

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA

JÁNA MAZÁKA

přednesené dne 22. dubna 2010¹

1. V projednávané věci Deutsche Telekom AG (účastnice řízení podávající kasační opravný prostředek, dále jen „navrhovatelka“) žádá Soudní dvůr, aby zrušil rozsudek Soudu (nyní Tribunálu)², kterým bylo potvrzeno rozhodnutí Komise v řízení podle článku 82 ES (nyní článek 102 SFEU)³. Jde o první případ, kdy je Soudní dvůr vyzýván, aby se zabýval údajným zneužitím dominantního postavení ve formě nůžkového efektu.b

I – Skutkový základ sporu

2. Skutkové okolnosti jsou vymezeny v bodech 1 až 24 napadeného rozsudku. Omezím

se na nejdůležitější poznatky. Navrhovatelka je historickým telekomunikačním operátorem v Německu, kde provozuje pevnou telefonní síť. Ode dne 1. srpna 1996, kdy nabyl účinnosti německých zákon o telekomunikacích (Telekommunikationsgesetz, dále jen „TKG“), je trh poskytování infrastruktur a trh poskytování telekomunikačních služeb v Německu liberalizován. Každá z místních sítí žalobkyně obsahuje vícero účastnických vedení směrem k účastníkům (fyzický okruh spojující koncový bod sítě v prostorách účastníka s hlavním rozvaděčem nebo obdobným zařízením v pevné veřejné telefonní síti). Je třeba rozlišovat mezi službami přístupu k místní síti poskytovanými navrhovatelkou jejím soutěžitelům (dále jen „mezitímní služby“) a službami přístupu k místní síti poskytovaným navrhovatelkou jejím účastníkům (dále jen „služby přístupu pro účastníky“). Navrhovatelce byla stanovena povinnost, aby od června 1997 umožnila svým soutěžitelům přístup k účastnickému vedení. Tarify za mezitímní služby navrhovatelky musí být předem schváleny regulačním orgánem pro telekomunikace a pošty (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post dále jen „Reg TP“), který ověřuje, zda tarify za mezitímní služby stanovené navrhovatelkou jsou mimo jiné založeny na nákladech za účinné poskytování služeb a zda neobsahují slevy, které ohrožují soutěžní možnosti jiných podniků. Pokud jde o služby přístupu pro účastníky, navrhovatelka nabízí dvě základní možnosti, a sice tradiční analogovou linku a digitální úzkopásmovou linku (digitální síť integrovaných služeb neboli ISDN). Obě mohou být nabízeny přes stávající síť navrhovatelky prostřednictvím kabelu sestávajícího z páru měděných drátů.. Navrhovatelka nabízí svým

1 — Původní jazyk: angličtina.

2 — Rozsudek ze dne 10. dubna 2008, Deutsche Telekom v. Komise (T-271/03, Sb. rozh. s. II-477, dále jen „napadený rozsudek“).

3 — Rozhodnutí Komise 2003/707/ES ze dne 21. května 2003 v řízení podle článku 82 Smlouvy o ES (věc COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (Úř. věst. L 263, s. 9, dále jen „napadené rozhodnutí“).

účastníkům rovněž širokopásmová spojení (asymetrická digitální účastnická linka neboli ADSL), pro která musela modernizovat existující síť, aby mohla nabízet širokopásmové služby, tedy například rychlý přístup k Internetu. Tarify navrhovatelky za služby přístupu pro účastníky (dále jen „maloobchodní tarify“ nebo „maloobchodní ceny“) jsou, pokud jde o analogové linky a linky ISDN, regulovány systémem cenového stropu. Naopak pro ADSL navrhovatelka stanoví své maloobchodní ceny svobodně, ale takové ceny nicméně mohou podléhat regulaci *a posteriori*.

navrhovatelka, po získání předchozího souhlasu RegTP, měnit tarify různých prvků každého koše. Změny tarifů byly schváleny, když průměrná cena koše služeb nepřesahovala stanovený index cenového stropu. V uvedeném období žalobkyně provedla v obou koších služeb snížení maloobchodních cen; snížení tarifů se týkala v zásadě cen telefonních hovorů. Maloobchodní ceny pro analogové linky naopak zůstaly nezměněny. Nový systém cenového stropu, který zavedl nové koše, je účinný od 1. ledna 2002. Dne 15. ledna 2002 navrhovatelka uvědomila RegTP o svém úmyslu zvýšit měsíční předplatná pro analogové linky a ISDN. Uvedené zvýšení bylo povoleno. Dne 31. října 2002 žalobkyně znovu požádala o zvýšení svých maloobchodních sazeb. Tato žádost byla zčásti zamítnuta. Tarify ADSL nejsou regulovány v rámci systému cenového stropu, ale mohou být předmětem následné regulace. Dne 2. února 2001 provedla RegTP poté, co obdržela několik stížností od soutěžitelů navrhovatelky, šetření *a posteriori* ohledně cen ADSL navrhovatelky, aby případně prokázala praxi ztrátového prodeje podle německých pravidel hospodářské soutěže. Dne 25. ledna 2002 konstatovala, že dotčené zvýšení tarifů nevede k podezření ze „ztrátových prodejů“.

3. Maloobchodní ceny pro připojení do sítě navrhovatelky a pro telefonní hovory jsou regulovány zároveň pro více služeb a rozdílné služby jsou spojeny do „košů“. Podle rozhodnutí Spolkového ministerstva pošt a telekomunikací (dále jen „BMTP“) a poté RegTP musela navrhovatelka celkovou cenu pro každý z obou košů pro období od 1. ledna 2000 do 31. prosince 2001 snížit. Uvnitř tohoto závazného rámce snížení cen mohla

4. Pokud jde o napadené rozhodnutí, jeho hlavní části jsou vymezeny v bodech 34 až

46 napadeného rozsudku a nebudu zde tyto body opakovat. V zásadě Komise v roce 1999 obdržela stížnosti od patnácti soutěžitelů navrhovatelky, kteří zpochybňovali její politiku stanovení cen. Bod 102 odůvodnění napadeného rozhodnutí v zásadě uvádí, že k nůžkovému efektu dochází tehdy, pokud částka za mezitímní služby, která se musí zaplatit navrhovatelce, nutí soutěžitele, aby svým účastníkům fakturovali vyšší ceny, než jsou ceny, které navrhovatelka fakturuje svým vlastním účastníkům. I když jsou soutěžitelé stejně efektivní jako navrhovatelka, nemohou dosahovat zisku. Bod 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí dále uvádí, že soutěžitelům je tím bráněno v tom, aby nabízeli služby přístupu prostřednictvím účastnického vedení. Jinými slovy, jsou nuceni vyrovnávat své ztráty z přístupových služeb vyššími příjmy z telefonních hovorů, jak činí i navrhovatelka. Ale jelikož tarify za telefonní hovory v Německu v posledních letech výrazně poklesly, soutěžitelé často nemají reálnou hospodářskou možnost, aby provedli takové vyrovnání cen. Pro účely výpočtu nůžkového efektu Komise zohledňuje pouze tarify za přístup k účastnickému vedení a vylučuje z výpočtu ceny telefonních hovorů. Výsledkem je, že v období od 1. ledna 1998 do 31. prosince 2001 (dále jen „první období“) existoval negativní rozdíl mezi cenami mezitímních služeb a maloobchodními cenami. Rozdíl byl pozitivní v období od 1. ledna 2002 do 21. května 2003 (dále jen druhé období). Nicméně vzhledem k tomu, že pozitivní ziskové rozpětí bylo nedostatečné k pokrytí zvláštních nákladů navrhovatelky spojených s poskytováním služeb účastníkům, protiprávní nůžkový efekt v roce 2002 nadále přetrvával. Komise uznává, že tarify mezitímních služeb a maloobchodní ceny navrhovatelky byly jistě předmětem regulace cen v odvětví. Navrhovatelka nicméně disponovala rozhodovacím prostorem, který byl dostatečný k tomu, aby – v závislosti na období – buď snížila, nebo dokonce zrušila nůžkový efekt. Komise ve vztahu k prvnímu období shledala závažné protiprávní jednání a málo závažné protiprávní jednání ve vztahu

ke druhému období, přičemž uložila pokutu ve výši 12,6 milionů eur.

II – Napadený rozsudek

5. Pokud jde o hlavní návrh – zrušit napadené rozhodnutí – první žalobní důvod se dovolává porušení článku 82 ES. Pokud jde o jeho první část, odkazují na body 70 až 152 napadeného rozsudku. Budu zde reprodukovat toliko ty nejvýznamnější body. Pokud jde o první období, Tribunál rozhodl, že Komise správně konstatovala, že navrhovatelka disponovala rozhodovacím prostorem k tomu, aby podala žádosti o zvýšení cen za své služby přístupu k analogovým a ISDN linkám a zároveň přitom dodržela celkový strop pro koše služeb. Tribunál neakceptoval argument, že z důvodu kontroly RegTP *ex ante* navrhovatelka nadále nespádala do působnosti článku 82 ES. Uvedl, že RegTP nezkoumá

slučitelnost žádostí s článkem 82 ES. Vnitrostátní regulační orgány (dále jen „VRO“) jednají v souladu s (vnitrostátními) telekomunikačními předpisy, které mohou mít cíle, jež se liší od cílů politiky hospodářské soutěže Společenství. Pokud jde o druhé období, prostor navrhovatelky ke zvýšení jejích tarifů ADSL mohl snížit nůžkový efekt mezi jednak cenami mezitímních služeb a jednak maloobchodními cenami pro všechny služby analogového přístupu a přístupu ISDN a ADSL, protože tyto služby na mezitímní úrovni odpovídají jediné službě a ADSL nemůže být účastníkům nabízen samostatně.

že samotné služby přístupu byly relevantní a tudíž mohla vyloučit tarify telefonních služeb. Taková metoda je slučitelná se zásadou restrukturalizace tarifů a s rovností příležitostí. Pokud jde o čtvrtou část prvního žalobního důvodu, jež vychází z toho, že nůžkový efekt nemá vliv na trh, odkazují na body 225 a 245 napadeného rozsudku. Konkrétně, v bodu 237 Tribunál rozhodl, že vzhledem k tomu, že „mezitímní služby [navrhovatelky] jsou také nezbytné k tomu, aby umožnily jednomu z jejích soutěžitelů vstoupit s [navrhovatelkou] do hospodářské soutěže na navazujícím trhu služeb přístupu pro účastníky, nůžkový efekt [za okolností existujících v projednávané věci] bude v zásadě narušovat rozvoj hospodářské soutěže na navazujících trzích“. Nízké tržní podíly nabyté soutěžiteli na trhu služeb přístupu pro účastníky od okamžiku, kdy byl trh liberalizován, svědčí o překážkách, které uplatňování tarifů navrhovatelkou přineslo pro rozvoj hospodářské soutěže na těchto trzích.

6. Pokud jde o druhou část týkající se legality metodiky Komise, odkazují na body 153 až 213 napadeného rozsudku. Tribunál byl v zásadě toho názoru, že proto, že se chování váže k nespravedlivé povaze rozpětí mezi cenami za mezitímní služby a maloobchodními cenami, Komise nebyla povinna prokazovat, že maloobchodní ceny navrhovatelky byly samy o sobe zneužívající. Dále, pokud jde o výpočet, správně analyzovala zneužívající povahu cenových praktik navrhovatelky pouze na základě vlastní situace navrhovatelky – jejích tarifů a nákladů – a nikoliv na základě situace jejích skutečných nebo potenciálních soutěžitelů. Komise nadto měla nárok dojít k závěru,

7. Pokud jde o třetí žalobní důvod, podle kterého došlo ke zneužití pravomoci a porušení zásad proporcionality, právní jistoty

a ochrany legitimního očekávání, odkazují na body 257 až 272 napadeného rozsudku. Tribunál konkrétně rozhodl, že zásada ochrany legitimního očekávání nebyla porušena, protože rozhodnutí RegTP neobsahují žádný odkaz na článek 82 ES a protože z toho implicitně, avšak nutně vyplývá, že cenové praktiky navrhovatelky měly protisoutěžní účinek, protože její soutěžitelé musí využívat křížové financování. Tribunál krom toho odmítl tvrzení, že Komise zneužila své pravomoci, když připomněl, že i kdyby RegTP porušila právní předpis Společenství a i kdyby Komise mohla z takového důvodu zahájit řízení pro nesplnění povinnosti proti Spolkové republice Německo, nemohou takové možnosti nijak ovlivnit legalitu napadeného rozhodnutí přinejmenším proto, že se článek 82 ES týká pouze hospodářských subjektů, a nikoliv členských států.

byla oprávněna kvalifikovat protiprávní jednání pro první období jako závažné. Dále Komise řádně vzala v úvahu zásah RegTP při snížení pokuty o 10%. Konečně Komise správně rozhodla neuložit symbolickou pokutu. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Tribunál žalobu zamítl.

