



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

J. КОКОТТ

представено на 21 май 2015 година¹

Дело C-23/14

Post Danmark A/S

срещу

Konkurrencerådet

(Преюдициално запитване,

отправено от Dänischen Sø- og Handelsret)

„Конкуренция — Злоупотреба с господстващо положение (член 82 ЕО) — Пощенски услуги — Датски пазар на доставянето на масови пощенски пратки — Пряка пощенска реклама — Монополно положение на бившето държавно пощенско предприятие върху значителна част от пазара — Схема за отстъпки — Отстраняващ ефект — Липса на праг на значителност или на de minimis праг — Проверка за равностойния по ефикасност конкурент (тест на „as efficient competitor““

I – Въведение

1. Настоящото преюдициално запитване за пореден път дава възможност на Съда да прецизира, с оглед на член 82 ЕО, настоящия член 102 ДФЕС, практиката си относно злоупотребата със схеми за отстъпки на предприятия с господстващо положение, началото на която е поставено преди повече от 40 години².

2. Въпросът по това дело е дали през 2007 г. и 2008 г. датското предприятие Post Danmark A/S е злоупотребило с господстващото си положение на пазара на доставянето на масови пощенски пратки на получатели в Дания. При това по същество следва да се обсъди дали Post Danmark е извършило злоупотреба посредством практики за отстраняване на конкуренти, като е предоставяло отстъпки в размер до 16 % при доставката на пряка пощенска реклама, когато през референтния едногодишен период неговите клиенти достигнат определени стандартизирани прагове за количество или оборот. В същото време съответната отстъпка има обратно действие, т.е. прилага се за всички пратки с пряка пощенска реклама, доставени на съответния клиент през целия референтен период.

3. По-специално в този случай Съдът следва да изясни дали за да се прецени антиконкурентният характер на схеми за отстъпки по смисъла на член 82 ЕО, е налице правно задължение да се извърши анализ на цените и разходите, при който търговското поведение на предприятието с господстващо положение да се сравни с това на равностоеен по ефикасност

¹ — Език на оригиналния текст: немски.

² — Вж. по-специално решения Suiker Unie и др./Комисия (40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, EU:C:1975:174), Hoffmann-La Roche/Комисия (85/76, EU:C:1979:36), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия (322/81, EU:C:1983:313), British Airways/Комисия (C-95/04 P, EU:C:2007:166), Tomra Systems и др./Комисия (C-549/10 P, EU:C:2012:221) и Michelin/Комисия (T-203/01, EU:T:2003:250).

конкурент (т.нар. тест на „as efficient competitor“, наричан по-нататък „АЕС тест“). Освен това се поставя въпросът дали отстраняващият ефект на схемата за отстъпки на предприятие с господстващо положение трябва да надхвърля някакъв праг на значителност (de minimis праг), за да бъде квалифициран като антиконкурентен.

4. Тези въпроси имат особено значение във време, в което се увеличават изискванията за по-икономически ориентиран подход в европейското право в областта на конкуренцията („more economic approach“). Според мен при отговора си, чието значение може да бъде емблематично и да надхвърли далеч рамките на настоящото дело³, Съдът не би следвало да се влияе толкова от духа на времето или от преходни модни тенденции, а по-скоро да вземе предвид правните основи, върху които стъпва забраната за злоупотреба с господстващо положение в законодателството на Съюза.

II – Правна уредба

5. Приложимата в настоящото дело правна уредба на Съюза се съдържа в член 82 ЕО (понастоящем член 102 ДФЕС). В член 11 от Konkurrencelov⁴ датското право предвижда национална разпореда, която, за целите на настоящия случай, съответства на член 82 ЕО и която, видно от подготвителните работи по закона, следва да се тълкува в съответствие с член 82 ЕО.

III – Фактите и спорът по главното производство

6. Главното производство се отнася до спор между Post Danmark и датския орган по конкуренцията, Konkurrencerådet⁵. С решение от 24 юни 2009 г. Konkurrencerådet установява, че през 2007 г. и 2008 г. Post Danmark е злоупотребило с господстващото си положение на датския пазар на масови пощенски пратки посредством схема за отстъпки върху пряката пощенска реклама и по този начин е нарушило член 82 ЕО, както и член 11 от Konkurrencelov. Ето защо Konkurrenceråd забранява на предприятието по-нататъшното прилагане на схемата за отстъпки.

7. Към момента на настъпване на фактите по главното производство дялове в Post Danmark притежават както датската държава, така и частни инвеститори. Предприятието има законоустановено задължение да предоставя универсална услуга във връзка с определени пощенски пратки, между които и пряка пощенска реклама, и трябва да прилага единни тарифи на цялата датска територия. В замяна Post Danmark разполага със законоустановен монопол върху всички пощенски пратки под 50 гр. По този начин около 70 % от пазара на масови пощенски пратки попада в обхвата на изключителните права на Post Danmark.

8. Запитващата юрисдикция счита пазара на масови пощенски пратки в Дания за съответния продуктов и географски пазар. През разглеждания период делът на Post Danmark на този пазар е около 95 %. Пряката пощенска реклама, т.е. адресирана пощенска реклама, която се изпраща едновременно на голям брой получатели, образува сегмент от този пазар на масови пощенски пратки в размер на около 12 % от общия пазар за 2007 г. и 7 % за 2008 г. Делът на пряката пощенска реклама, която не е била обхваната от монопола на Post Danmark, през 2007 г. възлиза на около 15 % и през 2008 г. на около 9 % от пазара на масови пощенски пратки.

3 — Значението на въпроса за правното задължение да се извърши АЕС тест във връзка със схеми за отстъпки не бива да се подценява и във висшето производство по обжалване на решение Intel/Комисия (C-413/14 P).

4 — Закон за конкуренцията.

5 — Съвет по конкуренцията.

9. От 2007 г. Bring Citymail Danmark A/S, дъщерно дружество на норвежкото държавно предприятие Posten Norge AS, предлага в конкуренция с Post Danmark доставянето на бизнес поща, в това число пряка пощенска реклама, в Копенхаген и околността и през разглеждания период е единственият сериозен конкурент на Post Danmark на датския пазар на масови пощенски пратки. В началото на 2010 г. поради големи загуби Bring Citymail се оттегля от датския пазар. Страните не са на едно мнение по въпроса дали това оттегляне се дължи на прилаганата от Post Danmark по това време схема за отстъпки върху пряката пощенска реклама.

10. Посочената схема за отстъпки започва да се прилага от 2003 г. Отстъпките, които са в размер между 6 % и 16 % от обичайните пощенски разноски⁶, са стандартизирани и се предлагат на всички клиенти при еднакви публично оповестени условия. Те се прилагат за периоди от по една година. За да се предостави отстъпка през даден едногодишен референтен период, се вземат предвид всички възложени на Post Danmark пратки, всяка от които с обем от най-малко 3 000 писма. При това схемата за отстъпки не предвижда разграничение в зависимост от това дали пратките попадат в обхвата на монопола на Post Danmark, или в съответния район действия конкурент.

11. Условие за достигане на първия праг за отстъпки, който предвижда намаление на цената от 6 %, е клиентът да предаде за доставяне през дадена референтна година най-малко 30 000 писма или брутната стойност на пощенските разноски за неговите пратки да възлиза най-малко на 300 000 DKK. Прилаганата от Post Danmark скала предвижда още осем нива за отстъпки⁷. При достигане на първите седем нива за отстъпка намалението на цената за всяко от тях е един процент, при достигане на последните две нива за отстъпки намалението на цената за всяко от тях е два процента, докато се достигне максималният размер на отстъпката от 16 %. Стъпаловидното определяне на предоставените отстъпки се отразява преди всичко на средните клиенти, докато поради обема на поръчките си големите клиенти така или иначе достигат редовно най-високото ниво на отстъпки.

