KONKLUŻJONIJIET TAL-AVUKAT ĠENERALI
MAZÁK
ippreżentati fil-25 ta' Settembru 2008 [1]

1. F'dan l-appell il-Qorti tal-Ġustizzja hija msejħa biex tindirizza allegat abbuż minn pożizzjoni dominanti fil-forma ta' prezzijiet predatorji, li jappartjeni għall-kategorija ta' prattiki ta' esklużjoni, jew 'eliminatorji' ta' impriżi dominanti [2]. Il-ġurisprudenza preċedenti tal-Qorti tal-Ġustizzja fil-qasam tal-prezzijiet predatorji hija essenzjalment il-kawżi Akzo [3] u Tetra Pak II [4].

2. Dan l-appell joriġina minn deċiżjoni tal-Kummissjoni tas-16 ta' Lulju 2003 [5], fejn il-Kummissjoni kkonstatat li Wanadoo Interactive SA kienet kisret l-Artikolu 82 KE billi imponiet prezzijiet predatorji għas-servizzi tagħha eXtense u Wanadoo ADSL [6] (iktar 'il quddiem: is-"servizzi inkwistjoni") li ma kinux jippermettulha tkopri l-ispejjeż varjabbli tagħha sa Awwissu 2001 jew li tkopri l-ispejjeż globali tagħha minn Awwissu 2001 'il quddiem, bħala parti minn pjan biex tantiċipa s-suq tal-aċċess għall-internet b'veloċità għolja matul fażi kruċjali tal-iżvilupp tiegħu [7]. Il-Kummissjoni ordnatilha li ttemm il-ksur u li tħallas multa ta' EUR 10,35 miljun [8].

3. Id-deċiżjoni kkontestata ġiet ikkonfermata b'sentenza tal-Qorti tal-Prim'Istanza tat-30 ta' Jannar 2007 fil-kawża T-340/03 [9] (iktar 'il quddiem: is-"sentenza appellata"). Permezz ta' dan l-appell, France Télécom SA (iktar 'il quddiem: "FT" jew "l-appellanta"), li qabel kienet Wanadoo Interactive SA (iktar 'il quddiem: "WIN"), qet titlob li s-sentenza appellata tiġi annullata.

1 — Lingwa oriġinali: l-Ingliż.
2 — Il-prezzijiet predatorji xi kultant jissejħu wkoll "prezzijiet iktar baxxi mill-ispejjeż".
3 — Sentenza tal-Qorti tal-Ġustizzja tat-3 ta' Lulju 1991, AKZO vs Il-Kummissjoni, C-62/86, Ġabra p. I-3359 (iktar 'il quddiem: is-"sentenza AKZO").
4 — Sentenza tal-Qorti tal-Ġustizzja tal-14 ta' Novembru 1996, Tetra Pak vs Il-Kummissjoni, C-333/94 P, Ġabra p. I-5951 (iktar 'il quddiem: is-"sentenza Tetra Pak II").
5 — Deċiżjoni tal-Kummissjoni tas-16 ta' Lulju 2003 dwar proċediment taħt l-Artikolu [82 KE] (Kawża COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (iktar 'il quddiem: id-"deċiżjoni kkontestata").
6 — Asymmetric Digital Subscriber Line.
7 — Artikolu 1 tad-deċiżjoni kkontestata.
8 — Artikoli 2 u 4 tagħha.
9 — Sentenza France Télécom vs Il-Kummissjoni, Ġabra p. II-107.

I — Il-fatti li wasslu għall-kawża

4. Il-fatti li wasslu għall-kawża nġabru fil-qosor mill-Qorti tal-Prim'Istanza fil-punti 1 sa 11 tas-sentenza appellata:

"1 Fil-kuntest ta' l-iżvilupp ta' l-aċċess għall-internet ta' veloċità għolja, l-Kummissjoni ddeċidiet, f'Lulju 1999, li tibda, fi ħdan l-[UE] [10], stħarriġ settorjali, [...] b'mod partikolari fuq il-provvista ta' servizzi relatati ma' l-aċċess għall-konnessjoni lokali u ma' l-użu tal-konnessjoni lokali residenzjali. F'dan il-kuntest, l-informazzjoni miġbura wasslet lill-Kummissjoni sabiex teżamina fid-dettall il-kundizzjonijiet tat-tariffi ta' provvista minn [WIN] ta' servizzi ta' aċċess għall-internet ta' veloċità għolja għal klijenti residenti fi Franza. Għal dawn il-finijiet, hija bdiet proċedura [*ex officio*] f'Settembru 2001.

2 Fiż-żmien meta seħħew il-fatti tal-kawża WIN kienet kumpannija parti mill-grupp France Télécom. Wanadoo SA kellha 99 % tal-kapital ta' WIN. Is-sehem [azzjonarju] ta' [FT] fil-kapital ta' Wanadoo varja bejn 70 u 72 % matul il-perijodu in kwistjoni. Il-grupp kompost minn Wanadoo u s-sussidjarji tagħha [...] ġabar flimkien l-attivitajiet kollha ta' internet ta' [FT] kif ukoll l-attivitajiet ta' pubblikazzjoni tad-direttorji tat-telefon [...] WIN assumiet ir-responsabbilitajiet operazzjonali u tekniċi marbuta mas-servizzi ta' aċċess għall-Internet fuq it-territorju Franċiż, inklużi s-servizzi ADSL [...].

3 Il-Kummissjoni bagħtet lil WIN l-ewwel komunikazzjoni ta' l- ilmenti tagħha fid-19 ta' Diċembru 2001 [...] u komunikazzjoni ta' l-ilmenti supplementari fid-9 ta' Awwissu 2002 [...], li għalihom WIN irrispondiet rispettivament fl-4 ta' Marzu u fit-23 ta' Ottubru 2002.

4 Fis-16 ta' Jannar 2003, il-Kummissjoni bagħtet lil WIN "ittra dwar il-fatti" [...] li fiha tatha aċċess għall-fajl li abbażi tiegħu tfasslet l-imsemmija ittra. WIN [...] kellha aċċess għall-fajl fit-23 u fis-27 ta' Jannar 2003. B'ittra tas-26 ta' Frar 2003, WIN talbet lill-Kummissjoni sabiex tipprovdi xi kjarifiki fuq diversi aspetti ta' l- ittra dwar il-fatti. Il-Kummissjoni rrispondiet b'ittra tat-28 ta' Frar 2002, b'mod li WIN ippreżentat risposta għall-ittra dwar il-fatti fl-4 ta' Marzu 2003.

10 — Skont is-setgħat li huma kkonferiti lilha mill-Artikolu 12(1) KEE tar-Regolament tal-Kunsill Nru 17, tas-16 ta' Frar 1962, l-ewwel Regolament li jimplementa l-Artikoli [81] u [82] tat-Trattat (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 8, Vol. 1, p. 3))

5 Permezz [tad-deċiżjoni kkontestata], il-Kummissjoni kkonstatat li [WIN kienet kisret l-Artikolu 82 KE[11],] tatha l-ordni sabiex tieqaf milli tkompli twettaq dan il-ksur [...] u imponiet multa fuqha ta' [EUR] 10,35 miljun [...]

6 Id-deċiżjoni tat definizzjoni tas-suq in kwistjoni bħala s-suq Franċiż ta' l-aċċess għall-internet ta' veloċità għolja għall-klijenti residenti. Il-prodotti li fuqhom huwa bbażat il-ksur huma s-servizzi ta' aċċess għall-internet ta' veloċità għolja bit-teknoloġija ADSL (Wanadoo ADSL u eXtense).

7 Skond id-Deċiżjoni, fil-każ ta' Wanadoo ADSL, l-abbonat kellu, fiż-żmien meta seħħew il-fatti tal-kawża, iħallas abbonament ta' kull xahar lil [FT] għall-provvista ta' servizz, għall-kiri ta' modem ADSL mingħand [FT], kif ukoll abbonament lil WIN fil-kwalità tagħha ta' fornitriċi ta' aċċess għall-Internet (Internet Service Provider) (iktar 'il quddiem il-"FAI"). Fil-kuntest tas-servizz eXtense, il-modem jinxtara minn min ser jużah u dan ta' l-aħħar iħallas abbonament wieħed kull xahar lil WIN li jikkorispondi għas-servizz ipprovdut minn [FT] u għall-aċċess għall-internet b'rata fissa u illimitat.

