Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 24 maja 2011 r.[1]

Sprawa C-209/10

Post Danmark A/S
przeciwko
Konkurrencerådet[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

złożony przez Højesteret (Dania)]

Artykuł 102 TFUE — Duński rynek usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych — Nadużycie pozycji dominującej — Wybiórcze obniżanie cen doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych — Ceny niższe od średnich kosztów całkowitych — Ceny wyższe od średnich kosztów przyrostowych — Wyeliminowanie konkurenta — Zamiar — Skutek — Stosowanie cen dyskryminujących — Ceny drapieżne

I – Wprowadzenie

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony w niniejszej sprawie przez Højesteret (Dania) dotyczy wykładni art. 82 WE (który odpowiada obecnie art. 102 TFUE).

2. Sąd odsyłający zmierza co do zasady do ustalenia, czy przedsiębiorstwo pocztowe, w tym przypadku Post Danmark A/S (zwane dalej „Post Danmark"), nadużyło pozycji dominującej, jaką zajmuje na duńskim rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych (publipostage)[2], z powodu wybiórczego stosowania niskich cen przy zawieraniu umów z trzema klientami strategicznymi swego głównego konkurenta, mianowicie Forbruger-Kontakt (zwanej dalej „FK"), mimo faktu, iż zostało ustalone, że ceny te nie miały na celu jej wyeliminowania.

3. W przypadku gdyby jedyny przytoczony powód był niewystarczający, sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o wskazanie dodatkowych, znaczących okoliczności, które sąd odsyłający winien wziąć pod uwagę w celu stwierdzenia nadużycia polegającego na cenowej eliminacji konkurencji.

4. Przed przystąpieniem do rozpoznania zagadnień, których rozstrzygnięcie nie jest proste, należy przypomnieć istotne okoliczności sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, który stał się podstawą złożenia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w niniejszej sprawie.

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Zgodnie z postanowieniem odsyłającym przez doręczanie nieadresowanych przesyłek reklamowych rozumie się w szczególności doręczanie prospektów, książek telefonicznych, przewodników, dzienników lokalnych i regionalnych.

5. Post Danmark i FK są dwoma wiodącymi przedsiębiorstwami na duńskim rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych. Na rynku tym obowiązują zasady wolnorynkowe i nie wchodzi on w zakres ustawodawstwa duńskiego w dziedzinie powszechnych usług pocztowych, będącego transpozycją dyrektywy nr 97/67/WE w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług [3].

6. Z postanowienia sądu odsyłającego wynika, że w momencie zajścia okoliczności leżących u podstawy sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, to jest w latach 2003?2004, Post Danmark posiadała monopol w zakresie doręczania zaadresowanych listów i paczek o wadze poniżej określonego limitu wagowego, któremu towarzyszył obowiązek doręczania przesyłek zaadresowanych o wadze poniżej określonego limitu wagowego w ramach powszechnych usług pocztowych [4]. Przedsiębiorstwo to dysponowało zatem siecią dystrybucji pokrywającą całość terytorium duńskiego, wykorzystywaną również do prowadzenia wolnorynkowej działalności doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych.

7. Głównym przedmiotem działalności FK ? spółki zależnej duńskiego koncernu prasowego, jest doręczanie nieadresowanych przesyłek reklamowych. Do momentu zajścia okoliczności leżących u podstawy sporu przed sądem krajowym przedsiębiorstwo to, nabywając małe podmioty gospodarcze prowadzące działalność na rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych, stworzyło sieć dystrybucji obejmującą swym zasięgiem niemalże całość terytorium duńskiego.

8. Do 2004 r. strategicznymi klientami FK były trzy koncerny supermarketów SuperBest, Spar i Coop.

9. Z końcem 2003 r. Post Danmark zawarła umowy z tymi trzema koncernami, zapewniając sobie ze skutkiem od początku 2004 r. kolportaż ich nieadresowanych przesyłek reklamowych.

10. Z postanowienia odsyłającego wynika, że umowa zawarta z koncernem Coop w następstwie negocjacji prowadzonych zarówno z Post Danmark, jak i z FK dotyczyła ponadtrzykrotnie większej – niż dotychczas doręczana na zlecenie strategicznego klienta Post Danmark – liczby nieadresowanych przesyłek reklamowych w skali roku. Koncern Coop zlecał doręczenie pięciu przesyłek na gospodarstwo domowe, podczas gdy żaden z poprzednich klientów Post Danmark nie zlecał doręczania więcej niż jednej przesyłki na gospodarstwo domowe. Była to ponadto pierwsza umowa zawarta przez Post Danmark przewidująca doręczenia nieadresowanych przesyłek reklamowych w piątki i soboty. Oferta cenowa, jaką Post Danmark złożyła koncernowi Coop, opiewała na ceny niższe niż proponowane innym klientom. Koncern ten skorzystał również z wyższych zniżek niż inni klienci Post Danmark w stosunku do oficjalnych cenników.

11. Ponadto sąd odsyłający wskazuje, że koszty doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych przez Post Danmark uległy w latach 2003?2004 zmniejszeniu o 0,13 DKK za przesyłkę oraz że cena zaproponowana koncernowi Coop nie pozwalała na pokrycie średnich kosztów całkowitych tego przedsiębiorstwa, lecz wyłącznie jego średnich kosztów przyrostowych.

12. W następstwie skargi, w której FK zarzuca Post Danmark stosowanie drapieżnych i dyskryminujących cen i rabatów, subsydiowanie krzyżowe i budowanie lojalności klientów, decyzją z dnia 29 września 2004 r. Konkurrencerådet (rada ds. konkurencji) uznała, że Post Danmark, stosując w latach 2003?2004 pierwotną dyskryminację cenową (primary-line discrimination) polegającą na oferowaniu klientom swego konkurenta innych cen niż własnej klienteli, naruszyła w szczególności art. 82 WE.

3 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. (Dz.U. 1998, L 15, s. 14). Należy nadmienić, że po nastąpieniu okoliczności leżących u podstawy sporu w postępowaniu przed sądem krajowym dyrektywa ta została poddana istotnym zmianom wprowadzonym na mocy dyrektywy 2008/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniającej dyrektywę 97/67 (Dz.U. L 52, s. 3). Wiążący Danię termin transpozycji tych poprawek do prawa wewnętrznego został wyznaczony, zgodnie z art. 2 dyrektywy 2008/6, na dzień 31 grudnia 2010 r.

4 — Należy wskazać, że art. 7 dyrektywy 2008/6 przewiduje, że państwa członkowskie nie udzielają ani nie utrzymują w mocy wyłącznych lub szczególnych praw w zakresie ustanawiania i świadczenia usług pocztowych. Państwa członkowskie mogą finansować świadczenie usług powszechnych zgodnie z jednym lub kilkoma sposobami określonymi w tym przepisie lub wszelkimi innymi sposobami zgodnymi z traktatem WE.

13. Organ ten uznał również, że Post Danmark nadużyła pozycji dominującej, jaką zajmuje na danym rynku, stosując pierwotną dyskryminację w postaci celowych rabatów względem klientów FK. Konkurrencerådet uznała także, że Post Danmark stosowała również wtórną dyskryminację cenową, odmiennie traktując różnych partnerów handlowych znajdujących się w podobnej sytuacji.

14. Odnosząc się natomiast do zarzucanego Post Danmark stosowania drapieżnych cen, Konkurrencerådet uznała, że kwestia ta była złożona i wymagała głębszej analizy, wobec czego jej ocena winna zostać dokonana w ramach późniejszej decyzji tego organu. Wreszcie w odniesieniu do zarzucanego Post Danmark stosowania dotacji krzyżowych Konkurrencerådet zwróciła uwagę, że dowody zgromadzone w aktach sprawy nie uprawniały wniosku o dokonywaniu transferów środków z innych sektorów działalności Post Danmark.

15. W decyzji z dnia 24 listopada 2004 r. Konkurrencerådet stwierdziła, że nie zostało ustalone, by Post Danmark umyślnie dążyła do wyeliminowania konkurencji. W konsekwencji przedsiębiorstwo to nie nadużyło dominującej pozycji, jaką zajmowało na duńskim rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych, stosując ceny drapieżne.

16. Decyzją z dnia 1 lipca 2005 r. Konkurrenceankenævnet (organ odwoławczy ds. konkurencji) potwierdził decyzje Konkurrencerådet z dnia 29 września i 24 listopada 2004 r.

17. Wspomniana decyzja stała się ostateczna w zakresie, w jakim dotyczyła stwierdzania cenowej dyskryminacji wtórnej sprzecznej z art. 82 WE oraz braku stwierdzenia stosowania przez Post Danmark cen drapieżnych.

18. Post Danmark w tej sytuacji wniosła do Østre Landsret (sądu prowincji wschodniej) odwołanie od decyzji z dnia 1 lipca 2005 r. w zakresie, w jakim decyzja ta potwierdzała decyzję Konkurrencerådet z dnia 29 września 2004 r. w sprawie nadużycia pozycji dominującej w postaci stosowania wybiórczo niskich cen wobec koncernów SuperBest, Spar i Coop (dyskryminacja pierwotna).

19. W dniu 21 grudnia 2007 r. Østre Landsret podzielił stanowisko przyjęte we wcześniejszych decyzjach przez duńskie organy ds. konkurencji w zakresie, w jakim organy te stwierdziły, że Post Danmark nadużyła pozycji dominującej, jaką zajmowała na duńskim rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych, stosując w latach 2003–2004 politykę różnych cen w odniesieniu do byłych klientów FK i swych aktualnych klientów, nie będąc przy tym w stanie uzasadnić tych różnic wysokością ponoszonych kosztów. Sąd ten stwierdził w szczególności, że praktyka ta dotyczyła rynku, na którym Post Danmark – ze względu na wielkość swego w nim udziału oraz wyjątkową przewagę strukturalną, zajmowała szczególną pozycję oraz na którym położenie jej jedynego liczącego się konkurenta – FK, w przypadku utraty istotnych klientów było szczególnie newralgiczne.

20. Post Danmark wniosła od tego wyroku apelację do Højesteret, podnosząc w szczególności, że warunkiem sine qua non uznania stosowania wybiórczo niskich cen niepokrywających średnich kosztów działalności za naruszenie art. 82 WE był zamiar wyeliminowania konkurencji.

21. W tych okolicznościach Højesteret postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 82 WE należy interpretować w ten sposób, że wybiórcze obniżanie cen przez zajmujące pozycję dominującą przedsiębiorstwo pocztowe, na którym ciąży obowiązek świadczenia usług doręczania przesyłek, do poziomu niższego niż średnie koszty całkowite tego przedsiębiorstwa, lecz wyższego niż jego średnie koszty przyrostowe, może stanowić nadużycie eliminujące, w sytuacji gdy zostanie dowiedzione, że ustalenie ceny na takim właśnie poziomie nie miało na celu wyeliminowania konkurenta?

