Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
PAOLO MENGOZZI
prednesené 24. mája 2011 [1]

Vec C-209/10

Post Danmark A/S
proti
Konkurrencerådet

[návrh na začatie prejudiciálneho konania podaný Højesteret (Dánsko)]

„Článok 102 ZFEÚ — Dánsky trh distribúcie neadresovaných poštových zásielok — Zneužitie dominantného postavenia — Selektívne zníženie cien distribúcie neadresovaných poštových zásielok — Ceny nižšie ako priemerné celkové náklady — Ceny vyššie ako priemerné diferenčné náklady — Vylúčenie konkurenta — Úmysel — Účinok — Uplatňovanie cenovej diskriminácie — Predátorské ceny“

I – Úvod

1. Tento návrh na začatie prejudiciálneho konania podaný Højesteret (Dánsko) sa týka výkladu článku 82 ES (ktorý zodpovedá súčasnému článku 102 ZFEÚ).

2. Vnútroštátny súd si predovšetkým želá zistiť, či poštový podnik, v danom prípade Post Danmark A/S (ďalej len „Post Danmark“), zneužil svoje dominantné postavenie na dánskom trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok [2] z toho dôvodu, že selektívne uplatňoval nízke ceny pri uzatváraní zmlúv s troma veľkými zákazníkmi svojho hlavného konkurenta, konkrétne spoločnosti Forbruger-Kontack (ďalej len „FK“), ak by aj bolo preukázané, že tieto ceny neboli stanovené s cieľom vylúčiť FK.

3. Za predpokladu, že by tento jediný dôvod bol nedostatočný, vnútroštátny súd v podstate žiada Súdny dvor, aby uviedol relevantné dodatočné okolnosti, na ktoré by mal vnútroštátny súd prihliadať pri konštatovaní vylučovacieho zneužitia prostredníctvom ceny.

4. Pred preskúmaním týchto otázok, ktorých vyriešenie nie je jednoduché, je potrebné pripomenúť zásadné okolnosti sporu vo veci samej, ktoré sú základom tohto prejudiciálneho konania.

5. Post Danmark a FK sú dva najväčšie podniky na dánskom trhu distribúcie neadresovanej pošty. Tento trh je úplne liberalizovaný a nespadá pod dánsku právnu úpravu o poštových službách preberajúcu smernicu 97/67/ES o spoločných pravidlách rozvoja vnútorného trhu poštových služieb spoločenstva a zlepšovaní kvality služieb [3].

1 — Jazyk prednesu: francúzština.

2 — Podľa uznesenia vnútroštátneho súdu treba „distribúciou neadresovaných poštových zásielok“ rozumieť najmä distribúciu prospektov, telefónnych zoznamov a sprievodcov, ako aj miestnych a regionálnych novín.

3 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 15. decembra 1997 (Ú. v. ES L 15, 1998, s. 14; Mim. vyd. 06/003, s. 71). Treba poznamenať, že po vzniku okolností sporu vo veci samej bola táto smernica predmetom zásadných zmien a doplnení zavedených smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2008/6/ES z 20. februára 2008, ktorou sa mení a dopĺňa smernica 97/67 (Ú. v. EÚ L 52, s. 3). Pokiaľ ide o Dánske kráľovstvo, lehota na prebratie týchto zmien a doplnení do vnútroštátneho práva bola stanovená na 31. december 2010, v súlade s článkom 2 smernice 2008/6.

6. V čase skutkových okolností sporu vo veci samej, konkrétne v rokoch 2003 a 2004, však Post Danmark podľa uznesenia vnútroštátneho súdu požíval výlučné právo distribúcie adresovaných listov a balíkov neprekračujúcich určitú hmotnosť, s ktorým bola spojená povinnosť univerzálnej služby distribúcie adresovaných poštových zásielok pod určitou hmotnosťou [4]. Tento podnik tak disponoval distribučnou sieťou, ktorá pokrývala celé dánske územie a ktorá bola tiež používaná pre liberalizovanú činnosť distribúcie neadresovaných poštových zásielok.

7. Hlavným predmetom činnosti FK, dcérskej spoločnosti dánskej tlačiarenskej skupiny, je distribúcia neadresovaných poštových zásielok. V čase skutkových okolností sporu vo veci samej vytvoril tento podnik distribučnú sieť pokrývajúcu takmer celé dánske územie, predovšetkým nadobudnutím malých prevádzkovateľov na dánskom trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok.

8. Až do roku 2004 boli hlavnými zákazníkmi FK tri skupiny obchodných reťazcov SuperBest, Spar a Coop.

9. Koncom roku 2003 Post Danmark uzatvorila zmluvy s týmito troma skupinami, ktorými od začiatku roku 2004 prevzala distribúciu ich neadresovaných poštových zásielok.

10. Z uznesenia vnútroštátneho súdu vyplýva, že zmluva uzatvorená so skupinou Coop, po rokovaniach vedených tak so spoločnosťou Post Danmark ako aj so spoločnosťou FK, predstavovala viac ako trojnásobok ročného objemu distribúcie neadresovaných poštových zásielok hlavného zákazníka spoločnosti Post Danmark. Pre skupinu Coop sa distribuovalo päť listov na domácnosť, zatiaľ čo pre žiadneho z predošlých zákazníkov spoločnosti Post Danmark sa nedistribuovalo viac ako jeden list na domácnosť a išlo o prvú zmluvu spoločnosti Post Danmark predpokladajúcu distribúciu neadresovaných poštových zásielok v piatky a soboty. Z hľadiska ceny bola ponuka spoločnosti Post Danmark adresovaná reťazcu Coop nižšia ako cena ponúkaná iným jej zákazníkom. Tejto skupine tiež bola poskytnutá vyššia zľava z cenníkovej ceny ako iným zákazníkom.

11. Okrem toho vnútroštátny súd uvádza, že náklady na distribúciu neadresovaných poštových zásielok spoločnosti Post Danmark klesli o 0,13 DKK za zásielku medzi rokmi 2003 a 2004 a že cena navrhovaná skupine Coop neumožňuje tomuto podniku pokryť svoje priemerné celkové náklady ale iba jeho priemerné diferenčné náklady.

12. Po sťažnosti spoločnosti FK vytýkajúcej spoločnosti Post Danmark uplatňovanie predátorských cien, diskriminačné ceny a zľavy a vernostné zľavy, ako aj to, že uplatňovala krížové dotácie, Konkurrencerådet (rada pre hospodársku súťaž) rozhodnutím z 29. septembra 2004 konštatovala, že spoločnosť Post Danmark najmä porušila článok 82 ES tým, že v rokoch 2003 a 2004 uplatňovala primárnu cenovú diskrimináciu („primary-line discrimination“) v podobe uplatňovania odlišných cien vo vzťahu k zákazníkom svojho konkurenta v porovnaní s tými, ktoré uplatňovala vo vzťahu k svojim vlastným zákazníkom.

13. Tento orgán tiež konštatoval, že spoločnosť Post Danmark zneužila svoje dominantné postavenie uplatňovaním primárnej diskriminácie v podobe zliav zameraných na zákazníkov spoločnosti FK. Rovnako Konkurrencerådet konštatovala, že spoločnosť Post Danmark sa dopustila sekundárnej cenovej diskriminácie („secondary-line discrimination“) uplatňovaním odlišného zaobchádzania voči obchodným partnerom nachádzajúcim sa v porovnateľnej situácii.

14. Naopak, pokiaľ ide o vytýkanú prax predátorských cien, Konkurrencerådet uviedla, že otázka je zložitá a vyžaduje si hlbšiu analýzu, čiže by mala byť posúdená v rámci neskoršieho rozhodnutia tohto orgánu. Napokon, pokiaľ ide o údajné krížové dotácie, Konkurrencerådet poznamenala, že obsah spisu neumožňuje dospieť k záveru o prevodoch prostriedkov pochádzajúcich z iných oblastí činnosti spoločnosti Post Danmark.

4 — Je potrebné uviesť, že článok 7 smernice 2008/6 stanovuje, že členské štáty ukončia udeľovanie výhradných alebo osobitných práv usadiť sa a poskytovať poštové služby. Financovanie univerzálnej služby musí byť teda zabezpečované inými prostriedkami vymenovanými v uvedenom článku alebo celkom iným prostriedkom zlučiteľným so Zmluvou ES.

15. Rozhodnutím z 24. novembra 2004 Konkurrenceråd konštatovala, že nemožno preukázať, že by sa spoločnosť Post Danmark úmyselne usilovala vylúčiť hospodársku súťaž. V dôsledku toho tento podnik nezneužil svoje dominantné postavenie na dánskom trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok tým, že by uplatňoval predátorské ceny.

16. Rozhodnutím z 1. júla 2005 Konkurrenceankenævnet (odvolacia komisia pre hospodársku súťaž) potvrdila rozhodnutia Konkurrenceråd z 29. septembra 2004 a z 24. novembra 2004.

17. Toto rozhodnutie je konečné v rozsahu, v akom sa týka konštatovania sekundárnej cenovej diskriminácie v rozpore s článkom 82 ES a nepreukázania uplatňovania predátorských cien spoločnosťou Post Danmark.

18. Spoločnosť Post Danmark podala proti rozhodnutiu z 1. júla 2005 odvolanie na Østre Landsret (súd pre oblasť východ) v rozsahu, v akom potvrdilo rozhodnutie Konkurrenceråd z 29. septembra 2004 týkajúce sa zneužitia dominantného postavenia v podobe selektívneho uplatňovania nízkych cien vo vzťahu k skupinám SuperBest, Spar a Coop (primárna diskriminácia).

19. Dňa 21. decembra 2007 Østre Landsret potvrdil rozhodnutia dánskych orgánov ochrany hospodárskej súťaže pokiaľ ide o ich konštatovanie, že spoločnosť Post Danmark sa dopustila zneužitia svojho dominantného postavenia na dánskom trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok tým, že v roku 2003 a v roku 2004 uplatňovala politiku rozdielnych cien voči bývalým zákazníkom spoločnosti FK vo vzťahu k cenám uplatňovaným voči jej existujúcim zákazníkom bez toho, aby dokázala odôvodniť tieto rozdiely nákladovými faktormi. Tento súd najmä uviedol, že táto prax bola uplatňovaná na trhu, na ktorom spoločnosť Post Danmark zaujímala osobitné postavenie na základe jej podielu na trhu a jedinečnej štrukturálnej výhody a na ktorom bol jej jediný významný konkurent, FK, existenčne závislý od veľkých zákazníkov.

20. Spoločnosť Post Danmark proti tomuto rozsudku podala odvolanie na Højesteret, v ktorom najmä uviedla, že na to, aby mohlo selektívne uplatňovanie nízkych cien nepokrývajúcich priemerné celkové náklady predstavovať porušenie článku 82 ES je nevyhnutný úmysel vylúčiť hospodársku súťaž.

21. Za týchto okolností Højesteret rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto dve prejudiciálne otázky:

„1. Má sa článok 82 ES vykladať v tom zmysle, že selektívne zníženie cien zo strany dominantného poštového podniku viazaného povinnosťou univerzálnej služby na úroveň, ktorá je nižšia, ako sú priemerné prevádzkové náklady tohto podniku, ale vyššia ako jeho priemerné diferenčné náklady, predstavuje zneužitie dominantného postavenia s cieľom vylúčiť konkurenta, ak sa preukáže, že cena nebola stanovená na tejto úrovni na účely vylúčenia konkurenta?

