



Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (втори състав)

6 октомври 2015 година *

„Преюдициално запитване — Член 82 ЕО — Злоупотреба с господстващо положение — Пазар на доставката на масови пощенски пратки — Пряка пощенска реклама — Схема за отстъпки със задна дата — Отстраняващ ефект — Критерий за равностойния по ефикасност конкурент — Степен на вероятност и тежест на антиконкурентните последици“

По дело C-23/14

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Sør- og Handelsretten (Дания) с акт от 8 януари 2014 г., постъпил в Съда на 16 януари 2014 г., в рамките на производство по дело

Post Danmark A/S

срещу

Konkurrencerådet,

в присъствието на:

Bring Citymail Danmark A/S,

СЪДЪТ (втори състав),

състоящ се от: R. Silva de Lapuerta, председател на състава, J.-C. Bonichot, Ал. Арабаджиев, J. L. da Cruz Vilaça (докладчик) и C. Lycourgos, съдии,

генерален адвокат: J. Kokott,

секретар: C. Strömholm, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 26 март 2015 г.,

като има предвид становищата, представени:

- за Post Danmark A/S, от S. Zinck, advokat, и T. Lübbig, Rechtsanwalt,
- за Bring Citymail Danmark A/S, от P. Jakobsen, advokat,
- за датското правителство, от M. Wolff, в качеството на представител, подпомагана от J. Pinborg, advokat,

* Език на производството: датски.

- за германското правителство, от T. Henze и J. Möller, в качеството на представители,
- за Европейската комисия, от É. Gippini Fournier, L. Malferrari и L. Grønfeldt, в качеството на представители,
- за Надзорния орган на ЕАСТ, от X. Lewis, M. Schneider и M. Moustakali, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 21 май 2015 г.,

постанови настоящото

Решение

- 1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 82 ЕО.
- 2 Запитването е отправено в рамките на спор между Post Danmark A/S (наричано по-нататък „Post Danmark“) и Konkurrencerådet (Съвет по конкуренция) по повод схемата за отстъпки, прилагана от това предприятие през 2007 г. и 2008 г. със задна дата за адресираната пощенска реклама в големи количества.

Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси

- 3 Към момента на настъпване на фактите по главното производство, с други думи през 2007 г. и 2008 г., датската държава контролира Post Danmark, на което е възложена универсалната пощенска услуга за доставка в рамките на един ден на цялата датска територия на писма и колети, и по-специално изпращането на масови пратки с тегло под 2 kg. Предприятието е следвало да прилага тарифна ставка, съгласно която цените на услугите, попадащи в обхвата на задължението за универсална услуга, не могат да се различават независимо от това къде е местоназначението.
- 4 Като компенсация за наложеното му задължение за универсална услуга и за единна тарифна ставка, Post Danmark разполага със законоустановен монопол върху доставката на писма, в това число на масови пратки, и по-специално пряката пощенска реклама, с максимално тегло под 50 грама.
- 5 Пряката пощенска реклама е сегмент от пазара на масовите пратки, който се състои в доставянето в рамките на маркетингови кампании на пощенска реклама с идентично съдържание, която носи адреса на получателя.
- 6 От преюдициалното запитване е видно, че за пряката пощенска реклама Post Danmark прилага схема за отстъпки през 2003 г., когато не съществува конкуренция на пазара на доставката на масови пратки и когато е налице монопол върху доставката на всички писма с максимално тегло 100 грама.
- 7 Тези отстъпки се прилагат за подадените от клиента пратки, всяка от които съдържа най-малко 3 000 екземпляра, като обемът на всички пратки трябва да е най-малко 30 000 писма на година или годишната брутна стойност на пощенските разноски да възлиза на най-малко 300 000 датски крони (DKK) (около 40 200 EUR). Тази схема за отстъпки съдържа скала от 6 % до 16 %, като последният процент се прилага за клиентите, които изпращат над 2 милиона пратки годишно или пратки на стойност над 20 милиона DKK (около 2 680 426 EUR) на година. Скалата

на отстъпките е „стандартизирана“, с други думи, всички клиенти могат да получат една и съща отстъпка в зависимост от общия брой на поръчките, направени от тях през референтния период, а именно една година.