III – Kasační opravný prostředek

8. Podpůrně navrhovatelka požadovala snížení uložené pokuty. Pokud jde o její třetí žalobní důvod, odkazují na body 290 až 300 napadeného rozsudku. Tribunál v zásadě rozhodl, že si navrhovatelka i přes rozhodnutí RegTP o povolení nemohla nepovšimnout, že disponovala skutečným rozhodovacím prostorem ke stanovení svých maloobchodních cen, a v důsledku toho ke snížení tarifního núžkového efektu. Kromě toho si navrhovatelka nemohla nepovšimnout, že takový núžkový efekt s sebou nesl závažná omezení hospodářské soutěže. Pokud jde o pátý a šestý žalobní důvod, odkazují na body 301 až 321 napadeného rozsudku. Především Komise

9. Dne 25. listopadu byly Soudnímu dvoru předneseny argumenty navrhovatelky, společnosti Vodafone a Komise, jakož i společnosti Versatel, která nepředložila písemné vyjádření.

10. Především je nezbytné zabývat se argumentem společnosti Vodafone, podle kterého jsou první, druhá a třetí část prvního důvodu kasačního opravného prostředku, jakož i první a druhá část druhého důvodu kasačního opravného prostředku nepřípustné, protože žalobkyně pouze reprodukuje argumenty, které již byly uplatněny v prvním stupni řízení a nyní usiluje o přezkoumání těchto argumentů. Postačí však zdůraznit, že podle judikatury „jestliže navrhovatel zpochybňuje

výklad nebo použití práva Společenství [Tribunálem], právní otázky přezkoumané v prvním stupni mohou být v řízení o kasačním opravném prostředku znovu projednány. Jestliže by totiž navrhovatel nemohl tímto způsobem založit svůj kasační opravný prostředek na žalobních důvodech nebo argumentech již použitých před [Tribunálem], uvedené řízení by bylo zčásti zbaveno svého smyslu⁴. Soudím, že v projednávané věci navrhovatelka nepožaduje pouhé přezkoumání žaloby předložené Tribunálu, jelikož v zásadě stejnými argumenty zpochybňuje výklad a použití článku 82 ES Tribunálem. Důvody kasačního opravného prostředku žalobkyně jsou proto přípustné.

12. Pokud jde o první období, navrhovatelka tvrdí, že Tribunál pochybil, když rozhodl, že protiprávní jednání jí nemůže být přičteno pouze tehdy, pokud by jednání mělo původ pouze ve vnitrostátním právu a neexistoval by prostor uplatňovat vyšší tarify. Svou první výtkou navrhovatelka v zásadě tvrdí, že existence prostoru pro uvážení je nutnou, ale nikoliv dostatečnou podmínkou přičitatelnosti. To neodpovídá na otázku, zda navrhovatelka mohla požádat o vyšší tarify, či zda tak skutečně měla učinit. RegTP krom toho opakovaně konstatoval, že nůžkový efekt nebyl protisoutěžní.

A – První důvod kasačního opravného prostředku, vycházející z nesprávného právního posouzení regulace provedené RegTP jakožto příslušným VRO

1. První část prvního důvodu kasačního opravného prostředku, která se týká přičitatelnosti protiprávního jednání

11. Komise a Vodafone tvrdí, že tato část prvního důvodu kasačního opravného prostředku musí být zamítnuta.

13. Pokud jde o přičitatelnost, Tribunál správně použil relevantní judikaturu. Zatímco skutečnost, že RegTP nebránil zneužívajícímu jednání navrhovatelky, může být považována za svého druhu navádění, skutečností zůstává, že sama o sobě nezabývá navrhovatelku odpovědností na základě článku 82 ES⁵.

4 — Rozsudek ze dne 12. září 2006, Reynolds Tobacco a další v. Komise (C-131/03 P, Sb. rozh. s. I-7795, body 49 až 51 a citovaná judikatura).

5 — Viz rozsudky ze dne 16. prosince 1975, Suiker Unie a další v. Komise (40/73 až 48/73, 50/73, 54/73 až 56/73, 111/73, 113/73 a 114/73, Recueil, 1663, body 36 až 73), a ze dne 9. září 2003, CIF (C-198/01, Recueil, s. I-8055, bod 56). Viz rovněž rozsudek ze dne 30. ledna 1985, BNIC (123/83, Recueil, s. 391, body 21 až 23).

Podle judikatury „se [článek 82 ES] může použít, [...] ukáže-li se, že vnitrostátní právní předpisy ponechávají možnost vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže v důsledku samostatného chování podniků“⁶. Tudíž, pokud navrhovatelka měla rozhodovací prostor, měla požádat VRO, aby zvýšil její maloobchodní ceny za účelem ukončení jejího zneužívajícího jednání. Velký senát Soudního dvora v nedávné době tento přístup jasně potvrdil ve věci *Sot. Lélos kai Sia a další*⁷. Bod 113 napadeného rozsudku správně zdůrazňuje, že VRO jsou povinny, jako všechny orgány státu, respektovat ustanovení Smlouvy o ES. Nicméně rozhodnutí přijatá VRO nemohou zabránit Komisi, aby jednala v pozdější fázi a nevyžadovala dodržování článku 82 ES podle nařízení č. 17 či nyní podle nařízení č. 1/2003⁸. V rozsudku *Masterfoods v. HB Soudní dvůr* v zásadě rozhodl, že Komise nemůže být vázána rozhodnutím přijatým vnitrostátním orgánem podle článku 82 ES⁹. V tomto ohledu, jak bylo uvedeno v bodu 265 napadeného rozsudku, rovněž soudím, že nelze vyloučit, že německé orgány v projednávané věci rovněž porušily právo Společenství. Jejich nečinnost – pokud by byla prokázána – by nicméně neodstranila rozhodovací prostor, který navrhovatelka měla ke snížení nůžkového efektu. Možnost zahájit řízení

proti dotčenému členskému státu pro nesplnění povinnosti doplňuje výše uvedené pravomoci Komise, ale nenahrazuje je.

14. Dále, v projednávané věci podle navrhovatelky odpovědnost VRO odsunuje a omezuje zvláštní odpovědnost regulovaného podniku na povinnost řádně předat úplné informace VRO. Navrhovatelka zaprvé uvádí, že v projednávané věci tarify podléhaly regulaci zaměřené na vytvoření telekomunikačního odvětví otevřeného hospodářské soutěži¹⁰. Krom toho je „liberalizační“ směrnice 90/388¹¹ založena na soutěžním právu, konkrétně na čl. 86 odst. 3 ES. Z toho vyplývá, že RegTP byl povinen respektovat právo hospodářské soutěže Společenství. Podle čl. 27 odst. 3 TKG je RegTP povinen zajišťovat

6 — Viz rozsudek ze dne 11. listopadu 1997, *Komise a Francie v. Ladbroke Racing* (C-359/95 P a C-379/95 P, Recueil, s. I-6265, body 33 a 34 a citovaná judikatura).

7 — Rozsudek ze dne 16. září 2008 (C-468/06 až C-478/06, Sb. rozh. s. I-7139, bod 62 a násl.).

8 — Nařízení ze dne 6. února 1962 č. 17, První nařízení, kterým se provádějí články 85 a 86 Smlouvy (Úř. věst. 13, s. 204; Zvl. vyd. 08/01, s. 3), a nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 Smlouvy (Úř. věst. L1, s. 1; Zvl. vyd. 08/02, s. 205).

9 — Rozsudek ze dne 14. prosince 2000 (C-344/98, Recueil, s. I-11369, bod 48).

10 — Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2887/2000 ze dne 18. prosince 2000 o zpřístupnění účastnického vedení (Úř. věst. L336, s. 4; Zvl. vyd. 13/26, s. 83).

11 — Směrnice Komise 90/388 ze dne 28. června 1990 o hospodářské soutěži na trhu telekomunikačních služeb (Úř. věst. L192, s. 10).

slučitelnost tarifů „s [...] ostatními právními předpisy“, tedy i s článkem 82 ES. Dále, z článku 10 ES vyplývá, že je RegTP jakožto orgán členského státu povinen zdržet se jakýchkoliv opatření, která by mohla ohrozit dosahování cílů Smlouvy.

15. Pokud jde o údajný přechod odpovědnosti, je třeba mít na mysli, že pro účely soutěžního práva je relevantní objektivní jednání podniku¹². Jednání podniku je tomtuto podniku obvykle přičitatelné. Tribunál proto v bodech 85 a 86 napadeného rozsudku správně rozhodl, že judikatura Soudního dvora uznává výjimky z takové zásady pouze za striktních podmínek. V každém případě skutečnost, že podnik jednal v dobré víře, nehraje v této souvislosti roli. Jak jsem již uvedl v úvodu, pouhá skutečnost, že členský stát může navádět k protisoutěžnímu jednání, nic nemění na tom, že protiprávní jednání bude stále přičítáno podniku. Krom toho, zatímco argument žalobkyně, podle kterého byly v judikatuře uvedené v bodech 86 až 89 napadeného rozsudku dotčené vnitrostátní právní předpisy určeny k omezení nebo vyloučení hospodářské soutěže a nynější rámec je spíše zaměřen na otevření telekomunikačního

odvětví hospodářské soutěži v souladu se směrnicí 90/388 a nařízením č. 2887/2000, je sám o sobě správný, skutečností zůstává, že dotčený regulační rámec doplňuje ustanovení Smlouvy o hospodářské soutěži a má zaručovat soutěžní kontext v rozsahu, ve kterém články 81 ES a 82 ES tak samy nemohou učinit se stejnou jistotou¹³. Komise v tomto ohledu správně zdůrazňuje, že zákonodárce Společenství jasně vyjádřil své přání chránit soutěž na tomto trhu přijetím dodatečných opatření. Z toho vyplývá, že články 81 ES a 82 ES musí být považovány za ustanovení zavádějící soubor minimálních kritérií. V souvislosti s první výtkou navrhovatelky uvedenou výše, pokud jde o období od 1. ledna 1998 do 31. ledna 2001, postačí zdůraznit, že podle článku 1 napadeného rozhodnutí není protiprávní jednání navrhovatelky způsobeno neexistencí žádostí předložených RegTP, ale spíše cenovou politikou, která je neslučitelná s článkem 82 ES. Uvedené žádosti byly nezbytným, leč formálním krokem pro využití dostupného rozhodovacího prostoru. V této souvislosti Tribunál v bodech 125 až 131 správně potvrdil přístup Komise v této otázce.

16. Zadruhé navrhovatelka tvrdí, že Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr, Německo)

12 — Viz rozsudek ze dne 13. února 1979, Hoffmann-La Roche v. Komise (85/76, Recueil, s. 461, bod 91). Viz rovněž rozsudek ze dne 21. února 1973, Europemballage a Continental Can v. Komise (6/72, Recueil, s. 215, bod 29).

13 — V této souvislosti viz, pokud jde o nařízení č. 2887/2000, rozsudek ze dne 24. dubna 2008, Arcor (C-55/06, Sb. rozh. s. I-2931, body 59 až 64).

ve svém rozsudku ze dne 10. února 2004 neměl za to, že odpovědnost žalobkyně podat žádosti o úpravu jejích tarifů implikuje, že navrhovatelka musí nahradit svým posouzením na základě článku 82 ES posouzení VRO. Namísto toho potvrdil, že odpovědnost za zachování struktury trhu spočívá na VRO.

druhé VRO hraje v rámci soutěžního režimu v odvětví telekomunikací autonomní úlohu.