12. На практика схемата за отстъпки се прилага, като цената за даден клиент се определя предварително в началото на всяка референтна година въз основа на обема, който се очаква да бъде заявен от него. След това в края на референтната година се извършва — със задна дата — корекция на всички цени въз основа на действително изпратените през годината писма по заявка на клиента. Това би могло да доведе до задължение за възстановяване от страна на клиента към Post Danmark, когато действително заявеният от него обем е по-малък от прогнозирания и следователно в началото на годината е предварително изчислена и предоставена по-голяма отстъпка.

13. Konkurrenceråd счита, че прилагането на описаната схема за отстъпки представлява злоупотреба с господстващо положение. Според него начинът на предоставяне на отстъпките обвързва клиентите с Post Danmark и така блокира пазара на масови пощенски пратки за настоящи и потенциални конкуренти, без в замяна на това да са налице предимства по отношение на ефикасността, които да са от полза на потребителите и които могат да компенсират антиконкурентните последици.

14. В рамките на извършената от него преценка Konkurrenceråd отказва да направи анализ на цените и разходите посредством АЕС тест. Според него това не е подходящ критерий за оценка, тъй като поради специфичните обстоятелства на датския пазар на пощенски услуги изобщо не може да има равностоен по ефикасност конкурент. Органът по конкуренцията

6 — Според Post Danmark средният размер на предоставената отстъпка е бил 10,6 %.

7 — Следващите прагове за отстъпки са 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 и 2 000 000 пратки или брутна стойност в размер на поне 750 000 DKK, 1 500 000 DKK, 3 000 000 DKK, 5 000 000 DKK, 7 500 000 DKK, 10 000 000 DKK, 15 000 000 DKK и 20 000 000 DKK.

мотивиращо становището си за наличие на злоупотреба по-скоро с особеното положение на Post Danmark на съответния пазар, което прави предприятието неизбежен търговски партньор. Освен това Konkurrenceråd отбелязва и наличието на бариери пред навлизането на пазара, както и конкретния начин, по който функционира схемата за отстъпки, и по-специално факта, че тя се прилага с обратно действие за едногодишен референтен период, размера на отстъпката до 16 % и изследване на действителното положение на клиента в рамките на скалата за отстъпки.

15. Konkurrenceankenævn⁸ потвърждава решението на Konkurrencerådet с определение от 10 май 2010 г. На 1 юли 2010 г. Post Danmark обжалва определението пред запитващата юрисдикция, Sø- og Handelsret⁹ в Дания. Bring Citymail Danmark встъпва в главното производство в подкрепа на Konkurrencerådet.

IV – Преюдициалното запитване и производството пред Съда

16. С определение от 8 януари 2014 г., постъпило на 16 януари 2014 г., Sø- og Handelsret поставя на Съда следните преюдициални въпроси:

- 1) Какви насоки следва да се използват, за да се установи дали прилаганата от предприятие с господстващо положение схема за отстъпки със стандартизирани количествени прагове, която отговаря на посочените [...] в преюдициалното запитване характеристики, представлява злоупотреба с господстващо положение в противоречие с член 82 ЕО?

От Съда се иска в отговора си да изясни какво значение има за тази преценка въпросът дали праговете на схемата за отстъпки са определени така, че тя се прилага за по-голямата част от клиентите на този пазар.

Освен това от Съда се иска в отговора си да изясни какво е значението, и дали има такова, на цените и разходите на предприятието с господстващо положение за оценката по член 82 ЕО на такава схема за отстъпки (значението на теста на „as efficient competitor“).

В същото време от Съда се очаква да изясни какво значение имат в това отношение характеристиките на пазара, включително дали те могат да обосноват блокиращият ефект да бъде доказан чрез изследвания и анализи, различни от теста на „as efficient competitor“ (вж. в тази връзка точка 24 от Съобщението на Комисията по прилагането на член 82 ЕО).

- 2) Колко вероятен и колко сериозен трябва да е антиконкурентният ефект на схема за отстъпки, която отговаря на посочените в преюдициалното запитване характеристики, за да се приложи член 82 ЕО?
- 3) Предвид отговорите, дадени на първия и втория въпрос, какви конкретни обстоятелства трябва да вземе предвид националният съд, за да прецени дали схема за отстъпки — при условия като описаните в преюдициалното запитване (характеристики на пазара и на схемата за отстъпки) — има или може да има такъв блокиращ ефект в конкретния случай, че да представлява злоупотреба по член 82 ЕО?

Има ли в тази връзка изискване блокиращият ефект да е значителен?

⁸ — Апелативен съд по въпросите на конкуренцията.

⁹ — Морски и търговски съд.

17. В хода на преюдициалното производство пред Съда освен Post Danmark и Bring Citymail писмени становища представят Кралство Дания, Федерална република Германия, Европейската комисия и Надзорният орган на ЕАСТ. Същите участници в производството, с изключение на Германия, вземат участие в съдебното заседание на 26 май 2015 г.

V – Правен анализ

18. С подробните си въпроси Sø- og Handelsret иска по същество да установи какви критерии или „насоки“ следва да прилага при преценката на схеми за отстъпки на предприятия с господстващо положение в рамките на член 82 ЕО. По-специално запитващата юрисдикция иска да изясни дали е налице правно задължение за извършване на АЕС тест, за да се установи злоупотреба с господстващо положение, и дали при преценката на отстраняващия ефект, който дадена схема за отстъпки може да породии, се прилага праг на значителност (de minimis праг).

19. Тези въпроси се поставят в контекста на схемата за отстъпки на Post Danmark, която се отличава по-специално със следните характеристики:

- схемата за отстъпки се основава на стандартизирани и общо приложими условия, състои се от девет нива на отстъпки с намаления между 6 % и 16 %, отнася се за референтен период от една година и има ретроактивен характер.
- схемата за отстъпки се прилага на пазар, на който делът на Post Danmark е 95 %, и повече от 70 % от подлежащите на доставяне писма попадат в обхвата на законоустановения монопол на предприятието; налице са големи бариери пред навлизането на пазара, Post Danmark разполага със структурни предимства и се е конкурирало само за определено време със значително по-малък конкурент — Bring Citymail, в един географски подрайон на пазара.

20. Отговорът на това преюдициално запитване следва да се основе на текста на забраната за злоупотреба с господстващо положение преди влизането в сила на Договора от Лисабон, тъй като в главното производство се разглежда схема за отстъпки, прилагана през 2007 г. и 2008 г., а и защото спорното решение на датския орган по конкуренцията е прието още през юни 2009 г. Несъмнено по-нататъшният анализ на член 82 ЕО може да се отнесе без проблеми и към член 102 ЕО, който е със същото съдържание.

21. Тъй като отделните преюдициални въпроси се припокриват значително помежду си, препоръчително е на тях да се отговори в друга поредност и така различните правни въпроси, засегнати в определението за преюдициално запитване, да се разгледат последователно.

A– Критериите за преценката на схеми за отстъпки на предприятия с господстващо положение

1. Общи положения (първа част на първия въпрос)

22. В първата част на първия въпрос запитващата юрисдикция разглежда общия законов режим, който съгласно член 82 ЕО се прилага за преценката на схемите за отстъпки на предприятия с господстващо положение.

