn.

53. Az érintett felek közötti vita a Bíróság és a Törvényszék által hozott számos olyan ítélet tartalmának értelmezése körül zajlik, amelyekben ezen bíróságok az erőfölényben lévő vállalkozások által alkalmazott szelektív árképzési gyakorlatokat vizsgálták. Ezek az ítéletek mindkét részről megerősítik a Bírósághoz benyújtott írásbeli észrevételekben előadott érveket.

54. Ezen ítéletek vizsgálata előtt emlékeztetni kell arra, hogy az ítélkezési gyakorlat szerint az erőfölénnyel a tagállamok közti kereskedelemre hatást gyakorló visszaélés megtiltásával az EK 82. cikk az erőfölényben lévő vállalkozás olyan magatartására vonatkozik, amelynek hatására – olyan piacon, ahol pontosan a gazdasági erejét erőfölényére alapító vállalkozás jelenlétének következtében a verseny már meggyengült – a termékeknek és a szolgáltatásoknak a gazdasági szereplők által nyújtott teljesítésen alapuló rendes versenyét jellemző eszközöktől eltérő eszközökkel korlátozzák a piacon még létező versenyszint fenntartását vagy a verseny fejlődését.[17]

55. Mivel az EK 82. cikk nem csak a fogyasztókat azonnal károsító magatartásokra terjed ki, hanem azokra is, amelyek a hatékony versenyt korlátozva károsítják őket, az erőfölényben lévő vállalkozás különös felelősséggel tartozik azért, hogy magatartása ne korlátozza a közös piacon a hatékony és torzításmentes versenyt.[18]

56. E megközelítésben, ha az erőfölénnyel való visszaélés tilalmát indokolhatja a fogyasztók jólétének haladéktalan biztosítása, akkor ezt a tilalmat igazolhatja a piaci verseny védelmének és fenntartásának szükségessége is, mivel bizonyos értelemben e célkitűzés megvalósítása is feltehetően a fogyasztók érdekeit szolgálja.

17 — Lásd ebben az értelemben a 85/76. sz., Hoffmann-La Roche kontra Bizottság ügyben 1979. február 13-án hozott ítélet (EBHT 1979., 461. o.) 91. pontját; a 322/81. sz., Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ügyben 1983. november 9-én hozott ítélet (EBHT 1983., 3461. o.) 70. pontját; a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 69. pontját; a fent hivatkozott British Airways kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 66. pontját; a fent hivatkozott France Télécom kontra Bizottság ügyben 2009. április 2-án hozott ítélet 104. pontját; a fent hivatkozott Deutsche Telekom kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 174. pontját és a fent hivatkozott TeliaSonera Sverige ügyben hozott ítélet 27. pontját.

18 — Lásd többek között a fent hivatkozott France Télécom kontra Bizottság ügyben 2009. április 2-án hozott ítélet 105. pontját; a fent hivatkozott Deutsche Telekom kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 176. pontját, valamint e tekintetben a fent hivatkozott TeliaSonera Sverige ügyben hozott ítélet 24. pontját.

57. Noha az erőfölényben lévő vállalatra háruló különös felelősség annak megállapítására indította a Bíróságot az árképzést illetően, hogy nem minden árverseny tekinthető jogszerűnek,[19] ez az állítás azonban azt jelenti, hogy az ilyen verseny általánosságban megengedett, sőt – bizonyos kivételekkel – ajánlott. Mivel az árversenynek általánosságban kedvező hatásai vannak, ezért azt főszabály szerint nem lehet az adott piacon erőfölényben lévő vállalkozás számára tiltani.

58. Mindazonáltal azt a kérdést, hogy valamely erőfölényben lévő vállalkozás visszaél-e e helyzetével az adott piacon az árképzési gyakorlatának alkalmazásával az EK 82. cikk értelmében, az összes körülmény figyelembevételével kell megítélni, és vizsgálni kell többek között, hogy ezen árképzési gyakorlatok a versenytársak piacra jutásának megakadályozására, vagy az erőfölény torzított versennyel történő megerősítésére irányulnak.[20]

59. Amint azt az érintett felek közül néhányan már megfogalmazták, az ítélkezési gyakorlat számos olyan ügyet tartalmaz, amelyekben az uniós bíróság megállapította, hogy egy vagy több erőfölényben lévő vállalat által alkalmazott szelektív árengedmény az EK 82. cikk szerinti tilalomba ütközik.

60. Az első ügy az AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet alapjául szolgált.

61. A szerves peroxidok közösségi piacán[21] alkalmazott árképzési gyakorlatok közül a Bizottság azt kifogásolta, mely szerint az AKZO az egyik versenytársa (ECS) ügyfeleivel szemben ésszerűtlenül alacsony árakat (felfaló árazás) alkalmazott, amelyet a Bíróság az ítélet 98–109. pontjában vizsgált, továbbá, hogy ugyanezen versenytárs ügyfeleire szelektíven alacsonyabb árakat alkalmazott, mint a saját ügyfeleire.[22] Ez utóbbi gyakorlatot a Bíróság az ítélet 110–121. pontjában vizsgálta.

62. A Bíróság, miután megerősítette a Bizottság azon álláspontját, mely szerint az AKZO a szóban forgó piacon erőfölényben volt az 50%-os piaci részesedése, valamint egyéb más tényezők miatt,[23] megvizsgálta az ECS „nagy függetleneknek” nevezett ügyfelei számára nyújtott díjcsomagok szelektív jellegét, és először is azt állapította meg, hogy az AKZO nem vitatta, hogy hasonló méretű vevőkkel szemben különböző árakat alkalmazott anélkül, hogy bizonyította volna, hogy ezt a különbségtételt a termék minősége vagy a különleges termelési költségek indokolják.[24] A Bíróság ezt követően megjegyezte, hogy az AKZO saját ügyfeleivel szemben alkalmazott árai az átlagos teljes költségeknél magasabbak, ugyanakkor a versenytársa ügyfeleinek ajánlott árak ezen átlagnál alacsonyabbak voltak.[25] Ebből a Bíróság az ítélet 115. pontjában azt a következtetést vonta le, hogy az AKZO az ECS ügyfelei számára történt értékesítésekből eredő veszteségeit – legalábbis részben – a saját ügyfélkörébe tartozó nagyobb független ügyfelek részére történt értékesítésekből származó nyereségből fedezte, ami azt bizonyítja, hogy az AKZO szándéka nem általános kedvező árpolitika folytatására irányult, hanem a versenytársak tönkretételét célzó stratégia bevezetésére. A Bíróság e vonatkozásban helybenhagyta a Bizottság határozatát, amely megállapította, hogy az AKZO visszaélt erőfölényével.

63. Az elemzés e szakaszában a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet ezen pontjaival kapcsolatos megjegyzéseimet a következő két észrevételre korlátozom.

19 — Lásd különösen a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 70. pontját.

20 — Lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ügyben 1983. november 9-én hozott ítélet 73. pontját a fent hivatkozott Deutsche Telekom kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 175. pontját, valamint a fent hivatkozott TeliaSonera Sverige ügyben hozott ítélet 28. pontját.