2) W przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi, że wybiórcze obniżanie cen w warunkach opisanych w tym pytaniu może w pewnych okolicznościach stanowić nadużycie eliminujące, jakie okoliczności sąd krajowy winien wziąć pod uwagę?".

22. Zgodnie z art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Post Danmark, FK, rządy duński, włoski i czeski, a także Komisja Europejska przedłożyły uwagi na piśmie. Wymienieni uczestnicy postępowania, a także Urząd Nadzoru EFTA zostali wysłuchani na rozprawie w dniu 1 marca 2011 r.

II – Analiza

A – *Uwagi wstępne*

23. Zważywszy próby Post Danmark, podjęte w szczególności w trakcie rozprawy, aby uczynić przedmiotem debaty przed Trybunałem niektóre elementy oceny sądu odsyłającego, wydaje mi się konieczne przypomnieć, że w ramach postępowania na podstawie art. 234 WE, opartego na wyraźnym podziale kompetencji pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem, wszelka ocena okoliczności sporu należy do uprawnień sądu krajowego [5].

24. W sprawie zawisłej przed sądem krajowym okoliczność, że rynkiem, którego sprawa dotyczy, jest duński rynek usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych, nie jest sporna między stronami. Natomiast wbrew uwagom Post Danmark złożonym przed Trybunałem, dowody zgromadzone w aktach sprawy zawisłej przed sądem krajowym nie wydają się potwierdzać, by najpierw duńskie organy ds. konkurencji, a następnie sądy krajowe, w tym sąd odsyłający, stwierdziły, że rynek ten składał się z dwóch części, mianowicie rynku przesyłek ekspediowanych w tygodniu i rynku doręczeń „niedzielnych" lub bardziej ogólnie weekendowych.

25. Tym samym nie wydaje mi się, by należało zatrzymywać się nad twierdzeniami Post Danmark, jakoby stosowała ona sporne praktyki cenowe w (jedynym bądź podstawowym) celu poszerzenia oferty usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych kierowanej na rynek doręczeń weekendowych, dotychczas zdominowany przez FK.

26. Następnie jest również bezsporne, że na tym rynku, o rozmiarach określonych przez organy i sądy krajowe, Post Danmark zajmuje „pozycję dominującą" w rozumieniu art. 82 WE. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony w niniejszej sprawie wyraźnie opiera się na tym założeniu.

27. Zgodnie z tym wnioskiem dominację Post Danmark potwierdzała ogólna analiza pozycji, jaką cieszy się to przedsiębiorstwo na rynku. Analiza ta została oparta jednakże przede wszystkim na jej udziale w rynku mierzonym wielkością obrotu, około 50% [6], oraz na jej szczególnej pozycji na rynku, wynikającej z faktu posiadania obejmującej cały kraj sieci dystrybucji, która mogła być utrzymywana niezależnie od prowadzenia działalności doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych, ze względu na ciążący na niej obowiązek świadczenia powszechnych usług w zakresie doręczania przesyłek pocztowych.

5 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06 Varec, Zb. Orz. s. I-581, pkt 23; z dnia 1 lipca 2008 r. w sprawie C-49/07 MOTOE, Zb. Orz. s. I-4863, pkt 30.

6 — Dokładniej wynika to z tabeli, jaką posłużyły się duńskie organy ds. konkurencji, a która następnie została zamieszczona we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zgodnie z którą przypadająca Post Danmark część rynku, mierzona wielkością obrotu, zmalała z 47% w 2001 r. do 44% w 2002 r., by w 2003 r. wzrosnąć do 55%.

28. Chociaż z dowodów zgromadzonych w aktach sprawy zawisłej przed sądem krajowym nie wynika, by zbadano względną wartość udziału Post Danmark w rynku w porównaniu z udziałem FK[7] oraz siłę nabywczą niektórych klientów, to jednak ze względu na podział kompetencji pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem nie do niego należy, mimo podjętych przez Post Danmark w uwagach kroków w tym kierunku, ponowne zbadanie jednego lub wielu aspektów analizy, która doprowadziła organy i sądy duńskie do wniosku, że przedsiębiorstwo to zajmuje taką pozycję dominującą na krajowym rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych.

29. Wreszcie konieczne jest zdefiniowanie przedmiotu pytań prejudycjalnych przedłożonych Trybunałowi.

30. Należy uściślić w tym względzie, że przedmiotem pytań skierowanych do Trybunału nie jest nadużycie pozycji dominującej, w rozumieniu art. 82 WE, w postaci stosowania drapieżnych cen.

31. Jak wynika bowiem z akt sprawy w postępowaniu przed sądem krajowym, duńskie organy ds. konkurencji nie zdołały stwierdzić istnienia planu mającego na celu wyeliminowanie konkurencji, w rozumieniu pkt 72 wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji[8], przy czym FK nie kwestionowała tego ustalenia w postępowaniach przed sądami krajowymi.

32. Aby ustalić fakt stosowania cen drapieżnych w rozumieniu pkt 70–72 wyżej wymienionego wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji, konieczne byłoby dowiedzenie, iż realizacja tego rodzaju strategii przez Post Danmark miała miejsce, ponieważ jak wskazuje sąd odsyłający, przynajmniej w odniesieniu do cen stosowanych przez Post Danmark względem Coop – jednego z trzech klientów FK, ceny były wyższe od średnich kosztów przyrostowych przedsiębiorstwa dominującego, ale niższe od jego średnich kosztów całkowitych[9].

33. Przedstawione w pytaniu sądu odsyłającego odniesienie do średnich kosztów przyrostowych Post Danmark jako kosztów, które należy uwzględnić w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, a nie jak w wyżej wymienionej sprawie Akzo przeciwko Komisji, do kosztów zmiennych, tłumaczy w świetle dowodów zgromadzonych w aktach sprawy fakt, iż przedsiębiorstwo to prowadzi równolegle z jednej strony działalność zastrzeżoną i niezastrzeżoną, której wykonywanie wynika w obu przypadkach z obowiązku świadczenia usługi powszechnej, a z drugiej strony działalność czysto komercyjną prowadzoną na wolnym rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych.

34. Porównanie cen z kosztami zmiennymi, jakie ponosi przedsiębiorstwo dominujące, któremu powierzono realizację zadań w ogólnym interesie gospodarczym (usługi publicznej lub usługi powszechnej) wydaje się bowiem niewłaściwe. Z jednej strony porównanie tego rodzaju mogłoby skutkować zawyżeniem strat, skoro zadania realizowane w ogólnym interesie gospodarczym, które powierzono przedsiębiorstwu, generują wyższe koszty niż koszty działalności prowadzonej na wolnym rynku przez jego konkurentów. Natomiast uczynienie jedynym kryterium kosztów zmiennych przedsiębiorstwa dominującego mogłoby doprowadzić do zaniżenia tych kosztów, jeżeli przedsiębiorstwo to odnotowuje wysokie koszty stałe swej działalności (np. koszty związane z wykorzystaniem swej sieci dystrybucji) i niskie koszty zmienne[10].

7 — Zgodnie z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym udziały w rynku FK wynosiły 15–25% w 2001 r., 23–35% w 2002 r., 35–45% w 2003 r. i 25–35% w 2004 r.

8 — Wyrok z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie 62/86, Rec. s. I-3359. Zgodnie z tym punktem wyroku ceny niższe od średnich kosztów całkowitych (na które składają się koszty stałe i koszty zmienne), ale wyższe od średnich koszów zmiennych (które różnią się w zależności od wielkości produkcji) należy w sytuacji, w której zostały ustalone w ramach planu mającego na celu wyeliminowanie konkurenta – uznać za nadużycie. Podejście to znalazło między innymi potwierdzenie w wyrokach z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 P Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. s. I-5951, pkt 41; z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie C-202/07 P, France Télécom przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-2369, pkt 109.

9 — Zobacz wnioskowanie Trybunału w pkt 70––72 ww. wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji, w przypadku gdyby stosowane ceny były niższe niż średnie koszty przyrostowe, nie byłoby potrzeby przedstawienia dowodu na istnienie strategii eliminacji konkurencji, ponieważ ceny te zostałyby tak czy inaczej uznane za ceny drapieżne.

10 — Zobacz w tym względzie w szczególności N. Mouy, 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, nr 1476, s. 13.

35. W tych okolicznościach właściwy wydaje się wybór innego kryterium oceny kosztów, mianowicie kosztów przyrostowych, które uwzględniają zarówno koszty stałe, i jak i koszty zmienne konkretnej działalności prowadzonej na wolnym rynku.

36. W tym względzie, jak to podkreślił sąd odsyłający, posłużenie się w postępowaniu przed sądem krajowym kryterium kosztów przyrostowych opiera się na decyzji Komisji z dnia 20 marca 2001 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 82 traktatu WE w sprawie cen stosowanych przez Deutsche Post na rynku usług przewozu paczek w sprzedaży wysyłkowej w Niemczech [11] w podobnej sytuacji [12].

37. W decyzji tej, w której Komisja między innymi uznała, że Deutsche Post nadużyła pozycji dominującej na rynku, oferując sporne usługi po cenach niższych od jej kosztów przyrostowych z tym skutkiem, iż oferowała ceny drapieżne – instytucja ta zdefiniowała omawiane koszty jako wyłącznie koszty świadczenia konkretnej usługi, zależne od przerabianej ilości, które byłyby zerowe w przypadku jej zniesienia, co oznacza, że wspólne koszty stałe, które nie zależą od świadczenia jednej usługi, nie składają się na koszty przyrostowe [13]. Z decyzji tej, na której wyraźnie oparły się duńskie władze ds. konkurencji w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, wynika również, że na koszt konkretnej usługi nie powinny składać się wspólne koszty stałe utrzymania sieci dystrybucji, ponoszone w związku z obowiązkiem świadczenia usług powszechnych. Na średnie koszty przyrostowe składają się zatem wyłącznie średnie koszty stałe i zmienne usług świadczonych w warunkach konkurencyjnych [14].

38. W sprawie zawisłej przed sądem krajowym, jak w decyzji w sprawie Deutsche Post, średnie koszty przyrostowe stanowią zatem, tak jak średnie koszty zmienne, o których mowa w pkt 71–72 ww. wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji – „kryterium fundamentalne" lub podstawowe, poniżej którego ceny stosowane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą mają charakter drapieżny.

39. Zgodnie z logiką wnioskowania wyrażonego w tych punktach wyżej wymienionego wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji, dostosowaną do kontekstu decyzji w sprawie Deutsche Post, cena wyższa od średnich kosztów przyrostowych, ale niższa od średnich kosztów całkowitych, miałaby charakter drapieżny, jeśli zostałaby ustalona w ramach planu, którego celem byłoby wyeliminowanie konkurenta.

40. Niemniej jednak, jak już wskazałem, sąd odsyłający uściślił, że duńskie organy ds. konkurencji nie wykazały istnienia takiego planu. Przedmiotem niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie jest zatem ewentualne drapieżne zachowanie Post Danmark.

