



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)

z dnia 6 października 2015 r.*

Odesłanie prejudycjalne — Artykuł 82 WE — Nadużycie pozycji dominującej — Rynek usług doręczania przesyłek adresowych — Przesyłanie pocztą reklamy bezpośredniej (direct mailing) — System udzielania rabatów z mocą wsteczną — Skutek w postaci wykluczenia — Kryterium równie skutecznego konkurenta — Stopień prawdopodobieństwa wystąpienia skutku antykonkurencyjnego i jego poważny charakter

W sprawie C-23/14

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Sø- og Handelsretten (Dania) postanowieniem z dnia 8 stycznia 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 16 stycznia 2014 r., w postępowaniu:

Post Danmark A/S

przeciwko

Konkurrencerådet

przy udziale:

Bring Citymail Denmark A/S,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: R. Silva de Lapuerta, prezes izby, J.C. Bonichot, A. Arabadjiev, J.L. da Cruz Vilaça (sprawozdawca) i C. Lycourgos, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Kokott,

sekretarz: C. Strömholm, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 26 marca 2015 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Post Danmark A/S przez S. Zincka, advokat, oraz T. Lübbiga, Rechtsanwalt,
- w imieniu Bring Citymail Danmark A/S przez P. Jakobsena, advokat,
- w imieniu rządu duńskiego przez M. Wolff, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez J. Pinborga, advokat,

* Język postępowania: duński.

- w imieniu rządu niemieckiego przez T. Henzego oraz J. Möllera, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez É. Gippiniego Fourniera, L. Malferrarię oraz L. Grønfeldt, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Urzędu Nadzoru EFTA przez X. Lewisa, M. Schneidera oraz przez M. Moustakali, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 21 maja 2015 r.,

wyduje następujący

Wyrok

- 1 Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 82 WE.
- 2 Został on złożony w ramach sporu, jaki powstał pomiędzy Post Danmark A/S (zwaną dalej „Post Danmark”) a Konkurrencerådet (duńską radą ds. konkurencji, zwaną dalej „radą ds. konkurencji”) w przedmiocie systemu rabatów z mocą wsteczną stosowanego przez to przedsiębiorstwo w przypadku adresowych przesyłek reklamowych w latach 2007 i 2008.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 3 W okresie, w którym zaistniały okoliczności faktyczne mające znaczenie w niniejszej sprawie, czyli w latach 2007 i 2008, Post Danmark pozostawała pod kontrolą państwa duńskiego i powierzono jej świadczenie pocztowej usługi powszechnej doręczania w ciągu jednego dnia na całym terytorium duńskim ważących mniej niż 2 kg listów i paczek, a w szczególności – przesyłek adresowych. Miała ona obowiązek stosować system stawek, zgodnie z którym ceny usług, których świadczenie stanowiło wykonywanie zobowiązań z zakresu usługi powszechnej, były jednakowe niezależnie od miejsca przeznaczenia przesyłki.
- 4 W ramach rekompensaty kosztów związanych z wykonywaniem nałożonych na nią zobowiązań z zakresu usług powszechnych oraz stosowaniem systemu jednolitych stawek Post Danmark posiadała monopol ustawowy na doręczanie listów o wadze do 50 gramów, w tym również przesyłek adresowych, zwłaszcza w ramach przesyłania reklamy bezpośredniej.
- 5 Przesyłanie pocztą reklamy bezpośredniej (direct mailing) stanowi segment rynku przesyłek adresowych obejmujący usługi doręczania w ramach kampanii reklamowych zaadresowanych do danego odbiorcy przesyłek reklamowych o jednolitej zawartości.
- 6 Z postanowienia odsyłającego wynika, że Post Danmark wprowadziła w życie system rabatów dla przesyłek reklamy bezpośredniej w 2003 r., kiedy to rynek doręczania przesyłek adresowych nie był rynkiem konkurencyjnym, a monopol na doręczanie listów dotyczył tych wszystkich z nich, których waga nie przekraczała 100 gramów.
- 7 Rabaty te miały zastosowanie do przesyłek nadawanych przez klientów w ilościach wynoszących co najmniej 3000 sztuk jednorazowo i co najmniej 30 000 sztuk rocznie bądź których koszt wysłania odpowiadał opłacie pocztowej brutto wynoszącej rocznie co najmniej 300 000 DKK (koron duńskich) (około 40 200 EUR). Udzielane w ramach tego systemu rabaty wynosiły 6–16%, przy czym ta ostatnia stawka miała zastosowanie w przypadku klientów nadających ponad 2 mln przesyłek rocznie bądź

których koszt wysłania przekraczał 20 mln DKK (około 2 680 426 EUR) rocznie. Te stawki rabatowe były „ustandaryzowane”, co oznaczało, że wszyscy klienci mogli uzyskać ten sam rabat w zależności od ich skumulowanych zakupów dokonanych w okresie referencyjnym, czyli w ciągu jednego roku.

- 8 Post Danmark zawierała z klientami na początku roku umowy określające przewidywaną na dany rok ilość przesyłek. Na tej podstawie przyznawano rabaty i wystawiano faktury. W przypadku gdy przesłane ilości nie odpowiadały tym oszacowanym na jego początku, Post Danmark dokonywała pod koniec roku rozliczenia. Ceny przesyłek poszczególnych klientów były dostosowywane w końcu roku, ze skutkiem wstecznym na jego początek, na podstawie ilości rzeczywiście nadanych przesyłek. Przyjęta ostatecznie stawka rabatowa miała zatem zastosowanie do wszystkich nadanych w danym okresie przesyłek, a nie tylko do tych przekraczających początkowo oszacowaną ilość. Podobnie klient, który nadał mniej przesyłek niż pierwotnie szacował, musiał zwrócić Post Danmark pieniądze.
- 9 Rozpatrywany w postępowaniu głównym system rabatowy miał zastosowanie do wszystkich zaadresowanych do odbiorcy przesyłek rabatowych niezależnie od tego, czy były one objęte monopolem Post Danmark oraz tego, czy ich doręczenie miało miejsce na obszarze obsługiwanym przez inne podmioty. Z decyzji odsyłającej wynika, że z progresywnego charakteru rabatów stosowanych w przypadku usług przesyłania pocztą reklamy bezpośredniej korzystali przede wszystkim klienci średniego rozmiaru, zaś ilość przesyłek nadawanych przez największych klientów znacznie przekraczała górną stawkę rabatową.
- 10 Bring Citymail Danmark A/S (zwana dalej „Bring Citymail”), spółka zależna Poste Norge AS, której z kolei powierzono zadanie świadczenia pocztowej usługi powszechnej w Norwegii, począwszy od dnia 1 stycznia 2007 r. rozpoczęła doręczanie w Danii przesyłek biznesowych, również pod postacią przesyłania pocztą reklamy bezpośredniej. W miejsce doręczenia przesyłki w ciągu jednego dnia Bring Citymail oferowała usługę doręczenia jej w ciągu trzech dni. Z usługi tej korzystało około 1 mln gospodarstw domowych w Kopenhadze (Dania) i jej okolicach, co odpowiadało około 40% wszystkich rozpatrywanych gospodarstw domowych.
- 11 W rozpatrywanym okresie Bring Citymail była jedynym poważnym konkurentem Post Danmark na rynku przesyłek adresowych.
- 12 Bring Citymail poniosła na rynku duńskim duże straty i wycofała się z niego w 2010 r. Zgodnie z przedstawionymi w tym zakresie wyjaśnieniami poniesiona przez nią strata rzędu 500 mln DKK (około 67 010 654 EUR) była spowodowana wysokimi kosztami prowadzenia przedsiębiorstwa oraz ujemnymi wynikami gospodarczymi w latach obrotowych 2006–2009.
- 13 Wskutek wniesionej przez Bring Citymail skargi duńska rada ds. konkurencji decyzją z dnia 24 czerwca 2009 r. uznała, że Post Danmark nadużywała pozycji dominującej na rynku doręczania przesyłek adresowych ze względu na to, iż w latach 2007 i 2008 stosowała w odniesieniu do usługi przesyłania pocztą reklamy bezpośredniej rabaty lojalnościowe skutkujące ograniczeniem dostępu do rynku, nie mogąc przy tym uzasadnić tego wzrostem efektywności, który przysparzałby korzyści konsumentom i neutralizował ograniczające konkurencję skutki tych rabatów.
- 14 Rada ds. konkurencji stwierdziła w szczególności, że Post Danmark była nieodzownym partnerem handlowym na rynku przesyłek adresowych ze względu na to, iż posiadała ona ponad 95% tego rynku, do którego dostęp był utrudniony ze względu na istnienie znacznych barier i który charakteryzował się występowaniem czynnika „oszczędności skali”. Post Danmark korzystała ponadto ze znacznej przewagi strukturalnej wynikającej w szczególności z posiadanego przez nią monopolu ustawowego – gdyż w istotnym dla niniejszej sprawy okresie monopol ten obejmował ponad 70% wszystkich przesyłek adresowych w Danii – oraz wyjątkowy zasięg geograficzny obejmujący całe terytorium tego kraju.

- 15 Zdaniem duńskiej rady ds. konkurencji czynniki te zmuszały klientów tego rodzaju usług do zawierania z Post Danmark umów dotyczących 70% przesyłek, w odniesieniu do których ta spółka miała prawa wyłączne, oraz znacznej części przesyłek adresowych, które należało doręczyć poza obszarem geograficznym obsługiwanym przez Bring Citymail, efektem czego w swej własnej strefie geograficznej Bring Citymail mogła konkurować jedynie o około 30% przesyłek.
- 16 Rada ta położyła szczególny nacisk na strukturę i istotę rozpatrywanego systemu rabatowego, a zwłaszcza jego retrospektywny charakter, roczny okres nabywania praw oraz znaczny zakres stosowanych stawek rabatowych. Zgodnie z ustaleniami duńskiej rady ds. konkurencji około dwóch trzecich nieobjętych monopolem przesyłek doręczanych w ramach usługi przesyłania pocztą reklamy bezpośredniej nie mogłoby zostać przeniesionych z Post Danmark do Bring Citymail bez negatywnych skutków dla stosowanych stawek rabatowych.
- 17 Na tej podstawie rada ds. konkurencji wyciągnęła wniosek, że system ten pociągał za sobą na rynku antykonkurencyjny skutek w postaci wykluczenia. W tym względzie uznała ona, że, wbrew temu, co twierdzi Post Danmark, opieranie oceny tego wywołanego na rynku antykonkurencyjnego skutku w postaci wykluczenia na kryterium „równie skutecznego konkurenta”, wiążącym się z przeprowadzeniem porównania cenowego z kosztami ponoszonymi przez przedsiębiorstwo dominujące, było w niniejszym przypadku pozbawione znaczenia. Zdaniem tego organu ze względu na szczególne cechy charakterystyczne rozpatrywanego rynku, przeprowadzając to porównanie, nie można bowiem stawiać wymogu, by nowy konkurent był w krótkim okresie czasu równie skuteczny jak Post Danmark.
- 18 Decyzją z dnia 10 maja 2010 r. Konkurrenceankenævnet (duńska komisja odwoławcza ds. konkurencji) potwierdziła decyzję rady ds. konkurencji z dnia 24 czerwca 2009 r.
- 19 Post Danmark zaskarżyła tę ostatnią decyzję przed Sør- og Handelsretten (duńskim sądem morskim i handlowym), który uznał, że choć nie ma wątpliwości co do tego, iż aby system rabatowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym był sprzeczny z art. 82 WE, konieczne jest wywieranie przez ten system pewnego skutku w postaci wykluczenia na rynku, niemniej jednak ma on wątpliwości co do kryteriów, jakie należy zastosować przy ustalaniu tego, czy taki system może w danym konkretnym przypadku wywierać sprzeczny z art. 82 WE skutek w postaci wykluczenia.
- 20 W tych okolicznościach Sør- og Handelsretten postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) W oparciu o jakie wytyczne należy dokonać rozstrzygnięcia w przedmiocie tego, czy stosowanie przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą opartego o standardowy próg obrotów systemu rabatowego mającego określone w pkt 10–11 odesłania prejudycjalnego cechy charakterystyczne stanowi sprzeczne z art. 82 WE nadużycie pozycji dominującej?

Trybunał proszony jest o wyjaśnienie w swej odpowiedzi tego, jakie znaczenie dla tej oceny ma kwestia, czy progi [obrotów], na których opiera się system rabatowy, są określane w taki sposób, że ten system znajduje zastosowanie do większości klientów na rynku.

Trybunał proszony jest o wyjaśnienie następnie w swej odpowiedzi tego, czy i jakie znaczenie dla takiej przeprowadzanej na podstawie art. 82 WE oceny mają stosowane przez to zajmujące dominującą pozycję przedsiębiorstwo ceny oraz ponoszone przez nie koszty (znaczenie testu przeprowadzanego w oparciu o kryterium »równie skutecznego konkurenta«).

Trybunał proszony jest również o wyjaśnienie tego, jaką rolę odgrywają w tym kontekście cechy charakterystyczne danego rynku, łącznie z kwestią tego, czy te cechy charakterystyczne mogą uzasadniać wykazanie tego skutku w postaci wykluczenia za pomocą badań i analiz innych niż test przeprowadzany w oparciu o kryterium równie skutecznego konkurenta (zob. w tym względzie

pkt 24 komunikatu Komisji [zatytułowanego »Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 [WE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące«] [(Dz.U. 2009, C 45, s. 7)].

- 2) Jak prawdopodobny i poważny musi być antykonkurencyjny efekt systemu rabatowego mającego określone w pkt 10–11 odesłania prejudycjalnego cechy charakterystyczne, aby znajdował do niego zastosowanie art. 82 WE?
- 3) Uwzględniając odpowiedzi udzielone na pytania pierwsze i drugie, jakie szczególne okoliczności muszą zostać wzięte pod uwagę przez sąd krajowy przy ocenie, czy system rabatowy w okolicznościach takich jak opisane we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (cechy charakterystyczne rynku i systemu rabatowego), w konkretnym przypadku wywiera lub jest w stanie wywierać na tym rynku taki [skutek] w postaci wykluczenia [z rynku], że stanowi to nadużycie, do którego ma zastosowanie art. 82 traktatu WE?

Czy w związku z powyższym istnieje wymóg, aby taki [skutek] w postaci wykluczenia [z rynku] był znaczący?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego akapity pierwszy i drugi oraz pytania trzeciego akapity pierwszy

- 21 Zadając swe pytanie pierwsze akapity pierwszy i drugi oraz pytanie trzecie akapity pierwszy, które należy przeanalizować łącznie, sąd odsyłający w istocie zwraca się do Trybunału o wyjaśnienie kryteriów, jakie należy zastosować w celu ustalenia, czy system rabatowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym może wywierać skutek w postaci wykluczenia z rynku z naruszeniem art. 82 WE. Sąd odsyłający zastanawia się również, jakie znaczenie w ramach tej oceny należy przypisać okoliczności polegającej na tym, że ten system rabatowy znajduje zastosowanie do większości klientów na rynku.
- 22 Z przedstawionych Trybunałowi akt sprawy wynika, że system rabatowy stosowany przez Post Danmark w latach 2007 i 2008 odznaczał się trzema podstawowymi cechami.
- 23 Po pierwsze, wynoszące 6–16% stawki rabatowe były „ustandaryzowane”, co oznaczało, że wszyscy klienci mogli uzyskać ten sam rabat w zależności od ich dokonanych w ciągu jednego roku skumulowanych zakupów.
- 24 Po drugie, rabaty te były „warunkowe” w tym sensie, że Post Danmark zawierała z klientami na początku roku umowy określające przewidywaną na dany rok ilość przesyłek. Jeśli ilość nadanych przesyłek nie odpowiadała tej oszacowanej na początku roku, na jego koniec Post Danmark dokonywała rozliczeń.
- 25 Po trzecie, rabaty te miały moc wsteczną w tym sensie, że w przypadku przekroczenia początkowo ustalonego progu przyjmowana na jego koniec stopa rabatowa miała zastosowanie do wszystkich przesyłek nadanych w danym okresie, a nie – tylko tych, które przekraczały oszacowaną początkowo ilość.
- 26 W kwestii zastosowania art. 82 WE do systemu rabatowego należy przypomnieć, że ów przepis wprowadzający zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku w zakresie, w jakim może to wpłynąć na handel między państwami członkowskimi, dotyczy zachowań, które mogą wpłynąć na strukturę rynku, na którym – właśnie ze względu na obecność przedsiębiorstwa zajmującego taką

pozycję – konkurencja jest już osłabiona, i skutkujących stworzeniem przeszkody w utrzymaniu istniejącego jeszcze na tym rynku poziomu konkurencji lub w jej rozwoju (zob. podobnie wyroki: *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja*, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 70; *British Airways/Komisja*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 66).

- 27 Również z utrwalonego orzecznictwa wynika, że, w odróżnieniu od rabatów ilościowych, związanych wyłącznie z wielkością zakupu dokonywanego u danego producenta, które co do zasady nie naruszają art. 82 WE, rabaty lojalnościowe zmierzające, poprzez przyznawanie korzyści finansowych, do zapobieżenia sytuacji, w której klienci zaopatrują się celem pokrycia całości lub istotnej części swojego zapotrzebowania u przedsiębiorstwa konkurencyjnego, stanowią nadużycie w rozumieniu tego postanowienia (zob. wyroki: *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja*, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 71; *Tomra Systems i in./Komisja*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 70).
- 28 Jeśli chodzi o system rabatowy rozpatrywany w postępowaniu głównym, należy zauważyć, że nie można go uznać za zwykły system rabatów ilościowych związanych wyłącznie z wielkością dokonywanych zakupów, a to ze względu na to, iż rozpatrywane rabaty nie są udzielane w odniesieniu do każdego indywidualnego zamówienia, co odpowiadałoby zaoszczędzonym przez dostawcę kosztom, lecz – na podstawie całokształtu udzielonych w danym okresie zamówień. Ponadto nie jest on też powiązany z nałożonym na nabywców obowiązkiem czy też złożoną przez nich obietnicą zaopatrywania się wyłącznie czy też celem pokrycia określonej części swojego zapotrzebowania w *Post Danmark*, co różni ten system od rabatów lojalnościowych w rozumieniu ww. orzecznictwa.
- 29 W tych okolicznościach Trybunał wielokrotnie orzekał, że, aby ustalić, czy przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nadużyło tej pozycji, stosując taki system rabatów jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, należy poddać ocenie wszystkie okoliczności, zwłaszcza kryteria i zasady przyznawania rabatów, oraz przeanalizować, czy te rabaty przynajmniej korzyść, która nie opiera się na żadnym uzasadniającym je świadczeniu gospodarczym, mają na celu pozbawienie nabywcy lub ograniczenie możliwości wyboru źródeł zaopatrzenia, zamknięcie dostępu do rynku konkurentom, zastosowanie w odniesieniu do partnerów handlowych nierównych warunków do równoważnych świadczeń lub umocnienie pozycji dominującej wskutek zakłócenia konkurencji (wyroki: *British Airways/Komisja*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 67; a także *Tomra Systems i in./Komisja*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 71).
- 30 Uwzględniając cechy charakterystyczne niniejszej sprawy w ramach analizy całokształtu istotnych okoliczności należy jeszcze wziąć pod uwagę zasięg zajmowanej przez *Post Danmark* pozycji dominującej oraz panujące na rynku właściwym szczególne warunki konkurencji.
- 31 W tym względzie należy w pierwszej kolejności sprawdzić, czy owe rabaty mogą wywierać skutek w postaci wykluczenia, to znaczy, czy są one w stanie, po pierwsze, utrudnić czy wręcz uniemożliwić konkurentom przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą dostęp do rynku i, po drugie, utrudnić czy wręcz uniemożliwić kontrahentom tego przedsiębiorstwa wybór pomiędzy większą ilością źródeł zaopatrzenia czy też partnerów handlowych. Następnie należy zbadać, czy przyznane rabaty są obiektywnie uzasadnione z punktu widzenia gospodarczego (wyrok *British Airways/Komisja*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 68, 69).
- 32 Jeśli chodzi o, w pierwszej kolejności, kryteria i warunki przyznawania rabatów, należy przypomnieć, że rabaty rozpatrywane w postępowaniu głównym były rabatami z mocą wsteczną w tym sensie, iż w przypadku gdy ustalony pierwotnie na początku roku próg został przekroczony, stopa rabatu przyjęta pod koniec roku była stosowana do wszystkich nadanych w okresie referencyjnym przesyłek, a nie tylko do tych przekraczających początkowo oszacowaną ilość. Natomiast klient, który nadał mniej przesyłek, niż pierwotnie szacował, musiał zwrócić *Post Danmark* pieniądze.

- 33 Z orzecznictwa wynika zaś, że zobowiązania umowne kontrahentów względem przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą oraz wywierana przez to przedsiębiorstwo presja mogą być szczególnie znaczące w przypadku, w którym rabat nie wiąże się wyłącznie ze zwiększeniem zakupów produktów tego przedsiębiorstwa zrealizowanych przez tych kontrahentów w rozpatrywanym okresie, lecz rozciąga się również na całkowity obrót związany z tymi zakupami. W ten sposób proporcjonalnie niewielkie wahania sprzedaży produktów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą mają nieproporcjonalne skutki dla kontrahentów (zob. podobnie wyrok *British Airways/Komisja*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 73).
- 34 Ponadto należy podkreślić, że rozpatrywany w postępowaniu głównym system rabatowy został oparty na okresie referencyjnym wynoszącym jeden rok. Wszystkie systemy rabatów przyznawanych w zależności od ilości sprzedanych we względnie długim okresie referencyjnym charakteryzują się tym, że wywierana na nabywcę presja, aby osiągnął on w efekcie poczynionych zakupów obroty konieczne do uzyskania korzyści lub uniknięcia strat w odniesieniu do całego okresu referencyjnego, zwiększa się pod koniec tego okresu (wyrok *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja*, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 81).
- 35 Jak więc zatem podniosła rzecznik generalna w pkt 37 i 38 opinii, taki system rabatowy może ułatwiać przedsiębiorstwu posiadającemu pozycję dominującą związanie ze sobą klientów oraz przyciąganie klientów konkurentów tego przedsiębiorstwa i przez to – pozyskanie dla siebie podlegającej konkurencji części popytu na rynku właściwym. Przyciąganie to jest odczuwalne tym bardziej, że w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym rabaty są stosowane zarówno w odniesieniu do tej części popytu, która może zostać przejęta przez konkurencję, jak również w stosunku do popytu, którego to nie dotyczy, czyli, w tym drugim przypadku, w odniesieniu do objętych ustawowym monopolem Post Danmark przesyłek do 50 g.
- 36 Z przedstawionych Trybunałowi akt sprawy wynika, że w rozpatrywanej w postępowaniu głównym sprawie w przypadku 25 największych klientów Post Danmark, dokonujących w rozpatrywanym okresie mniej więcej połowy transakcji na rynku właściwym, około dwóch trzecich nieobjętych monopolem przesyłek doręczanych w ramach usługi przesyłania pocztą reklamy bezpośredniej nie mogłoby zostać przeniesionych z Post Danmark do Bring Citymail bez negatywnych skutków dla stosowanych stawek rabatowych. Jeśli to twierdzenie okaże się prawdziwe, czego sprawdzenie należy do sądu odsyłającego, zachęta do korzystania wyłącznie lub w istotnej mierze z usług Post Danmark będzie szczególnie silna i będzie się ona wiązała ze znacznym ograniczeniem swobody wyboru przez klientów ich źródeł zaopatrzenia.
- 37 Ponadto, jeśli chodzi o tę cechę charakterystyczną stawek rabatowych, którą jest ich „ustandaryzowanie” polegające na tym, że wszyscy klienci mogli uzyskać ten sam rabat w zależności od ich skumulowanych zakupów dokonanych w ciągu okresu referencyjnego, niewątpliwie na jej podstawie można co do zasady wyciągnąć wniosek, że stosowany przez Post Danmark system rabatowy nie znajdował wyrazu w stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych w rozumieniu art. 82 lit. c) WE.
- 38 Niemniej jednak sam fakt, że dany system rabatowy nie ma dyskryminującego charakteru, nie stoi na przeszkodzie uznaniu go za będący w stanie wywołać na rynku efekt wykluczenia z naruszeniem art. 82 WE. W wyroku *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja* (322/81, EU:C:1983:313, pkt 86, 91) Trybunał, po oddaleniu podniesionego przez Komisję zarzutu, zgodnie z którym stosowany przez Michelin system rabatowy miał dyskryminujący charakter, niemniej jednak rozstrzygnął, że stosując go Michelin dopuściła się naruszenia art. 82 WE, gdyż uzależniał on odsprzedawców od tej spółki.
- 39 W drugiej kolejności, w odniesieniu do zasięgu zajmowanej przez Post Danmark pozycji dominującej oraz swoistych warunków konkurencji panujących na rynku przesyłek adresowych z postanowienia odsyłającego wynika, że Post Danmark posiadała 95% tego charakteryzującego się występowaniem

czynnika „oszczędności skali” rynku, na przeszkodzie w dostępie do którego stały znaczne bariery. Post Danmark miała również przewagę strukturalną wynikającą w szczególności z przyznanego jej w ustawie monopolu na doręczanie listów o wadze do 50 gramów, który obejmował 70% wszystkich przesyłek adresowych. Post Danmark miała również wyjątkowy zasięg geograficzny obejmujący całe terytorium Danii.

- 40 Posiadanie zaś szczególnie dużego udziału w rynku stawia posiadające go przedsiębiorstwo w pozycji siły, która czyni zeń nieodzownego partnera handlowego i zapewnia mu swobodę działania (wyrok Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 41). W takich okolicznościach konkurentom omawianego przedsiębiorstwa jest szczególnie trudno przedstawić lepszą ofertę w stosunku do rabatów opartych na całkowitej wielkości sprzedaży. Ze względu na znacznie większy udział rynkowy przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą jest w zasadzie nieuniknionym partnerem handlowym na rynku (zob. wyrok British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 75).
- 41 Na podstawie tej okoliczności, a także wskazanych w pkt 39 niniejszego wyroku elementów, które umożliwiają dokładniejsze scharakteryzowanie istniejącej na rynku właściwym sytuacji konkurencyjnej, można wyciągnąć wniosek, iż konkurencja na tym rynku była już w odczuwalny sposób ograniczona.
- 42 W tych okolicznościach należy uznać, że stosowany przez dane przedsiębiorstwo system rabatowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, który, mimo iż nie łączy klientów z tym przedsiębiorstwem w formalny sposób, niemniej jednak zmierza do utrudnienia zaopatrywania się u przedsiębiorstw konkurencyjnych, wywołuje antykonkurencyjny skutek w postaci wykluczenia z rynku (zob. podobnie wyrok Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 72).
- 43 Ponadto sąd odsyłający zmierza również do ustalenia znaczenia, jakie w ramach oceny stosowanego przez Post Danmark systemu rabatowego należy przypisać okoliczności polegającej na tym, że system ten znajduje zastosowanie do większości klientów na rynku.
- 44 Okoliczność, że stosowane przez Post Danmark rabaty dotyczyły znacznej części klientów na rynku, nie stanowi sama w sobie poszlaki takiego zachowania tego przedsiębiorstwa, które miałyby znamiona nadużycia.
- 45 W ramach sprawy dotyczącej m.in. oceny stosowanych przez zajmujące pozycję dominującą rabatów lojalnościowych Trybunał rozstrzygnął bowiem, że nie ma potrzeby sprawdzania tego, jaka część umów zawierała sporne postanowienie czy też jaka ich część go nie zawierała (wyrok Suiker Unie i in./Komisja, od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73, EU:C:1975:174, pkt 511).
- 46 Niemniej jednak okoliczność polegająca na tym, że system rabatowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym obejmuje większość klientów na rynku, może stanowić użyteczną wskazówkę co do wagi, jaką należy przypisać tej praktyce i wywieranemu przez nią na rynku wpływowi, gdyż może ona zwiększyć stopień prawdopodobieństwa wystąpienia antykonkurencyjnego skutku w postaci wykluczenia z rynku.
- 47 Wreszcie, na wypadek stwierdzenia przez sąd odsyłający występowania antykonkurencyjnych skutków tej praktyki, które można przypisać Post Danmark, należy przypomnieć, że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą może niemniej jednak uzasadnić swe działania objęte ustanowionym w art. 82 WE zakazem.
- 48 W szczególności takie przedsiębiorstwo może wykazać, że wynikający z jego zachowania skutek w postaci wykluczenia może zostać zrównoważony, czy też mogą nad nim przeważać korzyści pod względem efektywności, z których mają pożytek również konsumenci (zob. wyroki: British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 86; TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 76).

- 49 W tej ostatniej kwestii to do przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą należy wykazanie, że wzrost efektywności mogący wynikać z danego działania neutralizuje wszelkie przypuszczalne szkodliwe skutki dla konkurencji i interesów konsumentów na rynkach, na które działanie ma wpływ, że wzrost efektywności był lub mógł być osiągnięty dzięki temu zachowaniu, że owo zachowanie jest niezbędne dla osiągnięcia tych korzyści w postaci wzrostu efektywności i że nie wyklucza ono skutecznej konkurencji poprzez wyeliminowanie wszystkich lub większości źródeł rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji (wyrok Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 42).
- 50 W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze akapity pierwszy i drugi oraz pytanie trzecie akapit pierwszy należy udzielić odpowiedzi, że aby ustalić, czy stosowany przez zajmujące pozycję dominującą przedsiębiorstwo system rabatowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym może wywierać skutek w postaci wykluczenia z rynku z naruszeniem art. 82 WE, należy zbadać całokształt okoliczności danego przypadku, a w szczególności kryteria i warunki przyznawania rabatów, zasięg zajmowanej przez dane przedsiębiorstwo pozycji dominującej oraz panujące na rynku właściwym szczególne warunki konkurencji. Okoliczność polegająca na tym, że ów system rabatowy obejmuje większość klientów na rynku, może stanowić użyteczną wskazówkę co do wagi, jaką należy przypisać tej praktyce i wywieranemu przez nią na rynku wpływowi, gdyż może ona zwiększyć stopień prawdopodobieństwa wystąpienia antykonkurencyjnego skutku w postaci wykluczenia.

W przedmiocie pytania pierwszego akapity trzeci i czwarty

- 51 Zadając pytanie pierwsze akapity trzeci i czwarty, sąd odsyłający zwraca się w istocie do Trybunału o wyjaśnienie znaczenia, jakie ma dla przeprowadzanej na podstawie art. 82 WE oceny systemu rabatowego kryterium równie skutecznego konkurenta.
- 52 Ze względu na to, że sąd odsyłający w swym pytaniu pierwszym akapit czwarty powołał się na komunikat Komisji zatytułowany „Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 [WE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące”, na wstępie należy przypomnieć, iż akt ten ogranicza się do przedstawienia stanowiska stosowanego przez tę instytucję w zakresie dotyczącym wyboru spraw, które zamierza ona traktować w sposób priorytetowy, choć stosowana przez nią praktyka administracyjna nie ma zastosowania w przypadku krajowych organów ochrony konkurencji i sądów krajowych.
- 53 Należy podnieść, że stosowanie kryterium równie skutecznego konkurenta polega na przeanalizowaniu tego, czy stosowane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą praktyki cenowe mogą prowadzić do wyeliminowania z rynku konkurenta, który jest równie skuteczny jak to przedsiębiorstwo.
- 54 Kryterium to opiera się na porównaniu cen stosowanych przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą oraz niektórych ponoszonych przez to przedsiębiorstwo kosztów, a także na analizie przyjmowanej przez nie strategii (zob. wyrok Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 28).
- 55 Kryterium równie skutecznego konkurenta zostało w szczególności zastosowane przez Trybunał w odniesieniu do praktyk zaniżania cen w postaci stosowania cen wybiórczo niskich i drapieżnych (zob. w odniesieniu do wybiórczo niskich cen wyrok Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 28–35; ponadto, w odniesieniu do cen drapieżnych, wyroki: AKZO/Komisja, C-62/86, EU:C:1991:286, pkt 70–73, oraz France Télécom/Komisja, C-202/07 P, EU:C:2009:214, pkt 107 i 108, a także, w odniesieniu do zaniżania marży, wyrok TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 40–46).
- 56 W zakresie dotyczącym porównywania cen i kosztów w kontekście zastosowania art. 82 WE w odniesieniu do systemu rabatowego Trybunał rozstrzygnął, że fakturowanie klientom „cen ujemnych”, czyli niższych od ponoszonych kosztów, nie stanowi wstępnego warunku pozwalającego

stwierdzić, że stosowany przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą system rabatów z mocą wsteczną ma charakter naruszenia (wyrok *Tomra Systems i in./Komisja*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 73). Rozpatrując tę samą sprawę, Trybunał wyjaśnił, że brak porównania stosowanych cen i ponoszonych kosztów nie stanowi naruszenia prawa (wyrok *Tomra Systems i in./Komisja*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 80).

- 57 Wynika z tego, że, jak wskazała rzecznik generalna w pkt 61 i 63 opinii, nie ma możliwości wyprowadzenia z art. 82 WE czy też orzecznictwa Trybunału obowiązku prawnego tej treści, iż ustalenie, że system rabatowy stosowany przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku ma znamiona nadużycia, zawsze musi być oparte na kryterium równie skutecznego konkurenta.
- 58 Wniosek ten jednak nie oznacza wyłączenia z zasady zastosowania kryterium równie skutecznego konkurenta w dotyczących systemów rabatowych sprawach zmierzających do przebadania zgodności tych systemów z art. 82 WE.
- 59 Natomiast w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, charakteryzującej się posiadaniem przez przedsiębiorstwo w pozycji dominującej bardzo dużej części rynku, a także przewagi strukturalnej wynikającej w szczególności z przyznanego mu w ustawie monopolu obejmującego 70% wszystkich przesyłek na rozpatrywanym rynku, zastosowanie kryterium równie skutecznego konkurenta jest pozbawione znaczenia ze względu na to, iż struktura rynku uniemożliwia w praktyce pojawienie się takowego.
- 60 Ponadto na rynku takim jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, na przeszkodzie w dostępie do którego stoją znaczne bariery, obecność mniej skutecznego konkurenta mogłaby przyczynić się do zwiększenia presji konkurencyjnej na tym rynku i, z tego względu, presji na zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą.
- 61 Kryterium równie skutecznego konkurenta należy więc uznać za jeden spośród wielu instrumentów służących ocenie tego, czy w ramach stosowania systemu rabatowego doszło do nadużywania pozycji dominującej.
- 62 Na pytanie pierwsze akapity trzeci i czwarty należy zatem udzielić odpowiedzi, że stosowanie kryterium równie skutecznego konkurenta nie stanowi warunku koniecznego do tego, aby na podstawie art. 82 WE móc stwierdzić, iż dany system rabatowy nosi znamiona nadużycia. Kryterium równie skutecznego konkurenta jest pozbawione znaczenia w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym.

W przedmiocie pytania drugiego i pytania trzeciego akapit drugi

- 63 Zadając pytanie drugie i pytanie trzecie akapit drugi, na które należy odpowiedzieć łącznie, sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 82 WE należy interpretować w ten sposób, że do tego, aby skutek w postaci wykluczenia wywierany przez system rabatowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym był objęty zakresem zastosowania tego postanowienia, konieczne jest, by skutek ten był, po pierwsze, prawdopodobny i, po drugie, poważny lub znaczący.
- 64 W zakresie dotyczącym w pierwszej kolejności prawdopodobieństwa wywołania antykonkurencyjnego skutku z orzecznictwa przywołanego w pkt 29 niniejszego wyroku wynika, że w celu ustalenia, czy stosując system rabatowy, przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nadużywa tej pozycji, należy w szczególności zbadać, czy celem tych rabatów jest pozbawienie nabywcy lub ograniczenie możliwości wyboru źródeł zaopatrzenia, zamknięcie dostępu do rynku konkurentom, zastosowanie w odniesieniu do partnerów handlowych nierównych warunków do równoważnych świadczeń lub umocnienie pozycji dominującej wskutek zakłócenia konkurencji.

- 65 Z tego względu, jak wyjaśniła rzecznik generalna w pkt 80 opinii, antykonkurencyjny skutek danej praktyki nie może mieć czysto hipotetycznego charakteru.
- 66 Trybunał rozstrzygnął również, iż aby można było stwierdzić, że taka praktyka nosi znamiona nadużycia, konieczne jest wywieranie przez nią antykonkurencyjnego wpływu na rynek, przy czym nie musi on być rzeczywisty, gdyż wystarczy wykazanie potencjalnego skutku antykonkurencyjnego mogącego spowodować wykluczenie konkurentów co najmniej równie skutecznych jak przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą (wyrok *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 64).
- 67 Wynika z tego, że zakresem zastosowania art. 82 WE są objęte te tylko posiadające pozycję dominującą przedsiębiorstwa, których zachowanie może wywołać antykonkurencyjny skutek na rynku.
- 68 W tym względzie należy podkreślić, że oceny tego, czy dany system rabatowy jest w stanie ograniczyć konkurencję, należy dokonywać z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności sprawy, a zwłaszcza kryteriów i zasad przyznawania rabatów, liczby klientów, których mogą one dotyczyć, oraz cech charakterystycznych rynku, na którym prowadzi działalność przedsiębiorstwo dominujące.
- 69 Takiej oceny dokonuje się w celu ustalenia, czy celem tego zachowania przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą jest rzeczywiste lub prawdopodobne wyeliminowanie konkurentów ze szkoda dla konkurencji, a z tego względu – dla interesów konsumentów (wyrok *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 44).
- 70 W drugiej kolejności, w odniesieniu do poważnego lub znaczącego charakteru skutku antykonkurencyjnego, choć prawdą jest, że stwierdzenie istnienia pozycji dominującej samo w sobie nie prowadzi do postawienia jakiegokolwiek zarzutu wobec przedsiębiorstwa, które ją posiada (wyrok *Post Danmark*, C209/10, EU:C:2012:172, pkt 21), zachowanie takiego przedsiębiorstwa, ze względu na fakt, że struktura konkurencyjna rynku została już osłabiona, może pociągać za sobą nadużywanie przez nie pozycji działającej (zob. podobnie wyroki: *Hoffmann-La Roche/Komisja*, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 123; *France Télécom/Komisja*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, pkt 107).
- 71 Również zgodnie z utrwalonym orzecnictwem na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku (zob. wyrok *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 72 Ponadto w zakresie, w jakim struktura konkurencyjna rynku została już osłabiona ze względu na występowanie na niej pozycji dominującej, jakiejkolwiek dodatkowe ograniczenie tej struktury konkurencyjnej może stanowić nadużywanie pozycji dominującej (wyrok *Hoffmann-La Roche/Komisja*, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 123).
- 73 Wynika z tego, że przy ustalaniu tego, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej, nie ma sensu określanie progu odczuwalności (*de minimis*). Ta antykonkurencyjna praktyka może, ze względu na sam swój charakter, znacznie ograniczyć konkurencję, a wręcz – wyeliminować ją na rynku, na którym dane przedsiębiorstwo prowadzi działalność.
- 74 Z powyższego wynika, że art. 82 WE należy interpretować w ten sposób, iż do tego, aby skutek w postaci wykluczenia wywierany przez system rabatowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym był objęty zakresem zastosowania tego postanowienia traktatowego, konieczne jest, by skutek ten był prawdopodobny i nie ma przy tym potrzeby wykazywania, że skutek ten jest poważny lub znaczący.

W przedmiocie kosztów

⁷⁵ Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) Aby ustalić, czy stosowany przez zajmujące pozycję dominującą przedsiębiorstwo system rabatowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym może wywierać skutek w postaci wykluczenia z rynku z naruszeniem art. 82 WE, należy zbadać całokształt okoliczności danego przypadku, a w szczególności kryteria i warunki przyznawania rabatów, zasięg zajmowanej przez dane przedsiębiorstwo pozycji dominującej oraz panujące na rynku właściwym szczególne warunki konkurencji. Okoliczność polegająca na tym, że ów system rabatowy obejmuje większość klientów na rynku, może stanowić użyteczną wskazówkę co do wagi, jaką należy przypisać tej praktyce, i wywieranemu przez nią na rynku wpływowi, gdyż może ona zwiększyć stopień prawdopodobieństwa wystąpienia antykonkurencyjnego skutku w postaci wykluczenia.
- 2) Zastosowanie kryterium „równie skutecznego konkurenta” nie stanowi warunku koniecznego do tego, aby na podstawie art. 82 WE móc stwierdzić, iż dany system rabatowy ma znamiona nadużycia. Kryterium „równie skutecznego konkurenta” jest pozbawione znaczenia w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym.
- 3) Artykuł 82 WE należy interpretować w ten sposób, iż do tego, aby skutek w postaci wykluczenia wywierany przez system rabatowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym był objęty zakresem zastosowania tego postanowienia, konieczne jest, by skutek ten był prawdopodobny i nie ma przy tym potrzeby wykazywania, że skutek ten jest poważny lub znaczący.

Podpisy