



Zbornik sudske prakse

PRESUDA OPĆEG SUDA (deveto prošireno vijeće)

13. prosinca 2018.*

„Tržišno natjecanje – Zloupotreba vladajućeg položaja – Slovačko tržište širokopojsnih telekomunikacijskih usluga – Pristup trećih poduzetnika lokalnoj petlji dugogodišnjeg operatera na tom tržištu – Odluka kojom se utvrđuje povreda članka 102. UFEU-a i članka 54. Sporazuma o EGP-u – Jedinstvena i trajna povreda – Pojam ‚zloupotreba‘ – Odbijanje pristupa – Istiskivanje marži – Izračun istiskivanja marži – Kriterij jednako učinkovitoga konkurenta – Prava obrane – Pripisivanje društvu majci povrede koju je počinilo njegovo društvo kći – Odlučujući utjecaj društva majke na poslovnu politiku društva kćeri – Stvarno izvršavanje – Teret dokazivanja – Izračun iznosa novčane kazne – Smjernice o metodi za utvrđivanje kazni za 2006.”

U predmetu T-851/14,

Slovak Telekom, a.s., sa sjedištem u Bratislavi (Slovačka) koji zastupaju D. Geradin, odvjetnik, i R. O'Donoghue, *barrister*,

tužitelj,

protiv

Europske komisije, koju su zastupali M. Farley, L. Malferrari i G. Koleva, a zatim M. Farley, M. Kellerbauer, L. Malferrari i C. Vollrath, u svojstvu agenata,

tuženika,

koju podupire

Slovanet, a.s., sa sjedištem u Bratislavi, koji zastupa P. Tisaj, odvjetnik,

intervenijent,

povodom zahtjeva na temelju članka 263. UFEU-a kojim se, u dijelu u kojem se odnosi na tužitelja, najprije, traži poništenje Odluke Komisije C(2014) 7465 *final* od 15. listopada 2014. u vezi s postupkom na temelju članka 102. UFEU-a i članka 54. Sporazuma o EGP-u (predmet AT.39523 – Slovak Telekom), kako je ispravljena Odlukom Komisije C(2014) 10119 *final* od 16. prosinca 2014. i Odlukom Komisije C(2015) 2484 *final* od 17. travnja 2015., i, podredno, smanjenje iznosa novčane kazne koja je izrečena tužitelju,

OPĆI SUD (deveto prošireno vijeće),

u sastavu: M. van der Woude, u svojstvu predsjednika, S. Gervasoni, L. Madise, R. da Silva Passos (izvjestitelj) i K. Kowalik-Bańczyk, suci,

* Jezik postupka: engleski

tajnik: N. Schall, administratorica,

uzimajući u obzir pisani postupak i nakon rasprave održane 26. travnja 2018.,

donosi sljedeću

Presudu¹

I. Okolnosti spora

- 1 Tužitelj, Slovak Telekom, a.s., dugogodišnji je telekomunikacijski operater u Slovačkoj. Deutsche Telekom AG, dugogodišnji telekomunikacijski operater u Njemačkoj i društvo koje je na čelu grupe Deutsche Telekom, od 4. kolovoza 2000. i tijekom cijelog razdoblja relevantnog za ovaj predmet, držalo je 51 % udjela u tužiteljevu kapitalu. Drugi dio tužiteljeva kapitala držali su Ministarstvo gospodarstva Slovačke Republike u udjelu od 34 % i Fond za nacionalnu baštinu Slovačke Republike u udjelu od 15 %.
- 2 Europska komisija je 15. listopada 2014. donijela Odluku C(2014) 7465 *final* u vezi s postupkom na temelju članka 102. UFEU-a i članka 54. Sporazuma o EGP-u (predmet AT.39523 – Slovak Telekom), koja je ispravljena njezinom Odlukom C(2014) 10119 *final* od 16. prosinca 2014. i njezinom Odlukom C(2015) 2484 *final* od 17. travnja 2015., upućenu tužitelju kao i društvu Deutsche Telekom (u daljnjem tekstu: pobijana odluka). Deutsche Telekom podnio je 24. prosinca 2014. tužbu kojom također zahtijeva poništenje pobijane odluke (predmet T-827/14).

A. Tehnološki, činjenični i regulatorni kontekst pobijane odluke

- 3 Tužitelj, koji je neizravno postao pravni sljednik javnog poduzeća za poštanske i telekomunikacijske usluge koje je nestalo 1992., najveći je telekomunikacijski operater i pružatelj širokopojsnih usluga u Slovačkoj. Zakonski monopol koji je imao na slovačkom tržištu telekomunikacija okončan je 2000. Tužitelj nudi cijeli niz podatkovnih i glasovnih usluga te posjeduje nepokretne mreže od bakra i mreže od optičkih vlakana, kao i pokretnu telekomunikacijsku mrežu te njima upravlja. Bakrene i pokretne mreže pokrivaju gotovo cijelo slovačko državno područje.
- 4 Pobijana odluka odnosi se na protutržišne prakse na slovačkom tržištu širokopojsnih internetskih usluga. Ta se odluka u biti tiče uvjeta koje je tužitelj utvrdio za izdvojeni pristup drugih operatera lokalnoj petlji od bakra u Slovačkoj između 2005. i 2010.
- 5 Lokalna petlja označava fizički vod od upredenih metalnih parica (koje se također nazivaju linijama) koji povezuje priključnu točku mreže u prostoru pretplatnika s glavnim razdjelnikom ili s drugom odgovarajućom opremom u nepokretnoj javnoj telefonskoj mreži.
- 6 Izdvojeni pristup lokalnoj petlji dopušta novim sudionicima na tržištu, obično nazivanim „alternativnim operaterima”, za razliku od dugogodišnjih operatera telekomunikacijske mreže, da koriste već postojeću telekomunikacijsku infrastrukturu koja pripada tim dugogodišnjim operaterima kako bi u tržišnom natjecanju s dugogodišnjim operaterima krajnjim korisnicima ponudili različite usluge. Među različitim telekomunikacijskim uslugama koje se putem lokalne petlje mogu pružiti krajnjim korisnicima nalazi se i širokopojsni prijenos podataka za nepokretni pristup internetu te za multimedijske aplikacije koje se temelje na digitalnoj pretplatničkoj liniji (*digital subscriber line* ili DSL).

¹ Navedene su samo one točke presude za koje Opći sud smatra da ih je korisno objaviti.

- 7 Izdvajanje lokalne petlje uređeno je na razini Europske unije, među ostalim, Uredbom (EZ) br. 2887/2000 Europskog parlamenta i Vijeća od 18. prosinca 2000. o izdvojenom pristupu lokalnoj petlji (SL 2000., L 336, str. 4.) i Direktivom 2002/21/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge (SL 2002., L 108, str. 33.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 49., str. 25.). Uredbom br. 2887/2000 od operatera „koji imaju značajnu tržišnu snagu” zahtijevalo se da odobre izdvojen pristup lokalnim petljama (*unbundled local loop* ili ULL) i da objave referentnu ponudu za izdvajanje. Te su odredbe u Slovačkoj provedene Zakonom z 3. decembra 2003 č. 610/2003 Z.z. o elektroničkých komunikáciách, v znení neskorších predpisov (Zakon br. 610/2003 od 3. prosinca 2003. o elektroničkim komunikacijama), kako je izmijenjen, koji je uz određene iznimke stupio na snagu 1. siječnja 2004.
- 8 U biti, taj regulatorni okvir obvezuje operatera kojeg nacionalno regulatorno tijelo označi kao operatera sa značajnom tržišnom snagom (koji je u pravilu dugogodišnji operater) da alternativnim operaterima dodijeli izdvojeni pristup svojoj lokalnoj petlji i povezanim uslugama pod transparentnim, poštenim i nediskriminirajućim uvjetima i da redovito ažurira referentnu ponudu za takav izdvojeni pristup. Nacionalno regulatorno tijelo bilo je dužno osigurati da se ubiranjem pristojbi za izdvojeni pristup lokalnoj petlji, koje ovise o troškovima, potiče uspostavljanje poštenog i održivog tržišnog natjecanja. U tu je svrhu nacionalno regulatorno tijelo među ostalim moglo naložiti izmjene referentne ponude.
- 9 Na temelju analize tržišta, slovačko nacionalno regulatorno tijelo za telekomunikacije (u daljnjem tekstu: TUSR), donijelo je 8. ožujka 2005. prvostupanjsku odluku br. 205/14/2005 u kojoj je tužitelj imenovalo operaterom koji ima značajnu tržišnu snagu na veleprodajnom tržištu za izdvojeni pristup lokalnoj petlji, u smislu Uredbe br. 2887/2000. Slijedom toga TUSR je tužitelju propisao razne obveze, među kojima je i obveza da mu u roku 60 dana podnese referentnu ponudu. Tu odluku, koju tužitelj osporava, potvrdio je predsjednik TUSR-a 14. lipnja 2005. U skladu s tom potvrđujućom odlukom, tužitelj je bio dužan ispuniti sve zahtjeve za izdvajanje njegove lokalne petlje, koji se mogu smatrati razumnima i opravdanima, kako bi alternativnim operaterima omogućio upotrebu te petlje da bi oni mogli nuditi vlastite usluge na „maloprodajnom masovnom (ili potrošačkom) tržištu” fiksnih širokopojsnih usluga u Slovačkoj. Odlukom od 14. lipnja 2005. tužitelju se također naložilo da objavi sve predviđene izmjene referentne ponude za izdvajanje barem 45 dana unaprijed i da ih dostavi TUSR-u.
- 10 Tužitelj je svoju referentnu ponudu za izdvajanje objavio 12. kolovoza 2005. (u daljnjem tekstu: referentna ponuda). U toj ponudi, koja je otada do kraja 2010. izmijenjena devet puta, utvrđuju se ugovorni i tehnički uvjeti za pristup tužiteljevoj lokalnoj petlji. Tužitelj na veleprodajnom tržištu nudi pristup lokalnim petljama izdvajanjem preko glavnog razdjelnika ili uz glavni razdjelnik, na kojem je alternativni operater koji traži pristup izgradio vlastitu središnju mrežu.
- 11 U skladu s pobijanom odlukom, tužiteljeva mreža lokalne petlje, koja se nakon izdvajanja predmetnih linija tog operatera može upotrebljavati za pružanje širokopojsnih usluga, pokrivala je 75,7 % svih slovačkih kućanstava u razdoblju od 2005. do 2010. Ta je pokrivenost obuhvaćala sve lokalne petlje na tužiteljevoj metalnoj pristupnoj mreži koja se može upotrebljavati za prijenos širokopojsnog signala. Međutim, u istom tom razdoblju, od 18. prosinca 2009. izdvojeno je samo nekoliko tužiteljevih lokalnih petlji te ih je upotrebljavao samo jedan alternativni operater s ciljem pružanja širokopojsnih maloprodajnih usluga vrlo velike brzine poduzetnicima.

B. Postupak pred Komisijom

- 12 Komisija je po službenoj dužnosti pokrenula istragu, među ostalim, o uvjetima pristupa tužiteljevoj izdvojenoj lokalnoj petlji. Nakon što su 13. lipnja 2008. alternativnim operaterima upućeni zahtjevi za pružanje informacija i nakon nenajavljene inspekcije u tužiteljevim prostorima od 13. do 15. siječnja 2009., Komisija je 8. travnja 2009. odlučila pokrenuti postupak protiv tog operatera, u smislu članka 2.

svoje Uredbe (EZ) br. 773/2004 od 7. travnja 2004. o postupcima koje Komisija vodi na temelju članka [101.] i [102. UFEU-a] (SL 2004., L 123, str. 18.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 298.).

- 13 Istraga se nastavila upućivanjem dodatnih zahtjeva za pružanje informacija alternativnim operaterima i TUSR-u te najavljenom inspekcijom u tužiteljevim prostorima 13. i 14. srpnja 2009.
- 14 Tužitelj je u nekoliko dokumenata za razmatranje upućenih Komisiji između 11. kolovoza 2009. i 31. kolovoza 2010. naveo da se prema njegovu mišljenju ne može utemeljeno smatrati da je u predmetnom slučaju povrijedio članak 102. UFEU-a.
- 15 U okviru istrage tužitelj se protivio pružanju informacija iz razdoblja prije 1. svibnja 2004., kada je Slovačka Republika pristupila Uniji. Podnio je tužbe za poništenje, s jedne strane, Odluke Komisije C(2009) 6840 od 3. rujna 2009. u vezi s postupkom na temelju članka 18. stavka 3. i članka 24. stavka 1. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima [101.] i [102. UFEU-a] (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165.) kao i, s druge strane, Odluke Komisije C(2010) 902 od 8. veljače 2010. u vezi s postupkom na temelju članka 18. stavka 3. i članka 24. stavka 1. Uredbe br. 1/2003. Presudom od 22. ožujka 2012., Slovak Telekom/Komisija (T-458/09 i T-171/10, EU:T:2012:145), Opći sud odbio je tužbe podnesene protiv tih odluka.
- 16 Komisija je 13. prosinca 2010., nakon što je društvu Deutsche Telekom uputila zahtjeve za pružanje informacija, odlučila pokrenuti postupak protiv tog društva u smislu članka 2. Uredbe br. 773/2004.
- 17 Komisija je 7. svibnja 2012. tužitelju uputila obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Ta obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku idućeg je dana poslana društvu Deutsche Telekom. U toj obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku Komisija je najprije zaključila da je tužitelj potencijalno kriv za povredu članka 102. UFEU-a zbog prakse koja dovede do istiskivanja marže kad je riječ o izdvojenom pristupu njegovih konkurenata lokalnim petljama njegove mreže te nacionalnom i regionalnom veleprodajnom širokopojasnom pristupu, kao i zbog onemogućavanja alternativnim operaterima da pristupe određenim veleprodajnim proizvodima. Komisija je najprije također zaključila da je Deutsche Telekom, u svojstvu tužiteljeva društva majke tijekom razdoblja povrede, potencijalno odgovoran za to protupravno postupanje.
- 18 Nakon što su dobili uvid u spis istrage, tužitelj i Deutsche Telekom zasebno su 5. rujna 2012. odgovorili na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Zatim je 6. i 7. studenoga te iste godine održano saslušanje.
- 19 Tužitelj je 21. lipnja 2013. Komisiji podnio ponudu obveza kojom je želio odgovoriti na njezine prigovore sa stajališta prava tržišnog natjecanja te je od nje zatražio da umjesto odluke o zabrani donese odluku o prihvaćanju obveza u smislu članka 9. Uredbe br. 1/2003. Međutim, Komisija je te obveze smatrala nedovoljnima te je stoga odlučila nastaviti postupak.
- 20 Komisija je tužitelju i društvu Deutsche Telekom 6. prosinca 2013. odnosno 10. siječnja 2014. uputila dopis o činjenicama kako bi im se omogućilo da podnesu očitovanja o dodatnim dokazima prikupljenim nakon slanja obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Komisija je navela da bi se ti dokazi, u koje su tužitelj i Deutsche Telekom imali uvid, mogli iskoristiti u mogućoj konačnoj odluci.
- 21 Tužitelj i Deutsche Telekom odgovorili su 21. veljače odnosno 6. ožujka 2014. na dopis o činjenicama.
- 22 Komisija je tijekom sastanaka, koji su se s tužiteljem održali 16. rujna 2014. i s društvom Deutsche Telekom 29. rujna 2014., navedenom tužitelju i društvu pružila informacije o odluci koju je namjeravala donijeti na temelju članka 7. Uredbe br. 1/2003.

C. Pobjana odluka

23 Komisija u pobjanoj odluci smatra da je poduzeće koje čine tužitelj i Deutsche Telekom počinilo jedinstvenu i trajnu povredu članka 102. UFEU-a i članka 54. Sporazuma o EGP-u u pogledu širokopoljanskih usluga u Slovačkoj u razdoblju od 12. kolovoza 2005. do 31. prosinca 2010. (u daljnjem tekstu: predmetno razdoblje).

1. Definicija relevantnih tržišta i tužiteljev vladajući položaj na tim tržištima

24 Komisija je u pobjanoj odluci utvrdila dva predmetna tržišta proizvoda, i to:

- maloprodajno masovno (ili potrošačko) tržište fiksnih širokopoljanskih usluga;
- veleprodajno tržište izdvojenog pristupa lokalnim petljama.

25 Predmetno zemljopisno tržište na temelju pobjane odluke obuhvaća cijelo slovačko državno područje.

26 Komisija utvrđuje da je u predmetnom razdoblju tužitelj imao monopolni položaj na veleprodajnom tržištu izdvojenog pristupa lokalnim petljama i da nisu postojali izravni pritisci u obliku postojeće ili potencijalne konkurencije ili kompenzacijska kupovna moć koja bi mogla ograničiti tržišnu snagu tog društva. Stoga je tužitelj u predmetnom razdoblju imao vladajući položaj na tom tržištu. Komisija također utvrđuje da je tužitelj u tom razdoblju imao vladajući položaj na maloprodajnom masovnom (ili potrošačkom) tržištu fiksnih širokopoljanskih usluga.

2. Tužiteljevo postupanje

a) Odbijanje pružanja izdvojenog pristupa tužiteljevim lokalnim petljama

27 U prvom dijelu svoje analize naslovljene „Odbijanje pružanja usluge”, Komisija ističe da, iako je nekoliko alternativnih operatera imalo velik interes da im se dodijeli pristup tužiteljevim lokalnim petljama kako bi potonjem tužitelju konkurirali na maloprodajnom tržištu širokopoljanskih usluga, taj je operater u referentnoj ponudi odredio zlouporabna pravila i uvjete kako bi takav pristup postao neprihvatljiv. Tužitelj je tako usporio, otežao ili spriječio ulazak na to maloprodajno tržište širokopoljanskih usluga.

28 Komisija u tom pogledu, kao prvo, ističe da izdvojeni pristup alternativnog operatera lokalnoj petlji pretpostavlja da potonji operater prethodno treba dobiti dostatne i odgovarajuće informacije o mreži dugogodišnjeg operatera. Tim se informacijama treba omogućiti predmetnom alternativnom operateru da ocijeni svoje poslovne prilike i razvije ekonomske modele primjerene za njegove buduće maloprodajne usluge koje se temelje na izdvajanju pristupa lokalnoj petlji. Međutim, u predmetnom slučaju referentna ponuda nije bila u skladu s tim zahtjevom obavještanja alternativnih operatera.

29 Stoga, unatoč zahtjevima utvrđenima relevantnim regulatornim okvirom (vidjeti točke 7. i 8. ove presude), ta referentna ponuda nije sadržavala osnovne informacije o položaju lokacija na kojima se ostvaruje fizički pristup i dostupnosti lokalnih petlji u određenim dijelovima mreže. Alternativni operateri imali su pristup tim informacijama samo na zahtjev, uz plaćanje naknade, u roku pet dana od stupanja na snagu sporazuma o povjerljivosti sklopljenog s tužiteljem te samo nakon izdavanja bankovnog jamstva. Komisija u biti smatra da se tim zahtjevima neopravdano usporilo i otežalo dostavu relevantnih informacija alternativnim operaterima te se na taj način odvratio navedene operatere od pristupa tužiteljevim lokalnim petljama.

- 30 Čak i u slučaju pristupa na zahtjev, Komisija smatra da su informacije koje je tužitelj pružio bile nedovoljne. Konkretno, tužitelj nije pružio nijednu informaciju o dostupnosti njegovih lokalnih petlji, iako su te informacije alternativnim operaterima od primarnog značaja da bi na vrijeme mogli razviti svoje ekonomske modele i odrediti poslovni potencijal izdvajanja. Komisija smatra da je tužitelj trebao proslijediti ne samo popis glavnih razdjelnika i sličnih resursa, nego i opis njihove zemljopisne pokrivenosti, informacije o nizovima telefonskih brojeva koji su bili priključeni na te centrale, stvarnoj uporabi kabela (u postotcima) za DSL tehnologije, razini raširenosti opreme za impulsno-kodnu modulaciju (*pulse code modulation* ili PCM) u pogledu kablova kojima se povezuju različiti glavni razdjelnici, naziva ili funkcija razdjelnika i načina na koji se upotrebljavaju u tužiteljevim tehničkim i metodološkim pravilima, ili pak o najvećoj duljini homogenih lokalnih petlji. Uostalom, tužitelj je itekako bio svjestan problema koji su alternativnim operaterima uzrokovali ti uvjeti pristupa informacijama i ograničeni doseg tih informacija. Komisija također ističe da se referentnom ponudom za izdvajanje otpočetak predviđalo izricanje novčanih kazni u slučaju da se zahtjev za pristup ocijeni nepotpunim, iako je tužitelj tek u svibnju 2009. objavio model koji se odnosi na zahtjeve za izdvajanje koje su trebali podnijeti alternativni operateri.
- 31 Kao drugo, u skladu s pobijanom odlukom, tužitelj je neopravdano smanjio doseg svoje obveze u pogledu izdvojenog pristupa njegovim lokalnim petljama.
- 32 Tako je, na prvom mjestu, tužitelj iz te obveze neopravdano izuzeo „pasivne” linije, odnosno linije koje fizički postoje, ali nisu u upotrebi. Takvim postupanjem tužitelj je sebi osigurao znatan broj potencijalnih klijenata koji još nisu kupovali njegove širokopojasne usluge, iako su bili priključeni na njegovu mrežu, i to unatoč tome što se relevantnim regulatornim okvirom nije predviđalo nikakvo ograničenje obveze izdvajanja samo na aktivne linije i što je to tržište bilo u snažnom porastu. Prema Komisijinu mišljenju, ograničenje koje je tužitelj primijenio nije bilo opravdano nikakvim objektivnim tehničkim razlogom.
- 33 Na drugom mjestu, tužitelj je iz svoje obveze u pogledu izdvajanja neopravdano izuzeo usluge koje je smatrao „suprotstavljenim uslugama”, odnosno usluge koje je mogao nuditi i koje su mogle biti u suprotnosti s pristupom alternativnog operatera lokalnoj petlji. Osim što je sam koncept suprotstavljenih usluga nejasan, popis takvih usluga, koji je jednostrano sastavio tužitelj, otvoren je i, posljedično, uzrokuje nesigurnost alternativnih operatera. Tim se ograničenjem alternativnim operaterima uskratio velik broj potencijalnih klijenata, koji su pripali tužitelju i koji su stoga povučeni s maloprodajnog tržišta.
- 34 Na trećem mjestu, Komisija ističe neopravdanost pravila koje je tužitelj utvrdio u referentnoj ponudi, u skladu s kojim se samo 25 % lokalnih petlji u kablu od nekoliko parica može upotrebljavati za pružanje širokopojasnih usluga, kako bi se izbjeglo preslušavanje i interferencije. To pravilo nije opravdano jer je općenito i apstraktno te se njime stoga ne uzimaju u obzir obilježja kablova i konkretna kombinacija tehnika prijenosa. Komisija u tom pogledu ističe da praksa u drugim državama članicama dokazuje da postoje alternative za takva apstraktna i uzlazna ograničenja pristupa kao što je načelo stopostotne uporabe kabla zajedno s naknadnim rješavanjem svih konkretnih problema koji proizlaze iz smetnji u spektru. Naposljetku, tužitelj je na sebe primijenio pravilo maksimalne uporabe kabla od 63 %, koje je manje strogo od pravila koje je odredio alternativnim operaterima.
- 35 Napokon, kao treće, tužitelj je u referentnoj ponudi utvrdio nekoliko nepoštenih odredbi i uvjeta što se tiče izdvojenog pristupa njegovim lokalnim petljama.
- 36 Kao prvo, u tom je pogledu tužitelj, u skladu s pobijanom odlukom, u referentnu ponudu uključio nepoštene odredbe i uvjete koji se odnose na kolokaciju, koju se u toj ponudi definira kao „stavljanje na raspolaganje prostora i tehničke opreme potrebnih za odgovarajuće postavljanje telekomunikacijske opreme ovlaštenog pružatelja usluga s ciljem pružanja usluga krajnjim korisnicima ovlaštenog pružatelja usluga s pomoću pristupa lokalnoj petlji”. Prepreka koja se tako stvara alternativnim operaterima konkretnije proizlazi iz sljedećih elemenata: i. uvjetima se utvrđuje prethodno ispitivanje

mogućnosti kolokacije, koje objektivno nije nužno; ii. alternativni operateri mogu osporavati određivanje oblika kolokacije o kojem je odlučio tužitelj samo uz plaćanje dodatnih troškova; iii. istek razdoblja rezervacije nakon što se alternativnom operateru dostavi mišljenje o ishodu prethodnog ili detaljnog ispitivanja, a da se pritom nije postigao sporazum o kolokaciji, znači da se postupak prethodnog ili detaljnog ispitivanja treba u cijelosti ponoviti; iv. tužitelj nije bio vezan nikakvim rokovima u slučaju dodatnih detaljnih ispitivanja proizašlih iz pregovora te je imao pravo bez objašnjenja i bez pravnih posljedica povući prijedlog sporazuma o kolokaciji dokle god alternativni operateri u utvrđenim rokovima ne prihvate prijedlog; v. tužitelj se nije obvezao ni na kakav određeni rok za provedbu kolokacije; vi. tužitelj je jednostrano odredio nepoštene i netransparentne cijene za kolokaciju.