8 Wara eżami tal-elementi differenti, inklużi l-ishma fis-suq (premessi 211 sa 222 tad-deċiżjoni) u l-effetti ta' "konnessjoni" ma' [FT] (premessi 223 sa 228), il-Kummissjoni kkonkludiet l-eżistenza tal-pożizzjoni dominanti ta' WIN fuq is-suq in kwistjoni. Sussegwentement, hija tipprova turi li l-prattika ta' tariffi li huma inqas mill-ispejjeż implementati minn WIN hija parti minn strateġija intenzjonali ta' prezzijiet predatorji sabiex "tantiċipa" s-suq u, għalhekk, tikkostitwixxi abbuż ta' pożizzjoni dominanti fis-sens ta' l-Artikolu 82 KE (premessa 254).

9 Id-deċiżjoni tistabbilixxi l-bidu tal-perijodu tal-ksur bħala l-1 ta' Marzu 2001 u t-tmiem bħala l-15 ta' Ottubru 2002, id-data tad-dħul fis-seħħ tar-rimedju mressaq minn [FT] f'Marzu 2002. L-ispejjeż varjabbli ma kinux koperti mit-tariffi pprattikati minn Marzu sa Awwissu 2001, u l-ispejjeż globali ma kinux koperti minn Awwissu 2001 (Artikolu 1 tad-deċiżjoni, ara l-punt 5 iktar 'il fuq).

10 [Dik id-deċiżjoni] ġiet innotifikata [lil WIN] fit-23 ta' Lulju 2003 [...]

11 Wara operazzjoni ta' amalgamazzjoni li seħħet fl-1 ta' Settembru 2004, [FT] daħlet fid-drittijiet ta' WIN."

11 — Ara l-punt 2 ta' dawn il-konklużjonijiet.

II — Il-proċeduri quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza u s-sentenza appellata

5. B'att ippreżentat fir-Reġistru tal-Qorti tal-Prim'Istanza fit-2 ta' Ottubru 2003, WIN ppreżentat rikors għall-annullament tad-deċiżjoni kkontestata.

6. Fis-sentenza appellata, il-Qorti tal-Prim'Istanza ċaħdet ir-rikors.

7. Insostenn tat-talba tagħha għall-annullament tad-deċiżjoni kkontestata, WIN kienet qajmet erba' motivi, fejn allegat (i) ksur tad-drittijiet tad-difiża u ta' rekwiżiti proċedurali essenzjali, (ii) nuqqas ta' motivazzjoni, (iii) ksur tal-prinċipju li l-pieni għandhom ikunu speċifiċi għal min iwettaq il-ksur, u (iv) ksur tal-Artikolu 82 KE [12].

8. It-tieni parti biss tar-raba' motiv (dwar ksur tal-Artikolu 82 KE) — li tittratta dwar il-kwistjoni ta' abbuż — hija inkwistjoni f'dan l-appell [13]. F'dik il-parti, WIN sostniet essenzjalment li l-Kummissjoni kienet kisret l-Artikolu 82 KE inkwantu ma kinitx stabbilixxiet sal-grad legali meħtieġ li WIN kienet abbużat mill-pożizzjoni dominanti tagħha billi imponiet prezzijiet predatorji għas-servizzi inkwistjoni minn Marzu 2001 sa Ottubru 2002 (iktar 'il quddiem: il-"perijodu inkwistjoni").

9. Dik l-allegazzjoni kkonsistiet f'żewġ gruppi ta' ilmenti, li kienu jirrigwardaw: (i) it-test tal-irkupru tal-ispejjeż, u (ii) l-applikazzjoni mill-Kummissjoni tat-test tal-predazzjoni.

10. Fl-ewwel lok, jidher li l-partijiet jaqblu fis-sustanza dwar dawn il-punti:

— is-servizzi inkwistjoni huma abbonamenti għal aċċess għall-internet u b'hekk huma pprovduti fuq perijodu ta' żmien; u ż-żmien medju ta' abbonament huwa ta' 48 xahar;

— kull abbonament jipproduċi dħul rikorrenti fix-xahar;

12 — Insostenn tar-rikors tagħha quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza, WIN ressqet ukoll motivi alternattivi għall-kanċellazzjoni jew tnaqqis tal-multa, billi allegat: (i) ksur tal-prinċipju li l-pieni għandhom ikunu speċifiċi għal min iwettaq il-ksur u għandu jkollhom bażi legali soda, (ii) li l-aġir inkwistjoni ma kellu ebda effett, (iii) li l-perijodu tal-ksur ġie stabbilit b'mod żbaljat, u (iv) ksur tal-prinċipju ta' proporzjonalità.

13 — Ara l-punti 122 sa 230 tas-sentenza appellata.

— l-istruttura tal-ispejjeż tikkonsisti, minn naħa waħda, fi "spejjeż għall-akkwist ta' abbonati" jew "spejjeż tal-konkwista" bħal riklami u nefqa promozzjonali, "pakketti tal-bidu" għal klijenti, eċċ. (li jaqgħu taħt il-kategorija ta' spejjeż mhux rikorrenti, peress li kumpannija tagħmel dawn l-ispejjeż darba biss sabiex tassigura kuntratt ta' abbonament ma' klijent) u, min-naħa l-oħra, "spejjeż tal-produzzjoni" u "spejjeż tan-netwerk" (li jaqgħu taħt il-kategorija ta' spejjeż rikorrenti fissens li huma relatati mal-forniment tasservizz ta' abbonament u jkollhom jitħallsu mill-kumpannija kull xahar; dawn jistgħu jkunu jew spejjeż varjabbli, bħal spejjeż relatati mal-aċċess għan-netwerk ta' FT li din tal-aħħar timponi fuq il-bażi tan-numru ta' abbonati, jew spejjeż fissi, bħal spejjeż relatati mal-operat tal-kumpannija).

11. Sabiex tistabbilixxi l-irkupru tal-ispejjeż, il-Kummissjoni essenzjalment qabblet id-dħul fix-xahar mas-somma ta' spejjeż rikorrenti fix-xahar u l-parti tal-ispejjeż mhux rikorrenti, li hija firxet fuq perijodu ta' 48 xahar, li fuq dik il-bażi kienet attribwibbli għal xahar. B'mod partikolari, il-Kummissjoni kkalkulat il-medja tal-proporzjon riżultanti għal erba' perijodi konsekuttivi: mill-1 ta' Jannar 2001 sal-31 ta' Lulju 2001, mill-1 ta' Awwissu 2001 sal-15 ta' Ottubru 2001, mill-15 ta' Ottubru 2001 sal-15 ta' Frar 2002, mill-15 ta' Frar 2002 sal-15 ta' Ottubru 2002.

A. L-ilmenti fir-rigward tat-test tal-irkupru tal-ispejjeż

12. Il-Qorti tal-Prim'Istanza osservat [14] li "[b]illi applikat dan il-metodu, il-Kummissjoni kkunsidrat li l-prezzijiet ipprattikati minn WIN ma ppermettewlhiex li tkopri l-ispejjeż varjabbli tagħha sa Awwissu 2001 u lanqas l-ispejjeż globali minn Jannar 2001 sa Ottubru 2002 [...], peress illi mhemmx dubju li, meta jittieħed in kunsiderazzjoni l-livell ta' kopriment tal-ispejjeż varjabbli, l-ispejjeż globali ma kinux koperti sa Awwissu 2001".