21 — Az EK-Szerződés 86. cikke alkalmazására vonatkozó eljárásban hozott (IV/30.698 ECS/AKZO Chemie-ügy) 1985. december 14-i 85/609/EKK bizottsági határozat (HL L 374., 1. o.).

22 — A fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 9. és 111. pontja.

23 — Ugyanott, a 59–61. pont. Megjegyzendő, hogy a Bizottság határozatának megalapozottságával kapcsolatos részletes vizsgálat végén Lenz főtanácsnok ezzel ellentétben azt állapította meg, hogy a Bizottság nem bizonyította, hogy az AKZO a szóban forgó piacon erőfölénnyel rendelkezett (lásd a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet alapjául szolgáló ügyre vonatkozó, 1989. április 19-i indítvány 62–124. pontját).

24 — Uo., a 113. pont.

25 — A fent hivatkozott ügyben hozott ítélet 114. pontja.

64. Először is a Bíróság megerősítette az AKZO által alkalmazott szelektív árak visszaélésszerű jellegét az erőfölényben lévő vállalkozás hivatkozási alapnak tekintett költségei, azaz az átlagos teljes költségek alapján.

65. Az erőfölényben lévő vállalkozás tekintetében ez egy szigorúnak tekinthető szempont. A Bíróság ugyanis a vállalkozás állandó és változó költségeit tartalmazó átlagos teljes költségek alapján ítéli meg a szelektivitást még akkor is, ha az erőfölényben lévő vállalkozás saját ügyfelei számára értékesített további tétel fedezi az előállított tétel változó költségeit, és legalább az ezen tételre jutó állandó költségek egy részét. Ebben az összefüggésben még ha elfogadható is, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás ügyfeleivel és a versenytárs ügyfeleivel – akikre a kedvező árat alkalmazták – szemben folytatott különböző árképzési gyakorlat olyan hátrányos megkülönböztetést jelenthet, ami hátrányos versenyhelyzetbe hozhatja ezen ügyfeleket az EK 82. cikk első bekezdésének c) pontja értelmében (secondary-line discrimination), azonban nem világos, hogy önmagában ez a gyakorlat eredményezheti-e a legalább azonos hatékonyságú versenytárs kiszorítását, hiszen ez utóbbi részben vagy egészben elhódíthatja az erőfölényben lévő vállalkozás régi ügyfeleit, a hátrányosan megkülönböztető bánásmód veszteseit, hacsak nem nehezedik ezekre az ügyfelekre az erőfölényben lévő vállalkozás részéről olyan kényszer, amely túlságosan odaköti őket ez utóbbihoz.

66. Bár a Bíróság nem hozott fel ilyen érveket a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet vonatkozó részeiben, mindazonáltal meg kell jegyezni egyrészt, hogy az AKZO szelektív árajánlatai számos visszaélésszerű magatartáshoz, többek között a felfaló árazás gyakorlatához kötődtek, másrészt pedig hogy a Bíróság az AKZO szelektív árképzési gyakorlatából nem a versenytárs kiszorítására, hanem az arra irányuló szándékra következtetett. A fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet összefüggéseibe visszahelyezve a 113–115. pont azt a gondolatot sejteti, hogy az AKZO által alkalmazott szelektív árengedmények azt bizonyítják, hogy ezen vállalkozás esetében létezett egy, a verseny kizárására irányuló terv vagy stratégia.

67. Másodszor a Bíróságnak a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítéletben tanúsított szigorú fellépése az erőfölényben lévő vállalkozás szelektív árengedményével szemben azzal magyarázható, hogy az ilyen gyakorlat – az általánosan alkalmazott alacsony árakkal szemben – ezen vállalkozás saját ügyfélköre terhére valósul meg, gazdasági indok nélkül. Más szóval, a Bíróság azt állítja, hogy ezen szelektív árképzési gyakorlatnak nem az a célja, hogy az ügyfelek és legalább közvetetten a fogyasztók hasznot húzzanak az alacsony árakból (ami általában, legalábbis rövid távon a nem szelektív alacsony árak, sőt a felfaló árak alkalmazására is vonatkozik), hanem kizárólag az, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás versenytársainak ügyfeleit megszerezzék, ami semmilyen hasznot nem jelent sem a fogyasztó, sem a piaci verseny számára.

68. Bár, ahogy azt az imént említettem, a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítéletben a Bíróság által az erőfölényben lévő vállalkozás szelektíven alacsony árajánlatai tekintetében alkalmazott megközelítés az említett vállalkozás költségein alapul, az uniós bíróság azonban más későbbi ítéleteiben nem ezt a szempontot vette figyelembe.

69. Ez a helyzet a Compagnie maritime belge transports és társai kontra Bizottság egyesített ügyek,[26] valamint az Irish Sugar kontra Bizottság ügy[27] [28] vonatkozásában is.

70. Az első ügyben a Bizottság azt kifogásolta, hogy a Cewal vonalhajózási konferencia, amelynek tagja volt többek között a Compagnie maritime belge, és amely több mint 90%-os részesedéssel rendelkezett az érintett piacon, módosította a fuvardíjat a hatályos díjtételtől való eltérés útján abból a célból, hogy a fő független versenytársakéval azonos vagy az azokénál alacsonyabb fuvardíjat ajánlhasson az ugyanazon napon vagy a szomszédos napokon kifutó hajóknak („hadihajóknak nevezett gyakorlat"), amellyel megsértette az EGK-Szerződés 86. cikkét.[29]

71. A Törvényszék megerősítette a Bizottság elemzését.

72. Először is emlékeztetett arra, hogy a felperes vállalkozások nem vitatták a hadihajóknak nevezett, a felfaló árazástól eltérő gyakorlatot meghatározó három feltételt, nevezetesen a) a konferencia hajóinak hadihajóvá történő átminősítése, amelyek indulási ideje majdnem egybeesett a G & C hajókéval, anélkül, hogy ez hátrányosan befolyásolta volna az előírt menetrendet; b) a Cewal tagjai által rendszerint alkalmazott fuvardíjaktól eltérő hadi díjak oly módon történő közös rögzítése, hogy azok a G & C áraival azonosak vagy az azokénál alacsonyabbak legyenek; valamint c) a tevékenységből származó bevételek csökkenése, amelyet a Cewal tagjai átvállaltak.[30]

73. A Törvényszék, miután megvizsgálta a felpereseknek az erőfölénnyel való visszaélés vitatásával kapcsolatos érveit, az ügy iratai alapján megállapította, hogy a Bizottság jogilag megkövetelt módon mondta ki, hogy a bevezetett gyakorlatot a Cewal egyetlen versenytársának az érintett piacról történő kiszorítása érdekében folytatták.[31] Ilyen körülmények között a Törvényszék úgy vélte, hogy mivel a gyakorlat célja az egyetlen versenytárs kiszorítása, a felperesek nem hivatkozhatnak eredményesen arra, hogy ők csak arra szorítkoztak, hogy a versenytárs által indított árversenyt kövessék, illetve, hogy megfeleljenek az ügyfélkörük elvárásainak. A Törvényszék álláspontja szerint, még ha feltételezzük is e körülmények bizonyítottságát, ettől meg a Cewal tagjainak válasza nem válik ésszerűvé és arányossá.[32]

26 — A Törvényszék T-24/93-T-26/93. és T-28/93. sz. egyesített ügyekben 1996. október 8-án hozott ítélete (EBHT 1996., II-1201. o.) és a Bíróság fent hivatkozott ítélete.

