Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
PAOLA MENGOZZIJA,
predstavljeni 24. maja 2011 [1]

Zadeva C-209/10

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

ki ga je vložilo Højesteret (Danska))

„Člen 102 PDEU — Danski trg direktne pošte — Zloraba prevladujočega položaja — Selektivno znižanje cen razpošiljanja nenaslovljene pošte — Cene, nižje od povprečnih celotnih stroškov — Cene, višje od povprečnih dodatnih stroškov — Izrinjenje konkurenta — Namen — Učinek — Uporaba diskriminacijskih cen — Plenilske cene“

I – Uvod

1. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Højesteret (Danska), se nanaša na razlago člena 82 ES (ki ustreza zdajšnjemu členu 102 PDEU).

2. Predložitveno sodišče želi predvsem izvedeti, ali je poštno podjetje, v tem primeru Post Danmark A/S (v nadaljevanju: Post Danmark), zlorabilo prevladujoč položaj na danskem trgu razpošiljanja nenaslovljene pošte (direktna pošta) [2], ker je pri sklenitvi pogodb s tremi velikimi strankami svojega glavnega konkurenta, to je družbe Forbruger-Kontack (v nadaljevanju: FK), uporabilo selektivno nizke cene, čeprav naj bi bilo ugotovljeno, da te cene niso bile določene z namenom izločitve družbe FK.

3. Če to ne bi zadostovalo za ugotovitev zlorabe v obliki izrinjenja na podlagi cen, predložitveno sodišče v bistvu prosi Sodišče, naj navede dodatne upoštevne elemente, ki bi jih nacionalno sodišče moralo upoštevati.

4. Pred preučitvijo teh vprašanj, katerih rešitev ni lahka, je treba opozoriti na bistvene okoliščine spora o glavni stvari, ki so bile povod za ta predlog za sprejetje predhodne odločbe.

5. Post Danmark in FK sta vodilni družbi na danskem trgu direktne pošte. Ta trg je popolnoma liberaliziran in zanj ne velja danska zakonodaja o poštnih storitvah, s katero naj bi bila prenesena Direktiva 97/67/ES o skupnih pravilih za razvoj notranjega trga poštnih storitev v Skupnosti in za izboljšanje kakovosti storitve [3].

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — Glede na predložitveno odločbo „direktna pošta“ pomeni razpošiljanje zlasti prospektov, telefonskih imenikov, reklamnih brošur ter lokalnih in regionalnih časopisov.

3 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. decembra 1997 (UL 1998, L 15, str. 14). Navesti je treba, da je bila po dejanskem stanju spora o glavni stvari ta direktiva bistveno spremenjena z Direktivo 2008/6/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. februarja 2008 o spremembi Direktive 97/67 (UL L 52, str. 3). Za Kraljevino Dansko je bil rok za prenos teh sprememb v notranjo zakonodajo 31. december 2010 v skladu s členom 2 Direktive 2008/6.

6. Vendar pa je imela družba Post Danmark glede na predložitveno odločbo v času dejanskega stanja spora o glavni stvari, to je od leta 2003 do leta 2004, monopol nad razpošiljanjem naslovljenih pisem in paketov, ki niso presegali določene teže, ki je bil povezan z obveznostjo univerzalne storitve razpošiljanja naslovljene pošte pod določeno težo.[4] To podjetje je tako imelo distribucijsko omrežje, ki je pokrivalo celotno dansko ozemlje in se je uporabljalo tudi za liberalizirano dejavnost direktne pošte.

7. Glavna dejavnost družbe FK, ki je hčerinska družba danske časopisne skupine, je direktna pošta. V času dejanskega stanja v zadevi v glavni stvari je to podjetje predvsem s prevzemom manjših akterjev na danskem trgu direktne pošte ustvarilo distribucijsko omrežje, ki je pokrivalo skoraj celotno dansko ozemlje.

8. Do leta 2004 so bile glavne stranke družbe FK tri skupine velikih trgovcev na drobno, in sicer SuperBest, Spar in Coop.

9. Konec leta 2003 je družba Post Danmark s temi tremi skupinami sklenila pogodbe in v začetku leta 2004 prevzela njihove pošiljke direktne pošte.

10. Iz predložitvene odločbe izhaja, da je pogodba, ki je bila sklenjena s skupino Coop po pogajanjih tako z družbo Post Danmark kot z družbo FK, glede na letno količino pomenila več kot trikratno količino razpošiljanja direktne pošte glavne stranke družbe Post Danmark. Skupina Coop je pošiljala pet pošiljk na gospodinjstvo, medtem ko nobena od predhodnih strank družbe Post Danmark ni pošiljala več kot ene pošiljke na gospodinjstvo, in to je bila prva pogodba družbe Post Danmark, s katero je bilo predvideno razpošiljanje direktne pošte ob petkih in sobotah. Kar zadeva cene, je bila ponudba družbe Post Danmark za skupino Coop nižja od cen, ki jih je ponujala drugim strankam. Ta skupina naj bi dobila tudi večji popust kot druge stranke družbe Post Danmark glede na uradne cenike.

11. Poleg tega predložitveno sodišče poudarja, da so se stroški družbe Post Danmark za razpošiljanje direktne pošte od leta 2003 do leta 2004 znižali za 0,13 DKK na pošiljko in da družba Post Danmark s ceno, ki jo je ponudila skupini Coop, ne more kriti povprečnih celotnih stroškov, ampak lahko krije samo povprečne dodatne stroške.

12. Konkurrencerådet (urad za konkurenco) je po pritožbi družbe FK, s katero je družbi Post Danmark očitala, da je uporabila plenilske cene ter diskriminacijske cene in popuste za pridobivanje zvestobe strank ter navzkrižno subvencioniranje, z odločbo z dne 29. septembra 2004 ugotovil, da je družba Post Danmark kršila zlasti člen 82 ES, s tem ko je od leta 2003 do leta 2004 izvajala diskriminacijo prvega reda („primary-line discrimination“) na podlagi različnih cen za stranke svojega konkurenta in za svoje stranke.

13. Ta organ je menil tudi, da je družba Post Danmark zlorabila prevladujoč položaj z izvajanjem diskriminacije prvega reda v obliki ciljnih popustov za stranke družbe FK. Konkurrencerådet je prav tako menil, da je družba Post Danmark izvajala diskriminacijo drugega reda („secondary-line discrimination“) na podlagi cen, ker je poslovne partnerje v primerljivem položaju obravnavala različno.

14. Po drugi strani je Konkurrencerådet v zvezi z uporabo plenilskih cen poudaril, da je to vprašanje zapleteno in da zahteva bolj poglobljeno analizo, tako da ga bi bilo treba presoditi v okviru poznejše odločitve tega organa. Nazadnje je v zvezi z domnevnimi navzkrižnimi subvencijami navedel, da na podlagi dokazov v spisu ni mogoče ugotoviti prenosa sredstev z drugih področij dejavnosti družbe Post Danmark.

15. Konkurrencerådet je z odločbo z dne 24. novembra 2004 ugotovil, da ni mogoče dokazati, da je družba Post Danmark namenoma poskušala izločiti konkurenco. Zato ta družba ni zlorabila prevladujočega položaja na danskem trgu direktne pošte z uveljavljanjem plenilskih cen.

4 — Poudariti je treba, da člen 7 Direktive 2008/6 določa, da države članice ne podelijo izključnih ali posebnih pravic za vzpostavitev in zagotavljanje poštnih storitev. Financiranje univerzalne storitve je treba zato zagotoviti z drugimi sredstvi, naštetimi v navedenem členu, ali s katerim koli drugim sredstvom, skladnim s Pogodbo ES.

16. Konkurrenceankenævnet (pritožbeni odbor za konkurenco) je z odločbo z dne 1. julija 2005 potrdil odločbi Konkurrencerådet z dne 29. septembra in 24. novembra 2004.

17. Ta odločba je postala pravnomočna, kar zadeva ugotovitev diskriminacije drugega reda na podlagi cen, ki je v nasprotju s členom 82 ES, in neobstoj dokaza, da je družba Post Danmark uporabljala plenilske cene.

18. Vendar je družba Post Danmark pri Østre Landsret (vzhodno regionalno sodišče) vložila pritožbo zoper odločbo z dne 1. julija 2005, ker je bila z njo potrjena odločba Konkurrencerådet z dne 29. septembra 2004 v zvezi z zlorabo prevladujočega položaja v obliki selektivno nizkih cen, ponujenih skupinam SuperBest, Spar in Coop (diskriminacija prvega reda).

19. Østre Landsret je 21. decembra 2007 potrdilo odločbe danskih organov za konkurenco v delih, v katerih je bilo ugotovljeno, da je družba Post Danmark zlorabila prevladujoč položaj na danskem trgu direktne pošte, s tem ko je v letih 2003 in 2004 izvajala drugačno cenovno politiko za nekdanje stranke družbe FK v primerjavi s politiko, ki jo je izvajala za svoje obstoječe stranke, ne da bi lahko te razlike upravičila na podlagi stroškov. To sodišče je med drugim poudarilo, da je družba Post Danmark tako ravnala na trgu, na katerem je imela zaradi svojega tržnega deleža in edinstvenih strukturnih prednosti poseben položaj in na katerem je bil njen edini pravi konkurent, to je družba FK, še posebej ranljiv ob izgubi pomembnih strank.

20. Družba Post Danmark se je zoper to sodbo pritožila pri Højesteret in ob tem zlasti trdila, da je namen izločitve konkurence nujen, da bi lahko uporaba selektivno nizkih cen, ki ne pokrivajo povprečnih celotnih stroškov, pomenila kršitev člena 82 ES.

21. V teh okoliščinah je Højesteret prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali je člen 82 ES treba razlagati tako, da selektivno znižanje cen prevladujočega poštnega podjetja, ki ima splošno obveznost razpošiljanja, na raven, nižjo od celotnih povprečnih stroškov, vendar višjo od povprečja dodatnih stroškov ponudnika, lahko pomeni izključevalno zlorabo, če se ugotovi, da cene na to raven niso postavljene zato, da se izključi konkurent?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje, da selektivno znižanje cen v okoliščinah, opisanih v prvem vprašanju, v nekaterih okoliščinah lahko pomeni izključevalno zlorabo, katere okoliščine mora upoštevati nacionalno sodišče?“

22. V skladu s členom 23 Statuta Sodišča Evropske unije so pisna stališča predložile družbi Post Danmark in FK, danska, italijanska in češka vlada ter Evropska komisija. Te stranke in Nadzorni organ EFTE so bili tudi zaslišani na obravnavi 1. marca 2011.