41. Powyższe rozważania pozwalają jednak lepiej zrozumieć wątpliwości sądu odsyłającego. Sąd ten pragnie ostatecznie wiedzieć, czy nadużycie polegające na wyeliminowaniu lub wykluczeniu konkurenta, będącego przedsiębiorstwem dominującym na rynku, takiego jak Post Danmark, może zostać stwierdzone w przypadku wybiórczego obniżenia cen niedrapieżnych, a jeżeli tak, to w jakich okolicznościach.

42. Uściślenie to skłania mnie do sformułowania dwóch uwag dodatkowych.

11 — Dz.U. L 125, s. 27, zwanej dalej „decyzją w sprawie Deutsche Post".

12 — Zobacz również w tym względzie ocenę tej decyzji dokonaną przez Sąd w pkt 249 wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie T-340/03 France Télécom przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-107. Odwołanie od tego wyroku wniesione do Trybunału (postępowanie zakończone ww. wyrokiem z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie France Télécom przeciwko Komisji) nie dotyczyło tej kwestii.

13 — Decyzja w sprawie Deutsche Post, pkt 6, 9 oraz przypis 7. Należy również zwrócić uwagę, że w wyroku Sądu z dnia 12 września 2007 r. w sprawie T-60/05 Ufex i in. przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-3397, pkt 161, Komisja wskazała również, że badanie nadużycia pozycji dominującej, jakiego dopuściła się Poste française na rynku przesyłek ekspresowych, wymagało od niej sprawdzenia, czy ceny usług udostępnienia infrastruktury spółce zależnej działającej na tym samym rynku były niższe, czy równe jej kosztom przyrostowym świadczenia tych usług, tzn. ustalenia kosztów świadczenia konkretnej usługi, które odpadają w momencie zaprzestania jej świadczenia. Jest to również co do zasady celem art. 14 dyrektywy 67/97, który nie przywołując pojęcia „przyrostowe", zobowiązuje państwa członkowskie by zapewniły, że operatorzy pocztowi świadczący usługi powszechne prowadzili rachunkowość analityczną w taki sposób, by rozdzielali bezpośrednie koszty świadczenia usługi lub koszty sprzedaży konkretnego produktu, jak również koszty wspólne wedle szczegółowych sposobów przewidzianych w tym przepisie.

14 — Decyzja w sprawie Deutsche Post, pkt 9, 10.

43. Z jednej strony wątpliwości sądu odsyłającego nie dotyczą będącego nadużyciem wykorzystania pozycji dominującej poprzez cenową dyskryminację klientów Post Danmark rodzącą skutki na rynku lub rynkach, w których uczestniczą ci klienci (dyskryminacja wtórna lub dyskryminacja typu „secondary-line").

44. Z postanowienia odsyłającego oraz dowodów zgromadzonych w aktach sprawy rozpatrywanej przez sąd krajowy wynika bowiem, że ustalenie organów duńskich ds. konkurencji, zgodnie z którym Post Danmark stosowała inne ceny wobec partnerów handlowych znajdujących się w podobnej sytuacji, w rozumieniu art. 82 ust. 1 lit. c) nie zostało podważone przez to przedsiębiorstwo w postępowaniach przed sądami krajowymi.

45. Sąd odsyłający skupia się wyłącznie na wybiórczym obniżaniu cen stosowanych przez Post Danmark, skutkiem którego mogło być, w przypadku braku interwencji ze strony duńskich organów ds. konkurencji, wyeliminowanie lub wykluczenie FK z rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych w Danii (dyskryminacja pierwotna lub dyskryminacja typu „primary-line").

46. Rozróżnienie, jakie pomiędzy dyskryminacją wtórną i pierwotną przeprowadziły duńskie organy i sądy, wydaje mi się słuszne, a ponadto znajduje silne poparcie w ramach części doktryny [15]. Mimo że wykaz nadużyć zawarty w art. 82 WE nie wyczerpuje sposobów nadużywania pozycji dominującej zakazanego tym postanowieniem [16], rozróżnienie to pozwala jednak, moim zdaniem, na wyjaśnienie związków pomiędzy dyskryminującymi praktykami cenowymi, zakazanymi na podstawie art. 82 akapit drugi lit. c) WE, których antykonkurencyjne skutki powstają na rynku lub rynkach „partnerów handlowych", „narażając ich na niekorzystną pozycję konkurencyjną", co odpowiada sytuacji określanej mianem dyskryminacji wtórnej (z definicji bowiem partnerzy handlowi nie mogą stanowić konkurencji dla przedsiębiorstwa nadużywającego pozycji dominującej), a praktykami zakazanymi na podstawie art. 82 akapit drugi lit. b) WE, których skutki powstają na rynku, na którym działalność prowadzi przedsiębiorstwo dominujące i jego konkurenci, a które wchodzą w zakres innych rodzajów nadużyć, w tym polegających na ograniczeniu produkcji, rynków zbytu lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów, które skutkują wyeliminowaniem lub wykluczeniem tych konkurentów.

47. Z drugiej strony wspominając w pierwszym pytaniu prejudycjalnym sytuację wybiórczego obniżania cen, których poziom mieścił się pomiędzy średnimi kosztami przyrostowymi a całkowitymi kosztami średnimi poniesionymi przez przedsiębiorstwo dominujące, sąd odsyłający wydaje się ograniczać to pytanie do kwestii cen stosowanych przez Post Danmark w stosunku do Coop, nie biorąc jednak pod uwagę cen stosowanych wobec dwóch innych klientów FK, mianowicie Spar i SuperBest, również wspomnianych w postanowieniu sądu odsyłającego, a którym bezsprzecznie Post Danmark oferowała ceny wyższe niż średnie koszty całkowite.

48. Nie jest jasne, w jaki sposób interpretować tego rodzaju pominięcie. Z jednej strony może ono oznaczać, że sąd odsyłający rozstrzygnął już kwestię tego, czy ceny stosowane przez Post Danmark wobec Spar i SuperBest mogły prowadzić do wyeliminowania FK z rynku, odrzucając taką możliwość. Z drugiej strony pominięcie tego rodzaju może po prostu oznaczać, że sąd odsyłający uznał, że w momencie rozjaśnienia wątpliwości co do wykładni art. 82 WE w kontekście cen oferowanych prze Post Danmark Coopowi będzie on miał możliwość i obowiązek wyciągnąć z odpowiedzi Trybunału własne wnioski co do zgodności z prawem cen stosowanych przez Post Danmark wobec Spar i SuperBest.

15 — Zobacz między innymi J. Temple Lang, R. O'Donoghue, Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC, *Fordham International Law Journal*, nr 83, 2002, s. 86; D. Geradin, N. Petit, Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?, *Journal of Competition Law and Economics*, nr 3, 2006, s. 487 i nast.

16 — Zobacz w szczególności podobnie wyroki: z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 Europemballage i Continental Can przeciwko Komisji, Rec. s. 215, pkt 26; z dnia 16 marca 2000 r. w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P Compagnie maritime belge transports i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-1365, pkt 112; z dnia 15 marca 2007 r. w sprawie C-95/04 P British Airways przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-2331, pkt 57; z dnia 14 października 2010 r. w sprawie C-280/08 P Deutsche Telekom przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-9555, pkt 173; z dnia 17 lutego 2011 r. w sprawie C-52/09 TeliaSonera, Zb. Orz. s. I-527, pkt 26.

49. W każdym razie wydaje mi się, że aby udzielić sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi na pytanie – czy nadużycie eliminujące lub wykluczające konkurenta przedsiębiorstwa dominującego może zostać stwierdzone w sytuacji wybiórczego obniżania cen, które nie mają drapieżnego charakteru, a jeśli tak, to w jakich okolicznościach – nie należy lekceważyć cen, jakie Post Danmark stosowała wobec Spar i SuperBest.

B – *W przedmiocie wybiórczego obniżenia cen oraz skutku eliminującego*

50. Kwestia wspomniana w poprzednim punkcie jest przedmiotem sporu pomiędzy uczestnikami postępowania, którzy złożyli uwagi przed Trybunałem.

51. Co do zasady zdaniem Post Danmark i rządu czeskiego eliminująca praktyka cenowa może zostać stwierdzona wyłącznie w sytuacji, gdy ceny zostały ustalone poniżej odpowiadającej im kategorii kosztów. W niniejszej sprawie ceny wyższe niż średnie koszty przyrostowe mogłyby skutkować wyeliminowaniem konkurenta jedynie wówczas, gdyby wpisywały się w strategię mającą na celu wyeliminowanie tego konkurenta. Zdaniem rządu czeskiego strategia taka mogłaby wynikać z analizy ekonomicznej, natomiast Post Danmark uważa, że winny ją potwierdzać wyłącznie bądź przede wszystkim dowody wskazujące na istnienie subiektywnego zamiaru wyeliminowania konkurencji. Ponieważ dowody zgromadzone w aktach sprawy zawisłej przed sądem krajowym nie wskazują, by Post Danmark realizowała tego rodzaju strategię, nie doszło do nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE.

52. Natomiast FK, rząd duński i włoski, Urząd Nadzoru EFTA, tak zresztą jak w pewnym zakresie Komisja – a zwłaszcza po złożeniu w tym zakresie wyjaśnień na rozprawie – popierają tezę przeciwną. Ogólnie rzecz biorąc, zainteresowani twierdzą, że *niezależnie od ponoszonych kosztów* stosowanie przez przedsiębiorstwo dominujące wybiórczych cen wobec klientów jego jedynego liczącego się konkurenta prowadzi lub może ze wszelkim prawdopodobieństwem doprowadzić do jego wyeliminowania, w sytuacji gdy praktyki tego rodzaju nie uzasadniają żadne względy gospodarcze, w szczególności czynnik „oszczędności skali". Taka sytuacja zaistniała natomiast w sprawie rozpatrywanej przez sąd krajowy.

53. Przeważająca część debaty, która wywiązała się pomiędzy zainteresowanymi stronami, dotyczyła wykładni serii wyroków Trybunału i Sądu, w których sądy te badały kwestie wybiórczego stosowania cen przez przedsiębiorstwa dominujące. Z jednej i z drugiej strony wyroki te potwierdzają twierdzenia wyrażone w uwagach złożonych przed Trybunałem.

54. Przed przystąpieniem do analizy tych wyroków należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wprowadzając zakaz nadużywania pozycji dominującej w zakresie, w jakim może on wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi, art. 82 WE dotyczy zachowań, które mogą oddziaływać na strukturę rynku, na którym – właśnie ze względu na obecność przedsiębiorstwa o sile gospodarczej wynikającej z jego pozycji dominującej – poziom konkurencji jest już osłabiony, oraz zachowań, które stwarzają przeszkody dla utrzymania istniejącego poziomu konkurencji lub jej rozwoju na rynku poprzez stosowanie środków odmiennych od tych, które panują w warunkach normalnej konkurencji między towarami lub usługami na podstawie świadczeń podmiotów gospodarczych [17].