17. Postačí však zdůraznit, jak Komise správně uvedla v souvislosti s výkladem výše uvedeného rozsudku Tribunálem, že navrhovatelka neuplatňovala zkreslení důkazů a že Bundergerichtshof v každém případě skutečně uvedl, že může dojít ke zneužití i tehdy, když tarify podléhají předchozímu přezkoumání RegTP.

18. Zatřetí s ohledem na bod 120 napadeného rozsudku, navrhovatelka tvrdí, že rozsudek ve věci Masterfoods v. HB nemůže být v projednávané věci použit. Na jedné straně se otázka v projednávané věci týká pouze přičitatelnosti, a nikoliv toho, zda je Komise vázána věcným posouzením RegTP. Na straně

19. Znovu jsem toho názoru, že argumenty navrhovatelky její věci nepomáhají. Jak je uvedeno výše, Komise nemůže být vázána rozhodnutím vnitrostátního orgánu a schválení ze strany takového orgánu nevylučuje zjištění Komise o zneužití podle článku 82 ES pouze na základě údajné neexistence přičitatelnosti. Komise jistě odvozuje svou příslušnost přímo ze Smlouvy a nařízení č. 17 a nyní z nařízení č. 1/2003. Jak jsem též uvedl výše, dotčený regulační rámec doplňuje ustanovení soutěžního práva a tyto dva soubory pravidel musí být považovány za komplementární¹⁴. Komise správně uvádí, že směrnice založená

14 — „iz sdělení Komise o použití pravidel hospodářské soutěže na dohody o přístupu v odvětví telekomunikací – rámec, relevantní trhy a zásady (98/C 265/02) (Úř. věst. C 265, s. 2; Zvl. vyd. 08/01, s. 255, dále jen „sdělení o přístupu), bod 22: „[...] podniky [...] v odvětví telekomunikací [by si měly být] vědomy toho, že dodržování pravidel hospodářské soutěže [ES] je nezproštuje povinnosti dodržovat závazky stanovené v rámci ONP a naopak“ (kurzíva provedena autorem stanoviska). Viz rovněž bod 60: „[článek 82 ES se použije] obvyklým způsobem na [...] postupy které byly schváleny nebo povoleny [VRO]“. Obecně viz de Stree, A., On the edge of antitrust: the relationship between competition law and sector regulation in European electronic communications, EUI Florencie, říjen 2006; Larouche, P., Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences, TILEC Discussion Paper, listopad 2006; Monti, G., Managing the intersection of utilities regulation and EC competition law, Competition Law Review, sv. 4, 2, červenec 2008, a Klotz, R. in Koenig, Ch., Bartosch, A., Braun, J.-D. a Romes, M. (editoři), EC competition and telecommunications law, druhé vydání, Wolters Kluwer, 2009, s. 108 a násl.

na čl. 86 odst. 3 ES nemůže zpochybňovat – pokud jde o použití článku 82 ES – rozdělení pravomocí stanovené na úrovni primárního práva články 83 ES a 85 ES. Konečně, Komise tak ve svých pokynech pro analýzu trhu a posuzování významné tržní síly¹⁵ jasně uvedla – to, co bylo fakticky v zásadě pravdou již v předchozích právních rámcích (viz oznámení o přístupu výše, poznámka pod čarou 14) – že v praxi nemůže být vyloučeno, že dojde k paralelnímu postupu podle regulace *ex ante* a soutěžního práva a že orgány hospodářské soutěže mohou provést vlastní analýzu trhu a uložit nápravná opatření nad rámec jakýchkoliv odvětvově specifických opatření použitých VRO.

20. Začtvrté navrhovatelka soudí, že zásada právní jistoty vyžaduje, aby se podnik v dominantním postavení podléhající regulaci mohl spolehnout na správnost takové regulace. Pokud opatření přijatá VRO nejsou v souladu s článkem 82 ES, Komise by měla zahájit řízení proti členskému státu pro nesplnění

povinnosti a nikoliv proti podniku v dominantním postavení.

21. Tribunál podle mého názoru správně rozhodl, že i když byl RegTP, jako každý státní orgán, povinen dodržovat ustanovení Smlouvy o ES, byl v rozhodné době německým orgánem odpovědným za odvětvovou právní úpravu v oblasti telekomunikací, a nikoliv orgánem pro hospodářskou soutěž dotyčného členského státu. Považuji v tomto analogii dvou mezí navrženou argumentem Komise za vcelku vhodnou. Regulace představuje jednu z těchto mezí; je respektována, když navrhovatelka splňuje opatření regulace a zde je tím, kdo o tom rozhoduje, RegTP. Článek 82 ES představuje druhou mez a – nezávisle na povinnosti respektovat ustanovení Smlouvy o ES uložené RegTP – spadá do působnosti příslušného orgánu hospodářské soutěže, v tomto případě Komise, aby v případě potřeby rozhodl, zda byla druhá mez respektována, či nikoliv. Krom toho navrhovatelka nemohla nevědět, že regulace telekomunikací a použití článku 82 ES představují dva oddělené nástroje, i když v konečném důsledku usilují o podporu hospodářské soutěže. Navrhovatelka se mýlí ohledně rozdělení těchto dvou nástrojů, když odkazuje na bod 61 oznámení Komise o přístupu a tvrdí, že pokud Komise soudí, že opatření přijatá VRO nejsou v souladu s článkem 82 ES, musí zahájit řízení pro nesplnění povinnosti proti členskému státu. Komise má zajisté možnost opravit tímto způsobem pochybení, kterých se členský stát v rámci regulace dopustil, tedy nedostatečné použití regulačního rámce. Nicméně není

15 — Pokyny Komise pro analýzu trhu a posuzování významné tržní síly podle předpisového rámce Společenství pro sítě a služby elektronických komunikací (Úř. věst. 2002 C 139, s. 6), body 6 až 31 a zejména bod 31.

účelem projednávání věci, aby určila, zda se RegTP takového pochybení dopustil, či nikoliv. Jak správně uvedla Komise, přezkum použití dodržování článku 82 ES není přenesen na VRO namísto Komise.

navrhovatelce důvod pochybovat o správnosti zjištění RegTP, že neexistoval nůžkový efekt. Jak je uvedeno v bodu 116 napadeného rozsudku, RegTP použil tento koncept nikoliv pouze na tarify za telefonní hovory, ale rovněž na soubory různých druhů služeb přístupu na úrovni koncového účastníka, což je metoda, ohledně které Tribunál rozhodl, že je „křížovým financováním“.

22. Ve své druhé výtce navrhovatelka tvrdí, že úvahy uvedené v člancích 111 až 119 napadeného rozsudku – šetření nůžkového efektu RegTP – jsou irelevantní nebo jsou postiženy nesprávným právním posouzením. RegTP vždy odmítal existenci protisoutěžního nůžkového efektu. Navrhovatelka zaprvé tvrdí, „že u při přezkumu přičitatelnosti protiprávního jednání má malý význam, zda Tribunál nesouhlasí s názorem RegTP. Odůvodnění vede k protiprávnímu začarovanému kruhu: jelikož Tribunál dospěl k odlišnému výsledku ve srovnání s výsledkem, ke kterému dříve dospěl RegTP, není navrhovatelka oprávněna opírat se o výsledky šetření RegTP. V dané době neexistovala judikatura Společenství nebo rozhodovací praxe Komise relevantní k této otázce. Krom toho koncept „křížového financování“ použitý RegTP v jeho rozhodnutí ze dne 29. dubna 2003 nedával

23. Jsem toho názoru, že Komise správně zdůraznila, že tvrzení Tribunálu, podle kterého RegTP nezkoumal článek 82 ES, je skutkovým tvrzením, které nemůže být v rámci projednávání kasačního opravného prostředku zpochybňováno. V každém případě souhlasím s vyjádřením Tribunálu v bodech 114 a 268 napadeného rozsudku, podle kterých je relevantní, že žádné z rozhodnutí RegTP citovaných navrhovatelkou neobsahuje odkaz na článek 82 ES. Je proto jasné, že RegTP použil vnitrostátní právo, a nikoliv právo hospodářské soutěže Společenství. Jak Komise zdůraznila, tvrzení RegTP ohledně nůžkového efektu se netýkala oblasti, ve které měla navrhovatelka prokázat rozhodovací prostor, tedy změny cen přístupu koncových účastníků. Jsem toho názoru, že Tribunál

správně konstatoval, že RegTP neposoudil slučitelnost dotčených tarifů s článkem 82 ES nebo – v každém případě – nepoužil článek 82 ES správně. Z toho vyplývá, že Tribunál správně rozhodl, že RegTP nezkoumal článek 82 ES. Dále nemohla navrhovatelka Tribunálu vytykat argumentaci v kruhu. Navrhovatelka měla dovodit z rozhodnutí RegTP, že její žádost nenahrazuje nebo nepředjímá přezkum článku 82 ES Komisí. Liší se zajisté nejen výsledky přezkumu RegTP a přezkumu Komise; ale liší se – což je významné – také relevantní kritérium. Pokud jde o koncept křížového financování, jsem toho názoru, že mu Tribunál nepřiznal nepřiměřenou váhu. Ve skutečnosti RegTP i Tribunál v bodu 116 napadeného rozsudku jasně zaujaly názor, že se jednalo o křížové financování „tarifů za služby přístupu a tarifů za telefonní hovory“ a nejednalo se o seskupování různých druhů přístupu dohromady.

24. Zadruhé navrhovatelka soudí, že odůvodnění Tribunálu v bodech 111 až 114 napadeného rozsudku – podle kterého nebyl RegTP povinen zkoumat slučitelnost tarifů s článkem 82 ES – je rovněž právně nesprávné z důvodů uvedených v její argumentaci v bodu 14 výše. Uvedená otázka – zda RegTP výslovně odkázal na článek 82 ES – je málo významná. Rozhodující je skutečnost, že RegTP jednal

v regulačním rámci, jehož cílem bylo otevřít odvětví hospodářské soutěži a učinit soutěžní právo Společenství použitelným na uvedené odvětví a že provedl přezkum a rozhodl, že neexistuje protisoutěžní nůžkový efekt.

25. Výše uvedený argument je nesprávný. V této souvislosti postačí zdůraznit, že RegTP použil telekomunikační právo, a nikoliv právo hospodářské soutěže. Tribunál v bodu 113 napadeného rozsudku správně rozhodl, že VRO jednají v souladu s vnitrostátním právem, které se může, pokud jde o telekomunikační politiku, lišit od cílů politiky hospodářské soutěže Společenství (viz sdělení o přístupu, bod 13).

26. Svou třetí výtkou navrhovatelka tvrdí, že na rozdíl od toho, co napadený rozsudek uvádí v bodech 109 a 110, je skutečnost, že její maloobchodní tarify za analogové linky byly založeny na povolení uděleném BMTP, pro účely stanovení přičitatelnosti irelevantní. Významné je pouze to, že RegTP zkoumal

údajný protisoutěžní nůžkový efekt a označil jej za neopodstatněný.

být odkázáni na možnost „křížového financování“ mezi dvěma trhy.

27. Jak nicméně vyplývá z bodů 109 a 110 napadeného rozsudku, navrhovatelka netvrdí, že BMTP zkoumal slučitelnost uvedených tarifů s článkem 82 ES. Ve skutečnosti – jak zdůraznila Komise – nemohlo být rozpětí mezi tarify pro analogové linky a mezitímní služby předmětem zkoumání v rozhodné době, protože mezitímní tarify byly schváleny teprve později, tedy dočasně v květnu 1998, a v únoru roku 1999 definitivně.