- 8 Post Danmark и неговите клиенти сключват в началото на всяка година споразумения, в които се посочват прогнозните количества пратки за тази година. Отстъпките се договарят и фактурират периодично въз основа на това споразумение. В края на годината Post Danmark извършва корекция, ако подадените количества не са същите като първоначално прогнозираните. Цената за пратките на всеки клиент се коригира в края на годината, а корекцията се прави със задна дата за началото на същата година, въз основа на действително изпратеното количество поща. Така окончателно определената ставка на отстъпките се прилага за всички подадени през съответния период пратки, а не единствено за тези, които надвишават прогнозираните първоначално количества. По същия начин даден клиент, чийто обем на пратките се окаже по-малък от прогнозните количества, трябва да възстанови на Post Danmark разноските.
- 9 Разглежданата в главното производство схема за отстъпки се прилага за цялата пощенска реклама, която носи адреса на получателя, независимо дали попада в обхвата на монопола на Post Danmark и дали доставянето се е осъществило в райони, които не са обхванати от други оператори. От преюдициалното запитване е видно, че от прогресивния характер на отстъпките, прилагани за услугите за пряка пощенска реклама, се възползват в най-голяма степен клиентите, които са средни по размер предприятия, тъй като подадените от много големите клиенти количества така или иначе надхвърлят сериозно най-високото подразделение на скалата.
- 10 Bring Citymail Danmark A/S (наричано по-нататък „Bring Citymail“), дъщерно дружество на Posten Norge AS, дружеството, което осъществява универсалната пощенска услуга в Норвегия, от 1 януари 2007 г. започва да доставя бизнес поща в Дания, в това число под формата на пряка пощенска реклама. В рамките на предлаганата от Bring Citymail услуга тази поща се доставя в срок не от един ден от изпращането, а в срок от три дни. Тази услуга ползват приблизително 1 милион домакинства в Копенхаген (Дания) и околностите, което съответства на близо 40 % от всички домакинства в района.
- 11 През релевантния период Bring Citymail е единственият сериозен конкурент на Post Danmark на пазара на масовите пратки.
- 12 През 2010 г. Bring Citymail се оттегля от датския пазар, след като претърпява сериозни загуби. Според представените по този въпрос пояснения дружеството претърпяло загуба в размер на 500 милиона DKK (около 67 010 654 EUR) вследствие разходите по установяването и отрицателните резултати през счетоводните 2006—2009 година.
- 13 Вследствие на подадената от Bring Citymail жалба, в решение от 24 юни 2009 г. Konkurrencerådet приема, че Post Danmark злоупотребява с господстващо положение на пазара на доставката на масови пратки, когато през 2007 г. и 2008 г. прилага отстъпки за пряката пощенска реклама, в резултат на които обвързва клиентелата и „блокира“ пазара, без да може да докаже повишаване на ефективността, което потребителите да могат да ползват и което да неутрализира ограничителните последици на тези отстъпки върху конкуренцията.
- 14 Konkurrenceråd по-специално приема, че Post Danmark е неизбежен търговски партньор на пазара на масовите пратки, тъй като притежава над 95 % от един пазар, достъпът до който е затруднен от сериозни бариери и който се отличава с икономии от мащаба. Освен това Post Danmark разполага със значителни структурни предимства — предоставени по-специално благодарение на предвидения в закона монопол, след като през релевантния период този монопол обхваща над 70 % от всички масови пратки в Дания — както и с изключително географско покритие, което обхваща цяла Дания.

