

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н J. MAZÁK

представено на 25 септември 2008 година<sup>1</sup>

1. В настоящото дело Съдът трябва да се произнесе по твърдение за злоупотреба с господстващо положение под формата на политика на хищнически цени, попадаща в категорията на практиките за изключване или „елиминаторни“ практики от страна на господстващи предприятия<sup>2</sup>. Предходната практика на Съда в областта на политиката на хищнически цени се състои основно от Решение по дело Akzo/Комисия<sup>3</sup> и Tetra Pak/Комисия<sup>4</sup>.

2. Настоящата жалба е свързана с решение на Комисията от 16 юли 2003 г.<sup>5</sup>, с което Комисията констатира, че Wanadoo Interactive е нарушило член 82 ЕО, като за услугите си eXtense и Wanadoo ADSL<sup>6</sup> (наричани по-нататък „разглежданите услуги“) прилага хищнически цени, които не покриват променливите му разходи до

август 2001 г., нито съвкупните му разходи след август 2001 г., в рамките на план, насочен към предопределяне на пазара за предоставяне на достъп до високоскоростен Интернет на важен етап от развитието му<sup>7</sup>. Комисията му нарежда да преустанови това нарушение и му налага глоба от 10,35 милиона евро<sup>8</sup>.

3. Спорното решение е потвърдено с решение на Първоинстанционния съд на Европейските общности от 30 януари 2007 г. по дело France Télécom/Комисия<sup>9</sup> (наричано по-нататък „обжалваното съдебно решение“). С настоящата жалба France Télécom SA (наричано по-нататък „FT“), преди Wanadoo Interactive SA (наричано по-нататък „WIN“), иска отмяната на обжалваното съдебно решение.

1 — Език на оригиналния текст: английски.

2 — Политиката на хищнически цени понякога се нарича и „прилагане на цени, по-ниски от разходите“.

3 — Решение от 3 юли 1991 г. по дело AKZO/Комисия (С-62/86, Recueil, стр. I-3359).

4 — Решение от 14 ноември 1996 г. по дело Tetra Pak/Комисия, наричано „Tetra pak II“ (С-333/94 P, Recueil, стр. I-5951).

5 — Решение относно процедура по прилагане на член [82 ЕО] (преписка COMP/38.233 — Wanadoo Interactive, наричано по-нататък „спорното решение“).

6 — Asymmetric Digital Subscriber Line (асиметрична цифрова абонатна линия).

7 — Член 1 от спорното решение.

8 — Членове 2 и 4 от спорното решение.

9 — Т-340/03, Сборник, стр. II-107.

## I — Фактите по спора

4. Фактическата обстановка по спора е обобщена от Първоинстанционния съд в точки 1—11 от обжалваното съдебно решение:

„1 В контекста на развитието на достъпа до високоскоростен Интернет през юли 1999 г. Комисията взема решение за провеждане на отраслово проучване в рамките на Европейския съюз [10], по силата на правомощията ѝ по член 12, параграф 1 от Регламент № 17 [...], посветено по-специално на доставката на услуги, свързани с достъпа до местната абонатна линия и използването на местните домашни абонатни линии. В хода на това проучване събраната информация насочва Комисията към подробно разглеждане на тарифните условия на [WIN] за доставката на услуги за предоставяне на достъп до високоскоростен Интернет, предназначени за домашни потребители във Франция. За тази цел през септември 2001 г. тя открива процедура по своя инициатива.

2 Към момента на настъпването на спорните факти WIN е дружество от групировката France Télécom. Wanadoo SA притежава 99,9 % от неговия капитал. Участието на France Télécom в капитала на Wanadoo варира между 70 % и 72,2 %

към момента на настъпване на спорните факти. Групировката, състояща се от Wanadoo и дъщерните му дружества [...], обединява всички дейности на групировката France Télécom, свързани с Интернет, както и дейностите по издаване на телефонни указатели. [...] WIN осигурява изпълнението на оперативните и технически задължения, свързани с услугите за предоставяне на достъп до Интернет на територията на Франция, включително услугите ADSL [...].

3 На 19 декември 2001 г. Комисията отправя до WIN първо известие за нарушения [...] и на 9 август 2002 г. — допълнително известие за нарушения [...], на които WIN отговаря съответно, на 4 март и на 23 октомври 2002 г.

4 На 16 януари 2003 г. Комисията изпраща на WIN писмо, определено като „фактологично писмо“ [...], като му дава достъп до преписката, послужила за изготвянето на това писмо. [...] WIN получава достъп до преписката на 23 и 27 януари 2003 г. С писмо от 26 февруари 2003 г. WIN иска Комисията да му предостави обяснения относно редица аспекти на фактологичното писмо. Комисията отговаря с писмо от 28 февруари 2003 г. и така на 4 март 2003 г. WIN представя писмен отговор на фактологичното писмо.

10 — По силата на правомощията ѝ по Регламент № 17 на Съвета от 6 февруари 1962 г., Първи регламент за прилагане на членове [81] и [82] от Договора (ОВ 13, 1962 г., стр. 204; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 3).

- 5 С[ъс] [спорното решение] Комисията установява, че [WIN е нарушило член 82 ЕО<sup>11</sup>,] нарежда [му] да преустанови това нарушение [...] и му налага глоба от 10,35 милиона EUR [...].
- 6 Решението определя разглеждания пазар като френския пазар за предоставяне на достъп до високоскоростен Интернет за домашни потребители. Продуктите, за които се отнася решението, са услугите за достъп до високоскоростен Интернет чрез технологията ADSL (Wanadoo ADSL и eXtense).
- 7 Според решението в случая с Wanadoo ADSL през периода на спора абонатът трябва да заплаща месечен абонамент на [FT] за предоставяне на услугата, да наеме модема ADSL от [FT], както и да заплаща абонамент на WIN, в качеството му на доставчик на достъпа до Интернет (наричан по-нататък „FAI“). При услугата eXtense модемът се закупува от потребителя и последният заплаща само месечен абонамент на WIN, съответстващ на услугата, предоставяна от [FT], и на предварително определен неограничен достъп до Интернет.
- 8 След изследване на различни елементи, между които пазарните дялове (съобщения 211—222 от решението) и ефекта на „опората“ от страна на [FT] (съобщения 223—228), Комисията заключава, че WIN заема господстващо положение на въпросния пазар. След това тя се заема да докаже, че прилаганата от WIN практика за определяне на цени под стойността на разходите се вписва в рамките на преднамерена хищническа стратегия, провеждана с оглед „предопределяне“ на пазара, и поради това представлява злоупотреба с господстващо положение по смисъла на член 82 ЕО (съобщение 254).
- 9 Решението определя 1 март 2001 г. за начало на периода на нарушение и 15 октомври 2002 г. за край, като това е датата на влизане в сила на мярката за отстраняване на нередностите, предприета от [FT] през март 2002 г. Прилаганите тарифи не покриват променливите разходи от март до август 2001 г. и съвкупните разходи след последната дата (член 1 от Решението, вж. точка 5, посочена по-горе).
- 10 Това решение е съобщено на WIN на 23 юли 2003 г., [...].
- 11 В резултат на действия, довели до сливане, настъпило на 1 септември 2004 г., [FT] става титуляр на правата на WIN.“

11 — Вж. точка 2 от настоящото заключение.

## II — Производството пред Първоинстанционния съд и обжалваното съдебно решение

5. На 2 октомври 2003 г. WIN подава в секретариата на Първоинстанционния съд жалба за отмяна на спорното решение.

6. С обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд отхвърля жалбата.

7. В подкрепа на искането си за отмяна на спорното решение WIN изтъква четири правни основания, като се позовава на: i) нарушение на правото на защита и на съществени процесуални изисквания, ii) липса на мотиви, iii) нарушение на принципа за личната отговорност, и iv) нарушение на член 82 ЕО<sup>12</sup>.

8. Настоящата жалба се отнася само до втората част — свързана с въпроса за злоупотребата — на четвъртото правно основание (относно нарушение на член 82 ЕО)<sup>13</sup>. В тази част WIN основно поддържа, че Комисията е нарушила член 82 ЕО, като не е доказала надлежно, че WIN е злоупотребило с господстващото

си положение, като е фактурирало хищнически цени за разглежданите услуги от март 2001 г. до октомври 2002 г. (наричан по-нататък „спорният период“).

9. Това твърдение се състои от две категории оплаквания относно: i) проверката за покриване на разходите, и ii) прилагането на проверката за хищничество от Комисията.

10. Най-напред изглежда в случая страниите са съгласни, че:

— разглежданите услуги са абонаменти за достъп до Интернет, следователно става въпрос за продължителна доставка на услуги; като средната продължителност на абонамента е 48 месеца;

— всеки абонамент носи периодичен месечен приход, и

<sup>12</sup> — В подкрепа на жалбата си пред Първоинстанционния съд, при условията на евентуалност WIN иска също отмяна или намаляване на глобата, като се позовава на: i) нарушение на принципите за личната отговорност и за законоустановеността на наказанията, ii) липса на последици от разглежданите практики, iii) неправилно определяне на продължителността на нарушението, и iv) нарушение на принципа на пропорционалност.

<sup>13</sup> — Вж. точки 122—230 от обжалваното съдебно решение.

— разходите са съставени, от една страна, от „разходите за привличане на клиенти“ или „за завладяване“, каквито са разходите за реклама или за промоции, от „първоначалните пакети“ за потребителите и т.н. (които принадлежат към категорията на непериодичните разходи, след като дадено дружество ги понася само веднъж, за да си осигури абонаментен договор с клиент), и от друга страна, от „производствени разходи“ и „разходите за мрежа“ (които представляват периодични разходи, тъй като са свързани с доставката на съответстващата на абонамента услуга и които трябва да се понасят от дружеството всеки месец; те биват променливи разходи, както в случая с разходите за достъп до мрежата на FT, която ги определя в зависимост от броя на абонатите, или постоянни разходи, каквито са разходите, свързани с функционирането на дружеството).

11. С цел да определи покриването на разходите Комисията сравнява основно месечните приходи със сумата на периодичните месечни разходи и частта от непериодичните разходи, които разпределя върху период от 48 месеца, за да изчисли размера им за един месец. Поспециално Комисията изчислява средната стойност от съотношението, получено за четири последователни периода: 1 януари 2001 г.—31 юли 2001 г., 1 август 2001 г.—15 октомври 2001 г., 15 октомври 2001 г.—15 февруари 2002 г. и 15 февруари 2002 г.—15 октомври 2002 г.