55. Skoro więc art. 82 WE dotyczy nie tylko praktyk mogących wyrządzić bezpośrednią szkodę konsumentom, ale także praktyk, które wyrządzają im szkodę poprzez naruszenie struktury skutecznej konkurencji, na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku [18].

17 — Zobacz podobnie wyroki: z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 Hoffman-La Roche przeciwko Komisji, Rec. s. 461, pkt 91; z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin przeciwko Komisji, Rec. s. 3461, pkt 70; ww. wyroki: w sprawie Akzo przeciwko Komisji, pkt 69; w sprawie British Airways przeciwko Komisji, pkt 66; wyroki: z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie France Télécom przeciwko Komisji, pkt 104; w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 174; w sprawie TeliaSonera, pkt 27.

18 — Zobacz w szczególności ww. wyroki: z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie France Télécom przeciwko Komisji, pkt 105; w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 176; w sprawie TeliaSonera, pkt 24.

56. Z tej perspektywy jeżeli zakaz nadużywania pozycji dominującej może w bardzo naturalny sposób być powodowany bezpośrednią dbałością o dobro konsumentów, jest on również uzasadniony koniecznością ochrony lub utrzymania konkurencyjnej struktury rynku, skoro realizacja tego celu jest w pewien sposób korzystna dla konsumentów.

57. O ile szczególna odpowiedzialność spoczywająca na przedsiębiorstwie dominującym skłoniła Trybunał do orzeczenia, iż nie każdy rodzaj konkurencji cenowej może zostać uznany za zgodny z prawem [19], o tyle w zakresie cen twierdzenie to oznacza jednak, że tego rodzaju konkurencja jest – z pewnymi wyjątkami – dozwolona, a nawet zalecana. Jako że konkurencja cenowa jest zasadniczo korzystna, jej stosowanie nie może być dla zasady zakazane przedsiębiorstwom zajmującym na danym rynku pozycję dominującą.

58. Ponadto aby ustalić, czy poprzez stosowanie praktyk cenowych przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na rynku nadużyło tej pozycji w rozumieniu art. 82 WE, należy poddać ocenie wszystkie okoliczności i zbadać w szczególności, czy te praktyki mają na celu pozbawienie konkurentów dostępu do rynku lub umocnienie pozycji dominującej wskutek zakłócenia konkurencji [20].

59. Jak zwrócili na to uwagę niektórzy uczestnicy postępowania, na orzecznictwo składa się wiele spraw, w których sądy Unii stwierdziły, iż wybiórcze obniżanie cen stosowane przez jedno lub wiele przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą narusza zakaz z art. 82 WE.

60. Pierwsza z wspomnianych spraw to zakończona wyżej wymienionym wyrokiem sprawa Akzo przeciwko Komisji.

61. Pośród praktyk cenowych, których stosowanie na wspólnotowym rynku nadtlenków organicznych [21] Komisja zarzuciła Akzo, znajdowało się nie tylko wspomniane już stosowanie nienormalnie niskich cen (cen drapieżnych) oferowanych klientom jednego z jej konkurentów (ECS), poddane analizie w pkt 98–109 wyroku Trybunału, ale również posługiwanie się ofertami wybiórczo niskich cen stosowanych wobec klientów tego samego konkurenta na poziomie odczuwalnie niższym niż ceny proponowane przez Akzo jej własnym klientom [22] – praktyka, którą Trybunał przeanalizował w pkt 110–121 tego wyroku.

62. Potwierdziwszy tezę Komisji, zgodnie z którą Akzo posiadała dominującą pozycję na danym rynku tak na podstawie przypadającego jej udziału w rynku, rzędu 50%, jak i na podstawie innych czynników [23], Trybunał dokonał analizy wybiórczych ofert cenowych składanych klientom ECS, zwanym „wielkimi niezależnymi", by stwierdzić na wstępie, że Akzo nie kwestionowała faktu, że oferowała różne ceny kupcom o podobnych rozmiarach, nie podnosząc przy tym argumentów w celu wykazania, że różnice te odpowiadały jakości towarów lub szczególnym kosztom produkcji [24]. Trybunał zwrócił następnie uwagę, że ceny stosowane przez Akzo względem jej własnych klientów były wyższe od średnich kosztów całkowitych, podczas gdy ceny oferowane klientom jej konkurentów były niższe od tej średniej [25]. Wreszcie wywiódł on w pkt 115 wyroku, że Akzo mogła w ten sposób kompensować, przynajmniej częściowo, straty wynikające z umów sprzedaży zawieranych z klientami ECS zyskami realizowanymi na podstawie umów zawieranych z wielkimi niezależnymi, którzy wchodzili w skład jej

19 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Akzo przeciwko Komisji, pkt 70.

20 — Zobacz podobnie ww. wyroki: w sprawie Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin przeciwko Komisji, pkt 73; w sprawie Deutsche Telekom, pkt 175; w sprawie TeliaSonera, pkt 28.

21 — Decyzja Komisji 85/609/EWG z dnia 14 grudnia 1985 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 86 EWG (IV/30.698 – ECS/Akzo Chemie) (Dz.U. L 374, s. 1).

22 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Akzo przeciwko Komisji, pkt 9, 111.

23 — Ibidem, pkt 59–61. Należy zwrócić uwagę, że na podstawie szczegółowego badania zasadności decyzji Komisji rzecznik generalny C.O. Lenz stwierdził, że Komisja nie wykazała, iż Akzo zajmowała na danym rynku pozycję dominującą (zob. pkt 62–124 opinii przedstawionej w dniu 19 kwietnia 1989 r. w postępowaniu zakończonym ww. wyrokiem w sprawie Akzo przeciwko Komisji).

24 — Ibidem, pkt 113.

25 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 114.

klienteli, co wskazywało, że zamiarem Akzo nie było stosowanie ogólnej polityki korzystnych cen, ale przyjęcie strategii szkodzenia swoim konkurentom. Trybunał przychylił się w tym zakresie do stanowiska zajętego w tej kwestii przez Komisję w zaskarżonej decyzji, stwierdzając, że Akzo nadużywała pozycji dominującej, jaką zajmowała na rynku.

63. Na tym etapie analizy pragnę ograniczyć swój komentarz do wyżej wymienionego wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji do dwóch następujących uwag.

64. Po pierwsze Trybunał potwierdził, iż wybiórcze stosowanie cen przez Akzo miało charakter nadużycia z punktu widzenia standardowych kosztów przedsiębiorstwa dominującego, mianowicie średnich kosztów całkowitych.

65. Kryterium to wydaje się względnie restrykcyjne dla przedsiębiorstwa dominującego. Ustanawiając bowiem punktem odniesienia średnie koszty całkowite, to znaczy koszty, na które składają się koszty stałe i koszty zmienne, Trybunał usankcjonował wybiórcze stosowanie cen, nawet w sytuacji gdy sprzedaż dodatkowej jednostki towaru własnym klientom przedsiębiorstwa dominującego pokrywa zmienne koszty produkcji tej jednostki i przynajmniej część poniesionych w ten sposób kosztów stałych. W tym kontekście o ile można zrozumieć, że odmienne traktowanie – poprzez stosowanie różnych cen – klientów przedsiębiorstwa dominującego i klientów konkurenta, którym oferuje się korzystniejsze warunki, może rzeczywiście stanowić dyskryminację powodującą niekorzystną sytuację konkurencyjną dla tych klientów w rozumieniu art. 82 akapit pierwszy lit. c) WE („secondary-line discrimination"), o tyle nie jest pewne, czy praktyka ta sama w sobie może powodować przynajmniej tak skuteczne wyeliminowanie konkurenta z rynku, skoro ów konkurent może bez przeszkód zdobyć wszystkich lub niektórych stałych klientów przedsiębiorstwa dominującego, poszkodowanych wskutek nierównego traktowania, chyba że ci klienci są poddani innym szczególnym ograniczeniom ze strony przedsiębiorstwa dominującego wiążącym ich z nim zbyt silnie.

66. Mimo że cytowane fragmenty wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji nie zawierają takich rozważań Trybunału, należy jednak zwrócić uwagę po pierwsze, że oferowanie przez Akzo wybiórcze ceny były częścią serii zachowań tego przedsiębiorstwa, wyczerpujących znamiona naruszenia, w tym w szczególności stosowania cen drapieżnych. Po drugie należy odnotować, że z faktu wybiórczego stosowania cen przez Akzo Trybunał wywiódł nie skutek eliminujący konkurenta, ale zamiar jego wyeliminowania. Punkty 113–115 wyżej wymienionego wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji umieszczone w ogólnym kontekście tego wyroku wskazują, że badanie wybiórczego obniżania cen przez Akzo jest jednym z elementów, które dowodziły istnienia planu lub strategii wyeliminowania konkurencji realizowanej przez to przedsiębiorstwo.

67. Po drugie dotkliwość, z jaką wiąże się wybiórcze obniżanie cen przez przedsiębiorstwo dominujące, na którą zwraca uwagę Trybunał w wyżej wymienionym wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji, wydaje się tłumaczyć faktem, że tego rodzaju praktyka, inaczej niż stosowanie ogólnie niskich cen, odbywa się ze szkodą dla własnej klienteli przedsiębiorstwa, co nie znajduje uzasadnienia gospodarczego. Innymi słowy Trybunał wydaje się uważać, że celem wybiórczego stosowania niskich cen nie jest zapewnienie, by klienci, a przynajmniej pośrednio konsumenci, czerpali korzyści z niskich cen (co natomiast ma zasadniczo miejsce, przynajmniej krótkoterminowo, w przypadku niewybiórczego stosowania niskich cen – cen drapieżnych), ale wyłącznie zdobycie pewnych klientów konkurentów przedsiębiorstwa dominującego, bez zysku dla konsumentów ani struktur konkurencyjnych rynku.

68. O ile stanowisko, jakie zajął Trybunał w wyżej wymienionym wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji w odniesieniu do ofert wybiórczo niskich cen stosowanych przez przedsiębiorstwo dominujące, jak to podkreśliłem, opierała się na kryterium kosztów tego przedsiębiorstwa, o tyle w późniejszych wyrokach sądy Unii nie przywiązywały do tego kryterium zasadniczej wagi.

69. Tak stało się w wyrokach w sprawach Compagnie maritime belge transports i in. przeciwko Komisji [26] oraz Irish Sugar przeciwko Komisji [27] , [28].

70. W pierwszej sprawie Komisja zarzuciła konferencji linii żeglugowych Cewal, której członkiem była między innymi Compagnie maritime belge transports i która znajdowała się w posiadaniu 90% analizowanego rynku, iż w szczególności zmieniła stawki frachtowe, odstępując od uprzednich stawek na rzecz stawek obowiązujących w celu dostosowania oferty do takiego samego lub niższego poziomu jak stawki oferowane przez jej głównego, niezależnego konkurenta (G&C) okrętom wypływającym w morze w tym samym dniu lub w datach sąsiednich (praktyka zwana „okrętami bojowymi"), z naruszeniem art. 86 EWG [29].