- 37 Kao drugo, Komisija ističe da su alternativni operateri na temelju referentne ponude za svaku vrstu kolokacijskog prostora bili dužni 12 mjeseci unaprijed dostaviti predviđanja o zahtjevima za kvalifikaciju lokalne petlje, iz mjeseca u mjesec, prije nego što su mogli podnijeti zahtjev za kvalifikaciju radi pristupa odgovarajućoj lokalnoj petlji. Međutim, Komisija smatra da se takvim zahtjevom alternativnim operaterima nalaže da dostave predviđanja u trenutku u kojem nisu u mogućnosti procijeniti svoje potrebe u pogledu izdvojenog pristupa. Štoviše, ističe okolnost da je nepoštovanje uvjeta predviđanja za posljedicu imalo plaćanje kazni, kao i obvezujuću prirodu obveze predviđanja te nepostojanje roka za tužiteljev odgovor na zahtjev za kvalifikaciju u slučaju neusklađenosti takvog zahtjeva s predviđenim obujmom.
- 38 Kao treće, Komisija smatra da je obvezni postupak kvalifikacije, kojim se alternativnim operaterima trebalo omogućiti da odrede je li konkretna lokalna petlja pogodna za DSL tehnologiju ili bilo koju drugu tehnologiju širokopoasnog pristupa koju su mogli namjeravati upotrebljavati prije nego što su podnijeli konačni zahtjev za izdvajanje, odvratio te operatere od podnošenja zahtjeva za izdvojeni pristup tužiteljevim lokalnim petljama. Stoga, iako je priznala da je potrebno provjeriti prikladnost lokalnih petlji za izdvajanje ili ključne preduvjete za izdvajanje određene linije, Komisija navodi da je odvajanje tog postupka za kvalifikaciju od samog zahtjeva za pristup lokalnoj petlji nepotrebno usporilo izdvajanje i uzrokovalo dodatne troškove alternativnim operaterima. Štoviše, nekoliko aspekata ispitanih u okviru postupka kvalifikacije pokazalo se suvišnima. Komisija ističe i neopravdanost roka valjanosti koji je ograničen na deset dana od kvalifikacije lokalne petlje i nakon kojeg se više nije mogao podnijeti zahtjev za pristup.
- 39 Kao četvrto, u skladu s pobijanom odlukom, referentna ponuda uključivala je nepovoljne uvjete u pogledu popravaka, održavanja i servisiranja zbog i. nepostojanja primjerene definicije „planiranih” i „neplaniranih radova”, ii. nedostatka jasnoće pri razlikovanju između „neplaniranih radova” i običnih „kvarova”, što je moglo dovesti do tužiteljevih neopravdanih postupanja, iii. vrlo kratkih rokova predviđenih za obavještanje alternativnog operatera o takvim radovima te za prenošenje te informacije njegovim klijentima i, naposljetku, zbog iv. prenošenja na alternativnog operatera odgovornosti za prekide usluga nastale zbog popravka kada se smatralo da je navedeni operater nekooperativan.
- 40 Kao peto, Komisija smatra da je nepošteno nekoliko pravila i uvjeta koji se odnose na bankovno jamstvo koje se zahtijeva od svakog alternativnog operatera koji s tužiteljem želi sklopiti sporazum o kolokaciji i, konačno, dobiti pristup tužiteljevim lokalnim petljama. Stoga je tužitelj, najprije, raspolagao preširokom marginom prosudbe za prihvaćanje ili odbijanje bankovnog jamstva i nije bio dužan poštovati nikakve rokove u tom pogledu. Nadalje, iznos jamstva, koji je utvrđen na 66 387,84 eura, bio je neproporcionalan u odnosu na rizike i troškove kojima je tužitelj bio izložen. To vrijedi tim više što je referentna ponuda omogućivala tužitelju da zahtijeva višestruki iznos tog jamstva ako ga upotrijebi, pri čemu se početni iznos bankovnog jamstva može uvećati do dvanaest puta. Štoviše, tužitelj je mogao upotrijebiti bankovno jamstvo ne samo kako bi pokrio neplaćanja stvarnih usluga koje je pružio, nego i bilo kakav zahtjev za naknadu štete koji je mogao podnijeti. Uostalom, tužitelj je mogao aktivirati bankovno jamstvo bez dokaza o tome da je najprije opomenuo dužnika i da se, k

tomu, navedeni dužnik nije mogao protiviti toj aktivaciji jamstva. Naposljetku, Komisija ističe da alternativni operateri nisu zaštićeni nikakvim sličnim jamstvom, iako bi mogli pretrpjeti gubitke zbog tužiteljeva postupanja u pogledu izdvojenog pristupa lokalnim petljama.

- 41 Komisija zaključuje da su ti aspekti tužiteljeva postupanja, promatrani zajedno, doveli do odbijanja tog operatera da omogući izdvojen pristup njegovim lokalnim petljama.

b) Istiskivanje marži alternativnih operatera u okviru pružanja izdvojenog pristupa tužiteljevim lokalnim petljama

- 42 U drugom dijelu svoje analize tužiteljeva postupanja, Komisija utvrđuje postojanje istiskivanja marže do kojeg je došlo zbog postupanja tog operatera u pogledu izdvojenog pristupa njegovim lokalnim petljama i koje predstavlja samostalni oblik zlouporabe vladajućeg položaja. Stoga je razlika između cijena koje je tužitelj primijenio za dodjelu takvog pristupa alternativnim operaterima i cijena koje je primijenio u pogledu vlastitih klijenata bila negativna ili nedovoljna da bi se operateru koji je jednako učinkovit kao tužitelj omogućilo da pokrije posebne troškove koje je morao snositi za isporuku vlastitih proizvoda ili pružanje usluga na silaznom tržištu, odnosno na maloprodajnom tržištu.

- 43 Što se tiče scenarija u kojem razmatrani portfelj usluga obuhvaća samo širokopojasne usluge, Komisija navodi da bi konkurent koji je jednako učinkovit mogao, putem izdvojenog pristupa tužiteljevim lokalnim petljama, reproducirati cijelu maloprodajnu DSL ponudu kako ju je tužitelj s vremenom razvio. Međutim, takozvani pristup „razdoblje po razdoblje” (godina po godina) za izračun marži (odnosno za izračun marži dostupnih za svaku godinu u razdoblju od 2005. do 2010.) pokazuje da konkurent, koji je jednako učinkovit kao tužitelj, ostvaruje negativne marže i da stoga ne može na isplativ način reproducirati portfelj širokopojasnih usluga koji tužitelj nudi na maloprodajnom tržištu.

- 44 Što se tiče scenarija u kojem ispitivani portfelj uz širokopojasne usluge obuhvaća i usluge govorne telefonije putem potpunog pristupa lokalnoj petlji, Komisija također utvrđuje da konkurent koji je jednako učinkovit kao tužitelj ne bi mogao, zbog cijena koje tužitelj primjenjuje na uzlaznom tržištu za izdvojeni pristup, na isplativ način obavljati djelatnosti na relevantnom maloprodajnom tržištu u razdoblju od 2005. do 2010. Jednako učinkovit konkurent stoga u istom tom razdoblju ne bi mogao na isplativ način reproducirati portfelj koji nudi tužitelj. Dodavanje *multiplay* usluga dostupnih od 2007. u takav referentni portfelj nije utjecalo na to utvrđenje.

- 45 Budući da ni tužitelj ni Deutsche Telekom tijekom upravnog postupka nisu iznijeli objektivno opravdanje u pogledu svojeg isključujućeg postupanja, Komisija zaključuje da tužiteljevo postupanje u predmetnom razdoblju treba analizirati kao zlouporabno istiskivanje marže.

3. Analiza protutržišnih učinaka tužiteljeva postupanja

- 46 Komisija smatra da te dvije vrste tužiteljeva postupanja, odnosno odbijanje pružanja usluge izdvojenog pristupa lokalnoj petlji i istiskivanje marži alternativnih operatera, mogu spriječiti alternativne operatere da uđu na maloprodajno masovno (ili potrošačko) tržište fiksnih širokopojasnih usluga u Slovačkoj na temelju izdvojenog pristupa. Zbog tih je postupanja, u skladu s pobijanom odlukom, tržišno natjecanje na tom tržištu postalo manje učinkovito jer nije postojala stvarna alternativa koja je konkurentskim operaterima isplativa za veleprodajni širokopojasni pristup DSL tehnologiji na temelju izdvajanja lokalnih petlji. Utjecaj tužiteljeva postupanja na tržišno natjecanje tim je izraženiji što je u predmetnom razdoblju maloprodajno tržište širokopojasnih usluga imalo velik razvojni potencijal.

- 47 Komisija u biti dodaje da se, u skladu s konceptom „ljestvice ulaganja”, tim blokiranjem pristupa izdvajanju lokalne petlje alternativnim operaterima uskratilo izvor prihoda koji bi im omogućio ostvarenje drugih ulaganja u mrežu, među ostalim razvojem vlastite pristupne mreže kako bi svoje klijente priključili izravno na nju.

48 Komisija zaključuje da je tužiteljevo protutržišno postupanje na masovnom (ili potrošačkom) tržištu fiksnih širokopoljasnih usluga u Slovačkoj moglo imati negativne učinke na tržišno natjecanje te je, s obzirom na to da njegova zemljopisna raširenost obuhvaća cijelo slovačko državno područje, moglo utjecati na trgovinu među državama članicama.

4. Adresati pobijane odluke i novčane kazne

49 U skladu s pobijanom odlukom, Deutsche Telekom ne samo da je tijekom cijelog predmetnog razdoblja moglo izvršavati odlučujući utjecaj na tužiteljevu poslovnu politiku, nego je takav utjecaj zaista i izvršavalo. Budući da su tužitelj i Deutsche Telekom dio istog poduzeća, oba se smatra odgovornima za jedinstvenu i trajnu povredu članka 102. UFEU-a koja je predmet pobijane odluke.

50 Što se tiče sankcije za tu povredu, Komisija navodi da je utvrdila iznos novčanih kazni na temelju načela koja se navode u njezinim Smjernicama o metodi za utvrđivanje kazni koje se propisuju u skladu s člankom 23. stavkom 2. točkom (a) Uredbe br. 1/2003 (SL 2006., C 210, str. 2.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 58.; u daljnjem tekstu: Smjernice iz 2006.).

51 Komisija najprije izračunava osnovni iznos novčane kazne utvrđivanjem 10 % ukupnog prihoda koji je tužitelj ostvario na tržištu izdvojenog pristupa lokalnoj petlji i na maloprodajnom tržištu fiksnih širokopoljasnih usluga tijekom posljednje pune poslovne godine svojeg sudjelovanja u povredi, u ovom slučaju 2010., i množenjem tako dobivenog broja s 5,33 kako bi se uzelo u obzir trajanje povrede (pet godina i četiri mjeseca). Tim je izračunom dobiven osnovni iznos od 38 838 000 eura. Riječ je o prvoj novčanoj kazni koja je izrečena zbog predmetne povrede i za koju se tužitelj i Deutsche Telekom, u skladu s člankom 2. prvim stavkom točkom (a) pobijane odluke, smatraju solidarno odgovornima.

52 Zatim Komisija provodi dvostruku prilagodbu tog osnovnog iznosa. Kao prvo, utvrđuje da se u njezinoj Odluci 2003/707/EZ od 21. svibnja 2003. o postupku primjene članka 82. [UEZ-a] (predmeti COMP/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (SL 2003., L 263, str. 9.) Deutsche Telekom u trenutku počinjenja predmetne povrede već smatrao odgovornim za povredu članka 102. UFEU-a zbog istiskivanja marži u sektoru telekomunikacija i da je, u vrijeme kada je ta odluka donesena, Deutsche Telekom već držao 51 % tužiteljevih udjela te je mogao izvršavati odlučujući utjecaj na potonjeg tužitelja. Prema tome, Komisija zaključuje da se društvu Deutsche Telekom osnovni iznos novčane kazne treba povećati za 50 % zbog ponavljanja povrede. Kao drugo, Komisija utvrđuje da je prihod društva Deutsche Telekom na svjetskom tržištu 2013. iznosio 60,123 milijarde eura i da je, kako bi novčana kazna izrečena društvu Deutsche Telekom imala dovoljno odvraćajući učinak, na osnovni iznos potrebno primijeniti koeficijent množenja od 1,2. Rezultat te dvostruke prilagodbe osnovnog iznosa, odnosno 31 070 000 eura, u skladu s člankom 2. prvim stavkom točkom (b) pobijane odluke dovodi do zasebne novčane kazne koja se izriče samo društvu Deutsche Telekom.

5. Izreka pobijane odluke

53 Članci 1. i 2. pobijane odluke glase kako slijedi:

„Članak 1.

1. Poduzeće koje čine društvo Deutsche Telekom AG i društvo Slovak Telekom a.s. počinilo je jedinstvenu i trajnu povredu članka 102. Ugovora i članka 54. Sporazuma o EGP-u.

2. Povreda je trajala od 12. kolovoza 2005. do 31. prosinca 2010. i uključivala je sljedeće prakse:

(a) skrivanje informacija o mreži od alternativnih operatera potrebnih za izdvajanje lokalnih petlji;

- (b) smanjenje područja primjene vlastitih obveza u pogledu izdvajanja lokalnih petlji;
- (c) utvrđivanje nepoštenih pravila i uvjeta u njegovoj referentnoj ponudi za izdvajanje u pogledu kolokacije, kvalifikacije, predviđanja, popravaka i bankovnih jamstava;
- (d) primjenu nepoštenih cijena kojima se jednako učinkovitim operateru, koji se oslanja na veleprodajni pristup izdvojenim lokalnim petljama društva Slovak Telekom a.s., ne omogućuje da bez gubitaka ponudi maloprodajne usluge koje nudi Slovak Telekom a.s.

Članak 2.

Za povredu iz članka 1. izriču se sljedeće novčane kazne:

- (a) solidarna novčana kazna od 38 838 000 eura društvima Deutsche Telekom AG i Slovak Telekom a.s.;
- (b) novčana kazna od 31 070 000 eura društvu Deutsche Telekom AG.

[...]"

II. Postupak i zahtjevi stranaka

[*omissis*]

71 Tužitelj od Općeg suda zahtijeva da:

- poništi članke 1. i 2. pobijane odluke u dijelu u kojem se odnose na njega;
- podredno, smanji iznos novčane kazne koja mu je izrečena na temelju članka 2. pobijane odluke;
- naloži Komisiji snošenje troškova;
- u slučaju da Opći sud odbaci tužbu kao nedopuštenu ili je odbije kao neosnovanu, naloži svakoj stranci snošenje vlastitih troškova.

72 Komisija i intervenijent od Općeg suda zahtijevaju da:

- odbije tužbu u cijelosti i
- naloži tužitelju snošenje troškova.

III. Pravo

[*omissis*]

B. Meritum

91 Tužitelj ističe pet tužbenih razloga u prilog svojem glavnom zahtjevu, čiji je cilj poništiti pobijanu odluku, i svojem podrednom zahtjevu, čiji je cilj smanjiti iznos novčane kazne koja mu je izrečena. Prvi tužbeni razlog temelji se na očitim pogreškama u ocjeni i pogreškama koje se tiču prava prilikom primjene članka 102. UFEU-a u pogledu zlouporabe koju je počinio tužitelj; drugi na povredi tužiteljevih prava obrane u pogledu ocjene prakse koja dovodi do istiskivanja marži; treći na

pogreškama počinjenima prilikom utvrđenja te prakse; četvrti na pogrešci koju je Komisija počinila time što je zaključila da su tužitelj i Deutsche Telekom dio istog poduzeća i da su oboje odgovorni za predmetnu povredu; i peti na pogreškama pri utvrđivanju iznosa novčane kazne.

1. Prvi tužbeni razlog, koji se temelji na očitim pogreškama u ocjeni i pogreškama koje se tiču prava prilikom primjene članka 102. UFEU-a u pogledu zlouporabe koju je počinio tužitelj

- 92 U prilog svojem prvom tužbenom razlogu tužitelj u biti osporava pravni kriterij koji je Komisija primijenila u pobijanoj odluci za utvrđivanje da tužiteljeva praksa predstavlja zlouporabu vladajućeg položaja u smislu članka 102. UFEU-a.
- 93 Prvi tužbeni razlog u biti obuhvaća pet prigovora. Prvi prigovor temelji se na tome da Komisija nije primijenila uvjet neophodnosti pristupa tužiteljevoj bakrenoj DSL mreži za obavljanje djelatnosti na maloprodajnom tržištu širokopojsnih usluga u Slovačkoj, u smislu presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Drugi prigovor temelji se na pogrešnoj primjeni presude od 9. rujna 2009., Clearstream/Komisija (T-301/04, EU:T:2009:317). Treći prigovor temelji se na nedosljednosti pobijane odluke s obzirom na politiku tržišnog natjecanja u pogledu dokazivanja potpunog odbijanja pristupa i implicitnog odbijanja pristupa. Četvrti prigovor temelji se na pogreškama koje se tiču činjenica i prava, kao i na nedostacima u obrazloženju u pogledu opravdanja čiji je cilj odstupiti od uvjeta utvrđenih presudom od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Peti prigovor temelji se na nedostatku dokaza o tome da je konkurentima na silaznom tržištu neophodan pristup tužiteljevoj lokalnoj petlji.
- 94 Komisija i intervenijent osporavaju navedene prigovore i zahtijevaju da se ovaj tužbeni razlog odbije.

a) Prvi i peti prigovor

- 95 U okviru prvog i petog prigovora tužitelj u biti prigovara Komisiji da je niz njegovih postupanja u predmetnom razdoblju, na koja se odnosi sedmi dio pobijane odluke (uvodne izjave 355. do 821.), kvalificirala kao „odbijanje pružanja usluge” pristupa njegovoj lokalnoj petlji a da pritom nije provjerila neophodnost takvog pristupa u smislu točke 41. presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 96 U svojem prvom prigovoru tužitelj dovodi u pitanje Komisijina utvrđenja iz uvodnih izjava 361. do 371. pobijane odluke, u skladu s kojima su okolnosti ovog predmeta drukčije od okolnosti u kojima je donesena presuda od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Tužitelj ističe da iz te presude proizlazi da se odbijanjem pružanja usluge pristupa povređuje članak 102. UFEU-a kada se, među ostalim, to odbijanje odnosi na proizvod ili uslugu čija je isporuka ili čije je pružanje neophodno za obavljanje predmetne djelatnosti (u daljnjem tekstu: uvjet neophodnosti) Međutim, Komisija je u ovom slučaju pogrešno propustila ispitati neophodnost pristupa tužiteljevoj mreži za obavljanje djelatnosti na maloprodajnom tržištu širokopojsnih usluga u Slovačkoj. Stoga tužitelj osporava Komisijin zaključak u skladu s kojim iz presude od 17. veljače 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83) proizlazi da u slučaju implicitnog odbijanja pristupa Komisija nije dužna dokazati da se primjenjuju uvjeti iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), te, osobito, uvjet neophodnosti (uvodna izjava 359. i sljedeće uvodne izjave pobijane odluke).
- 97 U tom smislu, iz točaka 55. do 58. presude od 17. veljače 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), razmatranih zajedno, proizlazi da praksa koja dovodi do istiskivanja marži predstavlja autonomnu zlouporabu s obzirom na članak 102. UFEU-a, kojim se ne zahtijeva prethodno dokazivanje postojanja obveze da prodaju treba izvršiti u skladu s uvjetima iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Međutim, budući da je Komisija smatrala da

točka 55. presude od 17. veljače 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83) ne obuhvaća samo praksu koja dovodi do istiskivanja marži, nego i implicitno odbijanje pristupa, kao što je onaj u predmetnom slučaju, pogrešno je pokušala znatno proširiti usko tumačenje potonje presude.

- 98 Konkretno, prema tužiteljevu mišljenju, iako iz presude od 17. veljače 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83) proizlazi da se uvjet neophodnosti ne odnosi na sve „tržišne uvjete” s obzirom na članak 102. UFEU-a, to ipak ne znači da se taj uvjet ne može primijeniti u slučaju odbijanja pristupa. Naime, Sud nigdje u presudi od 17. veljače 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83) i ni u jednoj drugoj presudi nije naveo da se uvjet neophodnosti iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) odnosi samo na slučajeve u kojima je riječ o potpunom odbijanju pristupa. Naprotiv, takvim bi se rješenjem umanjio korisni učinak članka 102. UFEU-a. Iako je u presudi od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) riječ o činjenicama koje se odnose na potpuno odbijanje pružanja usluge, Sud je u toj presudi naveo opća načela obveze pomaganja konkurentima.
- 99 Što se tiče presuda koje Komisija navodi u obrani, tužitelj smatra da te presude označavaju novi pristup u odnosu na pobijanu odluku. U svakom slučaju, kao prvo, u presudi od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) preuzima se presuda od 6. ožujka 1974., Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents/Komisija (6/73 i 7/73, EU:C:1974:18), iz koje proizlazi da je neophodnost pravni preduvjet. Stoga su te dvije presude usklađene.
- 100 Kao drugo, sudska praksa koju navodi Komisija, odnosno presude od 14. veljače 1978., United Brands i United Brands Continentaal/Komisija (27/76, EU:C:1978:22) i od 16. rujna 2008., Sot. Lélos kai Sia i dr. (C-468/06 do C-478/06, EU:C:2008:504), ne primjenjuje se na predmetni slučaj, najprije, jer se prigovori koji su istaknuti u okviru tih predmeta ne odnose na odbijanje prodaje, nego na činjenicu da se takvo odbijanje upotrijebilo kao sredstvo za postizanje drugog ograničenja tržišnog natjecanja. Nadalje, ti se predmeti nisu odnosili na prodaju određenog resursa konkurentima na silaznom tržištu, nego na isporuku gotovog proizvoda s ciljem njegove distribucije ili preprodaje. Naposljetku, u tim je predmetima poduzetnik u vladajućem položaju odlučio obustaviti isporuku proizvoda koju je ranije pružao predmetnim klijentima, dok u ovom predmetu, kao i u predmetu u kojem je donesena presuda od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), poduzetnik u vladajućem položaju nikad prije nije opskrbljivao podnositelje zahtjeva za pristup.
- 101 Kao treće, u pogledu sudske prakse koju navodi Komisija i koja se odnosi na odbijanje dodjele licencije za prava intelektualnog vlasništva, odnosno presuda od 5. listopada 1988., Volvo (238/87, EU:C:1988:477, t. 8.), od 6. travnja 1995., RTE i ITP/Komisija (C-241/91 P i C-242/91 P, EU:C:1995:98, t. 50.) i od 29. travnja 2004., IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, t. 35.), tužitelj smatra da je ta sudska praksa u skladu s presudom od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), pri čemu se u toj presudi upućuje na presudu od 6. travnja 1995., RTE i ITP/Komisija (C-241/91 P i C-242/91 P, EU:C:1995:98) koja se navodi u kasnijim presudama. Činjenica da u predmetima o intelektualnom vlasništvu mogu biti potrebni stroži uvjeti, među ostalim zahtjev o neophodnosti resursa za proizvodnju „novog proizvoda”, ne znači da Komisija može ukinuti uvjete iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) u predmetima koji nemaju nikakve veze s tim područjem.
- 102 Kao četvrto, što se tiče primjene presude od 17. veljače 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), tužitelj tvrdi da nema nijednog razloga zbog kojeg bi se smatralo da je Sud želio ograničiti uvjete iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) samo na okolnosti tog predmeta. Naime, postoji razlika između činjenice da se, kao što je učinjeno u presudi od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), odlučilo da se uvjeti iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) ne primjenjuju na sve predmete povezane s „tržišnim uvjetima” i činjenice da se, kao što tvrdi Komisija, navodi da uvjete iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) ne treba primjenjivati ni u jednom od tih predmeta.