*A — Оплакванията, свързани с проверката за покриване на разходите*

12. Първоинстанционният съд посочва<sup>14</sup>, че „[к]ато използва този метод, Комисията счита, че прилаганите от WIN цени не са му позволили да покрие променливите си разходи до август 2001 г. и съвкупните си разходи от януари 2001 г. до октомври 2002 г. [...], като предвид нивото на покриване на променливите разходи непокриването на съвкупните разходи до август 2001 г. не буди съмнение“.

13. В отговор на възражението на WIN срещу избора от Комисията метод за изчисляване на степента на покриване на разходите Първоинстанционният съд най-напред припомня, че доколкото изборът на метод за изчисляване на степента на покриване на разходите включва комплексна икономическа оценка от страна на Комисията, следва да ѝ се признае широко право на преценка. При това положение съдебният контрол следва да се свежда до проверка дали са спазени процесуалните правила и изискването за мотивиране, дали фактите са установени точно и дали не е налице явна грешка в преценката и злоупотреба с власт<sup>15</sup>.

14. По-нататък, като се позовава на Решение по дело Akzo/Комисия, посочено по-горе, и на Решение по дело Tetra Pak II, посочено по-горе<sup>16</sup>, Първоинстанцион-

<sup>14</sup> — Вж. точка 138 от обжалваното съдебно решение.

<sup>15</sup> — Вж. точка 129 от обжалваното съдебно решение, което в това отношение цитира Решение на Съда от 28 май 1998 г. по дело Deege/Комисия (C-7/95 P, Recueil, стр. I-3111, точка 34 и цитираната съдебна практика).

<sup>16</sup> — Посочени съответно в бележки под линия 3 и 4.

ният съд подчертава, че „от една страна, наличието на цени, по-ниски от средната стойност на променливите разходи, позволява да се предположи съществуването на елиминаторна по характер ценова практика, и от друга страна, че наличието на цени, по-ниски от средната стойност на пълните разходи, но надвишаващи средната стойност на променливите разходи, следва да се счита за разкриващо признаците на злоупотреба, когато тези цени са определени в рамките на план, чиято цел е елиминиране на конкурент“<sup>17</sup>.

15. Първоинстанционният съд счита, че Комисията е основала спорното решение на хипотезата на действително покриване на преизчислените разходи. Според принципа на обезценка на активи Комисията е разпределила върху 48 месеца разходите за привличане на клиенти. На тази база тя е разгледала отделно покриването на преизчислените променливи разходи и покриването на съвкупните преизчислени разходи<sup>18</sup>.

16. Освен това Първоинстанционният съд отхвърля твърдението на WIN, че Комисията била възприела проверка за статично покриване на разходите — без да вземе под внимание преизчисляването във времето на периодичните месечни разходи — която впрочем би била много по-неблагоприятна за WIN. Първоинстанционният съд счита, че за всеки разглеждан период на нарушение и за всички абонати Комисията е включила последователните намаления на тарифите, настъпили през спорния период. Тя дори

е структурирала своя анализ съобразно тези намаления<sup>19</sup>.

17. Освен това Първоинстанционният съд счита, че Комисията основателно е могла да приеме, че реализираните след октомври 2002 г. — т.е. след нарушението — приходи и разходи не биха могли да участват в оценката на степента на покриване на разходите през разглеждания период<sup>20</sup>.

18. Накрая, Първоинстанционният съд констатира, че дори WIN да бе установило, че изтъкваният от него метод е подходящ в някои отношения (т.нар. „метод на дисконтираните парични потоци“), това не би било достатъчно, за да докаже незаконосъобразността на използвания от Комисията в дадения случай метод<sup>21</sup>.

19. Освен това WIN поддържа, че Комисията била допуснала грешка при прилагането на собствения си метод за изчисляване, и по-специално при изчисляването на постоянните и променливите разходи.

20. В това отношение, независимо от допустимостта на това правно основание, Първоинстанционният съд приема, че обстоятелството, че като е използвала правото си на преценка, Комисията

17 — Вж. точка 130 от обжалваното съдебно решение.

18 — Вж. точка 132 от обжалваното съдебно решение.

19 — Вж. точки 140—143 от обжалваното съдебно решение.

20 — Вж. точка 152 от обжалваното съдебно решение.

21 — Вж. точка 153 от обжалваното съдебно решение.

е приела, че степен на покриване на променливите разходи от 99,7% не съставлява нарушение, не я задължава да направи същото и при наличие на степен на покриване от 98% или 99%, в зависимост от случая, на съвкупните разходи и че при това положение това правно основание следва да се отхвърли като неефективно<sup>22</sup>.

*Б — Оплакванията, свързани с проверката за хищничество*

21. Първоинстанционният съд отхвърля и оплакванията на WIN, свързани с проверката за хищничество, извършена от Комисията.

22. На първо място, Първоинстанционният съд отхвърля доводите на WIN, според които оператор имал право да уеднакви добросъвестно своите цени с по-рано прилаганите от конкурент, дори ако са по-ниски от разходите на въпросното предприятие.

23. Като отбелязва, че нито предходните решения на Комисията, нито общностната съдебна практика признават за абсолютно правото на дадено господстващо предприятие да уеднаква цените си с тези на конкурентите, Първоинстанционният съд подчертава, че предприятията с господстващо положение имат специфични задължения и могат да бъдат лишавани от правото да предприемат поведение или да извършват действия, които сами по себе си не представляват злоупотреба

и които дори не биха били укорими, ако бяха предприети или извършени от предприятия, които не заемат господстващо положение<sup>23</sup>.

24. Първоинстанционният съд заключава, че „[з]а да обоснове поведението си, WIN не би могло да се позовава на абсолютно право да уеднаква цените си с тези на своите конкуренти. Макар да е вярно, че уеднаквяването на цените на господстващото предприятие с тези на конкурентите му само по себе си не представлява злоупотреба или укоримо поведение, то може да се превърне в такова, когато не е насочено единствено към защита интересите на дружеството, а има за цел да укрепи това господстващо положение и да злоупотребява с него“<sup>24</sup>.

25. На второ място, Първоинстанционният съд отхвърля оплакването на WIN, изведено от липсата на хищнически план и намаляване на конкуренцията.

26. Според WIN Комисията била извършила сериозно нарушение на член 82 ЕО, като направила извод за наличие на хищнически план. WIN счита, че в действителност такава хищническа стратегия не можела в никакъв случай да се смята за разумна при съществуващите тогава пазарни условия, и по-специално като се има предвид, че бариерите за навлизане не са били високи<sup>25</sup>.

22 — Вж. точки 165—169 от обжалваното съдебно решение.

23 — Вж. точка 186 от обжалваното съдебно решение.

24 — Вж. точка 187 от обжалваното съдебно решение.

25 — Вж. точка 188 от обжалваното съдебно решение.

27. Като цитира общностната съдебна практика, Първоинстанционният съд припомня, че в случаи на хищнически цени, по-ниски от средната стойност на пълните разходи, наличието на план за отстраняване на конкуренцията трябва да се докаже, а намерението за това отстраняване трябва да се установи въз основа на убедителни и съгласувани улики<sup>26</sup>. Понататък Първоинстанционният съд отбелязва, че посочените от Комисията изявления, съдържащи се във вътрешни документи на дружеството, са улика за наличието на хищнически план — факт, който други доказателства потвърждават. Първоинстанционният съд отбелязва, че в жалбата си WIN се е ограничило до неясни твърдения, които не позволяват на Първоинстанционния съд да се произнесе. Поради това той ги отхвърля. Първоинстанционният съд заключава, че Комисията е предоставила убедителни и съгласувани улики относно наличието на хищнически план по време на целия спорен период<sup>27</sup>.

28. На трето място, WIN твърди, че възстановяването на загубите няма нищо общо с проверката за хищничество и трябва да бъде доказано от Комисията. Следователно Комисията допуснала сериозна грешка при прилагане на правото, поддържайки, че не е необходимо да се доказва възстановяването на загубите. Освен това според WIN Комисията допуснала явна грешка в преценката, придружена от грешка при прилагане на правото, като счела, че е представила доказателства за възможно възстановяване на загубите<sup>28</sup>.

29. Първоинстанционният съд приема, че съгласно съдебната практика по дело Akzo/Комисия и дело Tetra Pak II Комисията правилно е приела, че за да се констатира наличие на хищническа ценова практика, не е необходимо да се доказва възстановяването на загубите. Съблюдавайки съдебната практика на Общността, Комисията може да приеме, че по-ниските от средната стойност на променливите разходи цени съдържат признаци на злоупотреба. В този случай наличието на елиминаторна по характер ценова практика се предполага. Що се отнася до съвкупните разходи, Комисията трябва също така да представи доказателства, че прилаганата от WIN практика на хищнически цени е част от план за „предопределяне“ на пазара. В двете хипотези не е необходимо допълнително да се доказва, че WIN е имало реална възможност да възстанови загубите си<sup>29</sup>.

### III — Искания на страните

30. FT иска от Съда:

— да отмени обжалваното съдебно решение, след което:

— да върне делото за ново разглеждане от Първоинстанционния съд, или

26 — Вж. точки 195—198 от обжалваното съдебно решение.

27 — Вж. точки 199—215 от обжалваното съдебно решение.

28 — Вж. точки 219—223 от обжалваното съдебно решение.

29 — Вж. точки 224—229 от обжалваното съдебно решение.



— да се произнесе по същество, като отмени спорното решение и уважи исканията на жалбоподателя в първоинстанционното производство;

*А — Първото правно основание, изведено от липсата на мотиви*

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

33. Първото правно основание на жалбата се състои от две части. С първата част жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд не е изпълнил задължението си за надлежно мотивиране във връзка с изискването да се доказва възможността за възстановяване на загубите.

31. Комисията моли Съда:

34. С втората част на първото правно основание жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд не е изпълнил задължението си за надлежно мотивиране относно правото на уеднаквяване на цените с тези на конкурентите, право което Първоинстанционният съд бил изключил без обяснение.

— да отхвърли жалбата;

35. За удобство ще разгледам споменатите части в обратен ред.

— да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

1. Правото на уеднаквяване на цените с тези на конкурентите

#### IV — Жалбата

а) Доводи на страните

32. В подкрепа на жалбата си жалбоподателят посочва седем правни основания.

36. Жалбоподателят възразява срещу това, че Първоинстанционният съд само е посочил в точка 187 от обжалваното съдебно решение, че „макар да е вярно, че

уеднаквяването на цените на господстващото предприятие с тези на конкурентите му само по себе си не представлява злоупотреба или укоримо поведение, *то може да се превърне в такова*, когато не е насочено единствено към защита на интересите на дружеството, а има за цел да укрепи това господстващо положение и да злоупотребява с него<sup>30</sup>. Жалбоподателят счита, че тази констатация е чисто хипотетична и Първоинстанционният съд е пропуснал да обясни по какъв точно начин в разглеждания случай WIN е имало намерението да укрепва своето господстващо положение или да злоупотребява с него.