27 — A T-228/97. sz. ügyben 1999. október 7-én hozott ítélet (EBHT 1999., II-2969. o.) és a C-497/99 P. sz. ügyben 2001. július 10-én hozott ítélet (EBHT 2001., I-5333. o.).

28 — Szeretném még azt is megjegyezni, hogy a Bizottság az EGK-Szerződés 86. cikkének (IV/30.787 és IV/31.488: Eurofix-Bauco/Hilti-ügy) alkalmazására vonatkozó eljárás keretében hozott, 1992. december 23-i 93/82/EGK határozatában (HL 1988. L 65., 19. o.) nem a költségekre alapított megközelítést alkalmazta. Ebben az ügyben a Hiltinek számos olyan hátrányosan megkülönböztető és szelektív gyakorlatáról volt szó, amelyek arra irányultak, hogy a vevőkört visszatartsák attól, hogy versenytársaitól szerezzék be a saját gyártású szögelőhöz szánt szögeket azon a piacon, ahol a vélt piaci részesedése 70% és 80% között volt. A Bizottság által visszaélésszerűnek minősített gyakorlatok között szerepelt a versenytársak néhány olyan fő ügyfelének nyújtott árengedmények, amelyek a Hilti szögelőivel kompatibilis szögeket gyártottak. Ezen árengedményekben azonban a tőle hasonló vagy ugyanolyan mennyiségben vásárló saját ügyfelei egyáltalán nem részesültek. A Bizottság ezen határozatában úgy ítélte meg, hogy ezek a különleges ajánlatok nem a versenytársakkal szemben megnyilvánuló védekező jellegű válasznak minősülnek, hanem a vállalkozás olyan előre meghatározott politikájának, amelynek célja a versenytársaknak a saját gépeivel kompatibilis szögek piacára való bejutásának korlátozása (a határozat 80. pontja). A Bizottság hozzátette, hogy „a jelen esetben a visszaélés nem azzal valósult meg, hogy az árak a költségeknél alacsonyabbak voltak (akárhogyan határozza is meg [...]), hanem azzal, hogy a Hilti erőfölénye miatt hátrányosan megkülönböztető különleges árakat alkalmazott versenytársai ügyfeleivel szemben, azért, hogy a versenytársak tevékenységét akadályozza azzal, hogy magasabb árakat tart fenn az ugyanolyan jelentőségű saját ügyfelei számára" (a határozat 81. pontja). E határozat ellen benyújtott megsemmisítés iránti keresetben (a Törvényszék T-30/89. sz., Hilti kontra Bizottság ügyben 1991. december 12-én hozott ítélete [EBHT 1991., II-1439. o.]), részben túl általános, nem a szelektív árengedményekre összpontosító érvelést adott elő, amelyet a Törvényszék ítéletének 100. pontjában elutasított, részben pedig elfogadta, hogy a kifogásolt magatartások közül néhány ténylegesen megvalósult, amit a Törvényszék meg is állapított (ugyanezen ítélet 101. pontja). A Bírósághoz benyújtott fellebbezés (a Bíróság C-53/92. P. sz., Hilti kontra Bizottság ügyben 1994. március 2-án hozott ítélete [EBHT 1994., I-667. o.]) már nem vonatkozik a Törvényszéknek az ítélet ezen pontjaiban tett megállapítására.

29 — Az EGK-Szerződés 85. cikkének (IV/32.448 és IV/32.450: Cewal, Cowac és Ukwal) és 86. cikkének (IV/32.448 és IV/32.450: Cewal) alkalmazására vonatkozó eljárás keretében hozott, 1992. december 23-i 93/82/EGK bizottsági határozat (HL 1993. L 34., 20. o.).

30 — A Törvényszék fent hivatkozott ítéletének 139. és 141. pontja.

31 — A fent hivatkozott ügyben hozott ítélet 147. pontja.

32 — Uo., a 148. pont.

74. Végül a Törvényszék elutasította a felperesek azon állítását, mely szerint a G & C piaci részesedésének növekedése miatt a szóban forgó gyakorlatnak nem volt hatása, és így ezzel együtt az erőfölénnyel való visszaélés sem valósult meg. E tekintetben a Törvényszék megállapította, hogy amennyiben egy vagy több erőfölényben lévő vállalkozás ténylegesen olyan gyakorlatot folytat, amelynek célja valamely versenytárs kiszorítása, azon körülmény, miszerint a kitűzött célt végső soron nem érték el, nem zárja ki azt, hogy ez a gyakorlat a Szerződés 86. cikke szerint visszaélésnek minősüljön, és hozzátette, hogy „a felperesek állításával szemben, mindent egybevetve, az a tény, hogy a [G & C] piaci részesedése növekedett, nem jelenti azt, hogy a gyakorlatnak nem volt hatása, mivel annak hiányában a [G & C] részesedése még jelentősebb mértékben növekedhetett volna” [33].

75. A Bíróság a Törvényszék ítélete ellen benyújtott fellebbezés ügyében az ítélet azon részét megsemmisítette, amely a felperesre kirótt bírságra vonatkozott. [34]

76. Az erőfölénnyel való visszaélést illetően azonban a Bíróság – óvatosságot tanúsítva – helybenhagyta az Elsőfokú Bíróság megállapításait.

77. Miután a Bíróság egyrészt emlékeztetett arra, hogy az erőfölényben lévő vállalkozást terhelő különös felelősség tényleges terjedelmét a verseny gyengülését mutató minden egyes ügy sajátos körülményeinek fényében kell értelmezni, másrészt arra, hogy a tengeri szállítás piaca egy olyan specializálódott, sajátos ágazat, amelyet többek között az jellemez, hogy az uniós jog értelmében a vonalhajózási konferenciák határozhatják meg az árakat, [35] megállapította, hogy […] amennyiben valamely erőfölényben lévő vonalhajózási konferencia szelektív árengedményt alkalmaz annak érdekében, hogy árait célzott módon a versenytárséhoz igazítsa, kétszeres haszonra tesz szert. Egyrészt a versenynek a versenytárs vállalkozás rendelkezésére álló elsődleges, sőt egyetlen eszközét szünteti meg. Másrészt az e verseny által nem érintett szolgáltatásaiért továbbra is magasabb árat kérhet. [36]

78. A Bíróság ítéletének 118–120. pontjában hozzátette:„118. Jelen esetben nem szükséges általánosságban állást foglalni arról, hogy melyek azok a körülmények, amelyek esetében valamely vonalhajózási konferencia a kedvezőbb árat ajánló versenytárssal szembeni fellépés érdekében a fuvardíjnál alacsonyabb árat határozhat meg […].