28. Pokud jde o druhé období, navrhovatelka uvádí, že tvrzení, že existoval nůžkový efekt, který jí mohl být přičten a měl zneužívající povahu, je nesprávné. Ve své první výtce navrhovatelka zastává názor, že napadený rozsudek je nesprávný, protože – jako tomu bylo v předchozím období – jí nemůže být nůžkový efekt přičítán z důvodu rozhodnutí RegTP. Svou druhou výtkou navrhovatelka tvrdí, že napadený rozsudek obsahuje rozpor mezi posouzením přičitatelnosti protiprávního jednání a vypočtením nůžkového efektu. Nůžkový efekt jistě vyžaduje „křížové financování“ mezi dvěma trhy, ale při výpočtu nůžkového efektu nebyly vzaty v úvahu příjmy, které může soutěžitel získat ze služeb telefonních hovorů, protože soutěžitelé nemusí

29. Tribunál podle mého názoru nepostupoval rozporně. Oddělení trhů širokopásmového a úzkopásmového přístupu platí pouze pro maloobchodní trh. Na druhé straně, pokud jde o trh mezitímních služeb, existuje pouze jediný trh s přístupem k pevným místním sítím. Navrhovatelka nepochybně body 148 až 150 napadeného rozsudku, což je významné a já považuji tvrzení Tribunálu v uvedených bodech za správná. V tomto ohledu je jistě relevantní, že navrhovatelka v prvním stupni nepochybnila definici relevantních trhů. Jak vyplývá z bodu 139 napadeného rozsudku, navrhovatelka nepochybně, že před rokem 2002 měla dostatečný prostor k ukončení nůžkového efektu. Pokud by navrhovatelka tento prostor využila, neexistoval by nůžkový efekt ani v období let 2002 až 2003. Vzhledem k nové regulaci použitelné od roku 2002, která umožnila dodatečné zvýšení tarifů za účastnický přístup, a tím zmenšení nůžkového efektu (viz body 141 a 142 napadeného rozsudku), by nůžkový efekt, který skončil již v roce 2001, v žádném případě znovu nevznikl při regulaci v roce 2002. Souhlasím s Komisí, že si zneužitím v prvním období navrhovatelka připravila prostor pro zneužití v následném období. Toto zjištění bylo učiněno Tribunálem v bodu 135 napadeného

rozsudku ve vztahu k období do roku 2002 a stejná logika je základem zjištění Tribunálu, které se týká druhého období.

30. Třetí výtkou navrhovatelka tvrdí, že došlo k nesprávnému právnímu posouzení ohledně možnosti zmenšení nůžkového efektu. Tvzení v bodu 149 napadeného rozsudku jakkoliv je správné – je irelevantní. Nicméně předpoklad Tribunálu, podle kterého „omezené zvýšení tarifů ADSL vedlo k vyššímu průměrnému maloobchodnímu tarifu za spojené služby úzkopásmového a širokopásmového přístupu“, je právně chybný, jelikož není podložen údaji. Otázka, zda a v jakém rozsahu by se uživatelé úzkopásmového připojení zrekli přechodu na širokopásmové připojení z důvodu zvýšení tarifů za širokopásmové připojení, nebyla zkoumána. Zvýšení tarifů za širokopásmové připojení by vedlo ke snížení obratu.

31. V této souvislosti, jak jsem zdůraznil výše, navrhovatelka nezpochybnila oddělení trhů. Jak navrhovatelka připustila ve svém kasačním opravném prostředku, trh širokopásmového připojení významně vzrostl v průběhu dotčeného období (viz bod 27 napadeného rozhodnutí) a v tomto ohledu navrhovatelka neuplatňuje žádné zkreslení důkazů. Jak Komise zdůraznila, vzhledem k nůžkovému efektu existujícímu v odvětví analogových linek a ISDN si navrhovatelka zajišťovala zákazníky též v odvětví ADSL. Z toho vyplývá, že zvýšení tarifů za ADSL by v každém případě vedlo ke zlepšení hospodářské soutěže

a snížení nůžkového efektu. Souhlasím rovněž s Komisí, že navrhovatelka nezpochybnila tvrzení (viz bod 77 a násl. napadeného rozhodnutí), že koncoví uživatelé, kteří z podnikatelských důvodů závisí na širokopásmovém připojení, ve většině případů nepřechází na úzkopásmové připojení v případě nárůstu ceny. Proto, i kdyby existoval ještě více omezený počet nových zákazníků, došlo by vzhledem k vysokým cenám (cenová pružnost) ke zmenšení nůžkového efektu. Proto jsem toho názoru, že se Tribunál nedopustil nesprávného právního posouzení, když potvrdil tvrzení Komise, že by nůžkový efekt mohl být zmenšen formou zvýšení tarifů za ADSL. Z uvedených skutečností vyplývá, že první část prvního důvodu kasačního opravného prostředku musí být zamítnuta.

2. Druhá část prvního důvodu kasačního opravného prostředku, vycházející ze zásady ochrany legitimního očekávání

32. Komise a Vodafone tvrdí, že tato část prvního důvodu kasačního opravného prostředku má být zamítnuta.

33. Navrhovatelka tvrdí, že Tribunál nesprávně použil zásadu ochrany legitimního očekávání. Rozhodnutí RegTP jistě vytvořilo legitimní očekávání na straně navrhovatelky, že její tarify jsou legální. V této souvislosti není otázka, zda tato rozhodnutí obsahují odkaz na článek 82 ES, relevantní z důvodu uvedených v bodu 24 výše. Pokud jde o druhou výtku, na rozdíl od toho, co Tribunál uvedl v bodech 267 a 268 napadeného rozhodnutí, ani z tvrzení RegTP o možnosti křížového financování mezi tarify telefonních hovorů, ani z použití výrazu „křížové financování“ nevyplývá, že cenové praktiky navrhovatelky měly protisoutěžní účinek. V uvedené době ohledně této otázky neexistovalo rozhodnutí Komise nebo rozsudek soudů Společenství. Proto navrhovatelka měla právo spoléhat se na rozhodnutí RegTP.

navrhovatelkou proti bodům 267 a 268 napadeného rozsudku se rovněž implicitně opírá o předpoklad, že Komise má být vázána posouzením RegTP, nicméně výše již bylo uvedeno, že tomu tak není. Ve skutečnosti mělo rozhodnutí RegTP vést k podezření, že mohou existovat potenciální problémy s její strukturou tarifů – přinejmenším s ohledem na již existující judikaturu uvedenou v bodech 188 až 191 napadeného rozsudku v tom smyslu, že zneužívající povaha cenových praktik dominantního podniku je určována jeho vlastním postavením. Krom toho, jak správně uvedla společnost Vodafone, navrhovatelka si byla vědoma skutečnosti, že v letech 1998 a 1999 patnáct z jejích soutěžitelů podalo stížnosti ke Komisi, jež se týkaly její cenové struktury, a Komise začala tyto skutečnosti vyšetřovat podle článku 82 ES.

34. Nicméně z úvah uvedených v souvislosti s první částí prvního důvodu kasačního opravného prostředku vyplývá, že v rozsahu, v němž vyjádření RegTP nepředjímají posouzení Komise, nemohou u navrhovatelky vytvořit legitimní očekávání, že Komise bude následovat názor RegTP. To samo o sobě postačuje k tomu, aby bylo vyloučeno porušení zásady legitimního očekávání a argumentům navrhovatelky uplatněným proti bodům 267 až 269 nelze vyhovět. V každém případě souhlasím s Komisí, že kritika směřovaná

35. Svou třetí výtkou navrhovatelka tvrdí, že odkaz Tribunálu na rozsudek Bundesgerichtshof ze dne 10. února 2004 není relevantní. Uvedený rozsudek byl vyhlášen po rozhodné době a pro zodpovězení otázky, zda navrhovatelka měla právo spolehnout se na správnost rozhodnutí RegTP přijatých v průběhu rozhodné doby, není rozhodující. Z rozsudku Oberlandesgericht Düsseldorf (vrchní zemský soud Düsseldorf) z 16. ledna 2002 navrhovatelka spíše mohla dovodit, že se o rozhodnutí RegTP opírala oprávněně a že

jakékoliv zneužití podle článku 82 ES bylo vyloučené.

důvodu kasačního opravného prostředku musí být zamítnuta.

36. Pokud jde o rozsudek Bundergerichtshof, na rozdíl od toho, co navrhovatelka chce naznačit svými tvrzeními, ze znění napadeného rozsudku jednoznačně vyplývá, že ho Tribunál nepovažoval za základ legitimního očekávání, pouze chtěl vyjádřit, že Bundesgerichtshof dospěl ke stejnému závěru jako Tribunál. Pokud jde o rozsudek Oberlandesgericht Düsseldorf, souhlasím se společností Vodafone, že byl v každém případě vyhlášen několik let po začátku rozhodné doby. Mohl by být relevantní pouze pro období následující po 16. lednu 2002. Jak totiž uvedla společnost Vodafone, je sporné, zda navrhovatelka ve skutečnosti vůbec měla legitimní očekávání, které by zasloužilo ochranu¹⁶. Z úvah uvedených v první části prvního důvodu kasačního opravného prostředku vyplývá, že jako podnik v dominantním postavení měla navrhovatelka sama ověřit, zda se její jednání slučovalo s článkem 82 ES. Relevantní je rovněž skutečnost, že podle nařízení č. 17, které bylo v rozhodné době stále účinné, měla ve skutečnosti možnost získat od Komise negativní atest pro svou cenovou strukturu. Ze všech uvedených úvah proto vyplývá, že druhá část prvního

3. Třetí část prvního důvodu kasačního opravného prostředku, týkající se otázky, zda bylo protiprávní jednání úmyslné nebo nedbalostní

37. Komise a společnost Vodafone tvrdí, že tato část prvního důvodu kasačního opravného prostředku musí být zamítnuta.

38. Pokud jde o první výtku navrhovatelky, napadený rozsudek v bodech 284 až 289 údajně nesplňuje požadavky článku 253 ES tím, že nesprávně konstatuje, že napadené rozhodnutí obsahuje dostatečné odůvodnění ohledně nedbalosti nebo úmyslu. Z právního hlediska nepostačuje, aby Komise v druhé větě odůvodnění napadeného rozhodnutí odkázala na čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17 jako na právní základ pro uložení pokuty. Odůvodnění není součástí výroku rozhodnutí. V každém případě neuvádí důvody, na základě kterých Komise dospěla k závěru, že porušení bylo způsobeno úmyslné nebo z nedbalosti.

16 — Viz rozsudek ze dne 20. března 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, Recueil, s. I-1591, body 25 a 31).

Zadruhé skutková zjištění Komise, na která se odkazuje v bodu 287 napadeného rozsudku, neodůvodňují tvrzení ohledně porušení článku 82 ES způsobeném úmyslně nebo z nedbalosti. Nemají žádnou souvislost s otázkou subjektivní přičitatelnosti jednání podle judikatury.

39. Především si je podle judikatury podnik vědom protisoutěžní povahy svého jednání tehdy, pokud „byl obeznámen se skutečnostmi odůvodňujícími jednak konstatování existence dominantního postavení na trhu a jednak posouzení [zjištění Komise] o zneužití takového postavení“¹⁷. Proto postačuje

konstatovat, že jestliže vědomí o porušování pravidel hospodářské soutěže není rozhodující, může dojít k úmyslnému pochybení, i když podnik neví, jak Komise vykládá taková pravidla. Argument navrhovatelky o odvětvově specifické regulaci může v tomto ohledu hrát úlohu nanejvýš v souvislosti s otázkou, zda navrhovatelka věděla, že je její jednání protiprávní. Nemá však vliv na úmyslnou povahu jejího jednání. Jak dále Komise rovněž správně zdůraznila, za takových okolností se tato část prvního důvodu kasačního opravného prostředku stává neopodstatněnou, protože navrhovatelka zjevně splnila subjektivní podmínky stanovené čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17, což je skutečnost, kterou nezpochybnila. Komise uznává, že napadené rozhodnutí neobsahuje přesné vysvětlení týkající se toho, zda bylo porušení způsobeno úmyslně nebo z nedbalosti. Souhlasím však s tím, že i když povinnost uvést odůvodnění závisí na konkrétních okolnostech věci, Tribunál právem došel k závěru, že požadavky článku 253 ES byly v projednávané věci splněny. V uvedené souvislosti je možno poukázat na skutečnost, že relevantní kritéria související s pojmy „úmysl“ a „nedbalost“ jsou nesporné, protože jsou součástí ustálené judikatury¹⁸. Jak je správně uvedeno v bodu 286 napadeného rozsudku, napadené rozhodnutí odkazovalo na čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17 a to je třeba chápat tak, že podle názoru Komise bylo protiprávní jednání způsobeno úmyslně či přinejmenším z nedbalosti. Jak Tribunál uvedl v bodu 287 napadeného rozsudku, Komise dále v napadeném rozhodnutí podrobně popsala okolnosti protiprávního jednání, zejména důvody, na jejichž základě považovala cenovou politiku navrhovatelky za zneužívající, a důvody, na jejichž základě měla být navrhovatelka považována za odpovědnou, navzdory použitelné regulaci. Tvrzení, že Tribunál došel k nesprávnému závěru, podle kterého

17 — Viz rozsudky ze dne 9. listopadu 1983, NBIM v. Komise („Michelin I“) (322/81, Recueil, s. 3461, bod 107), a ze dne 8. listopadu 1983, IAZ International Belgium a další v. Komise (96/82 až 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 a 110/82, Recueil, s. 3369, bod 45). Viz rovněž rozsudek ze dne 14. prosince 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich a další v. Komise (T-259/02 až T-264/02 a T-264/04 a T-271/02, Sb. rozh. s. II-5169, bod 206).