- 103 Kao peto, odlukama koje navodi Komisija ne može se potkrijepiti teza koju zastupa jer se njezina analiza u njezinoj Odluci 2001/892/EZ od 25. srpnja 2001. o postupku primjene članka 82. [UEZ-a] (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Presretanje prekogranične pošte) (SL 2001., L 331, str. 40.) temelji na činjenici da je distribucijska mreža društva Deutsche Post bila neophodna za pošiljatelje sa sjedištem u Ujedinjenoj Kraljevini. Predmet Polaroid/SSI Europe, koji se navodi kao primjer implicitnog odbijanja zlouporabnog pristupa, nije relevantan za ovaj predmet.
- 104 U svojem petom prigovoru tužitelj tvrdi da se pobijanom odlukom ne dokazuje da je konkurentima na silaznom tržištu neophodan pristup njegovoj lokalnoj petlji. U tom pogledu, iz presude od 29. travnja 2004., IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, t. 28.) proizlazi da nije dovoljno dokazati da su alternativna rješenja manje povoljna za druge operatere, nego da treba dokazati neophodnost predmetne mreže, u smislu presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Naime, obveza pružanja pristupa nekoj opremi nastaje ako odbijanje pristupa objektivno ima dovoljno ozbiljan učinak na tržišno natjecanje.
- 105 Štoviše, nisu relevantna pitanja koja je Komisija ispitala u odjeljku 7.3. pobijane odluke i, među ostalim, u uvodnim izjavama 382. i 384. te odluke, u kojima, s jedne strane, razmatra je li tužiteljeva bakrena mreža bitna i, s druge strane, je li učinkoviti veleprodajni pristup DSL tehnologiji na temelju lokalne petlje bitna za alternativne operatere u Slovačkoj. Time je Komisija je počinila pogrešku u pogledu primjene kriterija neophodnosti. Naime, Komisija je dužna ispitati je li pristup lokalnoj petlji neophodan kako bi tužiteljevi konkurenti mogli konkurirati nasilaznom maloprodajnom tržištu na način da je u slučaju nepostojanja takvog pristupa to tržišno natjecanje nemoguće ili pretjerano otežano. U tu se svrhu velika većina pristupa širokopojasnim uslugama temelji na tehnologijama različitim od tužiteljeve bakrene mreže, tako da takav pristup nije neophodan u smislu da je nemoguć ili nerazumno otežan.
- 106 Komisija i intervenijent osporavaju tu argumentaciju.
- 107 U tom pogledu, prema ustaljenoj sudskoj praksi, na poduzetniku u vladajućem položaju osobita je odgovornost da svojim postupanjem ne ugrozi djelotvorno i nenarušeno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu (vidjeti presudu od 6. rujna 2017., Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 135. i navedenu sudsku praksu), pri čemu u tom pogledu treba uzeti u obzir okolnost da taj položaj potječe iz bivšeg zakonitog monopola (presuda od 27. ožujka 2012., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, t. 23.).
- 108 Zbog toga članak 102. UFEU-a, među ostalim, zabranjuje poduzetniku u vladajućem položaju da provodi prakse koje imaju isključujući učinak na njegove konkurente koji se smatraju jednako učinkovitim kao i on sam i da jača svoj vladajući položaj korištenjem drukčijim sredstvima od onih koja su obuhvaćena tržišnim natjecanjem prema zaslugama. U tom smislu, svako tržišno natjecanje u pogledu cijena ne može se smatrati zakonitim (vidjeti presudu od 6. rujna 2017., Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 136. i navedenu sudsku praksu).
- 109 U tom je pogledu presuđeno da je zlouporaba vladajućeg položaja u smislu članka 102. UFEU-a objektivna pojava koja se odnosi na postupanje poduzetnika u vladajućem položaju koje, na tržištu na kojem je razina tržišnog natjecanja već oslabljena upravo zbog prisutnosti tog poduzetnika, korištenjem sredstvima različitim od sredstava mjerodavnih za normalno tržišno natjecanje proizvoda ili usluga na temelju transakcija gospodarskih subjekata, narušava održavanje razine tržišnog natjecanja koja još postoji na tržištu ili razvoj tog tržišnog natjecanja (vidjeti presude od 19. travnja 2012., Tomra Systems i dr./Komisija, C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 17. i navedenu sudsku praksu i od 9. rujna 2009., Clearstream/Komisija, T-301/04, EU:T:2009:317, t. 140. i navedenu sudsku praksu).

- 110 Člankom 102. UFEU-a nisu obuhvaćene samo prakse koje potrošačima uzrokuju izravnu štetu, nego i one koje im uzrokuju štetu ugrožavanjem tržišnog natjecanja (vidjeti u tom smislu presude od 27. ožujka 2012., *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, t. 20. i navedenu sudsku praksu i od 29. ožujka 2012., *Telefónica i Telefónica de España/Komisija*, T-336/07, EU:T:2012:172, t. 171.).
- 111 Učinak na konkurentsku situaciju na koju se upućuje u točki 109. ove presude ne odnosi se nužno na konkretan učinak sporne zlouporabe. Kako bi se utvrdila povreda članka 102. UFEU-a, treba dokazati da je cilj zlouporabe poduzetnika u vladajućem položaju ograničiti tržišno natjecanje ili, drugim riječima, da zlouporaba može imati takav učinak (presuda od 19. travnja 2012., *Tomra Systems i dr./Komisija*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 68.; vidjeti također presude od 9. rujna 2009., *Clearstream/Komisija*, T-301/04, EU:T:2009:317, t. 144. i navedenu sudsku praksu i od 29. ožujka 2012., *Telefónica i Telefónica de España/Komisija*, T-336/07, EU:T:2012:172, t. 268. i navedenu sudsku praksu).
- 112 Osim toga, što se tiče toga predstavlja li praksa koja dovodi do istiskivanja marži zlouporabu, treba istaknuti da se u članku 102. drugom stavku točki (a) poduzetniku u vladajućem položaju izričito zabranjuje neposredno ili posredno nametanje nepravednih cijena (presude od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 25. i od 29. ožujka 2012., *Telefónica i Telefónica de España/Komisija*, T-336/07, EU:T:2012:172, t. 173.). Međutim, budući da popis zlouporaba iz članka 102. UFEU-a nije taksativan, nabrojanje zlouporaba sadržanih u toj odredbi ne obuhvaća sve zlouporabe vladajućeg položaja koje su zabranjene pravom Unije (presude od 21. veljače 1973., *Europemballage i Continental Can/Komisija*, 6/72, EU:C:1973:22, t. 26.; od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 26. i od 29. ožujka 2012., *Telefónica i Telefónica de España/Komisija*, T-336/07, EU:T:2012:172, t. 173.).
- 113 U ovom slučaju valja pojasniti da se argumentacija koju tužitelj navodi u prvom tužbenom razlogu odnosi samo na pravni kriterij koji je Komisija primijenila u sedmom dijelu pobijane odluke (uvodne izjave 355. do 821.), kako bi niz tužiteljevih postupanja u predmetnom razdoblju kvalificirala kao „odbijanje pružanja usluge”. Suprotno tomu, tužitelj ne osporava samo postojanje postupanja koje je Komisija utvrdila u tom dijelu pobijane odluke. Kao što proizlazi iz uvodnih izjava 2. i 1507. pobijane odluke, ta postupanja, na temelju kojih je Komisija utvrdila jedinstvenu i trajnu povredu članka 102. UFEU-a (uvodna izjava 1511. pobijane odluke), sastojala su se, kao prvo, od skrivanja informacija o mreži od alternativnih operatera potrebnih za izdvajanje lokalne petlje tog operatera; kao drugo, od tužiteljeva smanjenja vlastitih obveza u pogledu izdvajanja koje proizlaze iz primjenjivog regulatornog okvira i, kao treće, od toga što je navedeni operater utvrdio nekoliko nepoštenih odredbi i uvjeta u svojoj referentnoj ponudi za izdvajanje.
- 114 Osim toga, kao što je tužitelj potvrdio na raspravi, prvim tužbenim razlogom ne želi se dovesti u pitanje analiza postupanja koje se sastojalo od istiskivanja marži, koju je Komisija provela u osmom dijelu pobijane odluke (uvodne izjave 822. do 1045. pobijane odluke). Naime, tužitelj u svojoj tužbi ne osporava da ta vrsta postupanja predstavlja samostalni oblik zlouporabe koji je različit od odbijanja pružanja usluge pristupa i čije postojanje stoga ne ovisi o kriterijima utvrđenim u presudi od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569) (vidjeti u tom smislu presudu od 10. srpnja 2014., *Telefónica i Telefónica de España/Komisija*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, t. 75. i navedenu sudsku praksu). Stoga tužitelj svojim prvim i petim prigovorom Komisiji u biti prigovara to što je njegova postupanja navedena u točki 113. ove presude kvalificirala kao „odbijanje pružanja usluge” pristupa njegovoj lokalnoj petlji a da pritom nije provjerila „neophodnost” takvog pristupa, u smislu trećeg uvjeta utvrđenog u točki 41. presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 115 Točno je da je Sud u toj presudi smatrao da, kako bi odbijanje poduzetnika u vladajućem položaju da dodijeli pristup usluzi moglo predstavljati zlouporabu u smislu članka 102. UFEU-a, to odbijanje treba biti takve naravi da uklanja svaku mogućnost tržišnog natjecanja podnositelja zahtjeva za uslugu, da ga se ne može objektivno opravdati i da je usluga sama po sebi neophodna za obavljanje djelatnosti

podnositelja zahtjeva (presuda od 26. studenoga 1998., Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, t. 41.; vidjeti također presudu od 9. rujna 2009., Clearstream/Komisija, T-301/04, EU:T:2009:317, t. 147. i navedenu sudsku praksu).

- 116 Osim toga, iz točaka 43. i 44. presude od 26. studenoga 1998. Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) proizlazi da za utvrđivanje toga jesu li proizvod ili usluga neophodni da bi se poduzetniku omogućilo da obavlja svoju djelatnost na određenom tržištu treba istražiti postoje li proizvodi ili usluge koji predstavljaju alternativna rješenja, čak i ako su manje povoljni i ako postoje tehničke, regulatorne ili gospodarske prepreke koje su takve naravi da onemogućavaju ili barem nerazumno otežavaju razvijanje, eventualno u suradnji s drugim operaterima, alternativnih proizvoda ili usluga svakom poduzetniku koji namjerava poslovati na navedenom tržištu. U skladu s točkom 46. presude od 26. studenoga 1998. Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), kako bi se moglo priznati postojanje prepreka gospodarske naravi, potrebno je barem utvrditi da razvijanje tih proizvoda ili usluga nije ekonomski isplativo za proizvodnju na razini usporedivoj s razinom poduzetnika koji nadzire postojeći proizvod ili uslugu (presuda od 29. travnja 2004., IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257, t. 28.).
- 117 Međutim, budući da se u predmetnom slučaju propisom koji se odnosi na sektor telekomunikacija utvrđuje pravni okvir koji se primjenjuje na taj sektor te tako pridonosi određivanju uvjeta tržišnog natjecanja u kojima telekomunikacijsko poduzeće obavlja svoje djelatnosti na predmetnim tržištima, navedeni je propis relevantan za primjenu članka 102. UFEU-a na postupanja tog poduzeća, osobito kako bi se ocijenilo predstavljaju li takva postupanja zlorabitu (presuda od 14. listopada 2010., Deutsche Telekom/Komisija, C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 224.).
- 118 Kao što Komisija pravilno ističe, uvjeti koji se navode u t. 115. ove presude uspostavljeni su i primijenjeni u kontekstu predmeta u kojima je bilo riječ o pitanju može li se na temelju članka 102. UFEU-a od poduzetnika u vladajućem položaju zahtijevati da drugim poduzetnicima pruži pristup proizvodu ili usluzi ako za to ne postoji nikakva regulatorna obveza.
- 119 Takav je kontekst različit od konteksta ovog predmeta u kojem je TUSR odlukom od 8. ožujka 2005. koju je 14. lipnja 2005. potvrdio predsjednik tog tijela naložio tužitelju da prihvati sve zahtjeve za izdvajanje svoje lokalne petlje koje se može smatrati razumnima i opravdanim kako bi na temelju toga alternativnim operaterima omogućio da nude vlastite usluge na maloprodajnom masovnom (ili potrošačkom) tržištu fiksnih širokopoljnih usluga u Slovačkoj (točka 9. ove presude). Ta obveza proizlazi iz nastojanja tijela javne vlasti da potaknu tužitelja i njegove konkurente na ulaganja i inovacije, te istodobno osiguraju očuvanje tržišnog natjecanja (uvodne izjave 218., 373., 388., 1053. i 1129. pobijane odluke).
- 120 Kao što se navodi u uvodnim izjavama 37. do 46. pobijane odluke, odlukom TUSR-a, koja je donesena u skladu sa Zakonom br. 610/2003, u Slovačkoj je proveden zahtjev za izdvojeni pristup lokalnoj petlji operatera koji imaju značajnu tržišnu snagu na tržištu pružanja javnih nepokretnih telefonskih mreža, koji se predviđa člankom 3. Uredbe br. 2887/2000. Zakonodavac Unije u uvodnoj izjavi 6. navedene uredbe opravdao je taj zahtjev okolnošću da „[z]a nove sudionike ne bi bilo ekonomski isplativo da u cijelosti i u razumnom roku reproduciraju infrastrukturu za pristup metalnoj lokalnoj petlji postojećih operatera [i da] druge infrastrukture [...] općenito nemaju ni istu funkcionalnost ni istu pokrivenost” [neslužbeni prijevod].
- 121 Stoga, budući da se relevantnim regulatornim okvirom jasno priznaje nužnost pristupa tužiteljevoj lokalnoj petlji kako bi se omogućilo stvaranje i razvoj učinkovitog tržišnog natjecanja na slovačkom tržištu širokopoljnih internetskih usluga, Komisija nije trebala dokazati da je takav pristup bio itekako neophodan u smislu posljednjeg uvjeta uspostavljenog u točki 41. presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 122 Iz prethodno navedenog proizlazi da se Komisiji ne može prigovoriti da je propustila utvrditi da je pristup predmetnoj mreži neophodan.

- 123 Treba dodati da se Komisiji takav pristup ne može staviti na teret ni da se smatra da je implicitno odbijanje predmetnog pristupa obuhvaćeno razmatranjima iz presude od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83). U toj presudi Sud je presudio da se iz točaka 48. i 49. presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569) ne može zaključiti da se uvjeti koji su potrebni kako bi se utvrdilo da je riječ o odbijanju pružanja usluge koje predstavlja zlouporabu, što je bilo predmet prvog prethodnog pitanja koje se ispitivalo u potonjem predmetu, nužno trebaju primijeniti i u okviru ocjene toga predstavlja li zlouporabu postupanje koje se sastoji od toga da se pružanje usluga ili prodaja proizvoda podvrgne nepovoljnim uvjetima ili uvjetima koji možda nisu u interesu kupca (presuda od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 55.). Sud je u tom pogledu istaknuo da takva postupanja mogu, sama po sebi, biti samostalni oblik zlouporabe koji je različit od odbijanja pružanja usluge (presuda od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 56.).
- 124 Sud je osim toga naveo da bi drukčije tumačenje presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569) značilo da se svako postupanje poduzetnika u vladajućem položaju u pogledu tržišnih uvjeta tog poduzetnika može smatrati zlouporabom samo ako su ispunjeni svi uvjeti na temelju kojih se utvrđuje odbijanje isporuke, čime se neopravdano umanjuje koristan učinak članka 102. UFEU-a (presuda od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 58.).
- 125 Tužitelj u tom pogledu pravilno ističe da se praksa o kojoj je riječ u glavnom predmetu i koju je Sud ispitao u presudi od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83) sastojala, kao što proizlazi iz točke 8. te presude, samo od mogućeg istiskivanja marži od strane švedskog dugogodišnjeg operatera u okviru nepokretne telefonske mreže kako bi alternativne operatere odvratio od pristupanja njegovoj lokalnoj petlji. Iz toga se ipak ne može zaključiti da se tumačenje koje je iznio Sud u pogledu dosega uvjeta iz točke 41. presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569) odnosi samo na taj oblik zlouporabe i da ne obuhvaća prakse koje nisu strogo povezane s određivanjem cijena poput praksi koje u ovom slučaju Komisija ispitala u sedmom dijelu pobijane odluke (vidjeti točke 27. do 41. ove presude).
- 126 Naime, najprije treba utvrditi da u točkama 55. do 58. presude od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83) Sud nije upućivao na konkretan oblik zlouporabe koji predstavlja istiskivanje marži konkurentnih operatera na silaznom tržištu, nego na „pružanje usluga ili [na] prodaju proizvoda u nepovoljnim uvjetima ili u uvjetima koji možda nisu u interesu kupca” kao i na „tržišne uvjete” koje je utvrdio poduzetnik u vladajućem položaju. Takvim se tekstom sugerira da se isključujuća postupanja na koja se tako upućuje ne odnose samo na istiskivanje marži, nego i na druge poslovne prakse kojima se mogu proizvesti nezakoniti isključujući učinci za postojeće ili potencijalne konkurente, poput učinaka koje je Komisija kvalificirala kao implicitno odbijanja pružanja usluge pristupa tužiteljevoj lokalnoj petlji (vidjeti u tom smislu uvodnu izjavu 366. pobijane odluke).
- 127 To je tumačenje presude od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83) potkrijepljeno upućivanjem Suda u tom dijelu svoje analize na točke 48. i 49. presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569). Te se točke, naime, odnose na drugo prethodno pitanje koje je upućeno Sudu u tom predmetu i ne odnose se na odbijanje poduzetnika u vladajućem položaju o kojem je riječ u glavnom postupku da izdavaču konkurentskih dnevnih novina pruži pristup svojem sustavu kućne dostave, koji se ispitalo u okviru prvog prethodnog pitanja, nego na mogućnost da se kao zlouporaba vladajućeg položaja kvalificira kao praksa kojom je taj poduzetnik takav pristup uvjetovao time da mu predmetni izdavač istodobno povjeri izvršavanje drugih usluga, poput prodaje na kioscima ili tiska.
- 128 S obzirom na prethodno navedeno, valja zaključiti da kvalifikacija tužiteljevih postupanja, ispitanih u sedmom dijelu pobijane odluke, kao zlouporabe u smislu članka 102. UFEU-a ne podrazumijeva da Komisija utvrdi da je pristup tužiteljevoj lokalnoj petlji bio neophodan za obavljanje djelatnosti konkurentskih operatera na maloprodajnom tržištu fiksnih širokopojskih usluga u Slovačkoj, u smislu sudske prakse navedene u točki 116. ove presude.

129 Prema tome, prvi i peti prigovor tužbenog razloga treba odbiti kao neosnovane.

b) Treći prigovor

130 U svojem trećem prigovoru tužitelj tvrdi da neprimjenjivanje uvjetâ iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), u slučaju implicitnog odbijanja pružanja usluge pristupa, dovodi do nedosljednosti u pogledu politike tržišnog natjecanja. Naime, u tom bi slučaju bilo lakše utvrditi implicitno odbijanje pružanja usluge pristupa nego obično odbijanje pružanja usluge pristupa, što bi imalo za učinak da se s najtežom zlouporabom postupa blaže nego s lakšom zlouporabom. U ovom je slučaju barem jedan od tužiteljevih konkurenata imao pristup mreži potonjeg tužitelja, tako da odbijanje pristupa nije bilo potpuno (uvodna izjava 408. pobijane odluke). Međutim, potpuno odbijanje pristupa teže je od implicitnog odbijanja pristupa, iako se, u skladu s Komisijinim pristupom, uvjeti iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) primjenjuju na potpuno odbijanje, a ne na implicitno odbijanje pristupa.

131 Ipak, Komisija nije predložila nikakvo opravdanje kako bi objasnila, općenito, razloge zbog kojih se s implicitnim odbijanjem pristupa treba postupati strože nego s potpunim odbijanjem pristupa, kao ni, konkretno, razloge zbog kojih u prvom slučaju više nije potrebno ispuniti uvjete iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).

132 Komisija i intervenijent osporavaju tu argumentaciju.

133 U tom pogledu, dovoljno je utvrditi da se taj argument temelji na pogrešnoj pretpostavci, odnosno da težina povrede članka 102. UFEU-a, koja se sastoji od odbijanja poduzetnika u vladajućem položaju da isporuči proizvod ili pruži uslugu drugim poduzetnicima, ovisi isključivo o vrsti te povrede. Međutim, težina takve povrede može ovisiti o brojnim čimbenicima koji ne ovise o eksplicitnoj ili implicitnoj prirodi navedenog odbijanja, kao što je zemljopisni opseg povrede, namjerno počinjenje povrede ili pak njezini učinci na tržište. Ta se analiza potvrđuje u Smjernicama iz 2006. kad se u točki 20. navodi da se težina svake vrste povrede članka 101. ili 102. UFEU-a ocjenjuje za svaki slučaj posebno, uzimajući u obzir sve bitne okolnosti pojedinog slučaja.

134 Naposljetku, treba podsjetiti da je u točki 69. presude od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83) Sud istaknuo da neophodnost veleprodajnog proizvoda može biti relevantna za ocjenu učinaka istiskivanja marži. Međutim, u ovom slučaju valja utvrditi da je tužitelj naveo Komisijinu obvezu da dokaže neophodnost izdvojenog pristupa tužiteljevoj lokalnoj petlji samo u prilog svojoj tvrdnji da Komisija nije primijenila odgovarajući pravni kriterij prilikom ocjene praksi ispitanih u sedmom dijelu pobijane odluke (vidjeti po analogiji presudu od 29. ožujka 2012., Telefónica i Telefónica de España/Komisija, T-336/07, EU:T:2012:172, t. 182.), a ne kako bi doveo u pitanje Komisijinu ocjenu u pogledu protutržišnih učinaka navedenih praksi, koju je iznijela u devetom dijelu navedene odluke (uvodne izjave 1046. do 1109. pobijane odluke).

135 Prema tome, treći prigovor treba odbiti kao neosnovan.

c) Drugi prigovor

136 U svojem drugom prigovoru tužitelj tvrdi da je neprimjena uvjetâ iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) u pobijanoj odluci protivna presudi od 9. rujna 2009., Clearstream/Komisija (T-301/04, EU:T:2009:317), osobito njezinoj točki 146., u kojoj se ti uvjeti primjenjuju iako se ona odnosi na implicitno odbijanje prodaje, navedeno u uvodnoj izjavi 360. pobijane odluke. Komisija je počinila pogrešku jer je u predmetu Clearstream *de facto* monopolni položaj predmetnog društva bio zaštićen zakonom, tako da su uvjeti iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) bili ispunjeni. Za razliku od predmeta u kojem je donesena

presuda od 9. rujna 2009., Clearstream/Komisija (T-301/04, EU:T:2009:317), Komisija u ovom slučaju nije mogla dokazati neophodnost tužiteljeve DSL mreže. Zbog toga se toliko trudila razlikovati ga od predmetâ Bronner i Clearstream.

137 Komisija i intervenijent osporavaju tu argumentaciju.

138 U tom pogledu, valja istaknuti, kao što je to Komisija pravilno tvrdila, da ne postoji proturječnost između Komisijina pristupa u predmetu u kojem je donesena presuda od 9. rujna 2009., Clearstream/Komisija (T-301/04, EU:T:2009:317) i u ovom predmetu, s obzirom na to da u prvom predmetu poduzetnik u vladajućem položaju nije imao obvezu pružiti predmetnu uslugu te poduzetnik u vladajućem položaju nije stekao svoj poslovni položaj u okviru zakonskog monopola.

139 Kao što proizlazi iz sudske prakse koja se navodi u točki 117. ove presude, budući da se u predmetnom slučaju propisom koji se odnosi na sektor telekomunikacija utvrđuje pravni okvir koji se primjenjuje na taj sektor te tako pridonosi određivanju uvjeta tržišnog natjecanja u kojima telekomunikacijsko poduzeće obavlja svoje djelatnosti na predmetnim tržištima, navedeni je propis relevantan za primjenu članka 102. UFEU-a na postupanja tog poduzeća, osobito kako bi se ocijenilo predstavljaju li takva postupanja zlouporabu.

140 Prema tome, drugi prigovor treba odbiti kako neosnovan.

d) Četvrti prigovor

141 U svojem četvrtom prigovoru tužitelj tvrdi da pobijana odluka, u svojoj uvodnoj izjavi 370., sadržava pogreške koje se tiču činjenica i prava kao i nedostatke u obrazloženju. Komisija je u toj uvodnoj izjavi iznijela opravdanja za odstupanje od uvjetâ iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), pri čemu je tvrdila da se ti uvjeti ne primjenjuju na odbijanje pružanja usluge pristupa zbog, s jedne strane, tužiteljeve regulatorne obveze da pruži pristup lokalnoj petlji na temelju prethodnih pravila i, s druge strane, razvoja mreže tužitelja, kao nekadašnjeg državnog monopolista.

142 Kao prvo, kad je riječ o pogreškama koje se tiču činjenica i prava u pogledu tih dvaju opravdanja, na prvom mjestu, tužitelj prigovara Komisiji da je počinila pogreške time što je tvrdila da je potrebno odstupiti od uvjetâ iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) zbog obveze pružanja pristupa lokalnoj petlji, koja proizlazi iz prethodnih pravila.

143 U tom pogledu, tužitelj smatra da takva obveza nema nužno posljedice na uvjete primjene članka 102. UFEU-a, s obzirom na to da se njihovi ciljevi razlikuju. Naime, Komisija je počinila pogrešku koja se tiče prava time što poštovala razliku, koja proizlazi iz točke 113. presude od 10. travnja 2008., Deutsche Telekom/Komisija (T-271/03, EU:T:2008:101), između uloge regulatorne obveze *ex ante*, čiji je cilj smanjenje tržišnu moć poduzetnikâ u vladajućem položaju na tržištu, i uloge prava tržišnog natjecanja *ex post*, na temelju kojeg se tijela usredotočuju na određeno postupanje poduzetnikâ i istražuju jesu li zloupotrebljavali svoju eventualnu moć na tržištu.

144 Konkretnije, što se tiče obveze prodaje, ona bi mogla biti određena propisom *ex ante* u slučajevima u kojima Komisija, osim u iznimnim okolnostima, nema pravo odrediti takvu obvezu na temelju članka 102. UFEU-a. Međutim, iako iz sudske prakse proizlazi da se propis koji se odnosi na sektor telekomunikacija može uzeti u obzir u svrhu primjene članka 102. UFEU-a na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju (presuda od 14. listopada 2010., Deutsche Telekom/Komisija, C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 224. i 227.), Komisija u pobijanoj odluci nije samo uzela u obzir obveze određene na temelju takvog propisa, nego se potpuno oslonila na ocjenu koju je utvrdio TUSR a da pritom nije provela nikakvo ispitivanje.