2. V prípade, ak je odpoveď na otázku 1 taká, že selektívne zníženie cien za týchto podmienok môže za určitých okolností predstavovať zneužitie dominantného postavenia s cieľom vylúčenia konkurenta, na aké okolnosti by mal vnútroštátny súd prihliadať?“

22. V súlade s článkom 23 Štatútu Súdneho dvora Európskej únie predložili písomné pripomienky spoločnosti Post Danmark, FK, dánska, talianska a česká vláda ako aj Európska komisia. Títo účastníci, ako aj Dozorný úrad EZVO, boli tiež vypočutí na pojednávaní, ktoré sa konalo 1. marca 2011.

II – Analýza

A – *Predbežné úvahy*

23. Pokiaľ ide o snahy spoločnosti Post Danmark, najmä na pojednávaní, spochybniť pred Súdnym dvorom niektoré posúdenia vykonané vnútroštátnym súdom, považujem za nevyhnutné pripomenúť, že

v rámci konania upraveného článkom 234 ES založeného na jasnom oddelení právomocí medzi vnútroštátnymi súdmi a Súdnym dvorom patrí všetko posudzovanie skutkových okolností veci do právomoci vnútroštátneho súdu [5].

24. V spore vo veci samej je predovšetkým nesporné, že relevantným trhom je dánsky trh distribúcie neadresovaných poštových zásielok. Na rozdiel do toho, čo tvrdila spoločnosť Post Danmark vo svojich pripomienkach pred Súdnym dvorom, z obsahu spisu v spore vo veci samej nevyplýva, že by najskôr dánske orgány ochrany hospodárskej súťaže alebo potom vnútroštátne súdy, vrátane vnútroštátneho súdu kladúceho prejudiciálne otázky, konštatovali, že tento trh je ďalej rozdelený na dva segmenty, konkrétne na jednej strane trh zásielok zasielaných počas týždňa a na strane druhej trh „nedeľnej“ alebo všeobecnejšie víkendovej distribúcie.

25. Preto sa mi zdá, že nie je potrebné zdržiavať sa úvahami spoločnosti Post Danmark, podľa ktorých boli sporné cenové postupy uplatňované s (jediným alebo hlavným) cieľom rozšíriť ponuku distribúcie neadresovaných poštových zásielok v segmente víkendovej distribúcie, ktorej až dovtedy dominovala spoločnosť FK.

26. Ďalej je takisto nesporné, že na takom trhu, ako bol vymedzený vnútroštátnymi orgánmi a súdmi, spoločnosť Post Danmark zaujíma „dominantné postavenie“ v zmysle článku 82 ES. Koniec koncov návrh na začatie prejudiciálneho konania výslovne z tohto predpokladu vychádza.

27. Podľa tohto návrhu dominantné postavenie spoločnosti Post Danmark vyplýva z celkovej analýzy postavenia, ktoré má tento podnik na trhu. Táto analýza sa však opiera predovšetkým o podiely tejto spoločnosti na trhu v hodnotovom vyjadrení, ktoré sú okolo 50 % [6], a o osobitnú situáciu tejto spoločnosti vyplývajúcu z jej distribučnej siete, ktorá pokrýva celé územie štátu a ktorá môže byť z dôvodu uloženej povinnosti univerzálnej služby distribúcie poštových zásielok udržaná bez vykonávania činnosti distribúcie neadresovaných poštových zásielok.

28. Hoci sa zo spisu vo veci samej nezdá, že by bol skúmaný relatívny význam týchto podielov na trhu vo vzťahu k trhovým podielom spoločnosti FK [7] a prípadná kúpna sila určitých klientov, napriek tomu zostáva pravdou, že v rámci rozdelenia právomocí medzi vnútroštátnymi súdmi a Súdnym dvorom Súdnemu dvoru napriek výzve uvedenej v pripomienkach spoločnosti Post Danmark neprináleží opätovne vykonávať preskúmanie jedného alebo viacerých prvkov analýzy, ktorá viedla dánske orgány a súdy ku konštatovaniu, že tento podnik skutočne zaujímal predmetné dominantné postavenie na vnútroštátnom trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok.

29. Napokon je potrebné riadne vymedziť predmet prejudiciálnych otázok položených Súdnemu dvoru.

30. V tomto ohľade je potrebné uviesť, že Súdnemu dvoru nie sú kladené otázky týkajúce sa zneužitia dominantného postavenia v zmysle článku 82 ES v podobe uplatňovania predátorských cien.

31. Ako totiž vyplýva zo spisu v spore vo veci samej, dánske orgány ochrany hospodárskej súťaže nedokázali zistiť existenciu plánu, ktorého cieľom by bolo vylúčiť konkurenta v zmysle bodu 72 rozsudku vo veci Akzo/Komisia [8], čo je záver, proti ktorému spoločnosť FK pred vnútroštátnymi súdmi nenamietala.

5 — Pozri najmä rozsudky zo 14. februára 2008, Varec, C-450/06, Zb. s. I-581, bod 23, a z 1. júla 2008, MOTOE, C-49/07, Zb. s. I-4863, bod 30.

6 — Presnejšie z tabuľky použitej dánskymi orgánmi ochrany hospodárskej súťaže a reprodukovanej v návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že podiely na trhu v hodnotovom vyjadrení spoločnosti Post Danmark sa zmenili z 47 % v roku 2001 a 2002 na 44 % v roku 2003, aby sa v roku 2004 zvýšili na 55 %.

7 — Podľa návrhu na začatie prejudiciálneho konania podiely spoločnosti FK na trhu predstavovali od 15 do 25 % v roku 2001, od 23 do 35 % v roku 2002, od 35 do 45 % v roku 2003 a od 25 do 35 % v roku 2004.

8 — Rozsudok z 3. júla 1991, C-62/86, Zb. s. I-3359. Podľa tohto bodu rozsudku je potrebné ceny nižšie ako je priemer celkových nákladov, ktoré zahŕňajú fixné náklady a variabilné náklady, ale vyššie ako je priemer variabilných nákladov (ktoré sa líšia v závislosti od vyrobeného množstva) považovať za zneužívajúce vtedy, keď sú stanovené v rámci plánu majúceho za cieľ vylúčenie konkurenta. Tento prístup bol najmä potvrdený v rozsudkoch zo 14. novembra 1996, Tetra Pak/Komisia, C-333/94 P, Zb. s. I-5951, bod 41, a z 2. apríla 2009, France Télécom/Komisia, C-202/07 P, Zb. s. I-2369, bod 109.

32. Pre konštatovanie existencie uplatňovania predátorských cien v zmysle bodov 70 až 72 už citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia by totiž bolo potrebné preukázanie uplatňovania takej stratégie spoločnosti Post Danmark pretože, ako to uvádza vnútroštátny súd, prinajmenšom vo vzťahu k cenám uplatňovaným spoločnosťou Post Danmark v prospech Coop, jedného z troch zákazníkov spoločnosti FK, boli tieto ceny vyššie ako priemerné diferenčné náklady dominantného podniku, ale nižšie ako jeho priemerné celkové náklady [9].

33. Zdá sa, že odkaz, v návrhu vnútroštátneho súdu, na diferenčné náklady spoločnosti Post Danmark ako na relevantné náklady, ktoré treba zohľadniť v spore vo veci samej namiesto, ako to bolo v prípade už citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia, variabilných nákladov, možno podľa informácií obsiahnutých v spise vysvetliť koexistenciou jednak vyhradených a nevyhradených činností v rámci toho istého podniku, ktorých existencia je ale v oboch prípadoch zaťažená povinnosťou univerzálnej služby, a jednak čisto komerčnými činnosťami, ktoré sa rozvíjajú na liberalizovanom trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok.

34. Porovnanie cien s variabilnými nákladmi vynaloženými dominantným podnikom povereným službou vo všeobecnom hospodárskom záujme (verejná služba alebo univerzálna služba) sa totiž ukazuje ako nevhodné. Na jednej strane by mohlo vyvolať nadhodnotenie strát, pretože služba vo všeobecnom hospodárskom záujme, ktorou je poverený podnik, vyvoláva vyššie náklady ako sú náklady jeho konkurentov vo vzťahu k časti jeho činnosti vykonávanej na trhu otvorenom hospodárskej súťaži. Naopak, výlučné zohľadnenie variabilných nákladov dominantného podniku ako kritéria by tiež mohlo vyústiť do podhodnotenia jeho nákladov, pokiaľ tento podnik funguje s vysokými fixnými nákladmi (napríklad nákladmi viažucimi sa na využívanie jeho siete) a nízkymi variabilnými nákladmi [10].

35. Za týchto podmienok sa zdá byť vhodné zohľadniť iné nákladové kritérium, konkrétne diferenčné náklady, ktoré zohľadňujú fixné náklady a variabilné náklady osobitnej činnosti vykonávanej na trhu otvorenom hospodárskej súťaži.

36. V tomto ohľade, ako uvádza vnútroštátny súd, je využitie kritéria diferenčných nákladov v spore vo veci samej inšpirované rozhodnutím Komisie z 20. marca 2001 o postupe podľa článku 82 ES týkajúceho sa cenovej praxe spoločnosti Deutsche Post na trhu služieb prepravy balíkov zásielkového predaja v Nemecku [11] v relatívne podobnej situácii [12].

37. V tomto rozhodnutí, ktorým Komisia najmä dospela k záveru, že spoločnosť Deutsche Post zneužila svoje dominantné postavenie tým, že ponúkala zabezpečenie predmetných služieb za ceny nižšie ako jej diferenčné náklady, takže tento podnik ponúkal predátorské ceny, táto inštitúcia definovala uvedené náklady ako náklady, ktoré vyplývajú výlučne z poskytovania osobitnej služby, ktoré závisia od dohodnutého objemu a ktoré by zanikli so skončením poskytovania uvedenej služby, z čoho vplýva, že spoločné fixné náklady, ktoré nezávisia od poskytovania jedinej služby, nie sú

9 — Pozri úvahy Súdneho dvora v bodoch 70 až 72 už citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia, za predpokladu, že uplatňované ceny by boli nižšie ako priemerné diferenčné náklady, nebolo by potrebné preukazovať stratégiu vylúčenia konkurenta, keďže už samotné tieto ceny by sa považovali za predátorské.

10 — Pozri v tomto ohľade najmä 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, č. 1476, s. 13.

11 — Ú. v. ES L 125, s. 27, ďalej len „rozhodnutie Deutsche Post".

12 — Pozri tiež v tomto ohľade posúdenie, ktoré k tomuto rozhodnutiu uviedol Súd prvého stupňa v bode 249 rozsudku z 30. januára 2007, France Télécom/Komisia, T-340/03, Zb. s. II-107. Odvolanie podané na Súdny dvor proti tomuto rozsudku (vec viedla k vydaniu už citovaného rozsudku z 2. apríla 2009, France Télécom/Komisia) sa netýkalo tohto aspektu.

zahrnuté do diferenčných nákladov [13]. Z tohto rozhodnutia, ktoré zjavne usmerňovalo v tomto ohľade dánske orgány ochrany hospodárskej súťaže v spore vo veci samej, tiež vyplýva, že náklady vzťahujúce sa na osobitnú službu by nemali byť zvyšované spoločnými fixnými nákladmi udržiavania kapacít distribučnej siete vyplývajúcimi z povinnosti univerzálnej služby. Hodnota priemerných diferenčných nákladov teda zahŕňa iba hodnotu fixných a variabilných nákladov poskytovania služby vystavenej hospodárskej súťaži [14].