18 — Viz rozsudek ze dne 1. února 1978, Miller (19/77, Recueil, s. 131, bod 18).

napadené rozhodnutí obsahovalo nedosta-
tečné odůvodnění, je proto třeba odmítnout.

přiměřené závěry z obecného jednání Komise
v projednávané věci.

40. Pokud jde o druhou výtku navrhovatelky, posouzení uvedená v bodech 295 až 300 napadeného rozsudku údajně nejsou dostatečně odůvodněná. Krom toho je odůvodnění založeno na nesprávném použití prvního pododstavce čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17. Chybí subjektivní přičitatelnost potenciálního porušení článku 82 ES. Z důvodu rozhodnutí RegTP a neexistující judikatury Společenství nevěděla navrhovatelka o údajné protisoutěžní povaze svého jednání. Tvrzení, která se týkají rozhodnutí RegTP v bodech 267 až 269 napadeného rozsudku, na které odkazuje bod 299 napadeného rozsudku, nepodporují závěr, podle kterého se navrhovatelka dopustila (úmyslného) pochybení. Posouzení zavinění nezávisí na tom, zda podnik věděl, že svým jednáním porušuje článek 82 ES, ale spíše na skutečnosti, zda si byl vědom protisoutěžní povahy svého jednání. Krom toho ani pojem „křížové financování“, použitý RegTP, ani rozsudek Bundesgerichtshof nepodporují závěr, že jednání navrhovatelky vyplývalo ze zavinění. Tribunál dále nepřezkoumal tvrzení, podle kterého měla navrhovatelka právo dovodit

41. Podle mého názoru v bodu 295 a následujících napadeného rozsudku splnil Tribunál povinnost uvést odůvodnění, když dospěl k závěru, že navrhovatelka jednala úmyslně, protože věděla o skutečnostech relevantních pro posouzení její věci. Argument navrhovatelky, podle kterého nevěděla o závěru, že určité jednání platné právní předpisy nedovolovaly – když odkazuje na pojmy „protisoutěžní“ nebo „protisoutěžní povaha“ – nemůže být úspěšný. Postačí poukázat na skutečnost, že uvedený přístup neodpovídá relevantním kritériím vymezeným v judikatuře uvedené výše v bodu 39, podle kterých jsou rozhodujícími okolnosti nebo skutečnosti, které odůvodňují konstatování protiprávního jednání podle článku 82 ES. Tribunál tak v bodu 298 napadeného rozsudku správně rozhodl, že argument navrhovatelky týkající se postupu před zahájením soudního řízení proti Spolkové republice Německo jsou irelevantní, protože se netýkají kritérií vymezených v judikatuře k pojmu „úmyslné pochybení“, jenž je uveden výše. Pokud jde o údajný příslib Komise, že nebude v řízení proti navrhovateli pokračovat, navrhovatelka nepředložila jediný důkaz na podporu svého tvrzení, a Tribunál se jím proto nemusel zabývat. Z uvedených

skutečností vyplývá, že třetí část prvního důvodu kasačního opravného prostředku je rovněž třeba zamítnout. První důvod kasačního opravného prostředku je tak třeba zamítnout v plném rozsahu jako neopodstatněný.

kritérium zvolené Komisí pro určení jednotlivých aspektů posouzení tarifů navrhovatelky. Námitka navrhovatelky se však týkala pozdější fáze odůvodnění – otázky přiměřenosti kritéria nůžkového efektu použitého Komisí.

B – Druhý žalobní důvod, vycházející z nesprávného právního posouzení při použití článku 82 ES

1. První část druhého důvodu kasačního opravného prostředku týkající se relevantnosti kritéria nůžkového efektu pro prokázání zneužití

42. Komise a společnosti Vodafone tvrdí, že tato část druhého důvodu kasačního opravného důvodu musí být zamítnuta.

43. Svou první výtkou uplatňuje navrhovatelka nesplnění povinnosti uvést odůvodnění, protože se Tribunál nezabýval jejími tvrzeními. Napadený rozsudek podle ní spočívá na začarovaném kruhu – Tribunál použil

44. Je třeba zdůraznit, že projednávaná forma zneužití je poprvé posuzována Soudním dvorem¹⁹. Jedinou existující judikaturou, která se týká nůžkového efektu, je rozsudek Soudu ve věci *Industrie des poudres sphériques v. Komise*²⁰. Uvedený rozsudek se však týkal spíše

19 — Viz rovněž probíhající řízení ve věci *TeliaSonera Sverige (C-52/09)*, ve které bylo předloženo více otázek, jež souvisí s nůžkovým efektem. Skutkové a právní okolnosti se však v mnoha ohledech liší (v uvedené věci například neexistuje interakce mezi právní úpravou v odvětví telekomunikací a právem hospodářské soutěže a společnost *TeilaSonera* zejména neměla právní povinnost nabízet vstupní produkty ADSL).

20 — Rozsudek ze dne 30. listopadu 2000 (T-5/97, Sb. rozh. s. II-3755, též nazývaný rozsudek „IPS“). Viz vnitrostátní rozsudky, mimo jiné: *Itálie – Telecom Italia*, A351, provedimento č. 13752 ze dne 16. listopadu 2004; *Francie – France Télécom v. SFR Cegetel/Bouygues*, rozhodnutí č. 04-D-48 ze dne 14. října 2004; *Dánsko – Song Networks A/S/TDC/SDNOFON*, dne 27. dubna 2004; *Švédsko – TeilaSonera*, dnr 1135/2002 ze dne 22. prosince 2004; *Spojené království, BSKyB*, CA98/20/2002, a věc *NCCN 500*, rozhodnutí Ofcom ze dne 1. srpna 2008. Viz rovněž poznámky pod čarou 26 a 29.

zamítnutí stížnosti Komisí nežli rozhodnutí, které konstatuje zneužívání dominantního postavení. V projednávané věci bude muset Soudní dvůr rozhodnout mimo jiné o zásadní otázce – postupoval Tribunál správně, když rozhodl, že nůžkový efekt představuje samostatné zneužití dominantního postavení, tedy i když neexistovaly zneužívající tarify za mezitímní služby nebo predátorské maloobchodní ceny? Jak uvedu dále, jsem toho názoru, že Tribunál, když souhlasil s definicí nůžkového efektu formulovanou Komisí v napadeném rozhodnutí, mohl konstatovat, aniž se dopustil nesprávného právního posouzení, že nůžkový efekt v projednávané věci skutečně představuje samostatnou formu zneužití. Pokud jde konkrétně o první výtku, která se týká nesplnění povinnosti uvést odůvodnění, s tvrzením navrhovatelky nesouhlasím. Odůvodnění Tribunálu se v tomto bodu neomezuje jen na body 166 až 168 napadeného rozsudku. V tomto ohledu jsou totiž relevantní i body 169 až 213, protože Tribunál se v nich zabýval metodou, kterou Komise použila při odpovědi na otázku, zda existoval nůžkový efekt, a tedy zda existovalo zneužití podle článku 82 ES. Na základě toho je možné konstatovat, že Tribunál článek 253 ES neporušil. Zároveň si nemyslím, že je možné vytýkat Tribunálu argumentaci v kruhu. Tribunál nepochybně v bodech 166 až 168 napadeného rozsudku pouze převzal názor Komise. Jak však správně uvedla společnost Vodafone, Tribunál v bodu 183 a následujících napadeného rozsudku přezkoumal tvrzení navrhovatelky a vysvětlil, proč bylo nutné tyto argumenty odmítnout. Krom toho při analýze metody Komise se Tribunál zabýval i otázkou, zda je taková metoda vhodná pro prokázání zneužití podle článku 82 ES. Proto v bodu 167 napadeného rozsudku Tribunál mohl v souladu s přístupem Komise uvést, že při takové formě zneužití je významné rozpětí mezi cenami, a nikoliv protiprávní povaha samotných cen. V takové souvislosti v bodech 189 až 191 napadeného rozsudku Tribunál odkazuje na rozhodnutí, která jsou v této souvislosti relevantní precedenty. V tomto případě tedy v napadeném

rozsudku zjevně nebyla porušena povinnost uvést odůvodnění.

45. Ve své druhé výtce navrhovatelka uplatňuje nesprávné použití článku 82 ES: kritérium nůžkového efektu je svou podstatou nevhodné pro prokazování zneužití v případě, kdy jsou ceny za mezitímní služby stanoveny VRO. Pokud VRO stanoví ceny za mezitímní služby nepřiměřeně, regulovaný podnik bude muset používat nepřiměřené maloobchodní ceny, aby zachoval příslušné rozpětí mezi velkoobchodními a maloobchodními cenami. Navrhovatelka zde byla nucena volit mezi dvěma formami zneužití – nůžkovým efektem nebo nepřiměřenými cenami. Zneužití se tak nemohla vyhnout. Podnik v dominantním postavení se může dopustit zneužití pouze tehdy, pokud jsou jeho maloobchodní ceny protiprávně nízké.

46. Jsem toho názoru, že když Tribunál správně rozhodl, že nůžkový efekt závisí na rozpětí mezi dvěma cenami, a nikoliv na absolutní výši samotných cen – a pochopitelně za předpokladu, že podnik sám může upravit alespoň jednu z takových cen – kritérium nůžkového efektu musí být použitelné, i když regulaci podléhá pouze jedna nebo obě takové ceny. Příklad nepřiměřených velkoobchodních cen za mezitímní služby stanovených VRO je totiž podle mého názoru pouze teoretický a navrhovatelka nevysvětlila, proč by

měl být pro projednávanou věc relevantní, zejména proto, že velkoobchodní ceny byly stanoveny v závislosti na nákladech, jak vyplývá z bodu 8 napadeného rozsudku, a navrhovatelka měla příležitost podat žádost za účelem zohlednění změny ve výpočtu nákladové základny. Napadený rozsudek je tak v souladu s článkem 82 ES, a první část druhého důvodu kasačního opravného prostředku je tudíž třeba zamítnout jako neopodstatněnou.

napadený rozsudek obsahuje rovněž nesprávné právní posouzení, jelikož se opírá o kritéria, která nejsou slučitelná s článkem 82 ES. Kritérium stejně výkonného soutěžitele (As-Efficient-Competitor-Test) bylo nesprávně použito na okolnosti projednávané věci, protože navrhovatelka, jako podnik v dominantním postavení, nepodléhá stejným regulačním podmínkám jako její soutěžitelé. Navrhovatelka byla nucena převzít všechny předplatitele bez ohledu na jejich ekonomickou přitažlivost. Krom toho musela poskytovat služby „předvolba“ a „call-by-call“ (společně označované jako „(před)volba“), zatímco její soutěžitelé takovou povinnost neměli. Kritérium stejně výkonného soutěžitele proto mělo být přizpůsobeno. Analýza neměla být založena na zákaznické struktuře navrhovatelky.