37. *Комисията* счита, че пред Първоинстанционния съд жалбоподателят е твърдял само съществуването на „изключение за уеднаквяване“ или „основно право на уеднаквяване на цените“, с което разполагало всяко предприятие независимо дали е в господстващо положение, дори когато цените на неговите конкуренти са такива, че цените, които предприятието би приело, биха били по-ниски от разходите му. Следователно според Комисията Първоинстанционният съд основателно е отхвърлил съществуването на такова абсолютно право.

## б) Съображения

38. В точки 176—182 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд разглежда въпроса дали WIN има право да уеднакви цените си с тези на конкурентите си. Първоинстанционният

съд заключава, че не е възможно да се приеме, че предприятие в господстващо положение има абсолютно право да уеднакви цените си с тези на конкурентите си. Това се признава в предходната практика на Комисията и в относимата съдебна практика.

39. Този извод ми изглежда правилен.

40. В точка 185 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд обаче се позовава най-общо на установена съдебна практика, според която, макар господстващото положение да не може да лиши предприятието, намиращо се в такова положение, от правото му да защитава собствените си търговски интереси, когато те са застрашени, и макар да трябва в разумна степен да му се позволи да извършва действията, които счита за подходящи за защита на посочените интереси, такова поведение не може да се допусне, когато цели точно укрепване на господстващото положение и злоупотреба с него<sup>31</sup>.

41. По-нататък в точка 186 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд припомня собствената си

30 — Вж. точка 187 от обжалваното съдебно решение. Курсивът е мой.

31 — Там се посочва Решение на Съда от 14 февруари 1978 г. по дело United Brands и United Brands Continentaal/Комисия (27/76, Recueil, стр. 207, точка 189), както и Решение на Първоинстанционния съд от 1 април 1993 г. по дело BPB Industries и British Gypsum/Комисия (T-65/89, Recueil, стр. II-389, точка 117) и Решение на Първоинстанционния съд от 8 октомври 1996 г. по дело Compagnie maritime belge transports и др./Комисия (T-24/93—T-26/93 и T-28/93, Recueil, стр. II-1201, точка 146).

съдебна практика, според която при определени обстоятелства от естеството на наложените с член 82 ЕО задължения следва, че предприятията с господстващо положение могат да бъдат лишавани от правото да предприемат поведение или да извършват действия, които сами по себе си не представляват злоупотреба и които дори не биха били укорими, ако бяха предприети или извършени от предприятия, които не заемат господстващо положение<sup>32</sup>.

42. Първоинстанционният съд заключава, че „[з]а да обоснове поведението си, WIN не би могло да се позовава на абсолютно право да уеднаквява цените си с тези на своите конкуренти. Макар да е вярно, че уеднаквяването на цените на господстващото предприятие с тези на конкурентите му само по себе си не представлява злоупотреба или укоримо поведение, то може да се превърне в такова, когато не е насочено единствено към защита интересите на дружеството, а има за цел да укрепи това господстващо положение и да злоупотребява с него“<sup>33</sup>.

43. Изглежда, че Първоинстанционният съд разглежда най-общо правото на предприятието с господстващо положение да уеднаквява цените си с тези на конкурентите си, без обаче да го прилага спрямо фактите по конкретния случай, с който е сезиран.

44. С други думи, Първоинстанционният съд не анализира конкретно дали WIN е уеднаквило цените си с цел да укрепи

своето господстващо положение и да злоупотребява с него. Според мен в конкретния случай Първоинстанционният съд напълно е пренебрегнал разглеждането на този въпрос.

45. В това отношение трябва да се провери дали Първоинстанционният съд е изпълнил процесуалното си задължение за мотивиране, предвидено в член 36 от Статута на Съда, приложим за Първоинстанционния съд по силата на член 53, от същия статут. Член 36 посочва, че в решенията се излагат мотивите, на които те са основани<sup>34</sup>.

46. В заключението си по дело Acerinox/Комисия генералният адвокат Léger отбелязва, че „[м]оже да се счита, че мотивите на съдебното решение трябва да излагат по ясен и недвусмислен начин съображенията на Първоинстанционния съд, така че да дадат възможност на заинтересованите лица да се запознаят с основанията за взетото решение, а на Съда — да упражни своя контрол“<sup>35</sup>.

34 — Относно съответните разпоредби от Статута ЕОВС на Съда вж. Решение на Съда от 11 септември 2003 г. по дело Белия/Комисия (C-197/99 P, Recueil, стр. I-8461, точка 63).

35 — Заключение представено на 28 октомври 2004 г. по делото, по което е постановено Решение от 14 юли 2005 г. (C-57/02 P, Recueil, стр. I-6689, точка 32). В него в това отношение са посочени Решение от 14 май 1998 г. по дело Съвет/de Nil и Impens (C-259/96 P, Recueil, стр. I-2915, точки 32—34), Решение от 17 май 2001 г. по дело IECC/Комисия (C-449/98 P, Recueil, стр. I-3875, точка 70), както и Определение на председателя на Съда от 19 юли 1995 г. по дело Комисия/Atlantic Container Line и др. (C-149/95 P (R), Recueil, стр. I-2165, точка 58), Определение на председателя на Съда от 14 октомври 1996 г. по дело SCK и FNK/Комисия (C-268/96 P(R), Recueil, стр. I-4971, точка 52) и Определение на председателя на Съда от 25 юни 1998 г. по дело Нидерландски Антили/Съвет (C-159/98 P(R), Recueil, стр. I-4147, точка 70). Вж. също Решение по дело Acerinox/Комисия, посочено по-горе (точка 36).

32 — Там се посочва Решение на Първоинстанционния съд от 17 юли 1998 г. по дело ГТТ Promedia/Комисия (T-111/96, Recueil, стр. II-2937, точка 139).

33 — Вж. точка 187 от обжалваното съдебно решение.

47. Въпреки че пред Първоинстанционния съд Комисията твърди, че предприятие в господстващо положение не би трябвало да има право да уеднаквява цените си, ако при това положение няма да може да покрива разходите за съответната услуга<sup>36</sup>, отговорът на Първоинстанционния съд очевидно е до известна степен уклончив. Всъщност формулировката на точка 187 от обжалваното съдебно решение сякаш показва, че Първоинстанционният съд се опитва да остави вратата отворена за „защита, основана на уеднаквяване на цените“ за бъдещи случаи, при които предприятие в господстващо положение би фактурирало цени, по-ниски от разходите.

48. След като посочва съдебната практика, водеща началото си от Решение по дело *United Brands and United Brands Continentaal/Комисия*, посочено по-горе<sup>37</sup>, както и съдебната практика относно специалните задължения, наложени на предприятията в господстващо положение, в отговор на въпроса, който самият той поставя в точка 184 от обжалваното съдебно решение, Първоинстанционният съд определя какво представлява позволеното уеднаквяване с цените на конкурентите, което малко се различава от описаната в точки 176 и 183 от обжалваното съдебно решение проверка, посочена от Комисията и използвана в спорното решение.

49. При това положение Първоинстанционният съд е трябвало да прецени дали

това (ново) определение е приложимо в разглеждания случай, което той очевидно не е направил.

50. В замяна на това съм съгласен с довода на жалбоподателя, според който констатацията на Първоинстанционния съд в точка 187 от обжалваното съдебно решение<sup>38</sup> е чисто хипотетична и на пръв поглед изглежда незавършена. В това отношение не мога да се съглася с довода на Комисията, според който тази констатация е „завършена“ (и/или новото определение за това какво позволено уеднаквяване е приложено към фактите по случая), от точки 199—218 от обжалваното съдебно решение, където Първоинстанционният съд приема, че Комисията е събрала всички необходими доказателства за съществуването на политика на хищнически цени, по-ниски от пълните разходи. Най-напред, този довод е посочен с твърде голямо закъснение в производството, за да бъде допустим, а именно — изтъкнат е от Комисията едва в устната фаза на производството и следователно е нов спрямо писмените изявления. Още повече, по мое мнение, този довод се основава на точки от обжалваното съдебно решение, които нямат връзка с точка 187 от същото.

51. Накрая, считам, че липсата на съображения на Първоинстанционния съд и слабостта на доводите му, посочена по-горе, са още по-сериозни, поради това че този случай изглежда е първият, при който защитната теза пред общностните юрисдикции пряко се основава на правото на уеднаквяване на цените.

<sup>36</sup> — Довод, който лесно може да се постави под въпрос, тъй като Комисията не уточнява кои разходи има предвид (променливите или пълните, и т.н.).

<sup>37</sup> — Вж. Решение по дело *United Brands and United Brands Continentaal/Комисия*, посочено по-горе (точка 189), Решение по дело *BPB Industries and British Gypsum/Комисия* (точка 117) и Решение по дело *Compagnie maritime belge transports и др./Комисия* (точка 146).

<sup>38</sup> — Той твърди основно, че уеднаквяването може да стане укоримо, когато не е насочено единствено към защита на интересите на предприятието в господстващо положение, а има също за цел да укрепи това господстващо положение и да злоупотребява с него.

52. Следователно Първоинстанционният съд не е изпълнил задължението си за мотивиране и освен това е допуснал грешка при прилагане на правото.

доказва възможността за възстановяване на загубите.

53. Поради това втората част от първото правно основание трябва да бъде уважена.

2. Доказване на (възможността за) възстановяване на загубите

а) Доводи на страните

54. Жалбоподателят поддържа основно, че в Решение по дело Tetra Pak II, посочено по-горе, Съдът е приел, че *при обстоятелствата в този конкретен случай* не е уместно да се изискват освен това допълнителни доказателства, че предприятие в господстващо положение е разполагало с реална възможност за възстановяване на загубите си<sup>39</sup>. В обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд решил да превърне тази констатация в общо правило, но пропуснал да обоснове направения избор. Жалбоподателят добавя, че обстоятелствата в посоченото дело Tetra Pak II били напълно различни от тези в настоящия случай, доколкото Tetra Pak International SA заемало т.нар. „свръхгосподстващо“ положение на определен развит пазар. Накрая, в общностната съдебна практика никога не било прието, че не е необходимо да се

55. В писмения си отговор Комисията се позовава на бележките си по седмото правно основание на жалбата. По същество тя твърди, че общностната съдебна практика не посочва, че доказването на възстановяване на загубите е задължително. При условията на евентуалност Комисията твърди, че в действителност спорното решение подробно е разгледало дали в случая възстановяването е възможно и е заключило, че това е така.