23. На пръв поглед може да изглежда изненадващо, че отстъпки на предприятия с господстващо положение, които все пак представляват ценово предимство за неговите клиенти, могат да бъдат квалифицирани като злоупотреба съгласно член 82 ЕО.

24. Въпреки това следва да се вземе предвид, че конкуренцията на съответния пазар е отслабена именно поради присъствието на предприятието с господстващо положение¹⁰. По тази причина това предприятие — независимо от причините за господстващото му положение на пазара — носи особена отговорност да не накърнява с поведението си ефективната и ненарушена конкуренция на вътрешния пазар¹¹.

25. Съответно в рамките на приложното поле на член 82 ЕО предприятието с господстващо положение е подложено на известни ограничения, които не се прилагат в същия вид за другите предприятия. Практика, която е разрешена в условията на нормална конкуренция, може да представлява злоупотреба, когато се прилага от предприятие с господстващо положение¹². По-специално не всяка ценова конкуренция, към която прибегва предприятието с господстващо положение, може да се счита за законосъобразна¹³.

26. Както правилно отбелязва Комисията, зад предоставените от господстващи предприятия отстъпки понякога могат да се крият антиконкурентни практики, които само на пръв поглед са израз на особено изгодно пазарно предложение, но ако се разгледат по-внимателно, се оказва, че нямат нищо общо с действително ниски цени и могат много да навредят на конкуренцията.

27. Действително по отношение на схемите за отстъпки на предприятия с господстващо положение не е налице обща презумпция за злоупотреба, която трябва да бъде оборена от тези предприятия. Въпреки това при такива отстъпки разграничението между легитимна конкуренция, основана на предимствата, от една страна, и антиконкурентно търговско поведение, от друга страна, е деликатен въпрос, който по начало се нуждае от внимателна проверка.

28. В съдебната практика¹⁴ е установено, че чисто количествени отстъпки, които са обвързани единствено с обема на направените покупки, обикновено не пораждаат антиконкурентни последици и не са представляват злоупотреба, дори да са предоставени от предприятие с господстващо положение. Действително, ако увеличаването на доставеното количество води до по-нисък разход за доставчика, той има право да предостави на своя клиент това намаление посредством една по-благоприятна тарифа. От друга страна, по правило за злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО се считат отстъпки за лоялност или отстъпки за постигнати цели, с които предприятия с господстващо положение се опитват да обвържат собствените си клиенти към себе си и да привлекат клиентите на свои конкуренти.

29. В крайна сметка обаче за преценката на схемата за отстъпки на предприятие с господстващо положение не е определяща възможността тази схема да се причисли към някоя традиционна категория, по-специално тази на отстъпки за количество или отстъпки за лоялност. От решаващо значение е по-скоро дали чрез предимство, което не почива на никаква обосноваваща го икономическа престация, с отстъпките се цели да се отнеме или да се ограничи възможността на купувача да избира източниците си на снабдяване, да се препречи достъпът на конкурентите

10 — Решения Hoffmann-La Roche/Комисия (85/76, EU:C:1979:36, т. 91), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия (322/81, EU:C:1983:313, т. 70) и Tomra Systems и др./Комисия (C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 17).

11 — Решение Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия (322/81, EU:C:1983:313, т. 57); в същия смисъл са решения France Télécom/Комисия (C-202/07 P, EU:C:2009:214, т. 105), Deutsche Telekom/Комисия (C-280/08 P, EU:C:2010:603, т. 176) и TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, т. 24).

12 — Решение Compagnie maritime belge transports и др./Комисия (C-395/96 P и C-396/96 P, EU:C:2000:132, т. 131).

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

14 — Решения Suiker Unie и др./Комисия (40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, EU:C:1975:174, т. 518), Hoffmann-La Roche/Комисия (85/76, EU:C:1979:36, т. 89 и 90), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия (322/81, EU:C:1983:313, т. 71), Португалия/Комисия (C-163/99, EU:C:2001:189, т. 50), Tomra Systems и др./Комисия (C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 70) и Michelin/Комисия (T-203/01, EU:T:2003:250, т. 56—59).

до пазара или да се укрепи господстващото положение, като се нарушава конкуренцията¹⁵. Накратко, от значение е дали предприятието с господстващо положение предоставя отстъпки, които могат да окажат отстраняващ ефект върху съответния пазар, без да те да са икономически обосновани, а именно спестяване на разходите, което ползва клиентите¹⁶. Освен това член 82, втора алинея, буква в) ЕО специално забранява на предприятието с господстващо положение да предоставя дискриминиращи отстъпки, с които се прилагат различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговски партньори¹⁷.

30. В настоящия случай няма данни за дискриминационен характер на прилаганата от Post Danmark схема за отстъпки предвид нейните стандартизирани и общо приложими условия. Затова сезираните със спора по главното производство национални органи правилно са насочили вниманието си направо към въпроса дали схемата за отстъпки на Post Danmark може да породи икономически необоснован отстраняващ ефект.

31. Въпросът дали предоставените от дадено предприятие с господстващо положение отстъпки могат да окажат такъв отстраняващ ефект, трябва да се изследва въз основа на цялостна преценка на всички релевантни за отделния случай обстоятелства¹⁸ (по този въпрос вж. съображенията ми в точки 2 и 3 по-долу).

32. В тази връзка е очевидно, че нито желанието на предприятието с господстващо положение да увеличи оборота си, нито усилията му да планира по-добре дейността си могат да се разглеждат като икономическо основание за предоставянето на отстъпки, когато те могат да предизвикат отстраняващ ефект¹⁹.

2. Обстоятелствата, които трябва да се вземат предвид при преценката на схеми за отстъпка (първа част на третия въпрос и последна част на първия въпрос)

33. В първата част на третия въпрос и последната част на първия въпрос става дума за конкретните обстоятелства, които трябва да се вземат предвид при преценката на възможния отстраняващ ефект на схеми за отстъпки на предприятия с господстващо положение по член 82 ЕО.

34. Естествено не е възможно общовалидно и изчерпателно изброяване на обстоятелствата, които трябва да се вземат предвид в рамките на член 82 ЕО, тъй като всеки пазар и всяка схема за отстъпки имат своите особености. Все пак в контекста на описаната в акта за преюдициално запитване фактическа обстановка в главното производство на запитващата юрисдикция могат да бъдат дадени няколко полезни указания, които да я улеснят при вземането на решение.

15 — Решения *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия* (322/81, ЕУ:С:1983:313, т. 73), *British Airways/Комисия* (С-95/04 Р, ЕУ:С:2007:166, т. 67), *Tomra Systems и др./Комисия* (С-549/10 Р, ЕУ:С:2012:221, т. 71) и *Michelin/Комисия* (Т-203/01, ЕУ:Т:2003:250, т. 60).

16 — Решение *British Airways/Комисия* (С-95/04 Р, ЕУ:С:2007:166, т. 68 и 69).

17 — Решения *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия* (322/81, ЕУ:С:1983:313, т. 73), *British Airways/Комисия* (С-95/04 Р, ЕУ:С:2007:166, т. 67), *Португалия/Комисия* (С-163/99, ЕУ:С:2001:189, т. 50) и *Michelin/Комисия* (Т-203/01, ЕУ:Т:2003:250, т. 60).

18 — Решения *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия* (322/81, ЕУ:С:1983:313, т. 73), *British Airways/Комисия* (С-95/04 Р, ЕУ:С:2007:166, т. 67), *Tomra Systems и др./Комисия* (С-549/10 Р, ЕУ:С:2012:221, т. 18 и 71) и *Michelin/Комисия* (Т-203/01, ЕУ:Т:2003:250, т. 60).