2. Druhá část druhého důvodu kasačního opravného prostředku, vycházející z nesprávného výpočtu nůžkového efektu

47. Komise a společnost Vodafone tvrdí, že tato část druhého důvodu kasačního opravného prostředku musí být zamítnuta.

48. Ve své první výtce navrhovatelka tvrdí, že v souvislosti s přezkumem metodiky Komise

49. Tato část druhého důvodu kasačního opravného prostředku se týká kritérií, která

jsou relevantní pro konstatování, že nůžkový efekt má být považován za zneužití podle článku 82 ES. Nyní je zřejmé, že Komise v napadeném rozhodnutí a Tribunál v napadeném rozsudku navrhovatelce nevytýkaly úroveň jejích velkoobchodních cen zejména proto, že byly stanoveny VRO (i když z bodu 93 napadeného rozsudku vyplývá, že tato skutečnost byla uplatňována spíše ve prospěch navrhovatelky). Problémem nebylo to, že její velkoobchodní ceny byly příliš vysoké, ale spíše to, že její maloobchodní ceny byly příliš nízké a že rozpětí mezi nimi a velkoobchodními cenami – a v tomto důsledku marže soutěžitelů – tak byli buď záporné, nebo nedostatečné v závislosti na rozhodné době²¹. Jak tedy vyplývá z bodu 181 napadeného rozsudku, dotčené tvrzení navrhovatelky ohledně specifických nákladů na produkt se týká pouze druhého období (od roku 2002 do května roku 2003), protože v prvním období bylo rozpětí mezi velkoobchodními a maloobchodními cenami navrhovatelky záporné. Soudní dvůr musí jako kritérium v této souvislosti posoudit relevantnost kritéria stejně výkonného soutěžitele, které je předmětem první výtky navrhovatelky. Soudní dvůr bude muset odpovědět na otázku, zda v případech nůžkového efektu se v zásadě mají vzít v úvahu místo vlastních nákladů podniku v dominantním postavení

(kritérium stejně výkonného soutěžitele)²² náklady jeho soutěžitelů (kritérium přiměřeně výkonného soutěžitele; Reasonably-Efficient-Competitor-Test). V roce 1998 Komise ve svém oznámení o přístupu výslovně navrhl, aby byla obě tato kritéria relevantní. V souvislosti s prvně uvedeným kritériem Komise uvedla: „Stlačování [cen] je prokazatelné, pokud se ukáže, že vlastní navazující útvary dominantní společnosti by nemohly obchodovat se ziskem, pokud by jim předcházející útvary společnosti účtovaly stejné ceny jako konkurentům [...]“²³. Pokud jde o druhé kritérium uvedla: „Za určitých okolností je možné stlačování [cen] prokázat také tím, že marže mezi cenou účtovanou konkurentům na navazujícím trhu [...] za přístup a cenou, kterou provozovatel sítě účtuje na navazujícím trhu, nestačí k tomu, aby umožnila dostatečné výkonnému poskytovateli služeb na navazujícím trhu získat obvyklý zisk [...]“²⁴. Jak je však správně připomenuto v napadeném rozsudku, Tribunál považoval kritérium stejně výkonného soutěžitele za relevantní v kontextu predátorských cen v rozsudku AKZO v. Komise²⁵. Tribunál podle svého názoru správně rozhodl, že kritérium stejné výkonného soutěžitele je relevantní nejen v případě, kdy je zneužití způsobeno rozdílem mezi cenami a náklady podniku v dominantním postavení, ale rovněž tehdy, pokud jde o rozdíl mezi velkoobchodními a maloobchodními cenami²⁵. Soudím, že je skutečně obtížné nalézt chybu v analýze Tribunálu uvedené v bodech 186 až 194 napadeného rozsudku, protože z relevantní judikatury a ze zásady právní jistoty

21 — „Viz sporná námitka v rozhodnutí Komise 88/518/EHS ze dne 18. července 1988 v řízení podle článku [82 ES] (věc č. IV/30.178 Napier Brown – British Sugar) (Úř. věst. L 284, s. 41), body 65 a 66 odůvodnění: BS [ponechal] nedostatečný prostor pro [...] maloobchodní prodejce cukru, kteří byli stejně výkonní jako BS [...]. Udržování rozpětí podnikem v dominantním postavení mezi cenou, kterou účtuje za surovinu podnikům, jenž s ním soutěží na trhu s odvozeným produktem, a cenou, kterou účtuje za odvozený produkt, jež je nedostatečné pro to, aby odráželo náklady na zpracování produktu samotného podnikem v dominantním postavení [...] představuje zneužití dominantního postavení“ (neoficiální překlad). Viz též bod 41 odůvodnění.

22 — U takového kritéria je možno vzít v úvahu skutečné či jen abstraktní (potenciální) soutěžitele. Potvrdil jej i Competition Appeal Tribunal (dále jen „CAT“) ve Spojeném království v rozsudku Genzyme (remedy) [2005] CAT 32, bod 249, a Odvolací soud v Bruselu v rozsudku ze dne 18. prosince 2007, TELE2/Belgacom, R.G. 2006/MR/3.

23 — Viz European Commission: Pricing Issues in Relation to Unbundled Access to the Local Loop, ONP Committee, OPNCOM 01-17 ze dne 25. června 2001, s. 1 až 17.

24 — Rozsudek ze dne 3. července 1991 (C-62/86, Recueil, s. I-3359).

25 — Viz v této souvislosti stanovisko generálního advokáta Fennellyho k rozsudku ze dne 16. března 2000, Compagnie maritime belge transports a další v. Komise (C-395/96 P a C-396/96 P; Recueil, s. I-1365, body 123 až 139).

jasně vyplývá, že kritérium stejně výkonného soutěžitele je v kontextu projednávané věci vhodným kritériem. Krom toho existuje mnoho názorů, podle kterých je kritérium stejně výkonného soutěžitele vhodným kritériem²⁶.

50. Pokud jde konkrétně o první výtku, navrhovatelka zpochybňuje bod 188 napadeného rozsudku a tvrdí, že pro účely projednávané věci by měla být relevantní situace soutěžitelů, a nikoliv situace podniku v dominantním postavení. Navrhovatelka tvrdí, že jelikož je jakožto podnik v dominantním postavení v projednávané věci vystavena odlišným

právním a skutkovým podmínkám, kritérium stejně výkonného soutěžitele by mělo být modifikováno. Konkrétně tvrdí, že analýza neměla být založena na její zákaznické struktuře. Především uvádím, že sama navrhovatelka uznává, že uvedené kritérium je obecně užitečné, protože snižuje podporu nevykonných soutěžitelů a zvyšuje právní jistotu podniku v dominantním postavení, protože podle tohoto kritéria je možné posoudit legalitu vlastních aktivit *ex ante*. Dále, jak Komise správně uvedla, navrhovatelka se nemůže bránit tvrzením, že není stejně výkonná jako její soutěžitelé. Právo hospodářské soutěže nepřipouští „obranu z důvodu nevykonnosti“. Cílem článku 82 ES je naopak zabránit jednání podniku v dominantním postavení, který se snaží zabránit „tlakům“ typickým pro řádnou hospodářskou soutěž, kvůli které je takový podnik nucen usilovat o odstranění nevykonnosti. Proto nejsem přesvědčen o tom, že projednávaná věc by měla odůvodnit přizpůsobení kritérií, která článek 82 ES v tomto kontextu zavádí.

26 — To bylo potvrzeno Competition Appeal Tribunal ve Spojeném království v rozsudku Genzyme, č. 1016/1/03 [2004] CAT 4 a Court of Appeal Spojeného království ve věci Albion (Dwr Cymru Cyfyngedig a Albion Water Limited a Water Services Regulation Authority [2008] EWCA Civ 536), bod 105. I tak lze tvrdit, že v napadeném rozsudku (zejména v bodu 188) Tribunál ze zásady zcela nevyloučil kritérium přiměřeně výkonného soutěžitele a jsem toho názoru, že je představitelné, že mohou existovat další případy, ve kterých kritérium přiměřeně výkonného soutěžitele bude vhodné jako sekundární a doplňkové kritérium. Pokud jde o potenciální porušení zásady právní jistoty, někteří komentátoři navrhuji, aby byla posuzována případ od případu a že subjekty s dlouholetou praxí jsou často v dobré pozici, aby posoudili náklady případného nového subjektu na trhu či alespoň náklady případného přiměřeně výkonného nového subjektu na trhu, v neposlední řadě proto, že mají jedinečnou znalost trhu. Viz Amory, B. and Verheyden, A., „Comments on the CFI's recent ruling in Deutsche Telekom“, Global Competition Policy, May 2008, a Clerckx, S. a De Muyter, L., „Price squeeze abuse in the EU telecommunications sector“, Global Competition Policy, duben 2009. Viz rovněž O'Donoghue, R., a Padilla, A.J., The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford: Hart, 2006, s. 191 a 331.

51. Ve své druhé výtce navrhovatelka tvrdí, že se Tribunál dopustil nesprávného právního posouzení, protože nevzal v úvahu tarify jiných telekomunikačních služeb (telefonní hovory). Taková metoda není slučitelná ani s hospodářskými pravidly, ani s rozhodovací praxí jiných příslušných orgánů v Evropě a Spojených státech. Je v rozporu s realitou

trhu: ani účastníci, ani operátoři nepovažují služby přístupu za od sebe oddělené. Z hospodářského hlediska musí analýza nůžkového efektu zohlednit všechny příjmy a náklady mezitímních služeb. V případě podniků poskytujících více produktů, pokud náklady na mezitímní služby slouží jako základ pro jednotlivé služby poskytované účastníkům na více trzích ve stejné době, se seskupování musí provádět na vyšší úrovni, kdy se vezmou v úvahu všechny relevantní služby poskytované účastníkům.

je soutěžitel schopen konkurovat podniku v dominantním postavení na základě rovnosti příležitostí. Krom toho, jak Tribunal správně rozhodl v bodu 192 napadeného rozsudku, jakýkoliv jiný přístup by byl v rozporu se zásadou právní jistoty. Navrhovatelka však tvrdí, že navzdory nůžkovému efektu byli její soutěžitelé schopni jí konkurovat na základě odlišných obchodních modelů, například nabízením produktů prostřednictvím služeb mimo dotčený trh. Jak vyplývá z bodů 195 až 199 napadeného rozsudku, kritérium stejné výkonného soutěžitele ukázalo, že soutěžitelé navrhovatelky nemohli ekonomicky převzít model konkrétně využívaný navrhovatelkou na trhu přístupu. Navrhovatelka nemůže v projednávané věci požadovat úpravu kritéria stejné výkonného konkurenta jen proto, že její situace není stejná jako situace jejích soutěžitelů. Není to možné pouze proto, že podnik v dominantním postavení a jeho soutěžitelé nikdy nebudou, *per definitionem*, ve stejné situaci. Pokud jde o argument, který se týká obtíží, jimž čelí jako bývalý státní podnik v procesu transformace na komerční podnik, a v důsledku toho má jinou zákaznickou strukturu než její soutěžitelé, postačí poukázat na skutečnost, že – jak jsem již uvedl – právo hospodářské soutěže nebere v úvahu takovou nevykonnost podniků v dominantním postavení. Krom toho Komise uvedla, že navrhovatelka měla spíše konkurenční výhodu díky svým zákazníkům analogových služeb, kteří chtěli modernizovat svůj přístup. Pokud jde o tvrzení, že pouze navrhovatelka nabízela službu „call-by-call“, Komise uvedla, že to není pravda – někteří ze soutěžitelů rovněž tuto službu svým zákazníkům poskytovali. Povinnost navrhovatelky umožnit takovou službu vyplývala z jejího specifického postavení na trhu; nešlo tedy o diskriminaci vůči jejím soutěžitelům – s různými situacemi bylo zacházeno odlišně. Jak jsem již uvedl v úvodu svého stanoviska, regulace nemůže ovlivnit použití článku 82 ES, pokud navrhovatelka měla dostatečný rozhodovací prostor. Navrhovatelka proto nyní nemůže usilovat o uznání specifického postavení z důvodu této regulace.