б) Съображения

56. В точка 226 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд цитира точка 44 от Решението по дело Tetra Pak II, посочено по-горе, според която „при обстоятелствата в настоящия случай не е уместно да се изискват освен това допълнителни доказателства, че Tetra Pak е разполагало с реална възможност за възстановяване на загубите си. В действителност практиката на прилагане на хищнически цени трябва да бъде санкционирана, щом е налице риск от отстраняване на конкурентите. Подобен риск обаче в дадения случай е установен от Първоинстанционния съд в точки 151 и 191 от [Р]ешение [по дело Tetra Pak II, посочено по-горе]. Преследваната цел — предпазване на конкуренцията от нарушаване — не позволява да се изчаква подобна стратегия да доведе до реално отстраняване на конкурентите“. След това в точки 227

39 — Решение по дело Tetra Pak II, посочено в бележка под линия 4, точка 44.

и 228 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд приема, че „[...] Комисията може да приеме, че по-ниските от средната стойност на променливите разходи цени съдържат признаци на злоупотреба. В [такъв] случай наличието на елиминаторна по характер ценова практика се предполага [...]. Що се отнася до съвкупните разходи, Комисията трябва да представи доказателства, че прилаганата от WIN практика на хищнически цени е част от план за „предопределяне“ на пазара. В двете хипотези не е необходимо допълнително да се доказва, че WIN е имало реална възможност да възстанови загубите си. При това положение Комисията правилно е приела, че за да се констатира наличие на хищническа ценова практика, не е необходимо да се доказва възстановяването на загубите“<sup>40</sup>.

57. Както вече бе подчертано по-горе по повод правното основание, изведено от правото на уеднаквяване на собствените цени, мотивите на съдебното решение трябва да излагат по ясен и недвусмислен начин съображенията на Първоинстанционният съд, така че да дадат възможност на заинтересованите лица да се запознаят с основанията за взетото решение, а на Съда — да упражни своя контрол<sup>41</sup>.

58. Според мен Първоинстанционният съд не е обяснил защо счита, че в светлината на специфичните обстоятелства по случая не е било необходимо да се доказва възможността за възстановяване на загубите.

59. Първоинстанционният съд цитира съдебно решение, в което недвусмислено се казва, че *при обстоятелствата в конкретния случай* не е уместно да се изискват доказателства, че предприятие в господстващо положение е разполагало с реална възможност за възстановяване на загубите си. Счита, че Първоинстанционният съд не е трябвало да превръща в общо правило тази констатация, която очевидно се основава на специфичните обстоятелства по споменатото дело Tetra Pak II. Като постъпва по този начин и без да даде ни най-малко обяснение, Първоинстанционният съд явно не е изпълнил задължението си за мотивиране на своите решения.

60. Ето защо стигам до извода, че Първоинстанционният съд е допуснал двойна грешка. От една страна, неправилният прочит и тълкуване, които прави на Решение по дело Tetra Pak II, посочено по-горе, водят до използването на погрешно правило. От друга страна, както бе обяснено по-горе, Първоинстанционният съд явно не е изпълнил задължението си за мотивиране.

61. Бих добавил още, че Първоинстанционният съд е пропуснал да отговори конкретно на довода на WIN. Това дружество не е твърдяло, че Комисията трябва да докаже „действително“ възстановяване на загубите. Напротив, то твърди, че Комисията трябва да докаже, че WIN е могло „да предвиди възможността“ да възстанови загубите си.

62. Всъщност, доколкото значението на пропуска на Първоинстанционния съд да

40 — Вж. точки 226—228 от обжалваното съдебно решение.

41 — Вж. посочената съдебна практика в бележка под линия 35.

отговори на някои доводи на жалбоподателя засяга изхода на производството и съответно — интересите на жалбоподателя, той може да съставлява и нарушение на правото на изслушване<sup>42</sup>.

загубите не било необходимо за установяването на практика на хищнически цени.

63. Ето защо първата част на първото правно основание също трябва да бъде уважена.

#### 1. Доводи на страните

64. От изложеното по-горе следва, че Първоинстанционният съд не е изпълнил задължението си за мотивиране и е допуснал грешка при прилагане на правото. Следователно обжалваното съдебно решение трябва да бъде отменено.

*Б — Първата част от седмото правно основание на жалбата, изведена от нарушение на член 82 ЕО — възстановяване на загубите — възможността за възстановяване на загубите като предпоставка за установяването на практика на хищнически цени*

65. Седмото правно основание е съставено от две части. В първата част, която ще разгледам тук, жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд е нарушил член 82 ЕО, като е приел, че доказването на възможността за възстановяване на

66. *Жалбоподателят* твърди, че общностната съдебна практика изисква възможността за възстановяване на загубите да бъде доказана, като в противен случай хищничеството е немислимо, тъй като прилагането на хищнически цени без възможност за възстановяване на загубите противоречи на всякаква икономическа логика. Жалбоподателят твърди, че много национални юрисдикции и органи по конкуренция, както и голяма част от доктрината споделят тази гледна точка.

67. *Комисията* твърди, че общностната съдебна практика не изисква възможността за възстановяване на загубите да бъде отделно доказана. За разлика от

<sup>42</sup> — Решение на Съда от 10 декември 1998 г. по дело Schröder и др./Комисия (С-221/97 P, Recueil, стр. I-8255, точка 24).

подхода в антигръстовото право в Съединените щати, анализът на „злоупотреба“ по смисъла на член 82 ЕО предполага господстващо положение<sup>43</sup>, което само по себе си е достатъчно, за да се твърди, че възстановяването на загубите е възможно.

случай“ в Решение по дело Tetra Pak II, посочено по-горе, Съдът ясно е пожелал да избегне приемането на общ извод<sup>44</sup>, който да премахне необходимостта от доказване на възможността за възстановяване на загубите в следващите дела за хищнически цени<sup>45</sup>.

## 2. Съображения

68. След като посочва Решение по дело Tetra Pak II, Първоинстанционният съд заключава в точка 228 от обжалваното съдебно решение, че Комисията правилно е приела, че за да се констатира наличие на хищническа ценова практика, не е необходимо да се доказва възстановяването на загубите.

69. Счита, че тълкуването на общостната съдебна практика от Първоинстанционния съд и от Комисията е погрешно. Според мен тази съдебна практика изисква възможността за възстановяване на загубите да бъде доказана.

70. Счита, че като използва уточнението „при обстоятелствата в настоящия

71. Всъщност, както генералният адвокат Fennelly правилно подчертава в заключението си по дело *Compagnie Maritime Belge transports* и др./Комисия<sup>46</sup>, Съдът изглежда не стига толкова далеч, колкото генералният адвокат Ruiz-Jarabo Colomer, който препоръчва [47] на Съда да не превръща „възможността за възстановяване на загубите в ново условие за установяването на елиминаторни цени, несъвместими с член [82 ЕО]“, в частност защото според [генералния адвокат Ruiz-Jarabo Colomer] „възстановяването на загу-

44 — За подобно тълкуване вж. по-специално Whish, R., *Competition Law*, Butterworths, 4 ed., 2001, p. 650; Jones, A. и Sufrin, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, p. 342; Korah, V., „The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II“, *Current Legal Problems*, vol. 46, 1993, p. 172; Kon, S. и Turnbull, S., „Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the NAPP Case“ (2003.), ECLR 24(2) 70—86, p. 75.

45 — Въпреки това според мен от точка 44 от Решение по дело Tetra Pak II, посочено по-горе, ясно следва, че не е необходимо да се доказва действително възстановяване. Това произтича от забележката на Съда в посочената точка, според която „практиката на прилагане на хищнически цени трябва да бъде санкционирана, щом е налице риск от отстраняване на конкурентите. Подобен риск обаче в дадения случай е установен от Първоинстанционния съд в точки 151 и 191 от [Решение по дело Tetra Pak II, посочено по-горе]. Преследваната цел — предпазване на конкуренцията от нарушаване — не позволява да се изчаква подобна стратегия да доведе до реално отстраняване на конкурентите“.

46 — Вж. Решение от 16 март 2000 г. (C-395/96 P и C-396/96 P, *Rescueit*, стр. I-1365). Вж. точка 129 от заключението и бележка под линия 84.

47 — Вж. точка 78 от неговото заключение по дело Tetra Pak II, посочено в бележка под линия 4.

43 — Вж. Решение от 13 февруари 1979 г. по дело *Hoffmann-La Roche/Комисия* (85/76, *Recueil*, стр. 461).



бите е търсеният от господстващото предприятие резултат, но хищническите цени сами по себе си представляват антиконкурентна практика независимо дали постигат целта си“.

72. Освен това, като се изразява по този начин, Съдът ясно се разграничава от категоричното изявление на Първоинстанционния съд в решението му по дело Tetra Pak II, посочено по-горе, според което не е „необходимо специално да се доказва, че разглежданото предприятие е могло разумно да очаква възстановяване на загубите, които по този начин се е съгласило да понесе“<sup>48</sup>.

73. Според мен от съдебната практика по дело AKZO/Комисия, посочено по-горе<sup>49</sup>, и по дело Hoffman-La Roche/Комисия<sup>50</sup>, посочено по-горе, следва още, че доказването на възможността за възстановяване е необходимо, за да се установи хищническо съгласно член 82 ЕО<sup>51</sup>. В случай че няма никаква възможност за възстановяване, предприятието в господстващо поло-

жение вероятно извършва само същинска конкуренция<sup>52</sup>.

74. В такъв случай, при който няма никаква възможност за възстановяване на загубите, по принцип нито потребителите, нито техните интереси би трябвало да се засягат. Тук отбелязвам, че съм съгласен с гледната точка на генералния адвокат Jacobs, който в заключението си по дело Oscar Bronner констатира, че „главната цел на член [82 ЕО] е да попречи на нарушаването на конкуренцията — и по-специално да защити интересите на потребителите — а не толкова да защити положението на отделните конкуренти“<sup>53</sup>.

75. Накрая, използвам случая, за да подчертая, че значението на доказването на възможност за възстановяване е изтък-

48 — Решение на Първоинстанционния съд от 6 октомври 1994 г. по дело Tetra Pak/Комисия (Т-83/91, Recueil, стр. II-755, точка 150).

49 — Точка 71.

50 — Точка Точка 91.