71. Sąd przychylił się do stanowiska Komisji.

72. Na wstępie przypomniał, że skarżące przedsiębiorstwa nie zakwestionowały trzech kryteriów decydujących o zaistnieniu odrębnej od praktyki stosowania drapieżnych cen praktyki zwanej okrętami bojowymi, mianowicie a) wyznaczenia jako okrętu bojowego okrętu wchodzącego w skład konferencji, którego data wyjścia w morze była najbliższa dacie wyjścia w morze okrętów G&C, bez zmian w rozkładzie rejsów; b) wspólnego ustalenia cen bojowych znoszących normalne ceny stosowane przez członków Cewal w celu dostosowania ich to takiego samego lub niższego poziomu jak ceny ogłoszone przez G&C oraz c) wynikającego stąd zmniejszenia zysków, którego koszt pokryli członkowie Cewal [30].

73. Badając następnie argumenty skarżących podniesione w celu podania w wątpliwość twierdzenia o nadużywaniu przez nie pozycji dominującej, Sąd uznał w oparciu o dowody zgromadzone w aktach sprawy, że Komisja słusznie uznała, że celem stosowanej praktyki było wyeliminowanie jedynego liczącego się na właściwym rynku konkurenta [31]. W tych okolicznościach Sąd uznał, że skoro celem stosowanej praktyki było wyeliminowanie jedynego liczącego się konkurenta, skarżące nie mogły skutecznie powołać się na argument, iż ograniczyły się wyłącznie do udziału w wojnie cenowej zainicjowanej przez ich konkurenta lub że odpowiedziały na atak na ich klientelę. Zakładając nawet, że okoliczności te zostały ustalone, to według Sądu nie mogłyby w każdym razie uczynić rozsądną i proporcjonalną odpowiedzi udzielonej przez członków Cewal [32].

26 — Wyroki Sądu z dnia 8 października 1996 r. w sprawach połączonych od T-24/93 do T-26/93 i T-28/93, Rec. s. II-1201; ww. wyrok Trybunału.

27 — Wyrok Sądu z dnia 7 października 1999 r. w sprawie T-228/97, Rec. s. II-2969; wyrok Trybunału z dnia 10 lipca 2001 r. w sprawie C-497/99 P, Rec. s. I-5333.

28 — Chciałbym również podkreślić, że w decyzji 88/138/EWG z dnia 22 grudnia 1987 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 86 traktatu EWG (IV/30.787 i 31.488 – Eurfix – Bauco/Hilti) (Dz.U. 1988, L 65, s. 19) Komisja oparła się na nieuzasadnionym stanowisku w zakresie kosztów. Przedmiotem tej decyzji była seria dyskryminujących i wybiórczych praktyk ze strony Hilti, zmierzających do odwiedzenia swych klientów od dokonywania zakupów gwoździ do gwoździarek jej własnej produkcji – na rynku, w którym posiadała udział rzędu 70–80% – u jej konkurentów. Pośród zachowań, które uznano za nadużycia, figurowały zniżki cen oferowane jednemu z głównych klientów konkurenta Hilti – producenta gwoździ kompatybilnych z gwoździarkami jej produkcji, które nie były przyznawane jej własnym klientom, dokonującym zakupu podobnych lub takich samych ilości. W decyzji tej Komisja uznała, że specjalne oferty nie stanowiły obrony przed konkurentami, ale stanowiły ustanowioną wcześniej politykę tego przedsiębiorstwa mającą na celu ograniczenie penetrowania rynku gwoździ kompatybilnych z narzędziami jej produkcji (pkt 80 decyzji). Dodała ona, że „w niniejszej sprawie czynnika decydującego o zaistnieniu nadużycia nie stanowił fakt, że ceny były niższe od kosztów (bez względu na sposób ich ustalenia […]), ale fakt, że ze względu na jej dominującą pozycję Hilti była w stanie zaoferować ceny dyskryminujące klientom swych konkurentów w celu szkodzenia ich działalności, utrzymując jednocześnie wyższe ceny dla swych własnych klientów o podobnej pozycji na rynku" (pkt 81 decyzji). W skardze o stwierdzenie nieważności tej decyzji (wyrok Sądu z dnia 12 grudnia 1991 r. w sprawie T-30/89 Hilti przeciwko Komisji, Rec. s. II-1439) Hilti częściowo przedstawiła bardzo ogólną argumentację, która nie dotyczyła konkretnie wybiórczego stosowania obniżek cen i która została oddalona w pkt 100 tego wyroku przez Sąd, oraz w części przyznała, iż rzeczywiście dopuściła się niektórych z zarzucanych zachowań, na które Sąd po prostu zwrócił uwagę (zob. pkt 101 tego wyroku). Odwołanie od Trybunału (wyrok z dnia 2 marca 1994 r. w sprawie C-53/92 P Hilti przeciwko Komisji, Rec. s. I-667) nie dotyczyło z kolei przedstawionej w tych punktach oceny Sądu.

29 — Decyzja Komisji 93/82/EWG z dnia 22 grudnia 1992 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 85 EWG (IV/32.448 i IV/32.450: Cewal, Cowak, Ukwal) i art. 86 EWG (IV.32.448 i IV/32.450) (Dz.U. 1993, L 34, s. 20).

30 — Wyżej wymieniony wyrok Sądu, pkt 139, 141.

31 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 147.

32 — Ibidem, pkt 148.

74. Wreszcie Sąd odrzucił twierdzenie skarżących, zgodnie z którym wzrost udziału G&C w rynku zniwelował ewentualne skutki omawianej praktyki, a w związku z tym nadużycie pozycji dominującej. W tym względzie Sąd orzekł, że w sytuacji gdy jedno lub wiele przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą na rynku rzeczywiście realizuje praktykę, której celem jest wyeliminowanie konkurenta, okoliczność, że skutek ten nie zostaje osiągnięty, nie wystarcza, by stwierdzić brak nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 86 traktatu, oraz dodał, że „tym samym, wbrew zapewnieniom skarżących, fakt, że wzrósł udział [G&C] w rynku, nie oznacza, że praktyka była pozbawiona skuteczności, ponieważ w przypadku jej niestosowania udział [G&C] w rynku mógł wzrosnąć w bardziej znaczący sposób”[33].

75. Wskutek odwołania wniesionego od wyroku Sądu Trybunał uchylił ten wyrok w zakresie, w jakim dotyczył grzywien nałożonych na skarżące[34].

76. Natomiast odnosząc się do nadużycia pozycji dominującej, Trybunał podzielił zdanie Sądu, zachowując jednak ostrożność.

77. Przypomniawszy po pierwsze, że oceny zakresu materialnego odpowiedzialności indywidualnej, która spoczywa na przedsiębiorstwie dominującym, należy dokonać w świetle szczególnych okoliczności każdego przypadku wskazujących na osłabienie konkurencji, a po drugie zwróciwszy uwagę, iż rynek żeglugi morskiej jest wysoce wyspecjalizowanym rynkiem szczególnego rodzaju, charakteryzującym się zwłaszcza wynikającym z prawa Unii uprawnieniem konferencji linii żeglugowych do ustalania cen[35], Trybunał orzekł, że „konferencja linii żeglugowych zajmująca pozycję dominującą na rynku, która dokonuje wybiórczego obniżania cen w celu dostosowania się w celowy sposób do cen jej konkurenta, korzysta na tym podwójnie. Z jednej strony eliminuje ona główny, a niekiedy jedyny środek konkurencji dostępny przedsiębiorstwu konkurenta, z drugiej zaś strony może ona nadal domagać się od użytkowników wyższych cen za usługi, którym nie zagraża oferta konkurencji”[36].

78. W pkt 118–120 tego wyroku Trybunał dodał:„118. W niniejszej sprawie nie ma potrzeby zajmować w sposób ogólny stanowiska w przedmiocie okoliczności, w których konferencja linii żeglugowych w sposób zgodny z prawem, w zależności od konkretnego przypadku, może przyjmować ceny niższe od jej oficjalnego cennika w celu podjęcia konkurencji z przedsiębiorstwem, którego oferta cenowa jest bardziej interesująca […].

119. Wystarczy przypomnieć, iż chodzi w tym przypadku o zachowanie konferencji, która posiada ponad 90% udziału w rynku i ma tylko jednego konkurenta. Skądinąd skarżące nigdy poważne nie zakwestionowały, ale uznały na rozprawie, że celem zarzucanego zachowania było wyeliminowanie G&C z rynku.

120. Należy wobec tego uznać, że Sąd nie naruszył w żaden sposób prawa, stwierdzając, że zarzuty Komisji – zgodnie z którymi praktyka zwana »okrętami bojowymi«, jaką konferencja stosowała względem G&C, stanowiła nadużycie pozycji dominującej – były uzasadnione. Należy także zaznaczyć, iż w niniejszej sprawie nie chodzi wcale o ustalenie nowej definicji nadużycia”.

79. Przedmiotem drugiej ze spraw – wyżej wymienionej sprawy Irish Sugar przeciwko Komisji – była w szczególności seria uznanych przez Komisję za nadużycia zachowań tego przedsiębiorstwa na irlandzkim rynku detalicznej sprzedaży cukru, w którym miało ono ponad 88% udział[37]. W szczególności Komisja zarzucała Irish Sugar, iż przyznała specjalne zniżki, niemające obiektywnego

33 — Ibidem, pkt 149.

34 — Zobacz ww. wyrok Trybunału, pkt 146, 147, pkt 1 sentencji.

35 — Wyżej wymieniony wyrok Trybunału, pkt 114–116.

36 — Ibidem, pkt 117.

37 — Decyzja Komisji 97/624/WE z dnia 14 maja 1997 r. w sprawie postępowania na podstawie art. 86 traktatu EWG (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc) (Dz.U. L 258, s. 1).

uzasadnienia gospodarczego, niektórym sprzedawcom detalicznym prowadzącym działalność w regionie przygranicznym pomiędzy Irlandią a Irlandią Północą w celu podjęcia konkurencji z towarami importowanymi z prowincji Irlandii Północnej lub z własnym cukrem ponownie przywożonym z Irlandii. Odwołując się do decyzji w sprawie ECS przeciwko Akzo Chemie, uznała ona, iż wybiórcze zniżki cen w regionie przygranicznym stanowiły nadużycie pozycji dominującej [38].

80. Mając ocenić, czy tego rodzaju zniżki zastosowane w regionie przygranicznym mają znamiona nadużycia, Sąd wskazał w pierwszej kolejności, że ceny stosowane przez Irish Sugar nie były cenami drapieżnymi w rozumieniu orzecznictwa Trybunału [39]. Zwrócił on następnie uwagę, że z dowodów zgromadzonych w aktach sprawy wynika, iż Irish Sugar świadomie zdecydowała o wybiórczym przyznaniu specjalnych zniżek niektórym sprzedawcom detalicznym, podejrzewając jednak, że praktyka ta jest niezgodna z prawem [40].