II – Analiza

A – *Uvodne ugotovitve*

23. Glede na poskuse družbe Post Danmark, zlasti na obravnavi, da bi se pred Sodiščem znova razpravljalo o nekaterih presojah, ki jih je opravilo predložitveno sodišče, se mi zdi pomembno opozoriti, da v okviru postopka iz člena 234 ES, ki temelji na jasni ločitvi vlog med nacionalnimi sodišči in Sodiščem, presoja zadevnih dejstev spada v pristojnost nacionalnega sodišča.[5]

5 — Glej zlasti sodbi z dne 14. februarja 2008 v zadevi Varec (C-450/06, ZOdl., str. I-581, točka 23) in z dne 1. julija 2008 v zadevi MOTOE (C-49/07, ZOdl., str. I-4863, točka 30).

24. V zadevi v glavni stvari najprej ni sporno, da je upoštevni trg danski trg direktne pošte. V nasprotju s trditvami družbe Post Danmark v stališčih pred Sodiščem iz listin v spisu v postopku v glavni stvari ne izhaja, da so, prvič, danski organi za konkurenco ali, drugič, nacionalna sodišča, vključno s predložitvenim sodiščem, ugotovili, da je ta trg razdeljen na dva segmenta, in sicer na eni strani na segment pošiljk med tednom in na drugi strani na segment „nedeljskih“ pošiljk ali, splošneje, pošiljk ob koncu tedna.

25. Zato se po mojem mnenju ni treba zadržati pri navedbah družbe Post Danmark, da se je sporna cenovna politika izvajala z (edinim ali glavnim) namenom razširitve ponudbe direktne pošte na segment pošiljk ob koncu tedna, v katerem naj bi do tedaj prevladovala družba FK.

26. Dalje, prav tako ni sporno, da ima družba Post Danmark na trgu, kot so ga opredelili nacionalni organi in sodišča, „prevladujoč položaj“ v smislu člena 82 ES. Poleg tega predlog za sprejetje predhodne odločbe temelji izrecno na tej predpostavki.

27. Glede na ta predlog naj bi bila prevlada družbe Post Danmark razvidna iz celovite analize položaja, ki ga ima to podjetje na trgu. Ta analiza je temeljila predvsem na tržnem deležu družbe Post Danmark glede na vrednost, ki znaša 50 %[6], in na posebnem položaju te družbe, izhajajočem iz njenega distribucijskega omrežja, ki pokriva celotno nacionalno ozemlje in ki ga lahko zaradi svojih obveznosti univerzalne storitve razpošiljanja poštnih pošiljk ohrani, ne da bi opravljala dejavnost direktne pošte.

28. Čeprav iz elementov v spisu v postopku v glavni stvari ni razvidno, da bi bila relativni pomen teh tržnih deležev glede na tržne deleže družbe FK[7] in morebitna kupna moč nekaterih strank preučena, vseeno ostaja dejstvo, da Sodišče v okviru razdelitve pristojnosti med nacionalnimi sodišči in Sodiščem kljub pozivu družbe Post Danmark v njenih stališčih ni pristojno za vnovično preučitev enega ali več vidikov analize, na podlagi katerih so danski organi in sodišča ugotovili, da ima to podjetje dejansko tak prevladujoč položaj na nacionalnem trgu direktne pošte.

29. Nazadnje je treba natančno opredeliti predmet vprašanj za predhodno odločanje, ki sta predloženi Sodišču.

30. V zvezi s tem je treba pojasniti, da Sodišču ni postavljeno vprašanje o zlorabi prevladujočega položaja v smislu člena 82 ES v obliki plenilske cenovne politike.

31. Kot je namreč razvidno iz spisa v zadevi v glavni stvari, danski organi za konkurenco niso mogli ugotoviti obstoja načrta, katerega cilj bi bila izločitev konkurenta v smislu točke 72 sodbe Akzo proti Komisiji[8], te presoje pa družba FK ni izpodbijala pred nacionalnimi sodišči.

32. Za ugotovitev obstoja uporabe plenilskih cen v smislu točk od 70 do 72 zgoraj navedene sodbe Akzo proti Komisiji bi bilo nujno treba dokazati, da je družba Post Danmark izvajala tako strategijo, kajti, kot poudarja predložitveno sodišče, so bile vsaj cene, ki jih je družba Post Danmark ponudila skupini Coop, eni od treh strank družbe FK, višje od povprečja dodatnih stroškov prevladujočega podjetja, vendar nižje od njegovih povprečnih celotnih stroškov.[9]

6 — Natančneje iz preglednice, ki so jo uporabili danski organi za konkurenco in je povzeta v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, izhaja, da se je tržni delež družbe Post Danmark glede na vrednost s 47 % leta 2001 in 2002 prek 44 % leta 2003 povečal na 55 % leta 2004.

7 — Glede na podatke iz predloga za sprejetje predhodne odločbe so bili tržni deleži družbe FK od 15 do 25 % leta 2001, od 23 do 35 % leta 2002, od 35 do 45 % leta 2003 in od 25 do 35 % leta 2004.

8 — Sodba z dne 3. julija 1991 (C-62/86, Recueil, str. I-3359). Glede na to točko sodbe je treba cene, nižje od povprečja celotnih stroškov, ki vključujejo fiksne in variabilne stroške, a višje od povprečja variabilnih stroškov (ki se spreminjajo glede na proizvedene količine), šteti za zlorabo, kadar so določene v okviru načrta, katerega cilj je izločiti konkurenta. Ta pristop je bil med drugim potrjen v sodbah z dne 14. novembra 1996 v zadevi Tetra Pak proti Komisiji (C-333/94 P, Recueil, str. I-5951, točka 41) in z dne 2. aprila 2009 v zadevi France Télécom proti Komisiji (C-202/07 P, ZOdl., str. I-2369, točka 109).

9 — Če bi bile ponujene cene nižje od povprečja dodatnih stroškov, dokaza o obstoju strategije za izrinjenje glede na sklepanje Sodišča iz točk od 70 do 72 zgoraj navedene sodbe Akzo proti Komisiji ne bi bilo treba predložiti, ker bi se te cene same po sebi štele za plenilske.

33. Zdi se, da je na podlagi elementov v spisu sklicevanje na dodatne stroške družbe Post Danmark v predlogu, ki ga je poslalo predložitveno sodišče, kot na stroške, ki jih je treba upoštevati v zadevi v glavni stvari, in ne na variabilne stroške kot v zgoraj navedeni sodbi Akzo proti Komisiji, mogoče pojasniti z dejstvom, da v istem podjetju sočasno obstajajo na eni strani rezervirane in nerezervirane dejavnosti, za izvajanje katerih v obeh primerih veljajo obveznosti univerzalne storitve, in na drugi strani popolnoma komercialne dejavnosti, ki se razvijajo na liberaliziranem trgu direktne pošte.

34. Primerjava cen z variabilnimi stroški, ki jih ima prevladujoče podjetje, zadolženo za izvajanje naloge splošnega gospodarskega pomena (javna služba ali univerzalna storitev), se namreč izkaže za neustrezno. Po eni strani bi bile lahko pri taki primerjavi izgube previsoko ocenjene, kajti naloga splošnega gospodarskega pomena, za katero je zadolženo podjetje, povzroči pri delu njegove dejavnosti, ki poteka na trgu, odprtem za konkurenco, večje stroške, kot jih imajo njegovi konkurenti. Po drugi strani bi bili samo z upoštevanjem variabilnih stroškov prevladujočega podjetja lahko njegovi stroški ocenjeni prenizko, če to podjetje deluje z visokimi fiksnimi stroški (na primer s stroški v zvezi z uporabo njegovega omrežja) in nizkimi variabilnimi stroški. [10]

35. V teh okoliščinah se zdi ustrezno upoštevati drugo merilo stroškov, to je dodatne stroške, v katerih so upoštevani fiksni in variabilni stroški posebne dejavnosti, ki se izvaja na trgu, odprtem za konkurenco.

36. Kot je navedlo predložitveno sodišče, uporaba merila dodatnih stroškov v zadevi v glavni stvari izhaja iz Odločbe Komisije z dne 20. marca 2001 v zvezi s postopkom na podlagi člena 82 ES o praksi oblikovanja cen družbe Deutsche Post na trgu storitev pošiljanja paketov za prodajo po pošti v Nemčiji [11], ki se nanaša na razmeroma podobne okoliščine. [12]

37. V tej odločbi, v kateri je Komisija zlasti menila, da je družba Deutsche Post zlorabila prevladujoč položaj, s tem ko je ponudila zagotavljanje zadevnih storitev po cenah, ki so bile nižje od njenih dodatnih stroškov, torej po plenilskih cenah, je ta institucija navedene stroške opredelila kot stroške, ki izhajajo izključno iz opravljanja posebne storitve, ki so odvisni od obdelane količine in ki bi izginili, če bi bila ta storitev ukinjena, kar pomeni, da skupni fiksni stroški, ki niso odvisni od opravljanja ene same storitve, niso vključeni v dodatne stroške. [13] Iz te odločbe, na katero so se v zvezi s tem očitno oprli danski organi za konkurenco v zadevi v glavni stvari, izhaja tudi, da se stroški v zvezi s posebno storitvijo ne smejo obremeniti s skupnimi fiksnimi stroški za ohranitev zmogljivosti distribucijskega omrežja, ki izhajajo iz obveznosti univerzalne storitve. Povprečje dodatnih stroškov torej vključuje samo povprečje fiksnih in variabilnih stroškov opravljanja storitve, izpostavljene konkurenci. [14]

38. V zadevi v glavni stvari in v Odločbi Deutsche Post povprečje dodatnih stroškov torej po zgledu povprečja variabilnih stroškov iz točk 71 in 72 zgoraj navedene sodbe Akzo proti Komisiji pomeni „prag“ ali najnižje merilo, pod katerim bi bila cena, ki bi jo uporabilo podjetje v prevladujočem položaju, plenilska.

10 — Glej v zvezi s tem zlasti 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, št. 1476, str. 13.

11 — UL L 125, str. 27, v nadaljevanju: Odločba Deutsche Post.