52. Kritérium stejné výkonného soutěžitele je skutečně vhodné, protože ukazuje, zda

53. Navrhovatelka tvrdí, že analýza nůžkového efektu Tribunálem je neúplná, protože nebere v úvahu hovory, které byly uskutečněny prostřednictvím mezitímních služeb. Soutěžitelé totiž mohou vyloučit (před)volbu operátorů a poskytnout nevázaný přístup, hovory atd. prostřednictvím místní přípojky. Poptávka účastníků a hospodářská soutěž operátorů se v takovém případě týká vázané nabídky služeb přístupu a telefonických hovorů. Zadržené body 196 až 202 napadeného rozsudku jsou založeny na vícero nesprávných právních posouzeních. Otázka, zda jsou tarify hovorů relevantní, závisí na zásadní otázce, která se týká správné metody, jež má být použita na podniky poskytující více produktů. Tribunál se takovému posouzení nemůže vyhnout tím, že odkáže na omezený přezkum v bodu 185 napadeného rozsudku.

hovorů, jsou z právního hlediska nesprávné. Napadený rozsudek si odporuje. V bodu 113 se u přičitatelnosti Tribunál opírá o skutečnost, že cíle odvětvové regulace se mohou lišit od cílů hospodářské politiky Společenství, ale dále přímo ze zásady regulace dovozuje, že je nutné odděleně zohlednit ceny přístupu a ceny telefonních hovorů, ačkoliv účastníci považují takové služby za jeden celek. Dále bod 161 napadeného rozsudku obsahuje nedostatečné odůvodnění, protože neuvádí, proč je myšlenka Tribunálu správná a nezkoumá námitky navrhovatelky.

54. Zprvé tvrzení v bodech 196 a 197 napadeného rozsudku – podle kterých zásada restrukturalizace tarifů vyžaduje oddělené zohlednění tarifů přístupu a tarifů telefonních

55. Opět souhlasím s Komisí v tom, že v projednávané věci je s článkem 82 ES slučitelný pouze takový přístup, který umožňuje oddělené posouzení dvou trhů a analýzu nůžkového efektu mezi velkoobchodním a maloobchodním trhem. V bodech 195 až 207 napadeného rozsudku se totiž Tribunál nedopustil nesprávného právního posouzení, když potvrdil přístup Komise. Pokud jde o argument týkající se kritéria nůžkového efektu, v případě podniku, který poskytuje více produktů, Komise správně uvedla, že navrhovatelka nebere v úvahu skutečnost, že služby přístupu nejsou nutné pro příjmy z telefonních hovorů. Se službou „call-by-call“ mohla navrhovatelka rovněž dosáhnout příjmů na

telekomunikačním trhu, stejně jako její soutěžitelé, bez ohledu na stav smluv s předplatiteli. Komise správně objasnila, proč je tvrzení navrhovatelky, že všichni soutěžitelé ukončili službu call-by-call, nesprávné. Navrhovatelka zaměňuje příčinu za následek – nůžkový efekt, který způsobila, bránil soutěžitelům, aby poskytovali pouze služby přístupu a pokryli své náklady. Pokud jde o příklad rozhodnutí jiných regulačních orgánů, které dospěly k odlišným závěrům, mohou být zajímavé jen z hlediska srovnávacího práva. Nemění však cíle a kritéria analýzy podle článku 82 ES. Pokud jde o tvrzení v bodu 185 napadeného rozsudku, jsem toho názoru, že na rozdíl od toho, co bylo uvedeno, Tribunál pro účely potvrzení metody Komise provedl podrobné posouzení.

56. Krom toho podle navrhovatelky je závěr, že zásada restrukturalizace tarifů vylučuje telekomunikační služby, věcně nesprávný a porušuje článek 82 ES. Uvedená zásada nestanoví kritéria pro použití článku 82 ES. Krom toho se zásada restrukturalizace tarifů použije pouze na navrhovatelku a její cenovou regulaci, a nikoliv na její soutěžitele. Neuvažuje její soutěžní možnosti. Regulaci v odvětví

telekomunikací je sice možné použít pro provedení článku 82 ES, ale uvedený článek není nástrojem určeným k provedení odvětvové specifické regulace.

57. Pokud jde o zásadu restrukturalizace tarifů, nezdá se, že v napadeném rozsudku byly rozpory. Je nesporné, že článek 82 ES musí brát v úvahu situaci a právní rámec dotčeného trhu. Tvrzení o údajném nedostatečném odůvodnění v napadeném rozsudku v této souvislosti nemůže uspět, pokud není dostatečně podrobné. Navrhovatelka zejména nevysvětluje, jaké jsou její výhrady proti použití zásady restrukturalizace tarifů. Krom toho, zatímco bod 196 napadeného rozsudku vymezuje vztah mezi regulačním rámcem a posouzením podle článku 82 ES, bod 197 odkazuje na odůvodnění Komise. Souhlasím s Komisí, že na rozdíl od tvrzení navrhovatelky restrukturalizace tarifů upravená ve směrnici 96/19/ES²⁷ jednoznačně směřuje k oddělení poskytování univerzální služby a služby podléhající hospodářské soutěži a k rozlišování podle nákladů. Proto je třeba vyhnout se křížovému financování. Uvedené tvrzení však vede k závěru, který byl správně

27 — Směrnice Komise 96/19/ES ze dne 13. března 1996, kterou se mění směrnice 90/388/EHS s ohledem na zavedení úplné hospodářské soutěže na telekomunikačním trhu (Úř. věst. L 74, s. 13).

přijat v bodu 196 napadeného rozsudku, že musí existovat rozlišení mezi cenami připojení a cenami hovorů i v rámci analýzy podle článku 82 ES. Není relevantní, zda se regulace v tomto směru uplatňuje na soutěžitele, protože směrnice 96/19 je určena právě k ochraně soutěžitelů navrhovatelky.

jsou rozhodujícími pouze struktura nákladů a ceny navrhovatelky.

58. Zprvée, navrhovatelka uvádí, že bod 199 napadeného rozsudku není dostatečně odůvodněn. Tribunál měl přezkoumat, které služby jsou založeny na místním připojení jako mezitímní služby. Teprve pak mohl dojít k závěru ohledně rovnosti příležitostí. Rovnost je zajištěna pouze na základě globální analýzy cen a nákladů všech služeb v rámci místního připojení. Navrhovatelka tvrdí, že Tribunál popřel zákony logiky a odkazuje na bod 238 napadeného rozsudku. Domněnka Tribunálu, podle které navrhovatelka nenese žádné náklady na připojení, je zjevně nesprávná. Ve skutečnosti, když jsou ceny připojení používané navrhovatelkou nižší než její vlastní náklady, měla navrhovatelka, stejně jako její soutěžitelé využít křížové financování mezi cenami za přístup a cenami hovorů. Krom toho tvrzení v bodu 202 napadeného rozsudku je údajně v přímém rozporu s kritériem stejné výkonného soutěžitele, podle kterého

59. Soudím, že tvrzení v bodech 199 až 201 napadeného rozsudku, podle kterých rovnost příležitostí vyžaduje oddělení, jsou správná, protože celkové posouzení připojení a hovorů by soutěžitele navrhovatelky nutilo k tomu, aby s ní soutěžili pouze na základě specifického modelu křížového financování, což by upevnilo její silné postavení v oblasti služeb připojení, jak správně uvedla Komise. Jak nicméně Tribunál rozhodl v bodu 202 napadeného rozsudku, model navržený navrhovatelkou by její soutěžitele nutil k tomu, aby svoje ztráty vzniklé v oblasti služeb připojení kompenzovali vyššími cenami hovorů. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že navrhovatelka nepochybně definici trhu, podle které maloobchodní služby připojení a tarify hovorů představují oddělené trhy. Krom toho služby hovorů je možné poskytovat i bez využívání služeb připojení. Komise správně uvádí, že tvrzení o porušování zásad logiky navrhovatelce nepomůže. Napadené rozhodnutí kritizovalo nůžkový efekt pouze z důvodu jeho vlivu na maloobchodní trh, a Komise proto nemusela šetřit, zda soutěžitelé měli na trhu služeb hovorů horší postavení nežli navrhovatelka. Podle mého názoru postačí uvést, že bod 237 napadeného rozsudku již obsahuje

úplnou odpověď na tvrzení uplatněná v prvním stupni řízení, což pro potvrzení napadeného rozhodnutí postačí. Kritika bodu 238 napadeného rozsudku je proto irelevantní. Navrhovatelka v žádném případě neprokázala, že její kritika je opodstatněná. Tribunál krom toho rozhodl – aniž sám sobě protirečil – na základě kritéria stejně výkonného soutěžitele, že soutěžitelé mají na trhu příležitost, pokud budou, s poplatky za připojení natolik vysokými, aby pokryli své náklady, nabízet levnější hovory než navrhovatelka, aby soubory služeb byly srovnatelné.

61. Souhlasím s Komisí, že Tribunál rozhodl o skutkové otázce vznesené navrhovatelkou a nevyřešil spor ohledně důkazního břemene. V bodu 202 napadeného rozsudku Tribunál uvedl, že navrhovatelka v dotčeném období významně snížila ceny telefonních hovorů. Navrhovatelka nemůže toto tvrzení napadnout, protože se nedomáhá žádného zkreslení skutkových okolností. Druhou část druhého důvodu kasačního opravného prostředku je tudíž třeba zamítnout.

3. Třetí část druhého důvodu kasačního opravného prostředku, která se týká účinků nůžkového efektu

62. Komise a společnosti Vodafone tvrdí, že tato část druhého důvodu kasačního opravného prostředku musí být zamítnuta.

60. Navrhovatelka se konečně domnívá, že Tribunál použil nesprávné právní kritérium s ohledem na rozložení důkazního břemene, protože v bodech 201 a 202 napadeného rozsudku pouze uvedl, že „nemůže být vyloučeno“, že soutěžitelé neměli hospodářskou možnost přistoupit k vyrovnání možných ztrát vzniklých v důsledku telefonního spojení prostřednictvím příjmů z hovorů, zatímco navrhovatelka chtěla ve své žalobě v prvním stupni prokázat, že bylo možné provádět křížové financování.

63. Navrhovatelka ve své první výtce tvrdí, že vzhledem k tomu, že výpočet nůžkového efektu byl nesprávný, posouzení účinků údajného nůžkového efektu je rovněž postiženo nesprávným právním posouzením. V bodech 234 a 235 napadeného rozsudku je správně odmítnuta myšlenka Komise, že nebylo nutné prokazovat protisoutěžní účinky. Analýza v bodu 237 napadeného rozsudku se však zakládá na nůžkovém efektu, který zohledňuje pouze ceny připojení. V bodu 238

napadeného rozsudku je odkazováno na nesprávnou domněnku, podle které jsou soutěžitelé při křížovém financování mezi službami přístupu a službami telefonního hovoru diskriminováni ve srovnání s navrhovatelkou, která u služeb připojení nemá žádné ztráty. Ve druhé větce navrhovatelka tvrdí, že úvahy, které prokazují, že protisoutěžní účinky existovaly, jsou rovněž postiženy nesprávným právním posouzením. Bod 239 napadeného rozsudku jen uvádí, že podíl soutěžitelů na trhu s úzkopásmovým a širokopásmovým připojením byl slabý, aniž by uváděl příčinou souvislost mezi takovými podíly na trhu a údajným nůžkovým efektem. Krom toho, bod 240 napadeného rozsudku je založen na nesprávném pochopení bodu 182 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

navrhovatelky způsobit v rozvoji hospodářské soutěže na dotčeném trhu. Tribunál tedy nevyžadoval, aby Komise prokázala skutečné protisoutěžní účinky – vyžadoval důkaz o vzniku omezení pro vstupu na trh, tedy prokázání potenciálních protisoutěžních účinků. V této souvislosti Tribunál v bodu 237 napadeného rozsudku konstatoval, že vzhledem k tomu, že mezitímní služby žalobkyně jsou nezbytné k tomu, aby umožnily jednomu z jejích soutěžitelů vstoupit s ní do hospodářské soutěže na navazujícím trhu služeb přístupu pro účastníky, nůžkový efekt mezi tarify mezitímních služeb a maloobchodními tarify žalobkyně bude v zásadě narušovat rozvoj hospodářské soutěže na navazujících trzích. Tribunál tak podle mého názoru správně zdůraznil skutečnost, že v projednávané věci byly mezitímní služby nevyhnutelné a že bez přístupu k nim by soutěžitelé navrhovatelky ani nemohli vstoupit na navazující trh přístupu pro účastníky. To je v souladu s přístupem, který Tribunál zavedl ve své judikatuře potvrzené Soudním dvorem, podle které se požadovaný účinek nezbytně netýká konkrétního účinku zneužívajícího jednání, které bylo předmětem stížnosti. Pro účely prokázání porušení článku 82 ES stačí prokázat, že zneužívající jednání podniku v dominantním postavení směřuje k omezení hospodářské soutěže nebo jinými slovy, že jednání má nebo může mít takový účinek²⁸. Podle mého názoru z uvedených skutečností vyplývá, že Komise musí prokázat, že existují potenciálně protisoutěžní účinky v souvislosti se specifickým