38. V spore vo veci samej, práve tak ako v rozhodnutí Deutsche Post, teda priemer diferenčných nákladov predstavuje, rovnako ako priemer variabilných nákladov uvedených v bodoch 71 a 72 už citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia, „spodné kritérium“ alebo minimálne kritérium, pod ktorým by bola cena uplatňovaná podnikom v dominantnom postavení predátorská.

39. Podľa logiky týchto bodov už citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia prispôsobených vo svetle rozhodnutia Deutsche Post by bola predátorskou cenou tiež cena vyššia ako priemer diferenčných nákladov ale nižšia ako priemer celkových nákladov vtedy, ak by bola určená v rámci plánu, ktorého cieľom je vylúčenie konkurenta.

40. Ako som však už uviedol, vnútroštátny súd spresnil, že existencia takého plánu nemohla byť dánskymi orgánmi ochrany hospodárskej súťaže preukázaná. Predmet tohto návrhu na začatie prejudiciálneho konania sa teda netýka prípadného predátorského správania spoločnosti Post Danmark.

41. Vyššie uvedené úvahy však umožňujú lepšie pochopiť otázky vnútroštátneho súdu. Napokon, tento súd si želá zistiť, či zneužívajúce vylúčenie konkurenta takého dominantného podniku ako je Post Danmark možno konštatovať pri existencii selektívneho zníženia cien bez predátorskej povahy a ak to tak je, za akých podmienok.

42. Toto spresnenie ma vedie k formulovaniu dvoch dodatočných poznámok.

43. Na strane jednej, otázky vnútroštátneho súdu sa netýkajú zneužívania dominantného postavenia v podobe cenovej diskriminácie medzi zákazníkmi spoločnosti Post Danmark, ktoré by malo účinky na trh alebo trhy uvedených zákazníkov (sekundárna diskriminácia alebo „secondary-line discrimination“).

44. Z uznesenia vnútroštátneho súdu a zo spisu k sporu vo veci samej totiž vyplýva, že tento podnik na vnútroštátnych súdoch nenapadol konštatovanie dánskych orgánov ochrany hospodárskej súťaže, podľa ktorého spoločnosť Post Danmark uplatnila odlišné cenové zaobchádzanie voči svojim obchodným partnerom nachádzajúcim sa v porovnateľnej situácii, najmä v zmysle článku 82 ods. 1 písm. c) ES.

45. Vnútroštátny súd sa sústreďuje výlučne na selektívne zníženie cien uplatňované spoločnosťou Post Danmark, ktorého účinky by viedli alebo, ak by dánske orgány ochrany hospodárskej súťaže nezasiahli, mohli by viesť k vytlačeniu alebo vylúčeniu spoločnosti FK z trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok v Dánsku (primárna diskriminácia alebo „primary-line discrimination“).

13 — Rozhodnutie Deutsche Post (body 6, 9 a poznámka pod čiarou 7). Rovnako je potrebné poznamenať, že vo veci, ktorá viedla k vydaniu rozsudku Súdu prvého stupňa z 12. septembra 2007, Ufex a i./Komisia, T-60/05, Zb. s. II-3397, bod 161, Komisia tiež uviedla, že zisťovanie zneužívania dominantného postavenia, ktorého sa dopustila spoločnosť Poste française na trhu expresných zásielok, by od nej vyžadovalo overenie toho, či ceny fakturované týmto podnikom za infraštruktúrne služby poskytované jej dcérskej spoločnosti pôsobiacej na uvedenom trhu boli nižšie alebo rovnaké ako diferenčné náklady na poskytovanie týchto služieb, to znamená určenie nákladov, ktoré sa výlučne viažu na poskytovanie osobitnej služby a ktoré prestávajú existovať, len čo uvedená služba skončí. Bez toho, aby uvádzal pojem „diferenčné“, sa to isté v zásade usiluje zabezpečiť článok 14 smernice 67/97, keď od členských štátov vyžaduje, aby zaviazali poskytovateľov univerzálnych poštových služieb zaviesť oddelené účtovníctvo, ktoré oddelí náklady priamo priradené konkrétnej službe alebo výrobku, ako aj spoločné náklady, podľa podmienok upravených v tomto ustanovení.

14 — Rozhodnutie Deutsche Post (body 9 a 10).

46. Rozlišovanie medzi sekundárnou a primárnou diskrimináciou zo strany dánskych orgánov a súdov sa mi zdá byť vhodné a, koniec koncov, k nemu vyzývajú názory časti právnej vedy[15]. Hoci vymenovanie zneužívajúcich postupov obsiahnuté v článku 82 ES nevyčerpáva spôsoby zneužívania dominantného postavenia zakázané týmto článkom[16], toto rozlišovanie napriek tomu podľa môjho názoru umožňuje objasniť vzťahy medzi diskriminačnými cenovými postupmi spadajúcimi pod článok 82 druhý odsek písm. c) ES, to znamená tými, ktorých protisúťažné účinky sa prejavujú na trhu alebo trhoch „obchodných partnerov“, čím ich „v hospodárskej súťaži znevýhodňujú“ – čo zodpovedá situácii diskriminácie nazývanej „sekundárna“ – pretože, z definície, títo obchodní partneri nemôžu byť konkurentmi podniku zneužívajúceho svoje dominantné postavenie a tými, ktoré sa prejavujú na trhu, na ktorom pôsobí dominantný podnik a jeho konkurenti a pod ktoré spadajú iné prípady, teda prípady obmedzovania výroby, odbytu alebo technického rozvoja na úkor spotrebiteľov uvedené v článku 82 druhom odseku písm. b) ES a ktorých účinkom je vytláčanie alebo vylučovanie uvedených konkurentov.

47. Na druhej strane tým, že vo svojej prvej prejudiciálnej otázke zmieňuje situáciu selektívneho zníženia cien, ktorých úroveň sa nachádza medzi priemerom diferenčných nákladov a priemerom celkových nákladov vynaložených dominantným podnikom sa zdá, že vnútroštátny súd obmedzil túto otázku na cenovú prax spoločnosti Post Danmark voči skupine Coop bez toho, aby vzal do úvahy cenovú prax voči dvom zvyšným klientom spoločnosti FK, konkrétne spoločnostiam Spar a SuperBest rovnako zmieňovaným v uznesení vnútroštátneho súdu a ktorým, čo je nesporné, spoločnosť Post Danmark ponúkla ceny *vyššie* ako je priemer jej celkových nákladov.

48. Výklad tohto opomenutia je neistý. Na jednej strane by mohol znamenať to, že vnútroštátny súd už zamietavo rozhodol o stanovisku, podľa ktorého ceny uplatňované spoločnosťou Post Danmark voči spoločnostiam Spar a Superbest by mohli viesť k vylúčeniu spoločnosti FK z trhu. Podľa iného výkladu by opomenutie mohlo znamenať jednoducho len to, že vnútroštátny súd bol názoru, že len čo bude objasnený výklad článku 82 ES v situácii cien ponúkaných spoločnosťou Post Danmark skupine Coop, mal by a mohol by sám vyvodiť z odpovede Súdneho dvora dôsledky, pokiaľ ide o zákonnosť cenovej praxe spoločnosti Post Danmark voči spoločnostiam Spar a Superbest.

49. V každom prípade sa mi zdá, že na účely poskytnutia užitočnej odpovede vnútroštátnemu súdu nemožno opomenúť cenovú prax spoločnosti Post Danmark uplatňovanú spoločnostiam voči Spar a Superbest pri preskúmavaní otázky, či zneužívajúce vylúčenie konkurenta dominantného podniku možno konštatovať pri existencii selektívneho zníženia cien, ktoré nevykazuje predátorskú povahu a, ak je to tak, za akých podmienok.

B – *O selektívnom znížení cien a vylučujúcom účinku*

50. Otázka uvedená v predošlom bode rozdeľuje účastníkov, ktorí predložili Súdnemu dvoru pripomienky.

51. V zásade možno podľa spoločnosti Post Danmark a českej vlády vylučovaciu cenovú prax konštatovať iba vtedy, ak je cena určená pod úrovňou zodpovedajúcej kategórie nákladov. V danom prípade môže cena vyššia ako sú priemerné diferenčné náklady vyvolať vylúčenie konkurenta iba vtedy, ak by bola súčasťou stratégie s cieľom vylúčenia uvedeného konkurenta, čo je stratégia, ktorá by podľa českej vlády

15 — Pozri okrem iných TEMPLE LANG, J. a O'DONOGHUE, R.: „Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC“, *Fordham International Law Journal*, č. 83, 2002, s. 86; GERADIN, D., a PETIT, N.: „Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?“, *Journal of Competition Law and Economics, č.* 3, 2006, s. 487 a nasl.

16 — Pozri v tomto zmysle najmä rozsudky z 21. februára 1973, Europemballage a Continental Can/Komisia, 6/72, Zb. s. 215, bod 26; zo 16. marca 2000, Compagnie maritime belge transports a i./Komisia, C-395/96 P a C-396/96 P, Zb. s. I-1365, bod 112; z 15. marca 2007, British Airways/Komisia, C-95/04 P, Zb. s. I-2331, bod 57; zo 14. októbra 2010, Deutsche Telekom/Komisia, C-280/08 P, Zb. s. I-9555, bod 173 a zo 17. februára 2011, TeliaSonera, C-52/09, Zb. s. I-527, bod 26.

mohla vyplynúť z ekonomickej analýzy, avšak podľa názoru spoločnosti Post Danmark by musela vyplývať výlučne alebo najmä z okolností preukazujúcich subjektívny úmysel vylúčenia konkurencie. Keďže obsah spisu v spore vo veci samej nepreukazuje, že by spoločnosť Post Danmark sledovala takú stratégiu, neexistuje zneužitie dominantného postavenia v zmysle článku 82 ES.

52. Naopak, spoločnosť FK, dánska a talianska vláda, Dozorný úrad EZVO, ako aj v určitom rozsahu Komisia – konkrétne po objasneniach, ktoré predniesla na pojednávaní, pokiaľ ide o jej stanovisko – obhajujú opačný názor. V zásade tieto osoby, ktoré majú záujem na konaní, tvrdia, že *nezávisle od nákladov* selektívna cenová prax dominantného podniku určená zákazníkom jeho jediného skutočného konkurenta vedie alebo s najväčšou pravdepodobnosťou môže viesť k vylúčeniu tohto konkurenta vtedy, keď taká prax nie je odôvodnená hospodárskymi dôvodmi, najmä úsporami z rozsahu. Taká je okrem toho situácia v spore vo veci samej.

53. Veľká časť diskusie, ktorá prebehla medzi týmito osobami majúcimi záujem na konaní sa viazala k výkladu významu súboru rozsudkov Súdneho dvora a Všeobecného súdu, v ktorých tieto súdy preskúmali selektívnu cenovú prax vedenú dominantnými podnikmi. Z oboch strán však tieto rozsudky potvrdzujú názor vyslovený v pripomienkach, ktoré boli predložené Súdnemu dvoru.