51 — Според мен преценката на възможността за възстановяване изисква оценка на структурата на пазара ex ante или с оглед на бъдещото положение след изключването, т.е. възможността за възстановяване на загубите, така както разумно би могла да се предвиди от господстващото предприятие към момента, в който то определя цените. Изглежда тази преценка е подобна на извършвания от Комисията анализ в областта на контрола върху сливанията. Вж. Решение от 15 февруари 2005 г. по дело Комисия/Tetra Laval (С-12/03 P, Recueil, стр. I-987, точки 42—44). Вж. по-специално също Ezrachi, A. „EC Competition Law“, Hart, 2008, р. 140; Papandropoulos, P. „Article 82 EC reform“ в Droit & économie, Concurrences № 1-2008, както и de la Mano, M. и Durand, B. „A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82“, ГА Конкуренция, Office of the Chief Economist, Discussion Paper от 12 декември 2005 г., стр. 3.

52 — В това отношение вж. заключението на генералния адвокат Fennelly по дело Compagnie maritime belge transports и др./Комисия, посочено по-горе (точка 136). Впрочем, знаейки че необходимото сравнение на цените и разходите по делата за хищнически цени със сигурност поражда възражения и по него се спори (вж. Решение по дело AKZO/Комисия, посочено по-горе; вж. също Howarth, D. „Unfair and Perutory Pricing under Article 82 EC“ в G. Amato и C.-D. Ehlermann, EC Competition Law, Hart, 2007, р. 258—262), не на последно място във връзка с това кои разходи са променливи и кои постоянни, кой е относимият период и т.н., изискването за доказване на възможност за възстановяване по принцип би позволило да се намали тежестта на грешките (по-специално при неистинските случаи) по дела за предполагаеми хищнически цени. Още повече, що се отнася до доказването ex ante на възможността за възстановяване като полезен и удобен филтър, подкрепям становището, че по принцип е много по-лесно въз основа на структурата на определен пазар да се предвиди, че възстановяването не е вероятно, отколкото да се определи разходът на определен производител“. Вж. делото от САЩ A. A. Poultry Farms, Inc/ Rose Acre farms, Inc 881 F.2d 1396 (7th Cir. 1989), cert denied, 494 US (1990). Такъв анализ на възстановяването „позволява на дадена юрисдикция да избегне навлизането в сложната сфера на анализ на разходите, разглеждане на различни счетоводни таблици и противоречиви експертизи по въпроса кои са относимите разходи“. Вж. австралийско дело Boral (2003) 195 ALR 609, точка 292.

53 — Вж. точка 58 от заключението, представено на 28 май 1998 г. (Решение от 26 ноември 1998 г., С-7/97, Recueil, стр. I-7791).

нато не само в посочената съдебна практика, но също и от Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP)<sup>54</sup>, Организацията за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР)<sup>55</sup> и Групата на европейските регулатори (ГЕР)<sup>56</sup>.

76. В заключениялите ми бележки по въпроса за доказването на възможността за възстановяване държа да подчертая, че доводът на Комисията, според който в Европейската общност съгласно член 82 ЕО възстановяването се предполага в случай на господстващо положение, не може да ме убеди, не на последно място, защото установяването на господстващото положение често се основава на историческите условия на пазара, докато, както обясних по-горе, за доказването на възможността за възстановяване

е присъщо, че е ex ante и с оглед на бъдещото положение и че оценява структурата на пазара за в бъдеще<sup>57</sup>.

77. От гореизложеното следва, че първата част на седмото правно основание трябва да бъде уважена.

78. Считам, че дори с оглед само на предходните съображения обжалваното съдебно решение трябва да бъде отменено. Освен това считам, че въпросите за доказване на възможността за възстановяване и на правото на уеднаквяване на цените заемат толкова централно място в настоящия случай, че той трябва да бъде разгледан отново на първа инстанция.

54 — „По-специално, възможността за възстановяване от страна на хищника трябва внимателно да се разгледа“. Доклад на EAGCP — група видни университетски преподаватели по икономика, които съветват генерална дирекция „Конкуренция“ и комисаря по конкуренцията — озаглавен „An economic approach to Article 82“, юли 2005 г., стр. 52, който може да се намери в Интернет на следния адрес: [http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf).

55 — „Проверката за възстановяване систематично би трябвало да се извършва по дела за хищнически цени“. „Predatory Foreclosure“, ОИСР, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP (2005 г.) 14, 15 март 2005 г., стр. 8 и сл., който може да се намери в Интернет на следния адрес: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>. За по-нов общ поглед върху 35 юрисдикции вж. „The International Competition Network, Report on Predatory Pricing“ на The Unilateral Conduct Working Group, представен на 7-ата годишна конференция на International competition network в Киото през април 2008 г., който може да се намери в Интернет на следния адрес: [http://www.icn.kyoto.org/documents/materials/Unilateral\\_WG\\_3.pdf](http://www.icn.kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf).

56 — На страница 36 от консултативен документ от 21 ноември 2003 г., озаглавен „Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework“, Групата на европейските регулатори в областта на електронните съобщения, мрежи и услуги, създадена от Комисията, твърди, че „[с]ледователно прилагането на хищнически цени има следните характеристики: i) фактурираната цена е по-ниска от разходите; ii) конкурентите са отстранени от пазара или изключени; iii) *предприятието може да възстанови загубите си*“ (курсивът е мой). Този документ може да се намери в Интернет на следния адрес: [http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330\\_draft\\_joint\\_approach\\_on\\_remedies.pdf](http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf).

57 — Вж.: „При това положение въпреки всичко трябва да се вземе предвид, че доказването на господстващо положение не изисква задължително господстващото предприятие да може да възстанови загубите си. Макар доказването на възстановяването да означава, че монополът на дружеството в господстващо положение ще продължи да съществува, важно е да се отбележи, че етапите на загуби и [на] възстановяване не съвпадат [...]. Обстоятелството, че дадено дружество е имало господстващо положение, когато е продавало на загуба, не означава, че впоследствие то ще може да възстанови предишните си загуби чрез повишаване на цените: условията на конкуренцията може да са доста различни в бъдеще [...]. На второ място, делата за хищнически цени на практика приключват успешно на основание член 82 ЕО само когато възстановяването действително е установено или е възможно с оглед на фактите“ в O'Donoghue, R. и Padilla, A. J. „The Law and Economics of Article 82 EC“, Oxford, Hart, 2006, p. 254. Вж. също ОИСР цит. съч., стр. 8 и сл.: „Все пак агенцията трябва да имат предвид, че преценката за господстващо положение не означава анализ на възстановяването“.

В — Второто правно основание, изведено от нарушение на член 82 ЕО — уеднаквяване на цените с тези на конкурентите

United Brands и United Brands Continentaal/Комисия<sup>58</sup>, Първоинстанционният съд е трябвало да разгледа дали противодействието на WIN на конкуренцията е било „разумно“ и „подходящо“.

79. С второто правно основание жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд е нарушил член 82 ЕО, отричайки правото на WIN добросъвестно да уеднакви цените си с тези на конкурентите.

#### 1. Доводи на страните

80. Според жалбоподателя Първоинстанционният съд не е оспорил обстоятелството, че WIN само е уеднаквило цените си с тези на конкурентите си. Въпреки това Първоинстанционният съд пропуснал да направи някакъв извод от това обстоятелство. Без да излага съображенията си, Първоинстанционният съд само посочил, че уеднаквяването „може да се превърне“ в злоупотреба или укоримо поведение. Следователно Първоинстанционният съд не спазил условията за прилагането на член 82 ЕО. Правото на уеднаквяване на цените с тези на конкурентните било утвърдено в практиката на Комисията при вземане на решения и в практиката на Съда, както и в доктрината в областта на правото на конкуренция и практиката на френските власти при вземането на решения. Впрочем това бил единственият начин жалбоподателят да продължи да бъде конкурентоспособен на пазара. На последно място, жалбоподателят твърди, че според насоките от съдебната практика, водеща началото си от Решение по дело

81. *Комисията* счита, че жалбоподателят не упреква Първоинстанционния съд нито за грешка при прилагане на правото във връзка с твърдяното право на WIN да уеднакви цените си, нито за някакво противоречие в мотивите на обжалваното съдебно решение. Що се отнася до доводите за „разумно“ и „подходящо“ противодействие, жалбоподателят ги изтъквал за пръв път при настоящото обжалване, като упреквал Комисията, че не е проверила пропорционалността на противодействието. Във всеки случай жалбоподателят възразявал само срещу една-единствена точка от обжалваното съдебно решение, а именно точка 187<sup>59</sup>. Комисията счита, че да се забрани на едно предприятие в господстващо положение да уеднакви цените си, ако това води до цени, по-ниски от разходите, е напълно съвместимо с присъщите на член 82 ЕО принципи, според които предприятието в господстващо положение носи „особена отговорност“. При условията на евентуалност Комисията поддържа, че въз основа на фактите спорното решение приема за неоснователно твърдението на WIN, че просто е уеднаквило цените си с тези на конкурентите. Първоинстанционният съд не бил длъжен да се произнася по тези факти.

58 — Посочено в бележка под линия 31.

59 — Според която „ [уеднаквяването на цените с тези на конкурентите] може да се превърне в [злоупотреба или укоримо поведение], когато [...] има за цел да укрепи това господстващо положение и да злоупотребава с него“.

## 2. Съображения

82. На първо място, като вече подчертах в точка 39 от настоящото заключение, основателно в точки 176—182 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд приема, че общностната съдебна практика не признава на предприятието в господстващо положение абсолютно право да уеднакви цените си с тези на конкурентите си.

83. При разглеждането на това правно основание обаче жалбоподателят не обяснява защо съображението на Първоинстанционния съд е неправилно, а още по-малко упреква Първоинстанционния съд в допускане на грешка при прилагане на правото.

84. Напротив, както и пред Първоинстанционния съд, жалбоподателят поддържа, че (абсолютното) право на всеки оператор добросъвестно да уеднакви цените си с тези на конкурентите е признато от самата Комисия в предишни решения, както и от практиката на Съда, и че това право единодушно е потвърдено от научната литература и икономическите анализи.

85. Съгласно член 58 от Статута на Съда и член 112, параграф 1, буква в) от Процедурния правилник на Съда жалбата трябва точно да посочва пороците на съдебното решение, чиято отмяна се иска, както и правните доводи, с които по

специфичен начин се подкрепя това искане. Съдът многократно е напомнял, че жалба, която само повтаря или възпроизвежда буквално вече изложени пред Първоинстанционния съд правни основания и доводи, не отговаря на това изискване<sup>60</sup>.

86. В това отношение в заключението си по дело Sumitomo Metal Industries и Nippon Steel/Комисия<sup>61</sup> генералният адвокат Geelhoed напомня относимата съдебна практика, като уточнява, че „[в] трайна и голяма по обем съдебна практика Съдът е установил, че изложените правни основания трябва да се отнасят до решението на Първоинстанционния съд [62] и че под страх от недопустимост жалбата трябва да сочи точно точките от съдебното решение, в които Първоинстанционният съд е нарушил общностното право [63]. От това изискване за точност по-конкретно следва, че само абстрактното съобщаване на правното основание, без то да бъде развито, не отговаря на това изискване [64]“.

60 — Решение по дело Schröder и др./Комисия, посочено по-горе (точка 35). Такова тълкуване на жалбата би означавало опит да се постигне преразглеждане на делото по същество, като няма разпоредба, която да предвижда, че Съдът може да преразглежда по същество. Вж. по-специално Решение от 3 март 2005 г. по дело Biegi Nahrungsmittel и Commonfood/Комисия (C-499/03 P, Recueil, стр. I-1751, точки 37 и 38).

61 — Заключение, представено на 12 септември 2006 г. (Решение от 25 януари 2007 г., C-403/04 P и C-405/04 P, Сборник, стр. I-729).

62 — Правни основания, които по същество се отнасят до действие или бездействие на институциите са недопустими. Повтарянето на такива правни основания би означавало, че става въпрос за „обикновено“ обжалване. Вж. по-специално Решение от 7 май 1998 г. по дело Somaso/Комисия (C-401/96 P, Recueil, стр. I-2587, точка 49), както и Решение от 22 април 1999 г. по дело Kernkraftwerke Lippe-Ems/Комисия (C-161/97 P, Recueil, стр. I-2057, точки 76 и 77).

63 — Вж. наред с други Решение по дело Schröder и др./Комисия, посочено по-горе (точки 35 и 38—42), както и Решение от 9 септември 1999 г. по дело Lucaccioni/Комисия (C-257/98 P, Recueil, стр. I-5251, точки 61 и 62).

64 — Вж. Решение от 8 юли 1999 г. по дело Hercules Chemicals/Комисия (C-51/92 P, Recueil, стр. I-4235, точка 113).

87. Ето защо според мен второто правно основание на жалбата трябва да се обяви за недопустимо.

88. Въпреки това, нека допуснем в интерес на жалбоподателя, че това правно основание трябва да се приеме за допустимо въпреки посочените по-горе съмнения относно допустимостта му.

89. Според мен, обратно на онова, което изглежда твърди жалбоподателят, няма никакво противоречие в мотивите на обжалваното съдебно решение, доколкото то не съдържа никакво изявление, от което да следва, че „Първоинстанционният съд не е оспорил обстоятелството, че WIN само е уеднаквилил цените си с тези на конкурентите“.

90. Както заключих по-горе в съображенията си по първото правно основание, Първоинстанционният съд не е приложил спрямо фактите по случая относимата съдебна практика във връзка с правото на уеднаквяване на цените.

91. В действителност Първоинстанционният съд не е разгледал с оглед на фактите по случая дали WIN действително е уеднаквилил добросъвестно цените си с тези на конкурентите. Проблемът е, че едва при обжалването пред Съда страните започват да спорят по този фактически въпрос.

92. Жалбите пред Съда обаче са ограничени до правните въпроси, което означава, че Първоинстанционният съд единствен е компетентен да се произнася по фактите, които са в основата на първоинстанционното дело. Впрочем страните нямат право да се позовават на доказателства и факти, които не са приети от Първоинстанционният съд.

93. Ето защо според мен второто правно основание е двойно недопустимо.

94. При всяко положение, както заключавам в настоящия случай, считам, че обжалваното съдебно решение трябва да бъде отменено и върнато на Първоинстанционният съд за ново разглеждане. Това би позволило на Първоинстанционният съд да се произнесе по фактическия въпрос за уеднаквяването на цените от WIN<sup>65</sup>.

95. Що се отнася до въпроса по принцип, ще използвам случая, за да привлека вниманието върху точките, които ми изглеждат относими. На първо място, става въпрос за съдебната практика, на която се позовава Първоинстанционният съд в точки 185 и 186 от обжалваното съдебно решение. На второ място, в Решение по дело Tetra Pak II Съдът подчертава, че „материалният обхват на особената отговорност, носена от господстващо предприятие, трябва да се преце-

65 — Когато трябва да се установят допълнителни факти или да се преразгледат вече установени, Съдът връща делото на Първоинстанционния съд. В това отношение вж. Решение от 17 декември 1992 г. по дело Moritz/Комисия (C-68/91 P, Recueil, стр. I-6849, точки 41 и 42).

нява с оглед специфичните обстоятелства на всеки случай, свидетелстващ за отслабване на конкуренцията“<sup>66</sup> Следователно въпросът за уеднаквяването трябва да се разглежда самостоятелно за всеки отделен случай като настоящия. Накрая, на трето място, считам, че трябва да се установят обстоятелства, при които на предприятие в господстващо положение по изключение ще бъде разрешено да докаже, че прилагането на цени, по-ниски от средния променлив разход, е обективно обосновано<sup>67</sup>.

Г — *Третото правно основание, изведено от нарушение на член 82 ЕО — изопачаване на проверката за хищничество*

96. С третото си правно основание жалбоподателят твърди, че Първоинстанцион-

66 — Решение по дело Tetra Pak II, посочено по-горе (точка 24).  
 67 — Вж. заключение на генералния адвокат Fennelly по дело *Compagnie maritime belge transports* и др./Комисия, посочено по-горе (точка 127). Вж. Решение от 6 октомври 1994 г. по дело *Tetra Pak/Комисия*, посочено по-горе (точка 147), където е уточнено, че „*може да се приеме предприятието в господстващо положение да прилага продажби на загуба при определени условия*“. Вж. поспециално Bellamy и Child, „European Community Law of Competition“, Oxford, 6 ed., 2008, p. 956 и 957, точка 10.071: „Доколкото въвежда презумпцията, че цени, по-ниски от средните променливи разходи [...] задължително са хищнически [съдебната практика по дело AKZO/Комисия] изглежда твърде сурова. Цени, по-ниски [от средните променливи разходи], може да са полезни за конкуренцията [...]“; Motta, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, p. 453; Faull, J. и Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, p. 379, точка 4.287; Ezrachi, A., цит. съч., стр. 136; ОИСР цит. съч., точка 18: „*Фактът, че дадено дружество прилага цени, по-ниски от разходите, сам по себе си не означава задължително, че действията му засягат конкуренцията. Има обстоятелства, при които такова прилагане на цени не само е безвредно, но също и от полза за конкуренцията. Институциите трябва много внимателно да разглеждат всяко основание, което се изтъква от предполагаемите хищници относно прилаганите от тях цени*“; Wish, R., цит. съч., стр. 649; Jones, A. и Sufrin, B., op. cit., p. 339; Garzaniti, L. и Liberatore, F., „Recent Developments in the European Commission’s Practice in the Communications Sector: Part 2“ (2004), ECLR 25(4) 234—240.

ният съд отново е нарушил член 82 ЕО, като е приел за правилен използвания от Комисията метод за изчисляване на покриването на разходите, който изопачавал проверката за хищничество, въведена от Съда в Решение по дело AKZO/Комисия, посочено по-горе. Методът, използван от Комисията, не позволявал да се установи дали през времетраенето на техния абонамент абонатите на WIN са му носели загуба или печалба.

1. Доводи на страните

97. Що се отнася до *променливите разходи*, жалбоподателят поддържа, че за да могат да се приемат като злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО цени, по-ниски от променливите разходи, точка 71 от Решение по дело AKZO/Комисия, посочено по-горе, изисква методът за изчисляване на покриването на разходите да доказва, че стоките или услугите са продавани на загуба. Използваният метод бил съвместим с член 82 ЕО само ако доказвал, че за някои абонати абонаментът е донесъл загуба през период от 48 месеца. Предвид обаче обстоятелството, че в жалбата си за отмяна WIN твърдяло, че на практика през целия спорен период всеки отделен абонат му е носел печалба, Първоинстанционният съд не можел, без да наруши член 82 ЕО, да пропусне да провери дали Комисията е доказала, че поне част от абонатите са донесли обща загуба за WIN. Въпреки това Първоинстанционният съд потвърдил подхода на Комисията, който не предоставял пълна картина за рентабилността на всеки абонамент.

98. Що се отнася до *съвкупните разходи*, жалбоподателят се позовава на доводите, свързани с променливите разходи, и твърди, че Първоинстанционният съд е изопачил проверката за хищничество, като не е проверил дали е доказано, че съвкупните разходи на абонатите не са били покрити. В действителност не било представено нито едно доказателство за наличието на абонати, чийто абонамент да е генерирал загуба за WIN през 48-месечния период.

99. Комисията отхвърля тези твърдения, като твърди, на първо място, че не само че приложеният в конкретния случай метод е същият като възприетия по дело AKZO/Комисия, посочено по-горе, и по дело Tetra Pak/Комисия, посочено по-горе, а именно метод, вземащ предвид разходите според счетоводството на предприятието, но и че в случая тя дори го е смекчила малко, като го е направила по-благоприятен за жалбоподателя. Например нито приложила коефициент на намаляване, нито използвала при изчисляването заместващ разход като един от разходите.

100. Що се отнася до алтернативния метод за изчисляване (метода на дисконтираните парични потоци), Първоинстанционният съд приема, че Комисията не е допуснала явна грешка при преценката, а в жалбата се твърди, че в това отношение Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото. Що се отнася до необходимостта от вземане предвид абонамента за целия му 48-месечен срок, Комисията твърди, че при степени на покриване, по-ниски от 100 % за всички последователни кратки периоди, разгледани в спорното решение (които общо възлизат на около една година и половина),

степената на покриване би могла да бъде само по-ниска от 100 % за цялата средна продължителност на един договор за абонамент, т.е. 48 месеца. В това отношение Комисията изтъква, че степен на покриване под 100 %, би могла да надхвърли 100 % за по-дълъг период само ако положението през периода след нарушението позволява на предприятието да реализира трайно от всеки абонат марж на печалба, който значително надвишава този на конкурентите.

## 2. Съображения

101. Жалбоподателят не посочва коя част (т.е. кои точки) на обжалваното съдебно решение оспорва<sup>68</sup>.

102. В първоначалната си жалба WIN поддържа, че Комисията е възприела статичен анализ на покриването на разходите, който на практика се състои в това към първоначалните разходи за привличане на клиенти, да се прибави стойността на периодичните месечни разходи, каквито са били към началната дата на абонамента, умножена по 48, и цялата сума да се сравни с месечните приходи, каквито са били към същата дата, умножени по 48.