81. Skłoniło to Sąd do orzeczenia, iż praktyka ta stanowiła nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 86 akapit drugi lit. c) traktatu [41], a tym samym do odrzucenia całości argumentacji Irish Sugar podniesionej na okoliczność zgodnego z prawem charakteru jej zachowania [42]. W szczególności Sąd odrzucił argument, jakoby celem Irish Sugar była obrona przed konkurencją tanich towarów importowanych z rynków brytyjskiego i Irlandii Północnej (jednak nie poniżej kosztów produkcji), wskazując, że jak przyznała Irish Sugar, jej siła gospodarcza pozwalająca oferować niższe ceny w regionie graniczącym z Irlandią Północną oznaczała stabilność jej cen w pozostałych częściach kraju, co oznaczało z kolei, że finansowała ona wspomniane zniżki za pomocą sprzedaży na pozostałej części terytorium Irlandii.

82. Sąd stwierdził, iż zachowując się w ten sposób, Irish Sugar przeszkodziła w rozwoju wolnej gry konkurencyjnej na danym rynku i zakłóciła jej struktury tak w odniesieniu do swych kupców, jak również konsumentów, konsumenci bowiem poza obszarem przygranicznym Irlandii Północnej nie mogli skorzystać z obniżek cen wywołanych importem cukru z Irlandii Północnej [43]. W opinii Sądu ochrona pozycji na rynku przez przedsiębiorstwo zajmujące na nim pozycję dominującą, mające takie cechy jak Irish Sugar w momencie zajścia okoliczności faktycznych powstania sporu, winna przynajmniej – aby spełniać przesłanki zgodności z prawem – opierać się na kryteriach skuteczności gospodarczej i leżeć w interesie konsumentów, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie [44].

83. Należy również zwrócić uwagę na fakt, że Sąd odrzucił twierdzenie Irish Sugar, zgodnie z którym Komisja powołała się na wyeliminowanie konkurenta jako dowód na okoliczność, iż stosowanie zniżek cen w regionie przygranicznym miało znamiona nadużycia. Wskazując, że Komisja nie zajęła takiego stanowiska, Sąd dodał w szczególności, że „ponieważ stosowanie zniżek cen w regionie przygranicznym miało na celu zbudowanie lojalności kupców konfrontowanych z ofertami konkurencji, nie umożliwiając przy tym skorzystania ogółowi klientów skarżącej z wpływu konkurencji na ceny sprzedaży towarów, wyeliminowanie konkurenta w następstwie takiej praktyki obrazuje a fortiori fakt, iż praktyka taka nosiła znamiona nadużycia w rozumieniu art. 86 traktatu” [45].

84. W odwołaniu od tego wyroku Irish Sugar ograniczyła się do zakwestionowania oceny Sądu dotyczącej pozycji dominującej, jaką zajmowała na rynku. Trybunał wobec tego nie musiał orzekać w przedmiocie wniosków sądu pierwszej instancji dotyczących zachowania tego przedsiębiorstwa noszącego znamiona nadużycia.

38 — Zobacz pkt 133–135 wskazanej decyzji.
39 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 182.
40 — Ibidem, pkt 183.
41 — Idem.
42 — Ibidem, pkt 184–192.
43 — Ibidem, pkt 188.
44 — Ibidem, pkt 189.
45 — Ibidem, pkt 191.

85. Jakiego rodzaju naukę możemy wyciągnąć z tych dwóch spraw?

86. Po pierwsze, jak już wspomniałem, te dwie sprawy wpisują się w nurt orzeczniczy, w ramach którego wybiórcze obniżanie cen przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą jest uznawane za sprzeczne z art. 82 WE, bez rozpatrywania tych cen w kontekście kosztów przedsiębiorstwa, gdy jest oczywiste, że ceny te nie zostały ustalone poniżej średnich kosztów całkowitych.

87. Po drugie, o ile w wyżej wymienionej sprawie Akzo przeciwko Komisji zamiar wyeliminowania konkurencji Trybunał wywiódł z faktu oferowania przez Akzo wybiórczych zniżek cen klientom jej głównego konkurenta, o tyle w wyżej wymienionych sprawach Compagnie maritime belge transport i in. przeciwko Komisji i Irish Sugar przeciwko Komisji sąd Unii przyjął inne podejście. Uznał on bowiem, że spore praktyki cenowe stanowiły realizację zamiaru wyeliminowania konkurenta, o którego prawdziwości orzekł nie na podstawie faktu wybiórczego stosowania niskich cen, ale dokumentów wewnętrznych danych przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą oraz innych dowodów zgromadzonych w aktach sprawy.

88. Należy w tym miejscu wskazać, że fakt, iż w tych dwóch ostatnich sprawach sporne praktyki nie odniosły zamierzonego celu, to znaczy nie doprowadziły do wyeliminowania konkurenta, nie miał decydującego znaczenia dla oddalenia zarzutu nadużycia pozycji dominującej. Ocena taka nabrała również szczególnego znaczenia w wyroku Sądu w wyżej wymienionej sprawie Compagnie maritime belge transport i in., ponieważ z wyroku tego wynika, że przypadający głównemu lub jedynemu konkurentowi przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą udział w rynku zwiększył się w okresie stosowania spornych praktyk [46].

89. Ocena ta oznacza, iż sporne praktyki cenowe mają charakter antykonkurencyjny ze względu na ich cel, a nie skutek. W konsekwencji ocena ta interpretowana poza jej konkretnym kontekstem mogłaby stanąć w opozycji do wniosku, że przedsiębiorstwa dominujące nie są co do zasady pozbawione prawa stosowania konkurencji cenowej [47].

90. Wykładnia stanowiska, jakie zajął sąd Unii w postępowaniach, które doprowadziły do wydania wyżej wymienionych wyroków z dnia 16 marca 2000 r. w sprawie Compagnie maritime belge transports i in. przeciwko Komisji oraz z dnia 10 lipca 2001 r. w sprawie Irish Sugar przeciwko Komisji, mogłaby moim zdaniem zasadzać się na trzech punktach o charakterze raczej faktycznym, wspólnym stanom faktycznym w sprawach zakończonych wyrokami Trybunału i Sądu.

91. Po pierwsze, jak zwróciłem uwagę w dwóch wyżej wymienionych sprawach, istnienie po stronie przedsiębiorstwa dominującego zamiaru wyeliminowania konkurenta zostało wywiedzione nie z faktu wybiórczego stosowania niskich cen, ale z innych okoliczności. Tym samym wybiórcze stosowanie niskich cen nie zostało potraktowane jako dowód na okoliczność istnienia tego rodzaju zamiaru.

92. Następnie należy wskazać, że przedsiębiorstwa dominujące, których dotyczą omawiane sprawy, reprezentowały siłę gospodarczą porównywalną z monopolem, skoro przypadające im udziały w rynku wynosiły w rzeczywistości niemalże 90%. Istniały zatem poważne przeszkody na drodze do wejścia na rynek z powodu istnienia „superdominacji", na którą zwrócił również uwagę rzecznik generalny N. Fennelly w opinii przedstawionej w postępowaniu, które doprowadziło do wydania wyżej wymienionego wyroku z dnia 16 marca 2000 r. w sprawie Compagnie maritime belge transport i in. [48].

46 — W pkt 126 tego wyroku Sąd uwzględnił twierdzenie skarżących, jakoby udział C&G w rynku wzrósł z 2% do 25% w danym okresie. Twierdzenia tego nie podważono w pozostałej części uzasadnienia wyroku (zob. w szczególności pkt 149 tego wyroku).

47 — Zobacz w tym względzie pkt 57 niniejszej opinii.

48 — Opinia przedstawiona w dniu 29 października 1998 r., pkt 135–137. W ostatnim czasie Trybunał zwrócił także szczególną uwagę na taką cechę siły rynkowej Cewal w ww. sprawie Compagnie maritime belge transports i in. przeciwko Komisji zakończonej wyrokiem (zob. ww. wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 81).

93. Wreszcie wybiórcze stosowanie niskich cen wpisywało się w serię zachowań noszących znamiona nadużycia dotyczących lub niedotyczących cen, których łączny skutek mógł również odgrywać pewną rolę.

94. Rozważania te prowadzą mnie do wniosku, że wyżej wymienione sprawy Irish Sugar przeciwko Komisji i Compagnie maritime belge transports i in. mają jedynie marginalne znaczenie w kontekście odpowiedzi, jaką Trybunał winien udzielić sądowi odsyłającemu. W sprawie zawisłej przed sądem krajowym jest bowiem bezsporne, że ani organy ds. konkurencji, ani sądy duńskie nie ustaliły istnienia zamiaru wyeliminowania konkurencji, a z dowodów zgromadzanych w aktach sprawy nie wynika również, by Post Danmark znajdowała się w pozycji „superdominacji". Poza tym odnosząc się w szczególności do przytaczanej wielokrotnie sprawy Irish Sugar przeciwko Komisji, na której Komisja po części oparła uwagi zaprezentowane na rozprawie, istotne wydaje się przypomnieć, iż po pierwsze chodziło w niej o sytuację, w której przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą usiłowało zachować swą klientelę, oferując dystrybutorom konfrontowanym z konkurencją innych producentów cukru wybiórcze zniżki cen, a nie jak w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, przyciągnąć klientelę swojego głównego lub jedynego konkurenta. Po drugie, przypomnieć należy, że zniżki, których sprawa dotyczy, miały na celu ograniczenie wpływu polityki cenowej głównych podmiotów gospodarczych prowadzących działalność na krajowym rynku przygranicznym na politykę podmiotów gospodarczych prowadzących działalność na innym rynku krajowym, przy czym praktyka ta mogła zostać, i w istocie została, uznana za stanowiącą przeszkodę w realizacji idei wspólnego rynku [49].

95. Według mnie wykładni orzecznictwa Trybunału należy dokonywać w ten sposób, że gdy nie zachodzą wszystkie, względnie wyjątkowe okoliczności, które zaistniały w postępowaniach zakończonych wyżej wymienionymi wyrokami z dnia 16 marca 2000 r. w sprawie Compagnie maritime belge transports i in. przeciwko Komisji i z dnia 10 lipca 2001 r. w sprawie Irish Sugar przeciwko Komisji, w szczególności w przypadku gdy zamiar wyeliminowania konkurenta lub konkurentów po stronie przedsiębiorstwa dominującego nie może zostać wywiedziony z okoliczności innych niż oferta wybiórczo niskich cen, wybiórcze obniżanie cen winno zostać ocenione w kontekście kosztów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, według kryteriów, którymi posłużył się Trybunał w pkt 114 i 115 wyżej wymienionego wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji.