- 15 Според Konkurrencerådet тези обстоятелства задължават клиентелата на този вид услуги да се обръща към Post Danmark за 70 % от пратките, за които последното има изключително право, и за голяма част от масовите пратки, които трябва да бъдат изпратени извън географското покритие на Bring Citymail, така че в собствения си географски район Bring Citymail може да се конкурира само за около 30 % от пратките.
- 16 По-нататък Konkurrencerådet обръща внимание на структурата и съдържанието на схемата за отстъпки, и по-специално на факта, че се прави със задна дата с период на придобиване на права от една година, както и на диапазона на прилаганите за отстъпките ставки. Според констатациите на Konkurrencerådet около две трети от доставената пряка пощенска реклама, която е извън монопола, не могат да бъдат прехвърлени от Post Danmark на Bring Citymail, без това да има отрицателни последици върху скалата на отстъпките.
- 17 От това той стига до извода, че посочената схема има отстраняващ антиконкурентен ефект на пазара. В това отношение Konkurrencerådet приема, за разлика от Post Danmark, че оценката на отстраняващия антиконкурентен ефект, предизвикан върху пазара от схемата за отстъпки, не може да се основава на критерия, наречен „за равностойния по ефикасност конкурент“, който предполага сравнение с цените и разходите на предприятието с господстващо положение. Всъщност според този орган, предвид особените характеристики на засегнатия пазар, за целите на това сравнение не би могло да се изисква един нов конкурент да бъде също толкова ефикасен в краткосрочен план като Post Danmark.
- 18 С решение от 10 май 2010 г. Konkurrenceankenævnet (апелативен съд по въпросите на конкуренцията) потвърждава решението на Konkurrencerådet от 24 юни 2009 г.
- 19 Post Danmark отнася въпроса до Sø- og Handelsretten (Съд по морски и търговски въпроси), според който макар да е безспорно, че за да противоречи на член 82 ЕО, схема за отстъпки като разглежданата в главното производство трябва да може да има определен отстраняващ ефект върху пазара, все пак има съмнение относно критериите, които следва да се приложат за да се определи дали такава схема може да има конкретен отстраняващ ефект в противоречие на член 82 ЕО.
- 20 При тези обстоятелства Sø- og Handelsretten решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

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

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

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

В същото време от Съда се очаква да изясни какво значение имат в това отношение характеристиките на пазара, включително дали те могат да обосноват блокиращият ефект да бъде доказан чрез изследвания и анализи, различни от критерия за „равностойния по ефикасност конкурент“ (вж. в тази връзка точка 24 от Съобщението на Комисията,

[озаглавено] „Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член 82 от Договора за ЕО в областта на злоупотребата с практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия с господстващо положение [(ОВ С 45, 2009 г., стр. 7)].

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

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

По преюдициалните въпроси

По първа и втора алинея на първия въпрос и първа алинея на третия въпрос

- 21 С първа и втора алинея на първия въпрос и първа алинея на третия въпрос, които следва да бъдат разгледани заедно, запитващата юрисдикция по същество иска от Съда да уточни критериите, които следва да приложи, за да определи дали схема за отстъпки като разглежданата в главното производство може да има отстраняващ ефект на пазара в нарушение на член 82 ЕО. Запитващата юрисдикция пита още какво значение има за тази преценка фактът, че схемата за отстъпки се прилага за по-голямата част от клиентите на пазара.
- 22 От представената на Съда преписка е видно, че схемата за отстъпки, използвана от Post Danmark през 2007 г. и 2008 г., има три основни характеристики.
- 23 Първо, скалата на отстъпките, която включва ставки от 6 % до 16 %, е „стандартизирана“, с други думи, всички клиенти могат да получат една и съща отбивка в зависимост от общия брой на поръчките, направени от тях през референтния едногодишен период.
- 24 Второ, отстъпката се прави „под условие“, в смисъл че в началото на всяка година Post Danmark и клиентите му сключват споразумения, в които се посочват прогнозните количества пратки за същата година. В края на годината Post Danmark извършва корекция, когато подадените количества не съвпадат с първоначално прогнозираните.
- 25 Трето, отстъпките се прилагат „със задна дата“, в смисъл че когато първоначално установеният праг за пратките бъде надвишен, определената в края на годината ставка на отстъпката се прилага за всички подадени през съответния период пратки, а не единствено за тези, които надвишават прогнозирания първоначално праг.
- 26 Що се отнася до прилагането на член 82 ЕО към схема за отстъпки, следва да се напомни, че като забранява злоупотребата с господстващо положение на пазара, доколкото би могла да засегне търговията между държавите членки, този член се отнася до действия, които могат да повлияят на структурата на пазар, където равнището на конкуренция вече е отслабено именно поради присъствието на предприятие с такова положение, и в резултат на които се възпрепятства запазването на все още съществуващото равнище на конкуренция на пазара или

развитието на тази конкуренция (вж. в този смисъл решения *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия*, 322/81, EU:C:1983:313, т. 70 и *British Airways/Комисия*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 66).