54. Pred preskúmaním týchto rozsudkov je potrebné pripomenúť, že podľa judikatúry zakázaním zneužívania dominantného postavenia na trhu v rozsahu, v akom môže byť ovplyvnený obchod medzi členskými štátmi, článok 82 ES sa týka správaní, ktoré by mohli ovplyvniť štruktúru trhu, na ktorom je už stupeň hospodárskej súťaže oslabený práve z dôvodu prítomnosti podniku majúceho hospodársku silu čerpanú z jeho dominantného postavenia a ktoré by v dôsledku toho mohli byť prekážkou udržania stupňa hospodárskej súťaže, ktorý ešte na trhu existuje alebo prekážkou rozvoja tejto hospodárskej súťaže, prostredníctvom použitia prostriedkov odlišujúcich sa od tých prostriedkov, ktorými sa riadi bežná súťaž výrobkov alebo služieb poskytovaných hospodárskymi subjektmi [17].

55. Vzhľadom na to, že článok 82 ES sa týka nielen postupov, ktoré by mohli spôsobiť okamžitú ujmu spotrebiteľom ale aj takých postupov, ktoré im spôsobujú ujmu tým, že poškodzujú štruktúru účinnej hospodárskej súťaže, podnik v dominantnom postavení má osobitnú zodpovednosť za to, aby jeho konanie nenarušilo účinnú a neskreslenú hospodársku súťaž na spoločnom trhu [18].

56. Z tohto hľadiska, ak zákaz zneužitia dominantného postavenia môže, celkom samozrejme, byť odôvodnený starosťou o zabezpečenie okamžitého blaha spotrebiteľov, rovnako je odôvodnený potrebou chrániť alebo udržiavať konkurenčnú štruktúru trhu, keďže sledovanie tohto cieľa akosi predpokladá úžitok pre spotrebiteľov.

57. Ak aj osobitná zodpovednosť, ktorá zaťažuje dominantný podnik viedla v cenovej záležitosti Súdny dvor k rozhodnutiu, že každú cenovú konkurenciu nemožno považovať za legitímnu [19], toto tvrdenie napriek tomu znamená, že taká konkurencia je, až na výnimky, vo všeobecnosti povolená, dokonca až odporúčaná. Keďže je totiž cenová konkurencia vo všeobecnosti prospešná, nemala by byť v zásade zakázaná podnikom zaujímajúcim dominantné postavenie na danom trhu.

58. Zostáva však pravdou, že otázka, či cenová prax podniku s dominantným postavením na danom trhu vyvoláva v zmysle článku 82 ES zneužívanie takého postavenia musí byť rozhodnutá v závislosti

17 — Pozri v tomto zmysle rozsudky z 13. februára 1979, Hoffman-La Roche/Komisia, 85/76, Zb. s. 461, bod 91; z 9. novembra 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia, 322/81, Zb. s. 3461, bod 70; rozsudky Akzo/Komisia, už citovaný, bod 69; British Airways/Komisia, už citovaný, bod 66; z 2. apríla 2009, France Télécom/Komisia, už citovaný, bod 104; Deutsche Telekom/Komisia, už citovaný, bod 174, a TeliaSonera, už citovaný, bod 27.

18 — Pozri najmä rozsudky z 2. apríla 2009, France Télécom/Komisia, už citovaný, bod 105; Deutsche Telekom/Komisia, už citovaný, bod 176, ako aj v tomto zmysle TeliaSonera, už citovaný, bod 24.

19 — Pozri najmä rozsudok Akzo/Komisia, už citovaný, bod 70.

od všetkých okolností a vyžaduje preskúmanie najmä toho, či táto prax smeruje k bráneniu v prístupe konkurentov na trh alebo k posilneniu dominantného postavenia skresľovaním hospodárskej súťaže [20].

59. Ako uviedli niektoré z osôb majúcich záujem na konaní, judikatúra sa zaoberá niekoľkými vecami, v ktorých súdy Únie konštatovali, že selektívne zníženie ceny uplatňované jedným alebo viacerými podnikmi v dominantnom postavení naráža na zákaz upravený v článku 82 ES.

60. Prvá z týchto vecí viedla k vydaniu už citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia.

61. Spomedzi cenových postupov, ktoré Komisia vytýkala spoločnosti Akzo na trhu Spoločenstva s organickými peroxidmi [21] boli nielen už zmieňované uplatňovanie abnormálne nízkych (predátorských) cien dohodnutých so zákazníkmi jedného z jeho konkurentov (ECS) preskúmané v bodoch 98 až 109 rozsudku Súdneho dvora, ale tiež prax selektívnych cenových ponúk zákazníkom toho istého konkurenta na úrovni značne nižšej ako je úroveň cien, na ktorých sa spoločnosť Akzo dohodla so svojimi vlastnými zákazníkmi [22], čo je prax preskúmaná Súdnym dvorom v bodoch 110 až 121 uvedeného rozsudku.

62. Po tom, čo potvrdil konštatovanie Komisie, podľa ktorého mala spoločnosť Akzo na predmetnom trhu dominantné postavenie, tak pokiaľ ide o jej podiel na trhu v približnej výške 50 %, ako aj o ďalšie faktory [23], Súdny dvor, ktorý pristúpil k preskúmaniu selektívnej povahy cenových ponúk adresovaných zákazníkom spoločnosti ECS nazývaným „veľkí nezávislí“ predovšetkým uviedol, že spoločnosť Akzo sa nebránila tvrdeniu, že dohodla rozdielne ceny s kupujúcimi porovnateľnej veľkosti bez toho, aby uviedla argumenty na preukázanie toho, že tieto rozdiely boli spôsobené kvalitou výrobkov alebo konkrétnymi výrobnými nákladmi [24]. Súdny dvor následne poznamenal, že ceny uplatňované spoločnosťou Akzo voči jej vlastným zákazníkom boli vyššie ako priemer jej celkových nákladov, zatiaľ čo ceny ponúkané zákazníkom jej konkurenta boli nižšie ako tento priemer [25]. V bode 115 rozsudku z toho vyvodil, že spoločnosť Akzo si takto mohla prinajmenšom čiastočne kompenzovať straty spôsobené predajmi zákazníkom ECS ziskami vytvorenými z predajov „veľkým nezávislým“, ktorí boli súčasťou jej zákazníckej základne, čo preukazovalo, že úmyslom spoločnosti Akzo nebolo uplatňovať všeobecnú politiku výhodných cien ale prijať stratégiu, ktorá zo svojej povahy škodila jej konkurentovi. Súdny dvor teda v tomto ohľade potvrdil rozhodnutie Komisie konštatujúc, že spoločnosť Akzo zneužila svoje dominantné postavenie.

63. V tejto fáze analýzy obmedzím svoj komentár k týmto aspektom už citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia na nasledovné dve poznámky.

64. V prvom rade Súdny dvor potvrdil zneužívajúcu povahu selektívnosti cenových ponúk spoločnosti Akzo s ohľadom na referenčnú úroveň nákladov dominantného podniku, konkrétne na priemer jeho celkových nákladov.

65. Toto kritérium sa javí ako relatívne prísne voči dominantnému podniku. Ak totiž vezmeme ako referenčnú hodnotu priemer celkových nákladov podniku, to znamená nákladov, ktoré zahŕňajú fixné náklady a variabilné náklady, Súdny dvor sankcionuje selektívnosť, aj keď predaj dodatočnej jednotky vlastným zákazníkom dominantného podniku pokrýva variabilné náklady vyrobenej jednotky

20 — Pozri v tomto zmysle rozsudky Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisia, už citovaný, bod 73; Deutsche Telekom, už citovaný, bod 175, ako aj TeliaSonera, už citovaný, bod 28.

21 — Rozhodnutie Komisie 85/609/EHS zo 14. decembra 1985 o postupe uplatnenia článku 86 Zmluvy EHS (IV/30.698 – ECS/AKZO Chemie) (Ú. v. ES L 374, s. 1).

22 — Rozsudok Akzo/Komisia, už citovaný, body 9 a 111.

23 — Tamže, body 59 až 61. Je potrebné poznamenať, že po podrobnom preskúmaní dôvodnosti rozhodnutia Komisie generálny advokát Lenz dospel naopak k záveru, že Komisia nepreukázala, že by spoločnosť Akzo zaujímala dominantné postavenie na predmetom trhu (pozri body 62 až 124 návrhov prednesených 19. apríla 1989 vo veci, ktoré viedla k vydaniu už citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia).

24 — Tamže, bod 113.

25 — Tamže, bod 114.

a prinajmenšom časť fixných nákladov viažucich sa na túto jednotku. V tomto kontexte je možné pochopiť, že ak aj rozdiel v cenovom zaobchádzaní medzi zákazníkmi dominantného podniku a zákazníkmi konkurenta, ktorým boli predložené výhodné ponuky, môže v skutočnosti predstavovať diskrimináciu vyvolávajúcu znevýhodnenie v hospodárskej súťaži jeho zákazníkov v zmysle článku 82 prvého odseku písm. c) ES („secondary-line discrimination"), je menej isté, že tento postup, ak je posudzovaný izolovane, môže vyvolať vylúčenie prinajmenšom rovnako efektívneho konkurenta, pretože tento by sa mohol samozrejme celkom alebo sčasti zmocniť tradičných zákazníkov dominantného podniku, ktorí by boli obeťami diskriminačného zaobchádzania, ibaže by títo klienti boli podrobení osobitným obmedzeniam zo strany dominantného podniku, ktoré by ich k nemu silno viazali.

66. Hoci Súdny dvor také úvahy neuviedol v relevantných častiach už citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia, je napriek tomu potrebné poznamenať, na jednej strane, že selektívne cenové ponuky zo strany spoločnosti Akzo boli spojené s celým súborom zneužívajúcich správaní tohto podniku, najmä s praxou predátorských cien, a na druhej strane, že Súdny dvor nevyvodil zo selektívnej cenovej praxe spoločnosti Akzo účinok vylúčenia konkurenta, ale len úmysel jeho vylúčenia. Umiestnené do všeobecného kontextu citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia, body 113 až 115 tohto rozsudku vyjadrujú myšlienku, že preskúmanie selektívnej povahy zníženia cien uplatňovaného spoločnosťou Akzo sa podieľalo na preukázaní existencie plánu alebo stratégie vylúčenia zo strany tejto spoločnosti.

67. V druhom rade sa zdá, že prísnosť, ktorú zjavne preukazuje Súdny dvor v už citovanom rozsudku vo veci Akzo/Komisia vo vzťahu k selektívnemu zníženiu ceny zo strany dominantného podniku možno vysvetliť skutočnosťou, že taká prax, na rozdiel od všeobecnej praxe nízkych cien, sa uskutočňuje na úkor vlastných zákazníkov tohto podniku, bez hospodárskeho zdôvodnenia. Inými slovami sa zdá, že Súdny dvor zastáva názor, že cieľom takého selektívneho cenového postupu nie je zabezpečenie toho, aby zákazníci a prinajmenšom nepriamo spotrebitelia mali prospech z nízkej ceny (čo je naopak vo všeobecnosti skutočnosťou, prinajmenšom z krátkodobého hľadiska, v prípade neselektívnej praxe nízkych či dokonca predátorských cien), ale výlučne zlákanie určitých zákazníkov konkurentov dominantného podniku bez toho, aby z toho mali akýkoľvek prospech či už spotrebitelia alebo konkurenčná štruktúra trhu.