96. Taka wykładnia pozwala zapewnić spójność orzecznictwa. Może również zagwarantować przedsiębiorstwom zajmującym pozycję dominującą większą pewność prawa w sytuacji, gdy wybiórczo obniżają ceny. Również w zakresie, w jakim przedsiębiorstwo dominujące zna swoje własne koszty i ceny, a co do zasady nie zna kosztów i cen swych konkurentów, uwzględnienie przez organy ds. konkurencji i sądy struktury kosztów konkurenta może być sprzeczne z zasadą pewności prawa, ponieważ uniemożliwiłoby temu przedsiębiorstwu dokonanie oceny zgodności z prawem jego własnych zachowań, z wyjątkiem zaistnienia szczególnych okoliczności [50].

97. Niezależnie zatem od sektora, w którym prowadzi działalność przedsiębiorstwo dominujące, jestem zdania, że przedsiębiorstwo, które stosuje różne ceny, wyższe mimo wszystko od swych średnich kosztów całkowitych, w zależności od tego, czy są one kierowane do jego stałych klientów, czy do klientów jego konkurenta, mimo wybiórczego i dyskryminującego charakteru takiej polityki cenowej nie powoduje równie skutecznego wyeliminowania swego konkurenta.

98. Konkurent jego będzie bowiem co do zasady zdolny do odpowiedzi na tego rodzaju konkurencję cenową, ponieważ sprzedaż dokonana po takich cenach pokryje zarówno średnie koszty zmienne, jak i koszty stałe. Jako że sprzedaż ta przyniesie zysk, trudno zatem wyobrazić sobie, że konkurent ten mógłby zostać wyeliminowany z rynku. Może również zdarzyć się inaczej, jeżeli mimo wszystko ceny konkurenta będą wyższe niż koszty całkowite przedsiębiorstwa dominującego. Niemniej jednak

49 — Zobacz ww. wyrok Sądu w sprawie Irish Sugar przeciwko Komisji, pkt 185.

50 — Zobacz ww. wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 44, 45.

w takiej sytuacji będzie to prawdopodobnie konkurent o niższej skuteczności od przedsiębiorstwa dominującego. Jego wyeliminowanie będzie zatem stanowiło naturalną konsekwencję merytorycznej gry konkurencyjnej, w której winny móc uczestniczyć także przedsiębiorstwa dominujące, mimo szczególnej odpowiedzialności, która na nich spoczywa.

99. Zapewne zachowanie przedsiębiorstwa dominującego będzie zawsze mogło zostać uznane za sprzeczne z art. 82 akapit drugi lit. c) WE, ponieważ może powodować niekorzystną sytuację konkurencyjną dla niektórych jego klientów („secondary-line discrimination"). Nie powinno jednak co do zasady powodować wyeliminowania jego konkurenta z rynku.

100. Przedstawiona powyżej w pkt 96–98 ocena stanu faktycznego sporu rozpatrywanego przez sąd krajowy winna, w moim mniemaniu, prowadzić sąd odsyłający do uznania, że ceny oferowane przez Post Danmark Spar i SuperBest – dwóm z trzech klientów FK, której sytuacja została opisana we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jak i w uwagach zainteresowanych stron, nie mogły co do zasady spowodować wyeliminowania FK, ponieważ jest bezsprzeczne, jak już wyżej wskazałem, że ceny te były wyższe od średnich kosztów całkowitych Post Danmark. Poza tym sąd odsyłający nie poinformował Trybunału o strukturze kosztów FK.

101. Pozostaje zatem zbadać, czy przedsiębiorstwo dominujące, takie jak Post Danmark, może – nadużywając pozycji dominującej – wyeliminować swego konkurenta, jeżeli w stosunku do strategicznego klienta wybiórczo obniża ceny w sytuacji, w której ceny te są wyższe od średnich kosztów przyrostowych przedsiębiorstwa dominującego, ale niższe od jego średnich kosztów całkowitych.

102. Po pierwsze nie myślę, że sama okoliczność, iż sporna oferta cenowa została zrealizowana z korzyścią dla jedynego klienta głównego lub jedynego konkurenta przedsiębiorstwa dominującego, była w stanie podważyć prawdziwość twierdzenia o nadużyciu pozycji dominującej. Nie ma bowiem przeszkód, by taki klient mógł reprezentować istotną wartość sprzedaży i posiadać taki też udział w rynku, co z resztą wydaje się mieć miejsce w przypadku Coop w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu przed sądem krajowym.

103. Następnie kuszące wydaje się zastosowanie per analogiam rozumowania Trybunału z pkt 113–115 wyżej wymienionego wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji, zgodnie z przedstawioną na rozprawie sugestią Komisji.

104. Z takiego podejścia wynika, że fakt, iż przedsiębiorstwo dominujące oferuje klientowi swego konkurenta ceny poniżej średnich kosztów całkowitych, stosując jednocześnie ceny wyższe od średnich kosztów wobec swych stałych klientów, umożliwia mu przynajmniej częściowe kompensowanie „strat" odnotowanych w sprzedaży na rzecz klienta konkurenta zyskami ze sprzedaży na rzecz swych stałych klientów. Jest to zachowanie, które bez uzasadnienia gospodarczego stanowić będzie praktykę eliminującą.

105. W sprawie zawisłej przed sądem krajowym taki kierunek rozumowania najprawdopodobniej zaprowadziłby sąd odsyłający do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej Post Danmark na rynku krajowym nieadresowanych przesyłek reklamowych, ponieważ pomimo faktu, iż twierdzenie to nie zostało podważone przez sąd odsyłający w postanowieniu odsyłającym, duńskie organy ds. konkurencji stwierdziły, że Post Danmark nie wykazała, by za wybiórczą ofertą złożoną Coop – jednemu ze strategicznych klientów FK, stały względy „oszczędności skali".

106. Mimo że nie będzie to miało koniecznie wpływu na stwierdzenie nadużycia pozycji dominującej przez Post Danmark, mam jednak pewne wątpliwości, czy zaproponować przyjęcie linii rozumowania ściśle wzorowanej na pkt 113–115 wyżej wymienionego wyroku w sprawie Akzo przeciwko Komisji, zgodnie zresztą ze zgłoszoną na rozprawie sugestią Komisji.

107. Tego rodzaju linia rozumowania wydaje mi się bowiem upraszczać ponad miarę problematykę oferowania wybiórczo niskich cen przez przedsiębiorstwo dominujące, prowadzące jednocześnie działalność na rynku, po części zastrzeżonym, w ramach którego powierzono mu realizację zadań z zakresu usług powszechnych oraz na całkowicie wolnym rynku, na którym ograniczenia wynikające ze świadczenia usług powszechnych w żaden sposób nie obciążają podmiotów gospodarczych.

108. Po pierwsze fakt, że ceny sprzedaży oferowane strategicznemu klientowi konkurenta były wyższe niż średnie koszty przyrostowe przedsiębiorstwa dominującego, nie powinien, moim zdaniem, być traktowany jako sprzedaż ze „stratą", ale raczej jako sprzedaż, która nie zwiększa zysków tego przedsiębiorstwa. Tego rodzaju sprzedaż pozostaje bowiem dochodowa, skoro czerpane z niej zyski pokrywają koszty prowadzenia działalności kierowanej konkretnie na wolny rynek, mianowicie jak w niniejszym przypadku działalności usługowej w zakresie doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych.

109. Stąd możliwość stosowania przez przedsiębiorstwo dominujące cen na takim poziomie nie zależy, według mnie, od kompensowania cenami sprzedaży stosowanymi na wolnym rynku konkurencyjnym względem stałych klientów, poprzez które maksymalizuje ono swoje zyski, cen stosowanych względem strategicznego klienta swego konkurenta, którymi nie zwiększa swych zysków. W celu utrzymania poziomu cen oferowanych klientowi swego konkurenta przedsiębiorstwo dominujące nie ma bowiem co do zasady potrzeby uciekania się do tego rodzaju kompensacji.

110. Co więcej na rynku, gdzie na stałych klientach przedsiębiorstwa dominującego – poszkodowanych odmiennym traktowaniem w zakresie cen – nie ciążą żadne ograniczenia, mogą oni co do zasady znaleźć konkurenta, który będzie w stanie oferować im takie same usługi za cenę niższą niż stosowana przez przedsiębiorstwo dominujące [51].

111. Natomiast i po drugie w zakresie, w jakim koszty przyrostowe nie uwzględniały lub uwzględniały niedostatecznie koszty stałe wspólne działalności przedsiębiorstwa dominującego prowadzonej na obu rynkach, w szczególności koszty stałe wynikające z utrzymania sieci dystrybucji przedsiębiorstwa dominującego, wykorzystywanej jak w sprawie rozpatrywanej przez sąd krajowy tak w jej działalności, po części zastrzeżonej, w ramach której świadczy usługi powszechne, jak i w z zakresie usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych, przedsiębiorstwo to mogłoby, stosując nawet ceny wyższe od średnich kosztów przyrostowych, przenieść ostatecznie koszt utrzymania sieci dystrybucji wykorzystanych przez przedsiębiorstwo dominujące dla potrzeb swej działalności w zakresie doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych na klientów działalności częściowo zastrzeżonej, wykonywanej na rynku, na którym wykonuje ono zadania z zakresu świadczenia usług powszechnych.

112. Innymi słowy, jest jak najbardziej możliwe, że posługując się jako kryterium średnimi kosztami przyrostowymi, przedsiębiorstwo dominujące mogłoby stosować cenę nieco wyższą od kosztów średnich, unikając w ten sposób ryzyka, iż cena ta zostanie automatycznie uznana za cenę drapieżną – przerzucając tym samym część lub całość wspólnych kosztów stałych na w części zastrzeżoną działalność na rynku, na którym spoczywa na nim zadanie świadczenia usług powszechnych, działalność, która jest również źródłem subsydiowania cen oferowanych na wolnym rynku. Taka praktyka – wybiórcza lub nie, może z czasem prowadzić do wyeliminowania konkurentów z wolnego rynku, a mianowicie – w sprawie rozpatrywanej przez sąd krajowy – podmiotów prowadzących działalność na duńskim rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych, które rzecz jasna nie korzystają z podobnego mechanizmu krzyżowego subsydiowania [52].

51 — W niniejszej sprawie Post Danmark powtórzyła na rozprawie, że wcześniejsze rozwiązanie umowy na usługi w zakresie doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych przez jednego z jej klientów nie powodowało żadnych kar umownych i wymagało jednie miesięcznego wypowiedzenia. Sytuacja ta różni się zatem w wyraźnie od okoliczności ww. sprawy Compagnie maritime belge transports i in. (pkt 117) zakończonej wyrokiem, w której Trybunał szczególnie podkreślał fakt, że przedsiębiorstwo dominujące oferowało niskie ceny klientom swego konkurenta, podczas gdy mogło nadal domagać się od użytkowników cen wyższych za swe usługi, które nie były zagrożone ze strony tej konkurencji.

52 — Zobacz ogólnie między innymi V. Thouvenin, 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*, op.cit., s. 11.