119. Elegendő emlékeztetni arra, hogy a jelen esetben egy olyan vonalhajózási konferenciáról van szó, amely több mint 90%-os piaci részesedéssel rendelkezik a szóban forgó piacon, és amelynek egyetlen versenytársa van. A felperesek egyébként soha nem vitatták, sőt a tárgyaláson el is ismerték, hogy a kifogásolt magatartás a G & C piacról történő kiszorítására irányult.

120. Ki kell tehát jelenteni, hogy a Törvényszék nem alkalmazta tévesen a jogot, amikor megállapította, hogy igazoltak a Bizottság azon kifogásai, melyek szerint a G & C-vel szemben alkalmazott, hadihajóknak nevezett gyakorlat erőfölénnyel való visszaélésnek minősül. Meg kell azonban jegyezni, hogy a jelen esetben szó sincs a visszaélést megvalósító magatartás új meghatározásáról”.

79. A második ügyben, a fent hivatkozott Irish Sugar kontra Bizottság ügyben számos olyan, a Bizottság által visszaélésnek minősített magatartásról volt szó, amelyet e vállalat az írországi kiskereskedelmi cukorpiacon folytatott, ahol több mint 88%-os piaci részesedése volt. [37] A Bizottság többek között azt kifogásolta, hogy az Irish Sugar az Írország és Észak-Írország közötti határ menti régióban letelepedett kiskereskedőknek speciális árengedményeket nyújtott gazdasági indok nélkül

33 — Uo., a 149. pont.

34 — Lásd a fent hivatkozott ügyben hozott ítélet 146. és 147. pontját, valamint az ítélet rendelkező részének 1. pontját.

35 — A fent hivatkozott ügyben hozott ítélet 114–116. pontja.

36 — Uo., a 117. pont.

37 — Az EK-Szerződés 86. cikkének alkalmazására vonatkozó eljárásban (IV/34.621, 35.059/F-3 Irish Sugar plc-ügy) 1997. május 14-én hozott 1997/624/EK bizottsági határozat (HL L 258., 1. o.

annak érdekében, hogy felvegye a versenyt az Észak-Írországból származó cukorral vagy a saját előállítású, újra behozott cukorral. A Bizottság a fent hivatkozott ECS/AKZO Chemie-ügyben hozott határozatára hivatkozva úgy ítélte meg, hogy ezen szelektív határ menti árengedmények erőfölénnyel való visszaélésnek minősülnek. [38]

80. A Törvényszék ezen határ menti engedmények visszaélésszerű jellegének vizsgálatakor először is kiemelte, hogy az Irish Sugar által alkalmazott árak a Bíróság ítélkezési gyakorlata értelmében nem tekinthetők felfaló áraknak. [39] Majd ezt követően megjegyezte, hogy az iratanyagból az derül ki, hogy a felperes szándékosan választotta azt, hogy bizonyos kiskereskedőknek szelektív módon speciális árengedményt nyújt, valamint az is, hogy az ilyen gyakorlat jogellenes jellegét maga is sejtette. [40]

81. Ezek alapján a Törvényszék úgy ítélte meg, hogy ez a magatartás az EK 82. cikk (1) bekezdésének c) pontja értelmében vett erőfölénnyel való visszaélésnek minősül, [41] és egyben elutasította az Irish Sugar által magatartása jogszerűségének bizonyítására felhozott érveket. [42] A Törvényszék elsősorban az Irish Sugar azon érvét utasította el, mely szerint a vállalkozás célja az volt, hogy felvegye a versenyt a brit piacról és Észak-Írországból származó olcsó (de nem önköltségi ár alatti) importáruval, és rámutatott arra, hogy – mint azt az Irish Sugar maga is elismerte – az Észak-Írországgal határos régióban nyújtott árengedmények más régiókban az árak stabilitásához vezettek, ami annak elismerésével egyenlő, hogy az említett árengedményeket az Írország területének többi részén történő értékesítései révén tudta csak finanszírozni.

82. A Törvényszék ebből arra a következtetésre jutott, hogy az Irish Sugar ezzel a magatartásával akadályozta az érintett piacon a szabad verseny fejlődését, és torzította annak szerkezetét mind a vásárlók, mind a fogyasztók tekintetében, mivel ez utóbbiak az Észak-Írországgal határos régión kívül az Észak-Írországból származó import cukor által előidézett árengedményekben nem részesülhettek. [43] A Törvényszék szerint ugyanis az olyan erőfölényben lévő vállalkozás, mint amely a jogvita alapjául szolgáló tényállás megvalósulásának idején az Irish Sugarra jellemző vonásokkal rendelkezik, versenyhelyzetét jogszerűen úgy védheti, ha az megfelel a gazdasági hatékonyság követelményeinek és a fogyasztók érdekeinek, ami a jelen esetben nem teljesült. [44]

83. Azt is ki kell emelni, hogy a Törvényszék elutasította az Irish Sugar azon állítását is, mely szerint a Bizottság a határ menti árengedmények visszaélésszerű jellegének bizonyítékaként a versenytárs kiszorítására hivatkozott. A Törvényszék megállapítva, hogy nem ez volt a Bizottság álláspontja, többek között megjegyezte, hogy „mivel a felperesnek a határ menti árengedményekkel az volt a célja, hogy a versenytárs vevőit elhódítsa, ugyanakkor a felperes valamennyi vevője nem érezte a termékei eladási árával kapcsolatban kialakult verseny kedvező hatását, a versenytárs ilyen magatartással történő kiszorítása *a fortiori* a Szerződés 86. cikke szerinti visszaélésnek minősül”. [45]

84. Az ezen ítélet ellen benyújtott fellebbezése keretében az Irish Sugar a Törvényszéknek csak az erőfölény fennállására vonatkozó értékelését vitatta. A Bíróságnak így nem kellett határoznia az elsőfokú bíróságnak a vállalkozás visszaélést megvalósító magatartásaira vonatkozó megállapításairól.

85. Milyen megállapítást lehet levonni e két ügyből?

38 — Lásd az említett határozat 133–135. pontját.
39 — A fent hivatkozott ügyben hozott ítélet 182. pontja.
40 — Uo., a 183. pont.
41 — Ua.
42 — Uo., a 184–192. pont.
43 — Uo., a 188. pont.
44 — Uo., a 189. pont.
45 — Uo., a 191. pont.

86. Először is – amint már fentebb említettem – ez a két ügy az ítélkezési gyakorlat azon irányzathoz tartozik, amely szerint ellentétes az EK 82. cikkel az erőfölényben lévő vállalkozás által nyújtott szelektív árengedmény akkor is, ha az árakat nem a vállalkozás költségeihez viszonyítva állapították meg, vagyis az árakat nem az átlagos teljes költség alatt rögzítették.

87. Másodszor, míg a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben a Bíróság az AKZO fő versenytársának ügyfelei számára nyújtott szelektív árengedményekből az AKZO részéről kiszorításra irányuló szándékra következtetett, a fent hivatkozott Compagnie maritime belge transports és társai kontra Bizottság egyesített ügyekben, valamint az Irish Sugar kontra Bizottság ügyben az uniós bíróság más megközelítést alkalmazott. Megállapította ugyanis, hogy a vitatott árképzési gyakorlat a kiszorításra irányuló szándék megvalósulásának tekinthető, amelynek fennállását nem a szelektív árképzési gyakorlatból, hanem az érintett erőfölényben lévő vállalkozások belső irataiból, illetve egyéb iratokból állapította meg.