12 — V zvezi s tem glej tudi presojo Splošnega sodišča o tej odločbi v točki 249 sodbe z dne 30. januarja 2007 v zadevi France Télécom proti Komisiji (T-340/03, ZOdl., str. II-107). Pritožba, ki je bila na Sodišču vložena zoper to sodbo (zadeva, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba z dne 2. aprila 2009 v zadevi France Télécom proti Komisiji), se ni nanašala na to točko.

13 — Odločba Deutsche Post (točki 6 in 9 ter opomba 7). Navesti je treba tudi, da je Komisija v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Splošnega sodišča v zadevi Ufex in drugi proti Komisiji (T-60/05, ZOdl., str. II-3397, točka 161), prav tako navedla, da bi morala za ugotovitev, ali je francoska družba La Poste zlorabila prevladujoč položaj na trgu hitre pošte, preveriti, ali so bile cene, ki jih je to podjetje zaračunavalo za infrastrukturne storitve, zagotovljene njegovi hčerinski družbi, ki je delovala na navedenem trgu, nižje ali enake dodatnim stroškom za zagotavljanje teh storitev, to je določiti stroške, ki so izključno povezani z opravljanjem posebne storitve in ki jih ni več, ko se navedena storitev preneha zagotavljati. Prav na to se nanaša tudi člen 14 Direktive 67/97, v katerem sicer izraz „dodatni“ ni naveden, vendar se z njim zahteva, naj države članice poštnim operaterjem, zadolženim za univerzalno storitev, naložijo, naj vodijo analitično knjigovodstvo, tako da se porazdelijo stroški, ki so neposredno povezani s posebno storitvijo ali proizvodom, in skupni stroški na način, določen v navedeni določbi.

14 — Odločba Deutsche Post (točki 9 in 10).

39. Glede na sklepanje v teh točkah zgoraj navedene sodbe Akzo proti Komisiji v povezavi z Odločbo Deutsche Post bi bila cena, višja od povprečja dodatnih stroškov, a nižja od povprečja celotnih stroškov, prav tako plenilska, če bi bila določena v okviru načrta, katerega cilj bi bila izločitev konkurenta.

40. Vendar je, kot sem že navedel, predložitveno sodišče pojasnilo, da danski organi za konkurenco niso mogli dokazati obstoja takega načrta. Predmet tega predloga za sprejetje predhodne odločbe se torej ne nanaša na morebitno plenilsko ravnanje družbe Post Danmark.

41. Zgornje ugotovitve vseeno omogočajo boljše razumevanje vprašanj predložitvenega sodišča. Predložitveno sodišče želi v resnici izvedeti, ali je zlorabo v obliki izrinjenja ali izključitve konkurenta prevladujočega podjetja, kot je Post Danmark, mogoče ugotoviti v primeru selektivnega znižanja cen, ki ni plenilske narave, in če to drži, v katerih okoliščinah.

42. Pri tem pojasnilu moram navesti dodatni pripombi.

43. Po eni strani se vprašanji predložitvenega sodišča ne nanašata na zlorabo prevladujočega položaja v obliki cenovne diskriminacije med strankami družbe Post Danmark, ki ima svoje učinke na trgu ali trgih navedenih strank (diskriminacija drugega reda ali „secondary-line discrimination“).

44. Iz predložitvene odločbe in listin v spisu v postopku v glavni stvari je namreč razvidno, da družba Post Danmark pred nacionalnimi sodišči ni izpodbijala ugotovitve danskih organov za konkurenco, da je poslovne partnerje v podobnem položaju pri določanju cen obravnavala različno, zlasti v smislu člena 82, prvi odstavek, (c), ES.

45. Predložitveno sodišče je osredotočeno samo na selektivno znižanje cen, ki jih je uporabljala družba Post Danmark in zaradi katerih bi bila ali bi lahko bila družba FK izrinjena ali izključena s trga razpošiljanja direktne pošte na Danskem, če danski organi za konkurenco ne bi posredovali (diskriminacija prvega reda ali „primary-line discrimination“).

46. Razlikovanje med diskriminacijo drugega reda in diskriminacijo prvega reda, ki so ga uporabili danski organi in sodišča, se mi zdi smiselno, poleg tega pa so k temu pozvali nekateri pravni teoretiki [15]. Čeprav naštevanje vrst ravnanja, ki pomenijo zlorabo, v členu 82 ES ne pomeni taksativnega seznama zlorab prevladujočega položaja, prepovedanih s tem členom [16], to razlikovanje po mojem mnenju vseeno omogoča, da se pojasnijo razmerja med diskriminacijskimi praksami oblikovanja cen, ki spadajo v člen 82, drugi odstavek, (c), ES, to je praksami, katerih protikonkurenčni učinki nastanejo na trgu ali trgih „poslovnih partnerjev“, zaradi česar so ti „postavljeni v konkurenčno neugoden položaj“ – kar ustreza položaju tako imenovane diskriminacije „drugega reda“ –, kajti po opredelitvi ti poslovni partnerji ne morejo biti konkurenti podjetja, ki zlorablja prevladujoč položaj, in praksami, ki se izvajajo na trgu, na katerem delujejo prevladujoče podjetje in njegovi konkurenti, ter spadajo pod druge primere, med katerimi je omejevanje proizvodnje, trgov ali tehničnega razvoja v škodo potrošnikov, navedeno v členu 82, drugi odstavek, (b), ES, in katerih učinek je izrinjenje ali izključitev navedenih konkurentov.

15 — Glej med drugim Temple Lang, J., in O'Donoghue, R., „Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC“, *Fordham International Law Journal*, št. 83, 2002, str. 86; Geradin, D., in Petit, N., „Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?“, *Journal of Competition Law and Economics*, št. 3, 2006, str. 487 in naslednje.

16 — Glej zlasti v tem smislu sodbe z dne 21. februarja 1973 v zadevi Europemballage in Continental Can proti Komisiji (6/72, Recueil, str. 215, točka 26); z dne 16. marca 2000 v združenih zadevah Compagnie maritime belge transports in drugi proti Komisiji (C-395/96 P in C-396/96 P, Recueil, str. I-1365, točka 112); z dne 15. marca 2007 v zadevi British Airways proti Komisiji (C-95/04 P, ZOdl., str. I-2331, točka 57); z dne 14. oktobra 2010 v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji (C-280/08 P, ZOdl., str. I-9555, točka 173) in z dne 17. februarja 2011 v zadevi TeliaSonera (C-52/09, ZOdl., str. I-527, točka 26).

47. Po drugi strani se zdi, da predložitveno sodišče s tem, ko v svojem prvem vprašanju za predhodno odločanje omenja položaj selektivnega znižanja cen, katerih višina naj bi bila med povprečjem dodatnih stroškov in povprečjem celotnih stroškov, nastalih prevladujočemu podjetju, omejuje to vprašanje na prakso oblikovanja cen družbe Post Danmark v zvezi s skupino Coop, ne da bi upoštevalo prakso oblikovanja cen za drugi stranki družbe FK, to je skupini Spar in SuperBest, ki sta prav tako navedeni v predložitveni odločbi in ki jima je družba Post Danmark nesporno ponudila *višje* cene od povprečja celotnih stroškov.

48. Razlaga te opustitve je negotova. Po eni strani bi lahko pomenila, da je predložitveno sodišče že preučilo in zavrnilo trditev, da bi lahko cene, ki jih je družba Post Danmark uporabila za Spar in SuperBest, vodile do izrinjenja družbe FK s trga. Po drugi strani pa bi lahko preprosto pomenila, da je predložitveno sodišče menilo, da bo, potem ko bo dobilo pojasnilo glede razlage člena 82 ES v zvezi s cenami, ki jih je družba Post Danmark ponudila skupini Coop, iz odgovora Sodišča moralo in sposobno samo sklepati o zakonitosti prakse oblikovanja cen družbe Post Danmark za skupini Spar in SuperBest.

49. Vsekakor se mi zdi, da za zagotovitev uporabnega odgovora za predložitveno sodišče pri preučitvi vprašanja, ali je zlorabo v obliki izrinjenja ali izključitve konkurenta prevladujočega podjetja mogoče ugotoviti v primeru selektivnega znižanja cen, ki ni plenilske narave, in če to drži, v katerih okoliščinah, ne bi smeli zanemariti prakse oblikovanja cen družbe Post Danmark za skupini Spar in SuperBest.

B – *Selektivno znižanje cen in učinek izrinjenja*

50. Stranke, ki so Sodišču predložile stališča, imajo različna mnenja o vprašanju, navedenem v prejšnji točki.

51. Po mnenju družbe Post Danmark in češke vlade bi bilo v bistvu prakso oblikovanja cen za izrinjenje mogoče ugotoviti samo, če bi bila cena določena pod ustrezno kategorijo stroškov. V obravnavanem primeru bi lahko cena, ki je višja od povprečnih dodatnih stroškov, izrinjenje konkurenta povzročila samo, če bi bila del strategije za izrinjenje navedenega konkurenta, to je strategije, ki po mnenju češke vlade lahko izhaja iz ekonomske analize, toda ki bi po mnenju družbe Post Danmark morala izhajati izključno ali predvsem iz dokazov, iz katerih je razvidna subjektivna želja po izločitvi konkurence. Ker naj elementi v spisu v zadevi v glavni stvari ne bi dokazovali, da je družba Post Danmark izvajala tako strategijo, naj ne bi zlorabila prevladujočega položaja v smislu člena 82 ES.

52. Po drugi strani družba FK, danska in italijanska vlada, Nadzorni organ EFTE in deloma Komisija – natančneje po pojasnilih, ki jih je v zvezi s svojim stališčem navedla na obravnavi – zagovarjajo nasprotno trditev. Na splošno te zainteresirane strani trdijo, da *ne glede na stroške* selektivna praksa oblikovanja cen prevladujočega podjetja za stranke njegovega edinega pravega konkurenta vodi ali bi lahko zelo verjetno vodila do izrinjenja tega konkurenta, kadar taka praksa ni upravičena z gospodarskimi razlogi, zlasti z ekonomijo obsega. Tak naj bi bil položaj v zadevi v glavni stvari.

53. Velik del razprave med temi zainteresiranimi stranmi se je nanašal na razlago področja uporabe vrste sodb Sodišča in Splošnega sodišča, v katerih naj bi ti sodišči preučili selektivne prakse oblikovanja cen, ki so jih izvajala prevladujoča podjetja. Vsekakor naj bi bila s temi sodbami potrjena trditev, izražena v stališčih, ki so jih predložile Sodišču.