113. Jestem zatem zdania, że fakt, iż przedsiębiorstwo dominujące, takie jak Post Danmark, stosuje ceny wybiórczo wyższe od swych średnich kosztów przyrostowych, nie wyklucza, wbrew temu, co sugeruje co do zasady Post Danmark i rząd czeski w uwagach przedstawionych przed Trybunałem, że w taki poziom cen jest wpisane ryzyko wyeliminowania konkurenta tego przedsiębiorstwa, ponieważ ceny te mogą być subsydiowane z zysków realizowanych w ramach częściowo zastrzeżonej działalności przedsiębiorstwa dominującego na rynku, na którym prowadzi ono działalność, będąc zobowiązanym do świadczenia usług powszechnych.

114. Aby zbadać, czy okoliczność ta zachodzi w tym przypadku, zasadne wydaje mi się oszacowanie kosztu świadczenia konkretnej usługi (stand-alone cost)[53] w ramach usług świadczonych przez przedsiębiorstwo dominujące na rynku, na którym jest ono zobowiązane do świadczenia usług powszechnych, oraz zbadanie, czy zysk wygenerowany przez te usługi przekracza ten koszt. W przypadku odpowiedzi twierdzącej należałoby najprawdopodobniej stwierdzić istnienie krzyżowego subsydiowania sprzedaży realizowanej na wolnym rynku, której cena jest niższa od średnich kosztów całkowitych. Mając na uwadze szczególną odpowiedzialność przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą w zakresie utrzymania struktury konkurencyjnej rynku, należy stwierdzić, że posługiwanie się tego rodzaju subsydiowaniem krzyżowym powodowałoby z czasem ryzyko rzeczywistego wyeliminowania konkurenta i uzasadniałoby, w moich oczach, prewencyjną interwencję organów ds. konkurencji.

115. W zależności od czasu stosowania tego rodzaju praktyki ryzyko takie można by wywieźć w szczególności ze straty w udziale konkurenta w rynku.

116. Wydaje się jednak, że w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, jak wskazałem w pkt 14 niniejszej opinii, duńskie organy ds. konkurencji nie zdołały stwierdzić niezgodnego z prawem subsydiowania krzyżowego na rzecz działalności usługowej doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych przez Post Danmark. Sąd odsyłający winien jednak upewnić się w tym zakresie.

117. Na tym etapie można jeszcze zastanawiać się nad proporcjonalnym charakterem oferty cenowej, takiej jak zaproponowana przez Post Danmark z korzyścią dla strategicznych klientów jej jedynego lub głównego konkurenta na rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych. Do pytania takiego można podejść na dwa sposoby.

118. Z jednej strony można się zastanawiać, czy z uwagi na szczególną odpowiedzialność, jaka na rynku spoczywa na przedsiębiorstwie dominującym, nie przystawałoby mu wstrzymać się od wybiórczego stosowania cen wyższych od swych średnich kosztów przyrostowych, tak aby stosować wobec swych stałych klientów pozbawioną dyskryminacji politykę cenową. Z drugiej strony można zastanawiać się nad powodami, dla których przedsiębiorstwo dominujące, takie jak Post Danmark, zmienia wysokość cen oferowanych klientom swego konkurenta.

119. W odniesieniu do punktu pierwszego uważam, że zobowiązywanie przedsiębiorstwa dominującego do stosowania takich samych cen wobec swych stałych klientów i klientów swego konkurenta – to znaczy w sprawie w postępowaniu przed sądem krajowym do stosowania jednolitej ceny plasującej się poniżej średnich kosztów przyrostowych – mogłoby z pewnością skutkować uniknięciem dyskryminacji wtórnej (secondary-line discrimination) pomiędzy partnerami handlowymi tego przedsiębiorstwa, ale nie wywierałoby pozytywnego wpływu na ewentualny skutek eliminujący tego zachowania względem konkurentów tego przedsiębiorstwa. O ile bowiem jest z pewnością możliwe, że

53 — Zobacz w tym zakresie w szczególności publikacje G.R. Faulhaber, Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises, *American Economic Review*, 1975, nr 5, s. 966 i tego samego autora: Cross-Subsidy Analysis with more than two services, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005 r., nr 3, s. 441, który podaje następującą definicję: „stand-alone cost jakiejkolwiek usługi lub grupy usług świadczonych przez dane przedsiębiorstwo jest kosztem tej usługi (na istniejącym lub testowym poziomie popytu) lub grupy usług, bez jakiejkolwiek innej usługi, którą przedsiębiorstwo to świadczy”. Zobacz również V. Thouvenin, op.cit., s. 11.

stosowanie jednolitych cen mogłoby utrzymywać się przez równie długi okres jedynie w warunkach wybiórczego stosowania cen, o tyle poziom cen stosowanych przez przedsiębiorstwo dominujące względem klienta swego konkurenta pozostaje niezmienny, bez względu na to, czy cena jest oferowana wybiórczo, czy w sposób jednolity.

120. Co się tyczy punktu drugiego oraz w zakresie, w jakim klientów konkurenta, wobec których stosowano różne oferty cenowe, można traktować jako znajdujących się w podobnej sytuacji – trudno jest mi zrozumieć powody, dla których przedsiębiorstwo dominujące takie jak Post Danmark zmienia wysokość swej oferty precyzyjnie w ten sposób, by dwie (mianowicie oferty złożone Spar i SuperBest) pokrywały średnie koszty całkowite, jakie poniosło to przedsiębiorstwo, podczas gdy pozostała (to znaczy oferta złożona Coop) ich nie pokrywała, nawet jeśli oferty – złożone w pierwszym wypadku, z którym nie wiąże się żadne ryzyko wyeliminowania konkurenta – są nadal niższe od cen stosowanych przez tego konkurenta. Nawet oferta cenowa taka jak zaproponowana Spar i SuperBest mogła być wystarczająco atrakcyjna dla takiego klienta jako Coop, skoro jak się wydaje, była ona niższa niż ceny oferowane przez FK, nie włączając jednakże ewentualnych skutków eliminujących konkurenta, na które zwróciłem uwagę powyżej. Jakkolwiek urzeczywistnienie się skutków eliminacji konkurencji zależy przede wszystkim od możliwości subsydiowania przez przedsiębiorstwo dominujące stosowania cen korzystnych dla Coop ze swej działalności, po części zastrzeżonej, w sektorze, w ramach którego powierzono mu realizację zadań z zakresu usług publicznych.

121. Konkludując, podejście, którego bronię, polegające na skłonieniu się ku badaniu skutków eliminujących, a przynajmniej możliwości wyeliminowania konkurenta raczej niż zamiaru jego wyeliminowania, jak w wyroku w wyżej wymienionej sprawie Akzo przeciwko Komisji, wydaje mi się również bardziej stosowne w świetle okoliczności sprawy w postępowaniu przed sądem krajowym. Inaczej bowiem niż w przypadku stanu faktycznego w wyżej wymienionej sprawie Akzo przeciwko Komisji zakończonej wyrokiem, sąd odsyłający nie ma do czynienia z serią zachowań tego samego przedsiębiorstwa, noszących znamiona nadużycia, mających w oczywisty sposób na celu wyeliminowanie jego konkurenta, co w moim mniemaniu może tłumaczyć, dlaczego Trybunał – badając wybiórcze stosowanie cen przez Akzo – mógł się ograniczyć do wyciągnięcia wniosku o istnieniu zamiaru szkodzenia swojemu konkurentowi po stronie tego przedsiębiorstwa.

122. Przyjęcie podejścia opartego na zamiarze wyeliminowania konkurenta raczej niż na skutkach eliminujących prowadziłoby do uznania każdego wybiórczego stosowania cen za nadużycie eliminujące, w sytuacji w której ceny stosowane przed przedsiębiorstwo dominujące są niższe od jego średnich kosztów całkowitych, chyba że byłoby to uzasadnione gospodarczo. Jak podkreśliłem w powyższych rozważaniach, tego rodzaju domniemanie nie wydaje mi się ani uzasadniane z gospodarczego i prawnego punktu widzenia, ani celowe. Nie może być ono automatycznie wywiedzione z odmiennego traktowania w zakresie cen pomiędzy stałymi klientami przedsiębiorstwa dominującego a klientem lub klientami konkurenta tego przedsiębiorstwa.

123. Ze wszystkich tych powodów jestem zdania, że wykładni art. 82 WE należy dokonywać w ten sposób, że zachowanie przedsiębiorstwa dominującego polegające na wybiórczym obniżaniu cen – ustalonych na poziomie wyższym niż średnie koszty przyrostowe, lecz niższym niż średnie koszty całkowite tego przedsiębiorstwa – oferowanych strategicznemu klientowi jego głównego lub jedynego konkurenta na krajowym rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych, na którym w pełni obowiązują zasady wolnorynkowe, w sytuacji w której wybiórczo stosowana oferta cenowa może być subsydiowana z zysków z częściowo zastrzeżonej działalności przedsiębiorstwa dominującego na rynku usług pocztowych, na którym prowadzi ono działalność, będąc zobowiązanym do świadczenia usług powszechnych, powodujące tym samym wyeliminowanie tego konkurenta, jest nadużyciem pozycji dominującej. W celu stwierdzenia niezgodnego z prawem krzyżowego subsydiowania przez przedsiębiorstwo dominujące jego działalności usługowej doręczania

nieadresowanych przesyłek reklamowych należy zbadać, czy zysk wygenerowany z usług świadczonych przez to przedsiębiorstwo na rynku usług pocztowych, na którym jest ono zobowiązane do świadczenia usług powszechnych, przekracza koszty świadczenia wyłącznie tych usług. Do sądu krajowego należy ustalenie, czy przesłanki te zostały spełnione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym.

III – Wnioski

124. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, proponuję Trybunałowi udzielenie na pytania przedłożone przez Højesteret następującej odpowiedzi:

Wykładni art. 82 WE należy dokonywać w ten sposób, że zachowanie przedsiębiorstwa dominującego polegające na wybiórczym obniżaniu cen – ustalonych na poziomie wyższym niż średnie koszty przyrostowe, lecz niższym niż średnie koszty całkowite tego przedsiębiorstwa – oferowanych strategicznemu klientowi jego głównego lub jedynego konkurenta na krajowym rynku usług doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych, na którym w pełni obowiązują zasady wolnorynkowe, w sytuacji, w której wybiórczo stosowana oferta cenowa może być subsydiowana z zysków z częściowo zastrzeżonej działalności przedsiębiorstwa dominującego na rynku usług pocztowych, na którym prowadzi ono działalność, będąc zobowiązanym do świadczenia usług powszechnych, powodujące tym samym wyeliminowanie tego konkurenta, jest nadużyciem pozycji dominującej. W celu stwierdzenia niezgodnego z prawem krzyżowego subsydiowania przez przedsiębiorstwo dominujące jego działalności usługowej doręczania nieadresowanych przesyłek reklamowych należy zbadać, czy zysk wygenerowany z usług świadczonych przez to przedsiębiorstwo na rynku usług pocztowych, na którym jest ono zobowiązane do świadczenia usług powszechnych, przekracza koszty świadczenia wyłącznie tych usług. Do sądu krajowego należy ustalenie, czy przesłanki te zostały spełnione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym.