



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
PAOLA MENGOLZIHO
přednesené dne 24. května 2011¹

Věc C-209/10

**Post Danmark A/S
proti
Konkurrencerådet**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Højesteret (Dánsko)]

„Článek 102 SFEU — Dánský trh distribuce neadresných poštovních zásilek — Zneužití dominantního postavení — Selektivní snížení cen distribuce neadresných poštovních zásilek — Ceny nižší než průměrné celkové náklady — Ceny vyšší než průměrné přírůstkové náklady — Vytěsnění konkurenta — Úmysl — Účinek — Cenová diskriminace — Predátorské ceny“

I – Úvod

1. Tato žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, podaná ze strany Højesteret (Dánsko), se týká výkladu článku 82 ES (který odpovídá současnému článku 102 SFEU).
2. Podstatou předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda poštovní podnik, v projednávaném případě Post Danmark A/S (dále jen „Post Danmark“) zneužil své dominantní postavení na dánském trhu distribuce neadresných poštovních zásilek² z důvodu, že selektivně uplatňoval nízké ceny při uzavírání smluv se třemi velkými zákazníky svého hlavního konkurenta, konkrétně společnosti Forbruger-Kontakt (dále jen „FK“), i kdyby bylo prokázáno, že tyto ceny nebyly stanoveny s cílem vyloučit FK.
3. V případě, že by tento jediný důvod byl nedostatečný, vnitrostátní soud v podstatě Soudní dvůr žádá, aby uvedl doplňující relevantní skutečnosti, ke kterým by vnitrostátní soud měl přihlídnout při konstatování zneužití ve formě vytěsňující cenové politiky.
4. Před zkoumáním těchto otázek, jejichž řešení není jednoduché, je třeba připomenout podstatné okolnosti sporu ve věci samé, které jsou základem projednávané předběžné otázky.
5. Post Danmark a FK jsou dvěma největšími subjekty na dánském trhu distribuce neadresných zásilek. Tento trh je zcela liberalizován a nespadá pod dánské právní předpisy o poštovních službách určených k provedení směrnice 97/67/ES o společných pravidlech pro rozvoj vnitřního trhu poštovních služeb Společenství a zvyšování kvality služby³.

¹ — Původní jazyk: francouzština.

² — Podle předkládajícího rozhodnutí je „distribucí neadresných poštovních zásilek“ třeba chápat jako distribuci zejména reklamních sdělení, telefonních seznamů, jiných seznamů, místních a regionálních novin.

³ — Směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/67/ES ze dne 15. prosince 1997 (Úř. věst. 1998, L 15, s. 14; Zvl. vyd. 06/03, s. 71). Je třeba poznamenat, že když nastaly skutkové okolnosti sporu v původním řízení, byla tato směrnice podstatně změněna směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2008/6/ES ze dne 20. února 2008, kterou se mění směrnice 97/67 (Úř. věst. L 52, s. 3). Pokud jde o Dánské království, byla lhůta pro provedení těchto změn do vnitrostátního práva stanovena na 31. prosince 2010, v souladu s článkem 2 směrnice 2008/6.

6. V době, kdy nastaly skutkové okolnosti sporu v původním řízení, tedy v letech 2003 a 2004, však Post Danmark podle předkládacího rozhodnutí požíval výlučné právo distribuce adresných dopisů a balíků do určitého váhového limitu, se kterým byla spojena povinnost poskytovat všeobecné služby distribuce adresných poštovních zásilek do určitého váhového limitu⁴. Tento podnik tak disponoval distribuční sítí, která pokrývala celé dánské území a která byla také používána pro liberalizovanou činnost distribuce neadresných poštovních zásilek.

7. Hlavní činností FK, která je dceřinou společností dánské tiskárenské skupiny, je distribuce neadresných poštovních zásilek. V období, kdy nastaly skutkové okolnosti sporu v původním řízení, vytvořil tento podnik distribuční síť pokrývající téměř celé dánské území, zejména akvizicí malých subjektů na dánském trhu distribuce neadresných poštovních zásilek.

8. Až do roku 2004 byli hlavními zákazníky FK tři skupiny obchodních řetězců SuperBest, Spar a Coop.

9. Koncem roku 2003 Post Danmark uzavřela smlouvy s těmito třemi skupinami, kterými jí byla od počátku roku 2004 svěřena distribuce jejich neadresných poštovních zásilek.

10. Z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že smlouva uzavřená se skupinou Coop jako výsledek jednání vedených jak se společností Post Danmark, tak se společností FK představovala více než trojnásobek ročního objemu distribuce neadresovaných poštovních zásilek hlavního zákazníka společnosti Post Danmark. Pro skupinu Coop bylo distribuováno pět zásilek na domácnost, zatímco pro žádného z předešlých zákazníků společnosti Post Danmark nebyla distribuována více než jedna zásilka na domácnost, a jednalo se o první smlouvu společnosti Post Danmark předpokládající distribuci neadresných poštovních zásilek v pátky a soboty. Pokud jde o cenu, byla nabídka společnosti Post Danmark skupině Coop nižší než cena nabízená jiným jejím zákazníkům. Této skupině byla údajně rovněž poskytnuta větší sleva oproti cenám v ceníku než jiným zákazníkům.

11. Kromě toho předkládající soud uvádí, že náklady na distribuci neadresných poštovních zásilek společnosti Post Danmark klesly v letech 2003 a 2004 o 0,13 DKK za zásilku a že cena navrhovaná skupině Coop neumožňuje tomuto podniku pokrýt své průměrné celkové náklady, nýbrž pouze její průměrné přírůstkové náklady.

12. Na základě stížnosti společnosti FK vytykající společnosti Post Danmark uplatňování predátorských cen, diskriminačních cen a slev a věrnostních slev, jakož i to, že uplatňovala křížové dotace, konstatovala Konkurencerådet (rada pro hospodářskou soutěž) rozhodnutím ze dne 29. září 2004, že Post Danmark zejména porušila článek 82 ES tím, že v letech 2003 a 2004 uplatňovala primární cenovou diskriminaci („primary-line discrimination“) v podobě uplatňování odlišných cen ve vztahu k zákazníkům svého konkurenta ve srovnání s těmi, které uplatňovala ve vztahu ke svým vlastním zákazníkům.

13. Tento orgán rovněž konstatoval, že společnost Post Danmark zneužila své dominantní postavení uplatňováním primární diskriminace v podobě slev zaměřených na zákazníky společnosti FK. Stejně tak Konkurencerådet měla za to, že se Post Danmark dopustila sekundární cenové diskriminace („secondary-line discrimination“) uplatňováním odlišného zacházení vůči různým obchodním partnerům nacházejícím se ve srovnatelné situaci.

14. Pokud jde o vytykanou praxi predátorských cen, Konkurencerådet naproti tomu uvedla, že otázka je složitá a vyžaduje hlubší analýzu, takže by měla být posouzena v rámci pozdějšího rozhodnutí tohoto orgánu. Konečně, pokud jde o údajné křížové dotace, Konkurencerådet poznamenala, že obsah spisu neumožňuje dospět k závěru o převodech prostředků pocházejících z jiných oblastí činnosti společnosti Post Danmark.

4 — Je třeba uvést, že článek 7 směrnice 2008/6 stanoví, že členské státy ukončí udělování výhradních nebo zvláštních práv k zavedení a poskytování poštovních služeb. Financování všeobecných služeb tedy musí být zajišťováno jinými prostředky vyjmenovanými v uvedeném článku nebo zcela jiným prostředkem slučitelným se Smlouvou.

15. Rozhodnutím ze dne 24. listopadu 2004 Konkurrencerådet konstatovala, že nelze prokázat, že by Post Danmark úmyslně usilovala o vyloučení konkurence. V důsledku toho tento podnik nezneužil své dominantní postavení na dánském trhu distribuce neadresných poštovních zásilek uplatňováním predátorských cen.

16. Rozhodnutím ze dne 1. července 2005 Konkurrenceankenævnet (odvolací komise pro hospodářskou soutěž) potvrdila rozhodnutí Konkurrencerådet ze dne 29. září a 24. listopadu 2004.

17. Toto rozhodnutí je konečné v rozsahu, v němž se týká konstatování sekundární cenové diskriminace, v rozporu s článkem 82 ES a neprokázání uplatňování predátorských cen společností Post Danmark.

18. Naproti tomu Post Danmark podala proti rozhodnutí ze dne 1. července 2005 odvolání k Østre Landsret (regionální soud pro východ) v rozsahu, v němž potvrdilo rozhodnutí Konkurrencerådet ze dne 29. září 2004 týkající se zneužití dominantního postavení v podobě selektivního uplatňování nízkých cen ve vztahu ke skupinám SuperBest, Spar a Coop (primární diskriminace).

19. Dne 21. prosince 2007 potvrdil Østre Landsret rozhodnutí dánských orgánů v oblasti hospodářské soutěže v tom smyslu, že společnost Post Danmark zneužila svého dominantního postavení na trhu distribuce neadresných zásilek v Dánsku tím, že v letech 2003 a 2004 uplatňovala rozdílné ceny vůči svým vlastním zákazníkům a vůči bývalým zákazníkům společnosti FK, aniž byla schopna odůvodnit tyto rozdíly nákladovými faktory. Tento soud zejména uvedl, že k takovému chování došlo na trhu, kde má společnost Post Danmark vzhledem ke svému tržnímu podílu a jedinečné strukturální výhodě zcela zvláštní postavení a kde její jediný významný konkurent, FK, byla zvláště zranitelná z důvodu ztráty hlavních zákazníků.

20. Post Danmark proti tomuto rozsudku podala kasační opravný prostředek k Højesteret, ve kterém zejména uvedla, že k tomu, aby selektivní uplatňování nízkých cen nepokrývajících průměrné celkové náklady mohlo představovat porušení článku 82 ES, je nezbytný úmysl vyloučit konkurenci.