54. Pred preučitvijo teh sodb je treba opozoriti, da v skladu s sodno prakso člen 82 ES, s tem ko prepoveduje zlorabo prevladujočega položaja na trgu, kolikor bi lahko prizadela trgovino med državami članicami, meri na ravnanja, ki lahko vplivajo na strukturo trga, na katerem je prav zaradi navzočnosti podjetja z gospodarsko močjo, ki jo črpa iz prevladujočega položaja, konkurenca že oslabljena, in ki

ovirajo ohranjanje še obstoječe konkurence na trgu ali razvoj te konkurence z drugačnimi sredstvi od tistih, ki so značilna za običajno konkurenco med proizvodi ali storitvami na podlagi dejavnosti gospodarskih subjektov. [17]

55. Člen 82 ES se tako ne nanaša le na ravnanje, ki lahko potrošnikom povzroči takojšnjo škodo, ampak tudi na tisto, ki jih oškoduje tako, da ogroža učinkovito konkurenčno strukturo, zato je s tem členom podjetju, ki ima prevladujoč položaj, naložena posebna odgovornost, da s svojim ravnanjem ne ogroža učinkovite in neizkrivljene konkurence na skupnem trgu. [18]

56. Če je s tega vidika prepoved zlorabe prevladujočega položaja mogoče zelo naravno obrazložiti s skrbjo, da se potrošnikom zagotovi takojšnja blaginja, je upravičena tudi s potrebo, da se zavaruje ali ohrani konkurenčna struktura trga, pri čemer se nekako predpostavlja, da uresničevanje tega cilja koristi potrošnikom.

57. Čeprav je na področju oblikovanja cen Sodišče na podlagi posebne odgovornosti, ki jo ima prevladujoče podjetje, razsodilo, da ni mogoče vsake cenovne konkurence šteti za legitimno [19], ta trditev pomeni, da je taka konkurenca na splošno dovoljena in celo priporočena, razen izjemoma. Ker je namreč cenovna konkurenca na splošno koristna, je načeloma podjetjem, ki imajo na nekem trgu prevladujoč položaj, ni mogoče prepovedati.

58. Vseeno ostaja dejstvo, da je treba o vprašanju, ali praksa oblikovanja cen podjetja v prevladujočem položaju na nekem trgu pomeni zlorabo takega položaja v smislu člena 82 ES, odločati na podlagi vseh okoliščin in da je treba preučiti zlasti, ali se s to prakso poskuša konkurentom preprečiti dostop do trga ali z izkrivljeno konkurenco okrepiti prevladujoč položaj. [20]

59. Kot so navedle nekatere od zainteresiranih strani, je v sodni praksi več zadev, v katerih je sodišče Unije ugotovilo, da selektivno znižanje cen, ki ga je uporabilo eno ali več podjetij v prevladujočem položaju, pomeni kršitev prepovedi iz člena 82 ES.

60. V prvi od teh zadev je bila izrečena zgoraj navedena sodba Akzo proti Komisiji.

61. Med praksami oblikovanja cen, ki jih je Komisija očitala družbi Akzo na trgu Skupnosti z organskimi peroksidi [21], niso bile samo, kot je že bilo navedeno, neobičajno nizke (plenilske) cene, ki jih je družba Akzo uporabila za stranke enega od svojih konkurentov (ECS) in so bile preučene v točkah od 98 do 109 sodbe Sodišča, ampak so bile tudi selektivno mnogo nižje cene za stranke istega konkurenta, kot so bile cene, ki jih je družba Akzo odobrila svojim strankam [22], kar je Sodišče preučilo v točkah od 110 do 121 iste sodbe.

17 — Glej v tem smislu sodbi z dne 13. februarja 1979 v zadevi Hoffman-La Roche proti Komisiji (85/76, Recueil, str. 461, točka 91) in z dne 9. novembra 1983 v zadevi Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin proti Komisiji (322/81, Recueil, str. 3461, točka 70) ter zgoraj navedene sodbe AKZO proti Komisiji (točka 69); British Airways proti Komisiji (točka 66); z dne 2. aprila 2009 v zadevi France Télécom proti Komisiji (točka 104); Deutsche Telekom proti Komisiji (točka 174) in TeliaSonera (točka 27).

18 — Glej zlasti zgoraj navedene sodbe z dne 2. aprila 2009 v zadevi France Télécom proti Komisiji (točka 105); Deutsche Telekom proti Komisiji (točka 176) in v tem smislu TeliaSonera (točka 24).

19 — Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Akzo proti Komisiji (točka 70).

20 — Glej v tem smislu zgoraj navedene sodbe Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin proti Komisiji (točka 73); Deutsche Telekom proti Komisiji (točka 175) in TeliaSonera (točka 28).

21 — Odločba Komisije 85/609/EGS z dne 14. decembra 1985 v zvezi s postopkom na podlagi člena 86 Pogodbe EGS (IV/30.698 – ECS/AKZO Chemie) (ULL 374, str. 1).

22 — Zgoraj navedena sodba Akzo proti Komisiji (točki 9 in 111).

62. Sodišče je, potem ko je potrdilo ugotovitev Komisije, da je imela družba Akzo glede na svoj 50-odstotni tržni delež in druge dejavnike [23] prevladujoč položaj na zadevnem trgu, preučilo selektivnost cenovnih ponudb za stranke družbe ECS, imenovane „velika samostojna podjetja“, in najprej poudarilo, da družba Akzo ni izpodbijala dejstva, da je kupcem primerljive velikosti odobrila različne cene, in da poleg tega ni poskušala dokazati, da so se te razlike nanašale na kakovost proizvodov ali posebne stroške proizvodnje [24]. Sodišče je nato navedlo, da so bile cene, ki jih je družba Akzo uporabljala za svoje stranke, višje od povprečja njenih celotnih stroškov, medtem ko so bile cene, ki jih je ponujala strankam svojega konkurenta, nižje od tega povprečja. [25] Iz tega je v točki 115 sodbe sklepalo, da je družba Akzo tako lahko izgube, nastale pri prodaji strankam družbe ECS, vsaj delno nadomestila z dobički, ustvarjenimi pri prodaji velikim samostojnim podjetjem, ki so bila njene stranke, kar je dokazovalo, da namen družbe Akzo ni bil izvajati splošno politiko ugodnih cen, ampak strategijo, s katero bo lahko škodovala svojemu konkurentu. Sodišče je torej v zvezi s tem potrdilo Odločbo Komisije, s katero je bilo ugotovljeno, da je družba Akzo zlorabila prevladujoč položaj.

63. Na tej stopnji analize bom svoje pripombe o teh točkah zgoraj navedene sodbe Akzo proti Komisiji omejil na naslednji opombi.

64. Prvič, Sodišče je potrdilo, da selektivnost cen, ki jih je ponujala družba Akzo, pomeni zlorabo glede na referenčno višino stroškov prevladujočega podjetja, to je povprečje njegovih celotnih stroškov.

65. To merilo je za prevladujoče podjetje zelo strogo. Sodišče namreč s tem, ko kot referenco upošteva povprečje celotnih stroškov podjetja, to je stroškov, ki vključujejo fiksne in variabilne stroške, kaznuje selektivnost, čeprav prodaja dodatne enote lastnim strankam prevladujočega podjetja pokriva variabilne stroške proizvedene enote in najmanj del fiksnih stroškov, povezanih s to enoto. Čeprav je v teh okoliščinah mogoče razumeti, da lahko različna cenovna obravnava strank prevladujočega podjetja in strank konkurenta, ki so prejele ugodne ponudbe, dejansko pomeni diskriminacijo, ki privede do podrejenega konkurenčnega položaja med temi strankami v smislu člena 82, prvi odstavek, (c), ES („secondary-line discrimination“), pa je manj zanesljivo, da lahko to ravnanje, če se obravnava ločeno, povzroči izrinjenje vsaj tako uspešnega konkurenta, ker bi ta lahko prevzel vse ali nekatere stalne stranke prevladujočega podjetja, ki so žrtve diskriminacijske obravnave, razen če za te stranke veljajo posebne omejitve, ki jih je določilo prevladujoče podjetje in ki jih premočno vežejo na to podjetje.

66. Čeprav Sodišče v upoštevnih odlomkih zgoraj navedene sodbe Akzo proti Komisiji ni predstavilo takih ugotovitev, je treba vseeno navesti, po eni strani, da je bila s selektivnimi ponudbami cen družbe Akzo povezana vrsta zlorab tega podjetja, med katerimi je bila zlasti uporaba plenilskih cen, in, po drugi strani, da Sodišče iz selektivne prakse oblikovanja cen družbe Akzo ni izpeljalo učinka izrinjenja konkurenta, ampak samo namen izrinjenja tega konkurenta. V povezavi s splošnim ozadjem zgoraj navedene sodbe Akzo proti Komisiji je iz točk od 113 do 115 omenjene sodbe razvidno, da je bila preučitev selektivnosti znižanja cen, ki ga je izvedla družba Akzo, del dokaza obstoja načrta ali strategije te družbe za izrinjenje.

67. Drugič, zdi se, da je strogost Sodišča v zgoraj navedeni sodbi Akzo proti Komisiji v zvezi s selektivnim znižanjem cen prevladujočega podjetja mogoče pojasniti z dejstvom, da tako ravnanje v nasprotju s splošno prakso nizkih cen poteka v škodo lastnih strank tega podjetja brez ekonomske utemeljitve. Z drugimi besedami, zdi se, da po mnenju Sodišča namen takega selektivnega oblikovanja

23 — Prav tam (točke od 59 do 61). Navesti je treba, da je generalni pravobranilec Lenz po podrobni preučitvi utemeljenosti Odločbe Komisije nasprotno ugotovil, da Komisija ni dokazala, da je imela družba Akzo prevladujoč položaj na zadevnem trgu (glej točke od 62 do 124 sklepnih predlogov, predstavljenih 19. aprila 1989 v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Akzo proti Komisiji).

24 — Prav tam (točka 113).

25 — Zgoraj navedena sodba (točka 114).

cen ni zagotoviti, da bi imele stranke in vsaj posredno potrošniki korist od nizkih cen (kar po drugi strani na splošno velja, vsaj kratkoročno, za neselektivno prakso nizkih ali celo plenilskih cen), ampak samo pridobiti nekatere stranke konkurentov prevladujočega podjetja, brez koristi za potrošnike in konkurenčno strukturo trga.