- 27 Също от постоянната съдебна практика следва, че за разлика от отстъпката за количество, свързана единствено с обема на покупките, извършени от съответния производител, която отстъпка поначало не може да наруши член 82 ЕО, отстъпка за лоялност, чиято цел е да попречи, чрез предоставянето на финансови предимства, на снабдяването на клиентите от конкурентни производители за всички свои нужди или за по-голямата част от тях, представлява злоупотреба по смисъла на този член (вж. решения *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия*, 322/81, EU:C:1983:313, т. 71 и *Tomra Systems и др./Комисия*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 70).
- 28 Що се отнася до разглежданата в главното производство схема за отстъпки, следва да се отбележи, че тя не може да се счита просто за отстъпка за количество, свързана единствено с обема на покупките, доколкото въпросните отстъпки се правят не за всяка отделна поръчка, което така да съответства на реализирани от доставчика икономии на разходи, а зависи от всички направени през даден период поръчки. Освен това тя не е съчетана и със задължение или обещание на купувачите да се снабдяват изключително или за определено количество от нуждите си от *Post Danmark*, което я отличава от отстъпките за лоялност по смисъла на съдебната практика, посочена в предходната точка.
- 29 При тези условия, за да се определи дали предприятието в господстващо положение е злоупотребило с него, прилагайки схема за отстъпки като разглежданата в главното производство, Съдът многократно е приемал, че следва да се преценят всички обстоятелства, и по-специално критериите и условията за предоставяне на отстъпката, и да се изследва дали чрез предимство, което не почива на никаква обосноваваща го икономическа престация, с отстъпката се цели да се отнеме или да се ограничи възможността на купувача да избира източниците си на снабдяване, да се препречи достъпът на конкурентите до пазара, да се прилагат различни условия по отношение на еквивалентни сделки с търговските партньори или да се укрепва господстващото положение, като се нарушава конкуренцията (решения *British Airways/Комисия*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 67 и *Tomra Systems и др./Комисия*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 71).
- 30 Освен това, предвид особеностите на настоящото дело, при преценката на всички релевантни обстоятелства следва да се отчете и обхватът на господстващото положение на *Post Danmark* и конкретните условия на конкуренция на разглеждания пазар.
- 31 В това отношение следва първо да се провери дали тези отстъпки могат да имат отстраняващ ефект, с други думи — дали са в състояние, от една страна, да затруднят и дори да лишат конкурентите на предприятието с господстващо положение от достъп до пазара, а от друга страна, да затруднят и дори да лишат неговите контрагенти от избор между различни източници на снабдяване или различни търговски партньори. След това трябва да се изследва дали предоставяните отстъпки имат обективна икономическа обосновка (решение *British Airways/Комисия*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 68 и 69).
- 32 Що се отнася, на първо място, до критериите и условията за предоставяне на отстъпките, следва да се отбележи, че разглежданите в главното производство отстъпки се прилагат „със задна дата“, в смисъл че ако първоначално установеният в началото на годината праг за количествата поща бъде надвишен, определената в края на годината ставка на отстъпката се прилага за всички подадени през референтния период пратки, а не единствено за пратките, които надвишават прогнозирания първоначално праг. За сметка на това клиент, чийто обем на пратките се окаже по-малък от прогнозните количества, трябва да възстанови на *Post Danmark* разноските.

- 33 От съдебната практика обаче следва, че договорните задължения, които имат контрагентите на предприятието с господстващо положение, и упражняваният върху тях натиск могат да са особено силни, когато отстъпката не зависи единствено от нарастването на покупките на продуктите на предприятието, реализирани от тези контрагенти през отчетния период, а обхваща и всички тези покупки. По този начин дори и относително скромно изменение в продажбите на продуктите на предприятието с господстващо положение има несъразмерно големи последици за контрагентите (вж., в този смисъл решение *British Airways/Комисия*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 73).
- 34 Нещо повече, следва да се подчертае, че разглежданата в главното производство схема за отстъпки се основава на едногодишен референтен период. Характерно е обаче за всяка схема за отстъпки, предоставяни в зависимост от продадените количества през относително дълъг референтен период, че за купувача натискът да реализира необходимия оборот, за да получи предимството или за да не претърпи загубата, предвидена за целия период, се увеличава в края на референтния период (решение *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия*, 322/81, EU:C:1983:313, т. 81).
- 35 Следователно, както отбелязва генералният адвокат в точки 37 и 38 от своето заключение, такава схема за отстъпки може да позволи на предприятието с господстващо положение да обвърже по-лесно собствените си клиенти към себе си и да привлече клиентите на своите конкуренти и така да засмуче към себе си част от търсенето на съответния пазар, която не е обхваната от монопола. Това засмукващо действие се усилва още повече от факта, че отстъпките в главното производство се прилагат еднакво както за оспорваната, така и за неоспорваната част от търсенето, т.е. в последния случай за адресираната пощенска реклама с тегло до 50 грама, която попада в обхвата на законово установения монопол на Post Danmark.
- 36 В главното производство от представената на Съда преписка е видно, че за 25 от най-значимите клиенти на Post Danmark, които осигуряват почти половината от обема на сделките на съответния пазар през разглеждания период, около две трети от пратките, доставени под формата на пряка пощенска реклама, която е извън монопола, не могат да бъдат прехвърлени от Post Danmark на Bring Citymail, без това да има отрицателни последици върху скálата на отстъпките. Ако тази констатация се потвърди, което следва да бъде проверено от запитващия съд, стимулът за снабдяване единствено или предимно от Post Danmark би бил особено силен, което намалява значително свободата на клиентите да избират източниците си на снабдяване.
- 37 Освен това, що се отнася до стандартизирането на скálата на отстъпките — което се състои в това, че всички клиенти могат да получат една и съща отстъпка в зависимост от общия брой на поръчките през референтния едногодишен период — подобна характеристика несъмнено позволява да се направи изводът, че по принцип използваната от Post Danmark схема за отстъпки не води до прилагане на различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговските партньори по смисъла на член 82, буква в) ЕО.
- 38 При все това само фактът, че дадена схема за отстъпки не е дискриминационна, не е пречка да се приеме, че тя може да има отстраняващ ефект на пазара, в нарушение на член 82 ЕО. Всъщност в решение *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия* (322/81, EU:C:1983:313, т. 86 и 91), след като отхвърля твърдението на Комисията, че прилаганата от Michelin схема за отстъпки е дискриминационна, Съдът все пак приема, че тя нарушава член 82 ЕО, при положение че създава зависимост между търговците и това дружество.
- 39 Що се отнася, на второ място, до обхвата на господстващото положение на Post Danmark и до конкретните условия на конкуренция на разглеждания пазар на масови пощенски пратки, от преюдициалното запитване следва, че Post Danmark притежава 95 % от този пазар, достъпът до който е защитен от сериозни бариери и който се отличава със значителни икономии от мащаба. Post Danmark разполага и със структурни предимства, предоставени по-специално от

законоустановения монопол върху доставката на писма с максимално тегло под 50 грама, която обхваща над 70 % от всички масови пратки. Освен това Post Danmark ползва изключително географско покритие, което обхваща цяла Дания.

- 40 Притежаването на особено голям пазарен дял обаче поставя предприятието, което го държи, в позиция на силата, която го прави задължителен партньор и му гарантира независимо поведение (решение Hoffmann-La Roche/Комисия, 85/76, EU:C:1979:36, т. 41). При тези условия за конкурентите на това предприятие е много трудно да покачат цените при наличие на отстъпки, основани на общия обем на продажбите. Поради чувствително по-големия си пазарен дял предприятието с господстващо положение по правило представлява неизбежен търговски партньор на пазара (вж. решение British Airways/Комисия, C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 75).
- 41 Това обстоятелство, наред с посочените в точка 39 от настоящото решение елементи, които допринасят за уточняване на съществуващото на съответния пазар конкурентно положение, позволява да се заключи, че на този пазар конкуренцията вече е значително ограничена.
- 42 При тези обстоятелства следва да се приеме, че използвана от предприятие схема за отстъпки като разглежданата в главното производство, която, без да обвързва с формално задължение клиентите към себе си, при все това цели да затрудни снабдяването на тези клиенти от конкурентни предприятия, има отстраняващ антиконкурентен ефект (вж. в този смисъл решение Tomra Systems и др./Комисия, C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 72).
- 43 Освен това запитващата юрисдикция иска да установи също какво значение следва да отдаде, при преценката на използваната от Post Danmark схема за отстъпки, на факта, че тази схема се прилага за по-голямата част от клиентите на пазара.
- 44 Обстоятелството, че практикуваните от Post Danmark отстъпки засягат голяма част от клиентите на пазара, само по себе си не е признак за злоупотреба на този пазар.
- 45 Всъщност в рамките на производството, по което по-специално е трябвало да се преценят отстъпките за лоялност, практикувани от предприятие с господстващо положение, Съдът приема, че не е необходимо да се проверява каква част от договорите съдържат спорната клауза и в каква част такава клауза липсва (решение Suiker Unie и др./Комисия, 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, EU:C:1975:174, т. 511).
- 46 Все пак фактът, че схема за отстъпки като разглежданата в главното производство обхваща по-голямата част от клиентите на пазара, може да представлява полезно указание за мащаба на тази практика и нейното отражение на пазара, които могат да увеличат вероятността от отстраняващ антиконкурентен ефект.
- 47 Накрая, ако запитващата юрисдикция констатира наличието на антиконкурентни последици, за които отговорност носи Post Danmark, следва да се напомни, че предприятие с господстващо положение все пак има възможност да обоснове действията, които могат да попаднат в обхвата на прогласената в член 82 ЕО забрана.
- 48 В частност такова предприятие има възможност да докаже, че породеният от неговото поведение отстраняващ ефект може да бъде неутрализиран, дори преодолян, чрез предимства, свързани с ефективността, от които се ползват и потребителите (вж. решения British Airways/Комисия, C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 86 и TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, т. 76).
- 49 В това отношение предприятието с господстващо положение трябва да докаже, че потенциалното повишаване на ефективността, до което може да доведе разглежданото поведение, неутрализира възможните увреждащи последици за конкуренцията и за интересите

на потребителите на засегнатите пазари, че повишаването на ефективността е било или може да бъде постигнато чрез посоченото поведение, че последното е необходимо за постигането на това повишаване на ефективността и че не премахва ефективната конкуренция чрез отстраняване на всички или на повечето от наличните източници на съществуваща или потенциална конкуренция (решение *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, т. 42).

- 50 Предвид гореизложените съображения, на първа и втора алинея на първия въпрос, както и на първа алинея на третия въпрос следва да се отговори, че за да се определи дали схема за отстъпки като разглежданата в главното производство, прилагана от предприятие с господстващо положение, може да има отстраняващ ефект на пазара в нарушение на член 82 ЕО, следва да се проверят всички обстоятелства по случая, и в частност критериите и условията за предоставяне на отстъпките, обхватът на господстващо положение на съответното предприятие и конкретните условия на конкуренцията на релевантния пазар. Обстоятелството, че тази схема за отстъпки обхваща по-голямата част от клиентите на пазара, може да представлява полезно указание за мащаба на тази практика и за нейното отражение на пазара, които могат да увеличат вероятността за отстраняващ антиконкурентен ефект.

По трета и четвърта алинея на първия въпрос

- 51 С трета и четвърта алинея на първия въпрос запитващата юрисдикция по същество иска от Съда да уточни какво значение следва да се отдаде на критерия за равностойния по ефикасност конкурент, когато схема за отстъпки се преценява съгласно член 82 ЕО.
- 52 Тъй като в четвъртата алинея на първия си въпрос запитващата юрисдикция посочва Съобщението на Комисията, озаглавено „Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член [82 ЕО] в областта на злоупотребата с практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия с господстващо положение“, в самото начало следва да се отбележи, че този текст само очертава подхода на Комисията относно избора на случаите, които възнамерява да разследва приоритетно, така че следваната от нея административна практика няма задължителна сила за националните органи по конкуренция и съдилища.
- 53 Следва да се отбележи, че прилагането на критерия за „равностойния по ефикасност конкурент“ се състои в проверка дали ценовите практики на предприятие с господстващо положение създават опасност от отстраняване от пазара на конкурент, който е толкова ефективен, колкото и това предприятие.
- 54 Този критерий се основава на сравнение на цените, прилагани от предприятие с господстващо положение, и на някои разходи, направени от същото предприятие, както и на анализ на неговата стратегия (вж. решение *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, т. 28).
- 55 Съдът е приложил критерия за „равностойния по ефикасност конкурент“ конкретно при ниски ценови практики под формата на избирателни цени или хищнически цени (вж. за избирателните цени решение *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, т. 28—35, а за хищническите цени — решения *AKZO/Комисия*, C-62/86, EU:C:1991:286, т. 70—73 и *France Télécom/Комисия*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, т. 107 и 108), както и при свиване на маржовете (решение *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, т. 40—46).
- 56 Що се отнася до сравнението на цените и разходите в контекста на прилагането на член 82 ЕО към схема за отстъпки, Съдът приема, че фактурирането на „отрицателни цени“ на клиентите, т.е. на цени, по-ниски от себестойността, не е предварително условие за установяването на злоупотреба при прилагането на схема за отстъпки със задна дата от страна на предприятие с господстващо положение (решение *Tomra Systems* и др./Комисия, C-549/10 P, EU:C:2012:221,

т. 73). В същото дело Съдът уточнява, че липсата на сравнение на прилаганите цени и разходите не представлява грешка при прилагане на правото (решение Tomra Systems и др./Комисия, C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 80).

- 57 Следователно, както отбелязва в точки 61 и 63 от своето заключение генералният адвокат, нито от член 82 ЕО, нито от практиката на Съда може да се изведе правно задължение констатацията за злоупотреба със схема за отстъпки, прилагана от предприятие с господстващо положение, винаги да се основава на критерия за „равностойния по ефикасност конкурент“.
- 58 Този извод обаче не трябва да води до това да се изключва по принцип използването на критерия за „равностойния по ефикасност конкурент“ при делата, в които се проверява дали схема за отстъпки съответства на член 82 ЕО.
- 59 В положение обаче като разглежданото в главното производство, което се отличава с това, че предприятието с господстващо положение притежава много голям пазарен дял, както и структурни предимства, предоставени на това предприятие по-специално в рамките на законоустановения монопол, който обхваща 70 % от всички пратки на засегнатия пазар, не е релевантно прилагането на критерия за „равностойния по ефикасност конкурент“, доколкото поради структурата на пазара появата на равностоеен по ефикасност конкурент е практически невъзможна.
- 60 Освен това на пазар като разглеждания в главното производство, достъпът до който е защитен от сериозни бариери, присъствието на по-малко ефикасен конкурент би могло да допринесе за увеличаване на конкурентния натиск на този пазар и така да упражни принуда върху поведението на предприятието с господстващо положение.
- 61 Така критерият за „равностойния по ефикасност конкурент“ трябва да се разглежда като един от инструментите за преценка дали на пазара има злоупотреба от страна на предприятие с господстващо положение в контекста на схема за отстъпки.
- 62 Следователно на трета и четвърта алинея на първия въпрос трябва да се отговори, че прилагането на критерия за равностойния по ефикасност конкурент не е абсолютно необходимо условие, за да се констатира злоупотреба със схема за отстъпки по смисъла на член 82 ЕО. В положение като разглежданото в главното производство не е релевантно прилагането на критерия за равностойния по ефикасност конкурент.

По втория въпрос и втора алинея на трети въпрос

- 63 С втория въпрос и втора алинея на третия въпрос, на които следва да се отговори заедно, запитващата юрисдикция по същество иска да установи дали член 82 ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че за да попаднат в приложното му поле, антиконкурентните последици от схема за отстъпки като разглежданата в главното производство трябва да са, от една страна, вероятни, а от друга страна, сериозни или значителни.
- 64 Що се отнася, на първо място, до вероятността от антиконкурентни последици, от посочената в точка 29 на настоящото решение съдебна практика следва, че за да се определи дали предприятие с господстващо положение е злоупотребило с него, прилагайки схема за отстъпки, трябва по-специално да се провери дали с отстъпката се цели да се отнеме или да се ограничи възможността на купувача да избира източниците си на снабдяване, да се препречи достъпът на конкурентите до пазара, да се прилагат различни условия по отношение на еквивалентни сделки с търговските партньори или да се укрепва господстващото положение, като се нарушава конкуренцията.

- 65 В това отношение, както уточнява генералният адвокат в точка 80 от своето заключение, антиконкурентните последици на определена практика не трябва да са от чисто хипотетично естество.
- 66 Съдът е постановил също, че за да се установи, че такава практика представлява злоупотреба, на пазара трябва да са налице антиконкурентни последици, но не е необходимо те да бъдат конкретни, а е достатъчно доказването на потенциални антиконкурентни последици от естество да отстранят конкурентите, които са поне толкова ефикасни, колкото предприятието с господстващо положение (решение *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, т. 64).
- 67 Следователно в приложното поле на член 82 ЕО попадат само предприятията с господстващо положение, чието поведение може да има антиконкурентни последици на пазара.
- 68 В това отношение следва да се подчертае, че когато се преценява дали схема за отстъпки може да ограничи конкуренцията, трябва да се вземат предвид всички релевантни обстоятелства, и по-специално условията и критериите, според които се предоставят отстъпките, броят на съответните клиенти и характеристиките на пазара, на който действа предприятието с господстващо положение.
- 69 Целта на подобна преценка е да определи дали поведението на предприятието с господстващо положение води до действителното или вероятно отстраняване на конкурентите, увреждайки конкуренцията и поради това интересите на потребителите (решение *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, т. 44).
- 70 Що се отнася, на второ място, до сериозния или значителен характер на антиконкурентните последици, макар да е вярно, че самата констатация за наличие на господстващо положение не съдържа какъвто и да било упрек към засегнатото предприятие (решение *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, т. 21), поведението на такова предприятие може да породи злоупотреба с господстващото му положение, тъй като конкурентната структура на пазара е вече отслабена (вж. в този смисъл решения *Hoffmann-La Roche/Комисия*, 85/76, EU:C:1979:36, т. 123 и *France Télécom/Комисия*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, т. 107).
- 71 Така Съдът неведнъж е постановявал, че предприятието с господстващо положение носи особена отговорност да не засяга със своето поведение ефективната и ненарушена конкуренция на вътрешния пазар (вж. решение *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, т. 23 и цитираната съдебна практика).
- 72 Освен това, доколкото конкурентната структура на пазара е вече отслабена поради присъствието на предприятието с господстващо положение, всяко допълнително ограничение на тази конкурентна структура може да представлява злоупотреба с господстващо положение (решение *Hoffmann-La Roche/Комисия*, 85/76, EU:C:1979:36, т. 123).
- 73 От това следва, че не е обосновано установяването на праг за значителност (*de minimis*), за да се определи дали на пазара има злоупотреба от предприятие с господстващо положение. Всъщност тази антиконкурентна практика поради самото си естество е в състояние да предизвика ограничения на конкуренцията, които не са незначителни, и дори да елиминира конкуренцията на пазара, на който действа съответното предприятие.
- 74 Видно от гореизложените съображения, член 82 ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че за да попаднат в приложното поле на този член, антиконкурентните последици от схема за отстъпки, използвана от предприятие с господстващо положение като разглежданото в главното производство, трябва да са вероятни, без да е необходимо да се доказва, че са сериозни или значителни.

По съдебните разноси

75 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноси. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (втори състав) реши:

- 1) За да се определи дали схема за отстъпки като разглежданата в главното производство, прилагана от предприятие с господстващо положение, може да има отстраняващ ефект на пазара в нарушение на член 82 ЕО, следва да се проверят всички обстоятелства по случая, и в частност критериите и условията за предоставяне на отстъпките, обхватът на господстващо положение на съответното предприятие и конкретните условия на конкуренцията на релевантния пазар. Обстоятелството, че тази схема за отстъпки обхваща по-голямата част от клиентите на пазара, може да представлява полезно указание за мащаба на тази практика и за нейното отражение на пазара, които могат да увеличат вероятността за отстраняващ антиконкурентен ефект.
- 2) Прилагането на т.нар. критерий за „равностойния по ефикасност конкурент“ не е абсолютно необходимо условие, за да се констатира злоупотреба със схема за отстъпки по смисъла на член 82 ЕО. В положение като разглежданото в главното производство не е релевантно прилагането на т.нар. критерий за „равностойния по ефикасност конкурент“.
- 3) Член 82 ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че за да попаднат в приложното поле на този член, антиконкурентните последици от схема за отстъпки, използвана от предприятие с господстващо положение като разглежданото в главното производство, трябва да са вероятни, без да е необходимо да се доказва, че са сериозни или значителни.

Подписи