21. Za těchto okolností se Højesteret rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující dvě předběžné otázky:

- „1) Je třeba článek 82 ES vykládat v tom smyslu, že selektivní snížení ceny ze strany poštovního podniku s dominantním postavením, který má povinnost poskytovat všeobecné služby, na úroveň nižší, než kolik činí průměrné celkové náklady poštovního podniku, avšak vyšší, než kolik činí jeho průměrné přírůstkové náklady, představuje zneužití spočívající ve vyloučení konkurenta, pokud se prokáže, že ceny nejsou na této úrovni stanoveny za účelem tohoto vyloučení?
- 2) Bude-li první otázka zodpovězena tak, že selektivní snížení ceny může za těchto podmínek představovat zneužití spočívající ve vyloučení, jaké okolnosti by vnitrostátní soud měl vzít v úvahu?“

22. V souladu s článkem 23 statutu Soudního dvora předložily Post Danmark, FK, dánská vláda, italská vláda a česká vláda, jakož i Evropská komise písemná vyjádření. Tyto zúčastněné strany, jakož i Kontrolní úřad ESVO byly rovněž vyslechnuty na jednání konaném dne 1. března 2011.

II – Analýza

A – Úvodní úvahy

23. Pokud jde o snahy společnosti Post Danmark, zejména na jednání, zpochybnit před Soudním dvorem některá posouzení provedená předkládajícím soudem, považuji za podstatné připomenout, že v rámci řízení uvedeného v článku 234 ES založeného na jasném oddělení pravomocí mezi vnitrostátními soudy a Soudním dvorem přísluší veškeré posouzení skutkových okolností věci vnitrostátnímu soudu⁵.

24. Ve věci v původním řízení je především nesporné, že relevantním trhem je dánský trh distribuce neadresných poštovních zásilek. Na rozdíl od toho, co tvrdila Post Danmark ve svých vyjádřeních před Soudním dvorem, ze spisového materiálu v původním řízení nevyplývá, že by nejprve dánské orgány pro hospodářskou soutěž nebo poté vnitrostátní soudy, včetně předkládajícího soudu, konstatovaly, že tento trh je nadále rozdělen na dva segmenty, konkrétně na jedné straně trh zásilek zasílaných během týdne a na straně druhé trh „nedělní“ nebo obecně víkendové distribuce.

25. Proto se mi zdá, že se není třeba zdržovat úvahami společnosti Post Danmark, podle kterých byly sporné cenové postupy uplatňované s (jediným nebo hlavním) cílem rozšířit nabídku distribuce neadresných poštovních zásilek v segmentu víkendové distribuce, které až do té doby dominovala FK.

26. Dále je rovněž nesporné, že na takovém trhu, jak byl vymezen vnitrostátními orgány a soudy, má Post Danmark „dominantní postavení“ ve smyslu článku 82 ES. Ostatně žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se o tento předpoklad výslovně opírá.

27. Podle této žádosti vyplývá dominantní postavení společnosti Post Danmark z celkové analýzy postavení, které má tento podnik na trhu. Tato analýza je však založena hlavně na hodnotově vyjádřených tržních podílech této společnosti, řádově ve výši 50 %⁶, a na její zvláštní situaci vyplývající z její distribuční sítě, která pokrývá celé území státu a kterou z důvodu jí uložené povinnosti poskytovat všeobecné služby distribuce poštovních zásilek lze zachovat bez výkonu činnosti distribuce neadresných poštovních zásilek.

28. Ačkoli se ze spisového materiálu nezdá, že byl zkoumán relativní význam těchto tržních podílů na trhu ve vztahu k tržním podílům společnosti FK⁷ a relativní význam případné kupní síly určitých zákazníků, nic to nemění na tom, že v rámci rozdělení pravomocí mezi vnitrostátními soudy a Soudním dvorem nepřísluší Soudnímu dvoru, navzdory výzvě učiněné ve vyjádřeních společnosti Post Danmark, znovu provést přezkum jednoho nebo několika prvků analýzy, která dánské orgány a soudy vedla ke konstatování, že tento podnik takové dominantní postavení na vnitrostátním trhu distribuce neadresných poštovních zásilek skutečně měl.

29. Konečně je třeba správně vymezit předmět předběžných otázek položených Soudnímu dvoru.

30. V tomto ohledu je třeba uvést, že Soudní dvůr není dotazován v otázce zneužití dominantního postavení ve smyslu článku 82 ES v podobě používání predátorských cen.

5 — Viz zejména rozsudky ze dne 14. února 2008, Varec (C-450/06, Sb. rozh. s. I-581, bod 23) a ze dne 1. července 2008, MOTOE (C-49/07, Sb. rozh. s. I-4863, bod 30).

6 — Z tabulek použité dánskými orgány pro hospodářskou soutěž a obsažené v žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce konkrétně vyplývá, že hodnotově vyjádřené tržní podíly společnosti Post Danmark činily 47 % v letech 2001 a 2002, 44 % v roce 2003 a v roce 2004 se zvýšily na 55 %.

7 — Podle žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce činily tržní podíly společnosti FK od 15 do 25 % v roce 2001, od 23 do 35 % v roce 2002, od 35 do 45 % v roce 2003 a od 25 do 35 % v roce 2004.

31. Jak totiž vyplývá ze spisu ve věci v původním řízení, dánské orgány pro hospodářskou soutěž nedokázaly zjistit existenci plánu, jehož cílem by bylo vyloučit konkurenta ve smyslu bodu 72 rozsudku *Akzo v. Komise*⁸, což nebylo zpochybněno ze strany FK u vnitrostátních soudů.

32. Pro konstatování existence uplatňování predátorských cen ve smyslu bodů 70 až 72 již citovaného rozsudku *Akzo v. Komise* by totiž bylo nutné prokázat, že společnost Post Danmark takovou strategii zavedla, jelikož přinejmenším ve vztahu k cenám uplatňovaným společností Post Danmark ve prospěch Coop, jednoho ze tří zákazníků společnosti FK, byly tyto ceny vyšší než průměrné přírůstkové náklady dominantního podniku, ale nižší než jeho průměrné celkové náklady, jak uvádí předkládající soud⁹.

33. Zdá se, že odkaz v žádosti podané předkládajícím soudem na přírůstkové náklady společnosti Post Danmark jakožto relevantní náklady, které je třeba zohlednit ve věci v původním řízení namísto – podobně jako ve výše uvedeném rozsudku *Akzo v. Komise* – variabilních nákladů, lze podle spisového materiálu vysvětlit koexistencí na jedné straně vyhrazených a nevyhrazených činností v rámci téhož podniku, jejichž provádění je však v obou případech zatíženo povinnostmi všeobecné služby, a na straně druhé čistě obchodních činností, které se rozvíjejí na liberalizovaném trhu distribuce neadresných poštovních zásilek.

34. Porovnání cen s variabilními náklady vynaloženými dominantním podnikem pověřeným úkolem v obecném hospodářském zájmu (veřejná služba nebo všeobecná služba) se totiž ukazuje být nevhodným. Na jedné straně by mohlo vyvolat nadhodnocení ztrát, protože úkol v obecném hospodářském zájmu, kterým je pověřen podnik, vyvolává vyšší náklady, než jsou náklady jeho konkurentů ve vztahu k části jeho činnosti vykonávané na trhu otevřeném hospodářské soutěži. Na druhé straně výlučné zohlednění variabilních nákladů dominantního podniku jako kritéria by také mohlo vést k podhodnocení jeho nákladů, pokud tento podnik funguje s vysokými fixními náklady (například náklady souvisejícími s využíváním jeho sítě) a nízkými variabilními náklady¹⁰.

35. Za těchto podmínek se zdá být vhodné zohlednit jiné nákladové kritérium, konkrétně přírůstkové náklady, které zohledňují fixní náklady a variabilní náklady zvláštní činnosti vykonávané na trhu otevřeném hospodářské soutěži.

36. V tomto ohledu, jak uvedl předkládající soud, je použití kritéria přírůstkových nákladů ve věci v původním řízení inspirováno rozhodnutím Komise ze dne 20. března 2001 v řízení podle článku 82 ES týkajícím se cenové praxe společnosti Deutsche Post na trhu služeb přepravy balíků zásilkového prodeje v Německu¹¹ v relativně podobné situaci¹².

37. V tomto rozhodnutí, kterým Komise zvláště dospěla k závěru, že Deutsche Post zneužila své dominantní postavení tím, že nabízela zajištění dotčených služeb za ceny nižší než její přírůstkové náklady, takže tento podnik nabízel predátorské ceny, tento orgán definoval uvedené náklady jako náklady, které vyplývají výlučně z poskytování zvláštní služby, které závisí na dohodnutém objemu

8 — Rozsudek ze dne 3. července 1991 (C-62/86, Recueil, s. I-3359). Podle tohoto bodu rozsudku je třeba ceny nižší, než je průměr celkových nákladů, které zahrnují fixní náklady a variabilní náklady, ale vyšší než je průměr variabilních nákladů (které se liší v závislosti na vyrobeném množství) považovat za zneužívající tehdy, když jsou stanoveny v rámci plánu majícího za cíl vyloučení konkurenta. Tento přístup byl potvrzen zejména v rozsudcích ze dne 14. listopadu 1996, *Tetra Pak v. Komise*, C-333/94 P, Recueil, s. I-5951, bod 41, a ze dne 2. dubna 2009, *France Télécom v. Komise*, C-202/07 P, Sb. rozh. s. I-2369, bod 109.

9 — Viz úvahy Soudního dvora v bodech 70 až 72 výše uvedeného rozsudku ve věci *Akzo v. Komise*, za předpokladu, že by uplatňované ceny byly nižší než průměrné přírůstkové náklady, nebylo by třeba prokazovat strategii vyloučení konkurenta, jelikož by tyto ceny již samy o sobě byly považovány za predátorské.

10 — Viz v tomto ohledu zejména Mouy, N.: „Coûts incrémentaux: Retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Les spécificités des approches communautaire et française: un point de vue d'un régulateur“, *Concurrences*, 2-2005, č. 1476, s. 13.

11 — Úř. věst. L 125, s. 27, dále jen „rozhodnutí Deutsche Post“.

12 — Viz v tomto ohledu rovněž posouzení, které k tomuto rozhodnutí uvedl Tribunál v bodě 249 rozsudku ze dne 30. ledna 2007, *France Télécom v. Komise* (T-340/03, Sb. rozh. s. II-107). Kasační opravný prostředek podaný k Soudnímu dvoru proti tomuto rozsudku (věc vedla k vydání již citovaného rozsudku ze dne 2. dubna 2009, *France Télécom v. Komise*) se netýkal této otázky.

a které by zanikly se skončením poskytování uvedené služby, což znamená, že společné fixní náklady, které nezávisí na poskytování jediné služby, nejsou zahrnuty do přírůstkových nákladů¹³. Z tohoto rozhodnutí, které zjevně bylo v této otázce směřodonné pro dánské orgány pro hospodářskou soutěž ve věci v původním řízení, rovněž vyplývá, že by náklady zvláštní služby neměly být zvyšovány společnými fixními náklady udržování kapacit distribuční sítě vyplývajících z povinnosti všeobecné služby. Hodnota průměrných přírůstkových nákladů tedy zahrnuje pouze hodnotu fixních a variabilních nákladů poskytování služby vystavené hospodářské soutěži¹⁴.

38. Ve věci v původním řízení, stejně tak jako v rozhodnutí Deutsche Post, tedy průměrné přírůstkové náklady představují, podobně jako průměr variabilních nákladů uvedených v bodech 71 a 72 výše uvedeného rozsudku Akzo v. Komise, „prahové kritérium“ nebo minimální kritérium, pod nímž by byla cena uplatňovaná podnikem v dominantním postavení predátorská.

39. Podle logiky těchto bodů výše uvedeného rozsudku Akzo v. Komise přizpůsobených ve světle rozhodnutí Deutsche Post by byla predátorskou cenou také cena vyšší než průměr přírůstkových nákladů, ale nižší než průměr celkových nákladů, kdyby byla určena v rámci plánu, jehož cílem je vyloučení konkurenta.

40. Jak jsem však již zmínil, vnitrostátní soud uvedl, že existence takového plánu nemohla být dánskými orgány pro hospodářskou soutěž prokázána. Předmět projednávané žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce se tedy netýká případného predátorského jednání společnosti Post Danmark.

41. Výše uvedené úvahy však umožňují lépe pochopit otázky předkládajícího soudu. Konečně chce tento soud vědět, zda zneužívající vytěsnění nebo vyloučení konkurenta takového dominantního podniku, jakým je Post Danmark, lze konstatovat při existenci selektivního snížení cen bez predátorské povahy, a pokud ano, za jakých podmínek.

42. Toto upřesnění mě vede k formulování dvou dodatečných poznámek.

43. Na jedné straně se otázky předkládajícího soudu netýkají zneužívání dominantního postavení v podobě cenové diskriminace mezi zákazníky společnosti Post Danmark, které by mělo účinky na trh nebo trhy uvedených zákazníků (sekundární diskriminace nebo „secondary-line discrimination“).

44. Z předkládacího rozhodnutí a spisového materiálu v původním řízení totiž vyplývá, že tento podnik u vnitrostátních soudů nenapadl konstatování dánských orgánů pro hospodářskou soutěž, podle kterého Post Danmark uplatnila odlišné cenové zacházení vůči svým obchodním partnerům nacházejícím se ve srovnatelné situaci, zejména ve smyslu čl. 82 odst. 1 písm. c) ES.

45. Předkládající soud se soustředí výlučně na selektivní snížení cen uplatňovaných společností Post Danmark, jehož účinky by vedly nebo – pokud by dánské orgány pro hospodářskou soutěž nezasáhly – mohly vést k vytlačení nebo vyloučení společnosti FK z trhu distribuce neadresných poštovních zásilek v Dánsku (primární diskriminace nebo „primary-line discrimination“).

13 — Rozhodnutí Deutsche Post (body 6, 9 a poznámka pod čarou 7). Rovněž je třeba poznamenat, že ve věci, která vedla k vydání rozsudku Tribunálu ze dne 12. září 2007, Ufex a další v. Komise (T-60/05, Sb. rozh. s. II-3397, bod 161), Komise rovněž uvedla, že ověřování zneužití dominantního postavení, kterého se dopustila Poste française na trhu expresních zásilek, by od ní vyžadovalo ověření toho, zda ceny fakturované tímto podnikem za infrastrukturní služby poskytované její dceřině společnosti působící na uvedeném trhu byly nižší nebo rovný přírůstkových nákladům na poskytování těchto služeb, to znamená určení nákladů, které se výlučně vážou na poskytování zvláštní služby a které přestávají existovat, jakmile uvedená služba skončí. Ač neuvádí pojem „přírůstkový“, článek 14 směrnice 67/97 usiluje v zásadě o zajištění stejné věci tím, že od členských států vyžaduje, aby poskytovatelům poštovních služeb pověřeným poskytováním všeobecné služby uložily zavést oddělené účetnictví, které oddělí náklady přímo přiřazené konkrétní službě nebo výrobku, jakož i společné náklady podle podmínek stanovených v tomto ustanovení.

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

46. Rozlišování mezi sekundární a primární diskriminací prováděné dánskými orgány a soudy se mi zdá být vhodné a ostatně s ním souhlasí část právní vědy¹⁵. Ačkoli výčet zneužívajících postupů obsažený v článku 82 ES nevyčerpává způsoby zneužívání dominantního postavení zakázané tímto článkem¹⁶, toto rozlišování nicméně podle mého názoru umožňuje objasnit vztahy mezi diskriminačními cenovými postupy spadajícími pod čl. 82 druhý pododstavec písm. c) ES, to znamená těmi, jejichž protisoutěžní účinky se projevují na trhu nebo trzích „obchodních partnerů“, čímž je „v hospodářské soutěži znevýhodňují“ – což odpovídá situaci diskriminace nazývané „sekundární“ – protože z definice tyto obchodní partneři nemohou být konkurenty podniku zneužívajícího své dominantní postavení, a praktikami, které se projevují na trhu, na kterém působí dominantní podnik a jeho konkurenti a pod které spadají jiné případy, tedy případy omezování výroby, odbytu nebo technického rozvoje na úkor spotřebitelů uvedené v čl. 82 druhém pododstavci písm. b) ES a jejichž účinkem je vytlačení nebo vyloučení uvedených konkurentů.

47. Na druhé straně tím, že ve své první předběžné otázce zmiňuje situaci selektivního snížení cen, jejichž úroveň se nachází mezi průměrem přírůstkových nákladů a průměrem celkových nákladů vynaložených dominantním podnikem, se zdá, že předkládající soud omezil tuto otázku na cenovou praxi společnosti Post Danmark vůči skupině Coop, aniž zohlednil cenovou praxi vůči dvěma dalším zákazníkům společnosti FK, konkrétně společnostem Spar a SuperBest, rovněž zmíněným v předkládacím rozhodnutí, a kterým – což je nesporné – Post Danmark nabídla ceny vyšší, než je průměr jejich celkových nákladů.

48. Výklad tohoto opomenutí je nejistý. Na jedné straně by mohlo znamenat to, že předkládající soud již zamítavě rozhodl o tezi, podle které by ceny uplatňované společností Post Danmark vůči společnostem Spar a Superbest mohly vést k vyloučení společnosti FK z trhu. Podle jiného výkladu by opomenutí mohlo jednoduše znamenat pouze to, že předkládající soud byl názoru, že jakmile bude objasněn výklad článku 82 ES v situaci cen nabízených společností Post Danmark skupině Coop, měl by a mohl by sám vyvodit z odpovědi Soudního dvora důsledky stran zákonnosti cenové praxe společnosti Post Danmark vůči společnostem Spar a Superbest.

49. V každém případě se mi zdá, že pro poskytnutí užitečné odpovědi předkládajícímu soudu nelze opomenout cenovou praxi společnosti Post Danmark uplatňovanou vůči společností Spar a Superbest při zkoumání otázky, zda lze zneužívající vytěsnění nebo vyloučení konkurenta dominantního podniku konstatovat při existenci selektivního snížení cen, které nevykazuje predátorskou povahu a – pokud ano – za jakých podmínek.

B – K selektivnímu snížení cen a vytěsňujícímu účinku

50. Otázka uvedená v předcházejícím bodě rozděluje zúčastněné, kteří předložili vyjádření Soudnímu dvoru.

51. Podle společnosti Post Danmark a české vlády lze vylučovací cenovou praxi v podstatě konstatovat, pouze je-li cena stanovena pod úroveň odpovídající kategorie nákladů. V projednávaném případě může způsobit cena vyšší, než jsou průměrné přírůstkové náklady, vytěsnění konkurenta, pouze kdyby byla součástí strategie s cílem vyloučit uvedeného konkurenta, což je strategie, která by podle české vlády

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

16 — Viz v tomto smyslu zejména rozsudky ze dne 21. února 1973, *Europemballage a Continental Can v. Komise* (6/72, Recueil, s. 215, bod 26); ze dne 16. března 2000, *Compagnie maritime belge transports a další v. Komise* (C-395/96 P a C-396/96 P, Recueil, s. I-1365, bod 112); ze dne 15. března 2007, *British Airways v. Komise* (C-95/04 P, Sb. rozh. s. I-2331, bod 57); ze dne 14. října 2010, *Deutsche Telekom v. Komise* (C-280/08 P, Sb. rozh. s. I-9555, bod 173), a ze dne 17. února 2011, *TeliaSonera* (C-52/09, Sb. rozh. s. I-527, bod 26).

mohla vyplynout z hospodářské analýzy, avšak podle názoru společnosti Post Danmark by musela vyplývat výlučně nebo zejména z poznatků prokazujících subjektivní úmysl vyloučit konkurenci. Jelikož spisový materiál ve věci v původním řízení neprokazuje, že by Post Danmark sledovala takovou strategii, neexistuje zneužití dominantního postavení ve smyslu článku 82 ES.

52. Naproti tomu FK, dánská a italská vláda, Kontrolní úřad ESVO, jakož i v určitém rozsahu Komise – konkrétně po objasněních svého stanoviska, která přednesla na jednání – hájí opačný názor. V zásadě tito zúčastnění tvrdí, že *nezávisle na nákladech*, selektivní cenová praxe dominantního podniku určená zákazníkům jeho jediného skutečného konkurenta vede nebo hrozí, že s největší pravděpodobností povede k vyloučení tohoto konkurenta, pokud taková praxe není odůvodněna hospodářskými důvody, zejména úsporami z rozsahu. Taková je mimoto situace ve věci v původním řízení.

53. Velká část diskuse, která proběhla mezi těmito zúčastněnými stranami, se týkala výkladu dosahu řady rozsudků Soudního dvora a Tribunálu, ve kterých tyto soudy údajně zkoumaly selektivní cenovou praxi vedenou dominantními podniky. Tyto rozsudky údajně vždy potvrzovaly tezi vyslovenou ve vyjádřeních, která byla předložena Soudnímu dvoru.

54. Před zkoumáním těchto rozsudků je třeba připomenout, že podle judikatury se článek 82 ES tím, že zakazuje zneužívání dominantního postavení na trhu v rozsahu, v němž může být ovlivněn obchod mezi členskými státy, vztahuje na jednání, která by mohla ovlivnit strukturu trhu, na kterém je právě z důvodu přítomnosti podniku, jež disponuje hospodářskou silou díky svému dominantnímu postavení, stupeň hospodářské soutěže již oslaben a která by ve svém důsledku mohla být na překážku zachování stupně hospodářské soutěže, který ještě na trhu existuje nebo rozvoji této hospodářské soutěže, za použití prostředků odlišných od prostředků, které jsou používány při běžné soutěži výrobků nebo služeb na základě plnění hospodářských subjektů¹⁷.

55. Jelikož se článek 82 ES týká nejen postupů, které by mohly způsobit okamžitou újmu spotřebitelům, nýbrž i postupů, které jim způsobují újmu tím, že narušují strukturu účinné hospodářské soutěže, má tudíž podnik v dominantním postavení zvláštní odpovědnost za to, aby jeho jednání nezasahovalo nepříznivě do účinné a nenarušené hospodářské soutěže na společném trhu¹⁸.

56. Z tohoto hlediska je rovněž odůvodněn potřebou chránit nebo udržovat konkurenční strukturu trhu, jelikož se předpokládá, že naplňování tohoto cíle je určitým způsobem ku prospěchu spotřebitelů, a to i když zákaz zneužívání dominantního postavení může být zcela přirozeně odůvodněn péčí o zajištění bezprostředního blaha spotřebitelů.

57. V oblasti tvorby cen tato zvláštní odpovědnost dominantního podniku sice Soudní dvůr vedla k rozhodnutí, že ne každou cenovou hospodářskou soutěž lze považovat za legitimní¹⁹, toto tvrzení však znamená, že taková soutěž je až na výjimky obecně povolena, ba i doporučovaná. Jelikož je cenová hospodářská soutěž obecně prospěšná, nemůže být podnikům v dominantním postavení na daném trhu v zásadě zakázána.

17 — Viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 13. února 1979, Hoffman-La Roche v. Komise (85/76, Recueil, s. 461, bod 91); ze dne 9. listopadu 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise (322/81, Recueil, s. 3461, bod 70); výše uvedené rozsudky Akzo v. Komise (bod 69), British Airways v. Komise, (bod 66); ze dne 2. dubna 2009, France Télécom v. Komise (bod 104), Deutsche Telekom v. Komise (bod 174) a TeliaSonera (bod 27).

18 — Viz zejména výše uvedené rozsudky ze dne 2. dubna 2009, France Télécom v. Komise (bod 105), Deutsche Telekom v. Komise (bod 176), jakož i v tomto smyslu TeliaSonera (bod 24).

19 — Viz zejména výše uvedený rozsudek Akzo v. Komise (bod 70).

58. Nic to nemění na tom, že otázka, zda cenová praxe podniku v dominantním postavení na daném trhu představuje ve smyslu článku 82 ES zneužití takového postavení, musí být rozhodnuta v závislosti na všech okolnostech a vyžaduje zkoumání zejména toho, zda tato praxe směřuje k bránění v přístupu konkurentů na trh nebo k posílení dominantního postavení narušováním hospodářské soutěže²⁰.

59. Jak uvedli někteří zúčastnění, existuje v judikatuře řada věcí, ve kterých unijní soudy konstatovaly, že selektivní snížení ceny uplatňované jedním nebo vícero podniky v dominantním postavení naráží na zákaz upravený v článku 82 ES.

60. V první z těchto věcí byl vydán výše uvedený rozsudek Akzo v. Komise.

61. Mezi cenovými postupy, které Komise vytýkala společnosti Akzo na trhu Společenství s organickými peroxidy²¹ byly nejen již zmiňované uplatňování abnormálně nízkých (predátorských) cen dohodnutých se zákazníky jednoho z jeho konkurentů (ECS) zkoumané v bodech 98 až 109 rozsudku Soudního dvora, ale rovněž praxe selektivních cenových nabídek zákazníkům téhož konkurenta na úrovni značně nižší než je úroveň cen, na kterých se Akzo dohodla se svými vlastními zákazníky²², což Soudní dvůr zkoumal v bodech 110 až 121 tohoto rozsudku.

62. Poté, co potvrdil konstatování Komise, podle kterého Akzo měla na dotčeném trhu dominantní postavení jak s ohledem na její tržní podíl ve výši kolem 50 %, tak i jiné faktory²³, Soudní dvůr po provedení přezkumu selektivní povahy cenových nabídek adresovaných zákazníkům společnosti ECS nazývaným „velcí nezávislí“ především uvedl, že Akzo nezpochybnila, že dohodla rozdílné ceny s kupujícími srovnatelné velikosti, ani neuvedla argumenty k prokázání toho, že tyto rozdíly byly způsobeny kvalitou výrobků nebo konkrétními výrobními náklady²⁴. Soudní dvůr poté poznamenal, že ceny uplatňované společností Akzo vůči jejím vlastním zákazníkům byly vyšší než průměr jejích celkových nákladů, zatímco ceny nabízené zákazníkům jejího konkurenta byly nižší než tento průměr²⁵. V bodě 115 rozsudku z toho vyvodil, že si Akzo takto mohla přinejmenším částečně kompenzovat ztráty způsobené prodeji zákazníkům ECS zisky vytvořenými z prodejů „velkým nezávislým“, kteří byli součástí její klientely, což dokazuje, že úmyslem společnosti Akzo nebylo uplatňovat obecnou politiku výhodných cen, nýbrž přijmout strategii, která ze své povahy škodila jejímu konkurentovi. Soudní dvůr tedy v tomto ohledu potvrdil rozhodnutí Komise s konstatováním, že Akzo zneužila své dominantní postavení.

63. V této fázi analýzy omezím svůj komentář k těmto otázkám výše uvedeného rozsudku Akzo v. Komise na následující dvě poznámky.

64. Zaprvé Soudní dvůr potvrdil zneužívající povahu selektivnosti cenových nabídek společnosti Akzo vzhledem k referenční úrovni nákladů dominantního podniku, konkrétně k průměru jeho celkových nákladů.

65. Toto kritérium se jeví být vůči dominantnímu podniku relativně přísným. Pokud totiž vezmeme jako referenční hodnotu průměr celkových nákladů podniku, to znamená nákladů, které zahrnují fixní náklady a variabilní náklady, sankcionuje Soudní dvůr selektivnost, i když prodej dodatečné jednotky vlastním zákazníkům dominantního podniku pokrývá variabilní náklady vyrobené jednotky

20 — Viz v tomto smyslu výše uvedené rozsudky *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise* (bod 73), *Deutsche Telekom* (bod 175), jakož i *TeliaSonera* (bod 28).

21 — Rozhodnutí Komise 85/609/EHS ze dne 14. prosince 1985 v řízení podle článku 86 Smlouvy o EHS (*IV/30.698 – ECS v. AKZO Chemie*) (Úř. věst. L 374, s. 1).

22 — Výše uvedený rozsudek *Akzo v. Komise* (body 9 a 111).

23 — Tamtéž (body 59 až 61). Je třeba poznamenat, že po podrobném zkoumání opodstatněnosti rozhodnutí Komise dospěl naopak generální advokát Lenz k závěru, že Komise neprokázala, že Akzo měla dominantní postavení na dotčeném trhu (viz body 62 až 124 stanoviska předneseného dne 19. dubna 1989 ve věci, ve které byl vydán výše uvedený rozsudek *Akzo v. Komise*).

24 — Tamtéž (bod 113).

25 — Výše uvedený rozsudek (bod 114).

a přinejmenším část fixních nákladů připadajících na tuto jednotku. I když je v tomto kontextu možno pochopit, že rozdíl v cenovém zacházení mezi zákazníky dominantního podniku a zákazníky konkurenta, kterým byly předloženy výhodné nabídky, může ve skutečnosti představovat diskriminaci vyvolávající znevýhodnění v hospodářské soutěži mezi těmito zákazníky ve smyslu čl. 82 prvního pododstavce písm. c) ES („secondary-line discrimination“), je pochybné, zda tento postup, pokud je posuzován izolovaně, může vyvolat vytěsnění přinejmenším stejně výkonného konkurenta, protože by se posledně uvedený samozřejmě mohl celkem nebo zčásti zmocnit tradičních zákazníků dominantního podniku, kteří by byli obětmi diskriminačního zacházení, ledaže by tito zákazníci byli podrobeni zvláštním omezením ze strany dominantního podniku, která by je k němu příliš silně vážala.

66. Ačkoli Soudní dvůr takové úvahy neuvedl v příslušných částech výše uvedeného rozsudku Akzo v. Komise, je přesto třeba poznamenat, že na jedné straně selektivní cenové nabídky ze strany společnosti Akzo byly spojeny s celým souborem zneužívajících jednání tohoto podniku, zejména s praxí predátorských cen, a že na druhé straně Soudní dvůr nevyvodil ze selektivní cenové praxe společnosti Akzo účinek vytěsnění konkurenta, nýbrž pouze úmysl jeho vyloučení. V celkovém kontextu výše uvedeného rozsudku Akzo v. Komise vyjadřují body 113 až 115 tohoto rozsudku myšlenku, že se přezkum selektivní povahy snížení cen uplatňovaného společností Akzo podílel na prokázání existence plánu nebo strategie vytěsnění ze strany tohoto podniku.

67. Zadruhé se zdá, že zjevná přísnost Soudního dvora ve výše uvedeném rozsudku Akzo v. Komise vůči selektivnímu snížení ceny ze strany dominantního podniku lze vysvětlit skutečností, že se taková praxe na rozdíl od obecné praxe nízkých cen uskutečňuje na úkor vlastních zákazníků tohoto podniku bez hospodářského odůvodnění. Jinými slovy se zdá, že se Soudní dvůr domnívá, že cílem takového selektivního cenového postupu není zajištění toho, aby zákazníci a přinejmenším nepřímí spotřebitelé měli prospěch z nízké ceny (o což naproti tomu obecně jde, přinejmenším z krátkodobého hlediska, v případě neselektivní praxe nízkých či dokonce predátorských cen), nýbrž výlučně odlákání některých zákazníků konkurentů dominantního podniku, aniž z toho mají prospěch spotřebitelé nebo konkurenční struktura trhu.

68. Pokud je, jak jsem právě zdůraznil, přístup zastávaný Soudním dvorem ve výše uvedeném rozsudku Akzo v. Komise ve vztahu k selektivně nízkým cenovým nabídkám dominantního podniku založen na kritériu nákladů uvedeného podniku, nedržel se naproti tomu unijní soud tohoto kritéria v pozdějších věcech.

69. Je tomu tak ve věcech *Compagnie maritime belge transports a další v. Komise*²⁶ a *Irish Sugar v. Komise*^{27 28}.

26 — Rozsudek Tribunálu ze dne 8. října 1996 (T-24/93 až T-26/93 a T-28/93, Recueil, s. II-1201) a výše uvedený rozsudek Soudního dvora.

27 — Rozsudky Tribunálu ze dne 7. října 1999 (T-228/97, Recueil, s. II-2969) a Soudního dvora ze dne 10. července 2001 (C-497/99 P, Recueil, s. I-5333).

28 — Musím rovněž poznamenat, že Komise ve svém rozhodnutí 88/138/EHS ze dne 22. prosince 1987 v řízení podle článku 86 Smlouvy o EHS (IV/30.787 a 31.488 – Eurfix – Bauco/Hilti, Úř. věst. L 65, 1988, s. 19) uplatnila přístup, který nebyl založen na nákladech. V této věci se jednalo o soubor diskriminačních a selektivních postupů společnosti Hilti, jejichž cílem bylo odradit zákazníky od nákupů hřebů určených do nastrovacích pistolí její vlastní výroby u jejích konkurentů, přičemž tento podnik na tomto trhu měl podíl odhadovaný na zhruba 70 % až 80 %. Mezi postupy považovanými Komisí za zneužívající se nacházely slevy pro některé z hlavních zákazníků konkurentů společnosti Hilti, kteří vyráběli hřebky kompatibilní s jejími nastrovacími pistolemi, což byly nabídky, jejichž využití vůbec neumožnila svým vlastním zákazníkům, kteří od ní nakupovali podobná nebo rovnocenná množství. V tomto rozhodnutí Komise konstatovala, že tyto zvláštní nabídky nepředstavovaly obrannou reakci vůči konkurentům, nýbrž odrážely předem stanovenou politiku tohoto podniku s cílem omezit jejich proniknutí na trh hřebů kompatibilních s jeho vlastními přístroji (bod 80 rozhodnutí). Dodala, že „v projednávaném případě není prvkem zakládajícím zneužití to, že ceny byly nižší než náklady (bez ohledu na způsob jejich definování [...]), ale že z důvodu svého dominantního postavení byla Hilti schopna nabídnout zvláštní diskriminační ceny zákazníkům svých konkurentů s cílem škodit jejich činností, zatímco vůči jejím vlastním rovnocenným zákazníkům byly zachovány vyšší ceny“ (bod 81 rozhodnutí). V žalobě na neplatnost podané proti tomuto rozhodnutí (rozsudek Tribunálu ze dne 12. prosince 1991, Hilti v. Komise, T-30/89, Recueil s. II-1439), Hilti zčásti rozvinula velmi obecnou argumentaci, která nebyla zvlášť zaměřená na selektivní slevy z cen, jež byla zamítnuta Tribunálem v bodě 100 jeho rozsudku a zčásti připustila, že skutečně zavedla některá z vytýkaných jednání, což Tribunál jednoduše musel konstatovat (viz bod 101 téhož rozsudku). Kasační opravný prostředek podaný k Soudnímu dvoru (rozsudek ze dne 2. března 1994, Hilti v. Komise, C-53/92 P, Recueil, s. I-667) se netýkal posouzení uvedeného v těchto bodech rozsudku Tribunálu.

70. V první z těchto věcí Komise vytýkala námořní konferenci Cewal, jejímž členem byla zvláště Compagnie maritime belge transports a která vlastnila více než 90 % podílů na relevantním trhu, to, že zejména v rozporu s článkem 86 Smlouvy o EHS změnila své sazby za náklad odchylně od platných cen za účelem nabídnutí stejných nebo nižších sazeb, než byly sazby jejího hlavního nezávislého konkurenta (G&C) pro lodě odplouvající v tentýž den nebo v okolních dnech (praxe nazývaná „nasazení bojových lodí“)²⁹.

71. Tribunál potvrdil analýzu Komise.

72. Především připomenul, že žalující podniky nezpochybnily tři kritéria zakládající praxi nazývanou „nasazení bojových lodí“ – která byla odlišná od praxe predátorských cen – totiž a) označení lodí členů konference, jejichž odplutí bylo nejbližší odplutí lodí G&C, beze změny plánované hodiny odplutí, za nasazení bojových lodí; b) společné určení bojové ceny lišící se od sazby obvykle uplatňované členy konference Cewal tak, aby byla stejná nebo nižší než ceny oznámené ze strany G&C a c) z toho vyplývající snížení výnosů prostřednictvím členů Cewal³⁰.

73. Tribunál poté zkoumal argumenty žalobkyň směřujících ke zpochybnění tvrzení o zneužití dominantního postavení a s ohledem ke spisovému materiálu rozhodl, že Komise právně dostačujícím způsobem rozhodla, že uplatňovaná praxe byla vedena s cílem vytěsnit jediného konkurenta Cewal na relevantním trhu³¹. Za těchto okolností se Tribunál domníval, že jelikož cílem jednání bylo vytěsnění jediného konkurenta, nemohou žalobkyně účinně tvrdit, že se omezily zejména na sledování cenové války zahájené konkurentem nebo na reakci na očekávání jejich zákazníků. I za předpokladu, že by tyto okolnosti byly prokázány, nemohly by v žádném případě podle Tribunálu způsobit, že by odvěta uplatněná členy Cewal byla považována za rozumnou a přiměřenou³².

74. Konečně Tribunál zamítl tvrzení žalobkyň, podle kterého zvýšení podílu G&C na trhu mělo za následek neexistenci účinku dotčeného jednání, a tím i nezneužití dominantního postavení. V tomto ohledu Tribunál rozhodl, že pokud jeden nebo několik podniků v dominantním postavení účinně uplatňují praxi, jejímž cílem je vytěsnit konkurenta, okolnost, že zamýšlený výsledek nebyl dosažen, nestačí k vyloučení kvalifikace jako zneužití dominantního postavení ve smyslu článku 86 Smlouvy, a dodal, že „ostatně na rozdíl od tvrzení žalobkyň skutečnost, že se podíl [G&C] na trhu zvýšil, neznamená, že praxe byla neúčinná, jelikož kdyby této praxe nebylo, mohl se podíl [G&C] zvýšit výrazněji“³³.

75. Na základě kasačních opravných prostředků směřujících proti rozsudku Tribunálu Soudní dvůr zrušil rozsudek Tribunálu v rozsahu, v němž se týkal pokut uložených žalobkyním³⁴.

76. Pokud jde o zneužívání dominantního postavení, Soudní dvůr naproti tomu potvrdil posouzení Tribunálu, nicméně zdrženlivě.

77. Poté, co připomenul, že na jedné straně věcná působnost zvláštní odpovědnosti, která přísluší dominantnímu podniku, musí být posouzena vzhledem ke konkrétním okolnostem každého jednotlivého případu vykazujícího oslabení hospodářské soutěže, a že na druhé straně trh námořní přepravy je velmi specializovaným a zvláštním odvětvím charakterizovaným podle unijního práva zejména možnostmi, aby námořní konference mohly stanovovat ceny³⁵, Soudní dvůr rozhodl, že „[...]

29 — Rozhodnutí Komise 93/82/EHS ze dne 22. listopadu 1992 v řízení podle článku 85 smlouvy o EHS (IV/32.448 a IV/32.450: Cewal, Cowak, Ukwal) a podle článku 86 smlouvy o EHS (IV/32.448 a IV/32.450) (Úř. věst. L 34, s. 20).

30 — Výše uvedený rozsudek Tribunálu (body 139 a 141).

31 — Výše uvedený rozsudek (bod 147).

32 — Tamtéž (bod 148).

33 — Tamtéž (bod 149).

34 — Viz výše uvedený rozsudek Soudního dvora (body 146 a 147 a bod 1 výroku).

35 — Výše uvedený rozsudek Soudního dvora (body 114 až 116).

pokud námořní konference v dominantním postavení provede selektivní snížení cen za účelem jejich cíleného přizpůsobení cenám konkurenta, těží z toho dvojím způsobem. Zaprvé vylučuje hlavní nebo dokonce jediný konkurenční nástroj, který má konkurenční podnik k dispozici. Zadruhé může nadále po uživatelích požadovat vyšší ceny za služby, které nejsou ohroženy touto konkurencí“³⁶.

78. V bodech 118 až 120 svého rozsudku Soudní dvůr dodal: „118 V projednávaném případě není nezbytné obecně přijímat stanovisko k okolnostem, za kterých námořní konference může legitimně případ od případu přijmout ceny nižší, než jsou oznámené sazby, aby čelila konkurentu, který nabízí zajímavější ceny [...].

119 Stačí připomenout, že se v projednávaném případě jedná o jednání konference, jejíž podíl na dotčeném trhu přesahuje 90 % a která má jen jediného konkurenta. Žalobkyně ostatně nikdy vážně nepopíraly, a kromě toho na jednání uznaly, že cílem vytýkaného jednání bylo vytěsnit G&C z trhu.

120 Je tedy třeba se domnívat, že se Tribunál nedopustil žádného nesprávného právního posouzení, když konstatoval, že výhrady Komise, podle kterých praxe nazývaná „nasazení bojových lodí“ tak, jak byla uplatňovaná vůči G&C, představovala zneužití dominantního postavení, byly důvodné. Mimoto je třeba uvést, že v projednávané věci v žádném případě nejde o novou definici zneužívajícího jednání.“

79. Ve druhé výše uvedené věci *Irish Sugar v. Komise* se zejména jednalo o řadu jednání tohoto podniku na trhu s cukrem určeným k maloobchodnímu prodeji v Irsku, na kterém měl podnik podíl více než 88 %, která byla Komisí považována za zneužívající³⁷. Konkrétně Komise vytýkala společnosti *Irish Sugar* to, že bez objektivního hospodářského odůvodnění poskytla zvláštní slevy určitým maloobchodníkům usazeným v pohraniční oblasti mezi Irskem a Severním Irskem, aby čelila konkurenci dovozů cukru pocházejícího ze Severního Irska nebo jejího vlastního cukru dovezeného zpět do Irska. Komise s odkazem na své rozhodnutí týkající se *ECS v. Akzo Chemie* zastávala názor, že tyto selektivní příhraniční slevy představovaly zneužití dominantního postavení³⁸.

80. Tribunál při posuzování zneužívající povahy těchto příhraničních slev především uvedl, že ceny uplatňované společností *Irish Sugar* nepředstavovaly predátorské ceny ve smyslu judikatury Soudního dvora³⁹. Následně poznamenal, že z dokumentů uložených ve spisu vyplývá, že *Irish Sugar* se úmyslně rozhodla selektivně nabídnout zvláštní slevu určitým maloobchodníkům, ale i to, že si byla vědoma protiprávní povahy tohoto jednání⁴⁰.

81. To vedlo Tribunál k tomu, aby rozhodl, že toto jednání představuje zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 86 druhého pododstavce písm. c) Smlouvy⁴¹ a k zamítnutí všech argumentů přednesených společností *Irish Sugar* k prokázání legální povahy jejího jednání⁴². Konkrétně Tribunál odmítl argument společnosti *Irish Sugar*, podle kterého tento podnik měl v úmyslu bránit se proti konkurenci vyplývající z dovozů za nízké ceny (ale nikoli nižších než ceny pořizovacích nákladů) pocházejících z britského trhu a trhu Severního Irska, přičemž uvedl, jak připustila *Irish Sugar*, že její hospodářská schopnost nabídnout slevy v regionu hraničícím se Severním Irskem znamenala stabilitu jejích cen v ostatních regionech, čímž bylo uznáno, že *Irish Sugar* financovala uvedené slevy svými prodeji na zbytku území Irska.

36 — Tamtéž (bod 117).

37 — Rozhodnutí Komise 97/624/ES ze dne 14. května 1997 v řízení podle článku 86 Smlouvy o EHS (IV/34.621, 35.059/F-3 – *Irish Sugar plc*) (Úř. věst. L 258, s. 1).

38 — Viz body 133 až 135 uvedeného rozhodnutí.

39 — Výše uvedený rozsudek (bod 182).

40 — Tamtéž (bod 183).

41 — Tamtéž.

42 — Tamtéž (body 184 až 192).

82. Tribunál došel k závěru, že tímto jednáním Irish Sugar bránila rozvoji volné hospodářské soutěže na relevantním trhu a zkreslovala strukturu relevantního trhu jak ve vztahu ke svým zákazníkům, tak i spotřebitelům, jelikož spotřebitelé nemohli mimo regionu hraničícího se Severním Irskem využívat snížení cen vyvolané dovozy cukru pocházejícího ze Severního Irska⁴³. Podle Tribunálu totiž ochrana konkurenčního postavení podniku v dominantním postavení splňujícího charakteristiky Irish Sugar v rozhodné době musí být k tomu, aby byla oprávněná, přinejmenším založena na kritériích hospodářské efektivnosti a být zajímavá pro spotřebitele, což v projednávaném případě splněno nebylo⁴⁴.

83. Rovněž je třeba zdůraznit, že zamítl tvrzení společnosti Irish Sugar, podle kterého se Komise dovolávala vytěsnění konkurenta jako důkazu zneužívající povahy poskytování příhraničních slev. Tribunál uvedl, že postoj Komise takový nebyl, a zejména dodal, že „v rozsahu, v němž bylo cílem poskytování příhraničních slev zavázat si věrností kupující vystavené nabídkám konkurentů, aniž by však z dopadu konkurence na prodejní ceny výrobků žalobkyně měli užitek všichni její zákazníci, vytěsnění konkurenta v důsledku takové praxe ilustruje *a fortiori* zneužívající povahu tohoto jednání ve smyslu článku 86 Smlouvy“⁴⁵.

84. V rámci kasačního opravného prostředku podaného proti tomuto rozsudku se Irish Sugar omezila na zpochybnění posouzení Tribunálu týkajícího se existence dominantního postavení. Soudní dvůr se tedy nemusel vyjádřit k tvrzením Tribunálu týkajícím se zneužívajícího jednání podniku.

85. Jaké informace lze z těchto dvou věcí vyvodit?

86. Zprvce, jak jsem již uvedl, tyto dvě věci patří do řady rozsudků, podle kterých selektivní snížení cen ze strany dominantního podniku bylo považováno za rozpor s článkem 82 ES, aniž byly tyto ceny posuzovány ve vztahu k nákladům podniku a ze kterých vyplývá, že ceny nebyly stanoveny nižší než průměr celkových nákladů.

87. Zadruhé, zatímco ve výše uvedené věci Akzo v. Komise Soudní dvůr ze selektivních cenových slev pro zákazníky hlavního konkurenta společnosti Akzo vyvodil existenci úmyslu vytěsnění ze strany této společnosti, ve výše uvedených věcech Compagnie maritime belge transport a další v. Komise a Irish Sugar v. Komise přijal unijní soud odlišný přístup. Měl totiž za to, že sporné cenové postupy představovaly provedení úmyslu vytěsnění konkurenta, jehož reálnost byla vyvozena nikoli ze selektivní cenové praxe, nýbrž z interních dokumentů dotyčných dominantních podniků nebo z jiného spisového materiálu.

88. V tomto ohledu je třeba uvést, že skutečnost, že v těchto dvou posledně uvedených věcech neměla dotčená jednání zamýšlené účinky, což znamená, že nevedla k vytěsnění konkurenta, nebyla považována za rozhodující pro vyloučení existence zneužití dominantního postavení. Toto posouzení ostatně má zvláštní význam v rozsudku Tribunálu ve výše uvedené věci Compagnie maritime belge transport a další, protože z tohoto rozsudku vyplývá, že podíly na trhu hlavního nebo jediného konkurenta dominantního podniku se v období, kdy byly přijaty sporné cenové postupy, zvýšily⁴⁶.

89. Zdá se, že toto posouzení znamená, že dotčené cenové postupy jsou protisoutěžní svým účelem a nikoli svým účinkem. Viděno mimo svůj kontext, může toto posouzení být neslučitelné s úvahou, podle které dominantní podniky v zásadě nejsou zbaveny práva uplatňovat cenovou hospodářskou soutěž⁴⁷.

43 — Tamtéž (bod 188).

44 — Tamtéž (bod 189).

45 — Tamtéž (bod 191).

46 — V bodě 126 tohoto rozsudku Tribunál uvedl tvrzení žalobkyň, podle kterého se podíl C&G na trhu během posuzovaného období zvýšil z 2 na 25 %. Toto tvrzení nebylo ve zbylé části odůvodnění rozsudku (v tomto ohledu viz zejména bod 149 uvedeného rozsudku) vyvráceno.

47 — Viz v tomto ohledu bod 57 tohoto stanoviska.

90. Vysvětlení přístupu přijatého unijním soudem ve věcech, ve kterých byly vydány výše uvedené rozsudky ze dne 16. března 2000, *Compagnie maritime belge transports a další v. Komise* a ze dne 10. července 2001, *Irish Sugar v. Komise*, by podle mého názoru mohlo spočívat ve třech aspektech spíše skutkového rázu, které jsou společné pro situace, na základě kterých byly vydány rozsudky Soudního dvora a Tribunálu.

91. Nejprve, jak jsem již poznamenal, v obou výše uvedených věcech byl úmysl vytěsnění ze strany dominantního podniku vyvozen nikoli ze selektivní cenové praxe, ale z jiných okolností. Proto byly selektivní cenové postupy považovány pouze za realizaci tohoto úmyslu.

92. Dále je třeba uvést, že se dotyčné dominantní podniky nacházely v situaci hospodářské síly blízké monopolu, jelikož se jejich příslušné podíly na dotyčných trzích blížily k 90 %. Existovaly tedy velké překážky vstupu na trh z důvodu existence „superdominance“, na kterou ostatně poukázal generální advokát Fennelly ve svém stanovisku ve věcech, ve kterých byl vydán výše uvedený rozsudek Soudního dvora ze dne 16. března 2000, *Compagnie maritime belge transport a další*⁴⁸.

93. Konečně selektivní cenové postupy byly součástí řady zneužívajících jednání v cenové nebo necenové oblasti, jejichž kumulativní účinek mohl rovněž hrát určitou roli.

94. Tyto úvahy mě vedou k názoru, že výše uvedené věci *Irish Sugar v. Komise* a *Compagnie maritime belge transports a další* mají jen marginální relevanci, pokud jde o odpověď, kterou by měl Soudní dvůr poskytnout předkládajícímu soudu, i kdyby jen proto, že v původním řízení je nesporné, že se nepodařilo prokázat žádný úmysl vytěsnění ani dánskými orgány pro hospodářskou soutěž ani dánskými soudy a že ze spisového materiálu nijak nevyplývá, že by se *Post Danmark* nacházela v situaci „superdominance“. Pokud jde konkrétně o výše uvedenou věc *Irish Sugar v. Komise*, na které Komise založila část svých vyjádření na jednání, je třeba dále připomenout, že zaprvé šlo o situaci, ve které dominantní podnik usiloval udržet si své zákazníky nabídkou slev svým distributorům vystaveným konkurenci ostatních výrobců cukru, a nikoli – jak tomu je ve věci v původním řízení – přilákat zákazníky svého hlavního nebo jediného konkurenta, a zadruhé že cílem předmětných slev bylo omezit vliv cenové politiky subjektů působících hlavně na vnitrostátním trhu v pohraniční oblasti na cenovou politiku subjektů působících na jiném vnitrostátním trhu, což je postup, který mohl být a skutečně byl považován za postup představující překážku uskutečňování společného trhu⁴⁹.

95. Zdá se mi, že judikaturu Soudního dvora je třeba vykládat tak, že pokud nejsou splněny poměrně výjimečné podmínky věcí, ve kterých byly vydány výše uvedené rozsudky ze dne 16. března 2000, *Compagnie maritime belge transports a další v. Komise*, a ze dne 10. července 2001, *Irish Sugar v. Komise*, zvláště pokud úmysl vytěsnění konkurenta nebo konkurentů nelze u dominantního podniku vyvodit z jiných okolností, než jsou selektivní cenové nabídky, musí být selektivní snížení ceny zkoumáno v závislosti na nákladech dominantního podniku, podobně jako u kritéria použitého v bodech 114 a 115 výše uvedeného rozsudku *Akzo v. Komise*.