68 — Във връзка с това и за да се избегне повторение, препращам към точки 85 и 86 от настоящото заключение, които са приложими и тук.

103. В обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд приема съответно в точки 140 и 142, че „противно на това, което WIN твърди, Комисията не е възприела проверка за статично покриване на разходите“ и че „противно на това, което WIN твърди, методът изобщо не се състои в това към първоначалните разходи, свързани с нови клиенти, да се прибави 48 пъти стойността на периодичните месечни разходи, каквито са били към началната дата на абонамента, и цялата сума да се сравни с 48 пъти месечните приходи, каквито са били към същата дата“<sup>69</sup>.

104. При това, освен че явно оспорва преценката на фактите от Първоинстанционният съд, жалбоподателят не го упреква нито в грешка при преценката, нито в изопачаване на относимите факти и само повтаря доводите, които вече е изложил пред Първоинстанционният съд<sup>70</sup>. Що се отнася до доводите, свързани с метода на дисконтираните парични потоци, Първоинстанционният съд приема в точки 153—155 от обжалваното съдебно решение, че като е избрала този метод, Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, и жалбоподателят не твърди, че в това отношение Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото.

69 — Относно причините, довели Първоинстанционният съд до тези изводи, вж. точки 143—151 от обжалваното съдебно решение.

70 — Жалбата не може просто да повтаря вече изложените пред Първоинстанционният съд правни основания и доводи, без да посочва доводи, с които се цели да се установи, че същият е допуснал грешка при прилагане на правото. Вж. Определение на Съда от 5 февруари 1998 г. по дело Abello и др./Комисия (C-30/96 P, Recueil, стр. I-377, точка 45).

105. Ето защо считам, че тези съображения са достатъчни третото правно основание да се отхвърли като недопустимо и при всяко положение като неоснователно.

*Д — Четвъртото правно основание, изведено от погрешно тълкуване на член 82 ЕО от Първоинстанционният съд и от неизпълнение на задължението за мотивиране — разходите и приходите след спорния период*

106. С четвъртото правно основание жалбоподателят твърди, че като решава, че разходите и приходите след периода на твърдяното нарушение (т.е. след 15 октомври 2002 г.) не трябва да се вземат предвид, Първоинстанционният съд погрешно тълкува член 82 ЕО и не изпълнява задължението си за мотивиране. Комисията погрешно била приела, че е извършено нарушение, основавайки се на това ограничение във времето на вземаните предвид разходи и приходи.

#### 1. Доводи на страните

107. *Жалбоподателят* упреква Първоинстанционният съд, че е потвърдил анализа на Комисията, който изключва приходите и разходите след 15 октомври 2002 г. Първоинстанционният съд не можел, без да си противоречи и без да наруши член 82 ЕО, да потвърди възприетия от Комисията подход, който се изразявал



едновременно в изключване на приходите и разходите след твърдяното нарушение, но все пак включени в периода от 48 месеца, от изчисляването на посочената степен на покриване, от една страна, а от друга — в признаване, че в случая с абонентите разходите и приходите законосъобразно са разпределени върху период от 48 месеца. Изискванията на член 82 ЕО щели да бъдат удовлетворени само ако степента на покриване е изчислена единствено за периода от 48 месеца.

108. Жалбоподателят твърди, че като е потвърдил позицията на Комисията Първоинстанционният съд е допуснал противоречие в своите мотиви, доколкото спорното решение ясно уточнявало, че считано от 15 октомври 2002 г. условията за конкуренция са „възстановени“<sup>71</sup> и доколкото Комисията вече признала, че никога не е взимала предвид приходите след твърдяното нарушение, тъй като тези приходи биха могли да бъдат реализирани само в контекст на отслабена конкуренция.

109. Според *Комисията* това правно основание в действителност е продължение на третото правно основание и е резултат от объркване. Никога не било ставало въпрос да се разрешава всички приходи и разходи за един абонат да се разпределят върху период от 48 месеца. Потвърденият от Първоинстанционния съд метод на Комисията по-скоро позволявал — в съответствие с принципа на обезценка на активи — особена категория разходи да бъдат разпределени за някакъв период, а именно променливите непериодични разходи (т.нар разходи „за завладяване“ или „за привличане на абонат“), направени в началото на абонатента.

110. Комисията обаче счита, че що се отнася до периодичните разходи, те не трябва да бъдат разпределяни за някакъв период. Според спорното решение предприятието не е било в състояние „да достигне ниво на покриване на периодичните разходи (разходи за мрежата и производствени разходи), достатъчно да осигури разликата между приходите и тези периодични разходи да покрие в един разумен срок променливите непериодични разходи, вложени в търговското развитие на въпросния продукт“<sup>72</sup>. Всъщност всички приходи и разходи след твърдяното нарушение, които жалбоподателят иска да се включат в изчисляването, били периодични.

111. Освен това Комисията твърди, че би било неправилно да се включват в изчисленията прогнозите за бъдещи положителни маржове — резултат от намаляване на бъдещите разходи, от което биха се възползвали всички конкуренти, но което не би било последвано от намаление на цените. Такъв резултат би могъл да се постигне само в контекст на отслабена конкуренция. Комисията отбелязва, че при всяко положение прогнозите на жалбоподателя не биха довели до положителна степен на покриване на съвкупните разходи и дори да се приемат неговите прогнози за изключително завишени маржове на печалба за 48-те месеца, такива маржове на печалба биха могли да съществуват само при отслабена конкуренция. Освен това Комисията твърди, че дори да не се вземат предвид „разходите за привличане“, прекият месечен разход на WIN за всеки абонат би бил по-висок от прихода от абонатента.

71 — Вж. точка 386 от спорното решение.

72 — Вж. точка 76 от мотивите на спорното решение и точка 136 от обжалваното съдебно решение.

112. Накрая, Комисията твърди, че (погрешният) подход на жалбоподателя се състои в това, че приема, че абонатите му генерират увеличаващи се месечни загуби в продължение на година и половина (периода, обхванат от спорното решение), но предполага голям марж на печалба в годините след намесата на Комисията, така че може да се окаже, че абонатите носят печалба в края на абонамента.

## 2. Съображения

113. На пръв поглед изглежда, че разглежданото тук правно основание е само продължение на предишното и че жалбоподателят повтаря довода си, според който единствено период от 48 месеца би позволил да се изчисли нивото на покриване на разходите по начин, отговарящ на изискванията на член 82 ЕО. Разглежданото тук правно основание като че ли се основава най-вече на погрешното предположение, че Първоинстанционният съд е приел, че „разходите и приходите се разпределят върху 48 месеца“. Първоинстанционният съд не е направил нищо подобно в обжалваното съдебно решение. Напротив, той потвърждава метода на Комисията, който се изразява в разпределяне само на една категория разходи, а именно променливите неперiodични разходи.

114. Във всеки случай анализът ми на точки 129—156 от обжалваното съдебно решение не откри нищо, което да обори подхода на Първоинстанционния съд. Считаю, че Първоинстанционният съд не е допуснал никаква грешка при прилагане на правото и е приложил правилно

член 82 ЕО, като приема, че „WIN не е доказало, че като е използвала данните в счетоводните сметки на WIN, коригирайки ги по благоприятен за това дружество начин, за да се отчете специфичната обстановка на разглеждания пазар, при спазване на изискванията за оценка съгласно член 82 ЕО в дадения случай Комисията е извършила незаконосъобразна проверка за покриване на разходите“, и че „от съдебната практика не следва, че в дадения случай се налага използването на метода на дисконтираните парични потоци, и [...] че WIN не е изтъкнало никакъв довод, който да установи, че в това отношение Комисията е допуснала явна грешка в преценката“<sup>73</sup>.

115. Накрая, държа да напомня, че съгласно Процедурния правилник на Съда с жалбата не може да се изменя предметът на спора пред Първоинстанционния съд. Разглежданото тук правно основание на жалбоподателя обаче ясно се различава от заетата от него позиция пред Първоинстанционния съд, където жалбоподателят твърди, че като е отказала да използва метода на дисконтираните парични потоци или на нетната настояща стойност, Комисията е допуснала грешка при прилагане на правото. Същевременно настоящата му жалба не споменава повече този метод.

116. Ето защо считам, че четвъртото правно основание на жалбата трябва да се обяви за недопустимо и при всяко положение за неоснователно.

73 — Точки 154 и 155. Относно спора за подхода на нетната настояща стойност вж. по-специално решение от 15 януари 2002 г. по британското дело Napp Pharmaceutical Holdings Ltd/Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunal (CAT), дело 1001/1/1/01, точка 260.

Е — *Петото правно основание, изведено от нарушение на член 82 ЕО и от неизпълнение на задължението за мотивиране — цена, считана за хищническа, дори когато е съпроводена със значително намаляване на пазарния дял на разглежданото предприятие*

117. С петото си правно основания жалбоподателят отново упреква Първоинстанционния съд, че е нарушил член 82 ЕО и не е изпълнил задължението си за мотивиране, като е приел, че дадена цена може да бъде хищническа, дори когато е съпроводена със значително намаляване на пазарния дял на разглежданото предприятие. За такава цена в действителност не трябвало да се смята, че може да доведе до изключване на конкуренти.

#### 1. Доводи на страните

118. *Жалбоподателят* поддържа, че макар да признава, че пазарният дял на WIN спада след август 2002 г., Първоинстанционният съд все пак приема, че твърдяното нарушение е продължило до 15 октомври 2002 г. Хищничеството обаче предполагало значително намаляване на конкуренцията и следователно отсъствало, когато конкуренцията се увеличава.

119. *Комисията* твърди, че жалбоподателят е изтъкнал този довод в първоинстанционното производство само за да оспори съществуването на господстващо положение и за да иска намаляване на

глобата. За пръв път при настоящото обжалване той използвал посочения довод, за да оспори съществуването на злоупотреба.

120. По същество информацията, с която разполага Комисията, сочела, че пазарният дял на WIN се е увеличавал постоянно до 31 август 2002 г. Всяко евентуално намаляване на пазарния дял на WIN през последния месец и половина от периода на нарушението би могло да се дължи само на намаляването на цените на едро на FT за достъп до мрежата, което за разлика от своите конкуренти WIN е решило да не отрази в цените си, като по този начин е прекратило нарушението на 15 октомври 2002 г. За изчерпателност Комисията добавя, че такова намаляване на пазарния дял не може да постави под въпрос законосъобразността на спорното решение като такава, а може да засегне най-много продължителността на нарушението. Това обаче не можело да повлияе на размера на глобата, тъй като при обжалването жалбоподателят не е поискал същата да бъде преразгледана.

#### 2. Съображения

121. Както Комисията основателно твърди, настоящата жалба се ограничава до преценката на Първоинстанционния съд за злоупотреба с господстващо поло-

жение. В първоинстанционното производство WIN изтъква довода за твърдяно намаляване на пазарния дял само за да оспори съществуването на господстващо положение<sup>74</sup> и да иска намаляване на глобата<sup>75</sup>.

*Ж — Шестото правно основание, изведено от изопачаване на фактите и от нарушение на член 82 ЕО — твърдян хищнически план*

#### 1. Изопачаване на фактите и на доказателствата

122. Според постоянната съдебна практика да се позволи на страна да изтъкне за първи път пред Съда правно основание, на което не се е позовала пред Първоинстанционния съд, би означавало да ѝ се позволи да сезира Съда, чиито правомощия в сферата на обжалването са ограничени, със спор с по-широк обхват от този, който е бил разгледан от Първоинстанционния съд. В рамките на обжалването правомощията на Съда се свеждат до преценка на правното решение, дадено във връзка с изложените пред Първоинстанционния съд правни основания<sup>76</sup>.

124. Шестото правно основание се разделя на две части. В първата част жалбоподателят упреква Първоинстанционния съд, че е изопачил фактите и доказателствата, с които се е запознал, относно наличието на хищнически план.

#### а) Доводи на страните

123. Следователно петото правно основание трябва да се обяви за недопустимо.

125. *Жалбоподателят* поддържа, че Първоинстанционният съд е изопачил доказателствата, върху които е основал анализа си за наличието на хищнически план. Той се основал изключително на документи на WIN и заключил за наличието на хищнически план от използвани в тези документи думи като „предопределяне“ и „да се предопредели“. Всъщност според използвания от самия Първоинстанционен съд израз<sup>77</sup> тези документи само изразявали „доста амбициозни търговски цели“.

74 — Точка 95 от жалбата на WIN в първоинстанционното производство относно доводите, свързани със съществуването на господстващо положение.

75 — Точка 272 от жалбата на WIN в първоинстанционното производство относно доводите, свързани с глобата.

76 — Вж. Решение от 26 октомври 2006 г. по дело Koninklijke Coöperatie Cosun/Комисия (C-68/05 P, Recueil, стр. I-10367, точки 95 и 98, както и цитираната съдебна практика).

77 — Точка 214 от обжалваното съдебно решение.

126. Комисията счита, че жалбоподателят се опитва да постигне преразглеждане на етапа на обжалването на правно основание, което е отхвърлено като недопустимо от Първоинстанционния съд, без при това да оспорва констатацията за недопустимост. Нещо повече, жалбоподателят не посочвал никакъв довод в подкрепа на твърдението за изопачаване и само Първоинстанционният съд бил компетентен да прецени значението на представените пред него доказателства. За изчерпателност Комисията поддържа, че Първоинстанционният съд е основал преценката си не само на документите, съдържащи израза „предопределяне“, но и на много други документи.

#### б) Съображения

127. Жалбоподателят се опитва да постигне преразглеждане на етапа на обжалването на правно основание, което е отхвърлено като недопустимо от Първоинстанционния съд в точки 204 и 205 от обжалваното съдебно решение.

128. Всъщност жалбоподателят не може да изтъкне отново това правно основание в настоящото производство по обжалване. На базата на специфични основания той може само да оспори извода на Първоинстанционния съд, че формулираното в първоинстанционното производство правно основание е недопустимо<sup>78</sup> и трябва да представи относими доводи, за да докаже, че Първоинстанционният

съд е допуснал грешка при прилагане на правото<sup>79</sup>. Според мен жалбоподателят е пропуснал да оспори извода на Първоинстанционния съд за недопустимост на правното основание.

129. Разглежданата тук част от правно основание засяга фактически въпрос и не представя никакъв убедителен довод в подкрепа на твърдяното изопачаване на фактите.

130. Съгласно член 225, параграф 1 ЕО и член 58, първа алинея от Статута на Съда той не е компетентен да установява фактите, нито по принцип да проверява доказателствата, които Първоинстанционният съд е приел в подкрепа на тези факти. Всъщност, щом като тези доказателства са били редовно събрани, общите принципи на правото и приложимите процесуални правила относно доказателствената тежест и събирането на доказателствата са били спазени, само Първоинстанционният съд може да преценява значението, което трябва да бъде дадено на доказателствата, които са му представени<sup>80</sup>. Следователно, освен в случай на изопачаване на тези доказателства, преценката на фактите не представлява правен въпрос, който в това си качество следва да се контролира от Съда<sup>81</sup>.

79 — Решение по дело Abello и др./Комисия, посочено в бележка под линия 70 (точка 45).

80 — Решение от 17 декември 1998 г. по дело Baustahlgewebe/Комисия (С-185/95 Р, Recueil, стр. I-8417, точка 24).

81 — Решение от 7 ноември 2002 г. по дело Glencore и Compagnie Continentale/Комисия (С-24/01 Р и С-25/01 Р, Recueil, стр. I-10119, точки 65—69). Това изопачаване трябва ясно да личи от доказателствата по делото, без да е необходимо да се прибегва до нова преценка на фактическите обстоятелства и на доказателствата. Вж. Решение от 6 април 2006 г. по дело General Motors/Комисия (С-551/03 Р, Recueil, стр. I-3173, точки 51, 52 и 54).

78 — Вж. Lenaerts, К. и др. „Procedural Law of the European Union“, 2 ed., London, 2006, p. 464: „Може да се изведе от Решение по дело Ере/Комисия от 1993 г., С-354/92 Р, Recueil, стр. I-7027, точка 13“.

131. Следователно първата част от шестото правно основание трябва да се обяви за недопустима.

място, че общностната съдебна практика не изисква хищнически план да се доказва с обективни доказателства от категорията на предложените от жалбоподателя.

## 2. Нарушение на член 82 ЕО.

132. С втората част на това правно основание жалбоподателят упреква Първоинстанционния съд, че е нарушил член 82 ЕО. Този член поставя изискване за наличие на обективно установим план за отстраняване на конкуренти. Това изискване в никакъв случай не можело да бъде удовлетворено чрез субективна проверка за злоупотреба с господстващо положение.

### б) Съображения

135. Достатъчно е да се отбележи, че както при някои от другите посочени правни основания жалбоподателят изглежда прибегва до същите доводи като вече изтъкнатите пред Първоинстанционния съд.

### а) Доводи на страните

133. *Жалбоподателят* счита, че злоупотребата с господстващо положение е обективно понятие. Въпреки това Първоинстанционният съд бил основал анализа и изводите си на чисто субективни фактори, а не на обективни елементи като заплахата за конкурентите, избирателните цени по отношение на клиентите на конкурентите, ценовата дискриминация, наддаването или продължителността, постоянния характер и мащаба от продажбите на загуба.

136. Следователно втората част от шестото правно основание също трябва да се отхвърли като недопустима.

134. *Комисията* твърди, на първо място, че умисълът при злоупотребата е задължително субективен елемент, и на второ

137. Що се отнася до хищническият план, считам че Първоинстанционният съд правилно и съгласно правните изисквания е приложил съдебната практика от Решение по дело AKZO/Комисия, посочено по-горе, и Решение по дело Tetra Pak II, посочено по-горе.

138. Следователно шестото правно основание трябва да се отхвърли като недопустимо и при всяко положение като неоснователно.

3 — *Втората част на седмото правно основание, изведена от нарушение на член 82 ЕО — възстановяване на загубите — доказване от предприятието на невъзможността за възстановяване на загубите*

139. С втората част на седмото правно основание жалбоподателят упреква Първоинстанционния съд, че е нарушил член 82 ЕО, като не е направил разлика между доказателствата на Комисията за възстановяване на загубите и доказателствата на предприятието за невъзможността за възстановяване на загубите.

## 1. Доводи на страните

140. *Жалбоподателят* поддържа, че самото WIN е представило доказателства, че възстановяването на загубите е невъзможно. Следователно Първоинстанционният съд трябвало да се произнесе по въпроса дали Комисията основателно не е взела предвид доказателството за невъзможността за възстановяване на загубите, представено от предприятието.

141. *Комисията* счита, че в първоинстанционното производство жалбоподателят не е изтъкнал никакъв довод по въпроса дали Комисията е могла да не се съобрази с това доказателство. При всяко положение Комисията поддържа, че този довод е отхвърлен по подразбиране в точки 103—121 и 261—267 от обжалваното съдебно решение. Накрая, за изчерпателност Комисията отбелязва, че в спорното решение е оценила възможността за възстановяване на загубите и е счела, че в случая това е възможно.

## 2. Съображения

142. Според мен жалбоподателят не е изтъкнал пред Първоинстанционния съд нито един довод, според който възстановяването на загубите да е било невъзможно, във от твърдението, че самата Комисия доказала тази невъзможност в спорното решение, отбелязвайки, че „условията за конкуренция са били възстановени“.

143. Всъщност задължението на Първоинстанционният съд да мотивира решенията си не включва задължение той да отговаря в подробности на всеки изложен от жалбоподателя довод, особено ако той не е достатъчно ясен и точен и не почива на обстойно изложени доказателства<sup>82</sup>.

82 — Решение от 6 март 2001 г. по дело Connolly/Комисия (С-274/99 P, Recueil, стр. I-1611, точка 121) и Решение по дело Белгия/Комисия, посочено в бележка под линия 34 (точка 81).

144. Считам, че доводът, изтъкнат от WIN в жалбата му до Първоинстанционния съд — и според който Комисията си противоречала в анализа на пазара — с цел да докаже невъзможността за възстановяване, не може да се приеме за достатъчно ясен и точен. Още по-малко той съставлява твърдение, че Комисията е трябвало да се съобрази с доказателството за невъзможността за възстановяване на загубите, представено от предприятието.

145. При всяко положение изглежда, че по подразбиране, но със сигурност, това

доказателство е отхвърлено в точки 103—121 и 261—267 от обжалваното съдебно решение.

146. Ето защо считам, че тъй като втората част на седмото правно основание е нов довод или правно основание, което не е изтъкнато пред Първоинстанционния съд, тя трябва да се отхвърли като недопустима и при всяко положение като неоснователна.

## V — Заключение

147. Въз основа на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отмени обжалваното съдебно решение

Освен това според мен е уместно Съдът на основание член 61 от Статута на Съда, да върне делото на Първоинстанционния съд на Европейските общности за постановяване на решение, както и да не се произнася по съдебните разноски.