- 145 Prema tužiteljevu mišljenju, razmatranja iz presude od 10. travnja 2008., Deutsche Telekom/Komisija (T-271/03, EU:T:2008:101), iz koje proizlazi da se sekundarno zakonodavstvo Unije „može” pokazati relevantnim u pogledu članka 102. UFEU-a, primjenjiva su samo u kontekstu tog predmeta, s obzirom na to da je Sud bio pozvan ispitati je li Komisija počinila pogrešku time što je utvrdila postojanje regulatorne obveze propisane tim zakonodavstvom. Iz te presude ni iz postojanja regulatorne obveze ne proizlazi da Komisija može zaobići uvjete iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 146 Naprotiv, tužitelj smatra, te je istaknuo na raspravi, da članak 102. UFEU-a i navedeno zakonodavstvo imaju različite ciljeve, tako da nacionalno regulatorno tijelo može odlučiti povećati tržišno natjecanje, iako se obveza sklapanja ugovora na temelju članka 102. UFEU-a može propisati samo za ispravljanje zlouporabnog odbijanja pristupa.
- 147 K tomu, članak 21. stavak 3. Zakona br. 610/2003, na koji se Komisija poziva kako bi potvrdila da je TUSR proveo odvagivanja interesa, ne navodi se u njezinim ranijim odlukama. U svakom slučaju, opća obveza odvagivanja, na temelju nacionalnog zakonodavstva, ne znači da Komisija može zanemariti uvjete iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Svakako, kada postoji ranija regulatorna obveza, Komisija je dužna dokazati da se uvjeti iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) ne primjenjuju. Tužitelj priznaje da, iako je točno da u predmetu u kojem je donesena ta presuda ne postoji relevantna regulatorna obveza, to ipak ne dovodi do zaključka koji Komisija nastoji izvesti.
- 148 Na drugom mjestu, što se tiče opravdanja u skladu s kojim je tužiteljeva mreža razvijena u okviru monopolističkog sustava, tužitelj tvrdi da sudska praksa na koju se Komisija poziva u pobijanoj odluci ne omogućuje da se isključi to drugo opravdanje. Naime, prije svega, točka 109. presude od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83) koju Komisija navodi, nije relevantna. Nadalje, iz točke 23. presude od 27. ožujka 2012., Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), na koju Komisija upućuje, proizlazi da postojanje bivšeg državnog monopola može biti relevantno prilikom uzimanja u obzir poduzetnikova postupanja. Stoga se na temelju te presude ne može zaključiti da se ne primjenjuju uvjeti iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 149 Argument kojim se tvrdi da se uvjeti iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) ne primjenjuju ako predmetna mreža povijesno gledano proizlazi iz državnog monopola pogrešan je s obzirom na to da se člankom 102. UFEU-a ne predviđa posebno postupanje s bivšim državnim monopolistom. Naprotiv, Komisija je u prošlosti izjavila da povijesna priroda monopola nije relevantna za trenutačnu ocjenu zlouporabe na temelju članka 102. UFEU-a.
- 150 Komisija i intervenijent osporavaju tu argumentaciju.
- 151 U tom pogledu, kako bi se ti argumenti odbili, dovoljno je istaknuti da se elementi iz točaka 117. do 121. ove presude ne temelje na pretpostavci prema kojoj tužiteljeva obveza pružanja izdvojenog pristupa svojoj lokalnoj petlji proizlazi iz članka 102. UFEU-a, nego se njima samo ističe, u skladu sa sudskom praksom navedenom u točki 117. ove presude, da je postojanje takve regulatorne obveze relevantan element ekonomskog i pravnog konteksta u kojem valja ocijeniti mogu li se tužiteljeve prakse ispitane u sedmom dijelu pobijane odluke kvalificirati kao zlouporabe u smislu te odredbe.
- 152 Uostalom, tužiteljevo pozivanje na točku 113. presude od 10. travnja 2008., Deutsche Telekom/Komisija (T-271/03, EU:T:2008:101), s ciljem podupiranja argumenta navedenog u točki 143. ove presude, nije relevantno. Točno je da je Opći sud u navedenoj točki 113. istaknuo da nacionalna regulatorna tijela postupaju u skladu s nacionalnom pravom koje može imati ciljeve koji se razlikuju od ciljeva politike Unije u području tržišnog natjecanja. Tim se rasuđivanjem želi poduprijeti to što je Opći sud odbio tužiteljev argument u tom predmetu u skladu s kojim se, u biti, *ex ante* kontrolom njegovih cijena koju provodi njemačko regulatorno tijelo za telekomunikacije i poštu isključuje da se članak 102. UFEU-a može primijeniti na eventualno istiskivanje marži koje proizlazi iz njegovih cijena

za izdvojeni pristup njegovoj lokalnoj petlji. Stoga to rasuđivanje nema nikakve veze s pitanjem je li postojanje regulatorne obveze pružanja pristupa lokalnoj petlji operatera u vladajućem položaju relevantno za ocjenu usklađenosti njegove politike pristupa s člankom 102. UFEU-a.

- 153 Usto, iz ustaljene sudske prakse proizlazi da postojanje vladajućeg položaja koji je posljedica zakonskog monopola treba uzeti u obzir u okviru primjene članka 102. UFEU-a (vidjeti u tom smislu presudu od 27. ožujka 2012., *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, t. 23. i navedenu sudsku praksu).
- 154 Stoga četvrti prigovor treba odbiti kao neosnovan u dijelu u kojem se temelji na navodnim pogreškama koje se tiču prava i činjenica u pogledu opravdanja koja je Komisija iznijela radi odstupanja od uvjeta iz presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), te s obzirom na tužiteljevu obvezu pružanja pristupa lokalnoj petlji, koja proizlazi iz prethodnih pravila, i na nekadašnje postojanje monopolističkog državnog sustava.
- 155 Kao drugo, tužitelj prigovara Komisiji zbog nedostatka u obrazloženju u pogledu opravdanja koje je Komisija iznijela s ciljem odstupanja od uvjeta iz presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569) i koje se sastoji od nužnosti da prvotni pristup bude obavezan. Naime, Komisija nije provela ispitivanje o postojanju ranije regulatorne obveze niti analizirala njezin sadržaj niti iznijela rasuđivanje o navedenom opravdanju s obzirom na nužnost da prvotni pristup bude obavezan i o pitanju zašto nepostojanje takvog pristupa onemogućuje svako stvarno tržišno natjecanje. Komisija u prilog svojoj ocjeni nije iznijela nijedan dokaz za to da se nacionalnim propisom uspostavila ravnoteža između tužiteljevih nastojanja da svoju infrastrukturu zadrži za vlastitu uporabu i mogućih nastojanja poduzetnika da steknu pristup lokalnoj petlji. U pobijanoj odluci nije se dokazalo zašto predmetne regulatorne obveze pružaju dostatnu osnovu za zanemarivanje uvjeta iz presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569). Komisija je bila dužna pružiti osobito jasno, nesporno i detaljno obrazloženje kojim se opravdava činjenica da je prvotni pristup obavezan i, posljedično, razloge zbog kojih uskraćivanje pristupa onemogućuje svako stvarno tržišno natjecanje.
- 156 Tužitelj u replici, kao prvo, dodaje da uvodne izjave 36. do 49. pobijane odluke sadržavaju samo općenit opis regulatornog okvira i sažet opis ranije obveze pristupa. Međutim, to se obrazloženje ne odnosi na pitanje mogu li se na temelju te obveze zanemariti uvjeti iz presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 157 Kao drugo, TUSR nije uputio na slovačke regulatorne odredbe o odvagivanju prilikom određivanja ranijih obveza. U svakom slučaju, odvagivanje na temelju ranijeg propisa različito je od odvagivanja na temelju članka 102. UFEU-a. Osim toga, argument koji se temelji na odvagivanju koje je navodno proveo TUSR, prema tužiteljevu mišljenju, ne može biti opravdanje za nepostojanje ikakvog obrazloženja u pogledu drugih uvjeta iz presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 158 Kao treće, kad Komisija tvrdi da se uvjeti iz presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569) u svakom slučaju ne primjenjuju u ovom predmetu, ne razlikuje pitanje osnovanosti odluke i obvezu obrazlaganja.
- 159 Kao četvrto, što se tiče upućivanja na odjeljak 9.3. pobijane odluke koji se odnosi na protutržišne učinke, tužitelj tvrdi da se ta odluka ne može obrazložiti tim upućivanjem. Naime, tužitelj prije svega tvrdi da je onemogućavanje svakog stvarnog tržišnog natjecanja samo jedan od uvjeta iz presude od 26. studenoga 1998., *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), dok su ostali uvjeti iz te presude nedostatno obrazloženi. Nadalje, ispitivanje protutržišnih učinaka, u okviru pobijane odluke, ne zamjenjuje nužnost pružanja posebnih obrazloženja u pogledu uvjeta neophodnosti. Naposljetku, u tom se odjeljku pobija Komisijin argument, s obzirom na to da sadržava dokaze kojima se dokazuje nepostojanje protutržišnih učinaka.

- 160 Usto, što se tiče opravdanja koje se temelji na činjenici da je tužiteljeva mreža razvijena u okviru monopolističkog sustava, tužitelj tvrdi da obrazloženje iz uvodne izjave 373. pobijane odluke nije dostatno kako bi se objasnili razlozi zbog kojih Komisija smatra da je postojanje nekadašnjeg državnog monopola relevantno za ispitivanje zlouporabe s obzirom na članak 102. UFEU-a.
- 161 Prema tužiteljevu mišljenju, budući da Komisija podliježe načelu dobre uprave, dužna je ispitati konkretne elemente nekadašnjeg državnog monopola na koji se želi pozvati kako bi zanemarila uvjete iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), pri čemu su se ti elementi pokazali iznimno relevantnima. Tužitelj također smatra da se elementi navedeni u uvodnoj izjavi 891. pobijane odluke, koji se odnose na tužiteljeva ulaganja u širokopojasnu imovinu u razdoblju od 2003. do 2010., ne mogu kvalificirati kao činjenične pojedinosti koje nisu posebno relevantne. Naprotiv, tužitelj smatra da je Komisija trebala ispitati prirodu i učinak tih ulaganja u odnosu na njegov raniji položaj. Tužitelj zaključuje da, ako se obrazloženje iz pobijane odluke pokaže dovoljnim, to u praksi znači da Komisija ne podliježe nikakvom ograničenju ako je u prošlosti postojao državni monopol.
- 162 Komisija i intervenijent osporavaju tu argumentaciju.
- 163 U tom pogledu, obrazloženje koje se zahtijeva člankom 296. UFEU-a treba odgovarati predmetnom aktu te jasno i nedvosmisleno odražavati zaključke institucije koja je donijela akt kako bi se zainteresiranim osobama omogućilo da se upoznaju s razlozima poduzimanja mjere i da zaštite svoja prava, a Sudu da provodi svoj nadzor. Što se tiče odluke donesene u skladu s člankom 102. UFEU-a, tim se načelom zahtijeva da se u osporavanoj odluci navedu činjenice o kojima ovisi pravno opravdanje mjere i razmatranja koja su dovela do donošenja odluke (presuda od 9. rujna 2010., Tomra Systems i dr./Komisija, T-155/06, EU:T:2010:370, t. 227.).
- 164 Kao prvo, tužitelj smatra da pobijana odluka ne sadržava ispitivanje o postojanju ranije regulatorne obveze ni analizu njezina sadržaja, ni dokaze kojima se potvrđuje Komisijina ocjena u skladu s kojom se nacionalnim propisom uspostavila ravnoteža između tužiteljevih nastojanja da svoju infrastrukturu zadrži za vlastitu uporabu i mogućih nastojanja poduzetnika da steknu pristup lokalnoj petlji, niti se u njoj navodi zašto bi se na temelju regulatornih obveza moglo zanemariti uvjete pristupa pružanju usluge koji proizlaze iz presude od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Međutim, valja istaknuti da je, s jedne strane, Komisija iznijela regulatorni okvir u pogledu izdvajanja pristupa lokalnoj petlji u Slovačkoj u uvodnim izjavama 36. do 46. pobijane odluke. S druge strane, u uvodnim izjavama 355. do 371. pobijane odluke istaknula je pravni okvir u pogledu ocjene zlouporabnog odbijanja pristupa, pri čemu je, konkretnije, objasnila da smatra da se ovaj predmet razlikuje od okolnosti predmeta u kojem je donesena presuda od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) i da se ta presuda ne primjenjuje u ovom slučaju. Stoga treba odbiti argument koji ističe tužitelj.
- 165 Kao drugo, što se tiče tužiteljeve tvrdnje u skladu s kojom je Komisija bila dužna pružiti osobito jasno, uvjerljivo i detaljno obrazloženje o razlozima zbog kojih uskraćivanje pristupa onemogućuje svako stvarno tržišno natjecanje, valja utvrditi da je, u ovom slučaju, tužitelj naveo Komisijinu obvezu da dokaže neophodnost izdvojenog pristupa tužiteljevoj lokalnoj petlji samo u prilog svojoj tvrdnji da Komisija nije primijenila odgovarajući pravni kriterij prilikom ocjene praksi ispitanih u sedmom dijelu pobijane odluke (vidjeti po analogiji presudu od 29. ožujka 2012., Telefónica i Telefónica de España/Komisija, T-336/07, EU:T:2012:172, t. 182.), a ne kako bi doveo u pitanje Komisijinu ocjenu u pogledu protutržišnih učinaka navedenih praksi, koju je iznijela u devetom dijelu navedene odluke (uvodne izjave 1046. do 1109. pobijane odluke). U svakom slučaju, rasuđivanje iz tog dijela pobijane odluke jasno je i nedvosmisleno u pogledu negativnih učinaka tužiteljeva isključujućeg postupanja na tržišno natjecanje.
- 166 Kao treće, što se tiče tužiteljeve tvrdnje da obrazloženje iz uvodne izjave 373. pobijane odluke nije dostatno kako bi se objasnili razlozi zbog kojih Komisija smatra da je postojanje nekadašnjeg državnog monopola relevantno za ispitivanje zlouporabe s obzirom na članak 102. UFEU-a, valja istaknuti da je

Komisija u toj uvodnoj izjavi najprije navela, upućujući pritom na konkretne odredbe članka 8. i 12. Direktive 2002/21 i članka 21. stavka 3. Zakona br. 610/2003, da se u pogledu tužiteljeve obveze pružanja usluge, koju je u svojoj odluci odredio TUSR, uzimaju u obzir poticaji tužitelja i njegovih konkurenata na ulaganja i inovacije, te istodobno osiguravaju očuvanje tržišnog natjecanja. Komisija je u navedenoj uvodnoj izjavi 373. dodala da je moguće da određivanje obveze pružanja usluge ili pristupa nema nikakav utjecaj na poticanje ulaganja i inovacija kada je pozicija koji poduzetnik u vladajućem položaju ima na tržištu razvijena uz zaštitu posebnih ili isključivih prava, ili je financirana državnim sredstvima, kao što je to bio slučaj u ovom predmetu. Komisija je, nadalje, uputila na točku 23. presude od 27. ožujka 2012., *Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172)*, iz koje proizlazi da se, kad postojanje vladajućeg položaja potječe iz bivšeg zakonitog monopola, ta okolnost treba uzeti u obzir, te je objasnila da je to bio slučaj tužitelja u ovom predmetu. Naposljetku, Komisija se u uvodnoj izjavi 373. pobijane odluke pobrinula objasniti da iz uvodne izjave 3. Uredbe br. 2887/2000 proizlazi da je jedan od razloga zašto je lokalna pristupna mreža i dalje jedan od „najmanje konkurentnih segmenata na liberaliziranom tržištu telekomunikacija” taj da novi sudionici nemaju veliku infrastrukturu alternativnih mreža, s obzirom na to da su operateri, poput tužitelja, svoje lokalnu pristupnu infrastrukturu dugo razvijali, pri čemu su bili zaštićeni isključivim pravima te su bili u mogućnosti desetljećima financirati svoje troškove ulaganja zahvaljujući monopolističkim naknadama za pružanje usluga govorne telefonije i javnim fondovima.

167 Osim toga, Komisija je u uvodnoj izjavi 370. pobijane odluke istaknula da iz točke 109. presude od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83)* proizlazi da struktura tržišta također uvelike ovisi o nekadašnjoj monopolističkoj strukturi.

168 S obzirom na sve te razloge, treba smatrati da je Komisija dovoljno obrazložila svoju odluku kada je smatrala da je činjenica da je predmetna mreža razvijena u monopolističkom sustavu relevantan čimbenik koji treba uzeti u obzir u okviru ispitivanja koje provodi na temelju članka 102. UFEU-a.

169 Prema tome, četvrti prigovor treba odbiti i u dijelu u kojem se temelji na povredi obveze obrazlaganja.

170 Iz prethodnih elemenata proizlazi da prvi tužbeni razlog treba odbiti kao neosnovan.

2. Drugi tužbeni razlog, koji se temelji na povredi tužiteljevih prava obrane u pogledu ocjene prakse koja dovede do istiskivanja marži

171 Drugi tužbeni razlog odnosi se na tužiteljeva prava obrane i sastoji se od dvaju dijelova. Prvi dio temelji se na postupovnim pogreškama koje je Komisija počinila u pogledu izračuna tužiteljevih dugoročnih prosječnih inkrementalnih troškova (u daljnjem tekstu: LRAIC), odnosno troškova koje taj operater ne bi trebao snositi da nije ponudio odgovarajuće usluge. Drugi dio temelji se na tužiteljevoj nemogućnosti da tijekom upravnog postupka zauzme stajalište o pristupu za izračunavanje koji se odnosi na nekoliko razdoblja u kojima je tužitelj snosio troškove kako bi se ocijenilo postojanje prakse koja dovodi do istiskivanja marži.

a) Prvi dio, koji se temelji na postupovnim pogreškama koje je Komisija počinila u pogledu izračuna dugoročnih prosječnih inkrementalnih troškova (LRAIC)

172 Tužitelj prigovara Komisiji, s jedne strane, da je izmijenila metode, načela i podatke radi provođenja analize LRAIC-a i, s druge strane, da prije donošenja pobijane odluke nije dostavila svoje prigovore o elementima koje joj je tužitelj podnio kako bi provela tu analizu. Naime, u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, Komisija je upotrijebila samo podatke iz tužiteljeva unutarnjeg sustava za prijavu troškova, odnosno takozvane podatke UCN (účelové členenie nákladov, klasifikacija posebnih troškova) i sažetke o profitabilnosti koje je dostavio tužitelj, s obzirom na to da tužitelj nije imao posebne podatke koji se odnose na LRAIC. Prema tužiteljevu mišljenju, ti podaci UCN temelje se na povijesnim troškovima koji su u cijelosti raspodijeljeni silaznim redoslijedom. Ti se podaci

oslanjaju na linearnu amortizaciju koja ne omogućuje kasniji povrat troškova. Međutim, u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku (točka 1038.), Komisija je sama priznala ograničenja tih podataka za potrebe analize prakse koja dovodi do istiskivanja marži te ih je smatrala da nezadovoljavajućima. Stoga je tužitelj, nakon obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, iznio nove podatke, pri čemu se oslonio na savjetodavno izvješće koje je sastavljeno tijekom veljače 2013. te je dostavljeno Komisiji u prilogu odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Ti novi podaci osobito su pridonijeli prilagodbi povijesnih troškova. Stoga je Komisija prihvatila revalorizaciju troškova imovine i amortizaciju koje je predložio tužitelj (uvodna izjava 894. pobijane odluke).

- 173 Tužitelj ističe da je Komisija, time što je prihvatila znatan dio tih podataka, smatrala da je to savjetodavno izvješće vjerodostojno. Isto tako, Komisija prije donošenja pobijane odluke nije iznijela nikakve prigovore što se tiče načelâ, metodologije i podataka koje je pružio tužitelj. Međutim, u pobijanoj odluci odbila je jedan dio tih načela, te metodologije i tih podataka (uvodna izjava 899. pobijane odluke). Tužitelj smatra da je Komisija prije donošenja pobijane odluke trebala dostaviti detaljne prigovore o načelima, metodologiji i podacima koje je iznijela u toj odluci. Izostanak takvog priopćenja predstavlja povredu prava obrane. Naime, prema tužiteljevu mišljenju, Komisija je dužna u cijelosti izložiti metodu, načela kao i podatke o troškovima na koje se namjerava osloniti u okviru svoje obveze da dokaže povredu i da tužitelja obavijesti o svojem stajalištu. Osim toga, tužitelj je uzalud istaknuo te postupovne probleme pred službenikom za usmene rasprave.
- 174 Usto, Komisija je sama priznala da prilikom donošenja obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku nije raspolagala podacima o dugoročnim prosječnim graničnim troškovima, dok se pobijana odluka temeljila na tim troškovima, što znači da je Komisija između ta dva dokumenta promijenila pristup. Međutim, prema tužiteljevu mišljenju, s obzirom na to da je Komisija promijenila pristup nakon slanja obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, bila je dužna tužitelju uputiti novu obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku ili novi dopis o činjenicama.
- 175 Osim toga, prema tužiteljevu mišljenju, tablice za izračun istiskivanja marži koje je Komisija prosljedila na sastanku o stanju spisa 16. rujna 2014. nisu omogućile potkrepljivanje predmetnih odlomaka pobijane odluke ni poštovanje tužiteljevih prava obrane. U tom smislu, tužitelj ističe površnost tih tablica koje su obuhvaćale samo četiri stranice i koje nisu sadržavale nikakvo objašnjenje u pogledu podataka koji su u njima bili navedeni. Isto tako, tužitelj ističe da mu je Komisija dostavila navedene tablice samo u fazi sastanka o stanju spisa od 16. rujna 2014., odnosno mjesec dana prije objave pobijane odluke, tako da je Komisijino stajalište na taj datum već bilo utvrđeno. Naime, tužitelj je na raspravi istaknuo da je na tom sastanku Komisija navela da priprema odluku koja će za njega biti negativna. U svakom slučaju, dostavljanje tih tablica upućuje na to da se Komisija smatrala obveznom nakon obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku dostaviti dokument u kojem se iznosi izračun istiskivanja marži.
- 176 Komisija osporava taj argument.
- 177 Kao što proizlazi iz uvodne izjave 862. pobijane odluke, Komisija je od tužitelja zatražila da dostavi podatke potrebne za izračun troškova koji se odnose na dodatne inpute potrebne za pretvaranje veleprodajnih usluga u maloprodajne usluge. Prije obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, tužitelj je Komisiji prosljedio izračun troškova za 2003. do 2010. godinu u tablici UCN i nekoliko dodatnih tablica s izračunima. Međutim, u okviru prvog dijela svojeg drugog tužbenog razloga, tužitelj u biti navodi povredu svojih prava obrane jer se prigovori koje je Komisija iznijela o metodologiji, načelima i podacima koje je tužitelj dostavio po prvi put ističu u uvodnim izjavama 860. do 921. pobijane odluke.