88. E tekintetben ki kell emelni, hogy e két utóbbi ügyben az a tény, hogy a szóban forgó gyakorlat nem érte el a kívánt hatást, vagyis a versenytárs kiszorítását, nem zárja ki azt, hogy ez a gyakorlat visszaélésnek minősüljön. Ez a megállapítás egyébként különös jelentőséggel bír a Törvényszék fent hivatkozott Compagnie maritime belge de transports és társai egyesített ügyekben hozott ítéletében, mivel ezen ítéletből kiderül, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás legfőbb vagy egyetlen versenytársának piaci részesedése növekedett azon időszakban, amikor a vitatott árképzési gyakorlatot alkalmazták. [46]

89. Úgy tűnik, hogy ez a megállapítás azt jelenti, hogy a szóban forgó árképzési gyakorlatok céljukat, és nem hatásukat tekintve minősülnek versenyellenesnek. Márpedig ez – összefüggéseiből kiemelve – ellentmond annak a megállapításnak, mely szerint az erőfölényben lévő vállalkozások sem foszthatók meg főszabály szerint az árversenyhez való jogtól. [47]

90. A fent hivatkozott Compagnie maritime belge de transports és társai kontra Bizottság egyesített ügyekben 2000. március 16-án hozott ítéletnek, valamint az Irish Sugar kontra Bizottság ügyben 2001. július 10-én hozott ítéletnek alapjául szolgáló ügyekben az uniós bíróság által alkalmazott megközelítés magyarázata véleményem szerint három, a Bíróság és a Törvényszék ítéleteinek alapjául szolgáló helyzetek tekintetében közös, inkább tény jellegű megállapításban rejlik.

91. Először is – amint azt már a korábbiakban megjegyeztem – a két fent hivatkozott ügyben az erőfölényben lévő vállalkozás kiszorításra irányuló szándékára nem a szelektív árképzési gyakorlatból, hanem egyéb iratokból következtettek. Így a szelektív árképzési gyakorlatot csupán ezen szándék megvalósulásának tekintették.

92. Továbbá ki kell emelni, hogy az érintett erőfölényben lévő vállalkozások már olyan gazdasági erővel rendelkeztek, hogy szinte monopolhelyzetben voltak, részesedésük az érintett piacon ugyanis megközelítette a 90%-ot. Ebből kifolyólag a rendkívüli erőfölény miatt a piacra jutás előtt olyan jelentős akadályok voltak, amelyeknek különös figyelmet szentelt Fenelly főtanácsnok a Bíróság fent hivatkozott Compagnie maritime belge de transports és társai kontra Bizottság egyesített ügyekben 2000. március 16-án hozott ítéletének alapjául szolgáló ügyre vonatkozó indítványában. [48]

93. Végül a szelektív árképzési gyakorlat olyan visszaélésszerű árképzéssel és/vagy nem árképzéssel kapcsolatos magatartások közé tartozik, amelyek együttes hatása is játszhat bizonyos szerepet.

46 — Ezen ügyben hozott ítéletének 126. pontjában a Törvényszék megemlítette a felperes azon állítását, mely szerint a C & G piaci részesedése a vizsgált időszakban 2%-ról 25%-ra nőtt. Ezt az állítást az ítélet indokolásában a későbbiekben sem cáfolták (lásd különösen e tekintetben az említett ügyben hozott ítélet 149. pontját).

47 — Lásd e tekintetben a jelen indítvány 57. pontját.

48 — A 1998. október 29-én ismertetett indítvány 135–137. pontja. Legutóbb a Bíróság a Cewal piaci erejének e jellegzetességét emelte ki a fent hivatkozott Compagnie maritime belge de transports és társai kontra Bizottság egyesített ügyekben hozott ítéletnek alapjául szolgáló ügyben (lásd a fent hivarkozott TeliaSonera Sverige ügyben hozott ítélet 81. pontját).

94. Ezek a megfontolások annak megfogalmazására késztetnek, hogy a fent hivatkozott Compagnie maritime belge de transports és társai egyesített ügyek, valamint az Irish Sugar kontra Bizottság ügy csak csekély jelentőséggel bír a Bíróság által a kérdést előterjesztő bíróságnak adandó választ illetően, mivel .az alapügyben nem vitatott, hogy sem a versenyhatóságok, sem a dán bíróságok nem bizonyítottak kiszorításra irányuló szándékot, és az ügy irataiból egyáltalán nem következik, hogy a Post Danmark rendkívüli erőfölényben lett volna. Ezen túlmenően különösen a fent hivatkozott Irish Sugar kontra Bizottság üggyel kapcsolatban – amelyre a Bizottság észrevételeinek egy részét alapozta a tárgyaláson – emlékeztetni kell egyrészt arra, hogy egy olyan esetről volt szó, amelyben az erőfölényben lévő vállalkozás úgy próbálta megőrizni ügyfélkörét, hogy szelektív árengedményeket adott azon forgalmazóinak, akiknek versenyezniük kellett más cukorgyártókkal, és nem pedig úgy, mint az alapügyben, hogy megkísérelte volna elhódítani a versenytárs legfőbb és egyetlen ügyfelét, másrészt, hogy a szóban forgó árengedmények főleg a határ menti nemzeti piacon működő gazdasági szereplők árpolitikájának egy másik nemzeti piacon működő gazdasági szereplők árpolitikájára gyakorolt hatásának korlátozására irányultak, amely magatartás ténylegesen a közös piac megvalósításának útjában álló akadálynak minősült.[49]

95. Úgy tűnik számomra, hogy a Bíróság ítélkezési gyakorlatát oly módon kell értelmezni, hogy amikor a fent hivatkozott Compagnie maritime belge de transports és társai kontra Bizottság egyesített ügyekben 2000. március 16-án hozott ítéletnek, valamint az Irish Sugar kontra Bizottság ügyben 2001. július 10-én hozott ítéletnek alapjául szolgáló ügyekre jellemző viszonylag kivételes feltételek nem teljesülnek, különösen amikor az erőfölényben lévő vállalkozásnak a versenytárs kiszorítására irányuló szándékára a szelektív árajánlatokon kívül más körülményekből nem lehet következtetni, a szelektív árengedményt az erőfölényben lévő vállalkozás költségei alapján kell vizsgálni, a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 114. és 115. pontjában alkalmazott szempont mintájára.