68. Čeprav, kot sem poudaril, pristop Sodišča v zgoraj navedeni sodbi Akzo proti Komisiji v zvezi s ponudbami selektivno nizkih cen prevladujočega podjetja temelji na merilu stroškov navedenega podjetja, pa sodišče Unije v drugih poznejših zadevah ni uporabilo tega merila.

69. To velja za zadevi Compagnie maritime belge transports in drugi proti Komisiji [26] in Irish Sugar proti Komisiji [27]. [28]

70. V prvi od teh zadev je Komisija linijski konferenci Cewal, katere članica je bila med drugim družba Compagnie maritime belge transports in ki je imela več kot 90-odstotni tržni delež na upoštevnem trgu, očitala, da je med drugim spremenila svoje prevozne tarife z odstopanjem od veljavnih tarif, da bi za plovila, ki so odplula na isti datum ali na bližnje datume (tako imenovana praksa „bojne ladje“), ponudila tarife, ki so bile enake ali nižje od tarif njenega glavnega neodvisnega konkurenta (družbi G & C), v nasprotju s členom 86 Pogodbe EGS. [29]

71. Splošno sodišče je potrdilo analizo Komisije.

72. Najprej je opozorilo, da tožeča podjetja ne izpodbijajo treh sestavnih meril tako imenovane prakse bojnih ladij – ki jo je treba razlikovati od prakse plenilskih cen –, in sicer (a) določitve kot bojnih ladij tistih ladij, ki so članice konference in katerih odhod je bil najbližje odhodu ladij družb G & C, brez spremembe predvidenih urnikov; (b) skupne določitve bojnih cen, ki so odstopale od običajne tarife članic konference Cewal, tako da so bile enake ali nižje od cen, ki sta jih ponujali družbi G & C, in (c) posledičnega zmanjšanja prihodkov, ki so ga prevzele članice konference Cewal. [30]

73. Splošno sodišče je nato preučilo trditve tožečih strank, s katerimi so izpodbijale zlorabo prevladujočega položaja, in glede na listine v spisu razsodilo, da je Komisija pravno zadostno ugotovila, da se je praksa izvajala z namenom izrinjenja edinega konkurenta konference Cewal na upoštevnem trgu. [31] Po mnenju Splošnega sodišča v teh okoliščinah tožeče stranke, ki so s svojim

26 — Sodba Splošnega sodišča z dne 8. oktobra 1996 (od T-24/93 do T-26/93 in T-28/93, Recueil, str. II-1201) in zgoraj navedena sodba Sodišča.

27 — Sodba Splošnega sodišča z dne 7. oktobra 1999 (T-228/97, Recueil, str. II-2969) in sodba Sodišča z dne 10. julija 2001 (C-497/99 P, Recueil, str. I-5333).

28 — Navesti moram tudi, da je Komisija v Odločbi 88/138/EGS z dne 22. decembra 1987 v zvezi s postopkom na podlagi člena 86 Pogodbe EGS (IV/30.787 in 31.488 – Eurfix–Bauco/Hilti) (UL 1988, L 65, str. 19) uporabila pristop, ki ni temeljil na stroških. Ta zadeva se je nanašala na vrsto diskriminacijskih in selektivnih praks družbe Hilti, s katerimi je želela stranke odvrniti od kupovanja žebljev za pištole za zabijanje žebljev njene proizvodnje pri njenih konkurentih na trgu, na katerem je imela približno od 70- do 80-odstotni tržni delež. Med praksami, ki so po mnenju Komisije pomenile zlorabo, so bili popusti za nekatere glavne stranke konkurentov družbe Hilti, ki so proizvajali žeblje, ustrezne za njene pištole za zabijanje žebljev, to so ponudbe, ki jih njene stranke, ki so kupovale podobne ali enake količine, niso bile deležne. Komisija je v tej odločbi menila, da te posebne ponudbe ne pomenijo obrambnega odziva zoper konkurente, ampak izražajo vnaprej določeno politiko tega podjetja za omejitev njihovega prodora na trg žebljev, ustreznih za njene naprave (točka 80 Odločbe). Dodala je, da „v obravnavanem primeru sestavni element zlorabe ni, da so bile cene nižje od stroškov (ne glede na način njihove opredelitve […]), ampak da je bila družba Hilti zaradi svojega prevladujočega položaja strankam svojih konkurentov sposobna ponuditi posebne diskriminacijske cene, da bi škodovala dejavnostim konkurentov, sočasno pa je ohranila višje cene za svoje enako pomembne stranke“ (točka 81 Odločbe). Družba Hilti je v ničnostni tožbi zoper to odločbo (sodba Splošnega sodišča z dne 12. decembra 1991 v zadevi Hilti proti Komisiji (T-30/89, Recueil, str. II-1439)) deloma predstavila zelo splošno utemeljitev, ki ni bila posebej osredotočena na selektivne popuste in jo je Splošno sodišče zavrnilo v točki 100 sodbe, in deloma priznala, da je dejansko izvajala nekatera od očitanih ravnanj, kar je Splošno sodišče preprosto ugotovilo (glej točko 101 iste sodbe). Pritožba pred Sodiščem (sodba z dne 2. marca 1994 v zadevi Hilti proti Komisiji (C-53/92 P, Recueil, str. I-667)) se ni nanašala na presojo, navedeno v teh točkah sodbe Splošnega sodišča.

29 — Odločba Komisije 93/82/EGS z dne 22. decembra 1992 v zvezi s postopkom na podlagi člena 85 Pogodbe EGS (IV/32.448 in IV/32.450: Cewal, Cowak, Ukwal) in člena 86 Pogodbe EGS (IV/32.448 in IV/32.450), UL 1993 L 34, str. 20.

30 — Zgoraj navedena sodba Splošnega sodišča (točki 139 in 141).

31 — Zgoraj navedena sodba (točka 147).

ravnanjem nameravale izriniti edinega konkurenta, niso mogle uspešno trditi, da so med drugim samo sledile cenovni vojni, ki jo je začel konkurent, ali se odzvale na pričakovanja svojih strank. Tudi če bi bile te okoliščine dokazane, po mnenju Splošnega sodišča zaradi teh okoliščin odziv članic konference nikakor ne bi mogel postati razumen in sorazmeren.[32]

74. Nazadnje, Splošno sodišče je zavrnilo trditev tožečih strank, da zaradi povečanja tržnega deleža družb G & C zadevna praksa ni imela nobenega učinka in da torej prevladujoč položaj ni bil zlorabljen. Splošno sodišče je v zvezi s tem razsodilo, da kadar eno ali več podjetij v prevladujočem položaju dejansko ravna tako, da bi s tem ravnanjem izrinilo konkurenta, okoliščina, da pričakovani rezultat ni dosežen, ne more zadoščati za zanikanje zlorabe prevladujočega položaja v smislu člena 86 Pogodbe, in dodalo, da „[p]oleg tega, v nasprotju s trditvami tožečih strank, dejstvo, da se je tržni delež družb [G & C] povečal, ne pomeni, da ravnanje ni imelo učinka, ker bi se lahko delež družb [G & C] bolj povečal, če tega ravnanja ne bi bilo“.[33]

75. Sodišče, ki so mu bile predložene pritožbe zoper sodbo Splošnega sodišča, je sodbo Splošnega sodišča razveljavilo v delu, v katerem se je nanašala na globe, naložene tožečim strankam.[34]

76. Po drugi strani je Sodišče, kar zadeva zlorabo prevladujočega položaja, potrdilo presoje Splošnega sodišča, vendar pa je bilo pri tem previdno.

77. Sodišče je, potem ko je opozorilo, po eni strani, da je treba stvarno področje uporabe posebne odgovornosti, ki jo ima prevladujoče podjetje, presojati glede na posebne okoliščine vsakega primera, ki dokazujejo oslabljenje konkurence, in, po drugi strani, da je trg pomorskega prevoza zelo specializiran in poseben sektor, za katerega je med drugim na podlagi prava Unije značilna možnost, da lahko linijske konference določajo cene[35], razsodilo, da „če linijska konferenca v prevladujočem položaju selektivno zniža cene, da bi jih namerno uskladila s cenami konkurenta, ima od tega dvojno korist. Po eni strani izloči glavno in morebiti celo edino sredstvo konkurence, ki je na voljo konkurenčnemu podjetju. Po drugi strani lahko uporabnikom še naprej zaračunava višje cene za storitve, ki jih ta konkurenca ne ogroža“.[36]

78. Sodišče je v točkah od 118 do 120 sodbe dodalo:„118 V obravnavanem primeru ni treba sprejeti splošnega stališča glede okoliščin, v katerih lahko linijska konferenca legitimno za vsak primer posebej sprejme cene, nižje od napovedane tarife, da bi bila kos konkurentu, ki ponuja privlačnejše cene […]

119 Zadostuje opozoriti, da gre v tem primeru za ravnanje konference, ki ima več kot 90-odstotni delež zadevnega trga in enega samega konkurenta. Poleg tega tožeče stranke niso nikoli resno izpodbijale, ampak so na obravnavi celo priznale, da je bil namen očitanega ravnanja izriniti družbi G & C s trga.

120 Treba je torej ugotoviti, da Splošno sodišče ni napačno uporabilo prava, ko je ugotovilo, da so očitki Komisije, v skladu s katerimi je praksa, imenovana „bojne ladje“, ki se je izvajala zoper družbi G & C, pomenila zlorabo prevladujočega položaja, upravičeni. Poleg tega je treba poudariti, da v tem primeru nikakor ne gre za novo opredelitev zlorabe.“

32 — Prav tam (točka 148).

33 — Prav tam (točka 149).

34 — Glej zgoraj navedeno sodbo Sodišča (točki 146 in 147 ter točka 1 izreka).

35 — Zgoraj navedena sodba Sodišča (točke od 114 do 116).

36 — Prav tam (točka 117).