- 178 U tom pogledu, valja podsjetiti da poštovanje prava obrane u vođenju upravnih postupaka u području politike tržišnog natjecanja predstavlja opće načelo prava Unije čije poštovanje osiguravaju sudovi Unije (vidjeti presudu od 18. lipnja 2013., ICF/Komisija, T-406/08, EU:T:2013:322, t. 115. i navedenu sudsku praksu).
- 179 Tim se načelom zahtijeva da se zainteresiranom poduzetniku tijekom upravnog postupka omogući da učinkovito izrazi svoje stajalište o postojanju i važnosti činjenica i navedenih okolnosti kao i o dokumentima koje je Komisija priložila u prilog svojoj tvrdnji postojanja povrede pravila tržišnog natjecanja. U tom smislu, člankom 27. stavkom 1. Uredbe br. 1/2003 predviđa se da se strankama šalje obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. U toj obavijesti trebaju se jasno navesti svi ključni elementi na koje se Komisija oslanja u toj fazi postupka (presuda od 5. prosinca 2013., SNIA/Komisija, C-448/11 P, neobjavljena, EU:C:2013:801, t. 41. i 42.).
- 180 Taj je zahtjev ispunjen jer se u konačnoj odluci zainteresiranim osobama ne stavljaju na teret povrede različite od onih koje se navode u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i jer ta odluka sadržava samo činjenice koje su zainteresirane osobe imale priliku objasniti tijekom postupka (vidjeti u tom smislu presude od 24. svibnja 2012., MasterCard i dr./Komisija, T-111/08, EU:T:2012:260, t. 266. i od 18. lipnja 2013., ICF/Komisija, T-406/08, EU:T:2013:322, t. 117.).
- 181 Međutim, navođenje ključnih elemenata na koje se Komisija oslanja u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku može biti sažeto i odluka ne treba nužno biti preslika obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku jer ta obavijest predstavlja pripremni dokument koji sadržava činjenične i pravne ocjene koje su samo privremene (vidjeti u tom smislu presude od 17. studenoga 1987., British American Tobacco i Reynolds Industries/Komisija, 142/84 i 156/84, EU:C:1987:490, točka 70.; od 5. prosinca 2013., SNIA/Komisija, C-448/11 P, neobjavljenu, EU:C:2013:801, t. 42. i navedenu sudsku praksu te od 24. svibnja 2012., MasterCard i dr./Komisija, T-111/08, EU:T:2012:260, t. 267.). Stoga su prihvatljive dopune obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, do kojih je došlo u kontekstu odgovora stranaka na tužbu, čiji argumenti dokazuju da su te stranke mogle učinkovito izvršavati svoja prava obrane. Komisija također može na temelju upravnog postupka preispitati ili pridružiti činjenične ili pravne argumente u potporu preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku koje je sastavila (presuda od 9. rujna 2011., Alliance One International/Komisija, T-25/06, EU:T:2011:442, t. 181.). Posljedično, dok se ne donese konačna odluka, Komisija može, među ostalim s obzirom na pisana ili usmena očitovanja stranaka, odustati od nekih ili čak svih prvotno iznesenih preliminarno utvrđenih činjenica u postupku u odnosu na njih i time izmijeniti svoje stajalište u njihovu korist ili, obrnuto, odlučiti dodati nove činjenice, pod uvjetom da je predmetnim poduzetnicima dala priliku da iznesu svoje stajalište o tom pitanju (vidjeti presudu od 30. rujna 2003., Atlantic Container Line i dr./Komisija, T-191/98 i T-212/98 do T-214/98, EU:T:2003:245, t. 115. i navedenu sudsku praksu).
- 182 Iz privremene prirode pravne kvalifikacije činjenica u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku proizlazi da se Komisijina konačna odluka ne može poništiti samo zato što se konačni zaključci, koji se temelje na tim činjenicama, ne podudaraju točno s navedenom privremenom kvalifikacijom (presuda od 5. prosinca 2013., SNIA/Komisija, C-448/11 P, neobjavljena, EU:C:2013:801, t. 43.). Stoga uzimanje u obzir argumenta koji je istaknula stranka tijekom upravnog postupka, a da joj se nije omogućilo da u tom pogledu izrazi svoje mišljenje prije donošenja konačne odluke, kao takvo ne može predstavljati povredu njezinih prava obrane, ako se uzimanjem u obzir tog argumenta ne mijenja priroda preliminarno utvrđenih činjenica u postupku koje su u pogledu nje iznesene (vidjeti u tom smislu rješenje od 10. srpnja 2001., Irish Sugar/Komisija, C-497/99 P, EU:C:2001:393, t. 24.; presude od 28. veljače 2002., Compagnie générale maritime i dr./Komisija, T-86/95, EU:T:2002:50, t. 447. i od 9. rujna 2011., Alliance One International/Komisija, T-25/06, EU:T:2011:442, t. 182.).
- 183 Naime, Komisija treba saslušati adresate obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i, po potrebi, uzeti u obzir njihova očitovanja kojima odgovaraju na preliminarno utvrđene činjenice u postupku na način da unosi promjene u svoju analizu, upravo kako bi poštovala njihova prava obrane.

Stoga Komisiji treba omogućiti da pojasni tu kvalifikaciju u svojoj konačnoj odluci, uzimajući u obzir elemente koji proizlaze iz upravnog postupka kako bi odustala od preliminarno utvrđenih činjenica u postupku koje se pokazu neutemeljenima ili razvila i upotpunila svoju činjeničnu, ali i pravnu argumentaciju u prilog činjenica koje ističe, no pod uvjetom da zadrži samo činjenice koje su zainteresirane osobe imale priliku objasniti i da, tijekom upravnog postupka, dostavi elemente potrebne za njihovu obranu (vidjeti presude od 3. rujna 2009., Pym i Pym Consumer/Komisija, C-534/07 P, EU:C:2009:505, t. 40. i navedenu sudsku praksu i od 5. prosinca 2013., SNIA/Komisija, C-448/11 P, neobjavljenu, EU:C:2013:801, t. 44. i navedenu sudsku praksu).

184 Napokon, valja podsjetiti da prema ustaljenoj sudskoj praksi postoji povreda prava obrane kada postoji mogućnost da je zbog nepravilnosti koju je počinila Komisija upravni postupak koji je ona vodila mogao dovesti do drukčijeg rezultata. Društvo tužitelj utvrđuje da je došlo do takve povrede ne kada u dovoljnoj mjeri dokaže da bi Komisijina odluka imala drukčiji sadržaj, nego da je moglo bolje osigurati svoju obranu da nije bilo nepravilnosti, na primjer zbog činjenice da je moglo u svojoj obrani upotrijebiti dokumente u koje mu je uskraćen uvid tijekom upravnog postupka (vidjeti presude od 2. listopada 2003., Thyssen Stahl/Komisija, C-194/99 P, EU:C:2003:527, t. 31. i navedenu sudsku praksu i od 24. svibnja 2012., MasterCard i dr./Komisija, T-111/08, EU:T:2012:260, t. 269. i navedenu sudsku praksu; presuda od 9. rujna 2015., Philips/Komisija, T-92/13, neobjavljena, EU:T:2015:605, t. 93.).

185 U ovom slučaju, Komisija je tijekom istrage primila podatke o troškovima u tablicama UCN, koje čine tužiteljev računovodstveni instrument, kojim se, po komercijalnoj usluzi i skupini usluga, prikazuju ukupni prihodi, ukupni operativni troškovi, korišteni kapital, ukupni kapitalni trošak, operativna dobit i gospodarska korist (uvodne izjave 863. i 864. pobijane odluke). Iz pobijane odluke proizlazi da se troškovi iz tablica UCN temelje na povijesnim troškovima koji su u cijelosti raspodijeljeni i razlikuju se od LRAIC-a (uvodna izjava 875. pobijane odluke). Komisija je također dobila pojašnjenja u kojima se navodi na koji su način troškovi razvrstani kao i tablice i opise koji se odnose na troškove za svaku uslugu (uvodne izjave 865. do 867. pobijane odluke). Komisija je od tužitelja zatražila da dostavi podatke o profitabilnosti širokopojasnih usluga, ponovno izračunane primjenom metodologije LRAIC (uvodne izjave 868. i 869. pobijane odluke). Budući da je tužitelj potvrdio da nije izračunao iznos profitabilnosti širokopojasnih usluga u skladu s metodologijom LRAIC, Komisija je u fazi obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku upotrijebila podatke kojima je raspolagala, odnosno podatke UCN i objašnjenja o troškovima, kako bi prilagodila pojedinačne troškove (uvodne izjave 870. do 875. pobijane odluke). Prema Komisijinu mišljenju, u toj su fazi, zbog nedostatka podataka o LRAIC-u, podaci iz tablica UCN bili najbolji dostupni izvor za izračune istiskivanja marže (uvodna izjava 875. pobijane odluke). Na temelju toga je Komisija u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku utvrdila da se jednako učinkovit konkurent koji ima pristup tužiteljevoj lokalnoj petlji ostvaruje znatne negativne marže ako pokuša reproducirati tužiteljev maloprodajni portfelj za razdoblje od 2005. do 2010. (uvodne izjave 1203. i 1222. obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku).

186 Kao prvo, što se tiče prigovora koji je istaknuo tužitelj, prema kojem ga se nije saslušalo u pogledu načelâ, metodologije i podataka o izračunu LRAIC-a, valja utvrditi da je tužitelj imao priliku odgovoriti na argumente koji se navode u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i da je tu mogućnost u potpunosti iskoristio. Tako je tužitelj na temelju savjetodavnog izvješća u svojem odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku predstavio metodu koja se temelji na obračunu s trenutačnom vrijednošću, s pomoću procjene izlaznih troškova za razdoblje između 2005. i 2010. na temelju podataka od 2011. (uvodna izjava 881. pobijane odluke). Konkretno, tužitelj je u tom odgovoru tvrdio da bi pri izračunu LRAIC-a trebalo, s jedne strane, provesti revalorizaciju imovine i, s druge strane, uzeti u obzir nedostatke njegove mreže za širokopojasne usluge. Što se tiče, među ostalim, uzimanja u obzir tih nedostataka, tužitelj je predložio optimizacijske prilagodbe, odnosno, kao prvo, zamjenu postojeće imovine modernijim, učinkovitijim i povoljnijim ekvivalentima (*modern asset equivalent*), kao drugo, očuvanje, koliko je to moguće,

tehnološke koherentnosti i, kao treće, smanjenje imovine na temelju kapaciteta koji se trenutačno upotrebljavaju u odnosu na instalirani kapacitet (u daljnjem tekstu zajedno nazvani: optimizacijske prilagodbe).

- 187 U pobijanoj odluci Komisija je u svoju analizu istiskivanja marži pristala uključiti, među ostalim, revalorizaciju tužiteljeve imovine i odbiti, što se tiče posebnih fiksnih troškova, združene i zajedničke troškove. Suprotno tomu, odbila je optimizacijske prilagodbe (uvodne izjave 894., 903., 904. i 910. pobijane odluke). Tako je Komisija u pobijanoj odluci utvrdila drukčije marže od onih koje su izračunane u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku.
- 188 Međutim, valja utvrditi da su izmjene u pogledu izračunâ istiskivanja marži, koje su unesene u pobijanoj odluci u odnosu na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, dovele do uzimanja u obzir podataka i izračunâ koje je sam tužitelj dostavio u odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. To uzimanje u obzir očito proizlazi, među ostalim, iz uvodnih izjava 910., 945., 963. i 984. pobijane odluke. Osim toga, iz uvodnih izjava 946. (bilješka br. 1405) i 1000. pobijane odluke slijedi da je Komisija prilikom donošenja te odluke uzela u obzir ažuriranje izračunâ istiskivanja marži koje je tužitelj dostavio u svojem odgovoru na dopis o činjenicama (točka 21. ove presude).
- 189 Kao drugo, što se tiče tužiteljeva prigovora da je Komisija izmijenila načela, metode i podatke u pogledu izračuna LRAIC-a a da nije saslušala tužitelja o tom pitanju, najprije, iz ispitivanja obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i iz pobijane odluke proizlazi da Komisija nije iznijela nijednu novu činjenicu u pobijanoj odluci u pogledu svoje ocjene istiskivanja marži. Naime, u tim dvama dokumentima, Komisija je smatrala da bi jednako učinkovit konkurent, koji se služi pristupom tužiteljevoj lokalnoj petlji na veleprodajnom tržištu, ostvario znatne negativne marže ako bi ponudio tužiteljev portfelj širokopojasnih usluga preko lokalne petlje (točka 1203. obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i uvodna izjava 1023. pobijane odluke). U tim dvama dokumentima, Komisija je smatrala da bi to bilo točno čak i ako bi se u obzir uzele dodatne usluge u silaznom portfelju, odnosno glasovne usluge, televizijske usluge preko interneta (IPTV) i *multiplay* usluge (točka 1222. obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i uvodna izjava 1023. pobijane odluke). Nadalje, važno je istaknuti da je razdoblje povrede koje je Komisija utvrdila u pobijanoj odluci kraće od razdoblja utvrđenog u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Naime, u obama dokumentima datum početka povrede bio je 12. kolovoza 2005. Suprotno tomu, u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku datum završetka povrede bio je 8. svibnja 2012. (točka 1546. obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku), a u pobijanoj odluci utvrđen je na 31. prosinca 2010. (uvodna izjava 1516. pobijane odluke). Naposljetku, što se tiče metodologije izračuna marži, Komisija se u obama dokumentima oslonila na LRAIC. Stoga je Komisija u točkama 996. do 1002. obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i u uvodnim izjavama 860. i 861. pobijane odluke iznijela smjernice za izračun troškova na temelju LRAIC-a.
- 190 Konkretnije, kad je riječ o metodi izračuna marži, valja istaknuti da je Komisija primijenila istu metodu u fazi obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama i pobijane odluke. Naime, kao prvo, u tablicama 48. i 78. do 80. iz obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i u tablicama 21. do 24. iz pobijane odluke navode se veleprodajne naknade za pristup lokalnoj petlji. Valja utvrditi da se Komisija ipak u uvodnim izjavama 935. do 938. pobijane odluke pobrinula objasniti razloge zbog kojih smatra da postoji razlika između brojki koje je tužitelj dostavio i brojki iznesenih u izračunima koje je ona provela. Kao drugo, valja istaknuti da tablica 81. iz obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku odgovara tablici 25. iz pobijane odluke i da se u obje tablice navode troškovi mreže. Ta tablica 25. temelji se na podacima iz tužiteljeva odgovora na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Kao treće, treba istaknuti da tablica 82. iz obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku odgovara tablici 26. iz pobijane odluke, u kojoj se navode periodični troškovi ISP (*internet service provider*). Izračuni tih troškova temelje se na podacima koje je dostavio tužitelj. Usto, Komisija u uvodnim izjavama 964. i 697. pobijane odluke

odgovara na argumente tužitelja u tom pogledu, koje je iznio u svojem odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Kao četvrto, treba istaknuti da se tablica 83. iz obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i tablica 27. iz pobijane odluke odnose na troškove postavljanja lokalne petlje i da su identične. Kao peto, tablica 86. iz obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i tablice 29. i 30. iz pobijane odluke odnose se na amortizacije troškova stjecanja pretplatnika, pri čemu se u tablici 29. uzima u obzir razdoblje amortizacije od tri godine, a u tablici 30. razdoblje amortizacije od četiri godine, u skladu s tužiteljevim prijedlogom u njegovu odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Kao šesto, valja utvrditi da je tablica 87. iz obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku ista kao i tablica 31. iz pobijane odluke, koja se odnosi na tužiteljeve prihode od pružanja paketa usluga DSL pristupa i DSL interneta. Kao sedmo, treba istaknuti da su rezultati izračunâ istiskivanja marži navedeni u tablici 88. iz obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama kao i u tablicama 32. i 33. iz pobijane odluke, pri čemu se tablica 32. temelji na amortizaciji od tri godine, a tablica 33. na amortizaciji od četiri godine.

191 Iz toga proizlazi da su metoda i načela koje je Komisija primijenila kako bi ispitala tužiteljeve marže u biti jednaki u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i u pobijanoj odluci. Posljedično, treba odbiti prigovor koji je istaknuo tužitelj, prema kojem je Komisija izmijenila te metode i načela prije donošenja pobijane odluke a da pritom nije saslušala tužitelja u tom pogledu.

192 Što se tiče podataka na kojima se temelje izračuni marži, kao što se objašnjava u uvodnim izjavama 875. do 877. pobijane odluke, točno je da se u fazi obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku ti izračuni temelje na tablicama UCN u kojima se prikazuju troškovi koji su u cijelosti raspodijeljeni (*fully allocated costs*). Međutim, kao što proizlazi iz uvodnih izjava 885. do 894. pobijane odluke, Komisija je prihvatila prilagodbe koje je tužitelj proveo u pogledu obračuna s trenutačnom vrijednošću. Komisija je stoga uzela u obzir prilagodbe koje je tužitelj predložio u tom pogledu te je izmijenila troškove imovine obuhvaćene mrežom kako bi se utvrdila detaljnija procjena troškova koje bi snosio jednako učinkovit konkurent. Upravo se tim uzimanjem u obzir nastoje ispuniti zahtjevi iz točke 183. ove presude te se pravom stranaka na saslušanje tijekom upravnog postupka stoga ne zahtijeva da im se ponovno ponudi mogućnost da iznesu svoje stajalište o izračunima marži prije donošenja pobijane odluke.

193 S obzirom na prethodno navedeno, valja odbiti prvi dio koji se odnosi na postupovne pogreške u pogledu izračuna LRAIC-a.

b) Drugi dio, koji se temelji na tužiteljevoj nemogućnosti da tijekom upravnog postupka zauzme stajalište o pristupu za izračunavanje koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) u kojima je tužitelj snosio troškove kako bi se ocijenilo postojanje prakse koja dovodi do istiskivanja marži

194 Tužitelj ističe da je u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku Komisija primijenila metodu koja se sastoji od godišnjeg izračuna troškova, pri čemu nije uzela u obzir pozitivnu maržu utvrđenu tijekom 2005., dok je u pobijanoj odluci primijenila pristup u kojem se ispitivanje odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji). Budući da tužitelju nije dala mogućnost da iznese svoja očitovanja o tom pristupu, Komisija je povrijedila njegova prava obrane. Suprotno Komisijinim tvrdnjama, tužitelj smatra da se iz njegova odgovora na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku ne može zaključiti da je on sam predložio pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji). Naprotiv, tužitelj je predložio metodu ažuriranja (ili „analizu diskontiranih novčanih tokova”), koju je uostalom Komisija primijenila u svojoj Odluci C(2007) 3196 *final* od 4. srpnja 2007. o postupku primjene članka 82. [UEZ-a] (predmet COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica). Analiza diskontiranih novčanih tokova opravdava se trajanjem klijentove pretplate ili ugovora.

- 195 K tomu, tužitelj tvrdi da u okviru analize diskontiranih novčanih tokova Komisija nije trebala započeti procjenu s 2005. i završiti je s 2010. samo zato što to razdoblje odgovara razdoblju koje se ispitalo u okviru takozvanog pristupa „razdoblje po razdoblje”.
- 196 Konkretno, pristup iz pobijane odluke koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) doveo je do pozitivne marže za 2005. i produljenja razdoblja navodne zlouporabe u odnosu na razdoblje koje se navodi u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. U tom pogledu Komisija je, prema tužiteljevu mišljenju, zanemarila tu pozitivnu maržu tako što je u uvodnoj izjavi 998. pobijane odluke navela da se ulazak na tržište na četiri mjeseca tijekom 2005. ne može smatrati ulaskom na tržište „na održivoj osnovi”. Promjena pristupa između obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i pobijane odluke imala je za učinak to da se tijekom jedne godine pozitivna marža pretvorila u negativnu zbog odabira kasnijih godina ostvarivanja dobiti i zaključka da je neto aritmetička razlika bila općenito negativna. Stoga se primjenom pristupa koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) poduzetniku u vladajućem položaju onemogućilo da predvidi ishod primjene takvog pristupa. K tomu, pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) također je doveo do proizvoljnosti s obzirom na to da jedno ili više razdoblja istodobno mogu imati pozitivne i negativne marže, ovisno o godinama koje su odabrane u okviru tog pristupa.
- 197 Komisija osporava tužiteljeve argumente i zahtijeva da se ovaj dio odbije.
- 198 Stoga tužitelj, u tom pogledu, u biti prigovara Komisija da je primijenila pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) kako bi produljila razdoblje povrede koja se navodi u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, iako takav pristup nije bio predviđen u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, i da je povrijedila njegova prava obrane time što mu nije dala mogućnost da iznese svoja očitovanja o tom pristupu.
- 199 Valja istaknuti da je u točki 1012. obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku Komisija prvotno navela svoju namjeru primjene takozvanog pristupa „razdoblje po razdoblje” (godina po godina) za ispitivanje tužiteljevih marži. Izračuni istiskivanja marži iz točaka 1175. do 1222. obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku provedeni su po godinama tijekom predmetnog razdoblja. Komisija je u pobijanoj odluci, kako bi ocijenila eventualno istiskivanje marži, primijenila takozvani pristup „razdoblje po razdoblje” (godina po godina) kojim se određuju dobiti ili gubici ostvareni u razdobljima od jedne godine (uvodna izjava 851. pobijane odluke). Valja utvrditi da se sažetak rezultata analize nalazi u uvodnim izjavama 1007. do 1012. pobijane odluke, iz kojih proizlazi da Komisija temelji svoje zaključke na takozvanom pristupu „razdoblje po razdoblje” (godina po godina).
- 200 Međutim, u točki 1281. svojeg odgovora na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, tužitelj se protivio isključivoj uporabi metode „razdoblje po razdoblje” (godina po godina), koju je Komisija upotrijebila u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Naime, tužitelj je u biti tvrdio da su u sektoru telekomunikacija operateri proučavali svoju sposobnost ostvarivanja razumnog prinosa za razdoblje dulje od jedne godine. Stoga je, među ostalim, predložio da se ispitivanje istiskivanja marži dopuni analizom koja se odnosi na nekoliko razdoblja, u kojoj se ukupna marža ocjenjuje za nekoliko godina.
- 201 Međutim, kao što proizlazi iz uvodne izjave 859. pobijane odluke, Komisija je odlučila dodatno upotrijebiti pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) kako bi uzela u obzir taj prigovor i kako bi utvrdila mijenja li se tim pristupom njezin zaključak u skladu s kojim su cijene, koje je tužitelj odredio alternativnim operaterima za izdvojeni pristup njegovoj lokalnoj petlji dovele do istiskivanja marži u razdoblju od 2005. do 2010.
- 202 U okviru tog dodatnog ispitivanja, čiji se rezultat navodi u uvodnim izjavama 1013. i 1014. pobijane odluke, Komisija je utvrdila ukupnu negativnu maržu za svaki portfelj usluga, s jedne strane, za razdoblje od 2005. do 2010. (tablica 39. iz uvodne izjave 1013. pobijane odluke) i, s druge strane, za

razdoblje od 2005. do 2008. (tablica 40. iz uvodne izjave 1014. pobijane odluke). Komisija je iz toga u uvodnoj izjavi 1015. pobijane odluke zaključila da se analizom koja se odnosi na nekoliko razdoblja ne mijenja njezino utvrđenje o postojanju istiskivanja marži koje proizlazi iz analize „razdoblje po razdoblje”.

- 203 Iz prethodno navedenog proizlazi da je, s jedne strane, radi utvrđivanja tužiteljevih marži u pobijanoj odluci, analiza koja se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnja) uslijedila nakon prigovora koji je tužitelj iznio u svojem odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, u pogledu metode izračuna marži „razdoblje po razdoblje” (godina po godina). S druge strane, cilj analize koja se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnja) u pogledu marži za izdvojeni pristup tužiteljevoj lokalnoj petlji u pobijanoj je odluci bio da ju se pridoda analizi „razdoblje po razdoblje” (godina po godina). Osim toga, dodatna analiza koja se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnja) navela je Komisiju da potvrdi svoje utvrđenje o postojanju istiskivanja marži na slovačkom tržištu širokopojasnih internetskih usluga između 12. kolovoza 2005. i 31. prosinca 2010.
- 204 Stoga, kao što u biti tvrdi Komisija, analiza koja se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnja) nije imala za posljedicu stavljanje tužitelju na teret činjenica koje potonji tužitelj nije imao priliku objasniti tijekom upravnog postupka tako da je izmijenila prirodu činjenica koje su u pogledu njega utvrđene, nego samo provođenje dodatne analize istiskivanja marži koje proizlazi iz tužiteljevih cijena za pristup njegovoj izdvojenoj lokalnoj petlji, s obzirom na prigovor koji je tužitelj istaknuo u svojem odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku.
- 205 Što se tiče argumenta prema kojem je Komisija upotrijebila analizu koja se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnja) kako bi utvrdila razdoblje povrede i prethodno postojeću pozitivnu maržu za 2005. pretvorila u negativnu, treba istaknuti da je nakon analize „razdoblje po razdoblje” (godina po godina), Komisija već zaključila da konkurent koji je jednako učinkovit kao tužitelj nije mogao, između 12. kolovoza 2005. i 31. prosinca 2010., na isplativ način reproducirati tužiteljev maloprodajni portfelj koji uključuje širokopojasne usluge (uvodna izjava 1012. pobijane odluke). Iz uvodne izjave 998. pobijane odluke među ostalim proizlazi da je, prema Komisijinu mišljenju, postojala pozitivna marža između kolovoza i prosinca 2005. koja nije sprječavala to da se to razdoblje uključi u razdoblje povrede u obliku istiskivanja marži, s obzirom na to da operateri razmatraju svoju sposobnost ostvarivanja prinosa na dulje razdoblje. Drugim riječima, Komisija je utvrdila trajanje prakse koja dovodi do istiskivanja marži na temelju pristupa „razdoblje po razdoblje” (godina po godina), a pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) upotrijebljen je samo dodatno. U svakom slučaju, valja utvrditi da se tim argumentom zapravo želi osporiti osnovanost navedenog pristupa i stoga se ne može smatrati da je valjano istaknut u potporu navodnoj povredi tužiteljevih prava obrane. Taj se prigovor zapravo odnosi na neslaganje s metodom koju je Komisija upotrijebila kako bi utvrdila istiskivanje marži za razdoblje od 12. kolovoza do 31. prosinca 2005.
- 206 Što se tiče tužiteljeva argumenta prema kojem metoda izračuna istiskivanja marži koju je Komisija primijenila u okviru tog dodatnog ispitivanja ne odgovara metodi koju je tužitelj predložio u svojem odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i koja se navodno temelji na Komisijinoj praksi odlučivanja, iz točaka 1498. do 1500. tog odgovora proizlazi da je tužitelj predložio ispitivanje „kumulirane dobiti” za razdoblje od 2005. do 2008. godine. Međutim, Komisija je napomenula da se analiza koja se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnja), koju je predložio tužitelj, razlikuje od retrospektivne analize diskontiranih novčanih tokova koja se temeljila na drukčijim ulaznim podacima i metodologiji (uvodna izjava 858. pobijane odluke). Ipak, Komisija je uzela u obzir tužiteljev prijedlog u pogledu analize koja se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnja), tako što je provela dodatno ispitivanje koje se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnje), pri čemu je u uvodnoj izjavi 1013. pobijane odluke (tablica 39.) analizirala kumulirane dobiti za razdoblje između 2005. i 2010., kao i kumulirane dobiti za razdoblje između 2005. i 2008. u uvodnoj izjavi 1014. te odluke (tablica 40.).