19 — Решение *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия* (322/81, ЕУ:С:1983:313, т. 85).

35. Според установената съдебна практика от значение при преценката на дадена схема за отстъпки с оглед на член 82 ЕО са по-специално критериите и условията за предоставяне на отстъпките²⁰ (по този въпрос вж. подточка а) по-долу). Както обаче е видно от използваната от Съда формулировка „по-специално“, освен тях могат да играят роля и други фактори, а именно преобладаващите условия на конкуренцията на съответния пазар и тясно свързаната с тях позиция на предприятието с господстващо положение на този пазар (вж. подточка б) по-долу).

а) Критериите и условията за предоставяне на отстъпките

36. Що се отнася на първо място до критериите и условията за предоставянето на отстъпките, за злоупотреба при схемата за отстъпки може да става въпрос, когато тя — както процесната схема за отстъпки на Post Danmark — няма само прогресивен ефект, в смисъл, че достигането на всеки нов праг за отстъпки води не само до намаляване на цената за всички допълнително направени покупки, но има и обратно действие и следователно намалява със задна дата цената на всички вече направени през даден референтен период покупки²¹.

37. Това е така, защото по този начин дори и относително скромно изменение — независимо дали нарастване или намаляване — на оборота от продуктите на предприятието с господстващо положение има несъразмерно големи последици за контрагентите²². Съответно такава схема за отстъпки най-често създава обвързващ ефект, който може да се определи и като засмукващо действие. То улеснява предприятието с господстващо положение да обвърже собствените си клиенти към себе си, както и да привлече клиентите на своите конкуренти и така в крайна сметка да привлече към себе си оспорваната част от търсенето на съответния пазар²³.

38. Ясно е, че това засмукващо действие е толкова по-силно, колкото по-големи са предоставените отстъпки и колкото по-продължителен е изминалият референтен период, за който се отнасят отстъпките при достигане на всеки нов праг. Фактът — както е в случая — че се предоставят сравнително високи отстъпки между 6 % и 16 %, при това с обратно действие и за относително дълъг референтен период от една година²⁴, е индикация за силно засмукващо действие. В настоящия случай засмукващото действие се усилва и от това, че отстъпките са се прилагали еднакво както за оспорваната, така и за неоспорваната част от търсенето, т.е. по-конкретно обхванатите от законово установения монопол на Post Danmark пратки до 50 гр.

39. Ако в допълнение може да се докаже и намерение за отстраняване на конкурент от страна на предприятието с господстващо положение, то това ще е важна допълнителна индикация за злоупотребата с прилаганата от него схема за отстъпки²⁵. Такова намерение или стратегия за отстраняване обаче не е задължително условие, за да се установи нарушение на член 82 ЕО, тъй като злоупотребата с господстващо пазарно положение е обективно понятие²⁶. Фактът, че в настоящия случай Post Danmark твърди липсата на намерение за отстраняване в действията си, сам по себе си изобщо не защитава предприятието от установяването на злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО.

20 — Решения *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия* (322/81, EU:C:1983:313, т. 73), *British Airways/Комисия* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 67), *Tomra Systems и др./Комисия* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 71) и *Michelin/Комисия* (T-203/01, EU:T:2003:250, т. 60).

21 — В този смисъл са решения *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия* (322/81, EU:C:1983:313, т. 81), *British Airways/Комисия* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 73) и *Tomra Systems и др./Комисия* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, по-специално т. 75).

22 — Решение *British Airways/Комисия* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 73).

23 — Решение *Tomra Systems и др./Комисия* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 79).

24 — Относно продължителността на референтния период вж. например решение *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия* (322/81, EU:C:1983:313, т. 81).

25 — В този смисъл вж. решение *Tomra Systems и др./Комисия* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 20 и 21).

26 — Решения *Hoffmann-La Roche/Комисия* (85/76, EU:C:1979:36, т. 91), *AKZO/Комисия* (C-62/86, EU:C:1991:286, т. 69), *TeliaSonera* (C-52/09, EU:C:2011:83, т. 27) и *Tomra Systems и др./Комисия* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 17 и 23).

40. Действително злоупотребата с отстъпки от страна на предприятието с господстващо положение е особено очевидна, когато е налице дискриминация между търговски партньори по смисъла на член 82, втора алинея, буква в) ЕО. Дадена схема за отстъпки обаче може да представлява злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО и когато води до антиконкурентни отстраняващи последици на пазара, без да са налице дискриминационни елементи²⁷. В тази връзка Надзорният орган на ЕАСТ правилно изтъква, че става въпрос не толкова за разлика между индивидуализирани и стандартизирани отстъпки, а за преценка дали съответната схема за отстъпки всъщност е в състояние да произведе отстраняващи ефекти на пазара.

41. Накрая, противно на твърдението на жалбоподателите, фактурирането на „отрицателни цени“ към клиентите, тоест на цени, по-ниски от себестойността, не е предварително условие за установяването на злоупотреба при прилагането на схема за отстъпки със задна дата от страна на предприятие с господстващо положение²⁸. Това е така, защото поради значително по-големия си оборот, предприятието с господстващо положение обикновено може да продължи да покрива разходите си въпреки предоставянето на големи отстъпки.

б) Преобладаващите условия на конкуренция на съответния пазар и позицията на предприятието с господстващо положение на този пазар

42. На следващо място, що се отнася до преобладаващите условия на конкуренция и позицията на предприятието с господстващо положение на съответния пазар, антиконкурентният отстраняващ ефект на схемата за отстъпки е толкова по-вероятен и значителен, колкото по-силно е господстващото предприятие на съответния пазар и колкото по-слаби са позициите на неговите настоящи или потенциални конкуренти. В това отношение трябва да се вземат предвид не само пазарните дялове на предприятието с господстващо положение и на неговите конкуренти, но и произходът на господстващото положение на предприятието и евентуално наличието на негов законово установен монопол за целия пазар или за част от него²⁹.

43. Видно от констатациите в преюдициалното запитване, в настоящия случай Post Danmark, като исторически държавно пощенско предприятие, разполага със смазващ пазарен дял от 95 % от датския пазар на масови пощенски пратки, докато този на Bring Citymail е само около 5 %.

44. Една толкова голяма разлика между пазарните дялове на предприятието с господстващо положение и дела на конкуренцията може да усили действието на отстраняващите ефекти, защото при тези условия за конкурентите на предприятието с господстващо положение е особено трудно да предложат по-изгодни отстъпки, основани на общия обем на продажбите³⁰.

45. Освен това 70 % от този пазар са в обхвата на законово установения монопол на Post Danmark — а именно, монопола върху пратките до 50 гр — и следователно поначало не е била възможна конкуренция. Също така Bring Citymail — единственият сериозен конкурент на Post Danmark — действа само в географски подрайон на пазара, а именно в района на Копенхаген, докато Post Danmark разполага с ефикасна дистрибуторска мрежа на територията на цялата страна.

27 — Решение Michelin/Комисия (T-203/01, EU:T:2003:250, т. 65).

28 — Решение Tomra Systems и др./Комисия (C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 73).

29 — В този смисъл вж. още решение Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, т. 23 накрая).

30 — Решения Netherlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия (322/81, EU:C:1983:313, т. 82) и British Airways/Комисия (C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 75), както и заключението ми по дело British Airways/Комисия (C-95/04 P, EU:C:2006:133, т. 52).