13. Meta indirizzat l-oġġezzjoni ta' WIN għall-metodu magħżul mill-Kummissjoni għall-kalkolu tar-rata tal-irkupru tal-ispejjeż, il-Qorti tal-Prim'Istanza fakkret bħala punt preliminari li, peress li dik l-għażla kienet timplika min-naħa tal-Kummissjoni evalwazzjoni ekonomika kumplessa, hija għandha tingħata diskrezzjoni wiesgħa. L-istħarriġ ġudizzjarju tal-Qorti tal-Prim'Istanza għaldaqstant kien limitat għal verifika tal-osservanza tar-regoli ta' proċedura u ta' motivazzjoni, kif ukoll tal-eżattezza materjali tal-fatti, tan-nuqqas ta' żball manifest fl-evalwazzjoni tal-fatti u ta' abbuż ta' poter [15].

14. Sussegwentement, waqt li rreferiet għall-ġurisprudenza Akzo u Tetra Pak II [16], il-Qorti tal-Prim'Istanza rrimarkat li "minn naħa,

14 — Ara l-punt 138 tas-sentenza appellata.

15 — Ara l-punt 129, li jirreferi, f'dan is-sens, għas-sentenza tat-28 ta' Mejju 1998, Deere vs Il-Kummissjoni, C-7/95 P, Ġabra p. I-3111, punt 34 u l-ġurisprudenza ċċitata.

16 — Iċċitati fin-noti ta' qiegħ il-paġna 2 u 3 rispettivament.

l-prezzijiet inferjuri għall-medja ta' spejjeż varjabbli jippresupponu l-karattru eliminatorju ta' prattika ta' prezzijiet u li, min-naħa l-oħra, prezzijiet inferjuri għall-medja ta' l-ispejjeż totali iżda superjuri għall-medja ta' l-ispejjeż varjabbli għandhom jiġu kkunsidrati bħala abbużivi meta huma stabbiliti fil-kuntest ta' pjan li għandu bħala għan li jelimina kompetitur" [17].

15. Il-Qorti tal-Prim'Istanza stqarret li f'din il-kawża l-Kummissjoni kienet ibbażat id-deċiżjoni kkontestata fuq analiżi tal-irkupru effettiv tal-ispejjeż aġġustati. Skont il-prinċipju tad-deprezzament tal-assi, il-Kummissjoni firxet l-ispejjeż ta' akkwist tal-klijenti fuq 48 xahar. Fuq dik il-bażi, hija eżaminat b'mod separat l-ispejjeż varjabbli aġġustati u l-ispejjeż globali aġġustati [18].

16. Barra minn hekk, il-Qorti tal-Prim'Istanza ċaħdet l-allegazzjonijiet ta' WIN li l-Kummissjoni applikat test ta' irkupru statiku — mingħajr ma kkunsidrat l-aġġustament ta' spejjeż rikorrenti fix-xahar fuq medda ta' żmien, li kien ikun kunsiderevolment iktar sfavorevoli għal WIN. Il-Qorti tal-Ġustizzja ddikjarat li, fir-rigward ta' kull perijodu ta' ksur investigat u tal-abbonati kollha, il-Kummissjoni kienet integrat it-tnaqqis suċċessiv fit-tariffi li seħħew matul il-perijodu inkwistjoni. Il-Kummissjoni saħansitra strutturat l-analiżi tagħha skont dak it-tnaqqis [19].

17. Minbarra dan, il-Qorti tal-Prim'Istanza ddeċidiet li l-Kummissjoni kienet intitolata li tikkunsidra li d-dħul u l-ispejjeż applikabbli wara Ottubru 2002 — u b'hekk, wara l-ksur — ma setgħux ikunu rilevanti sabiex tiġi evalwata r-rata ta' irkupru tal-ispejjeż matul il-perijodu kkunsidrat [20].

18. Fl-aħħar nett, il-Qorti tal-Prim'Istanza osservat li, anki kieku WIN kellha tagħti prova li l-metodu li hija invokat (jiġifieri, il-metodu ta' likwidità skontata) kien adatt f'ċerti każijiet, dan mhuwiex biżżejjed sabiex juri l-illegalità tal-metodu użat mill-Kummissjoni [21].

19. Barra minn hekk, WIN sostniet li l-Kummissjoni żbaljat meta applikat il-metodu tagħha ta' kalkolu, b'mod partikolari fil-kalkolu tagħha ta' spejjeż fissi u varjabbli.

20. F'dan ir-rigward, il-Qorti tal-Prim'Istanza qalet li, indipendentement mill-ammissibbiltà tal-motiv, il-fatt li, billi għamlet użu mid-diskrezzjoni tagħha, il-Kummissjoni setgħet tammetti li rata ta' rkupru tal-ispejjeż varjabbli ta' 99.7 % ma tikkonsistix fi ksur ma jfissirx li hija obbligata tagħmel l-istess għal rata ta' 98 % jew 99 %, skont il-każ, tal-ispejjeż globali.

17 — Ara l-punt 130 tas-sentenza appellata.
18 — Ara l-punt 132.
19 — Ara l-punti 140 sa 143.
20 — Ara l-punt 152.
21 — Ara l-punt 153.

Għaldaqstant dak il-motiv kellu jiġi miċħud bħala irrilevanti [22].

B. L-ilmenti relatati mat-test ta' predazzjoni

21. Il-Qorti tal-Prim'Istanza ċaħdet ukoll l-ilmenti ta' WIN relatati mat-test ta' predazzjoni applikat mill-Kummissjoni.

22. Fl-ewwel lok, hija ċaħdet l-argumenti ta' WIN li operatur għandu d-dritt li jallinja l-prezzijiet tiegħu *in bona fide* ma' dawk li qabel kien jimponi kompetitur anki jekk dawk il-prezzijiet kienu iktar baxxi mill-ispejjeż għall-impriża kkonċernata.

23. Wara li osservat li la l-prattika tal-Kummissjoni u lanqas il-ġurisprudenza tal-qrati Komunitarji ma jirrikonoxxu li d-dritt ta' impriża dominanti li tallinja l-prezzijiet tagħha ma' dawk tal-kompetituri tagħha huwa dritt assolut, il-Qorti tal-Prim'Istanza rrimarkat li l-impriżi f'pożizzjoni dominanti għandhom obbligi speċifiċi imposti fuqhom u jistgħu jiġu miċħuda mid-dritt li jadottaw aġir, jew iwettqu xi atti, li mhumiex fihom infushom abbużivi, u li mhumiex kundannabbli meta adottati jew imwettqa minn impriżi mhux dominanti [23].

24. Il-Qorti tal-Prim'Istanza kkonkludiet li "WIN ma tistax tinvoka dritt assolut li tallinja l-prezzijiet tagħha ma' dawk tal-kompetituri sabiex tiġġustifika l-aġir tagħha. [Għalkemm] huwa veru li l-allinjament ta' impriża dominanti mal-prezzijiet tal-kompetituri mhuwiex fih innifsu abbużiv jew kundannabbli, ma jistax jiġi eskluż li jsir tali fejn mhuwiex intiż biss għall-protezzjoni tal-interessi tagħha iżda għandu bħala għan li jsaħħaħ din il-pożizzjoni dominanti u li jabbuża minnha" [24].

25. Fit-tieni lok, il-Qorti tal-Prim'Istanza ddeċidiet li ma tilqax l-ilment ta' WIN ibbażat fuq in-nuqqas ta' pjan ta' predazzjoni u tnaqqis tal-kompetizzjoni.

26. Skont WIN, il-Kummissjoni wettqet ksur serju tal-Artikolu 82 KE billi kkonkludiet li dak il-pjan kien eżista. Fil-fatt, tali strateġija ta' predazzjoni b'ebda mod ma setgħet titqies li kienet razzjonali fil-kundizzjonijiet tas-suq li kienu prevalenti dak iż-żmien, b'mod partikolari minħabba l-livell baxx ta' ostakoli għad-dħul [25].

22 — Ara l-punti 165 sa 169.

23 — Ara l-punt 186.

24 — Ara l-punt 187.

25 — Ara l-punt 188.