68. Ak aj je, ako som práve uviedol, prístup zastávaný Súdnym dvorom v už citovanom rozsudku vo veci Akzo/Komisia vo vzťahu k selektívne nízkym cenovým ponukám dominantného podniku založený na kritériu nákladov uvedeného podniku, súd Únie sa naopak tohto kritéria nepridržiaval v ďalších neskorších veciach.

69. Je to tak vo veciach Compagnie maritime belge transports a i./Komisia [26] a Irish Sugar/Komisia [27], [28].

26 — Už citované rozsudky Súdu prvého stupňa z 8. októbra 1996, T-24/93 až T-26/93 a T-28/93, Zb. s. II-1201 a Súdneho dvora.

27 — Rozsudky Súdu prvého stupňa zo 7. októbra 1999, T-228/97, Zb. s. II-2969 a Súdneho dvora z 10. júla 2001, C-497/99 P, Zb. s. I-5333.

28 — Musím tiež poznamenať, že Komisia vo svojom rozhodnutí 88/138/EHS z 22. decembra 1987 o postupe uplatnenia článku 86 Zmluvy EHS (IV/30.787 a 31.488 – Eurfix – Bauco/Hilti) (Ú. v. ES L 65, 1988, s. 19) sledovala prístup, ktorý nebol založený na nákladoch. V tejto veci išlo o súbor diskriminačných a selektívnych postupov spoločnosti Hilti, ktorých cieľom bolo odradiť zákazníkov od nákupov klincov určených pre nastreľovacie pištole jej vlastnej výroby u jej konkurentov, pričom na tomto trhu mal tento podnik podiel odhadovaný na cca. 70 % až 80 %. Medzi postupmi považovanými Komisiou za zneužívajúce sa nachádzali zľavy pre niektorých z hlavných zákazníkov konkurentov spoločnosti Hilti, ktorí vyrábali klince kompatibilné s jej nastreľovacími pištoľami, čo boli ponuky, ktorých využitie vôbec neumožnila svojim vlastným zákazníkom, ktorí od nej nakupovali podobné alebo rovnocenné množstvá. V tomto rozhodnutí Komisia konštatovala, že tieto osobitné ponuky nepredstavovali obrannú reakciu voči konkurentom ale odrážali vopred stanovenú politiku tohto podniku s cieľom obmedziť ich prienik na trh klincov kompatibilných s jeho vlastnými prístrojmi (bod 80 rozhodnutia). Dodala, že „v danom prípade nie je prvkom zakladajúcim zneužitie to, že ceny boli nižšie ako náklady (bez ohľadu na spôsob ich definovania …), ale že z dôvodu svojho dominantného postavenia bola spoločnosť Hilti schopná ponúknuť osobitné diskriminačné ceny zákazníkom svojich konkurentov s cieľom poškodiť ich činnosti udržiavajúc pritom vyššie ceny pre svojich vlastných zákazníkov rovnocennej dôležitosti" (bod 81 rozhodnutia). V žalobe o neplatnosť podanej proti tomuto rozhodnutiu (rozsudok Súdu prvého stupňa z 12. decembra 1991, Hilti/Komisia, T-30/89, Zb. s. II-1439), spoločnosť Hilti sčasti rozvinula veľmi všeobecnú argumentáciu, ktorá nebola osobitne zameraná na selektívne zľavy z cien, ktorá bola zamietnutá Súdom prvého stupňa v bode 100 jeho rozsudku a sčasti pripustila, že skutočne zaviedla niektoré z vytýkaných správaní, čo jednoducho Súd prvého stupňa viedlo k uvedenému konštatovaniu (pozri bod 101 toho istého rozsudku). Odvolanie pred Súdnym dvorom (rozsudok z 2. marca 1994, Hilti/Komisia, C-53/92 P, Zb. s. I-667) sa netýkalo posúdenia uvedeného v týchto bodoch rozsudku Súdu prvého stupňa.

70. V prvej z týchto vecí Komisia vytýkala námornej konferencii Cewal, ktorej členom bola najmä spoločnosť Compagnie maritime belge transports a ktorá vlastnila viac ako 90 % podielov na relevantnom trhu, konkrétne to, že v rozpore s článkom 86 Zmluvy EHS zmenila svoje sadzby za náklad odchylne od platných cien za účelom ponúknutia rovnakých alebo nižších sadzieb ako boli sadzby jej hlavného nezávislého konkurenta (spoločnosti G&C) na lode odchádzajúce v ten istý deň alebo v susedné dni (prax nazývaná „bojové lode“) [29].

71. Súdny dvor potvrdil analýzu Komisie.

72. Predovšetkým pripomenul, že žalujúce podniky nenamietali proti trom kritériám tvoriacim prax nazývanú „bojové lode“ – ktorá bola odlišná od praxe predátorských cien – konkrétne išlo o a) označenie lodí členov konferencie, ktorých odchod bol najbližšie odchodu lodí spoločnosti G&C, bezo zmeny plánovanej hodiny odchodu, ako „bojové lode“; b) spoločné určenie „bojovej“ ceny, ktorá sa odchyľovala od sadzby obvykle uplatňovanej členmi konferencie Cewal tak, aby bola rovnaká alebo nižšia ako cena oznámená spoločnosťou G&C a c) z toho vyplývajúce zníženie výnosov, o ktoré sa postarali členovia konferencie Cewal [30].

73. Preskúmajúc potom tvrdenia žalobcov, ktorých cieľom bolo namietať proti tvrdeniu o zneužití dominantného postavenia, Súdny dvor s ohľadom na informácie v spise rozhodol, že Komisia z právneho hľadiska dostatočne odôvodnene konštatovala, že uplatňovaná prax bola vedená s cieľom vylúčiť jediného konkurenta konferencie Cewal na relevantnom trhu [31]. Za týchto okolností Súd prvého stupňa dospel k záveru, že keďže cieľom praxe bolo vylúčenie jediného konkurenta, žalobcovia nemôžu účinne tvrdiť, že sa obmedzili najmä na sledovanie cenovej vojny zahájenej konkurentom alebo na reakciu na útok na ich zákaznícku základňu. Dokonca ak by sme aj predpokladali, že tieto okolnosti boli preukázané, v každom prípade by nemohli mať podľa Súdu prvého stupňa ten následok, že odveta uplatnená členmi konferencie Cewal by bola považovaná za rozumnú a primeranú [32].

74. Napokon Súd prvého stupňa odmietol tvrdenie žalobcov, podľa ktorého zväčšenie podielu spoločnosti G&C na trhu malo za následok neexistenciu účinku predmetnej praxe a tým aj neexistenciu dominantného postavenia. V tomto ohľade Súd prvého stupňa rozhodol, že keď jeden alebo viacero podnikov v dominantnom postavení účinne uplatňuje prax, ktorej cieľom je vylúčenie konkurenta, okolnosť, že zamýšľaný dôsledok nebol dosiahnutý, nestačí na vylúčenie kvalifikácie zneužitia dominantného postavenia v zmysle článku 86 Zmluvy a dodal, že „napokon, na rozdiel od tvrdení žalobcov, skutočnosť, že podiel [spoločnosti G&C] na trhu sa zvýšil neznamená, že prax bola neúčinná, keďže pri neexistencii tejto praxe sa mohol podiel [spoločnosti G&C] na trhu zvýšiť viac“ [33].

75. Na základe odvolaní smerujúcich proti rozsudku Súdu prvého stupňa Súdny dvor zrušil rozsudok Súdu prvého stupňa v rozsahu, v akom sa týkal pokút uložených žalobcom [34].

76. Naopak, pokiaľ ide o zneužívanie dominantného postavenia, Súdny dvor potvrdil závery Súdu prvého stupňa, pričom však bol obozretný.

77. Po tom, čo pripomenul, na jednej strane, že rozsah vecnej pôsobnosti osobitnej zodpovednosti, ktorá zaťažuje dominantný podnik musí byť posúdený vzhľadom na konkrétne okolnosti každého jednotlivého prípadu vykazujúceho oslabenie hospodárskej súťaže a, na druhej strane, že trh s námornou prepravou je veľmi špecializovaným a osobitným odvetvím charakterizovaným najmä, na

29 — Rozhodnutie Komisie 93/82/EHS z 22. decembra 1992 o postupe uplatnenia článku 85 Zmluvy EHS (IV/32.448 a IV/32.450: Cewal, Cowak, Ukwal) a článku 86 Zmluvy EHS (IV/32.448 a IV/32.450) (Ú. v. ES L 34, 1993, s. 20).

30 — Rozsudok Súdu prvého stupňa, už citovaný, body 139 a 141.

31 — Tamže, bod 147.

32 — Tamže, bod 148.

33 — Tamže, bod 149.

34 — Pozri rozsudok Súdneho dvora, už citovaný, body 146 a 147 a bod 1 výroku.

základe práva Únie, možnosťou, aby boli námorné konferencie oprávnené stanovovať ceny[35], Súdny dvor rozhodol, že „pokiaľ námorná konferencia v dominantnom postavení pristúpi k selektívnemu zníženiu cien na účely ich cieleného zosúladenia s cenami konkurenta, ťaží z toho dvojakým spôsobom. Na jednej strane vylučuje hlavný alebo dokonca jediný konkurenčný nástroj, ktorý je k dispozícii konkurenčnému podniku. Na druhej strane môže naďalej žiadať od užívateľov vyššie ceny za služby, ktoré nie sú ohrozené touto konkurenciou“[36].

78. V bodoch 118 až 120 svojho rozsudku Súdny dvor dodal:„118 V danom prípade nie je nevyhnutné vo všeobecnosti prijímať stanovisko k okolnostiam, za ktorých môže námorná konferencia oprávnene prijať, od prípadu k prípadu, ceny nižšie ako sú oznámené sadzby za účelom čelenia konkurentovi, ktorý ponúka zaujímavejšie ceny ….

119 Stačí pripomenúť, že v danom prípade ide o správanie konferencie, ktorá má viac ako 90 %-ný podiel na predmetnom trhu a má len jediného konkurenta. Žalobcovia okrem toho nikdy vážne nenamietali, a napokon na pojednávaní uznali, že cieľom vytýkaného správania bolo vylúčiť spoločnosť G&C z trhu.

120 Je teda potrebné dospieť k záveru, že Súd prvého stupňa sa nedopustil žiadneho nesprávneho právneho posúdenia keď konštatoval, že výhrady Komisie, podľa ktorých prax nazývaná „bojové lode“ tak, ako bola uplatňovaná voči spoločnosti G&C, predstavovala zneužitie dominantného postavenia, boli dôvodné. Navyše je potrebné uviesť, že v danej veci v žiadnom prípade nejde o novú definíciu zneužívajúceho konania.“

79. V druhej veci, konkrétne už citovanej veci Irish Sugar/Komisia, išlo najmä o súbor konaní tohto podniku na trhu cukru určeného na maloobchodný predaj v Írsku, na ktorom mal podnik podiel viac ako 88 % a ktoré boli Komisiou považované za zneužívajúce[37]. Konkrétne Komisia vytýkala spoločnosti Irish Sugar to, že bez objektívneho hospodárskeho zdôvodnenia udelila osobitné zľavy určitým maloobchodníkom usadeným v pohraničnej oblasti medzi Írskom a Severným Írskom, aby čelila konkurencii dovozov cukru pochádzajúceho zo Severného Írska alebo jej vlastného cukru opätovne dovezeného do Írska. Komisia s odkazom na svoje rozhodnutie týkajúce sa ECS/Akzo Chemie zastávala názor, že tieto selektívne prihraničné zľavy predstavovali zneužívanie dominantného postavenia[38].