46. Всичко това сочи, че предвид своето открояващо се положение на пазара Post Danmark е било неизбежен търговски партньор и че прилаганите от него отстъпки са съдържали значителен потенциал за отстраняване³¹. Това впечатление се засилва при прегледа на някои структурни елементи, с които съответният пазар се отличава.

47. Както вече бе споменато, за пазара на масовите пощенски пратки в Дания е характерно предоставянето на услуги посредством изградена мрежа. За да работи ефикасно и да може да предоставя очакваните от клиентите услуги, доставчик на такъв пазар се нуждае от дистрибуторска мрежа с възможно най-голям капацитет. Както е установено и в акта за преюдициално запитване, обратната страна на медала е, че от икономическа гледна точка такъв пазар се отличава с високи икономии от мащаба и големи бариери, които затрудняват конкурентите на предприятието с господстващо положение да се установят на пазара и да се конкурират с това предприятие за оспорваната част от търсенето.

48. Освен това за преценката на възможни отстраняващи ефекти на схеми за отстъпки на предприятие с господстващо положение може да бъде от значение доколко клиентите на съответния пазар са склонни да променят доставчика си и изобщо каква част от нуждите им могат да покрият конкурентите на предприятието с господстващо положение, без тези клиенти да търпят загуби поради отстъпките.

49. В това отношение в главното производство е установено, че при две трети от достъпните за конкуренция пощенски пратки съответните клиенти биха сменили Post Danmark с друг доставчик на пощенски услуги само ако приемат загубите, свързани с отстъпката. Това показва, че схемата за отстъпки на Post Danmark има голям потенциал за отстраняване.

50. Ето защо се налага изводът, че предвид условията на конкуренция на съответния пазар и позицията на предприятието с господстващо положение в настоящия случай са налице важни индикации, че схема за отстъпки като прилаганата от Post Danmark е могла да произведе значителни отстраняващи ефекти.

3. Относно широкото действие на схемата за отстъпки (втора част на първия въпрос)

51. Втората част на първия преюдициален въпрос е посветена на широкото действие на схема за отстъпки като прилаганата от Post Danmark. Запитващата юрисдикция иска да установи какво значение за правната преценка по член 82 ЕО има това, че предвид стандартизирането на отделните нива за отстъпките (обозначени в акта за преюдициално запитване като „количествени прагове“) схемата за отстъпки не е предназначена за индивидуални клиенти, а се прилага за по-голямата част от клиентите на този пазар.

52. Както Съдът е установил още съвсем рано, броят на договорите, за които се прилагат предоставяните от предприятие с господстващо положение отстъпки — и следователно броят на съответните клиенти — е ирелевантен за правната преценка на тези отстъпки по член 82 ЕО³².

53. Следователно само обстоятелството, че дадена схема за отстъпки се прилага за много или дори за повечето клиенти на пазара и поради това има много широко действие, още не е свидетелство, че тя представлява злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО.

31 — Специално относно изискването за отчитане на позицията на предприятието с господстващо положение като неизбежен търговски партньор вж. решения Hoffmann-La Roche/Комисия (85/76, ЕО:С:1979:36, т. 41) и Compagnie maritime belge transports и др./Комисия (С-395/96 Р и С-396/96 Р, ЕО:С:2000:132, т. 132).

32 — Решение Suiker Unie и др./Комисия (40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, ЕО:С:1975:174, т. 511).

54. Ако обаче една такава схема за отстъпки е в състояние да произведе засмукващо действие в полза на предприятието с господстващо положение, фактът, че тя обхваща значителен брой клиенти и голяма част от оспорваното търсене на пазара, може да доведе до по-сериозни действителни или потенциални отстраняващи ефекти отколкото схеми на отстъпка с не толкова широко действие. Много от участниците в производството правилно изтъкват този факт.

4. Междинно заключение

55. Следователно в обобщение трябва да се приеме следното:

Схемата за отстъпки, прилагана от предприятие с господстващо положение, представлява злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО, когато въз основа на цялостна преценка на всички обстоятелства в отделния случай се установи, че отстъпките могат да произведат икономически необоснован отстраняващ ефект, като за целта трябва по-специално да се преценят критериите и условията за предоставяне на отстъпката, преобладаващите на съответния пазар условия на конкуренция и позицията, която заема предприятието с господстващо положение на този пазар.

Б– Значението на проверката за равностойния по ефикасност конкурент (тест на „as efficient competitor“ или АЕС тест) (трета част на първия въпрос)

56. Третата и последна част на първия преюдициален въпрос е посветена специално на АЕС теста. Целта на този тест е посредством съпоставка на цени и разходи³³ да се установи дали конкурент, който е равностоеен по ефикасност на предприятието с господстващо положение, може да се съревновава с него, или напротив, политиката за отстъпки на предприятието с господстващо положение на съответния пазар води до антиконкурентни отстраняващи ефекти.

57. Запитващата юрисдикция пита дали, за да се установи злоупотреба с господстващо положение посредством схема за отстъпки, е налице правно задължение за провеждането на АЕС тест и ако това не е така, евентуално въз основа на какви други обстоятелства може да се стигне до извод за злоупотреба с тази схема за отстъпки.

58. Тези части от въпроса трябва да се разгледат в контекста на Съобщението на комисията от 2009 г.³⁴, в което тя, в качеството си на орган по конкуренция, е заявила приоритетите си при прилагане на член 82 ЕО. В случая запитващата юрисдикция изрично се позовава на това Съобщение за приоритетите.

33 — Разглеждат се средните разходи на предприятието с господстващо положение, които могат да бъдат избегнати, средните му дългосрочни пределни разходи, както и цената, която е готов да предложи конкурент на предприятието с господстващо положение на неговите клиенти, за да компенсира загубата им на предоставяната от това предприятие отстъпка.

34 — Съобщение на Комисията — Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член 82 от Договора за ЕО в областта на злоупотребата с практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия с господстващо положение, представено на 24 февруари 2009 г. (ОВ С 45, стр. 7, наричано по-нататък „Съобщение за приоритетите“).

59. В своето Съобщение за приоритетите Комисията обявява, че по принцип възнамерява да се намесва във връзка с практики на отстраняване на конкуренти, основани на цените, единствено когато практиката на предприятието с господстващо положение е в състояние или вече е възпрепятствала конкуренцията с предприятия, които се считат за толкова ефикасни, колкото него (на английски език: „as efficient competitors“)³⁵. За да установи това, Комисията се задължава по правило да провежда АЕС тест по отношение на практиките на отстраняване на конкуренти, основани на цените.

60. Разбира се такава административна практика на Комисията обаче няма задължителна сила за националните органи по конкуренция и съдилища. От една страна, това следва от текста на самото Съобщение за приоритетите, което „няма за цел да бъде правно твърдение“³⁶, от друга страна — от установената съдебна практика относно такива решения на Комисията³⁷. Въпреки че националните органи от своя страна не са възпрепятствани, по примера на Комисията, да използват АЕС тест, все пак от правна гледна точка те са обвързани само от изискванията, произтичащи от член 82 ЕО. Съдът следва да определи тези изисквания.

61. Според мен от член 82 ЕО *изобщо* не може да се изведе правно задължение констатацията за злоупотреба със схеми за отстъпки на предприятия с господстващо положение винаги да се основава на анализ на цените и разходите като АЕС теста.