- 207 Međutim, iz sudske prakse koja se navodi u točki 183. ove presude proizlazi da radi poštovanja tužiteljeva prava na saslušanje Komisija mora, u svrhu donošenja pobijane odluke, samo uzeti u obzir kritiku u pogledu metode izračuna marži koju je tužitelj naveo u odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Suprotno tomu, to pravo nikako ne podrazumijeva da Komisija nužno treba doći do rezultata koji je tužitelj priželjkivao kad je uputio tu kritiku, odnosno do utvrđenja da između 12. kolovoza 2005. i 31. prosinca 2010. uopće nije bilo istiskivanja marži.
- 208 Naposljetku, što se tiče dokumenta koji sadržava izračune marži koje je Komisija prosljedila na sastanku o stanju spisa 16. rujna 2014., tužitelj u biti tvrdi, s jedne strane, da mu je taj dokument nepravodobno predan s obzirom na to da je Komisija najavila da je pobijana odluka u pripremi i, s druge strane, da se Komisija smatrala obveznom otkriti svoje konačne izračune marži prije nego što mu uputi pobijanu odluku.
- 209 Međutim, iz razloga navedenih u točkama 183. i 199. do 204. ove presude, Komisija nije bila dužna otkriti svoje konačne izračune marži prije nego što tužitelju uputi pobijanu odluku. Osim toga, činjenica da je održan „sastanak o činjeničnom stanju” spisa ne dovodi u pitanje tu ocjenu. Naime, kao što je Komisija tvrdila u svojim pismenima i na raspravi, takvi su sastanci održani između Komisije i stranaka u istražnom postupku u interesu dobrog upravljanja i transparentnosti te kako bi ih se obavijestilo o razvoju postupka. Međutim, ti se „sastanci o činjeničnom stanju” razlikuju od formalnih sastanaka propisanih Uredbom br. 1/2003 i Uredbom br. 773/2004 i nadopunjuju ih. Stoga, na temelju činjenice da je 16. rujna 2014. održan sastanak o stanju spisa ne može se zaključiti da je Komisija bila obvezna omogućiti tužitelju da tom prilikom iznese svoja očitovanja o ispitivanju marži, i to tim više što je tužitelj bio obaviješten o svim relevantnim elementima izračuna marži koji je provela Komisija te je imao mogućnost iznijeti svoja očitovanja prije donošenja pobijane odluke.
- 210 Iz toga proizlazi da treba odbiti drugi dio drugog tužbenog razloga te odbiti taj tužbeni razlog.

3. Treći tužbeni razlog, koji se temelji na pogreškama počinjenima u utvrđenju istiskivanja marži

- 211 Svojim trećim tužbenim razlogom tužitelj u biti tvrdi da Komisija nije pravilno utvrdila praksu koja dovodi do istiskivanja marži. Taj se tužbeni zahtjev sastoji od dva dijela. Prvi dio temelji se na neuzimanju u obzir optimizacijskih prilagodbi koje je predložio tužitelj u izračunu LRAIC-a. Drugi dio temelji se na pogrešci u računanju koju je Komisija počinila u pogledu istiskivanja marži zbog konsolidacije prihoda i troškova za cijelo razdoblje povrede, kao i na povredi načela pravne sigurnosti.

a) Prvi dio, koji se temelji na neuzimanju u obzir optimizacijskih prilagodbi u izračunu LRAIC-a

- 212 U prilog prvom dijelu svojeg trećeg tužbenog razloga, tužitelj osporava to što je Komisija u uvodnim izjavama 895. i 903. pobijane odluke odlučila da neće prihvatiti optimizacijske prilagodbe pri izračunu istiskivanja marži. Uključivanje tih optimizacijskih prilagodbi imalo bi za učinak smanjenje ulaznih troškova koji se upotrebljavaju u izračunu istiskivanja marži. Stoga su pogrešna opravdanja u pogledu tog odbijanja koja je Komisija istaknula u uvodnim izjavama 894. i 900. do 902. pobijane odluke. Komisija je tako precijenila tužiteljeve stvarne izlazne troškove, što je, stoga, imalo znatne posljedice na zaključke o istiskivanju marži s obzirom na to da 2005. i 2007. nije bilo nikakvog istiskivanja marži.
- 213 Prema tužiteljevu mišljenju, njegovi prijedlozi nisu bili dodatne prilagodbe, nego je bila riječ o njegovu izračunu LRAIC-a. Komisijin pristup bio je nedosljedan. Naime, Komisija je, s jedne strane, prihvatila obračun s trenutačnom vrijednošću te je, s druge strane, odbila optimizacijske prilagodbe koje su bile u skladu s izračunima LRAIC-a. Što se tiče prilagodbi troškova mreže, tužitelj smatra da se tim prilagodbama, koje su nužne za procjenu LRAIC-a, uzima u obzir određena razina rezervnih kapaciteta obuhvaćena zahtjevima za širokopojasne maloprodajne usluge.

- 214 Taj je pristup potvrđen sudskom praksom. Pozivajući se na presude od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83) i od 10. travnja 2008., Deutsche Telekom/Komisija (T-271/03, EU:T:2008:101), tužitelj podsjeća na to da, u određenim okolnostima, može biti primjereno uzeti u obzir troškove konkurenata, a ne troškove poduzetnika u vladajućem položaju. To je slučaj u ovom predmetu s obzirom na to da tužitelju nisu mogli biti jednostavno dostupni podaci za utvrđivanje LRAIC-a.
- 215 Komisija osporava tu tužiteljevu argumentaciju.
- 216 Tužitelj u biti prigovara Komisiji da je počinila pogreške prilikom izračuna LRAIC-a, time što ga je, u uvodnim izjavama 895. do 903. pobijane odluke, odbila prilagoditi troškovima koje bi snosio učinkovit operater koji gradi optimalnu mrežu prilagođenu ispunjavanju trenutačne i buduće potražnje na temelju informacija dostupnih u trenutku ocjene koju je izvršila Komisija.
- 217 Stoga je tužitelj, kao što se navodi u točki 186. ove presude, na temelju savjetodavnog izvješća u svojem odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku predložio metodu koja se temelji na obračunu s trenutačnom vrijednošću, s pomoću procjene izlaznih troškova za razdoblje između 2005. i 2010. na temelju podataka od 2011. (uvodna izjava 881. pobijane odluke). Konkretno, tužitelj je u tom odgovoru tvrdio da bi pri izračunu LRAIC-a trebalo, s jedne strane, provesti revalorizaciju imovine i, s druge strane, uzeti u obzir nedostatke njegove mreže za širokopoljasne usluge. Što se tiče, osobito, uzimanja u obzir tih nedostataka, tužitelj je predložio optimizacijske prilagodbe opisane u točki 186. ove presude.
- 218 U svojim izračunima LRAIC-a, tužitelj je tako prilagodio kapitalni trošak imovine i vrijednosti amortizacije imovine u razdoblju od 2005. do 2010., kao i operativne troškove navedene imovine, na temelju ponderiranog prosječnog faktora prilagodbe koji je izračunao autor savjetodavnog izvješća za 2011. (uvodna izjava 897. pobijane odluke). Tužitelj je tvrdio da predložene optimizacijske prilagodbe odražavaju rezervne kapacitete koji su utvrđeni u elementima navedene mreže, odnosno imovinu koja je povučena iz potonje mreže jer se nije produktivno upotrebljavala, ali je taj operater još nije prodao (uvodna izjava 898. pobijane odluke)
- 219 Međutim, Komisija je u pobijanoj odluci odbila provesti te optimizacijske prilagodbe.
- 220 Kao prvo, što se tiče zamjene postojeće imovine modernijim ekvivalentima, Komisija je u uvodnoj izjavi 900. pobijane odluke navela da se takva zamjena ne može prihvatiti jer bi se tako troškovi prilagodili bez odgovarajuće prilagodbe amortizacija. Komisija je u tom pogledu uputila na uvodne izjave 889. do 893. pobijane odluke, u kojima je iznijela sumnje u pogledu prilagodbe troškova imovine za razdoblje između 2005. i 2010., kako ju je predložio tužitelj. K tomu, Komisija je u uvodnoj izjavi 901. pobijane odluke smatrala da takva zamjena postojeće imovine nije u skladu s kriterijem jednako učinkovitoga konkurenta. Naime, sudska praksa potvrdila je da se zloporabni karakter praksi određivanja cijena operatera u vladajućem položaju u načelu određuje u odnosu na njegov položaj. Međutim, u ovom slučaju, prilagodba LRAIC-a koju je predložio tužitelj temelji se na nizu hipotetske imovine, a ne na samoj imovini koja je u vlasništvu tog operatera.
- 221 Kao drugo, što se tiče uzimanja u obzir viška kapaciteta mreža na temelju kapaciteta koji se „trenutačno” upotrebljava, Komisija je u uvodnoj izjavi 902. pobijane odluke navela da je, u biti, s obzirom na to da se ulaganja temelje na predviđanju potražnje, neizbježno da u okviru retrospektivnog ispitivanja neki kapaciteti ponekad i dalje ostanu neiskorišteni.
- 222 Nijedan od prigovora koje je tužitelj iznio u pogledu tog dijela pobijane odluke ne može se prihvatiti.

- 223 Kao prvo, tužitelj pogrešno tvrdi da postoji proturječje između, s jedne strane, odbijanja optimizacijskih prilagodbi LRAIC-a i, s druge strane, prihvaćanja, u uvodnoj izjavi 894. pobijane odluke, revalorizacije imovine koju je on predložio. Tužitelj ne može niti tvrditi da je Komisija trebala prihvatiti optimizacijske prilagodbe koje je on predlagao zato što Komisija pri revalorizaciji imovine nije raspolagala pouzdanim povijesnim troškovima u pogledu optimizacijskih prilagodbi.
- 224 Naime, revalorizacija imovine temeljila se na imovini koju je tužitelj imao 2011. Što se tiče te revalorizacije i kao što proizlazi iz uvodnih izjava 885. do 894. pobijane odluke, Komisija je istaknula da nije raspolagala podacima koji bolje odražavaju inkrementalne troškove tužiteljeve imovine za širokopojasne usluge za razdoblje između 2005. i 2010. Zbog toga je Komisija u analizu istiskivanja marži, koja se navodi u pobijanoj odluci, uključila revalorizaciju tužiteljeve postojeće imovine koju je predložio potonji tužitelj. Međutim, Komisija je pojasnila da navedena revalorizacija može dovesti do podcjenjivanja izlaznih troškova imovine.
- 225 Za usporedbu, kao što proizlazi iz uvodne izjave 895. pobijane odluke, optimizacijskim prilagodbama koje je predložio tužitelj vrijednost imovine nastoji se ispraviti na približnu razinu učinkovitog operatera koji bi izgradio optimalnu mrežu prilagođenu ispunjavanju buduće potražnje na temelju „danas dostupnih” informacija i predviđanja potražnje. Te su se prilagodbe temeljile na predviđanju i modelu optimalne mreže, a ne na procjeni inkrementalnih troškova tužiteljeve postojeće imovine.
- 226 Iz toga proizlazi da su, općenito, optimizacijske prilagodbe i, konkretno, zamjena postojeće imovine modernijim ekvivalentima imale drukčiji cilj od revalorizacije imovine koju je predložio tužitelj. Osim toga, to što je Komisija zbog nedostatka drugih pouzdanijih podataka o LRAIC-u tog operatera uzela u obzir revalorizaciju postojeće imovine koju je predložio tužitelj nipošto ne znači da je Komisija nužno prihvatila optimizacijske prilagodbe LRAIC-a. Stoga je Komisija s pravom postupila različito u pogledu, s jedne strane, zamjene postojeće imovine modernijim ekvivalentima i, s druge strane, revalorizacije imovine koju je predložio tužitelj.
- 227 Kao drugo, ne mogu se prihvatiti tužiteljeve tvrdnje kojima osporava zaključak iz uvodne izjave 901. pobijane odluke, u skladu s kojim bi optimizacijske prilagodbe dovele do izračuna LRAIC-a na temelju imovine hipotetskog konkurenta, a ne na temelju vlastite imovine.
- 228 U tom pogledu treba podsjetiti da je, prema ustaljenoj sudskoj praksi, u svrhu ocjenjivanja zakonitosti cjenovne politike koju primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju, s obzirom na članak 102.UFEU-a, u načelu potrebno osloniti se na cjenovne kriterije utemeljene na troškovima kojima je izložen sam poduzetnik i na njegovoj strategiji (vidjeti presudu od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 41. i navedenu sudsku praksu; presuda od 29. ožujka 2012., Telefónica i Telefónica de España/Komisija, T-336/07, EU:T:2012:172, t. 190.; vidjeti u tom smislu također presudu od 10. travnja 2008., Deutsche Telekom/Komisija, T-271/03, EU:T:2008:101, t. 188. i navedenu sudsku praksu).
- 229 Konkretno, što se tiče prakse određivanja cijena koja dovodi do istiskivanja marži, uporaba takvih kriterija analize omogućuje da se provjeri bi li, u skladu s kriterijem jednako učinkovitog konkurenta koji se navodi u točki 108. ove presude, taj poduzetnik bio dovoljno učinkovit u pružanju svojih maloprodajnih usluga krajnjim klijentima a da pritom ne ostvaruje gubitke da je prethodno bio obvezan plaćati vlastite veleprodajne cijene za posredničke usluge (presude od 14. listopada 2010., Deutsche Telekom/Komisija, C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 201.; od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 42. i od 29. ožujka 2012., Telefónica i Telefónica de España/Komisija, T-336/07, EU:T:2012:172, t. 191.).
- 230 Takav je pristup tim više opravdan jer je također u skladu s općim načelom pravne sigurnosti s obzirom na to da uzimanje u obzir troškova poduzetnika u vladajućem položaju omogućuje tom poduzetniku da ocijeni zakonitost vlastitih postupanja, u skladu s posebnom odgovornošću koju ima na temelju članka 102. UFEU-a. Naime, iako je poduzetnik u vladajućem položaju upoznat s vlastitim

troškovima i cijenama, u načelu nije upoznat s troškovima i cijenama svojih konkurenata (presude od 14. listopada 2010., Deutsche Telekom/Komisija, C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 202.; od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 44. i od 29. ožujka 2012., Telefónica i Telefónica de España/Komisija, T-336/07, EU:T:2012:172, t. 192.).

- 231 Točno je da je Sud u točkama 45. i 46. presude od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83) pojasnio da se ne može isključiti da troškovi i cijene konkurenata mogu biti relevantni za ispitivanje prakse koja dovodi do istiskivanja marži. Međutim, iz te presude proizlazi da cijene i troškove konkurenata na istom tržištu treba ispitati samo kad se, s obzirom na okolnosti, ne mogu uzeti u obzir cijene i troškovi poduzetnika u vladajućem položaju, što tužitelj nije tvrdio u ovom slučaju (vidjeti po analogiji presudu od 29. ožujka 2012., Telefónica i Telefónica de España/Komisija, T-336/07, EU:T:2012:172, t. 193.).
- 232 U ovom slučaju, s jedne strane, zamjenom postojeće imovine modernijim ekvivalentima nastojalo se prilagoditi troškove imovine a da se pritom zadrži vrijednost „trenutačne” imovine, ali bez odgovarajućih prilagodbi amortizacija (uvodna izjava 900. pobijane odluke). Ta zamjena dovela bi do izračuna istiskivanja marži na temelju hipotetske imovine, odnosno imovine koja ne odgovara imovini koju je tužitelj posjedovao. Stoga bi troškovi koji proizlaze iz tužiteljeve imovine bili podcijenjeni (uvodne izjave 893. i 900. pobijane odluke). S druge strane, uzimanje u obzir viška kapaciteta mreža na temelju kapaciteta koji se „trenutačno” upotrebljava imalo bi za posljedicu isključenje tužiteljeve imovine koja se ne upotrebljava produktivno (vidjeti točku 218. ove presude).
- 233 S obzirom na načela navedena u točkama 228. do 231. ove presude, Komisija je stoga mogla zaključiti, a da pritom ne počini pogrešku, da bi optimizacijske prilagodbe LRAIC-a koje je predložio tužitelj, prilikom izračuna istiskivanja marži, dovele do odstupanja od troškova koje je sam taj operater snosio između 12. kolovoza 2005. i 31. prosinca 2010.
- 234 Naposljetku, ne može se prihvatiti tužiteljeva tvrdnja da je Komisija u pobijanoj odluci povrijedila načelo prema kojem se ispitivanje istiskivanja marži treba temeljiti na učinkovitom konkurentu, time što je u biti istaknula da je neizbježno da neki kapaciteti ponekad i dalje ostanu neiskorišteni (uvodna izjava 902. pobijane odluke). Naime, iz načela na koja se upućuje u točkama 230. i 231. ove presude proizlazi da se ispitivanje prakse određivanja cijena koja dovodi do istiskivanja marži u biti sastoji od ocjenjivanja može li konkurent koji je jednako učinkovit kao operater u vladajućem položaju ponuditi predmetne usluge krajnjim klijentima a da pritom ne ostvaruje gubitke. Stoga se takvo ispitivanje ne provodi u odnosu na operatera koji je potpuno učinkovit s obzirom na tržišne uvjete u vrijeme provođenja takve prakse. Međutim, da je Komisija prihvatila optimizacijske prilagodbe u pogledu viška kapaciteta, tužitelji izračuni LRAIC-a odražavali bi troškove optimalne mreže koja odgovara potražnji i na koju ne utječu nedostaci mreže tog operatera, odnosno troškovi konkurenta koji je učinkovitiji od tužitelja. Stoga u predmetnom slučaju, iako je nesporno da je dio relevantne tužiteljeve imovine ostao neiskorišten između 12. kolovoza 2005. i 31. prosinca 2010., Komisija nije počinila pogrešku time što je u izračun LRAIC-a uključila navedeni dio imovine ili, drugim riječima, višak kapaciteta.
- 235 Komisija je stoga pravilno odbila optimizacijske prilagodbe te je, posljedično, temeljila svoju analizu u pogledu zlouporabnog karaktera tužiteljevih praksi određivanja cijena, među ostalim, na njegovim troškovima.
- 236 Kao treće, suprotno tužiteljevim tvrdnjama, odbijanje optimizacijskih prilagodbi nije protivno razmatranjima iz presuda od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83) i od 10. travnja 2008., Deutsche Telekom/Komisija (T-271/03, EU:T:2008:101), u skladu s kojima može biti primjereno uzeti u obzir troškove konkurenata, a ne troškove poduzetnika u vladajućem položaju.
- 237 Naime, s jedne strane, što se tiče predmeta u kojem je donesena presuda od 10. travnja 2008., Deutsche Telekom (T-271/03, EU:T:2008:101, t. 210.), naknade za raskid ugovora o kojima je riječ u tom predmetu veleprodajne su naknade koje poduzetnik u vladajućem položaju obračunava svojem

konkurentu te su dio ukupnog troška koji taj konkurent snosi. Stoga bi te naknade trebale biti uključene u izračun troškova jednako učinkovitog konkurenta. Međutim, navedene naknade razlikuju se od predviđanja i modela optimalne mreže, koji ne odražavaju inkrementalne troškove tužiteljeve postojeće imovine (vidjeti točku 225. ove presude).

238 S druge strane, što se tiče presude od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), kao što se navodi u točkama 230. i 231. ove presude, iz te presude proizlazi da cijene i troškove konkurenata na istom tržištu treba ispitati samo kad se, s obzirom na okolnosti, ne mogu uzeti u obzir cijene i troškovi poduzetnika u vladajućem položaju. Međutim, to ovdje nije slučaj s obzirom na to da su se troškovi tužiteljeve imovine mogli utvrditi na temelju naknadne revalorizacije te su bili pokazatelji za procjenu troškova jednako učinkovitog konkurenta.

239 Iz navedenog proizlazi da prvi dio trećeg tužbenog razloga treba odbiti kao neosnovan.

b) Drugi dio, koji se temelji na pogrešci u računanju u pogledu istiskivanja marži zbog konsolidacije prihoda i troškova za cijelo predmetno razdoblje, kao i na povredi načela pravne sigurnosti

240 Tužitelj osporava to što je Komisija primijenila pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji pristupa, izložen u uvodnoj izjavi 1013. pobijane odluke). Komisija je usvojila taj pristup, koji ne postoji u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, kako bi pozitivne marže pretvorila u negativne marže. Naime, tijekom upravnog postupka dobila je pozitivne marže usvajanjem takozvanog pristupa „razdoblje po razdoblje” (godina po godina). Međutim, primjenom pristupa koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji), Komisija je proširila razdoblje povrede. Konkretno, takozvanim pristupom „razdoblje po razdoblje” (godina po godina) utvrđene su negativne marže za svaku godinu u razdoblju od 2005. do 2010. Međutim, negativna marža za 2005., koja je utvrđena u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, pretvorena je u pozitivnu maržu u pobijanoj odluci. Posljedično, primjenom takozvanog pristupa „razdoblje po razdoblje” (godina po godina) zapravo se ne bi utvrdila praksa koja dovodi do istiskivanja marži tijekom 2005. Tužitelj na temelju brojčano izraženog primjera zaključuje da se, u skladu s Komisijinim pristupom koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji), istiskivanje marži može utvrditi u cijelom razdoblju, dok to nije slučaj ako se konsolidacija provede za svaku godinu.

241 Stoga je pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) proizvoljan i protivan načelu pravne sigurnosti s obzirom na to da razdoblje povrede potpuno ovisi o razdoblju tijekom kojeg se marže kumuliraju i uspoređuju.

242 Tužitelj smatra da, kad bi se te pogreške ispravile, ne bi postojao temelj za utvrđivanje prakse koja dovodi do istiskivanja marži i Komisija ne bi ispunila svoju obvezu dokazivanja povrede. Prilog A.21 tužbi dokazuje postojanje materijalnog nedostatka u analizi troškova i prihoda koju je provela Komisija.

243 Komisijin argument prema kojem se praksa koja dovodi do istiskivanja marži može utvrditi unatoč postojanju pozitivne marže protivan je sudskoj praksi s obzirom na to da je pravni kriterij za utvrđivanje zlouporabnog karaktera prakse određivanja cijena koja dovodi do istiskivanja marži u smislu članka 102. UFEU-a to je li sam poduzetnik ili poduzetnik koji je jednako učinkovit kao on u mogućnosti pretplatnicima ponuditi svoje usluge a da pritom ne ostvaruje gubitke. Pozitivna marža ne dovodi nužno do zlouporabe. Uvjet *sine qua non* za utvrđivanje zlouporabne prakse koja dovodi do istiskivanja marži jest postojanje negativne marže kod jednako učinkovitog konkurenta, što u predmetnom slučaju nije dokazano za 2005.

244 K tomu, pogrešna je Komisijina tvrdnja da je tužitelj predložio pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) s obzirom na to da je on zapravo predložio metodu ažuriranja iz točke 194. ove presude.