27. B'referenza għall-ġurisprudenza tal-Komunità il-Qorti tal-Prim'Istanza fakkret li, fil-każ ta' prezzijiet predatorji, jekk il-prezzijiet kienu iktar baxxi mill-ispejjeż medji globali, l-eżistenza ta' pjan biex tiġi eliminata l-kompetizzjoni kellha tiġi ppruvata waqt li l-intenzjoni biex tiġi eliminata l-kompetizzjoni kellha tiġi stabbilita fuq il-bażi ta' provi sodi u konsistenti [26]. Hija mbagħad iddikjarat li l-istqarrijiet li għalihom irreferiet il-Kummissjoni, li kienu jinsabu f'dokumenti interni tal-kumpannija, kienu indikattivi ta' pjan ta' predazzjoni u kienu ssostanzjati minn provi oħra. Il-Qorti tal-Prim'Istanza kkonstatat li, fir-rikors tagħha, WIN kienet sempliċement għamlet affermazzjonijiet vagi li ma jippermettux lill-Qorti tal-Ġustizzja biex tagħti deċiżjoni, u hija għalhekk ċaħdithom. Hija kkonkludiet li l-Kummissjoni kienet tat prova soda u konsistenti dwar l-eżistenza ta' pjan ta' predazzjoni għall-perijodu kollu tal-ksur [27].

28. Fit-tielet lok, WIN issottomettiet li l-irkupru tat-telf kien għal kollox separat mit-test ta' predazzjoni u li l-Kummissjoni kellha tipproduċi provi f'dan ir-rigward. Il-Kummissjoni b'hekk għamlet żball serju ta' liġi meta sostniet li ma kienx meħtieġ li jiġi ppruvat l-irkupru tal-ispejjeż. Barra minn hekk, WIN sostniet li l-Kummissjoni kienet wettqet żball manifest ta' evalwazzjoni, flimkien ma' żball ta' liġi, meta kkunsidrat li hija kienet produċiet prova li l-irkupru ta' dak it-telf kien possibbli [28].

29. Il-Qorti tal-Prim'Istanza kkonstatat li, skont il-kawżi Akzo u Tetra Pak II, il-Kummissjoni kienet korretta meta adottat il-pożizzjoni li prova ta' rkupru tal-ispejjeż kienet prerekwiżit sabiex jiġi stabbilit li kien hemm prezzijiet predatorji. B'mod konformi mal-ġurisprudenza Komunitarja, il-Kummissjoni setgħet tikkunsidra prezzijiet iktar baxxi mill-medja tal-ispejjeż varjabbli bħala abbużivi. F'dak il-każ, in-natura eliminatorja tal-prezzijiet kienet preżunta. Fir-rigward tal-ispejjeż globali, il-Kummissjoni kellha tipproduċi wkoll prova li l-prezzijiet predatorji ta' WIN kienu jiffurmaw parti minn pjan intiż sabiex "tantiċipa" is-suq. F'ebda waħda minn dawk iż-żewġ sitwazzjonijiet ma kien neċessarju li jiġi stabbilit, bħala prova supplementari, li WIN kellha ċans reali li tirkupra t-telf tagħha [29].

III — Talbiet tal-partijiet

30. FT titlob li l-Qorti tal-Ġustizzja jogħġobha:

— tannulla s-sentenza appellata; u għaldaqstant:

  — jew tibgħat il-kawża lura quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza sabiex tingħata deċiżjoni mill-ġdid;

26 — Ara l-punti 195 sa 198.
27 — Ara l-punti 199 sa 215.
28 — Ara l-punti 219 sa 223.
29 — Ara l-punti 224 sa 229.

— jew tagħti sentenza finali u tannulla d-deċiżjoni kkontestata, billi tilqa' t-talbiet li saru fir-rikors ippreżentat mill-appellanta fil-prim'istanza;

— tikkundanna lill-Kummissjoni tbati l-ispejjeż.

31. Il-Kummissjoni titlob li l-Qorti tal-Prim'Istanza jogħġobha:

— tiċħad l-appell;

— tikkundanna lill-appellanta tbati l-ispejjeż.

IV — L-appell

32. L-appellanta tippreżenta seba' aggravji insostenn tal-appell tagħha.

A — *L-ewwel aggravju, li jallega nuqqas ta' motivazzjoni*

33. L-ewwel aggravju jikkonsisti f'żewġ ilmenti. Permezz tal-ewwel ilment tagħha, l-appellanta tallega li l-Qorti tal-Prim'Istanza naqset milli tikkonforma mad-dmir tagħha li tagħti raġunijiet adegwati fir-rigward tar-rekwiżit li l-possibbiltà ta' rkupru trid tiġi ppruvata.

34. Permezz tat-tieni ilment tagħha taħt l-ewwel aggravju, l-appellanta tallega li l-Qorti tal-Prim'Istanza naqset milli tikkonforma mad-dmir tagħha ta' motivazzjoni fir-rigward tad-dritt li l-prezzijiet jiġu allinjati ma' dawk tal-kompetituri, liema possibbiltà ġiet eliminata mill-Qorti tal-Prim'Istanza mingħajr spjegazzjoni.

35. Għall-finijiet ta' konvenjenza, ser nindirizza l-ilmenti msemmija hawn fuq billi nibda minn dik tal-aħħar.

1. Id-dritt li l-prezzijiet jiġu allinjati ma' dawk tal-kompetituri

L-argumenti prinċipali tal-partijiet

36. L-*appellanta* toġġezzjona għall-fatt li l-Qorti tal-Prim'Istanza sempliċement stqar-

ret fil-punt 187 tas-sentenza appellata li "[għalkemm] huwa veru li l-allinjament ta' impriża dominanti mal-prezzijiet tal-kompetituri mhuwiex fih innifsu abbużiv jew kundannabbli, *ma jistax jiġi eskluż li jsir tali* fejn mhuwiex intiż biss għall-protezzjoni tal-interessi tagħha iżda għandu bħala għan li jsaħħaħ din il-pożizzjoni dominanti u li jabbuża minnha" (enfasi miżjuda)[30]. L-appellanta tissottometti li d-dikjarazzjoni ta' hawn fuq hija purament ipotetika u li l-Qorti tal-Prim'Istanza naqset milli tispeċifika b'xi mod jekk, f'din il-kawża, WIN kellhiex l-intenzjoni li ssaħħaħ jew li tabbuża mill-pożizzjoni dominanti tagħha.

37. Il-*Kummissjoni* tissottometti li quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza l-appellanta eċċepiet biss "motiv ta' allinjament" jew "dritt fundamentali ta' allinjament", liema motiv jista' jiġi mqajjem minn kull impriża, kemm jekk dominanti u kemm jekk le, anki meta l-prezzijiet tal-kompetituri tagħha jkunu jfissru li hija tadotta prezzijiet li huma iktar baxxi mill-ispejjeż tagħha. Il-Kummissjoni b'hekk tirribatti li l-Qorti tal-Prim'Istanza kienet korretta meta eliminat l-eżistenza ta' tali dritt assolut.

Kunsiderazzjonijiet

38. Fil-punti 176 sa 182 tas-sentenza appellata, il-Qorti tal-Prim'Istanza indirizzat il-kwistjoni tad-dritt ta' WIN li tallinja l-prezzijiet tagħha ma' dawk tal-kompetituri tagħha. Il-Qorti tal-Prim'Istanza kkonstatat li ma kienx possibbli li wieħed jafferma li impriża dominanti għandha dritt assolut li tallinja l-prezzijiet tagħha ma' dawk tal-kompetituri tagħha. Dik il-pożizzjoni kienet ġiet rikonoxxuta mill-Kummissjoni fil-prattika preċedenti tagħha u fil-ġurisprudenza rilevanti.

39. Fil-fehma tiegħi din il-konklużjoni tidher illi hija korretta.

40. Madankollu, fil-punt 185 tas-sentenza appellata, il-Qorti tal-Prim'Istanza għamlet referenza ġenerali għal ġurisprudenza stabbilita li tistabbilixxi li, għalkemm pożizzjoni dominanti ma tistax tiċħad lil impriża li tinsab f'tali pożizzjoni d-dritt li tippreżerva l-interessi kummerċjali tagħha, meta dawn ikunu mhedda u din l-impriża għandha tingħata, f'miżura raġonevoli, l-fakultà li twettaq dawk l-atti li hija tqis bħala adattati sabiex tipproteġi l-imsemmija interessi, ma jistax jiġi aċċettat aġir li għandu preċiżament bħala għan li jsaħħaħ din il-pożizzjoni dominanti u li jabbuża minnha[31].

41. Sussegwentement, fil-punt 186 tas-sentenza appellata, il-Qorti tal-Prim'Istanza fakkret il-ġurisprudenza tagħha stess, fejn hija kienet iddikjarat li jirriżulta min-natura tal-obbligi imposti mill-Artikolu 82 KE li, f'ċirkustanzi speċifiċi, l-impriżi f'pożizzjoni

30 — Ara l-punt 187 tas-sentenza appellata.

31 — Li jiċċita s-sentenzi tal-14 ta' Frar 1978, United Brands vs Il-Kummissjoni, 27/76, Ġabra p. 207, punt 189; tal-1 ta' April 1993, BPB Industries u British Gypsum vs Il-Kummissjoni, T-65/89, Ġabra p. II-389, punt 117; u Compagnie Maritime Belge Transports *et* vs Il-Kummissjoni, T-24/93 sa T-26/93 u T-28/93 Ġabra p. II-1201, punt 146.

dominanti jistgħu jiġu miċħuda mid-dritt li jadottaw aġir, jew iwettqu xi atti, li mhumiex fihom infushom abbużivi, u li mhumiex kundannabbli meta adottati jew imwettqa minn impriżi mhux dominanti [32].

42. Il-Qorti tal-Prim'Istanza kkonkludiet billi qalet: "WIN ma tistax tinvoka dritt assolut li tallinja l-prezzijiet tagħha ma' dawk tal-kompetituri sabiex tiġġustifika l-aġir tagħha. [Għalkemm] huwa veru li l-allinjament ta' impriża dominanti mal-prezzijiet tal-kompetituri mhuwiex fih innifsu abbużiv jew kundannabbli, ma jistax jiġi eskluż li jsir tali fejn mhuwiex intiż biss għall-protezzjoni tal-interessi tagħha iżda għandu bħala għan li jsaħħaħ din il-pożizzjoni dominanti u li jabbuża minnha" [33].

43. Il-Qorti tal-Prim'Istanza dehret li indirizzat id-dritt ta' impriża dominanti li tallinja l-prezzijiet tagħha ma' dawk tal-kompetituri tagħha b'mod ġenerali, mingħajr madankollu ma applikat il-fatti tal-każ partikolari li kellha quddiemha.

44. Fi kliem ieħor, il-Qorti tal-Prim'Istanza ma analizzatx b'mod speċifiku jekk WIN allinjatx jew le l-prezzijiet tagħha sabiex issaħħaħ il-pożizzjoni dominanti tagħha u tabbuża minnha. Fil-fehma tiegħi, il-Qorti tal-Prim'Istanza naqset kompletament milli tindirizza dik il-kwistjoni f'din il-kawża.

45. F'dak ir-rigward, huwa neċessarju li jiġi eżaminat jekk il-Qorti tal-Prim'Istanza ssodisfatx l-obbligu formali li timmotiva d-deċiżjoni tagħha li huwa impost mill-Artikolu 36 tal-Istatut tal-Qorti tal-Ġustizzja, li huwa applikabbli għall-Qorti tal-Prim'Istanza permezz tal-ewwel paragrafu tal-Artikolu 53 tiegħu. L-Artikolu 36 jistabbilixxi li d-deċiżjonijiet għandhom jagħtu r-raġunijiet li fuqhom huma bbażati [34].

46. L-Avukat Ġenerali Léger osserva fil-konklużjonijiet tiegħu għas-sentenza Acerinox li "[j]ista' jitqies li l-motivazzjoni ta' sentenza għandha tiżvela b'mod ċar u inekwivoku r-raġunament tal-Qorti tal-Prim'Istanza, sabiex il-persuni kkonċernati jkunu jistgħu jifhmu l-ġustifikazzjoni għad-deċiżjoni meħuda u l-Qorti tal-Ġustizzja tkun tista' teżerċita s-setgħa tagħha ta' stħarriġ ġudizzjarju" [traduzzjoni mhux uffiċjali] [35].

32 — Li jiċċita s-sentenza tas-17 ta' Lulju 1998, ITT Promedia vs Il-Kummissjoni, T-111/96, Ġabra p. II-2937, punt 139.

33 — Ara l-punt 187 tas-sentenza appellata.

34 — Ara, fir-rigward tad-dispożizzjonijiet korrispondenti tal-Istatut KEFA tal-Qorti tal-Ġustizzja, is-sentenza tal-11 ta' Settembru 2003, Il-Belġju vs Il-Kummissjoni, C-197/99 P, Ġabra p. I-8461, punt 63.

35 — Sentenza tal-14 ta' Lulju 2005, Acerinox vs Il-Kummissjoni, C-57/02 P, Ġabra p. I-6689, punt 32 tal-Konklużjonijiet, li jiċċita, f'dan is-sens, is-sentenzi tal-14 ta' Mejju 1998, Il-Kunsill vs De Nil u Impens, C-259/96 P, Ġabra p. I-2915, punti 32 sa 34; tas-17 ta' Mejju 2001, IECC vs Il-Kummissjoni, C-449/98 P, Ġabra p. I-3875, punt 70, kif ukoll id-digriet tad-19 ta' Lulju 1995, Il-Kummissjoni vs Atlantic Container Line *et*, C-149/95 P(R), Ġabra p. I-2165, punt 58; tal-14 ta' Ottubru 1996, SCK u FNK vs Il-Kummissjoni, C-268/96 P(R), Ġabra p. I-4971, punt 52; u tal-25 ta' Ġunju 1998, L-Antilles tal-Pajjiżi l-Baxxi vs Il-Kunsill, C-159/98 P(R), Ġabra p. I-4147, punt 70. Ara wkoll is-sentenza Acerinox, iċċitata iktar 'il fuq, punt 36 tas-sentenza.

47. Waqt li l-Kummissjoni argumentat fis-sottomissjonijiet tagħha quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza li impriża dominanti m'għandhiex titħalla tallinja l-prezzijiet tagħha meta l-ispejjeż tas-servizz inkwistjoni ma jistgħux jiġu rkuprati mill-impriża dominanti [36], jidher ċar li t-tweġiba tal-Qorti tal-Prim'Istanza għal dik il-kwistjoni hija kemmxejn iktar sottili. Tabilħaqq, jidher mill-kliem użat fil-punt 187 tas-sentenza appellata li l-Qorti tal-Prim'Istanza kienet qed tipprova żżomm il-bieb miftuħ għal "difiża għal raġunijiet ta' kompetittività" (meeting competition defence) f'każijiet futuri, fejn impriża dominanti tiffissa l-prezzijiet iktar baxxi mill-ispejjeż.

48. Wara li rreferiet għall-ġurisprudenza United Brands [37] u l-ġurisprudenza relatata mal-obbligi speċjali imposti fuq l-impriżi f'pożizzjoni dominanti, il-Qorti tal-Prim'Istanza, bi tweġiba għall-mistoqsija tagħha stess fil-punt 184 tas-sentenza appellata, adottat formulazzjoni dwar dak li jikkostitwixxi allinjament permissibbli mal-prezzijiet tal-kompetituri li hija kemxejn differenti għat-test ippostulat mill-Kummissjoni u applikat fid-deċiżjoni kkontestata, kif deskritt fil-punti 176 u 183 tas-sentenza appellata.

49. Il-Qorti tal-Prim'Istanza b'hekk kien imissha evalwat jekk dik il-formolazzjoni (ġdida) kinitx tapplika jew le għall-fatti f'din il-kawża, ħaġa li b'mod ċar m'għamlitx.

36 — Wieħed jista' faċilment isib difett f'dan l-argument, peress li l-Kummissjoni ma tispeċifikax għal liema spejjeż (varjabbli jew totali, etc) hija qed tirreferi.

37 — Ara United Brands vs Il-Kummissjoni, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 31, punt 189; BPB Industries u British Gypsum vs Il-Kummissjoni, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 31, punt 117; u Compagnie maritime belge transports *et* vs Il-Kummissjoni, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 31, punt 146.

50. Minflok, jiena naqbel mal-argument tal-appellanta li d-dikjarazzjoni tal-Qorti tal-Prim'Istanza fil-punt 187 tas-sentenza appellata [38] hija purament ipotetika u *prima facie* tidher li mhijiex kompluta. F'dan ir-rigward, ma nistax naċċetta l-argument tal-Kummissjoni li dik id-dikjarazzjoni hija "ikkompletata" (u/jew il-formolazzjoni l-ġdida ta' dak li jikkostitwixxi allinjament permissibbli hija applikata għall-fatti ta' dan il-każ) fil-punti 199 sa 218 tas-sentenza appellata, fejn il-Qorti tal-Prim'Istanza kkonstatat li l-Kummissjoni kienet stabbilixxiet l-elementi neċessarji biex iġġib prova ta' prezzijiet predatorji iktar baxxi mill-ispejjeż medji globali. Fl-ewwel lok, dak l-argument tqajjem fi stadju wisq tardiv tal-proċedura biex ikun ammissibbli, jiġifieri, ġie mqajjem mill-Kummissjoni biss fis-seduta orali u għaldaqstant kien ġdid fil-konfront tan-nota ta' osservazzjonijiet. Barra minn hekk, fil-fehma tiegħi, dak l-argument huwa bbażat fuq punti tas-sentenza appellata li mhumiex relatati mal-punt 187.

51. Finalment, nikkunsidra li n-nuqqas ta' motivazzjoni min-naħa tal-Qorti tal-Prim'Istanza u d-difett fl-argument li hija ressqet, kif osservat hawn fuq, huma wisq iktar serji peress li jidher li dan huwa l-ewwel każ fejn id-difiża tal-allinjament ġiet indirizzata direttament mill-qrati Komunitarji f'sitwazzjoni bħal dik preżenti f'din il-kawża.

38 — Li essenzjalment tgħid li l-allinjament jista' jkun ikkontestat meta ma jkunx immirat biss biex jipproteġi l-interessi tal-impriża dominanti iżda wkoll biex isaħħaħ u jabbuża mill-pożizzjoni dominanti tagħha.

52. Isegwi li l-Qorti tal-Prim'Istanza naqset fid-dmir tagħha ta' motivazzjoni u barra minn hekk żbaljat fil-liġi.

53. Għaldaqstant, it-tieni lment taħt l-ewwel aggravju għandu jintlaqa'.

2. Prova tal-(possibbiltà ta') irkupru ta' telf

Argumenti prinċipali tal-partijiet

54. L-*appellanta* essenzjalment issostni li fis-sentenza Tetra Pak II il-Qorti tal-Ġustizzja kkonstatat li *fiċ-ċirkustanzi ta' dik il-kawża partikolari* ma kienx opportun li wieħed jeżiġi, addizzjonalment, prova li impriża dominanti kellha possibbiltà realistika li tirkupra t-telf tagħha [39]. Fis-sentenza appellata, il-Qorti tal-Prim'Istanza ddeċidiet li taqleb dik id-dikjarazzjoni f'regola ġenerali, iżda naqset milli timmotiva dik id-deċiżjoni. L-appellanta tgħid ukoll li ċ-ċirkustanzi f'Tetra Pak II kienu għal kollox differenti minn dawk inkwistjoni f'din il-kawża, peress li Tetra Pak kellha hekk imsejħa pożizzjoni super-dominanti f'suq matur. Finalment, il-ġurisprudenza tal-Komunità qatt ma qalet li mhuwiex meħtieġ li tiġi ppruvata l-possibbiltà ta' rkupru tat-telf.

55. Il-*Kummissjoni* tirreferi fil-kontroreplika tagħha għas-seba' aggravju u essenzjalment tirribatti li l-ġurisprudenza Komunitarja ma tindikax li hija meħtieġa prova tal-irkupru tat-telf. Fuq bażi alternattiva, il-Kummissjoni ssostni li d-deċiżjoni kkontestata fil-fatt eżaminat b'mod dettaljat ħafna jekk l-irkupru kienx probabbli f'din il-kawża u kkonkludiet li fil-fatt kien.

Kunsiderazzjonijiet

56. Fil-punt 226 tas-sentenza appellata, il-Qorti tal-Prim'Istanza ċċitat il-punt 44 tas-sentenza Tetra Pak II, li jgħid li "fiċ-ċirkustanzi tal-kawża preżenti, ma jkunx opportun li, barra minn hekk, jiġi mitlub, għall-kompletezza, sabiex jintwera li Tetra Pak kellha ċans reali li tirkupra t-telf tagħha. Fil-fatt, prattika ta' prezzijiet predatorji għandha tkun tista' tiġi ppenalizzata malli jkun hemm ir-riskju ta' eliminazzjoni tal-kompetituri. Issa, tali riskju ġie kkonstatat [f'dak il-każ] mill-[Qorti tal-Prim'Istanza] fil-punti 151 u 191 tas-sentenza [tagħha f'Tetra Pak II]. L-għan li jrid jintlaħaq, li huwa ż-żamma ta' kompetizzjoni b'saħħitha, ma jippermettix li wieħed joqgħod jistenna sakemm tali strateġija twassal għall-eliminazzjoni effettiva tal-kompetituri" [traduzzjoni mhux uffiċjali]. Il-Qorti tal-Prim'Istanza mbagħad ikkonstatat, fil-punti 227 u 228 tas-sentenza appellata, li "[i]l-Kummisjoni

39 — Sentenza Tetra Pak II, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 3, punt 44.

tista' għaldaqstant tikkunsidra bħala abbużivi l-prezzijiet inferjuri għall-medja ta' l-ispejjeż varjabbli. F'[tali sitwazzjoni], in-natura eliminatorja ta' tali prattika ta' prezzijiet hija preżunta [...] F'dak li jirrigwarda l-ispejjeż globali, il-Kummissjoni għandha tressaq ukoll il-prova li l-prattika ta' prezzijiet predatorji ta' WIN hija parti ta' pjan intiż sabiex "tantiċipa" is-suq. Fiż-żewġ każijiet, mhuwiex neċessarju li jiġi stabbilit, bħala prova supplementari, li WIN kellha ċans reali li tirkupra t-telf tagħha [...] Għaldaqstant, il-Kummissjoni kienet iġġustifikata meta kkunsidrat li l-prova ta' rkupru ta' telf mhijiex prerekwiżit għall-konstatazzjoni ta' prezzijiet predatorji" [40].

57. Kif diġà ntqal iktar 'il fuq fir-rigward tal-ilment relatat mad-dritt ta' allinjament tal-prezzijiet, il-motivazzjoni ta' sentenza tal-Qorti tal-Prim'Istanza għandha tiżvela b'mod ċar u inekwivoku r-raġunament tagħha, sabiex il-persuni kkonċernati jkunu jistgħu jifhmu l-ġustifikazzjoni tad-deċiżjoni meħuda u sabiex il-Qorti tal-Ġustizzja tkun tista' teżerċita s-setgħa tagħha ta' stħarriġ ġudizzjarju [41].

58. Fil-fehma tiegħi, il-Qorti tal-Prim'Istanza naqset milli tispjega għalfejn hija kkunsidrat li prova tal-possibbiltà ta' rkupru tat-telf ma kinitx meħtieġa fid-dawl tal-fatti speċifiċi ta' din il-kawża.

59. Il-Qorti tal-Prim'Istanza ċċitat sentenza li ddikjarat b'mod inekwivoku li ma kienx opportun li tintalab prova li impriża dominanti kellha possibbiltà realistika li tirkupra t-telf tagħha *fiċ-ċirkustanzi ta' dak il-każ partikolari*. Fil-fehma tiegħi, il-Qorti tal-Prim'Istanza ma kienx imissha sempliċement qalbet dik id-dikjarazzjoni, li kienet ibbażata b'mod ċar fuq il-fatti speċifiċi ta' Tetra Pak II, f'regola ġenerali. Billi għamlet dan mingħajr ma tat assolutament ebda spjegazzjoni, il-Qorti tal-Prim'Istanza naqset b'mod ċar mill-obbligu ta' motivazzjoni tagħha.