80. Súd prvého stupňa, ktorý musel vyhodnotiť zneužívajúcu povahu týchto prihraničných zliav, predovšetkým uviedol, že ceny uplatňované spoločnosťou Irish Sugar nepredstavovali predátorské ceny v zmysle judikatúry Súdneho dvora[39]. Následne poznamenal, že z dokumentov založených v spise vyplýva, že spoločnosť Irish Sugar sa premyslene rozhodla selektívne ponúknuť osobitnú zľavu určitým maloobchodníkom, ako aj to, že si bola vedomá nezákonnej povahy tejto praxe.[40]

81. To viedlo Súd prvého stupňa k tomu, aby rozhodol, že táto prax predstavuje zneužitie dominantného postavenia v zmysle článku 86 druhého odseku písm. c) Zmluvy[41] a tiež odmietol všetky tvrdenia prednesené spoločnosťou Irish Sugar na preukázanie zákonnej povahy jej správania[42]. Konkrétne Súd prvého stupňa odmietol tvrdenie spoločnosti Irish Sugar, podľa ktorého tento podnik mal v úmysle brániť sa proti konkurencii vyplývajúcej z dovozov za nízke ceny (ale nie nižšie ako ceny

35 — Tamže, body 114 až 116.

36 — Tamže, bod 117.

37 — Rozhodnutie Komisie 97/624/ES zo 14. mája 1997 o postupe uplatnenia článku 86 Zmluvy EHS (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc) (Ú. v. ES L 258, s. 1).

38 — Pozri body 133 až 135 uvedeného rozhodnutia.

39 — Už citovaný rozsudok, bod 182.

40 — Tamže, bod 183.

41 — Tamže.

42 — Tamže, body 184 až 192.

opätovného predaja) pochádzajúcich z britského trhu a trhu Severného Írska, pričom uviedol, ako pripustila aj spoločnosť Irish Sugar, že z hospodárskej sily tejto spoločnosti na ponúknutie zliav v regióne hraničiacom so Severným Írskom vyplývala stabilita jej cien v ostatných regiónoch, čím sa vlastne uznalo to, že financovala uvedené zľavy prostredníctvom svojich predajov na zvyšku územia Írska.

82. Súd prvého stupňa z toho vyvodil, že týmto správaním spoločnosť Irish Sugar bránila rozvoju slobodnej hospodárskej súťaže na relevantnom trhu a skresľovala štruktúru relevantného trhu, tak vo vzťahu ku svojim zákazníkom, ako aj k spotrebiteľom, keďže spotrebitelia nemohli mimo regiónu hraničiaceho so Severným Írskom využívať zníženia cien vyvolané dovozmi cukru pochádzajúceho zo Severného Írska [43]. Podľa Súdu prvého stupňa totiž ochrana konkurenčného postavenia podniku v dominantnom postavení spĺňajúceho charakteristiky Irish Sugar v čase okolností sporu vo veci samej musí na to, aby bola oprávnená, byť prinajmenšom založená na kritériách ekonomickej efektívnosti a vykazovať úžitok pre spotrebiteľov, čo tak nebolo v danom prípade [44].

83. Je tiež potrebné zdôrazniť, že Súd prvého stupňa zamietol tvrdenie spoločnosti Irish Sugar, podľa ktorého sa Komisia dovolávala vylúčenia konkurenta ako dôkazu zneužívajúcej povahy udeľovania prihraničných zliav. Súd prvého stupňa, ktorý uviedol, že stanovisko Komisie také nebolo, najmä dodal, že „v rozsahu, v akom cieľom udeľovania prihraničných zliav bolo zaviazať si vernosťou kupujúcich vystavených ponukám konkurentov bez toho, aby z dopadu konkurencie na predajné ceny výrobkov žalobkyne mali úžitok všetci jej zákazníci, vylúčenie konkurenta v dôsledku takej praxe ilustruje *a fortiori* zneužívajúcu povahu konania v zmysle článku 86 Zmluvy“ [45].

84. V rámci odvolania smerovaného proti tomuto rozsudku sa spoločnosť Irish Sugar obmedzila na spochybňovanie posúdenia Súdu prvého stupňa týkajúceho sa existencie dominantného postavenia. Súdny dvor sa teda nemusel vyjadrovať k tvrdeniam Súdu prvého stupňa vzťahujúcim sa na zneužívajúce správanie podniku.

85. Aké informácie možno vyvodiť z týchto dvoch vecí?

86. Po prvé, ako som už uviedol, tieto veci patria do skupiny judikatúry, podľa ktorej selektívne zníženie cien zo strany dominantného podniku bolo považované za rozpor s článkom 82 ES bez toho, aby boli tieto ceny posudzované vo vzťahu k nákladom podniku a z ktorej vyplýva, že ceny neboli stanovené nižšie ako priemer celkových nákladov.

87. Po druhé, zatiaľ čo v už citovanej veci Akzo/Komisia Súdny dvor vyvodil zo selektívnych zliav zo sadzieb pre zákazníkov hlavného konkurenta spoločnosti Akzo existenciu úmyslu vylúčenia zo strany tejto spoločnosti, v už citovaných veciach Compagnie maritime belge transport a i./Komisia a Irish Sugar/Komisia súd Únie prijal odlišný prístup. Zastával totiž názor, že sporné cenové postupy predstavovali vykonávanie úmyslu vylúčenia konkurenta, ktorého reálnosť bola vyvodená nie zo selektívnej cenovej praxe ale z interných dokumentov dotknutých dominantných podnikov alebo z iných informácií v spise.

88. V tomto ohľade je potrebné uviesť, že skutočnosť, že v týchto dvoch posledných uvedených veciach nemali predmetné postupy zamýšľané účinky, čo znamená, že neviedli k vylúčeniu konkurenta, nebola považovaná za rozhodujúcu pre vylúčenie existencie zneužívania dominantného postavenia. Toto posúdenie okrem toho vykazuje osobitnú dôležitosť v rozsudku Súdu prvého stupňa v už citovanej veci Compagnie maritime belge transport a i., pretože z tohto rozsudku vyplýva, že podiely na trhu

43 — Tamže, bod 188.

44 — Tamže, bod 189.

45 — Tamže, bod 191.

hlavného alebo jediného konkurenta dominantného podniku sa v období, kedy boli prijaté sporné cenové postupy, zvýšili [46].

89. Zdá sa, že z tohto posúdenia vyplýva, že predmetné cenové postupy sú protisúťažné svojim účelom a nie svojim účinkom. Chápané mimo svojho kontextu však toto posúdenie tiež môže naraziť na úvahu, podľa ktorej dominantné podniky v zásade nie sú zbavené práva uplatňovať cenovú konkurenciu [47].

90. Vysvetlenie prístupu prijatého súdom Únie vo veciach, ktoré viedli k vydaniu už citovaných rozsudkov zo 16. marca 2000, Compagnie maritime belge transports a i./Komisia, a z 10. júla 2001, Irish Sugar/Komisia, by podľa môjho názoru mohlo spočívať v troch aspektoch skôr skutkového rázu, ktoré sú spoločné pre situácie, na základe ktorých boli vydané rozsudky Súdneho dvora a Súdu prvého stupňa.

91. Predovšetkým, ako som už poznamenal, v oboch už citovaných veciach bol úmysel vylúčenia na strane dominantného podniku vyvodený nie zo selektívnej cenovej praxe, ale z iných okolností. Preto boli selektívne cenové postupy považované len za realizáciu tohto úmyslu.

92. Následne je potrebné uviesť, že dotknuté dominantné podniky sa nachádzali v situácii hospodárskej sily blízkej monopolu, keďže ich príslušné podiely na dotknutých trhoch sa blížili k 90 %. Existovali teda veľké prekážky vstupu na trh z dôvodu existencie „superdominancie“, ktorú okrem iného pozorne vnímal generálny advokát Fennelly vo svojich návrhoch vo veciach, ktoré viedli k vydaniu už citovaného rozsudku Súdneho dvora zo 16. marca 2000, Compagnie maritime belge transport a i. [48]

93. Napokon, selektívne cenové postupy boli súčasťou súboru zneužívajúcich správaní v cenovej oblasti a/alebo necenovej oblasti, ktorých kumulatívny účinok mohol tiež zohrávať určitú rolu.

94. Tieto úvahy ma vedú k názoru, že už citované veci Irish Sugar/Komisia a Compagnie maritime belge transports a i. majú len okrajovú relevanciu, pokiaľ ide o odpoveď, ktorú by mal Súdny dvor poskytnúť vnútroštátnemu súdu, keď aj len z toho dôvodu, že v spore vo veci samej je nesporné, že sa nepodarilo preukázať žiaden úmysel vylúčenia ani dánskymi orgánmi ochrany hospodárskej súťaže ani dánskymi súdmi a že ani z informácií v spise nijako nevyplýva, že by sa spoločnosť Post Danmark nachádzala v situácii „superdominancie“. Okrem toho, pokiaľ ide konkrétnejšie o už citovanú vec Irish Sugar/Komisia, na ktorej Komisia založila časť svojich pripomienok na pojednávaní, je potrebné pripomenúť, že jednak išlo o situáciu, v ktorej sa dominantný podnik usiloval zachovať si svojich zákazníkov ponukou zliav svojim distribútorom vystaveným konkurencii ostatných výrobcov cukru a nie, ako je to v spore vo veci samej, prilákať zákazníkov svojho hlavného alebo jediného konkurenta, a jednak, že cieľom predmetných zliav bolo obmedziť vplyv cenovej politiky subjektov pôsobiacich hlavne na vnútroštátnom trhu v pohraničnej oblasti na cenovú politiku subjektov pôsobiacich na inom vnútroštátnom trhu, čo je postup, ktorý mohol byť a skutočne bol považovaný za postup predstavujúci prekážku uskutočňovania spoločného trhu [49].

95. Nazdávam sa, že judikatúru Súdneho dvora treba vykladať tak, že pokiaľ nie sú splnené pomerne výnimočné podmienky vecí, ktoré viedli k vydaniu už citovaných rozsudkov zo 16. marca 2000, Compagnie maritime belge transports a i./Komisia, a z 10. júla 2001, Irish Sugar/Komisia, najmä keď úmysel vylúčenia konkurenta alebo konkurentov nemožno u dominantného podniku vyvodiť z iných okolností ako sú selektívne cenové ponuky, selektívne zníženie ceny musí byť preskúmané v závislosti od nákladov dominantného podniku, podľa vzoru kritéria použitého v bodoch 114 a 115 už citovaného rozsudku Akzo/Komisia.

46 — V bode 126 tohto rozsudku Súd prvého stupňa uviedol tvrdenie žalobcov, podľa ktorého sa podiel spoločnosti C&G na trhu počas posudzovaného obdobia zvýšil z 2 na 25 %. Toto tvrdenie nebolo vo zvyšnej časti odôvodnenia rozsudku (v tomto ohľade pozri najmä bod 149 uvedeného rozsudku) vyvrátené.