96. Ezen értelmezés az ítélkezési gyakorlat koherens olvasatát teszi lehetővé. Nagyobb jogbiztonságot nyújthat azon vállalkozások számára, amelyek a szelektív árengedmények alkalmazásakor erőfölényben vannak. Mivel az erőfölényben lévő vállalkozás saját költségeit és díjait ismeri, de a versenytársakéit nem, a versenytárs költségeinek a versenyhatóságok és nemzeti bíróságok részéről történő figyelembevétele – bizonyos körülmények kivételével – sértheti a jogbiztonság elvét, hiszen nem teszi lehetővé az erőfölényben lévő vállalkozás számára, hogy értékelje saját magatartásának jogszerűségét.[50]

97. E tekintetben – függetlenül attól, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás mely ágazatban működik –, úgy vélem, hogy azon vállalkozás esetében, amely attól függően, hogy a hagyományos ügyfeleiről vagy a versenytárs ügyfeleiről van szó, különböző, de ugyanakkor az átlagos teljes költségektől magasabb árakat alkalmaz, főszabály szerint az árképzési gyakorlatának szelektív és hátrányosan megkülönböztető jellege ellenére az ugyanolyan hatékony versenytárs kiszorítása nem állapítható meg.

98. Ugyanis ez utóbbi elvben mindig tud választ adni az árverseny kihívásaira, hiszen az említett áron történő értékesítések fedezik az átlagos állandó és változó költségeket. Ezek az eladások tehát nyereségesek, és elvileg nem képzelhető el ezen versenytárs piacról történő kiszorítása. Más lenne a helyzet, ha a versenytárs árai magasabbak lennének az erőfölényben lévő vállalkozás átlagos teljes költségeinél. Ebben az esetben azonban valószínűleg egy olyan versenytársról van szó, amely alacsonyabb hatékonysággal működik, mint az erőfölényben lévő vállalkozás. E vállalkozás kiszorítása tehát annak az érdemen alapuló versenynek a szokásos eredménye lenne, amelyben részt vehetnek az erőfölényben lévő vállalkozások is, a rájuk háruló különleges felelősség ellenére.

49 — Lásd a fent hivatkozott Irish Sugar kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 185. pontját.

50 — Lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott TeliaSonera Sverige ügyben hozott ítélet 44. és 45. pontját.

99. Kétségtelen, hogy az EK 82. cikk (1) bekezdésének c) pontjával mindig ellentétesnek tekinthető az erőfölényben lévő vállalkozás magatartása, amennyiben annak hatására az erőfölényben lévő vállalkozás egyes ügyfelei hátrányos versenyhelyzetbe kerülhetnek („secondary-line discrimination”). Ugyanakkor e magatartásnak elvileg nem kellene maga után vonnia a vállalkozás versenytársának kiszorítását.

100. Az alapeljárás tényállásának a fenti 96–98. pontban bemutatott értékelése alapján a kérdést előterjesztő bíróságnak véleményem szerint azt kell megállapítania, hogy a Post Danmark által a Sparnak és a Superbestnek ajánlott árak – az FK három ügyfele közül e kettőnek a helyzetéről már szó volt az előzetes döntéshozatal iránti kérelemben és az érintett felek észrevételeiben – elvileg nem eredményezhetik az FK kiszorítását, hiszen – amint az már korábban jeleztem – nem vitatott, hogy ezek az árak a Post Danmark átlagos teljes költségeinél magasabbak voltak. Egyébként a kérdést előterjesztő bíróság nem tájékoztatta a Bíróságot az FK költségszerkezetéről.

101. Ezek után már csak azt kell megvizsgálni, hogy az olyan erőfölényben lévő vállalkozás, mint a Post Danmark, visszaélésszerűen kiszoríthatja-e versenytársát, ha ez utóbbi jelentős ügyfelével szemben olyan szelektív árengedményt alkalmaz, amely esetben az árak magasabbak az erőfölényben lévő vállalkozás átlagos többletköltségénél, de az átlagos teljes költségeinél alacsonyabbak.

102. Először is úgy gondolom, hogy pusztán az a tény, hogy a szóban forgó díjcsomagokat a legfőbb és egyedüli versenytárs egyetlenegy ügyfele számára nyújtották, önmagában nem zárhatja ki az erőfölénnyel való visszaélés megállapítását. Ugyanis egy ilyen ügyfél jelentős vásárlóerővel és piaci részesedéssel rendelkezhet, mint ahogy ez a Coop esetében az alapügyben megállapítást is nyert.

103. Ezt követően csábító lenne kiterjeszteni analógia útján a Bíróság által a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 113–115. pontjában elfogadott érvelést, mint ahogy azt egyébként a Bizottság a tárgyaláson javasolta.

104. E megközelítés szerint az erőfölényben lévő vállalkozásnak azzal, hogy a versenytársa ügyfeleinek az átlagos teljes költségeknél alacsonyabb árakat ajánlott, ugyanakkor a saját régi ügyfeleivel szemben ezen átlagnál magasabb árakat alkalmazott, lehetősége nyílt arra, hogy a versenytársa ügyfele számára történt értékesítésekből eredő veszteségeit – legalábbis részben – a saját régi ügyfelei részére történt értékesítésekkel elért nyereségből fedezze. Ez a magatartás – gazdasági indok nélkül – kiszorításra irányuló magatartásnak minősül.

105. Az alapügyben a kérdést előterjesztő bíróság minden valószínűség szerint e gondolatmenet alapján állapította meg, hogy a Post Danmark a címzetlen postai küldemények kézbesítésének dániai piacán visszaélt erőfölényével, mivel a dán versenyhatóságok – anélkül, hogy ezt az említett bíróság az előzetes döntéshozatal iránti kérelemben cáfolta volna – megállapították, hogy a Post Danmark nem bizonyította, hogy az FK egyik legfontosabb ügyfelének, a Coopnak nyújtott szelektív ajánlatot a „kézbesítési megtakarítás” indokolta.

106. Mindazonáltal fenntartásomat fejezem ki a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 113–115. pontjában elfogadott érvelés azon szó szerinti átvételével kapcsolatban, amelyet egyébként a Bizottság a tárgyaláson javasolt. Ez azonban nincs feltétlenül kihatással a Post Danmark erőfölénnyel történő visszaélésének megállapítására.

107. Úgy tűnik ugyanis, hogy ez az érvelés túlzott mértékben leegyszerűsíti az olyan erőfölényben lévő vállalkozások által nyújtott szelektív árajánlatokkal kapcsolatos problémakört, amelyek egy időben működnek olyan piacon, ahol a fenntartott tevékenységek tekintetében egyetemes szolgáltatási kötelezettségük van, és olyan versenyző piacon, ahol egyetlen piaci szereplőt sem terhel egyetemes szolgáltatási kötelezettség.

108. Először, az a tény, hogy a versenytárs fő ügyfelével szemben alkalmazott eladási árak az erőfölényben lévő vállalkozás átlagos többletköltségénél magasabbak, véleményem szerint nem jelent olyan helyzetet, amikor az értékesítések „veszteséget" termelnek, hanem inkább olyat, amelyre az jellemző, hogy az értékesítések nem növelik az említett vállalkozás bevételét. Az ilyen értékesítések ugyanis elvileg nyereségesek, hiszen az azokból származó bevételek fedezik a versenyző piacon folytatott, speciális tevékenységgel – vagyis a jelen esetben a címzetlen postai küldemények kézbesítésével – kapcsolatos költségeket.