64. Chci zdůraznit, že v bodu 235 napadeného rozsudku Tribunál správně uvedl, že Komise musí prokázat, že cenové praktiky navrhovatelky měly protisoutěžní účinek. Z uvedeného bodu jednoznačně vyplývá, že Tribunál zastává názor, že protisoutěžní účinek, který je Komise v projednávané věci povinna prokázat, souvisí s případnými omezeními, která mohla cenová politika

28 — Rozsudky ze dne 15. března 2007, *British Airways v. Komise* (C-95/04 P, Sb. rozh. I-2131, bod 30), který se vztahuje k rozsudkům Soudu ze dne 30. září 2003, *Michelin v. Komise* (T-203/01 [rozsudek „Michelin II“] Sb. rozh. s. II-4071, body 238 a 239), a ze dne 17. prosince 2003, *British Airways v. Komise* (T-219/99, Recueil, s. II-5917, bod 293). Viz též stanovisko generálního advokáta Ruiz de Jaraba-Colomera ve věci *Sot. Klélos kai Sia* a další, uvedeně výše v poznámce pod čarou 7, bod 50. K této problematice viz též publikace generální advokátky J. Kokott: *Economic Thinking in EU Competition Law*, Madrid, 29. října 2009.

relevantním trhem²⁹. Proto pouhé tvrzení, podle kterého může dojít k neurčitým abstraktním protisoutěžním účinkům, nestačí. Z výše uvedených skutečností vyplývá, že se Tribunál nedopustil nesprávného právního posouzení.

v této fázi posuzování změnit přístup, který byl použit jako základ pro výpočet nůžkového efektu, a vzít v úvahu telefonní hovory. Pokud jde o tvrzení, které se týká bodu 182 odůvodnění napadeného rozhodnutí, je dále třeba uvést, že není směřováno proti napadenému rozsudku. Krom toho, jak uvedla Komise, je nepřípustné, protože nebylo uplatněno v prvním stupni a v každém případě je neopodstatněné, protože nůžkový efekt v projednávané věci bez ohledu na jeho rozsah hospodářsky znemožnil soutěžitelům, aby nabízeli služby přístupu za stejnou cenu jako navrhovatelka. Třetí část druhého důvodu kasačního opravného prostředku je třeba zamítnout jako částečně nepřípustnou a v každém případě neopodstatněnou. V důsledku toho je třeba třetí důvod kasačního opravného prostředku zamítnout v plném rozsahu.

65. Pokud jde o první výtku navrhovatelky, podle které je analýza účinků v každém případě nesprávná, protože bere v úvahu pouze ceny připojení, je tato výtku neopodstatněná. Již jsem výše v tomto stanovisku vysvětlil, proč by tato tvrzení měla být odmítnuta. Pokud jde o druhou výtku navrhovatelky, která se týká příčinné souvislosti, a zejména jejího tvrzení, že v odvětví telekomunikací je běžné, že operátoři pronikají na trh pomalu, nebylo toto tvrzení uplatněno v prvním stupni a v každém případě není relevantní. V souvislosti se zařazením telefonních služeb navrhovatelka nevysvětlila, proč bylo nutné

C – Třetí důvod kasačního opravného prostředku, vycházející z nesprávného právního posouzení při výpočtu pokuty

1. První část třetího důvodu kasačního opravného prostředku, která se týká závažné povahy protiprávního jednání

29 — Takový přístup je v souladu s rozsudkem Sot. Lélou kai Sia a další; kde Soudní dvůr zdá se implicitně odmítl pojem zneužití per se a zkoumal objektivní odůvodnění s přihlédnutím k souvislostem specifického trhu. Viz rozsudky CW/00615/05/03, Vodafone/O2/Orange/T-Mobile, rozhodnutí Ofcom z května 2004 a BTOpenworld's consumer broadband products, rozhodnutí Ofel, listopad 2003.

66. Navrhovatelka tvrdí, že byl porušen čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17, protože ani argumenty

Komise, ani úvahy Tribunálu v bodech 306 až 310 napadeného rozsudku nepodporují tvrzení, že za první období se navrhovatelka dopustila závažného protiprávního jednání. Tribunál nevzal v úvahu skutečnost, že podle části 1A pokynů pro stanovování pokut³⁰ jednání ve formě vyloučení pouze „může“ představovat závažné protiprávní jednání. Nepřezkoumal tak tvrzení směřující proti kvalifikaci protiprávního jednání jako jednání závažného.

irelevantní, protože protiprávní jednání nebylo kvalifikováno jako závažné, ale pouze jako méně závažné. V souvislosti s obdobím od roku 1998 do roku 2001 Komise správně uvedla, že podle části 1A první odrážky pokynů není povinna ve fázi posuzování závažnosti protiprávního jednání brát v úvahu malý podíl na protiprávním jednání (viz bod 311 napadeného rozsudku). Jak vyplývá z bodu 312 napadeného rozsudku, Komise využila možnosti vzít v úvahu polehčující okolnosti. Navrhovatelka krom toho nevyvětlila, jaká konkrétní účast RegTP při stanovení cen měla vést k dodatečnému snížení pokuty. Tuto část třetího důvodu kasačního opravného prostředku je tak třeba zamítnout.

67. Komise tvrdí, že tato část třetího důvodu kasačního opravného prostředku musí být zamítnuta.

2. Druhá část třetího důvodu kasačního opravného prostředku, která se týká nedostatečného zohlednění polehčujících okolností

68. Postačí zdůraznit, že pro období od 1. ledna 2002 je argument navrhovatelky

69. Navrhovatelka tvrdí, že Komise v bodu 212 odůvodnění napadeného rozhodnutí vzala v úvahu pouze existenci odvětvově specifické regulace na vnitrostátní úrovni, ale nikoliv obsah regulace, tedy přezkoumání a negativní odpověď RegTP v souvislosti

30 — Pokyny o metodě stanovování pokud uložených podle čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17 a čl. 65 odst. 2 Smlouvy o ESVO (Úř. věst. 1998 C 9, s. 3; dále jen „pokyny“).

s protisoutěžním nůžkovým efektem. Tribunál se dopustil nesprávného právního posouzení, protože nekritizoval Komisi za to, že nevezala v úvahu dvě polehčující okolnosti ve smyslu části 3 pokynů. Vzhledem k rozhodnutí RegTP byla navrhovatelka přesvědčena o legalitě svého jednání. Protiprávní jednání bylo v každém případě uskutečněno z nedbalosti.

3. Třetí část třetího důvodu kasačního opravného prostředku, která se týká uložení symbolické pokuty

70. Komise tvrdí, že tato část kasačního opravného prostředku musí být zamítnuta.

71. Jak tvrdí Komise, navrhovatelka v každém případě nebere v úvahu skutečnost, že bod 212 odůvodnění napadeného rozhodnutí byl formulován široce a že zcela potvrzuje výklad uvedený v bodu 312 napadeného rozsudku. Pokud jde o argument, podle kterého navrhovatelka jednala toliko z nedbalosti, nebyl uplatněn v prvním stupni řízení. Tribunál v každém případě v bodech 295 až 297 správně rozhodl tak, že jednání navrhovatelky odpovídalo definici úmyslného protiprávního jednání. Tato část třetího důvodu kasačního opravného prostředku je zčásti nepřijatelná a v každém případě neopodstatněná.

72. V bodu 319 napadeného rozsudku bylo porušeno právo na rovné zacházení. Navrhovatelce měla být uložena symbolická pokuta, stejně jako v rozhodnutí *Deutsche Post*³¹. Navrhovatelka jednala v souladu s judikaturou německých soudů a rozhodnutími RegTP. Není relevantní, že rozsudek *Oberlandesgericht* byl později zrušen, protože vyplýval z možnosti výjimky, která není v projednávané věci použitelná, a až po jeho zrušení mohla navrhovatelka vycházet ze zásady, podle které mohla být odpovědná podle článku 82 ES. Situace navrhovatelky je srovnatelná se situací, která byla základem rozhodnutí *Deutsche Post*. Sdělení o přístupu lze jen těžko nazvat „judikaturou“. Konečně ukončení protiprávního jednání podnikem nemusí představovat nevyhnutelnou podmínku pro uložení symbolické pokuty.

31 — Rozhodnutí Komise 2001/892/Es ze dne 25. července 2001 v řízení podle článku 82 Smlouvy o ES (věc COM-P/C-1/36.915 – *Deutsche Post AG* – Zadržování přeshraniční pošty) (Úř. věst. L331, s. 40, dále jen „rozhodnutí *Deutsche Post*“).

73. Komise tvrdí, že tato část třetího důvodu kasačního opravného prostředku musí být zamítnuta.

vého hlediska nesprávné a že rozdíly v nich uvedené neexistují. Komise má též pravdu v tom, že symbolické pokuty jsou výjimkou a že by se od ní nemělo požadovat, aby se ospravedlňovala, když ukládá pokutu podle běžných pravidel. Komise v každém případě vzala v úvahu rozhodnutí RegTP v rámci polehčujících okolností. Tribunál v bodech 312 a 313 potvrdil, že v této souvislosti nedošlo k nesprávnému právnímu posouzení. Pokud jde o rozsudek Oberlandesgericht, postačí poukázat na skutečnost, že Tribunál správně uvedl v bodu 319 napadeného rozsudku, že byl vyneseno v období, za které Komise neuložila pokutu, jež by jinak byla za normálních okolností přiměřená. V každém případě je pravda, že Oberlandesgericht se v žádném případě nevěnoval otázce faktorů, které je třeba vzít v úvahu při definování nůžkového efektu. Uvedený rozsudek je tak pro účely symbolické pokuty nerelevantní. Konečně je uvedený rozsudek neslučitelný s judikaturou Soudního dvora. Skutečnost, že ho Bundgerichtshof zrušil, jen potvrzuje to, co již navrhovatelka měla vědět. Zadruhé, Komise dala najevo svůj postoj formou určitých postupů v rámci komunikace s navrhovatelkou. Vyjádření RegTP se netýkala článku 82 ES a Komise v každém případě ve svém sdělení o přístupu v roce 1998 oznámila, že právo hospodářské soutěže Společenství se použije spolu s telekomunikačním právem a že postupy schválené VRO podléhají ustanovením Smlouvy ohledně hospodářské soutěže. Konečně jsem toho názoru, že postačí uvést, že na rozdíl od věci Deutsche Post se navrhovatelka v projednávané věci nezavázala, že se v budoucnu vyhne jakémukoliv protiprávnímu jednání. Komise krom toho dodala, že jí v projednávané věci navrhovatelka neusnadňovala plnění jejího úkolu orgánu pro hospodářskou soutěž. Tuto část třetího důvodu kasačního opravného prostředku je třeba rovněž zamítnout jako neopodstatněnou, a v důsledku toho je třeba zamítnout i třetí důvod kasačního opravného prostředku v plném rozsahu. Z výše uvedených skutečností vyplývá, že kasační opravný prostředek musí být zamítnut.

74. Komise správně tvrdí, že výtku navrhovatelky není relevantní. Takový argument by navrhovatelce pomohl pouze tehdy, pokud by skutkový a právní rámec uvedených dvou věcí byl přímo srovnatelný³². Body 317 až 320 napadeného rozsudku dokazují, že tomu tak není a navrhovatelka netvrdila, že argumenty uvedené v těchto bodech jsou ze skutko-

32 — Viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 2. října 2003, *Aristrain v. Komise* (C-196/99 P, Recueil, s. I-11005, bod 76 a násl.).

IV – Závěry

75. Ve světle výše uvedených skutečností navrhuji, aby Soudní dvůr:

- zamítl kasační opravný prostředek;
- uložil společnosti Deutsche Telekom, že ponese vlastní náklady řízení a nahradí náklady řízení Komise;
- uložil společnosti Vodafone a společnosti Versatel, že ponesou vlastní náklady řízení.