79. Druga zadeva, to je zgoraj navedena Irish Sugar proti Komisiji, se je nanašala na vrsto ravnanj tega podjetja na maloprodajnem trgu sladkorja na Irskem, na katerem je imelo več kot 88-odstotni delež, ki jih je Komisija štela za zlorabo.[37] Komisija je družbi Irish Sugar zlasti očitala, da je nekaterim trgovcem na drobno s sedežem v obmejni regiji med Irsko in Severno Irsko odobrila posebne popuste brez objektivne ekonomske utemeljitve, da bi se spoprijela s konkurenco uvoza sladkorja iz Severne Irske ali lastnega sladkorja, ponovno uvoženega na Irsko. Komisija se je sklicevala na svojo odločbo ECS/Akzo Chemie in menila, da ti selektivni obmejni popusti pomenijo zlorabo prevladujočega položaja.[38]

80. Splošno sodišče, ki je moralo presoditi, ali taki obmejni popusti pomenijo zlorabo, je najprej poudarilo, da cene, ki jih je uporabljala družba Irish Sugar, ne pomenijo plenilskih cen v smislu sodne prakse Sodišča.[39] Nato je navedlo, da iz listin v spisu izhaja, da se je družba Irish Sugar namerno odločila za selektivno ponudbo posebnega popusta nekaterim trgovcem na drobno, pa tudi to, da je domnevala nezakonitost takega ravnanja.[40]

81. Splošno sodišče je na podlagi tega razsodilo, da to ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja v smislu člena 86, drugi odstavek, (c), Pogodbe[41], zavrnilo pa je tudi vse trditve družbe Irish Sugar, s katerimi je želela dokazati zakonitost svojega ravnanja[42]. Splošno sodišče je zlasti zavrnilo trditev družbe Irish Sugar, da se je to podjetje branilo pred konkurenco, izhajajočo iz poceni uvoza (toda ne pod lastno ceno) z britanskega trga in trga Severne Irske, pri čemer je poudarilo, da je, kot je priznala družba Irish Sugar, njena gospodarska sposobnost za ponujanje popustov v regiji ob meji s Severno Irsko pomenila stabilnost njenih cen v drugih regijah, kar pomeni priznanje, da je navedene popuste financirala s svojo prodajo na preostalem ozemlju Irske.

82. Splošno sodišče je na podlagi tega ugotovilo, da je družba Irish Sugar s takim ravnanjem preprečila razvoj svobodne konkurence na upoštevnem trgu in izkrivila njegove strukture tako v zvezi s svojimi kupci in potrošniki, ker zadnji namreč zunaj regije ob meji s Severno Irsko niso mogli koristiti znižanja cen, povzročenih z uvozom sladkorja iz Severne Irske.[43] Po mnenju Splošnega sodišča je namreč varstvo konkurenčnega položaja podjetja v prevladujočem položaju z značilnostmi, kot jih je imela družba Irish Sugar v času dejanskega stanja, lahko legitimno, kadar temelji najmanj na merilih gospodarske učinkovitosti in je v skladu z interesi potrošnikov, kar pa v tem primeru ni bilo izpolnjeno.[44]

83. Poudariti je še treba, da je Splošno sodišče zavrnilo trditev družbe Irish Sugar, da je Komisija kot dokaz, da je bila odobritev obmejnih popustov zloraba, navedla izrinjenje konkurenta. Splošno sodišče je poudarilo, da to ni bilo stališče Komisije, in dodalo, da „[k]olikor je bil cilj obmejnih popustov zagotoviti si zvestobo kupcev, izpostavljenih ponudbam konkurentov, ne da bi vse stranke tožeče stranke lahko imele koristi od vpliva konkurence na prodajne cene njenih proizvodov, izrinjenje konkurenta na podlagi takega ravnanja še toliko bolj kaže na ravnanje zlorabe v smislu člena 86 Pogodbe.“[45]

84. Družba Irish Sugar je v okviru pritožbe zoper to sodbo izpodbijala samo presojo Splošnega sodišča, ki se je nanašala na obstoj prevladujočega položaja. Sodišču torej ni bilo treba odločiti o ugotovitvah prvostopenjskega sodišča v zvezi z zlorabami podjetja.

37 — Odločba Komisije 97/624/EGS z dne 14. maja 1997 v zvezi s postopkom na podlagi člena 86 Pogodbe EGS (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc) (UL L 258, str. 1).

38 — Glej točke od 133 do 135 navedene odločbe.

39 — Zgoraj navedena sodba (točka 182).

40 — Prav tam (točka 183).

41 — Isto.

42 — Prav tam (točke od 184 do 192).

43 — Prav tam (točka 188).

44 — Prav tam (točka 189).

45 — Prav tam (točka 191).

85. Kakšna spoznanja lahko izpeljemo iz teh dveh zadev?

86. Prvič, kot sem že navedel, sta ti zadevi del smeri sodne prakse, v kateri je za selektivno znižanje cen prevladujočega podjetja veljalo, da je v nasprotju s členom 82 ES, ne da bi bile te cene obravnavane v povezavi s stroški podjetja, in iz katere izhaja, da cene niso bile določene pod povprečjem celotnih stroškov.

87. Drugič, medtem ko je Sodišče v zgoraj navedeni zadevi Akzo proti Komisiji iz selektivnih popustov za stranke glavnega konkurenta družbe Akzo sklepalo o obstoju namena izrinjenja konkurenta, je sodišče Unije v zgoraj navedenih zadevah Compagnie maritime belge transport in drugi proti Komisiji ter Irish Sugar proti Komisiji sprejelo drugačen pristop. Menilo je namreč, da sporne prakse oblikovanja cen pomenijo uresničevanje namena izrinjenja konkurenta, o stvarnosti katerega ni sklepalo iz selektivne prakse oblikovanja cen, ampak iz notranjih dokumentov zadevnih prevladujočih podjetij ali drugih listin v spisu.

88. V zvezi s tem je treba poudariti, da se dejstvo, da v teh zadnjih dveh zadevah zadevna ravnanja niso imela pričakovanega učinka, se pravi niso povzročila izrinjenja konkurenta, ni štelo za odločilno za zavrnitev obstoja zlorabe prevladujočega položaja. Ta presoja ima v zgoraj navedeni sodbi Splošnega sodišča Compagnie maritime belge transport in drugi poseben pomen, ker iz te sodbe izhaja, da so se tržni deleži glavnega ali edinega konkurenta prevladujočega podjetja v obdobju, ko so bile sprejete sporne prakse oblikovanja cen, povečali. [46]

89. Zdi se, da ta presoja pomeni, da so zadevne prakse oblikovanja cen protikonkurenčne glede na njihov namen, in ne glede na njihov učinek. Če bi to presojo vzeli iz konteksta, bi bila lahko v nasprotju z ugotovitvijo, da prevladujočim podjetjem načeloma ni odvzeta pravica do cenovne konkurence. [47]

90. Pristop, ki ga je sodišče Unije uporabilo v zadevah, v katerih sta bili izrečeni zgoraj navedeni sodbi z dne 16. marca 2000 v zadevi Compagnie maritime belge transports in drugi proti Komisiji ter z dne 10. julija 2001 v zadevi Irish Sugar proti Komisiji, bi bilo po mojem mnenju mogoče pojasniti na podlagi treh točk, ki so bolj dejanske in so skupne položajem, ki so bili povod za sodbe Sodišča in Splošnega sodišča.

91. Najprej, kot sem že navedel, namen izrinjenja konkurenta prevladujočega podjetja v zgoraj navedenih zadevah ni bil izpeljan iz selektivne prakse oblikovanja cen, ampak iz drugih okoliščin. Zato se je selektivna praksa oblikovanja cen štela samo za materializacijo tega namena.

92. Dalje, poudariti je treba, da so bila zadevna prevladujoča podjetja v položaju gospodarske moči, ki je bil zelo blizu položaju monopola, saj so bili njihovi zadevni tržni deleži blizu 90 %. Obstajale so torej visoke ovire za vstop na trg zaradi obstoja „superprevlade“, na katero je sicer opozoril generalni pravobranilec Fennelly v sklepnih predlogih, predstavljenih v zadevah, v katerih je bila izrečena zgoraj navedena sodba z dne 16. marca 2000 v zadevi Compagnie maritime belge transports in drugi [48].

93. Nazadnje, selektivne prakse oblikovanja cen so bile del vrste ravnanj zlorabe, ki se niso vsa nanašala izključno na oblikovanje cen in katerih kumulativni učinek je prav tako lahko imel določeno vlogo.

46 — Splošno sodišče v točki 126 te sodbe predstavi trditev tožečih strank, v skladu s katero se je tržni delež družb C & G v obravnavanem obdobju povečal z 2 na 25 %. Ta trditev v preostalem delu obrazložitve sodbe ni bila ovržena (glej zlasti v zvezi s tem točko 149 navedene sodbe).

47 — V zvezi s tem glej točko 57 teh sklepnih predlogov.

48 — Sklepni predlogi, predstavljeni 29. oktobra 1998 (točke od 135 do 137). Sodišče je nedavno poudarilo tako značilnost tržne moči konference Cewal v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Compagnie maritime belge transports in drugi proti Komisiji (glej zgoraj navedeno sodbo TeliaSonera, točka 81).

94. Na podlagi teh razmislekov menim, da sta zgoraj navedeni zadevi Irish Sugar proti Komisiji in Compagnie maritime belge transports in drugi proti Komisiji le postransko upoštevni za odgovor, ki bi ga Sodišče moralo dati predložitvenemu sodišču, ker v zadevi v glavni stvari ni sporno, da niti danski organi za konkurenco niti sodišča niso mogli dokazati namena izrinjenja, in ker iz elementov v spisu nikakor ne izhaja, da je bila družba Post Danmark v položaju „superprevlade“. Kar zadeva natančneje zgoraj navedeno zadevo Irish Sugar proti Komisiji, na katero je Komisija na obravnavi oprla del svojih stališč, je poleg tega treba opozoriti, da je, po eni strani, šlo za položaj, v katerem je prevladujoče podjetje poskušalo obdržati svoje stranke s ponudbo selektivnih popustov svojim distributerjem, izpostavljenim konkurenci drugih proizvajalcev sladkorja, in ne kot v zadevi v glavni stvari pridobiti stranke svojega glavnega ali edinega konkurenta, in, po drugi strani, da je bil namen zadevnih popustov omejiti vpliv cenovne politike gospodarskih subjektov, dejavnih predvsem na obmejnem nacionalnem trgu, na cenovno politiko gospodarskih subjektov, dejavnih na drugem nacionalnem trgu, kar se je lahko in se dejansko tudi je štelo za oviro za uresničevanje skupnega trga. [49]

95. Zdi se mi, da je treba sodno prakso Sodišča razlagati tako, da je treba, kadar razmeroma izjemni pogoji iz zadev, v katerih sta bili izrečeni zgoraj navedeni sodbi z dne 16. marca 2000 v zadevi Compagnie maritime belge transports in drugi proti Komisiji ter z dne 10. julija 2001 v zadevi Irish Sugar proti Komisiji, niso izpolnjeni, zlasti kadar o namenu izrinjenja konkurenta ali konkurentov prevladujočega podjetja ni mogoče sklepati iz drugih okoliščin, kot so selektivne ponudbe cen, selektivno znižanje cen preučiti na podlagi stroškov prevladujočega podjetja po zgledu merila, uporabljenega v točkah 114 in 115 zgoraj navedene sodbe Akzo proti Komisiji.