47 — Pozri v tomto ohľade bod 57 týchto návrhov.

48 — Návrhy prednesené 29. októbra 1998 (bod 135 až 137). Nedávno tiež Súdny dvor definoval takú charakteristiku trhovej sily konferencie Cewal vo veci, ktoré viedla k vydaniu citovaného rozsudku Compagnie maritime belge transports a i./Komisia (pozri rozsudok TeliaSonera, už citovaný, bod 81).

49 — Pozri rozsudok Súdu prvého stupňa Irish Sugar/Komisia, už citovaný, bod 185.

96. Tento výklad umožňuje zabezpečiť koherentné chápanie judikatúry. Môže tiež poskytnúť väčšiu právnu istotu podnikom v dominantnom postavení, ktoré sa uchyľujú k selektívnemu znižovaniu cien. Okrem toho v rozsahu, v akom dominantný podnik pozná svoje vlastné náklady a sadzby a nie náklady a sadzby svojich konkurentov, zohľadnenie štruktúry nákladov konkurenta orgánmi ochrany hospodárskej súťaže a súdmi by mohlo naraziť na zásadu právnej istoty, pretože by dominantnému podniku neumožnilo posúdiť oprávnenosť jeho vlastného správania, okrem existencie osobitných okolností[50].

97. V tomto ohľade nezávisle od odvetvia, v ktorom pôsobí dominantný podnik, zastávam názor, že podnik, ktorý podľa toho, či oslovuje svojich obvyklých zákazníkov alebo zákazníkov svojho konkurenta, uplatňuje rôzne ceny, ktoré sú však vždy vyššie ako je priemer jeho celkových nákladov, v zásade nemôže, napriek selektívnej a diskriminujúcej povahe svojho cenového postupu, spôsobiť vylúčenie rovnako efektívneho konkurenta.

98. Posledný uvedený podnik bude totiž v podstate vždy schopný na takú cenovú konkurenciu reagovať, pretože predaje uskutočnené za také ceny pokrývajú priemer variabilných nákladov a fixných nákladov. Tieto predaje teda budú ziskové a v zásade nemožno rátať s tým, že tento konkurent by mohol byť vylúčený z trhu. Mohlo by to byť inak, ak by napriek všetkému boli ceny konkurenta vyššie ako priemer celkových nákladov dominantného podniku. V tomto prípade by však pravdepodobne išlo o konkurenta, ktorého efektívnosť by bola nižšia ako efektívnosť dominantného podniku. Jeho vylúčenie by teda predstavovalo len obvyklý výsledok konkurenčného boja v závislosti od zásluh, na ktorom, napriek osobitnej zodpovednosti, ktorá im prislúcha, musia mať možnosť podieľať sa aj dominantné podniky.

99. Treba pripustiť, že správanie dominantného podniku bude vždy možné považovať za odporujúce článku 82 druhému odseku písm. c) ES v tom, že by mohlo vyvolať konkurenčnú nevýhodu vo vzťahu k určitým zákazníkom dominantného podniku („secondary-line discrimination“). Napriek tomu by však v zásade nemalo vyvolávať vylúčenie konkurenta tohto podniku.

100. Prenesené do skutkových okolností sporu vo veci samej by posúdenie vysvetlené v bodoch 96 až 98 vyššie podľa môjho názoru malo viesť vnútroštátny súd k názoru, že ceny ponúkané spoločnosťou Post Danmark skupinám Spar a Superbest – dvom z troch klientov spoločnosti FK, ktorých situácie boli zmienené v návrhu na začatie prejudiciálneho konania, ako aj v pripomienkach osôb majúcich záujem na konaní – nemohli v zásade vyvolať vylúčenie spoločnosti FK, pretože je nesporné, ako som už uviedol, že tieto ceny boli vyššie ako priemer celkových nákladov spoločnosti Post Danmark. Okrem toho vnútroštátny súd neinformoval Súdny dvor o štruktúre nákladov spoločnosti FK.

101. Zostáva preskúmať, či taký dominantný podnik ako je spoločnosť Post Danmark, môže zneužívajúco vylúčiť svojho konkurenta, ak voči jeho dôležitému zákazníkovi uplatňuje selektívne zníženie cien, pokaľ sú tieto ceny vyššie ako priemer diferenčných nákladov dominantného podniku, ale nižšie ako priemer jeho celkových nákladov.

102. Predovšetkým si nemyslím, že samotná skutočnosť, že predmetné cenové ponuky boli dané len v prospech jedného zákazníka hlavného alebo jediného konkurenta, by mohla viesť k vylúčeniu konštatovania o zneužívaní dominantného postavenia. Uvedený zákazník totiž môže v skutočnosti predstavovať značný objem predajov a podiel na trhu, ako to napokon vyzerá byť prípad skupiny Coop v spore vo veci samej.

103. Ďalej by sa žiadalo analogicky rozšíriť odôvodnenie prijaté Súdnym dvorom v bodoch 113 až 115 už citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia, ako to napokon na pojednávaní navrhla Komisia.

50 — Pozri v tomto zmysle rozsudok TeliaSonera, už citovaný, body 44 a 45.

104. Z tohto prístupu by vyplývalo, že skutočnosť, že dominantný podnik ponúka zákazníkovi svojho konkurenta ceny nižšie ako je priemer jeho celkových nákladov, pričom voči svojim obvyklým zákazníkom uplatňuje ceny vyššie ako tento priemer, by mu umožnila prinajmenšom čiastočne vyrovnať „straty“ vyplývajúce z predajov zákazníkovi konkurenta ziskami vytvorenými z predajov jeho obvyklým zákazníkom, čo je správanie, ktoré by bez hospodárskeho zdôvodnenia predstavovalo prax vylučovania.

105. V spore vo veci samej by toto smerovanie s najväčšou pravdepodobnosťou viedlo vnútroštátny súd ku konštatovaniu zneužívania dominantného postavenia spoločnosťou Post Danmark na vnútroštátnom trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok, keďže bez toho, aby to uvedený súd vyvrátil vo svojom návrhu na začatie prejudiciálneho konania, dánske orgány ochrany hospodárskej súťaže konštatovali, že spoločnosť Post Danmark nepreukázala, že by selektívna ponuka daná skupine Coop, jednému z hlavných zákazníkov spoločnosti FK, bola odôvodnená úsporami z rozsahu.

106. Bez toho, aby to nevyhnutne ovplyvnilo konštatovanie zneužívania dominantného postavenia spoločnosťou Post Danmark, sa však zdráham navrhnúť prijatie línie argumentácie presne vychádzajúcej z argumentácie bodov 113 až 115 už citovaného rozsudku vo veci Akzo/Komisia, ako na pojednávaní navrhla najmä Komisia.

107. Zdá sa mi totiž, že taká línia argumentácie prinajmenšom nadmieru zjednodušuje otázku selektívnych cenových ponúk poskytnutých dominantným podnikom pôsobiacim súčasne na trhu, sčasti vyhradenom, na ktorom je poverený úlohou univerzálnej služby, a na trhu úplne otvorenom hospodárskej súťaži, na ktorom povinnosti univerzálnej služby nezaťažujú žiadneho prevádzkovateľa.

108. Po prvé skutočnosť, že predajné ceny ponúkané hlavnému zákazníkovi konkurenta sú vyššie ako priemer diferenčných nákladov dominantného podniku, by podľa môjho názoru nemala byť považovaná za situáciu, v ktorej predaje spôsobujú „straty“, ale skôr by mala byť charakterizovaná ako predaje, ktoré nemaximalizujú výnosy uvedeného podniku. Také predaje totiž zostávajú v zásade ziskovými, pretože výnosy, ktoré sú z nich čerpané pokrývajú náklady vynakladané na prevádzkovanie osobitnej činnosti rozvíjanej na konkurenčnom trhu, konkrétne v danom prípade činnosti distribúcie neadresovaných poštových zásielok.

109. Schopnosť dominantného podniku uplatňovať takú cenovú úroveň teda podľa môjho názoru nezávisí od kompenzácie medzi cenou predajov uskutočnených na trhu otvorenom hospodárskej súťaži jeho obvyklým zákazníkom, voči ktorým maximalizuje svoje výnosy, a cenou predajov na tom istom trhu hlavnému zákazníkovi jeho konkurenta, u ktorého výnosy nemaximalizuje. Na udržanie úrovne ceny ponúkanej zákazníkovi jeho konkurenta sa totiž dominantný podnik v zásade nemusí uchyľovať k takej kompenzácii.

110. Koniec koncov, na trhu, na ktorom obvyklých zákazníkov dominantného podniku, ktorí sú obeťami rozdielneho cenového zaobchádzania, nezväzuje žiadne iné obmedzenie, sú títo v zásade bez problému schopní nájsť konkurenta, ktorý im môže ponúknuť rovnocenné služby za nižšiu cenu ako je cena uplatňovaná dominantným podnikom [51].

111. Naopak, a po druhé, keďže diferenčné náklady nezohľadňujú, alebo zohľadňujú nedostatočne, fixné náklady spoločné činnostiam vykonávaným na dvoch trhoch, na ktorých pôsobí dominantný podnik, konkrétne fixné náklady vzťahujúce sa na udržiavanie kapacít distribučnej siete dominantného podniku používanej, ako v spore vo veci samej, tak na jeho činnosť, sčasti vyhradenú, ktorú vykonáva

51 — V tomto prípade spoločnosť Post Danmark na pojednávaní najmä zdôraznila, že predčasné vypovedanie zmluvy na distribúciu neadresovaných poštových zásielok jedným z jej zákazníkov nemalo za následok žiadnu sankciu a bolo podmienené iba uplynutím výpovednej lehoty v trvaní jedného mesiaca. Táto situácia sa teda podľa nej jasne odlišuje od situácie vo veci, ktorá viedla k vydaniu už citovaného rozsudku Compagnie maritime belge transports a i. (bod 117), v ktorej Súdny dvor osobitne trval na tom, že dominantný podnik ponúkal nízke ceny klientom svojho konkurenta, zatiaľ čo mohol naďalej požadovať od používateľov vyššie ceny za služby, ktoré neboli ohrozené touto konkurenciou.

na plnenie povinností univerzálnej služby, ako aj na jeho činnosť distribúcie neadresovaných poštových zásielok, tento podnik by mohol, dokonca aj pri uplatňovaní ceny vyššej ako je priemer jeho diferenčných nákladov, nechať zákazníkov sčasti vyhradenej činnosti vykonávanej na trhu, na ktorom má úlohu univerzálnej služby, znášať náklady na kapacity distribučnej siete mobilizovanej dominantným podnikom na jeho činnosť distribúcie neadresovaných poštových zásielok.

112. Inými slovami, je dosť dobre možné, že ak sa ako kritérium vezme priemer diferenčných nákladov, dominantný podnik bude môcť uplatňovať cenu len o málo vyššiu ako tento priemer – čím sa vyhne tomu, že táto cena bude považovaná automaticky za predátorskú – pričom všetky alebo časť spoločných fixných nákladov bude financovať z čiastočne vyhradenej činnosti na trhu, na ktorom je poverený úlohou univerzálnej služby, na základe čoho táto činnosť dotuje cenu ponúkanú na trhu otvorenom hospodárskej súťaži. Tento postup, či už by bol selektívny alebo nie, by napokon mohol viesť k vylúčeniu konkurentov z liberalizovaného trhu, konkrétne v spore vo veci samej tých, ktorí pôsobia na dánskom trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok a ktorí prirodzene neťažia z rovnakého mechanizmu krížových dotácií[52].