96. Tento výklad umožňuje zajistit soudržné chápání judikatury. Může rovněž poskytnout větší právní jistotu podnikům v dominantním postavení, které se uchylují k selektivnímu snižování cen. Kromě toho vzhledem k tomu, že dominantní podnik zná své vlastní náklady a sazby, a nikoli náklady a sazby svých konkurentů, by zohlednění struktury nákladů konkurenta orgány pro hospodářskou soutěž a soudy mohlo být v rozporu se zásadou právní jistoty, protože by dominantnímu podniku neumožnilo posoudit legalitu svého vlastního jednání, kromě existence zvláštních okolností⁵⁰.

48 — Stanovisko přednesené dne 29. října 1998 (bod 135 až 137). Nedávno Soudní dvůr rovněž poukázal na takovou charakteristiku tržní síly Cewal ve věci, ve které byl vydán výše uvedený rozsudek *Compagnie maritime belge transports a další v. Komise* (viz výše uvedený rozsudek *TeliaSonera*, bod 81).

49 — Viz výše uvedený rozsudek Tribunálu *Irish Sugar v. Komise* (bod 185).

50 — Viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek *TeliaSonera* (body 44 a 45).

97. V tomto ohledu nezávisle na odvětví, ve kterém působí dominantní podnik, se domnívám, že podnik, který v závislosti na tom, zda oslovuje své obvyklé zákazníky nebo zákazníky svého konkurenta, uplatňuje různé ceny, které jsou však vždy vyšší, než je průměr jeho celkových nákladů, v zásadě nemůže navzdory selektivní a diskriminující povaze svého cenového postupu způsobit vytěsnění stejně výkonného konkurenta.

98. Posledně uvedený podnik bude totiž v podstatě vždy schopen na takovou cenovou hospodářskou soutěž reagovat, protože prodeje uskutečněné za takové ceny pokrývají průměr variabilních nákladů a fixních nákladů. Tyto prodeje tedy budou ziskové a v zásadě nelze předpokládat, že by tento konkurent mohl být vytěsнен z trhu. Mohlo by tomu být jinak, pokud by navzdory všemu byly ceny konkurenta vyšší než průměr celkových nákladů dominantního podniku. V tomto případě by se však pravděpodobně jednalo o konkurenta, jehož výkonnost by byla nižší než výkonnost dominantního podniku. Jeho vytěsnění by tedy představovalo pouze obvyklý výsledek hospodářské soutěže na základě výkonnosti, na které se navzdory zvláštní odpovědnosti, kterou mají, musí mít možnost podílet rovněž dominantní podniky.

99. Je pravda, že jednání dominantního podniku bude vždy možno považovat za odporující čl. 82 druhému pododstavci písm. c) ES tím, že by mohlo vyvolat konkurenční nevýhodu ve vztahu k některým zákazníkům dominantního podniku („secondary-line discrimination“). Nicméně by v zásadě nemělo vyvolávat vytěsnění konkurenta tohoto podniku.

100. Přeneseno do skutkového stavu sporu v původním řízení by posouzení podané v bodech 96 až 98 výše podle mého názoru mělo předkládající soud vést k názoru, že ceny nabízené společností Post Danmark skupinám Spar a Superbest – dvěma ze tří zákazníků společnosti FK, jejichž situace byly popsány v návrhu v žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, jakož i ve vyjádřeních zúčastněných stran – nemohly v zásadě vyvolat vytěsnění společnosti FK, protože je nesporné, jak jsem již uvedl, že tyto ceny byly vyšší než průměr celkových nákladů společnosti Post Danmark. Mimoto předkládající soud neinformoval Soudní dvůr o struktuře nákladů společnosti FK.

101. Zbývá zkoumat, zda takový dominantní podnik, jakým je Post Danmark, může zneužívajícím způsobem vytlačit svého konkurenta, jestliže vůči jeho důležitému zákazníkovi uplatňuje selektivní snížení cen, pokud jsou tyto ceny vyšší než průměrné přírůstkové náklady dominantního podniku, ale nižší než průměr jeho celkových nákladů.

102. Především si nemyslím, že by samotná skutečnost, že dotčené cenové nabídky byly uskutečněny ve prospěch pouze jednoho zákazníka hlavního nebo jediného konkurenta, mohla vést k vyloučení konstatování o zneužití dominantního postavení. Takový zákazník totiž může vskutku představovat značný objem prodejů a značný podíl na trhu, jak tomu ostatně zjevně je v případě Coop ve věci v původním řízení.

103. Dále by bylo lákavé analogicky rozšířit odůvodnění přijaté Soudním dvorem v bodech 113 až 115 výše uvedeného rozsudku Akzo v. Komise, jak ostatně Komise navrhla na jednání.

104. Podle tohoto přístupu by z toho vyplývalo, že skutečnost, že dominantní podnik nabízí zákazníkovi svého konkurenta ceny nižší, než je průměr jeho celkových nákladů, přičemž vůči svým tradičním zákazníkům používá ceny vyšší než tento průměr, by mu umožnila přinejmenším částečně nahradit „ztráty“ vyplývající z prodejů zákazníkovi konkurenta zisky dosaženými z prodejů jeho tradičním zákazníkům, což je jednání, které by bez hospodářského odůvodnění zakládalo vytěsňující jednání.

105. Ve věci v původním řízení by tento přístup s největší pravděpodobností vedl předkládající soud ke konstatování zneužívání dominantního postavení společností Post Danmark na vnitrostátním trhu distribuce neadresných poštovních zásilek, jelikož když to uvedený soud nevyvrátil ve své žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, dánské orgány pro hospodářskou soutěž konstatovaly, že Post Danmark neprokázala, že by selektivní nabídka učiněná skupině Coop, jednomu z hlavních zákazníků společnosti FK, byla odůvodněná úsporami z rozsahu.

106. Ač to nezbytně nemá vliv na konstatování zneužívání dominantního postavení společností Post Danmark, zdráhám se přesto navrhnout přijetí linie odůvodnění přesně vycházející z odůvodnění obsaženého v bodech 113 až 115 výše uvedeného rozsudku Akzo v. Komise, jak na jednání navrhla zejména Komise.

107. Zdá se mi totiž, že taková linie odůvodnění přinejmenším nadmíru zjednodušuje otázku selektivních cenových nabídek poskytnutých dominantním podnikem působícím současně na trhu, zčásti vyhrazeném, na kterém je pověřený úlohou všeobecných služeb, a na trhu úplně otevřeném hospodářské soutěži, na kterém žádný subjekt nemá povinnosti všeobecných služeb.

108. Zprvce skutečnost, že prodejní ceny nabízené hlavnímu zákazníkovi konkurenta jsou vyšší než průměr přírůstkových nákladů dominantního podniku, by podle mého názoru neměla být považována za situaci, ve které prodeje způsobují „ztráty“, ale spíše by měla být charakterizovaná jako prodeje, které nemaximalizují výnosy uvedeného podniku. Takové prodeje totiž zůstávají v zásadě ziskovými, protože výnosy, které jsou z nich čerpány, pokrývají náklady vynakládané na provozování zvláštní činnosti vyvíjené na konkurenčním trhu, konkrétně v projednávaném případě činnosti distribuce neadresných poštovních zásilek.

109. Možnost dominantního podniku uplatňovat takovou cenovou úroveň tedy podle mého názoru nezávisí na vykompenzování mezi cenou prodeje uskutečněných na trhu otevřeném hospodářské soutěži u jeho tradičních zákazníků, vůči kterým maximalizuje své výnosy, a cenou prodeje na téměř trhu hlavnímu zákazníkovi jeho konkurenta, u kterých výnosy nemaximalizuje. K udržení úrovně ceny nabízené zákazníkovi jeho konkurenta se totiž dominantní podnik v zásadě nemusí uchýlovat k takovému kompenzování.

110. Ostatně na trhu, na kterém tradiční zákazníci dominantního podniku, kteří jsou oběťmi rozdílného cenového zacházení, nezatěžuje žádné jiné omezení, jsou tito v zásadě bez problému schopni najít konkurenta, který jim může nabídnout rovnocenné služby za nižší cenu, než je cena uplatňovaná dominantním podnikem⁵¹.

111. Naproti tomu a zadruhé, jelikož přírůstkové náklady nezohledňují, nebo zohledňují nedostatečně, fixní náklady společné činnostem vykonávaným na obou trzích, na nichž působí dominantní podnik, konkrétně fixní náklady týkající se udržování kapacit distribuční sítě dominantního podniku používané, jak tomu je ve věci v původním řízení, jak na jeho činnost, zčásti vyhrazenou, kterou vykonává v rámci plnění povinností všeobecných služeb, tak i na jeho činnost distribuce neadresných poštovních zásilek, mohl by tento podnik, dokonce i při uplatňování ceny vyšší, než je průměr jeho přírůstkových nákladů, v posledku nechat zákazníky zčásti vyhrazené činnosti vykonávané na trhu, na kterém má úlohu všeobecných služeb, nést náklady na kapacity distribuční sítě vynaložené dominantním podnikem na jeho činnost distribuce neadresných poštovních zásilek.

112. Jinými slovy, je velice pravděpodobné, že pokud se za kritérium vezme průměr přírůstkových nákladů, mohl by dominantní podnik uplatňovat cenu jen o málo vyšší než tento průměr – čímž se vyhne tomu, že tato cena bude automaticky považována za predátorskou – přičemž všechny společné fixní náklady nebo jejich část bude financovat z činnosti, zčásti vyhrazené, na trhu, na kterém je pověřen úlohou všeobecných služeb, na základě čehož tato činnost dotuje cenu nabízenou na trhu

51 — V projednávané věci Post Danmark na jednání zvláště zdůraznila, že předčasné vypovězení smlouvy na distribuci neadresných poštovních zásilek jedním z jejích zákazníků nemělo za následek žádnou sankci a bylo podmíněno pouze uplynutím výpovědní lhůty v trvání jednoho měsíce. Tato situace se tedy podle ní jasně liší od situace ve věci, ve které byl vydán výše uvedený rozsudek *Compagnie maritime belge transports* a další (bod 117), ve které Soudní dvůr zvláště trval na tom, že dominantní podnik nabízel nízké ceny zákazníkům svého konkurenta, zatímco mohl nadále od uživatelů požadovat vyšší ceny za služby, které nebyly touto konkurencí ohroženy.

otevřeném hospodářské soutěži. Takové jednání, ať již selektivní nebo ne, by nakonec mohlo vést k vyloučení konkurentů z liberalizovaného trhu, konkrétně ve věci v původním řízení, kteří působí na dánském trhu distribuce neadresných poštovních zásilek a kteří přirozeně netěží z téhož mechanismu křížových dotací⁵².