60. Għaldaqstant nikkonkludi li l-Qorti tal-Prim'Istanza wettqet żball doppju. Fl-ewwel lok, l-interpretazzjoni u l-applikazzjoni skorretta tas-sentenza Tetra Pak II minn naħa tagħha jikkostitwixxu użu ta' regola skorretta. Fit-tieni lok, kif spjegajt iktar 'il fuq, il-Qorti tal-Prim'Istanza naqset b'mod ċar milli tissodisfa l-obbligu ta' motivazzjoni tagħha.

61. Għandu jingħad ukoll, barra minn hekk, li l-Qorti tal-Prim'Istanza naqset milli twieġeb b'mod preċiż għall-argument imqajjem minn WIN. L-argument ta' WIN ma kienx li l-Kummissjoni kellha tipprova l-irkupru "attwali" tat-telf. Għall-kuntrarju, hija kienet issottomettiet li l-Kummissjoni għandha turi li WIN setgħet "tantiċipa l-possibbiltà" li tirkupra t-telf tagħha.

62. Fil-fatt, inkwantu n-nuqqas tal-Qorti tal-Prim'Istanza li tikkunsidra ċerti partijiet tal-argumenti tal-appellanta jaffettwa l-eżitu tal-

40 — Ara l-punti 226 sa 228 tas-sentenza appellata.
41 — Ara l-ġurisprudenza ċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 35.

proċeduri u b'hekk jippreġudika wkoll l-interessi tagħha, dan jista' jikkostitwixxi wkoll ksur tad-dritt għal smigħ [42].

63. Għaldaqstant, l-ewwel ilment taħt l-ewwel aggravju għandu jintlaqa' wkoll.

64. Isegwi mill-kunsiderazzjonijiet preċedenti li l-Qorti tal-Prim'Istanza naqset middmir ta' motivazzjoni tagħha u wettqet ukoll żball ta' liġi, u s-sentenza appellata għalhekk għandha tiġi annullata.

B — *L-ewwel ilment taħt is-seba' aggravju, li jallega ksur tal-Artikolu 82 KE — irkupru tat-telf — possibbiltà ta' rkupru tat-telf bħala prerekwiżit għal konstatazzjoni ta' prezzijiet predatorji*

65. Is-seba' aggravju jikkonsisti f'żewġ ilmenti. Permezz tal-ewwel ilment tagħha, li ser nindirizza hawnhekk, l-appellanta tallega li l-Qorti tal-Prim'Istanza kisret l-Artikolu 82 KE billi kkunsidrat li l-prova tal-possibbiltà ta' rkupru tat-telf ma kinitx prerekwiżit għall-konstatazzjoni ta' prezzijiet predatorji.

L-argumenti prinċipali tal-partijiet

66. L-*appellanta* tissottometti li l-ġurisprudenza Komunitarja teħtieġ prova ta' possibbiltà li jiġi rkuprat it-telf, u fin-nuqqas il-predazzjoni hija inkonċepibbli, peress li mingħajr l-aspettattiva ta' rkupru il-prezzijiet predatorji ma jikkostitwixxux aġir ekonomiku razzjonali. L-appellanta ssostni li din il-opinjoni hija kondiviża minn għadd kbir ta' qrati nazzjonali u awtoritajiet tal-kompetizzjoni kif ukoll minn għadd kbir ta' akkademiċi.

67. Il-*Kummissjoni* tirribatti li l-ġurisprudenza Komunitarja ma teħtieġx prova separata tal-possibbiltà ta' rkupru tat-telf. Għall-kuntrarju tal-metodu adottat mil-liġi dwar il-kompetizzjoni (antitrust) tal-Istati Uniti, l-analiżi ta' abbuż taħt l-Artikolu 82 KE tippreżupponi l-eżistenza ta' pożizzjoni

42 — Sentenza tal-10 ta' Diċembru 1998, Schröder *et* vs Il-Kummissjoni, C-221/97 P, Ġabra p. I-8255, punt 24.

dominanti (ara s-sentenza Hoffman-La Roche [43]), li hija biżżejjed fiha nnifisha biex twassal għal konklużjoni li l-irkupru tal-ispejjeż huwa possibbli.

Kunsiderazzjonijiet

68. Wara li rreferiet għas-sentenza Tetra Pak II, il-Qorti tal-Prim'Istanza kkonkludiet fil-punt 228 tas-sentenza appellata li l-Kummissjoni kienet korretta meta kkunsidrat li l-prova ta' rkupru tat-telf ma kinitx prerekwiżit għal konstatazzjoni ta' prezzijiet predatorji.

69. Jiena tal-fehma li l-interpretazzjoni adottata mill-Qorti tal-Prim'Istanza, kif ukoll mill-Kummissjoni, tal-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja mhijiex korretta. Fil-fehma tiegħi dik il-ġurisprudenza teħtieġ li l-possibbiltà ta' rkupru tat-telf tiġi ppruvata.

70. Jiena nikkunsidra illi, inkwantu l-Qorti tal-Ġustizzja kkwalifikat id-deċiżjoni tagħha bil-frażi "fiċ-ċirkustanzi ta' din il-kawża" fis-sentenza Tetra Pak II, hija riedet b'mod ċar tevita li tagħmel dikjarazzjoni ġenerali [44] li tneħħi n-neċessità li tiġi ppruvata l-possibbiltà ta' rkupru f'każijiet futuri dwar prezzijiet predatorji [45].

71. Tabilħaqq, kif irrimarka korrettament l-Avukat Ġenerali Fennelly fil-konklużjonijiet tiegħu għas-sentenza Compagnie Maritime Belge Transports *et* vs Il-Kummissjoni [46], "[i]l-Qorti tal-Ġustizzja ma tidhirx li marret daqshekk lil hinn daqs l-Avukat Ġenerali Ruiz-Jarabo Colomer, li kien irrakkomanda [[47]] li l-Qorti tal-Ġustizzja 'ma għandhiex tistabbilixxi l-prospett ta' irkupru tat-telf bħala prerekwiżit biex tiġi stabbilita l-eżistenza ta' prezzijiet predatorji kontra l-Artikolu [82 KE]', *inter alia*, għaliex fil-fehma tal-[Avukat Ġenerali Ruiz-Jarabo Colomer],

43 — Sentenza tat-13 ta' Frar 1979, Hoffmann-La Roche vs Il-Kummissjoni, 85/76, Ġabra p. 461.

44 — Għal interpretazzjoni simili, ara, pereżempju, R. Whish, *Competition Law*, Butterworths, ir-raba' edizzjoni, 2001, p. 650; A. Jones u B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, p. 342; V. Korah, "The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II", Current Legal Problems, vol. 46, 1993, p. 172; u S. Kon u S. Turnbull, "Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the NAPP Case" (2003) E.C.L.R. 24(2) 70 sa 86, p. 75.

45 — Madankollu, fil-fehma tiegħi huwa ċar mill-punt 44 tas-sentenza tal-Qorti tal-Ġustizzja f'Tetra Pak II li l-prova ta' irkupru attwali mhijiex meħtieġa. Dan isegwi mid-dikjarazzjoni tal-Qorti tal-Ġustizzja f'dak il-punt li: "'[p]rattika ta' prezzijiet predatorji għandha tkun tista' tiġi ppenalizzata malli jkun hemm ir-riskju ta' eliminazzjoni tal-kompetituri. Issa, tali riskju [f'dan il-każ] ġie kkonstatat mill-Qorti tal-Prim'Istanza fil-punti 151 u 191 tas-sentenza kkontestata. L-għan li jrid jintlaħaq, li huwa ż-żamma ta' kompetizzjoni b'saħħitha, ma jippermettix li wieħed joqgħod jistenna sakemm tali strateġija twassal għall-eliminazzjoni effettiva tal-kompetituri" [traduzzjoni mhux uffiċjali].