- 245 Kao prvo, Komisija napominje da iz uvodnih izjava 997. i 998. pobijane odluke proizlazi da se takozvanim pristupom „razdoblje po razdoblje” (godina po godina) dokazalo da bi jednako učinkovit konkurent, koji na veleprodajnom tržištu pristupa tužiteljevoj lokalnoj petlji, ostvario negativne marže i da ne bi mogao na isplativ način reproducirati tužiteljev maloprodajni portfelj širokopojsnih usluga. Taj se zaključak ne dovodi u pitanje činjenicom da je marža bila pozitivna u posljednja četiri mjeseca 2005. Tek nakon što je donijela taj zaključak Komisija je učvrstila svoju analizu pristupom koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji). Što se tiče argumenata o osnovanosti tog pristupa koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji), Komisija upućuje na argumente koje je iznijela u okviru drugog dijela drugog tužbenog razloga.
- 246 Kao drugo, Komisija tvrdi da iz presude od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, t. 74. i 75.)* proizlazi da može biti riječ o zlouporabnom istiskivanju marži, čak i ako marže ostaju pozitivne, u slučaju kad prakse poduzetnika u vladajućem položaju predmetnim operaterima mogu barem dodatno otežati obavljanje djelatnosti na tržištu, na primjer, zbog umjetno smanjene profitabilnosti, ako te prakse nisu ekonomski opravdane. Posljedično, činjenica da je marža bila pozitivna u posljednja četiri mjeseca 2005. ne znači automatski da tužiteljevo postupanje tijekom tog razdoblja ne predstavlja zlouporabu. Naprotiv, prema Komisijinu mišljenju, takvo postupanje predstavlja zlouporabu ako tužiteljeva cjenovna politika može imati isključujući učinak na konkurente koji su barem jednako učinkoviti kao on, time što tim konkurentima otežava ili čak onemogućava pristup predmetnom tržištu. K tomu, u svrhu ocjenjivanja zakonitosti cjenovne politike koju primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju potrebno je osloniti se na njegovu strategiju iz koje, u ovom slučaju, proizlazi da je tužitelj znao da za veleprodajni pristup preko lokalne petlje određuje cijene koje su više od njegovih prosječnih prihoda i da možda istiskuje marže.
- 247 Kao treće, što se tiče kritika u pogledu pristupa koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji), Komisija ponavlja svoje argumente u skladu s kojima je razdoblje povrede već bilo utvrđeno primjenom takozvanog pristupa „razdoblje po razdoblje”. Naime, na temelju tog pristupa, Komisija je zaključila da je to razdoblje povrede započelo 12. kolovoza 2005. Razdoblje na koje se primijenio pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) određeno je u skladu s razdobljem povrede, koje je već bilo utvrđeno u okviru takozvanog pristupa „razdoblje po razdoblje”. K tomu, Komisija tvrdi da je tužitelj u točkama 1388. i 1389. svojeg odgovora na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku predložio pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji), iako je bio svjestan njegovih nedostataka.
- 248 Naposljetku, tužiteljeva teza da se pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) može temeljiti na trajanju klijentove pretplate ili ugovora nije utemeljena na sudskoj praksi s obzirom na to da je analiza koja se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnja) u predmetu *Telefónica*, kao i u ovom slučaju, obuhvaćala otprilike pet godina, što odgovara trajanju povrede i vijeku trajanja predmetne imovine.
- 249 Intervenijent ističe da je Komisijin pristup, kada je izračunavala istiskivanje marže, bio razborit i pogodan za tužitelja jer u LRAIC, kako bi izbjegla isključivo hipotetske pretpostavke o LRAIC-u, nije uključila troškove kolokacije koji su za alternativne operatere bili nepoznati, a kod tužitelja su činili znatan dio troškova koji se odnose na lokalnu petlju.
- 250 U drugom dijelu svojeg trećeg tužbenog razloga, tužitelj u biti prigovara Komisiji da je primijenila pristup koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) samo kako bi produljila razdoblje povrede na posljednja četiri mjeseca 2005., tijekom kojih je, u skladu s takozvanim pristupom „razdoblje po razdoblje” (godina po godina), postojala pozitivna marža. Stoga je Komisija pogrešno zaključila da je tijekom 2005. postojalo istiskivanje marži te je povrijedila načelo pravne sigurnosti.
- 251 U tom pogledu, valja podsjetiti da je Komisija na temelju takozvanog pristupa „razdoblje po razdoblje” (godina po godina) zaključila da je tužitelj provodio prakse istiskivanja marži od 12. kolovoza 2005. Naime, iz uvodne izjave 997. pobijane odluke, na temelju analize koja se odnosi na svaku godinu u

predmetnom razdoblju, proizlazi da bi jednako učinkovit konkurent, koji se služi veleprodajnim pristupom tužiteljevoj lokalnoj petlji, ostvario negativne marže i da ne bi mogao na isplativ način reproducirati tužiteljev maloprodajni portfelj širokopojsnih usluga. U uvodnoj izjavi 998. pobijane odluke, Komisija je pojasnila da činjenica da je tijekom četiri mjeseca 2005. postojala pozitivna marža ne dovodi u pitanje taj zaključak s obzirom na to da se ulazak na tržište na četiri mjeseca ne može smatrati ulaskom na tržište na održivoj osnovi. Prema Komisijinu mišljenju, operateri razmatraju svojoj sposobnost ostvarivanja razumnog prinosa na dulje razdoblje, koje traje nekoliko godina (uvodna izjava 998. pobijane odluke). Na temelju toga Komisija je u uvodnoj izjavi 1012. navedene odluke zaključila da tijekom razdoblja od 12. kolovoza 2005. do 31. prosinca 2010., konkurent koji je jednako učinkovit kao tužitelj ne bi mogao na isplativ način reproducirati maloprodajni portfelj tog operatera.

- 252 Međutim, kao što se navodi u točki 228. ove presude, u svrhu ocjenjivanja zakonitosti cjenovne politike koju primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju, u načelu je potrebno osloniti se na cjenovne kriterije utemeljene na troškovima kojima je izložen sam poduzetnik i na njegovoj strategiji.
- 253 Konkretno, što se tiče prakse određivanja cijena koja dovodi do istiskivanja marži, uporaba takvih kriterija analize omogućuje da se provjeri bi li taj poduzetnik bio dovoljno učinkovit u pružanju svojih maloprodajnih usluga krajnjim klijentima a da pritom ne ostvaruje gubitke da je prethodno bio obvezan plaćati vlastite veleprodajne cijene za posredničke usluge (vidjeti točku 229. ove presude i navedenu sudsku praksu).
- 254 S jedne strane, takav je pristup tim više opravdan jer je također u skladu s općim načelom pravne sigurnosti s obzirom na to da uzimanje u obzir troškova poduzetnika u vladajućem položaju omogućuje tom poduzetniku da ocijeni zakonitost vlastitih postupanja, u skladu s posebnom odgovornošću koju ima na temelju članka 102. UFEU-a. Naime, iako je poduzetnik u vladajućem položaju upoznat s vlastitim troškovima i cijenama, u načelu nije upoznat s troškovima i cijenama svojih konkurenata. S druge strane, zlouporaba u smislu istiskivanja utječe i na potencijalne konkurente poduzetnika u vladajućem položaju, koje izgledni nedostatak profitabilnosti može odvratiti od ulaska na tržište (vidjeti točku 230. ove presude i navedenu sudsku praksu).
- 255 Iz toga proizlazi da je Komisija za utvrđivanje sastavnih elemenata prakse istiskivanja marži, u uvodnoj izjavi 828. pobijane odluke, pravilno odabrala kriterij jednako učinkovitoga konkurenta, koji se temelji na dokazivanju da poduzetnik u vladajućem položaju ne bi mogao obavljati isplative djelatnosti na silaznom tržištu na temelju veleprodajne cijene koja se primjenjuje na njegove konkurente na silaznom tržištu i maloprodajne cijene koja se primjenjuje u silaznom sektoru tog poduzetnika.
- 256 Međutim, kao što proizlazi iz tablica 32. do 35. iz pobijane odluke, analiza koju je provela Komisija u svim je predviđenim scenarijima, i kao što je Komisija sama priznala u uvodnoj izjavi 998. navedene odluke, dovela do pozitivne marže za razdoblje između 12. kolovoza i 31. prosinca 2005.
- 257 U takvom slučaju, Sud je već presudio da, ako poduzetnik u vladajućem položaju određuje visinu svojih cijena tako da njome pokriva većinu troškova u pogledu stavljanja proizvoda na tržište ili pružanja predmetnih usluga, konkurent koji je jednako učinkovit kao taj poduzetnik, u načelu, ima mogućnost konkurirati tim cijenama a da pritom ne ostvaruje gubitke koji su dugoročno nepodnošljivi (presuda od 27. ožujka 2012., *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, t. 38.).
- 258 Iz toga proizlazi da je, u razdoblju između 12. kolovoza i 31. prosinca 2005., konkurent koji je jednako učinkovit kao tužitelj u načelu imao mogućnost konkurirati tom tužitelju na maloprodajnom tržištu širokopojsnih usluga da mu se odobrio izdvojeni pristup lokalnoj petlji, i to bez gubitaka koji su dugoročno nepodnošljivi.

- 259 Točno je da je Sud presudio da, ako je marža pozitivna, Komisija u okviru ispitivanja isključujućeg učinka prakse određivanja cijena može dokazati da se primjenom navedene prakse predmetnim operaterima može barem dodatno otežati obavljanje djelatnosti na predmetnom tržištu, na primjer, zbog smanjene profitabilnosti (vidjeti u tom smislu presudu od 17. veljače 2011., *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 74.). Ta se sudska praksa može usporediti s člankom 2. Uredbe br. 1/2003, u skladu s kojim je u svakom postupku koji se odnosi na primjenu članka 102. UFEU-a teret dokazivanja za povredu tog članka na stranci ili tijelu koje prijavljuje povredu, odnosno, u predmetnom slučaju, na Komisiji.
- 260 Međutim, u ovom slučaju valja utvrditi da Komisija u pobijanoj odluci nije dokazala da je tužiteljeva praksa određivanja cijena, u razdoblju između 12. kolovoza i 31. prosinca 2005., dovela do takvih isključujućih učinaka. Međutim, takvo dokazivanje bilo je nužno upravo zbog postojanja pozitivnih marži.
- 261 Sama tvrdnja, iz uvodne izjave 998. pobijane odluke, da operateri razmatraju svoju sposobnost ostvarivanja razumnog prinosa na dulje razdoblje, koje traje nekoliko godina, ne može se smatrati takvim dokazom. Naime, takva okolnost, pod uvjetom da se utvrdi, temelji se na ispitivanju buduće profitabilnosti, koja je nužno neizvjesna. Štoviše, u ovom predmetu, navedene pozitivne marže pojavile su se na samom početku predmetnog razdoblja, u vrijeme kad se još nije mogla utvrditi nijedna negativna marža. U tim okolnostima, treba smatrati da razlog koji se navodi u uvodnoj izjavi 998. pobijane odluke ne ispunjava zahtjev koji proizlazi iz načela pravne sigurnosti na koji se upućuje u točki 230. ove presude, na temelju kojeg poduzetnik u vladajućem položaju treba moći ocijeniti jesu li njegova postupanja u skladu s člankom 102. UFEU-a.
- 262 Iz tog istog razloga, utvrđivanje negativnih marži primjenom pristupa koji se odnosi na nekoliko razdoblja (višegodišnji) ne može dovesti u pitanje tu ocjenu jer je u ovom slučaju taj pristup nije doveo do takvog utvrđenja samo ponderiranjem pozitivnih marži za 2005. s negativnim maržama utvrđenima od 2006. do 2010. (uvodna izjava 1013. pobijane odluke) odnosno od 2006. do 2008. (uvodna izjava 1014. pobijane odluke).
- 263 Usto, u uvodnoj izjavi 1026. pobijane odluke Komisija je, na temelju dokumenata iz travnja 2005. koje je izradio tužiteljev regulatorni odjel i koji se odnose na strategiju za podnošenje referentne ponude u pogledu izdvojenog pristupa lokalnoj petlji i cijena ULL-a, smatrala da je potonji tužitelj od 12. kolovoza 2005. znao da veleprodajne cijene na razini lokalne petlje dovode do istiskivanja marži alternativnih operatera.
- 264 Međutim, treba istaknuti da je, s obzirom na postojanje pozitivnih marži između 12. kolovoza i 31. prosinca 2005., Komisija imala posebnu obvezu u pogledu dokazivanja isključujućih učinaka do kojih dovodi praksa istiskivanja marži koja se stavlja na teret tužitelju za to razdoblje (vidjeti sudsku praksu navedenu u točki 259. ove presude).
- 265 Stoga Komisijina tvrdnja i dokumenti na koje upućuje u potporu toj tvrdnji nisu dovoljni za dokazivanje isključujućeg učinka do kojeg dovodi praksa istiskivanja marži koja se stavlja na teret tužitelju i, na primjer, smanjene profitabilnosti koja predmetnim operaterima može dodatno otežati obavljanje djelatnosti na predmetnom tržištu.
- 266 Uostalom, odjeljci 9. i 10. pobijane odluke, koji se odnose na protutržišne učinke tužiteljeva postupanja, ne sadržavaju nikakvo ispitivanje učinaka navodne prakse istiskivanja marži tijekom razdoblja od 12. kolovoza i 31. prosinca 2005.
- 267 Stoga, s obzirom na ustaljenu sudsku praksu prema kojoj postojanje sumnje na strani suda treba ići u korist poduzetnika na kojeg se odnosi odluka o utvrđenju povrede (presude od 8. srpnja 2004., *JFE Engineering i dr./Komisija*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 i T-78/00, EU:T:2004:221, t. 177., i od 12. srpnja 2011., *Hitachi i dr./Komisija*, T-112/07, EU:T:2011:342, t. 58.), treba smatrati da Komisija

nije iznijela dokaz da je tužiteljeva praksa koja dovodi do istiskivanja marži započela prije 1. siječnja 2006. Budući da, posljedično, pobijana odluka sadržava pogrešku u ocjeni u tom pogledu, nije potrebno ispitati povređuje li se tim pristupom, kao što tvrdi tužitelj, također članak 23. Uredbe br. 1/2003.

268 S obzirom na prethodno navedeno, drugi dio trećeg tužbenog razloga koji tužitelj ističe treba djelomično prihvatiti te članak 1. stavak 2. točku (d) pobijane odluke treba poništiti u dijelu u kojem se njime utvrđuje da je tužitelj, u razdoblju između 12. kolovoza i 31. prosinca 2005., primijenio nepoštene cijene kojima se jednako učinkovito operateru, koji se oslanja na veleprodajni pristup tužiteljevim izdvojenim lokalnim petljama, ne omogućuje da bez gubitaka ponudi maloprodajne usluge koje nudi tužitelj.

[omissis]

5. Peti tužbeni razlog, istaknut podredno, koji se temelji na pogreškama pri utvrđivanju iznosa novčane kazne

427 U svojem petom tužbenom razlogu, koji je istaknut podredno, tužitelj tvrdi da je Komisija počinila pogreške pri utvrđivanju iznosa novčane kazne za koju je odgovoran. Taj tužbeni razlog dijeli se na dva dijela. Prvi dio temelji se na očitoj pogrešci u ocjeni koju je Komisija počinila time što je pri izračunu iznosa novčane kazne uzela u obzir tužiteljev prihod za poslovnu godinu 2010. Drugi dio temelji se na očitoj pogrešci u ocjeni koja se odnosi na datum početka razdoblja povrede.

a) Prvi dio, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni prilikom uzimanja u obzir tužiteljeva prihoda za poslovnu godinu 2010. u svrhu izračuna iznosa novčane kazne

428 Tužitelj smatra da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni time što je smatrala, u skladu s točkom 13. Smjernica iz 2006., da osnovni iznos kazne treba izračunati na temelju prihoda iz posljednje pune poslovne godine povrede, odnosno, među ostalim, na temelju prihoda koji je tužitelj ostvario tijekom 2010. na tržištu lokalnih petli s izdvojenim pristupom i fiksne širokopojasne mreže.

429 Time se Komisija udaljila od svoje prakse odlučivanja, odnosno od Odluke C(2011) 4378 *final* od 22. lipnja 2011. o postupku primjene članka 102. UFEU-a (predmet COMP/39.525 – Poljske telekomunikacije) (u daljnjem tekstu: odluka Poljske telekomunikacije). Naime, u uvodnoj izjavi 896. te odluke, Komisija je istaknula da treba upotrijebiti prosječnu vrijednost godišnjih prodaja, s jedne strane, zbog velikog rasta prodaje u predmetnom razdoblju na predmetnom tržištu, osobito u veleprodaji kao i, s druge strane, zbog činjenice da je tržište još bilo u fazi razvoja i da su stoga njegove stope rasta bile više od uobičajenih stopa rasta tržišta u vrijeme povrede. To razmatranje valja primijeniti u ovom slučaju s obzirom na to da je Komisija u pobijanoj odluci priznala da se tužiteljev prihod povećao za 133 % između 2005. i 2010. Stoga, na temelju te odluke, tužitelj smatra da je osnovni iznos novčane kazne trebalo izračunati na temelju prosječne vrijednosti petogodišnjeg razdoblja povrede koju je Komisija utvrdila.

430 Međutim, kada bi se za temelj uzela posljednja poslovna godina Komisija bi, u ovom slučaju, na tužitelja primijenila strože standarde od onih koje je primijenila u odluci Poljske telekomunikacije. Tužitelj u tom pogledu dodaje da, iako Komisija ima određenu marginu prosudbe pri određivanju iznosa novčanih kazni, ne može postupati samovoljno i nedosljedno.

431 Komisija, koju podupire intervenijent, osporava tu argumentaciju.

432 Najprije treba podsjetiti da se člankom 23. stavkom 3. Uredbe br. 1/2003 određuje da će se pri određivanju iznosa novčane kazne uzeti u obzir težina i trajanje povrede.

- 433 Usto, valja podsjetiti da će na temelju točke 13. Smjernica iz 2006. „[u] određivanju osnovnog iznosa kazne koju će nametnuti, Komisija [...] upotrijebiti vrijednost prihoda od prodaje robe ili usluga tog poduzetnika na koju se povreda izravno ili neizravno [...] odnosi u odgovarajućem zemljopisnom području unutar Europskoga gospodarskog prostora” i da će u tu svrhu „uzeti u obzir prihode od prodaje koje je taj poduzetnik ostvario tijekom posljednje pune poslovne godine svoga sudjelovanja u povredi”.
- 434 Osim toga, iz sudske prakse proizlazi da je udio tog prihoda ostvaren proizvodima ili uslugama obuhvaćenima povredom relativno točan pokazatelj opsega povrede na predmetnom tržištu, s obzirom na to da je prihod ostvaren tim proizvodima ili uslugama objektivna kriterij kojim se pravilno ukazuje na štetnost tog djelovanja na uobičajeno tržišno natjecanje (vidjeti u tom smislu presudu od 28. lipnja 2016., Portugal Telecom/Komisija, T-208/13, EU:T:2016:368, t. 236. i navedenu sudsku praksu).
- 435 Što se tiče povrede članka 102. UFEU-a, postavljeni cilj točke 13. Smjernica iz 2006. je kao polazište za izračunavanje iznosa novčane kazne koja se izriče predmetnom poduzetniku uzeti iznos koji odražava ekonomsku važnost povrede (vidjeti u tom smislu presude od 11. srpnja 2013., Team Relocations i dr./Komisija, C-444/11 P, neobjavljenu, EU:C:2013:464, t. 76., od 12. studenoga 2014., Guardian Industries i Guardian Europe/Komisija, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, t. 57. i od 23. travnja 2015., LG Display i LG Display Taiwan/Komisija, C-227/14 P, EU:C:2015:258, t. 53.).
- 436 Međutim, također valja istaknuti da je samoograničavanje Komisijine diskrecijske ovlasti, koje proizlazi iz donošenja Smjernica iz 2006., u skladu s njezinim zadržavanjem znatne diskrecijske ovlasti. Naime, navedene smjernice sadržavaju nekoliko fleksibilnih odlika kojima se Komisiji omogućuje izvršavanje njezine diskrecijske ovlasti poštujući odredbe Uredbe br. 1/2003, kako ih tumače sudovi Unije (vidjeti u tom smislu presudu od 11. srpnja 2013., Team Relocations i dr./Komisija, C-444/11 P, neobjavljenu, EU:C:2013:464, t. 96. i navedenu sudsku praksu), ili čak poštujući druga pravila i načela prava Unije. Konkretno, u samoj točki 13. Smjernica iz 2006. pojašnjava se da Komisija prilikom izračuna osnovnog iznosa novčane kazne treba „u pravilu” uzeti u obzir prihode od prodaje koje je predmetni poduzetnik ostvario tijekom posljednje pune poslovne godine svojeg sudjelovanja u povredi (vidjeti u tom smislu presudu od 9. rujna 2015., Samsung SDI i dr./Komisija, T-84/13, neobjavljenu, EU:T:2015:611).
- 437 U ovom slučaju, iz uvodnih izjava 1490. do 1495. pobijane odluke proizlazi da je, u svrhu utvrđivanja osnovnog iznosa novčane kazne koja je solidarno izrečena tužitelju i društvu Deutsche Telekom, Komisija uzela u obzir prihode od prodaje koje je tužitelj ostvario tijekom posljednje pune poslovne godine svojeg sudjelovanja u povredi, odnosno prihod koji je taj operater ostvario 2010. na tržištu pristupa izdvojenim lokalnim petljama i na maloprodajnom tržištu fiksnih širokopojsnih usluga. Komisija je stoga primijenila točku 13. Smjernica iz 2006.
- 438 Međutim, ne može se prihvatiti tužiteljeva tvrdnja da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni time što u ovom slučaju, unatoč znatnom povećanju tužiteljeva prihoda u predmetnom razdoblju, nije odstupila od tog pravila.
- 439 Naime, s jedne strane, iako tužitelj tvrdi da se u razdoblju od 2005. do 2010. njegov prihod povećao za 133 %, s 31 184 949 eura na 72 868 176 eura, ipak ne iznosi nijedan element na temelju kojeg bi se utvrdilo da potonji prihod, ostvaren u posljednjoj punoj kalendarskoj godini povrede u trenutku u kojem je Komisija donijela pobijanu odluku nije odražavao tužiteljevu stvarnu veličinu, njegovu gospodarsku moć na tržištu ni opseg predmetne povrede.
- 440 S druge strane, ne može se prihvatiti tužiteljev prigovor Komisiji da je zanemarila odluku Poljske telekomunikacije i da je stoga povrijedila svoju dotadašnju praksu te uvela kriterij koji se razlikuje od kriterija predviđenog u točki 13. Smjernica iz 2006.

441 Naime, iz ustaljene sudske prakse proizlazi da ranija praksa Komisije prilikom donošenja odluka ne može služiti kao pravni okvir za novčane kazne u području tržišnog natjecanja te da odluke u drugim predmetima mogu služiti samo kao smjernice pri utvrđivanju moguće povrede načela jednakog postupanja, s obzirom na malu vjerojatnost da su okolnosti tih predmeta, poput tržišta, proizvoda, poduzetnika i promatranih razdoblja, identične (vidjeti presudu od 24. rujna 2009., Erste Group Bank i dr./Komisija, C-125/07 P, C-133/07 P i C-137/07 P, EU:C:2009:576, t. 233. i navedenu sudsku praksu; presude od 16. lipnja 2011., Heineken Nederland i Heineken/Komisija, T-240/07, EU:T:2011:284, t. 347. i od 27. veljače 2014., InnoLux/Komisija, T-91/11, EU:T:2014:92, t. 144.).

442 Stoga, Komisijine dotadašnje odluke u području novčanih kazni mogu biti relevantne u smislu poštovanja načela jednakog postupanja samo ako se dokaže da su okolnosti predmeta u kojima su donesene ranije odluke, poput predmetnih tržišta, proizvoda, zemalja, poduzetnika i promatranih razdoblja, usporedive s onima u predmetnom slučaju (vidjeti presude od 13. rujna 2010., Trioplast Industrier/Komisija, T-40/06, EU:T:2010:388, t. 145. i navedenu sudsku praksu, od 29. lipnja 2012., E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisija, T-360/09, EU:T:2012:332, t. 262. i navedenu sudsku praksu te od 9. rujna 2015., Philips/Komisija, T-92/13, neobjavljenu, EU:T:2015:605, t. 204. i navedenu sudsku praksu).

443 Međutim, u predmetnom slučaju tužitelj nije podnio nikakav dokaz na temelju kojeg bi se moglo utvrditi da su okolnosti predmeta u kojima je donesena odluka Poljske telekomunikacije usporedive s onima u predmetnom slučaju. Komisija je u svojim pismenima pojasnila da je u potonjem predmetu uzela u obzir prosječan prihod za razdoblje od 2005. do 2009. uz obrazloženje da se relevantni prihod predmetnog razdoblja eksponencijalno povećao, odnosno da je zabilježeno povećanje od 2800 % u razdoblju od 2006. do 2007., povećanje od 370 % u razdoblju od 2007. do 2008. i povećanje od 160 % u razdoblju od 2008. do 2009. Međutim, iz tih brojki, čiju točnost tužitelj ne dovodi u pitanje, proizlazi da je, s jedne strane, stopa rasta prihoda bila je znatno viša u predmetu u kojem je donesena odluka Poljske telekomunikacije od tužiteljeva prihoda u ovom slučaju i, s druge strane, da se taj prihod razvijao nestabilnije od prihoda o kojem je riječ u predmetnom slučaju.

444 Iz prethodno navedenog proizlazi da, time što je u predmetnom slučaju uzela u obzir prihod koji je tužitelj ostvario tijekom jednogodišnjeg razdoblja koje je završilo 31. prosinca 2010., odnosno tijekom posljednje pune poslovne godine sudjelovanja u povredi, i time što je stoga postupila u skladu s pravilom koje je utvrdila u točki 13. Smjernica iz 2006., Komisija nije prekoračila granice svoje diskrecijske ovlasti u području utvrđivanja iznosa novčanih kazni.

445 Prvi dio petog tužbenog razloga stoga treba odbiti kao neosnovan.

b) Drugi dio, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni koja se odnosi na datum početka razdoblja povrede

446 U drugom dijelu, tužitelj tvrdi da pobijana odluka sadržava očitu pogrešku u ocjeni u dijelu u kojem se njome utvrđuje postojanje povrede od 12. kolovoza 2005., odnosno od datuma objave referentne ponude. Budući da je ta ponuda okvirni ugovor, bilo je predviđeno da će se mijenjati, osobito tijekom pregovora s trećim osobama ili nakon savjetovanja s nacionalnim regulatornim tijelima.

447 Konkretnije, tužitelj ističe, s jedne strane, da je navedena ponuda bila prva koju je ikad sastavio, zbog čega su pojašnjenja i izmjene na temelju pregovora bili tim više potrebni.

448 S druge strane, Komisijino stajalište prema kojem povreda započinje objavom referentne ponude nije u skladu s njezinom praksom odlučivanja. Naime, na primjer, u svojoj Odluci C(2004) 1958 *final* od 2. lipnja 2004. (predmet COMP/38.096 – Clearstream) (u daljnjem tekstu: odluka Clearstream) Komisija je zaključila da je društvo Clearstream zloupotrijebilo svoj vladajući položaj time što je na prikriven način odbio pružiti društvu Euroclear primarne usluge poravnanja i namire nominalnih

dionica. Međutim, Komisija je priznala da strankama treba dati određeno vrijeme kako bi im se omogućilo pregovaranje o uvjetima ugovorâ (uvodna izjava 341. odluke Clearstream). Isto tako, u odluci Poljske telekomunikacije Komisija nije utvrdila da je povreda započela s datumom objave referentne ponude, nego na dan kada su započeli prvi pregovori s ostalim operaterima.