113. Domnívám se tedy, že skutečnost, že takový dominantní podnik, jakým je Post Danmark, uplatňuje selektivní cenu, která je vyšší než průměr jeho přírůstkových nákladů, nevylučuje na rozdíl od toho, co ve svých vyjádřeních před Soudním dvorem v zásadě uvedly Post Danmark a česká vláda, aby taková úroveň ceny mohla představovat riziko vyloučení konkurenta tohoto podniku, pokud tato cena může být dotována výnosy čerpanými z částečně vyhrazené činnosti dominantního podniku na trhu, na kterém působí v rámci plnění povinností všeobecných služeb.

114. V tomto ohledu se mi zdá, že by k ověření toho, zda jde o takový případ, bylo třeba zjistit izolované výrobní náklady („stand-alone cost“)⁵³ služeb poskytovaných dominantním podnikem na trhu, na kterém plní povinnosti všeobecných služeb, a zkoumat, zda výnosy vytvořené těmito službami překračují takové náklady. V případě kladné odpovědi by pravděpodobně bylo třeba konstatovat křížovou dotaci ve prospěch prodejů uskutečňovaných na trhu otevřeném hospodářské soutěži, pro které je uplatňovaná cena nižší než průměr celkových nákladů. S ohledem na zvláštní odpovědnost podniku v dominantním postavení stran zachování konkurenční struktury trhu by využití takových křížových dotací nakonec vyvolalo reálné riziko vytěsnění konkurenta, a podle mého názoru by tak ospravedlňovalo preventivní zásah orgánů pro hospodářskou soutěž.

115. V závislosti na době, během níž by byla tato praxe uplatňována, by bylo možno takové riziko vyvodit zvláště ze ztráty tržních podílů konkurenta.

116. Ve věci v původním řízení se však zdá, jak jsem uvedl v bodě 14 tohoto stanoviska, že dánské orgány pro hospodářskou soutěž nezjistily přítomnost nezákonných křížových dotací ve prospěch činností distribuce neadresných poštovních zásilek vykonávaných společnostmi Post Danmark. Předkládající soud by to však měl přezkoumat.

117. V této fázi je ještě možné se tázat na přiměřenou povahu takové cenové nabídky, jakou je cenová nabídka společnosti Post Danmark předložená jednomu z hlavních zákazníků jejího jediného nebo hlavního konkurenta na trhu distribuce neadresných poštovních zásilek. Na tuto otázku lze pohlížet ze dvou úhlů pohledu.

118. Na jedné straně by bylo možno tázat se, zda s ohledem na zvláštní zodpovědnost dominantního podniku na trhu neměl tento podnik povinnost zdržet se selektivního poskytnutí ceny vyšší než jeho průměrné přírůstkové náklady, takže by uplatňoval nediskriminační cenovou politiku vůči svým tradičním zákazníkům. Na druhé straně se lze dotazovat na důvody, které mohou vést takový dominantní podnik, jakým je Post Danmark, k uplatňování rozdílů v cenových nabídkách vůči jednotlivým zákazníkům svého konkurenta.

119. Pokud jde o první aspekt, domnívám se, že uložení povinnosti dominantnímu podniku, aby poskytl téže cenové zacházení svým tradičním zákazníkům a zákazníkům svého konkurenta, to znamená, ve věci v původním řízení, aby poskytl jednotnou cenu nacházející se nad průměrnými přírůstkovými náklady, by sice mohlo zabránit uplatňování diskriminace nazývané „sekundární“

52 — Viz obecně mimo jiné 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*, uvedeno výše v poznámce pod čarou 10, s. 11.

53 — Viz v tomto ohledu zejména práce od Faulhaber, G. R.: „Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises“, *American Economic Review*, 1975, č. 5, s. 966, a „Cross-Subsidy Analysis with more than two services“, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, č. 3, s. 441, který podává tuto definici: „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“. Viz rovněž Thouvenin, V., c. d., s. 11.

(„secondary-line discrimination“) uskutečňované mezi obchodními partnery uvedeného podniku, ale nemělo by kladný vliv na případný vytěsňovací účinek tohoto jednání vůči konkurentu tohoto podniku. I když je samozřejmě možné, že by jednotná cenová praxe nemohla být zachována během období tak dlouhého jako v případě selektivní cenové praxe, zůstává naproti tomu úroveň cen uplatňovaných dominantním podnikem vůči dotyčnému zákazníkovi konkurenta nezměněna bez ohledu na skutečnost, zda je tato cena nabízena selektivním způsobem nebo jednotně.

120. Pokud jde o druhý aspekt, mohu za předpokladu, že zákazníci konkurenta, kterým byly poskytnuty různé cenové nabídky, jsou považováni za zákazníky nacházející se ve srovnatelných situacích, stěží pochopit důvody, ze kterých takový dominantní podnik, jakým je Post Danmark, činí rozdíly právě u těchto nabídek tak, že dvě z nich (konkrétně nabídky učiněné skupinám Spar a Superbest) pokrývají průměrné celkové náklady vynaložené tímto podnikem, zatímco jiná (to znamená nabídka poskytnutá skupině Coop) je nepokrývá, ačkoli v prvním případě učiněné nabídky, které – jak jsem již uvedl – neobsahují žádné riziko způsobení vytěsnění konkurenta, jsou stále nižší než ceny uplatňované uvedeným konkurentem. Dokonce i cenová nabídka nacházející se na úrovni nabídky, která byla poskytnuta skupinám Spar a Superbest, by tak mohla být dostatečně přitažlivá pro zákazníka, jakým je skupina Coop, protože se zdá, že by zůstala pod úrovní cen nabízených společnostmi FK, aniž by však s sebou přinášela případné účinky již zmíněného vytěsnění konkurenta. Existence těchto vytěsňujících účinků však bude záviset především na možnosti dominantního podniku dotovat ceny uplatňované ve prospěch skupiny Coop svými činnostmi, zčásti vyhrazenými, v odvětví, ve kterém je pověřen úlohou všeobecných služeb.

121. Závěrem je třeba poznamenat, že přístup, který jsem hájil v předcházejících úvahách, a který spočívá v upřednostňování zkoumání, alespoň potenciálního, vytěsňujícího účinku, před úmyslem vytěsnění, jako ve výše uvedeném rozsudku Akzo v. Komise, se mi rovněž zdá být přiměřenější vzhledem k okolnostem věci v původním řízení. Na rozdíl od situace, která byla základem výše uvedeného rozsudku Akzo v. Komise, totiž předkládající soud neposuzuje řadu zneužívajících jednání ze strany téhož podniku, z nichž mnohá jednání měla jasně za cíl vyloučení jeho konkurenta, což podle mě může vysvětlovat, proč se Soudní dvůr mohl při zkoumání selektivní cenové praxe společnosti Akzo omezit na to, že z něho vyvodil úmysl tohoto podniku škodit jeho konkurentovi.

122. Přijetí přístupu založeného na úmyslu vytěsnění spíše než na vytěsňujících účincích by mělo za následek, že by každá selektivní cenová praxe představovala zneužití ve formě vytěsnění, jakmile jsou ceny uplatňované dominantním podnikem nižší než průměr jeho celkových nákladů, ledaže by taková praxe byla ekonomicky odůvodněná. Jak jsem však právě uvedl v předcházejících úvahách, takový předpoklad se mi nezdá být odůvodněný z hospodářského a právního hlediska, ani vhodný. V tomto ohledu ho nelze automaticky vyvodit z rozdílu v cenovém zacházení mezi tradičními zákazníky dominantního podniku a zákazníkem nebo zákazníky konkurenta tohoto podniku.

123. Ze všech těchto důvodů se domnívám, že článek 82 ES musí být vykládán v tom smyslu, že zneužíváním dominantního postavení je jednání dominantního podniku, kterým poskytuje selektivní snížení ceny určené na vyšší úrovni, než jsou průměrné přírůstkové náklady, ale na nižší úrovni než průměrné celkové náklady tohoto podniku, hlavnímu zákazníkovi svého hlavního nebo jediného konkurenta na vnitrostátním trhu distribuce neadresných poštovních zásilek plně otevřeném hospodářské soutěži, pokud selektivní cenová nabídka může být dotovaná výnosy získanými z činnosti, zčásti vyhrazené, dominantního podniku na trhu poštovních služeb, na kterém působí v rámci plnění povinností všeobecných služeb, jehož účinkem je způsobení vytěsnění uvedeného konkurenta. V tomto ohledu je za účelem zjištění existence protiprávní křížové dotace ve prospěch činností distribuce neadresných poštovních zásilek dominantního podniku třeba zkoumat, zda výnosy ze služeb poskytovaných tímto podnikem na trhu poštovních služeb, na kterém plní povinnosti všeobecných služeb, převyšují izolované výrobní náklady na poskytování těchto služeb. Vnitrostátnímu soudu přísluší ověřit, zda tomu tak je ve věci v původním řízení.

III – Závěry

124. Z výše uvedených důvodů navrhuji Soudnímu dvoru, aby na otázky položené Højesteret odpověděl následujícím způsobem:

„Článek 82 ES musí být vykládán v tom smyslu, že zneužívání dominantního postavení je jednání, v jehož rámci dominantní podnik poskytuje selektivní snížení ceny určené na vyšší úrovni, než jsou průměrné přírůstkové náklady, ale na nižší úrovni než průměrné celkové náklady tohoto podniku, hlavnímu zákazníkovi svého hlavního nebo jediného konkurenta na vnitrostátním trhu distribuce neadresných poštovních zásilek plně otevřeném hospodářské soutěži, pokud selektivní cenová nabídka může být dotovaná výnosy získanými z činnosti, zčásti vyhrazené, dominantního podniku na trhu poštovních služeb, na kterém působí v rámci plnění povinností všeobecných služeb, jehož účinkem je vytěsnění uvedeného konkurenta. V tomto ohledu je za účelem zjištění existence protiprávní křížové dotace ve prospěch činností distribuce neadresných poštovních zásilek dominantního podniku třeba zkoumat, zda výnosy ze služeb poskytovaných tímto podnikem na trhu poštovních služeb, na kterém plní povinnosti všeobecných služeb, převyšují izolované výrobní náklady na poskytování těchto služeb. Předkládajícímu soudu přísluší posoudit, zda jsou tyto podmínky ve věci v původním řízení splněny.“