96. Taka razlaga omogoča skladno branje sodne prakse. Prav tako se lahko s tako razlago zagotovi večja pravna varnost za podjetja v prevladujočem položaju, kadar uporabijo selektivna znižanja cen. Ker prevladujoče podjetje pozna svoje stroške in cene, ne pa tudi stroškov in cen svojih konkurentov, bi bilo upoštevanje strukture stroškov konkurenta s strani organov za konkurenco in sodišč lahko v nasprotju z načelom pravne varnosti, ker prevladujoče podjetje, razen v posebnih okoliščinah, ne bi moglo presoditi zakonitosti svojega ravnanja. [50]

97. V zvezi s tem ne glede na sektor, v katerem deluje prevladujoče podjetje, menim, da tako podjetje, ki svojim stalnim strankam in strankam svojega konkurenta ponuja različne cene, ki so vseeno vse višje od povprečja njegovih celotnih stroškov, načeloma kljub selektivnosti in diskriminatornosti njegove prakse oblikovanja cen ne more povzročiti izrinjenja prav tako učinkovitega konkurenta.

98. Zadnji se bo načeloma namreč vedno sposoben odzvati na tako cenovno konkurenco, ker prodaje po takih cenah pokrivajo povprečje variabilnih in fiksnih stroškov. Te prodaje bodo torej donosne, zato si načeloma ni mogoče zamisliti, da bi bil ta konkurent lahko izrinjen s trga. Drugače bi bilo, če bi bile kljub vsemu cene konkurenta višje od povprečja celotnih stroškov prevladujočega podjetja. Vendar pa bo v takem primeru verjetno šlo za konkurenta, katerega učinkovitost bo nižja od učinkovitosti prevladujočega podjetja. Njegovo izrinjenje bo torej samo običajni izid konkurence na podlagi zaslug, v kateri morajo imeti možnost sodelovati tudi prevladujoča podjetja kljub posebni odgovornosti, ki jo imajo.

99. Res bo za ravnanje prevladujočega podjetja vedno mogoče šteti, da je v nasprotju s členom 82, drugi odstavek, (c), ES, ker bi se lahko nekatere stranke prevladujočega podjetja znašle v konkurenčno neugodnem položaju („secondary-line discrimination“). Vseeno pa načeloma ne bi smelo povzročiti izrinjenja konkurenta tega podjetja.

49 — Glej zgoraj navedeno sodbo Splošnega sodišča v zadevi Irish Sugar proti Komisiji (točka 185).

50 — Glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo TeliaSonera (točki 44 in 45).

100. Na podlagi presoje, predstavljene v točkah od 96 do 98 zgoraj, v povezavi z dejanskim stanjem spora o glavni stvari bi moralo predložitveno sodišče po mojem mnenju ugotoviti, da cene, ki jih je družba Post Danmark ponudila skupinama Spar in SuperBest – dvema od treh strank družbe FK, katerih položaji so bili navedeni v predlogu za sprejetje predhodne odločbe in v stališčih zainteresiranih strani –, načeloma niso mogle povzročiti izrinjenja družbe FK, ker, kot sem že navedel, ni sporno, da so bile te cene višje od povprečja celotnih stroškov družbe Post Danmark. Poleg tega predložitveno sodišče Sodišča ni obvestilo o strukturi stroškov družbe FK.

101. Preučiti je treba še to, ali prevladujoče podjetje, kot je družba Post Danmark, lahko z zlorabo izrine svojega konkurenta, če za pomembno stranko tega konkurenta selektivno zniža cene, kadar so te cene višje od povprečja dodatnih stroškov prevladujočega podjetja, a nižje od povprečja njegovih celotnih stroškov.

102. Najprej menim, da ugotovitve zlorabe prevladujočega položaja ni mogoče zavrniti samo zato, ker so zadevne cene ponujene eni sami stranki glavnega ali edinega konkurenta. Taka stranka lahko namreč pomeni pomemben obseg nakupa in tržni delež, kot velja v primeru skupine Coop v zadevi v glavni stvari.

103. Dalje, morda bi bilo vabljivo, da bi po analogiji razširili sklepanje Sodišča iz točk od 113 do 115 zgoraj navedene sodbe Akzo proti Komisiji, kot je sicer Komisija predlagala na obravnavi.

104. V skladu s tem pristopom bi lahko prevladujoče podjetje, ki stranki svojega konkurenta ponuja cene, nižje od povprečja svojih celotnih stroškov, vendar pa za svoje stalne stranke uporablja cene, višje od tega povprečja, vsaj delno nadomestilo „izgube“ iz prodaj stranki konkurenta z dobički, ustvarjenimi pri prodajah svojim stalnim strankam, kar bi, če ne bi bilo ekonomsko upravičeno, pomenilo prakso z namenom izrinjenja.

105. V zadevi v glavni stvari bi predložitveno sodišče na podlagi tega pristopa zelo verjetno ugotovilo zlorabo prevladujočega položaja družbe Post Danmark na nacionalnem trgu direktne pošte, ker so danski organi za konkurenco ugotovili, ne da bi navedeno sodišče to v predlogu za sprejetje predhodne odločbe ovrglo, da družba Post Danmark ni dokazala, da je bila selektivna ponudba za skupino Coop, eno od glavnih strank družbe FK, upravičena z ekonomijo obsega.

106. Ne da bi to nujno vplivalo na ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja družbe Post Danmark, imam vseeno pomisleke glede predloga, naj sklepanje temelji strogo na sklepanju iz točk od 113 do 115 zgoraj navedene sodbe Akzo proti Komisiji, kot je to na obravnavi predlagala zlasti Komisija.

107. Zdi se mi namreč, da se s takim sklepanjem najmanj preveč poenostavi problematika selektivnih ponudb cen, ki jih odobri prevladujoče podjetje, ki sočasno deluje na – delno rezerviranem – trgu, na katerem je pooblaščeno za opravljanje univerzalne storitve, in na trgu, ki je popolnoma odprt za konkurenco in na katerem za noben gospodarski subjekt ne veljajo omejitve univerzalne storitve.

108. Prvič, dejstva, da so prodajne cene, ponujene glavni stranki konkurenta, višje od povprečja dodatnih stroškov prevladujočega podjetja, se po mojem mnenju ne sme šteti za položaj, v katerem prodaja ustvarja „izgube“, ampak ga je treba razumeti tako, da se s prodajo ne povečujejo prihodki navedenega podjetja. Taka prodaja namreč načeloma ostane donosna, ker prihodki od te prodaje pokrivajo stroške posebne dejavnosti na konkurenčnem trgu, v tem primeru dejavnosti direktne pošte.

109. Zato po mojem mnenju možnost prevladujočega podjetja, da ponudi take cene, ni odvisna od izravnave med ceno prodaj njegovim stalnim strankam na trgu, odprtem za konkurenco, pri katerih maksimizira svoje prihodke, in ceno prodaj glavni stranki svojega konkurenta na istem trgu, pri katerih prihodkov ne maksimizira. Prevladujočemu podjetju namreč za ohranitev višine cene, ponujene stranki njegovega konkurenta, načeloma ni treba uporabiti take izravnave.

110. Poleg tega so stalne stranke prevladujočega podjetja, ki so žrtve različne cenovne obravnave, na trgu, na katerem ni zanje nobene druge omejitve, načeloma povsem sposobne najti konkurenta, ki jim bo sposoben ponujati enake storitve po nižji ceni od cene, ki jo ponuja prevladujoče podjetje. [51]

111. Nasprotno in drugič, ker v dodatnih stroških fiksni stroški, skupni dejavnostim, ki se opravljajo na obeh trgih, na katerih je navzoče prevladujoče podjetje, niso upoštevani ali niso zadostno upoštevani, zlasti fiksni stroški v zvezi z ohranjanjem zmogljivosti distribucijskega omrežja prevladujočega podjetja, ki ga tako kot v zadevi v glavni stvari uporablja za svojo delno rezervirano dejavnost, pri kateri izpolnjuje obveznosti univerzalne storitve, in za svojo dejavnost direktne pošte, bi to podjetje lahko, tudi če bi ponujalo ceno, ki je višja od povprečja njegovih dodatnih stroškov, navsezadnje prevalilo na stranke delno rezervirane dejavnosti, ki se opravlja na trgu, na katerem ima nalogo univerzalne storitve, stroške zmogljivosti distribucijskega omrežja, ki jih prevladujoče podjetje uporablja za svojo dejavnost direktne pošte.

112. Z drugimi besedami, povsem mogoče je, da lahko prevladujoče podjetje, če se kot merilo upošteva povprečje dodatnih stroškov, ponudi ceno, ki je nekoliko višja od tega povprečja – in tako prepreči, da bi se ta cena lahko samodejno štela za plenilsko –, tako da vse skupne stroške ali del njih pripiše delno rezervirani dejavnosti na trgu, na katerem je zadolženo za univerzalno storitev, dejavnosti, s katero se torej subvencionira cena, ponujena na trgu, odprtem za konkurenco. Tako ravnanje, naj bo selektivno ali ne, bi lahko sčasoma privedlo do izločitve konkurentov z liberaliziranega trga, in sicer v zadevi v glavni stvari konkurentov, ki delujejo na danskem trgu direktne pošte in seveda niso upravičeni do enakega mehanizma navzkrižnih subvencij. [52]

113. Menim torej, da dejstvo, da prevladujoče podjetje, kot je Post Danmark, ponuja selektivno ceno, ki je višja od povprečja njegovih dodatnih stroškov, v nasprotju s trditvami družbe Post Danmark in češke vlade v njunih stališčih pred Sodiščem ne izključuje, da bi taka višina cene lahko vključevala tveganje za izrinjenje konkurenta tega podjetja, ker se lahko ta cena subvencionira s prihodki iz delno rezervirane dejavnosti prevladujočega podjetja na trgu, na katerem izpolnjuje obveznosti univerzalne storitve.