62. Несъмнено е вярно, че в отделни случаи по отношение на ценови практики, различни от отстъпки, Съдът изисква провеждането на АЕС тест, като подчертава, че член 82 ЕО *забранява по-специално* на предприятие с господстващо положение да осъществява ценови практики с отстраняващ ефект *за неговите конкуренти, считани за толкова ефективни, колкото него*³⁸.

63. Все пак от тази съдебна практика не може да се изведе абсолютно изискване винаги да се провежда АЕС тест, когато с оглед правото на конкуренцията се преценяват ценови практики с отстраняващ ефект. От една страна, тя се отнася конкретно до ценови практики на предприятия с господстващо положение като политика на ниски цени (например продажби на загуба) или свиване на маржовете посредством ценова преса, които по самото си естество са тясно свързани със структурата на разходите на съответните предприятия. От друга страна, избраната от Съда формулировка „по-специално“ (на френски език: „notamment“)³⁹ ясно сочи, че злоупотреба с господстващо положение може да има не само когато е налице отстраняващ ефект за предприятия, които са равностойни по ефикасност на предприятието с господстващо положение.

35 — Точка 23 от Съобщението за приоритетите. В тази връзка си позволявам да отбележа, че формулировката на текста на немски език в този откъс от Съобщението за приоритетите „daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen“ отразява съвсем приблизително правните разпоредби, съгласно които не е необходимо да се доказва наличието на действителни антиконкурентни последици (решения British Airways/Комисия, C-95/04 Р, EU:C:2007:166, т. 68 и Tomra Systems и др./Комисия, C-549/10 Р, EU:C:2012:221, т. 68 и 79). Текстът на английски език („has already been or is capable of hampering competition“) и на френски език („ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence“) съответстват в по-голяма степен на очертаната с член 82 ЕО (член 102 ДФЕС) правна рамка.

36 — Точка 3 от Съобщението за приоритетите.

37 — Решения Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, т. 21) и Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, т. 29 и 31).

38 — Решение Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, т. 25); вж. освен това решения Deutsche Telekom/Комисия (C-280/08 Р, EU:C:2010:603, по-специално т. 177, 183, 196, 203 и 254) и TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, по-специално т. 67, 73 и 94); в решение AKZO/Комисия (C-62/86, EU:C:1991:286, по-специално т. 71 и 72) също е включен и анализ на цените и разходите.

39 — Решения Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, т. 25) и Deutsche Telekom/Комисия (C-280/08 Р, EU:C:2010:603, т. 177, като там в текста на немски език е използван изразът „и. а.“ за френската дума „notamment“).

64. Що се отнася конкретно до схемите за отстъпка на предприятия с господстващо положение, досега Съдът никога не е поставял квалифицирането им като злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО в зависимост от анализ на цените и разходите. Напротив, по отношение на такива схеми за отстъпки доскоро той приема, че липсата на сравнение на цените и разходите не представлява грешка при прилагане на правото⁴⁰. Съдът би трябвало да се придържа към тази съдебна практика и в настоящия случай.

65. Разбира се теоретично би било възможно установяването на злоупотреба с ценови практики на отстраняване на конкуренти поначало да се постави в зависимост от провеждането на АЕС тест и следователно този тест да се изисква и при схеми за отстъпки на предприятия с господстващо положение. Към такова развитие на съдебната практика по член 82 ЕО трябва обаче да се отнасяме скептично по няколко причини.

66. От една страна, добавената стойност на скъпи икономически анализи не винаги е очевидна и може да доведе до непропорционално използване на ресурси на органите по конкуренция и съдилищата, каквито ресурси няма да са налице в други области за ефективното прилагане на правилата за конкуренция. Приложената методика може да предизвика значителни различия в мненията, както се потвърждава с примери в становищата на Post Danmark, Bring Citymail и датското правителство до Съда⁴¹. Във всеки случай наличните данни, на които се основава анализът, не винаги са достоверни⁴² и предполагат готовност на предприятието с господстващо положение истински да сътрудничи с органите по конкуренция, както и със съдилищата, която — както германското правителство подчертава, не винаги е гарантирана.

67. От друга страна, е неправилно да се счита, че проблемът с основаната на цените практика на отстраняване на конкуренти би могъл да бъде разрешен лесно и сигурно от правна гледна точка посредством някаква математическа формула само въз основа на ценовите и разходните компоненти на съответното предприятие. Както вече казах, нерядко данните на предприятието допускат различни интерпретации.

68. По-специално, за да се установи все пак злоупотреба в рамките на член 82 ЕО, също както и в друг контекст, винаги се изисква преценка при отчитане на всички релевантни обстоятелства по всеки отделен случай, която не може да се изчерпи само с оценка на ценовите и разходните компоненти. Напротив, за да се установи дали е налице злоупотреба, могат да се вземат предвид много други фактори, а именно конкретният начин, по който функционира схемата за отстъпки, както и определени особености на пазара, на който извършва дейност предприятието с господстващо положение; те биха могли да бъдат дори далеч по-убедителни от един анализ на цените и разходите.

69. Отчитането на всички релевантни обстоятелства в конкретния случай, както и възможността за обективно икономическо основание за търговското поведение на предприятието с господстващо положение гарантират в достатъчна степен, че правните изисквания за констатирането на злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО не подценяват икономическите реалности⁴³.

40 — Решение Tomra Systems и др./Комисия (C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 80; вж. в допълнение също т. 73).

41 — В точка 25 от Съобщението за приоритетите Комисията също допуска, че резултатът от АЕС тест не винаги е категоричен.

42 — В точка 25 от своето Съобщение за приоритетите Комисията подчертава, че за провеждането на АЕС тест трябва да са налице достоверни данни.

43 — По този въпрос вж. заключението ми по дело Solvay/Комисия (C-109/10 P, EU:C:2011:256, т. 80).

70. Ако схемата за отстъпки на дадено предприятие с господстващо положение може да се характеризира като злоупотреба още при цялостната преценка на всички обстоятелства в отделния случай, както вече обясних по-горе⁴⁴, то от правна гледна точка не е необходимо да се извършва анализ на цените и разходите от типа на АЕС теста.

71. Нещо повече, член 82 ЕО не предвижда правно задължение за провеждане на АЕС тест, когато предвид структурата на пазара е изключена възможността друго предприятие да е равностойно по ефикасност на предприятието с господстващо положение. Това може да се дължи на специфичните условия на конкуренция на съответния пазар (например защото този пазар — както в случая — се характеризира с големи бариери, сериозни икономии от мащаба и/или услуги, предоставяни посредством изградена мрежа) или на това, че равнището на разходи на господстващото предприятие зависи именно от неговата позиция на конкурентно предимство, в която господстващото му положение го поставя⁴⁵.

72. В такива случаи поначало не би имало смисъл да се проверява чрез някакъв анализ на цените и разходите дали схемата за отстъпки на предприятието с господстващо положение има отстраняващ ефект за негов чисто хипотетичен конкурент, считан за толкова ефективен колкото него. Въсъщност, ако изобщо не може да има конкурент, който е равностоеен по ефикасност на предприятието с господстващо положение, то и АЕС тестът няма да даде надеждно заключение дали на пазара могат да се проявят отстраняващи ефекти или не.

73. Напротив, на пазар, на който предвид присъствието на предприятие с господстващо положение конкуренцията е толкова отслабена, че изобщо не могат да се установят равностойни по ефикасност конкуренти, не трябва да се подценява конкурентният натиск, който упражняват дори по-малко ефективни конкуренти⁴⁶. Запазването на този натиск е една от основните цели, преследвани от член 82 ЕО. Ето защо е необходимо да се предотврати по-нататъшното влошаване на структурата на пазара и възможностите за избор на клиентите поради търговското поведение на предприятието с господстващо положение⁴⁷.