109. Ebből kifolyólag az erőfölényben lévő vállalkozás azon lehetősége, hogy ilyen árszintet alkalmazzon, véleményem szerint nincs összefüggésben a versenyző piacon a hagyományos ügyfelek számára történő, jövedelmező értékesítések ára, és a versenytárs fő ügyfele számára ugyanezen a piacon történő, nem jövedelmező értékesítések ára közötti kiegyenlítéssel. Ugyanis az erőfölényben lévő vállalkozásnak elvileg nincs szüksége ilyen kiegyenlítésre a versenytárs ügyfele számára ajánlott árszint fenntartásához.

110. Mindent egybevetve, az erőfölényben lévő vállalkozás hagyományos ügyfelei, vagyis az eltérő árképzési gyakorlat vesztesei az olyan piacon, ahol semmilyen kényszer nem nehezedik rájuk, elvileg találhatnak olyan versenytársat, aki ugyanazt a szolgáltatást az erőfölényben lévő vállalkozás által meghatározott árnál olcsóbban tudja nyújtani számukra. [51]

111. Ugyanakkor másodszor, amennyiben a többletköltség nem tartalmazza vagy nem teljes mértékben tartalmazza az erőfölényben lévő vállalkozás által a két piacon folytatott tevékenységek közös költségeit, különösen az erőfölényben lévő vállalkozás azon kézbesítési hálózatának fenntartásával kapcsolatos költségeket, amelyet – mint az alapügyben – mind a fenntartott, egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel terhelt tevékenysége érdekében, mind a címzetlen postai küldemények kézbesítése érdekében használ, a vállalkozás még az átlagos többletköltségnél magasabb ár esetén is véglegesen átháríthatja az egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel érintett piacon folytatott, fenntartott tevékenységének vevőkörére a címzetlen postai küldemények kézbesítése érdekében használt kézbesítési hálózatával kapcsolatos költségeit.

112. Másként fogalmazva – az átlagos többletköltséget viszonyítási alapul véve – valószínű, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás ezen átlagnál egy kicsit magasabb árat tud alkalmazni, amivel elkerülheti, hogy az ár automatikusan felfaló jellegűnek minősüljön, de ugyanakkor teljesen vagy részben ráterheli a közös állandó költségeket az egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel érintett piacon folytatott fenntartott tevékenységére, és így ebből a tevékenységből finanszírozza a versenyző piacon alkalmazott árait. Ez a magatartás, amely lehet akár szelektív, akár nem, idővel a liberalizált piacon a versenytárs megszüntetéséhez vezethet, vagyis az alapügyben a címzetlen postai küldemények kézbesítésének dániai piacán működő versenytársak megszüntetéséhez, amelyek természetesen nem élvezik ugyanannak a keresztfinanszírozásnak az előnyeit. [52]

113. Úgy vélem, hogy az a tény, hogy az olyan erőfölényben lévő vállalkozás, mint a Post Danmark az átlagos többletköltségétől magasabb szelektív árakat alkalmaz, nem zárja ki – ellentétben azzal, amit a Post Danmark és a cseh kormány a Bíróság elé terjesztett észrevételeiben állított –, hogy az ilyen árszint a versenytárs kiszorításának kockázatával jár, mivel az erőfölényben lévő vállalkozás az egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel érintett piacon folytatott, fenntartott tevékenységéből származó bevételéből finanszírozhatja ezt az árat.

51 — A jelen esetben a Post Danmark megismételte többek között a tárgyaláson, hogy a címzetlen küldemények kézbesítéséről szóló szerződés valamelyik ügyfele által történő idő előtti felmondása nem járt volna kötbérfizetési kötelezettséggel, és csak egyhónapos felmondási idő volt kikötve. Ez a helyzet egyértelműen elhatárolható a fent hivatkozott Compagnie maritime belge de transports és társai kontra Bizottság egyesített ügyekben hozott ítéletnek alapjául szolgáló ügytől (117. pont), amelyben a Bíróság különösen azt hangsúlyozta, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás a versenytársa ügyfeleinek alacsony árat ajánlott, míg a felhasználóktól az e versennyel nem érintett szolgáltatásokért továbbra is magasabb árat kért.

52 — Lásd általánosságban többek között Thouvenin, V., Coûts incrémentaux: retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Éléments de définition des coûts incrémentaux dans le contexte d'une stratégie de prédation: point de vue d'un économiste, *Concurrences*, i. m. 11. o.

114. E tekintetben, annak megvizsgálásához, hogy ez a helyzet áll-e fenn, meg kell határozni az erőfölényben lévő vállalkozás által az egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel érintett piacon nyújtott szolgáltatások külön költségét (stand-alone cost),[53] és meg kell vizsgálni, hogy az e szolgáltatásokból származó bevételek meghaladják-e ezt a költséget. Igenlő válasz esetén a keresztfinanszírozás valószínűleg megállapítható a versenyző piacon teljesített azon értékesítésekkel kapcsolatban, amelyek esetében az alkalmazott ár alacsonyabb az átlagos teljes költségeknél. Tekintettel arra, hogy az erőfölényben lévő vállalkozást a piacon meglévő verseny fenntartását illetően különös felelősség terheli, az ilyen keresztfinanszírozás idővel a versenytárs kiszorításának valós kockázatával jár, és véleményem szerint ily módon jogszerűvé teszi a versenyhatóságok megelőző jellegű beavatkozását.

115. Ezen gyakorlat alkalmazási idejétől függően ilyen kockázatra lehet következtetni többek között abból, ha a versenytárs piaci részesedését elveszti.

116. Az alapügyben ugyanakkor úgy tűnik, hogy – amint arra a jelen indítványom 14. pontjában már rávilágítottam –, a dán versenyhatóságok nem állapították meg a Post Danmarknak a címzetlen postai küldemények kézbesítésével kapcsolatos tevékenysége esetében a jogellenes keresztfinanszírozás fennállását. A kérdést előterjesztő bíróságnak ugyanakkor erről meg kell győződnie.

117. E szakaszban még megkérdőjelezhető az olyan díjcsomagok arányossága, mint amilyet a Post Danmark nyújtott a címzetlen postai küldemények kézbesítésének piacán működő egyetlen vagy legfőbb versenytársa egyik fő ügyfele számára. A kérdés két szempontból közelíthető meg.

118. Egyrészt fel lehet tenni a kérdést, hogy a régi ügyfeleivel szemben megkülönböztetéstől mentes árpolitika alkalmazásával a piacon erőfölényben lévő vállalkozásnak – tekintettel különös felelősségére – nem kellene-e tartózkodnia attól, hogy az árat szelektív módon magasabban határozza meg az átlagos többletköltségénél. Másrészt felmerülhet a kérdés, milyen indokok vezethetik az olyan erőfölényben lévő vállalkozást, mint a Post Danmarkot, amikor díjcsomagjait a versenytárs ügyfeleihez igazítja.