114. Da bi preverili, ali je to res, bi bilo treba po mojem mnenju opredeliti neodvisni strošek („stand-alone cost“) [53] storitev, ki jih prevladujoče podjetje opravlja na trgu, na katerem izpolnjuje obveznosti univerzalne storitve, in preučiti, ali prihodki, ustvarjeni s temi storitvami, presegajo tak strošek. V primeru pritrdilnega odgovora bi bilo verjetno treba ugotoviti navzkrižno subvencijo v korist prodaj, opravljenih na trgu, odprtem za konkurenco, pri katerih je ponujena cena nižja od povprečja celotnih stroškov. Glede na posebno odgovornost podjetja v prevladujočem položaju v zvezi z ohranitvijo konkurenčne strukture trga bi pri uporabi takih navzkrižnih subvencij sčasoma nastalo pravo tveganje za izrinjenje konkurenta, zato bi bilo po mojem mnenju torej upravičeno preventivno ukrepanje organov za konkurenco.

115. Glede na trajanje takega ravnanja bi se o takem tveganju lahko sklepalo zlasti iz izgube tržnih deležev konkurenta.

51 — V obravnavanem primeru je družba Post Danmark na obravnavi ponovila, da za predčasno prekinitev pogodbe o direktni pošti s strani ene od njenih strank ni naložena nobena kazen in da je pogojena samo z enomesečnim odpovednim rokom. Ta položaj naj bi se torej zelo jasno razlikoval od položaja v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Compagnie maritime belge transports in drugi (točka 117), v kateri je Sodišče še posebej vztrajalo pri dejstvu, da je prevladujoče podjetje ponujalo nizke cene strankam svojega konkurenta, medtem ko je lahko za storitve, ki jih ta konkurenca ni ogrožala, od uporabnikov še naprej zahtevalo višje cene.

52 — Glej med drugim na splošno 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*, op. cit., str. 11.

53 — Glej v zvezi s tem zlasti deli Faulhaberja, G. R., „Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises“, *American Economic Review*, 1975, št. 5, str. 966, in „Cross-Subsidy Analysis with more than two services“, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, št. 3, str. 441, ki vsebuje to opredelitev: „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“. Glej tudi Thouvenin, V., *op. cit.*, str. 11.

116. Vendar pa se v zadevi v glavni stvari zdi, kot sem navedel v točki 14 teh sklepnih predlogov, da danski organi za konkurenco niso mogli ugotoviti obstoja nezakonitih navzkrižnih subvencij v korist dejavnosti direktne pošte družbe Post Danmark. Vseeno bo predložitveno sodišče moralo to preveriti.

117. Na tej stopnji se je še mogoče vprašati o sorazmernosti cenovne ponudbe družbe Post Danmark za eno od glavnih strank njenega edinega ali glavnega konkurenta na trgu direktne pošte. To vprašanje ima dva vidika.

118. Po eni strani bi se lahko vprašali, ali se ni bilo prevladujoče podjetje na trgu glede na svojo posebno odgovornost dolžno vzdržati selektivne ponudbe cene, ki je višja od njegovih povprečnih dodatnih stroškov, in tako za svoje stalne stranke uporabljati nediskriminacijsko cenovno politiko. Po drugi strani se lahko vprašamo o razlogih, iz katerih lahko prevladujoče podjetje, kot je Post Danmark, spreminja svoje cenovne ponudbe med strankami svojega konkurenta.

119. V zvezi s prvo točko menim, da bi z obveznostjo za prevladujoče podjetje, da svojim stalnim strankam in strankam svojega konkurenta ponudi enake cene, se pravi, v zadevi v glavni stvari, da odobri enotno ceno, ki je višja od povprečnih dodatnih stroškov, res lahko preprečili izvajanje tako imenovane diskriminacije „drugega reda“ („secondary-line discrimination“), do katere prihaja med poslovnimi partnerji navedenega podjetja, vendar pa to ne bi imelo pozitivnega vpliva na morebitni učinek izrinjenja, ki bi ga to ravnanje imelo na konkurenta tega podjetja. Čeprav je namreč res mogoče, da prakse enotnega oblikovanja cen ni mogoče ohraniti tako dolgo kot prakse selektivnega oblikovanja cen, pa po drugi strani višina cen, ki jih prevladujoče podjetje ponuja zadevni stranki konkurenta, ostane nespremenjena ne glede na to, ali je ta cena ponujena selektivno ali v okviru enotne tarife.

120. Kar zadeva drugo točko in če se za stranke konkurenta, ki so jim bile ponujene različne cene, šteje, da so v primerljivih položajih, ne morem razumeti razlogov, iz katerih prevladujoče podjetje, kot je Post Danmark, te ponudbe oblikuje tako, da dve od njih (to je ponudbi za Spar in SuperBest) pokrivata povprečne celotne stroške, nastale temu podjetju, medtem ko jih tretja (to je ponudba za Coop) ne pokriva, čeprav sta v prvem primeru ponudbi, ki ne vsebujeta, kot sem že rekel, nobenega tveganja za izrinjenje konkurenta, še vedno nižji od cen, ki jih ponuja navedeni konkurent. Tako bi bila lahko tudi cena, ki bi bila na ravni cene, ponujene skupinama Spar in SuperBest, dovolj privlačna za stranko, kot je Coop, ker bi, kot se zdi, ostala nižja od cen, ki jih ponuja družba FK, ne da bi vključevala morebitne predhodno navedene učinke izrinjenja konkurenta. Vendar pa bo uresničitev teh učinkov izrinjenja odvisna predvsem od možnosti prevladujočega podjetja, da subvencionira cene, ponujene skupini Coop, s svojimi delno rezerviranimi dejavnostmi na področju, na katerem je pooblaščeno za opravljanje naloge univerzalne storitve.

121. Če končam, pristop, ki ga zagovarjam in pri katerem dajem prednost preučitvi vsaj morebitnega učinka izrinjenja, in ne namena izrinjenja kot v zgoraj navedeni sodbi Akzo proti Komisiji, se mi zdi ustreznejši tudi glede na okoliščine v zadevi v glavni stvari. V nasprotju z okoliščinami, ki so bile povod za zgoraj navedeno sodbo Akzo proti Komisiji, predložitveno sodišče namreč ne obravnava niza zlorabnih ravnanj istega podjetja, od katerih je več ravnanj nedvomno namenjenih izključitvi njegovega konkurenta, kar lahko po mojem mnenju pojasni, zakaj se je Sodišče pri preučitvi prakse selektivnega oblikovanja cen družbe Akzo lahko omejilo na to, da je na podlagi tega sklepalo o namenu tega podjetja, da škoduje svojemu konkurentu.

122. Posledica sprejetja pristopa, ki bi temeljil na namenu izrinjenja, in ne na njegovih učinkih, bi bila ugotovitev, da vsaka praksa selektivnega oblikovanja cen pomeni zlorabo z izrinjenjem, če so cene, ki jih ponuja prevladujoče podjetje, nižje od povprečja njegovih celotnih stroškov, razen če je ta praksa ekonomsko upravičena. Kot sem že poudaril v zgornjih razmislekih, se mi taka predpostavka ne zdi niti ekonomsko niti pravno utemeljena niti smotrna. Te predpostavke ni mogoče samodejno izpeljati iz različne obravnave pri oblikovanju cen za stalne stranke prevladujočega podjetja in stranko ali stranke konkurenta tega podjetja.

123. Na podlagi vseh teh razlogov menim, da je treba člen 82 ES razlagati tako, da ravnanje prevladujočega podjetja, s katerim glavni stranki svojega glavnega ali edinega konkurenta na nacionalnem trgu direktne pošte, popolnoma odprtem za konkurenco, odobri selektivno znižanje cene, ki je določena na raven, višjo od povprečnih dodatnih stroškov, a nižjo od povprečnih celotnih stroškov tega podjetja, pomeni zlorabo prevladujočega položaja, če se lahko selektivna cenovna ponudba subvencionira s prihodki iz delno rezervirane dejavnosti prevladujočega podjetja na trgu poštnih storitev, na katerem izpolnjuje obveznosti univerzalne storitve, tako da povzroči izrinjenje navedenega konkurenta. Da bi opredelili obstoj nezakonite navzkrižne subvencije v korist dejavnosti direktne pošte prevladujočega podjetja, je treba preučiti, ali prihodki, ustvarjeni s storitvami, ki jih to podjetje opravlja na trgu poštnih storitev, na katerem izpolnjuje obveznosti univerzalne storitve, presegajo neodvisne stroške teh storitev. Predložitveno sodišče mora preveriti, ali to velja v zadevi v glavni stvari.

III – Predlog

124. Glede na zgornje ugotovitve Sodišču predlagam, naj na vprašanji, ki ju je predložilo Højesteret, odgovori:

Člen 82 ES je treba razlagati tako, da ravnanje prevladujočega podjetja, s katerim glavni stranki svojega glavnega ali edinega konkurenta na nacionalnem trgu direktne pošte, popolnoma odprtem za konkurenco, odobri selektivno znižanje cene, ki je določena na raven, višjo od povprečnih dodatnih stroškov, a nižjo od povprečnih celotnih stroškov tega podjetja, pomeni zlorabo prevladujočega položaja, če se lahko selektivna cenovna ponudba subvencionira s prihodki iz delno rezervirane dejavnosti prevladujočega podjetja na trgu poštnih storitev, na katerem izpolnjuje obveznosti univerzalne storitve, tako da povzroči izrinjenje navedenega konkurenta. Da bi opredelili obstoj nezakonite navzkrižne subvencije v korist dejavnosti direktne pošte prevladujočega podjetja, je treba preučiti, ali prihodki, ustvarjeni s storitvami, ki jih to podjetje opravlja na trgu poštnih storitev, na katerem izpolnjuje obveznosti univerzalne storitve, presegajo neodvisne stroške teh storitev. Predložitveno sodišče mora preveriti, ali so ti pogoji v zadevi v glavni stvari izpolnjeni.