74. Ето защо член 82 ЕО забранява провеждането на АЕС тест на пазар, на който предвид неговата структура е изключена възможността друго предприятие да е равностойно по ефикасност на това с господстващото положение.

75. Следователно в обобщение трябва да се приеме следното:

Член 82 ЕО не изисква злоупотребата с прилаганата от предприятие с господстващо положение схема за отстъпки да бъде доказвана посредством анализ на цените и разходите от типа на проверката за равностойния по ефикасност конкурент (теста на „as efficient competitor“), когато още от цялостната преценка на всички обстоятелства в отделния случай може да се установи, че тази схема за отстъпки представлява злоупотреба.

Сезираните с дела в областта на конкуренцията органи и съдилища обаче могат да използват такъв анализ на цените и разходите в рамките на цялостната си преценка на всички обстоятелства в отделния случай, освен ако предвид структурата на пазара би била изключена възможността друго предприятие да бъде равностойно по ефикасност на това с господстващото положение.

44 — По този въпрос вж. по-горе точки 33—54 от настоящото заключение.

45 — В този смисъл вж. решение *TeliaSonera* (C-52/09, EU:C:2011:83, т. 45 накрая).

46 — В този смисъл е и точка 24 от Съобщението за приоритетите; вж. също решение *Hoffmann-La Roche/Комисия* (85/76, EU:C:1979:36, т. 123 накрая).

47 — Решения *France Télécom/Комисия* (C-202/07 P, EU:C:2009:214, т. 105), *Deutsche Telekom/Комисия* (C-280/08 P, EU:C:2010:603, т. 83 и 176), *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83, т. 24) и *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, т. 20 и 23); в същия смисъл е решение *British Airways/Kommission* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 66).

В– Въпросът за значителния характер на възможните антиконкурентни последици на схемата за отстъпки (втори въпрос и втора част от третия въпрос)

76. Накрая, с втория си въпрос запитващата юрисдикция иска да установи колко „вероятен и сериозен“ трябва да бъде антиконкурентният ефект на схемата за отстъпки на предприятие с господстващо положение като Post Danmark, за да се „приложи“ член 82 ЕО. В същия смисъл е и втората част на третия въпрос, с който запитващата юрисдикция иска да установи дали „блокиращият ефект“ на такава схема за отстъпки трябва да бъде „значителен“.

77. Според мен няма да е достатъчно в отговор на поставения от запитващата юрисдикция въпрос да се изтъкне само процесуалната автономия, която държавите членки имат в областта на доказването⁴⁸. Всъщност тук става въпрос за *съществени* изисквания, които следва да се спазват при установяването на злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО. Тези изисквания имат характер на правни норми на Съюза и трябва да се прилагат еднакво на цялата територия на Съюза, за да може по отношение на правилата за конкуренция да са валидни възможно най-уеднаквени рамкови условия за всички предприятия с дейност на вътрешния пазар („level playing field“)⁴⁹.

78. Уместно е двата посочени от запитващата юрисдикция аспекта, а именно вероятността от антиконкурентен ефект, от една страна, и тежестта на такъв ефект, от друга страна, да бъдат разгледани отделно.

1. Относно вероятността от настъпването на антиконкурентен ефект

79. На първо място запитващата юрисдикция поставя въпроса колко вероятен трябва да е антиконкурентният ефект на схемата за отстъпки на предприятие с господстващо положение, за да представлява злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО.

80. За целта следва да се отбележи, че отстраняващият ефект, който една такава схема за отстъпки предизвиква, не трябва да е от чисто хипотетично естество⁵⁰. С други думи, въпросните отстъпки трябва да могат не само абстрактно, но и конкретно да затруднят или да лишат конкурентите на предприятието с господстващо положение от достъп до пазара, а контрагентите му — от избор между различни източници на снабдяване или различни търговски партньори⁵¹.

48 — По този въпрос вж. съображение 5 от Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове 81 и 82 от Договора (ОВ L 1, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 167).

49 — Относно концепцията за „level playing field“ вж. например заключенията ми по дела Akzo Nobel Chemicals и Akcros Chemicals/Комисия (C-550/07 P, EU:C:2010:229, т. 169), Toshiba Corporation и др. (C-17/10, EU:C:2011:552, т. 118) и KONE и др. (C-557/12, EU:C:2014:45, т. 29).

50 — В този смисъл вж. решения Deutsche Telekom/Комисия (C-280/08 P, EU:C:2010:603, т. 254) и TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, т. 66 и 67).

51 — По този въпрос вж. заключението ми по дело British Airways/Комисия (C-95/04 P, EU:C:2006:133, т. 73).

81. За целта обаче не се изисква да се прави комплексен анализ на конкретното въздействие на отстъпките върху конкуренцията, т.е. не трябва да се проверява дали действително е настъпил отстраняващ ефект⁵². Това е така, защото забраната на член 82 ЕО обхваща също и практики на предприятия с господстващо положение с потенциални антиконкурентни последици⁵³. Дори да е вярно твърдението на Post Danmark, че в крайна сметка не разглежданата схема за отстъпки е причинила оттеглянето на Bring Citymail от датския пазар, то това не изключва констатацията за практика, която представлява злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО.

82. Според установената съдебна практика е необходимо и достатъчно въпросните отстъпки да могат да окажат отстраняващ ефект⁵⁴. Такъв е случаят, когато въз основа на цялостна преценка на всички обстоятелства в отделния случай настъпването на отстраняващия ефект се явява по-вероятно отколкото липсата му⁵⁵.

83. Според мен летвата относно приемането на злоупотреба в нарушение на член 82 ЕО не трябва да се поставя по-високо и да се изисква например настъпването на отстраняващия ефект да бъде „много вероятно“ или „особено вероятно“ или дори да трябва да се приеме „без разумно съмнение“.

84. Това е така, защото предприятието с господстващо положение — независимо от причините за господството му на пазара — има особена отговорност да не вреди чрез своето поведение на ефективната и ненарушена конкуренция в рамките на вътрешния пазар⁵⁶. От тази отговорност следва задължение за известна съдържаност на пазара. По тази причина предприятието с господстващо положение трябва да се въздържа от всякакви търговски практики, при които е възможен отстраняващ ефект, а не само от онези, при които този ефект изглежда „много вероятен“ или „особено вероятен“ или може да се приеме „без разумно съмнение“.

85. Степента на вероятност от настъпването на отстраняващи ефекти в повечето случаи може да се отрази на размера на евентуалните санкции, например глобите, наложени от органа по конкуренцията. Техният размер трябва винаги да отговаря на изискванията за пропорционалност (член 49, параграф 3 от Хартата на основните права на Европейския съюз и член 23, параграф 3 от Регламент № 1/2003), тоест, колкото по-голяма е вероятността от отстраняващия ефект и колкото по-силен е този ефект, толкова по-строга е санкцията. Въпросът за санкциите обаче не е предмет на настоящото преюдициално запитване.

2. Относно тежестта на очакваните последици

86. На следващо място запитващата юрисдикция се стреми да изясни колко „сериозни“ или „значителни“ трябва да бъдат антиконкурентните последици на дадена схема за отстъпки, за да попадне под забраната за злоупотреба по член 82 ЕО.

52 — Решение Tomra Systems и др./Комисия (C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 68 и 79); в същия смисъл решения Tetra Pak/Комисия (C-333/94 P, EU:C:1996:436, т. 44) и Michelin/Комисия (T-203/01, EU:T:2003:250, т. 239).