- 449 Tužitelj smatra da povreda u smislu odbijanja pružanja usluge može postojati tek nakon što pregovori o pristupu ne uspiju zbog nerazumnosti uvjeta koje je odredio vlasnik mreže. Usto, prema tužiteljevom mišljenju, Komisija snosi teret dokazivanja u pogledu trenutka u kojem su pregovori doživjeli neuspjeh zbog tužiteljevih nerazumnih zahtjeva. Osim toga, trebalo je uzeti u obzir činjenicu da su pregovori o pristupu po definiciji dugotrajni i teški zbog složenosti predmeta.
- 450 Podredno, tužitelj smatra da navodno odbijanje pristupa započinje na kraju razumnog vremenskog roka za normalno pružanje traženog pristupa, uzimajući u obzir potrebne pripreme s obje strane (uvodna izjava 341. odluke Clearstream), ili na dan kada su započeli prvi pregovori o pristupu s drugim operaterima (uvodna izjava 909. odluke Poljske telekomunikacije).
- 451 Komisija, koju podupire intervenijent, osporava tu argumentaciju.
- 452 U tom pogledu, nesporno je da je predsjednik TUSR-a odlukom od 14. lipnja 2005. tužitelju naložio da pruži izdvojeni pristup svojoj lokalnoj petlji u poštenim i razumnim uvjetima te da je radi ispunjenja te obveze tužitelj 12. kolovoza 2005. objavio referentnu ponudu za izdvajanje (vidjeti točke 9. i 10. ove presude).
- 453 Osim toga, tužitelj ne osporava opis sadržaja svoje referentne ponude koji se navodi u odjeljku 7.6. pobijane odluke („Nepoštene odredbe i uvjeti ST-a”), u skladu s kojim je Komisija u uvodnoj izjavi 820. navedene odluke zaključila da su odredbe i uvjeti te ponude utvrđeni kako bi izdvojeni pristup lokalnoj petlji bio neprihvatljiv za alternativne operatere.
- 454 Međutim, iz tog dijela pobijane odluke proizlazi da zlorabne prakse, koje je Komisija u navedenoj odluci kvalificirala kao „odbijanje pružanja usluge”, u biti proizlaze iz same referentne ponude.
- 455 Stoga, što se tiče, kao prvo, skrivanja informacija o tužiteljevoj mreži od alternativnih operatera, potrebnih za izdvajanje lokalne petlje, iz uvodne izjave 439. pobijane odluke najprije proizlazi da je Komisija smatrala da referentna ponuda ne sadržava osnovne informacije o položaju lokacija na kojima se ostvaruje fizički pristup i dostupnosti lokalnih petlji u određenim dijelovima mreže. Osim toga, točno je da je u uvodnim izjavama 443. do 528. pobijane odluke Komisija ispitala informacije o mreži koje je tužitelj dostavio na zahtjev alternativnog operatera u svrhu izdvajanja. Međutim, iz tog dijela pobijane odluke također proizlazi da pravila za pristup takvim informacijama, koje Komisija smatra nepoštenima i, posljedično, odvrćućima za alternativne operatere, proizlaze iz same referentne ponude. Komisija je među ostalim kritizirala činjenicu, na prvom mjestu, da se u referentnoj ponudi nije utvrdio točan doseg informacija o mreži koje je tužitelj stavio na raspolaganje alternativnim operaterima, određivanjem kategorija predmetnih informacija (uvodna izjava 507. pobijane odluke); na drugom mjestu, da se u navedenoj ponudi pristup podacima iz informacijskih sustava koji nisu javni predviđa tek nakon sklapanja okvirnog sporazuma o pristupu lokalnoj petlji (uvodna izjava 510. pobijane odluke) i, na trećem mjestu, da se u toj ponudi takav pristup informacijama o tužiteljevoj mreži uvjetuje time da alternativni operater plati više naknade (uvodne izjave 519. i 527. pobijane odluke).
- 456 Kao drugo, što se tiče tužiteljeva smanjenja dosega njegove regulatorne obveze u području izdvojenog pristupa lokalnoj petlji, iz uvodnih izjava 535. i 536. pobijane odluke najprije slijedi da ograničenje navedene obveze samo na aktivne linije (vidjeti točku 32. ove presude), zbog čega Komisija prigovara tužitelju, proizlazi iz točke 5.2. uvodnog dijela njegove referentne ponude. Nadalje, iz uvodnih izjava 570., 572., 577., 578. i 584. pobijane odluke osobito proizlazi da je Komisija, s obzirom na odredbe Priloga 3. referentnoj ponudi, zaključila da je tužitelj iz svoje obveze u pogledu izdvojenog

pristupa lokalnoj petlji neopravdano isključio suprotstavljene usluge (vidjeti točku 33. ove presude). Naposljetku, iz uvodne izjave 606. pobijane odluke slijedi da pravilo o ograničavanju uporabe kabela na 25 %, koje tužitelj nalaže za izdvojeni pristup lokalnoj petlji i koje Komisija smatra neopravdanim (vidjeti točku 34. ove presude), proizlazi iz Priloga 8. referentnoj ponudi.

- 457 Kao treće, što se tiče tužiteljeva utvrđivanja nepoštenih uvjeta za izdvajanje, u pogledu kolokacije, predviđanja, popravaka, održavanja i servisiranja kao i izdavanja bankovnog jamstava, svi ti uvjeti proizlaze iz referentne ponude koju je taj operater objavio 12. kolovoza 2005., kao što je dokazano u odjeljku 7.6.4. pobijane odluke. Komisija je također smatrala da su nepoštene odredbe Priloga 4., 5., 14. i 15. navedenoj ponudi koje se odnose na kolokaciju (uvodne izjave 653., 655. i 683. pobijane odluke), odredbe Priloga 12. i 14. koje se odnose na obvezu predviđanja koju imaju alternativni operateri (uvodne izjave 719. i 726. do 728. pobijane odluke), odredbe Priloga 5. koje se odnose na postupak kvalifikacije lokalnih petlji (uvodne izjave 740., 743., 767., 768. i 774. pobijane odluke), odredbe Priloga 11. koje se odnose na odredbe i uvjete u pogledu popravaka, održavanja i servisiranja (uvodne izjave 780., 781., 787., 790. i 796. pobijane odluke) i odredbe Priloga 5. i 17. koje se odnose na bankovno jamstvo koje se zahtijeva od alternativnog operatera koji želi ostvariti izdvojeni pristup lokalnoj petlji (uvodne izjave 800., 802. do 807., 815. i 816. pobijane odluke).
- 458 Iz toga slijedi da je, čak i da su neka od tih pravila za pristup mogla biti fleksibilnija u okviru bilateralnih pregovora između tužitelja i operaterâ koji žele ostvariti pristup, što tužitelj tvrdi bez dokaza u prilog toj tvrdnji, Komisija pravilno zaključila da je referentna ponuda, objavljena 12. kolovoza 2005., mogla od toga datuma odvratiti alternativne operatere od podnošenja zahtjevâ za pristup zbog nepoštenih odredbi i uvjeta koje sadržava.
- 459 U tim okolnostima, Komisija nije počinila pogrešku time što je smatrala da je tužitelj, zbog pravila za pristup navedenih u njegovoj referentnoj ponudi objavljenoj 12. kolovoza 2005., ugrozio ulazak alternativnih operatera na maloprodajno masovno (ili potrošačko) tržište fiksnih širokopojskih usluga u Slovačkoj, unatoč obvezi koju je imao u tom smislu na temelju odluke TUSR-a, i da je takvo postupanje stoga moglo imati takve negativne posljedice na tržišno natjecanje od tog datuma (vidjeti među ostalim uvodne izjave 1048., 1050., 1109., 1184. i 1520. pobijane odluke).
- 460 Taj zaključak nije u suprotnosti s tužiteljevom tvrdnjom da je Komisija povrijedila svoju praksu odlučivanja, odnosno pristup koji je primijenila u odluci Clearstream i odluci Poljske telekomunikacije. Naime, dovoljno je utvrditi da su te odluke donesene u kontekstu koji je različit od konteksta ovog predmeta te da se stoga na temelju njih ne može utvrditi da je Komisija u pobijanoj odluci odstupila od svoje ranije prakse odlučivanja.
- 461 Prema tome, kao prvo, što se tiče odluke Clearstream, dovoljno je istaknuti da je ta odluka, za razliku od pobijane odluke u ovom slučaju, donesena u kontekstu u kojem ne postoji nikakva regulatorna obveza u skladu s kojom je poduzetnik, koji je vlasnik predmetne infrastrukture, dužan drugim poduzetnicima dodijeliti pristup navedenoj infrastrukturi kao ni obveza u skladu s kojom je taj poduzetnik dužan objaviti referentnu ponudu u kojoj se pojašnjavaju pravila i uvjeti za takav pristup.
- 462 Osim toga, rok od četiri mjeseca, za koji je Opći sud smatrao da je razuman rok u kojem Clearstream treba pružiti primarne usluge poravnanja i namire, utvrđen je usporedbom primjera u kojima je Clearstream odobrio pristup svojem sustavu Cascade RS. Međutim, valja utvrditi da u tom predmetu postoji nekoliko primjera u kojima je Clearstream odobrio pristup, zahvaljujući kojima su Komisija, i kasnije, Opći sud, zaključili da rok od četiri mjeseca razuman za pružanje takvog pristupa (presuda od 9. rujna 2009., Clearstream/Komisija, T-301/04, EU:T:2009:317, t. 151.). Međutim, u ovom predmetu, s obzirom na to da je tužitelj 18. prosinca 2009. samo jednom operateru odobrio pristup svojim lokalnim petljama, ne postoji nijedan primjer koji može poslužiti kao referenca, tako da Komisija nije mogla utvrditi takav „razumni rok”. Iz toga slijedi da okolnosti ovog predmeta nipošto nisu usporedive s okolnostima predmetu u kojem je donesena presuda od 9. rujna 2009., Clearstream/Komisija (T-301/04, EU:T:2009:317).

463 Kao drugo, što se tiče odluke Poljske telekomunikacije, Komisija je u njoj utvrdila da je predmetni dugogodišnji operater zloupotrijebio svoj vladajući položaj na poljskom veleprodajnom tržištu širokopojasnog pristupa i izdvojenog pristupa lokalnoj petlji, time što je odbio pružiti pristup svojoj mreži i ponuditi veleprodajne proizvode s navedenih tržišta kako bi zaštitio svoj položaj na maloprodajnom tržištu. K tomu, kontekst predmeta Poljske telekomunikacije obilježen je regulatornom obvezom u pogledu pristupa, koja je slična obvezi koju tužitelj ima u ovom predmetu, kao i zahtjevom kojim se od predmetnog poljskog telekomunikacijskog operatera traži da objavi referentnu ponudu za izdvojeni pristup svojoj lokalnoj petlji. Međutim, iz detaljne analize odluke Poljske telekomunikacije proizlazi da pristup koji se primjenjuje u toj odluci nije ni u kakvoj suprotnosti s pristupom iz pobijane odluke. Naime, u odluci Poljske telekomunikacije, Komisija je istaknula da se protutržišna strategija operatera u vladajućem položaju u biti pokazala tek tijekom pregovora s alternativnim operaterima koji žele ostvariti izdvojeni pristup lokalnoj petlji kao i veleprodajni pristup širokopojasnim uslugama operatera u vladajućem položaju. Stoga nerazumni uvjeti za pristup proizlaze iz prijedlogâ ugovorâ za pristup koje je sastavio predmetni operater u vladajućem položaju u okviru pregovora s alternativnim operaterima. Osim toga, odgađanje postupka pregovaranja o sporazumima o pristupu u tom se slučaju ne bi moglo utvrditi nakon objave prve referentne ponude operatera u vladajućem položaju. Usto, ograničenje pristupa mreži operatera u vladajućem položaju razvilo se tek u fazi nakon sklapanja sporazumâ za veleprodajni pristup s alternativnim operaterima. Osim toga, do ograničenja učinkovitog pristupa pretplatničkim linijama došlo je nakon što je predmetni alternativni operater dobio pristup kolokacijskom prostoru ili odobrenje za postavljanje priključnog kabla. Naposljetku, problemi u pogledu pristupa pouzdanim i točnim općim informacijama, koje su alternativnim operaterima nužne za donošenje odluka o pristupu, pojavili su se u svakoj fazi postupka pristupanja mreži operatera u vladajućem položaju. Stoga se postupanja operatera u vladajućem položaju u predmetu Poljske telekomunikacije razlikuju od praksi koje je Komisija u pobijanoj odluci kvalificirala kao „odbijanje pružanja usluge” i koja, kao što slijedi iz analize u točkama 455. do 459. ove presude, u bitnom proizlaze iz referentne ponude za izdvojeni pristup lokalnoj petlji samog tužitelja. Tim se razlikama opravdava to da je, za razliku od odluke Poljske telekomunikacije u kojoj je utvrđeno da je povreda članka 102. UFEU-a započela na datum kada su počeli prvi pregovori za pristup između predmetnog operatera u vladajućem položaju i alternativnog operatera, nekoliko mjeseci nakon objave prve referentne ponude (uvodna izjava 909. i bilješka br. 1259 pobijane odluke), Komisija u predmetnom slučaju odredila 12. kolovoza 2005., odnosno datum objave referentne ponude, kao datum kada je započelo implicitno odbijanje pristupa lokalnoj petlji.

464 Iz istog razloga, valja odbiti tužiteljev argument da se povreda u smislu odbijanja pružanja usluge može utvrditi tek nakon što pregovori o pristupu ne uspiju zbog nerazumnosti uvjeta koje je odredio vlasnik mreže. Štoviše, nije sigurno da su pregovori mogli dovesti do uklanjanja nepoštenih odredbi i uvjeta koji se navode u referentnoj ponudi.

465 Što se tiče tužiteljeve tvrdnje da Komisija treba snositi teret dokazivanja u pogledu trenutka u kojem su pregovori doživjeli neuspjeh zbog tužiteljevih nerazumnih zahtjeva, s jedne strane, zbog istih razloga koji se navode u točkama 461. do 464. ove presude, taj datum ne može biti relevantan za utvrđivanje početka povrede. S druge strane, kao što je tvrdio intervenijent, točan datum neuspjeha pregovora ne može se objektivno utvrditi, tako da Komisija nije trebala iznijeti takav dokaz.

466 Što se tiče argumenata koji su izneseni podredno, u dijelu u kojem tužitelj smatra da navodno odbijanje pristupa započinje na kraju razumnog vremenskog roka za normalno pružanje traženog pristupa, uzimajući u obzir potrebne pripreme s obje strane (uvodna izjava 341. odluke Clearstream), treba napomenuti da takav razumni rok u predmetnom slučaju ne postoji u ovom slučaju, iz razloga navedenih u točkama 460. do 462. ove presude. Međutim, taj argument treba odbiti. U dijelu u kojem tužitelj smatra da povreda započinje na datum kada su započeli prvi pregovori o pristupu s drugim operaterima (uvodna izjava 909. odluke Poljske telekomunikacije), kao što se to u biti smatra u točkama 463. i 464. ove presude, pregovori nisu relevantni za određivanje početka povrede u ovom slučaju. Stoga taj argument također treba odbiti.

- 467 Drugi dio, koji se temelji na pogrešci koju je Komisija počinila kad je smatrala da je implicitno odbijanje pristupa lokalnoj petlji započelo 12. kolovoza 2005., stoga treba odbiti kao neosnovan.
- 468 Treba dodati da tužitelj ne osporava kvalifikaciju jedinstvene i trajne povrede koju je Komisija utvrdila u pogledu svih praksi iz članka 1. stavka 2. pobijane odluke, odnosno u pogledu (a) skrivanja informacija o mreži od alternativnih operatera potrebnih za izdvajanje lokalnih petlji; (b) smanjenja područja primjene vlastitih obveza u pogledu izdvajanja lokalnih petlji; (c) utvrđivanja nepoštenih pravila i uvjeta u njegovoj referentnoj ponudi za izdvajanje u pogledu kolokacije, kvalifikacije, predviđanja, popravaka i bankovnih jamstava; (d) primjene nepoštenih cijena kojima se jednako učinkovitim operateru, koji se oslanja na veleprodajni pristup tužiteljevima izdvojenim lokalnim petljama, ne omogućuje da bez gubitaka ponudi maloprodajne usluge koje nudi tužitelj.
- 469 U tim okolnostima, s obzirom na to da je odbijen drugi dio ovog tužbenog razloga, koji se temelji na pogrešci koju je Komisija počinila kad je smatrala da je implicitno odbijanje pristupa lokalnoj petlji započelo 12. kolovoza 2005. (vidjeti točku 467. ove presude), Komisija je pravilno utvrdila da je jedinstvena i trajna povreda iz pobijane presude započela 12. kolovoza 2005.
- 470 Stoga peti tužbeni razlog treba odbiti u cijelosti.
- 471 Iz svega prethodno navedenog proizlazi da članak 1. stavak 2. točku (d) pobijane odluke treba poništiti u dijelu u kojem se njime utvrđuje da je tužitelj, u razdoblju između 12. kolovoza i 31. prosinca 2005., primijenio nepoštene cijene kojima se jednako učinkovitim operateru, koji se oslanja na veleprodajni pristup tužiteljevima izdvojenim lokalnim petljama, ne omogućuje da bez gubitaka ponudi maloprodajne usluge koje nudi tužitelj (vidjeti točku 268. ove presude). Posljedično, članak 2. te odluke također treba poništiti u dijelu u kojem se odnosi na tužitelja. Tužbeni zahtjev za poništenje pobijane odluke treba odbiti u preostalom dijelu.

IV. Zahtjev, istaknut podredno, koji se odnosi na izmjenu iznosa novčane kazne

- 472 Tužitelj od Općeg suda podredno zahtijeva da smanji iznos novčanih kazni koje su mu izrečene u pobijanoj odluci.
- 473 U tom pogledu valja istaknuti da, prema ustaljenoj sudskoj praksi, nadzor nad zakonitošću uspostavljen člankom 263. UFEU-a podrazumijeva ovlast suda Unije da ispituje argumente koje tužitelj navodi, i to kako u činjeničnom tako i u pravnom dijelu, kao i posjedovanje ovlasti ocjene dokaza, poništenja sporne odluke i izmjene iznosa novčanih kazni (vidjeti u tom smislu presude od 3. rujna 2009., Prym i Prym Consumer/Komisija, C-534/07 P, EU:C:2009:505, t. 86. i navedenu sudsku praksu; od 26. siječnja 2017., Duravit i dr./Komisija, C-609/13 P, EU:C:2017:46, t. 30. i navedenu sudsku praksu i od 27. ožujka 2014., Saint-Gobain Glass France i dr./Komisija, T-56/09 i T-73/09, EU:T:2014:160, t. 461. i navedenu sudsku praksu).
- 474 Nadzor nad zakonitošću dopunjen je neograničenom nadležnošću koja je sudu Unije dodijeljena člankom 31. Uredbe br. 1/2003 u skladu s člankom 261. UFEU-a. Sud je na temelju te nadležnosti ovlašten izvršiti, osim pukog nadzora nad zakonitošću sankcije, zamjenu Komisijine ocjene vlastitom i, slijedom toga, ukinuti, smanjiti ili povećati izrečenu novčanu kaznu ili periodični penal (presude od 8. prosinca 2011., Chalkor/Komisija, C-386/10 P, EU:C:2011:815, t. 63. i od 8. prosinca 2011., KME Germany i dr./Komisija, C-389/10 P, EU:C:2011:816, t. 130.; vidjeti također presudu od 26. siječnja 2017., Duravit i dr./Komisija, C-609/13 P, EU:C:2017:46, t. 31. i navedenu sudsku praksu).
- 475 Međutim, važno je naglasiti da izvršavanje neograničene nadležnosti nije izjednačeno s nadzorom po službenoj dužnosti i da je postupak pred sudovima Unije kontradiktoran. Stoga, osim kada je riječ o apsolutnim zaprekama vođenju postupka, koje sudac mora ispitati po službenoj dužnosti, na tužitelju

je, u biti, obveza isticanja tužbenih razloga protiv pobijane odluke i podnošenja dokaza u prilog svojim navodima (vidjeti u tom smislu presudu od 10. srpnja 2014., Telefónica i Telefónica de España/Komisija, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, t. 213. i navedenu sudsku praksu).

- 476 S obzirom na ta načela valja ocijeniti treba li izmijeniti iznos novčanih kazni koje je Komisija izrekla u pobijanoj odluci.
- 477 Kao što proizlazi iz točaka 267., 268. i 471. ove presude, Komisija nije iznijela dokaz da je tužiteljeva praksa koja dovodi do istiskivanja marži mogla započeti prije 1. siječnja 2006. i, posljedično, članak 1. stavak 2. točku (d) pobijane odluke treba poništiti u dijelu u kojem se odnosi na tužitelja i u dijelu u kojem u jedinstvenu i trajnu povredu uključuje istiskivanje marži koje je počinjeno između 12. kolovoza i 31. prosinca 2005.
- 478 Što se tiče utjecaja te pogreške na osnovni iznos novčane kazne za koju je tužitelj solidarno odgovoran, Opći sud u okviru izvršavanja svoje neograničene nadležnosti smatra da je potrebno smanjiti tužiteljev udio vrijednosti prihoda od relevantne prodaje koji je odredila Komisija i utvrditi ga na 9,8 % umjesto na 10 %. Budući da je tužitelj tijekom posljednje pune poslovne godine povrede ostvario relevantan prihod od 72 868 176 eura, iznos na temelju kojeg treba izračunati osnovni iznos novčane kazne za koju je tužitelj solidarno odgovoran je 7 141 081,20 eura. Osnovni iznos te novčane kazne odgovara umnošku navedenog iznosa i koeficijenta 5,33, koji odražava trajanje povrede, i stoga treba iznositi 38 061 963 eura. Tužiteljev zahtjev za smanjenje iznosa novčane kazne odbija se u preostalom dijelu.
- 479 Što se tiče Komisijina zahtjeva koji je podredno podnesen na raspravi za povećanje iznosa novčane kazne koja je solidarno izrečena tužitelju i društvu Deutsche Telekom, Opći sud smatra, a da čak nije potrebno odlučiti o dopuštenosti takvog zahtjeva, da s obzirom na okolnosti predmetnog slučaja ne treba izmijeniti iznos utvrđen u točki 478. ove presude.

V. Troškovi

- 480 U skladu s člankom 134. stavkom 1. Poslovnika, stranka koja ne uspije u postupku dužna je, na zahtjev protivne stranke, snositi troškove. Osim toga, u skladu s člankom 134. stavkom 3. Poslovnika, ako stranke djelomično uspiju u svojim zahtjevima, svaka stranka snosi vlastite troškove. Međutim, ako se to čini opravdanim u danim okolnostima, Opći sud može odlučiti da, osim vlastitih troškova, jedna stranka snosi i dio troškova druge stranke. U ovom slučaju Komisija i intervenijent djelomično su uspjeli u postupku. Međutim, tužitelj nije podnio zahtjev da se snošenje troškova naloži intervenijentu, nego samo Komisiji.
- 481 U tim okolnostima, tužitelju valja naložiti da snosi četiri petine vlastitih troškova te četiri petine Komisijinih i intervenijentovih troškova, u skladu s njihovim zahtjevima. Komisija će snositi petinu vlastitih troškova i petinu tužiteljevih troškova. Intervenijent će snositi petinu vlastitih troškova.

Slijedom navedenoga,

OPĆI SUD (deveto prošireno vijeće),

proglašava i presuđuje:

- Članak 1. stavak 2. točku (d) Odluke Komisije C(2014) 7465 final od 15. listopada 2014. u vezi s postupkom na temelju članka 102. UFEU-a i članka 54. Sporazuma o EGP-u (predmet AT.39523 – Slovak Telekom) poništava se u dijelu u kojem se njime utvrđuje da je društvo Slovak Telekom, a.s., u razdoblju između 12. kolovoza i 31. prosinca 2005., primijenilo**

nepoštene cijene kojima se jednako učinkovito operateru, koji se oslanja na veleprodajni pristup tužiteljevima izdvojenim lokalnim petljama, ne omogućuje da bez gubitaka ponudi maloprodajne usluge koje nudi tužitelj.

2. Članak 2. Odluke C(2014) 7465 *final* poništava se u dijelu u kojem se njime iznosi novčane kazne za koju društvo Slovak Telekom solidarno odgovorno utvrđuje na 38 838 000 eura.
3. Iznos novčane kazne za koju je solidarno odgovorno društvo Slovak Telekom utvrđuje se na 38 061 963 eura.
4. Tužba se u preostalom dijelu odbija.
5. Društvo Slovak Telekom snosit će četiri petine vlastitih troškova, četiri petine troškova Europske komisije i četiri petine troškova društva Slovanet, a.s.
6. Komisija će snositi petinu vlastitih troškova i petinu troškova društva Slovak Telekom.
7. Društvo Slovanet snosit će petinu vlastitih troškova.

Van der Woude
da Silva Passos

Gervasoni

Madise
Kowalik-Bańczyk

Objavljeno na javnoj raspravi u Luxembourgju 13. prosinca 2018.

Potpisi