113. Domnievam sa teda, že skutočnosť, že taký dominantný podnik ako je Post Danmark uplatňuje selektívnu cenu, ktorá je vyššia ako priemer jeho diferenčných nákladov nevylučuje, na rozdiel od toho, čo vo svojich pripomienkach pred Súdnym dvorom v zásade uvádzala spoločnosť Post Danmark a česká vláda, aby taká úroveň ceny mohla predstavovať riziko vylúčenia konkurenta tohto podniku, pokiaľ táto cena môže byť dotovaná výnosmi čerpanými z čiastočne vyhradenej činnosti dominantného podniku na trhu, na ktorom pôsobí pri plnení povinností univerzálnej služby.

114. V tomto ohľade sa nazdávam, že na overenie toho, či ide o ten prípad, by bolo potrebné identifikovať izolovaný výrobný náklad („stand-alone cost“)[53] služieb poskytnutých dominantným podnikom na trhu, na ktorom plní povinnosti univerzálnej služby a preskúmať, či výnosy vytvorené týmito službami prekračujú taký náklad. V prípade kladnej odpovede by pravdepodobne bolo potrebné konštatovať krížovú dotáciu v prospech predajov uskutočňovaných na trhu otvorenom hospodárskej súťaži, pre ktoré je uplatňovaná cena nižšia ako priemer celkových nákladov. Vzhľadom na osobitnú zodpovednosť podniku v dominantnom postavení vo vzťahu k zachovaniu konkurenčnej štruktúry trhu by využitie takých krížových dotácií po určitom čase vyvolalo reálne riziko vylúčenia konkurenta a podľa môjho názoru by teda oprávňovalo preventívny zásah orgánov ochrany hospodárskej súťaže.

115. V závislosti od doby trvania, počas ktorej by bola táto prax uplatňovaná, by bolo možné také riziko vyvodiť najmä zo straty podielov konkurenta na trhu.

116. V spore vo veci samej sa však zdá, ako som uviedol v bode 14 týchto návrhov, že dánske orgány ochrany hospodárskej súťaže nedokázali konštatovať prítomnosť nezákonných krížových dotácií v prospech činností distribúcie neadresovaných poštových zásielok vykonávanej spoločnosťou Post Danmark. Vnútroštátny súd by sa o tom však mal uistiť.

117. V tejto fáze je ešte možné položiť si otázku o primeranej povahe takej cenovej ponuky, ako je cenová ponuka spoločnosti Post Danmark predložená jednému z hlavných zákazníkov svojho jediného alebo hlavného konkurenta na trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok. Na túto otázku možno pozerať z dvoch uhlov pohľadu.

52 — Pozri vo všeobecnosti okrem iných 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*, c.d., s. 11.

53 — Pozri v tomto ohľade najmä práce autora FAULHABER, G. R.: „Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises“, *American Economic Review*, 1975, č. 5, s. 966, a „Cross-Subsidy Analysis with more than two services“, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, č. 3, s. 441, ktorý poskytuje nasledovnú definíciu: „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“. Pozri tiež THOUVENIN, V., c. d., s. 11.

118. Na jednej strane by bolo možné pýtať sa, či vzhľadom na osobitnú zodpovednosť dominantného podniku na trhu neprináležalo tomuto podniku zdržať sa selektívneho poskytnutia ceny vyššej ako jeho priemerné diferenčné náklady, pričom by uplatnil nediskriminačnú cenovú politiku voči svojim obvyklým zákazníkom. Na druhej strane je prípustné pýtať sa na dôvody, ktoré môžu viesť dominantný podnik, ako je napríklad spoločnosť Post Danmark, k pozmeňovaniu svojich cenových ponúk voči jednotlivým zákazníkom svojho konkurenta.

119. Pokiaľ ide o prvý aspekt, zastávam názor, že treba pripustiť, že zaviazať dominantný podnik na to, aby priznal rovnaké zaobchádzanie z hľadiska ceny svojim obvyklým zákazníkom a zákazníkom svojho konkurenta, to znamená, v spore vo veci samej, aby poskytol jednotnú cenu nachádzajúcu sa nad priemernými diferenčnými nákladmi, by síce mohlo zabrániť uplatňovaniu diskriminácie nazývanej „sekundárna“ („secondary-line discrimination“) fungujúcej medzi obchodnými partnermi uvedeného podniku, ale nemalo by pozitívny vplyv na prípadný vylučovací účinok tohto správania vo vzťahu ku konkurentovi tohto podniku. Aj keď treba pripustiť, že je možné, že jednotná cenová prax by nemohla byť udržiavaná počas tak dlhého obdobia ako v kontexte selektívnej cenovej praxe, naopak, úroveň cien uplatňovaných dominantným podnikom voči dotknutému zákazníkovi konkurenta zostáva nezmenená nezávisle od skutočnosti, či je táto cena ponúkaná selektívnym spôsobom alebo v kontexte jednotnej sadzby.

120. Pokiaľ ide o druhý aspekt a pokiaľ sú zákazníci konkurenta, ktorým boli poskytnuté rôzne cenové ponuky považovaní za nachádzajúcich sa v porovnateľných situáciách, sotva dokážem pochopiť dôvody, pre ktoré taký dominantný podnik ako je spoločnosť Post Danmark, presne prispôsobuje svoje ponuky takým spôsobom, že dve z nich (konkrétne ponuky dané skupinám Spar a Superbest) pokrývajú priemerné celkové náklady vynaložené týmto podnikom, zatiaľ čo iné (to znamená ponuky poskytnuté skupine Coop) ich nepokrývajú, aj keď v prvom prípade dané ponuky, ktoré ako som už uviedol, neobsahujú žiadne riziko vyvolania vylúčenia konkurenta, sú stále nižšie ako ceny uplatňované uvedeným konkurentom. Teda dokonca aj cenová ponuka nachádzajúca sa na úrovni ponuky, ktorá bola poskytnutá skupinám Spar a Superbest, by mohla byť dostatočne príťažlivá pre zákazníka ako je skupina Coop, lebo ako sa zdá, zostala by pod úrovňou cien ponúkaných spoločnosťou FK, bez toho však, aby so sebou prinášala prípadné účinky vylúčenia konkurenta uvedené vyššie. Existencia týchto účinkov vylúčenia však bude závisieť predovšetkým od možnosti dominantného podniku dotovať ceny uplatňované v prospech skupiny Coop svojimi čiastočne vyhradenými činnosťami v odvetí, v ktorom je poverený úlohami univerzálnej služby.

121. Na záver uvádzam, že prístup, ktorý obhajujem a ktorý spočíva v uprednostňovaní preskúmania prinajmenšom potenciálneho účinku vylúčenia skôr ako úmyslu vylúčenia, ako to bolo v už citovanom rozsudku vo veci Akzo/Komisia, sa mi tiež zdá byť primeranejší vzhľadom na okolnosti sporu vo veci samej. Na rozdiel od situácie, z ktorej vychádzal rozsudok v už citovanej veci Akzo/Komisia, totiž vnútroštátny súd nečelí súboru zneužívajúcich správaní zo strany toho istého podniku, z ktorých viaceré správania by mali jasne za cieľ vylúčenie jeho konkurenta, čo by podľa môjho názoru mohlo vysvetľovať, že Súdny dvor sa mohol, pri preskúmavaní selektívneho cenového postupu spoločnosti Akzo obmedziť na to, že z neho vyvodil úmysel tohto podniku škodiť jeho konkurentovi.

122. Prijatie prístupu založeného na úmysle vylúčenia a nie na vylučovacích účinkoch by malo za následok ten záver, že každá selektívna cenová prax predstavuje zneužívajúce vylúčenie vtedy, keď sú ceny uplatňované dominantným podnikom nižšie ako priemer jeho celkových nákladov, ibaže by bola takáto prax ekonomicky odôvodnená. Ako som však práve uviedol v predošlej analýze, taký predpoklad sa mi nezdá byť odôvodnený z hospodárskeho a právneho hľadiska, ani vhodný. V tomto ohľade ho nemožno automaticky vyvodiť z rozdielu v cenovom zaobchádzaní medzi obvyklými zákazníkmi dominantného podniku a zákazníkom alebo zákazníkmi konkurenta tohto podniku.

123. Zo všetkých týchto dôvodov som názoru, že článok 82 ES treba vykladať v tom zmysle, že zneužívaním dominantného postavenia je správanie dominantného podniku, ktorým poskytuje selektívne zníženie ceny určené na vyššej úrovni, ako sú priemerné diferenčné náklady ale na nižšej úrovni ako priemerné celkové náklady tohto podniku, hlavnému zákazníkovi svojho hlavného alebo

jediného konkurenta na vnútroštátnom trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok plne otvorenom hospodárskej súťaži, pokiaľ selektívna cenová ponuka môže byť dotovaná výnosmi získanými z čiastočne vyhradenej činnosti dominantného podniku na trhu poštových služieb, na ktorom pôsobí pri plnení povinností univerzálnej služby, ktorého účinkom je spôsobenie vylúčenia uvedeného konkurenta. V tomto ohľade je na účely zistenia existencie nezákonnej krížovej dotácie v prospech činností distribúcie neadresovaných poštových zásielok dominantného podniku potrebné preskúmať, či výnosy zo služieb poskytovaných týmto podnikom na trhu poštových služieb, na ktorom plní povinnosti univerzálnej služby, prevyšujú izolované náklady na poskytovanie týchto služieb. Je úlohou vnútroštátneho súdu overiť, či je to tak v spore vo veci samej.

III – Návrh

124. Vzhľadom na predchádzajúce úvahy navrhujem, aby Súdny dvor na prejudiciálne otázky, ktoré položil Højesteret, odpovedal takto:

Článok 82 ES treba vykladať v tom zmysle, že zneužívaním dominantného postavenia je správanie dominantného podniku, ktorým poskytuje selektívne zníženie ceny určené na vyššej úrovni, ako sú priemerné diferenčné náklady ale na nižšej úrovni ako priemerné celkové náklady tohto podniku, hlavnému zákazníkovi svojho hlavného alebo jediného konkurenta na vnútroštátnom trhu distribúcie neadresovaných poštových zásielok plne otvorenom hospodárskej súťaži, pokiaľ selektívna cenová ponuka môže byť dotovaná výnosmi získanými z čiastočne vyhradenej činnosti dominantného podniku na trhu poštových služieb, na ktorom pôsobí pri plnení povinností univerzálnej služby, ktorého účinkom je spôsobenie vylúčenia uvedeného konkurenta. V tomto ohľade je na účely zistenia existencie nezákonnej krížovej dotácie v prospech činností distribúcie neadresovaných poštových zásielok dominantného podniku potrebné preskúmať, či výnosy prinášané službami poskytovanými týmto podnikom na trhu poštových služieb, na ktorom plní povinnosti univerzálnej služby prevyšujú izolované náklady na poskytovanie týchto služieb. Je úlohou vnútroštátneho súdu posúdiť, či sú tieto podmienky splnené v spore vo veci samej.