53 — Решение TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, т. 64); в същия смисъл е решение Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, т. 44), където става дума за „действителното или вероятно отстраняване“.

54 — Решение British Airways/Комисия (C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 68) и Michelin/Комисия (T-203/01, EU:T:2003:250, т. 239).

55 — В този смисъл вж. решение Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), в което става дума за „възможните увреждащи последици“ (т.42) и за „действителното или вероятно отстраняване“ (т. 44).

56 — Решения Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия (322/81, EU:C:1983:313, т. 57); в същия смисъл са решения France Télécom/Комисия (C-202/07 P, EU:C:2009:214, т. 105), Deutsche Telekom/Комисия (C-280/08 P, EU:C:2010:603, т. 176) и TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, т. 24).

87. Така в крайна сметка се засяга въпросът за значимостта на евентуалните ограничаващи конкуренцията последици на схема за отстъпки на господстващи на пазара предприятия. Трябва да се изясни дали установяването на злоупотреба по член 82 ЕО изисква предизвиканото от схемата за отстъпки ограничаване на конкуренцията да надхвърля някакъв *de minimis* праг.

88. Както са изтъкнали редица от участниците в производството, съмнението на запитващата юрисдикция по този въпрос вероятно е предизвикано от терминологичен проблем в постановеното през 2012 г. решение *Post Danmark*. Всъщност в текста на това решение на датски език, който е автентичен, за израза „отстраняващ ефект“ учудващо са използвани думите „*mærkbare virkninger*“⁵⁷, което означава нещо като „значителни последици“. По подобен начин на други места в същото решение се говори за „*eliminerende virkning*“⁵⁸, т.е. за „елиминиращ ефект“, което също звучи сравнително строго.

89. Един поглед върху текста на френски език, на който въпросното решение е съставено и разисквано, обаче показва, че при този избор на думи на датски език трябва да става въпрос за неправилен превод. Това е така, защото на френски език се говори само за „*effet[s] d'éviction*“ — „отстраняващ ефект“, което съответства на цялата съдебна практика по член 82 ЕО⁵⁹.

90. В този контекст изразите „*mærkbare virkninger*“ и „*eliminerende virkning*“ в решението *Post Danmark* от 2012 г. не трябва да се тълкуват погрешно в смисъл, че спрямо схеми за отстъпки на предприятия с господстващо положение би следвало да се прилага някакъв критерий за значителност или *de minimis* праг. Напротив, за злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО трябва да се считат всички схеми за отстъпки на предприятия с господстващо положение, които могат да окажат отстраняващ ефект⁶⁰, а не само онези, чиито последици върху конкуренцията са или могат да бъдат „сериозни“ или „значителни“.

91. Тъй като структурата на конкуренцията на съответния пазар е вече отслабена от присъствието на предприятието с господстващо положение, в приложното поле на член 82 ЕО всяко допълнително ограничаване на тази структура може да представлява злоупотреба на предприятието с господстващото му положение⁶¹.

92. Изцяло в този смисъл Съдът е установил — приблизително по едно и също време с решение *Post Danmark* от 2012 г. — че за целите на прилагането на член 82 ЕО не се изисква въвеждането на определен праг, отвъд който предоставяните от предприятие с господстващо положение отстъпки следва да се считат за злоупотреба⁶². Всъщност клиентите следва да могат да се възползват от цялата възможна конкуренция на пазара и конкурентите би трябвало да могат да се конкурират според своите предимства на целия пазар, а не само на част от него. От друга страна, предприятието в господстващо положение не следва да определя колко на брой рентабилни конкуренти е допустимо да го конкурират във все още възможния да бъде завладян дял от търсенето⁶³.

57 — Решение *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, т. 25).

58 — Решение *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, т. 41; в същия смисъл са т. 17, 22, 27, 29 и 44).

59 — Вж. по този въпрос по-горе точка 56 от настоящото заключение.

60 — Вж. по този въпрос отново по-горе точка 82 от настоящото заключение.

61 — Решение *Hoffmann-La Roche/Комисия* (85/76, EU:C:1979:36, т. 123 накрая).

62 — Решение *Tomra Systems и др./Комисия* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 46 и 48); в същия смисъл е и решение *Hoffmann-La Roche/Комисия* (85/76, EU:C:1979:36, т. 89), в което се подчертава, че злоупотребата с отстъпки за лоялност „не зависи от по-големия или по-малък обем“ на съответните покупки.

63 — Решение *Tomra Systems и др./Комисия* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 42).

93. Използването обаче на *de minimis* праг за да се оцени отстраняващият ефект на търговското поведение на предприятие с господстващо положение изглежда не е необходимо и поради други две причини: от една страна, както вече бе споменато по-горе⁶⁴, посочените отстраняващи ефекти трябва да се основават на конкретна преценка на всички релевантни за отделния случай обстоятелства и настъпването им да е по-вероятно отколкото липсата им. От друга страна, забраната за злоупотреба по член 82 ЕО и без това обхваща само такива практики, които могат да повлияят върху търговията между държавите членки.

94. Всяко от тези две съображения само по себе си е достатъчно, за да изключи напълно от приложното поле на забраната за злоупотреба по член 82 ЕО търговските практики, чиито антиконкурентни последици биха били чисто хипотетични или съвсем незначителни.

3. Междинно заключение

95. Следователно в обобщение трябва да се приеме следното:

Освен изискването да засяга действително или потенциално търговията между държави членки, за да се квалифицира схема за отстъпки като злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО, не е задължително отстраняващият ефект, който схемата за отстъпки на предприятие с господстващо положение може да произведе, да надхвърля някакъв праг на значителност (*de minimis*). Достатъчно е настъпването на такъв отстраняващ ефект да е по-вероятно от липсата му.

VI – Заключение

96. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси, поставени от датския *Sø- og Handelsret*, по следния начин:

- 1) Схемата за отстъпки, прилагана от предприятие с господстващо положение, представлява злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО, когато въз основа на цялостна преценка на всички обстоятелства в отделния случай се установи, че отстъпките могат да произведат икономически необоснован отстраняващ ефект, като за целта трябва по-специално да се преценят критериите и условията за предоставяне на отстъпката, преобладаващите на съответния пазар условия на конкуренция и позицията, която заема предприятието с господстващо положение на този пазар.
- 2) Член 82 ЕО не изисква злоупотребата с прилаганата от предприятие с господстващо положение схема за отстъпки да бъде доказвана посредством анализ на цените и разходите от типа на проверката за равностойния по ефикасност конкурент (теста на „*as efficient competitor*“), доколкото още от цялостната преценка на всички обстоятелства в отделния случай може да се установи, че тази схема за отстъпки представлява злоупотреба.

Сезираните с дела в областта на конкуренцията органи и съдилища обаче могат да използват такъв анализ на цените и разходите в рамките на своята цялостна преценка на всички обстоятелства в отделния случай, освен ако предвид структурата на пазара би била изключена възможността друго предприятие да бъде равностойно по ефикасност на това с господстващото положение.

64 — Вж. отново по-горе точки 31, 68 и 82—85 от настоящото заключение.

- 3) Освен изискването да засяга действително или потенциално търговията между държави членки, за да се квалифицира схема за отстъпки като злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО, не е задължително отстраняващият ефект, който схемата за отстъпки на предприятие с господстващо положение може да произведе, да надхвърля някакъв праг на значителност (*de minimis* праг). Достатъчно е настъпването на такъв отстраняващ ефект да е по-вероятно от липсата му.