119. Az első ponttal kapcsolatban úgy vélem, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás arra való kötelezésével, hogy régi ügyfeleivel és a versenytársa ügyfeleivel szemben ugyanazt az árképzési gyakorlatot folytassa – ami az alapügyben azt jelenti, hogy egységes, az átlagos többletköltségnél magasabb árat határozzon meg –, kétségtelenül elkerülhető lenne a vállalkozás ügyfeleinek ún. másodlagos hátrányos megkülönböztetése, ugyanakkor azonban a vállalkozás versenytársa tekintetében nem enyhítené e magatartás kiszorító hatását. Ugyanis bár lehetséges, hogy az egységes árképzési gyakorlat nem tartható fenn olyan hosszú ideig, mint a szelektív árképzési gyakorlat, azonban az erőfölényben lévő vállalkozás által a versenytárs érintett ügyfelével szemben alkalmazott árak szintje nem változik, függetlenül attól, hogy az árat szelektív módon vagy egységes díjszabás alapján határozták meg.

120. Ami a második pontot illeti, amennyiben a versenytárs azon ügyfelei, akik számára a különböző díjcsomagokat nyújtották, hasonló helyzetben vannak, nem igazán értem, hogy az olyan erőfölényben lévő vállalkozás, mint a Post Danmark miért igazította úgy az ajánlatait, hogy kettő (azaz a Spar és Superbest esetében) fedezi az említett vállalat átlagos teljes költségeit, míg a harmadik (azaz a Coop esetében) nem fedezi azokat, annak ellenére, hogy az első esetben – mint ahogy már említettem – az árak mindig alacsonyabbak az említett versenytárs által alkalmazott áraknál, és a versenytársra nem gyakorolnak kiszorító hatást. Így még a Sparnak és Superbestnek nyújtott díjcsomaggal azonos szintű díjcsomag is kellőképpen vonzó lehetett volna még egy olyan ügyfél számára is, mint a Coop, mivel úgy tűnik, hogy az FK által ajánlott árnál alacsonyabb volt, de ugyanakkor nem fejtett ki olyan, előzőekben

53 — Lásd e tekintetben különösen Faulhaber, G. R. munkáit: Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises, *American Economic Review*, 1975., 5. sz., 966. o. és Cross-Subsidy Analysis with more than two services, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005., 3. sz., 441. o., amely az alábbi meghatározást tartalmazza: »the stand-alone cost of any service or group of services of an enterprise is the cost of providing that service (at the existing or „test" demand level) or group of services by themselves, without any other service that is provided by the enterprise«. Lásd még Thouvenin, V., i. m. 11. o.

említett hatást, amely a versenytárs kiszorítását eredményezte volna. Mindazonáltal ezen kiszorító hatás fennállása elsősorban az erőfölényben lévő vállalkozásnak azon lehetőségétől függ, hogy a Coop számára előnyös árakat finanszírozhatja-e abból a fenntartott tevékenységéből, amelyet az egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel érintett ágazatban folytat.

121. Következésképpen, tekintettel az alapügy tényállására, megfelelőbbnek tűnik számomra az általam képviselt azon megközelítés, amely a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélettel szemben a kiszorításra irányuló szándék helyett inkább a legalább potenciális kiszorító hatások vizsgálatát helyezi előtérbe. Ugyanis a fent hivatkozott AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet alapjául szolgáló helyzettől eltérően a kérdést előterjesztő bíróság a vállalkozás számos olyan visszaélésszerű magatartását nem vizsgálta, amelyek közül több is egyértelműen a versenytárs megszüntetésére irányult. Ez lehet a magyarázata annak, hogy a Bíróság az AKZO szelektív jellegű árképzési gyakorlatát vizsgálva, csupán e vállalkozásnak a versenytárssal szembeni ártó szándékára következtetett.

122. Ha a kiszorító hatásra alapított megközelítés helyett inkább a kiszorításra irányuló szándékra alapított megközelítést alkalmaznánk, az annak megállapítását eredményezné, hogy valamennyi szelektív árképzési gyakorlat versenykizáró visszaélésnek minősül, amennyiben az erőfölényben lévő vállalkozás által alkalmazott árak alacsonyabbak az átlagos teljes költségeknél, kivéve, ha ez a gyakorlat gazdaságilag igazolt. Márpedig véleményem szerint, amint azt az előző fejtegetéseimben már hangsúlyoztam, e vélelem gazdasági és jogi értelemben nem megalapozott, illetve nem is célszerű. Erre tekintettel az automatikusan nem is vezethető le az erőfölényben lévő vállalkozás hagyományos ügyfeleivel és a versenytársa ügyfelével vagy ügyfeleivel szemben folytatott különböző árképzési gyakorlatból.

123. Mindezek alapján véleményem szerint az EK 82. cikk úgy értelmezendő, hogy az erőfölényben lévő postai vállalkozás azon magatartása, amelynek révén olyan szelektív árengedményt ad a legfőbb vagy egyetlen versenytársa fő ügyfelének a címzetlen postai küldemények kézbesítésének a verseny számára teljes mértékben nyitott dániai piacán, amely az árat a vállalkozás átlagos teljes költségénél alacsonyabb szintre csökkenti, amely ugyanakkor magasabb, mint a szolgáltató átlagos többletköltsége, és amely így az említett versenytárs kiszorításával jár, erőfölénnyel való visszaélést valósít meg, amennyiben az erőfölényben lévő vállalkozás a szelektív díjcsomagot az egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel érintett piacon folytatott, fenntartott tevékenységéből származó bevételéből finanszírozhatja. E tekintetben a címzetlen küldemények kézbesítésével kapcsolatos tevékenység jogellenes keresztfinanszírozásának megállapítása érdekében meg kell vizsgálni, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás által a postai szolgáltatásoknak az egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel érintett piacán nyújtott szolgáltatásokból származó bevételek meghaladják-e az ezen szolgáltatások külön költségét. A nemzeti bíróság feladata annak megvizsgálása, hogy az alapügyben ez a helyzet áll-e fenn.”

III – Végkövetkeztetések

124. A fenti indokolásra tekintettel azt javasolom, hogy a Bíróság a Højesteret által előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésekre a következő választ adja:

„Az EK 82. cikk úgy értelmezendő, hogy az erőfölényben lévő postai vállalkozás azon magatartása, amelynek révén olyan szelektív árengedményt ad a legfőbb vagy egyetlen versenytársa fő ügyfelének a címzetlen postai küldemények kézbesítésének a verseny számára teljes mértékben nyitott dániai piacán, amely az árat a vállalkozás átlagos teljes költségénél alacsonyabb szintre csökkenti, amely ugyanakkor magasabb, mint a szolgáltató átlagos többletköltsége, és amely így az említett versenytárs kiszorításával jár, erőfölénnyel való visszaélést valósít meg, amennyiben az erőfölényben lévő vállalkozás a szelektív díjcsomagot az egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel érintett piacon folytatott, fenntartott tevékenységéből származó bevételéből finanszírozhatja. E tekintetben a címzetlen küldemények kézbesítésével kapcsolatos tevékenység jogellenes keresztfinanszírozása fennállásának

megállapítása érdekében meg kell vizsgálni, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás által a postai szolgáltatásoknak az egyetemes szolgáltatási kötelezettséggel érintett piacán nyújtott szolgáltatásokból származó bevételek meghaladják-e az ezen szolgáltatások külön költségét. A kérdést előterjesztő bíróság feladata annak vizsgálata, hogy e feltételek az alapügyben fennállnak-e.”