46 — Kawżi maqgħuda C-395/96 P u C-396/96 P, Ġabra p. I-1365, punt 129, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 84.

47 — Ara l-punt 78 tal-konklużjonijiet tiegħu fis-sentenza Tetra Pak II, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 4.

'l-irkupru tat-telf huwa r-riżultat imfittex mill-impriża dominanti, iżda l-prezzijiet predatorji huma fihom infushom anti-kompetittivi, irrispettivament minn jekk tiksibx dak l-objettiv'" [traduzzjoni mhux uffiċjali].

72. Barra minn hekk, billi kkwalifikat id-dikjarazzjoni tagħha b'dawk il-kliem, il-Qorti tal-Ġustizzja ddistakkat ruħha b'mod ċar mid-dikjarazzjoni kategorika fis-sentenza tal-Qorti tal-Prim'Istanza fis-sentenza Tetra Pak II li: "mhuwiex neċessarju li jiġi ppruvat b'mod speċifiku li l-impriża inkwistjoni kellha prospetti raġonevoli li tirkupra t-telf hekk sostnuti" [traduzzjoni mhux uffiċjali] [48].

73. Fil-fehma tiegħi, isegwi wkoll mill-kawżi AKZO [49] u Hoffman-La Roche [50] li l-prova ta' rkupru hija meħtieġa sabiex tiġi kkonstatata predazzjoni skont l-Artikolu 82 KE [51]. Ħlief jekk ikun hemm possibbiltà ta' rkupru, l-impriża dominanti probabbilment tkun involuta f'kompetizzjoni normali [52].

74. F'tali każ, meta ma jkun hemm ebda possibbiltà li t-telf jiġi rkuprat, il-konsumaturi u l-interessi tagħhom m'għandhomx, fil-prinċipju, jiġu ddanneġġati. Għandu jingħad li jiena naqbel mal-opinjoni tal-Avukat Ġenerali Jacobs li fil-konklużjonijiet tiegħu għas-sentenza *Oscar Bronner* qal li "l-iskop ewlieni tal-Artikolu 82 [KE] huwa li jipprevjeni d-distorsjoni tal-kompetizzjoni — u b'mod partikolari biex jissalvagwardja l-interessi tal-konsumaturi — u mhux li jipproteġi l-pożizzjoni ta' kompetituri partikolari" [traduzzjoni mhux uffiċjali] [53].

75. Finalment, nieħu l-opportunità biex nirrimarka li, apparti l-ġurisprudenza hawn fuq

48 — Ara s-sentenza tas-6 ta' Ottubru 1994, Tetra Pak vs Il-Kummissjoni, T-83/91, Ġabra p. II-755, punt 150, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 53.

49 — B'mod partikolari l-punt 71 tas-sentenza.

50 — B'mod partikolari l-punt 91 tas-sentenza.

51 — Fil-fehma tiegħi, l-analiżi tal-possibbiltà ta' rkupru ta' telf teħtieġ evalwazzjoni *ex ante* jew li tħares 'il quddiem tal-istruttura tas-suq wara li tkun seħħet l-esklużjoni, jiġifieri l-possibbiltà ta' rkupru hekk kif tista' tiġi raġonevolment prevista mill-impriża dominanti fil-ħin meta hija tistabbilixxi l-prezzijiet tagħha. Tabilħaqq, jidher li tali evalwazzjoni hija simili għall-analiżi mwettqa mill-Kummissjoni fil-qasam tal-kontroll ta' amagamazzjonijiet. Ara s-sentenza tal-15 ta' Frar 2005, Il-Kummissjoni vs Tetra Laval, C-12/03 P, Ġabra p. I-987, punti 42 sa 44. Ara wkoll, pereżempju, A. Ezrachi, *EC Competition Law*, Hart, 2008, p.140; P. Papandropoulos, 'Article 82 EC reform', Droit & économie, Concurrences Nru 1 — 2008; u M. de la Mano u B. Durand, A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82, DG Competition, European Commission, Office of the Chief Economist Discussion Paper, 12 ta' Diċembru 2005, p. 3.

52 — Ara, f'dan is-sens, il-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Fennelly fis-sentenza Compagnie Maritime Belge Trasports *et,* iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 46, punt 136. Barra minn hekk, peress li l-analiżi tal-prezz/spejjeż meħtieġa f'każijiet ta' prezzijiet predatorji għandha tendenza li tkun kontroversjali u kontenzjuża (ara l-kawża AKZO, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 3, ara wkoll: D. Howarth, 'Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC', f'*EC Competition Law,* G. Amato u C.-D. Ehlermann ed., Hart, 2007, p. 258-262), b'mod speċjali fir-rigward ta' kwistjonijiet dwar liema spejjeż huma varjabbli, liema huma fissi, liema huwa l-perijodu ta' żmien rilevanti, eċċ, jekk tintalab prova tal-possibbiltà ta' rkupru din fil-prinċipju tkun ta' benefiċċju biex ittaffi l-effett ta' żbalji (b'mod speċjali pożittivi foloz) f'każijiet dwar allegati prezzijiet predatorji. Barra minn hekk, fir-rigward tal-prova *ex ante* tal-possibbiltà ta' rkupru bħala kriterju ta' distinzjoni, naqbel illi fil-prinċipju "huwa ħafna eħfef li wieħed jiddetermina mill-istruttura tas-suq li l-irkupru huwa improbabbli milli biex tiġi kkonstatata l-ispiża li jesperjenza produttur partikolari". Ara s-sentenza Amerikana A. A. Poultry Farms, Inc vs Rose Acre Farms, Inc 881 F.2d 1396, (7th Cir. 1989), *certiorari* miċħuda, 494 U.S. (1990). U dik l-analiżi tal-irkupru "tippermetti lil qorti li tevita li tidħol fil-qasam ikkumplikat ta' analiżi tal-ispejjeż, eżami tad-diversi ċifri tal-kontabilità u xhieda kontrastanti minn esperti dwar il-kwistjoni ta' x'inhuma l-ispejjeż rilevanti". Ara s-sentenza Awstraljana Boral (2003) 195 ALR 609, punt 292.

53 — Konklużjonijiet fis-sentenza C-7/97, Ġabra 1998, p. I-7817, punt 58.

imsemmija, l-importanza tal-prova tal-possibbiltà ta' rkupru ġiet enfasizzata *inter alia* mill-Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP)[54], l-Organizzazzjoni għall-Kooperazzjoni Ekonomika u l-Iżvilupp[55] u l-Grupp ta' Regolaturi Ewropej[56].

76. Fir-rimarki konklużivi tiegħi dwar il-kwistjoni ta' prova tal-possibbiltà ta' rkupru nixtieq nirrimarka li m'jiniex konvint mill-argument tal-Kummissjoni li fl-Ewropa u taħt l-Artikolu 82 KE l-irkupru huwa implikat mid-dominanza, mhux inqas għaliex il-konstatazzjoni ta' dominanza spiss tkun ibbażata fuq kundizzjonijiet tas-suq storiċi, waqt li kif spjegajt iktar 'il fuq il-possibbiltà ta' rkupru hija intrinsikament *ex ante* u tħares 'il quddiem, billi tevalwa l-istruttura tas-suq kif ser tkun fil-futur[57].

77. Mill-kunsiderazzjonijiet preċedenti jsegwi li l-ewwel ilment taħt is-seba' aggravju għandu jintlaqa'.

78. Fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet preċedenti weħidhom, fil-fehma tiegħi, is-sentenza appellata għandha tiġi annullata. Barra minn hekk, nikkunsidra li l-kwistjonijiet tal-prova tal-possibbiltà ta' rkupru u tad-dritt ta' allinjament huma tant ċentrali għal din il-kawża li din l-azzjoni teħtieġ eżaminazzjoni mill-ġdid fil-prim'istanza.

54 — "B'mod partikolari, il-kapaċità ta' rkupru tal-predatur trid tiġi evalwata bir-reqqa", f'Rapport mill-EAGCP, li hu grupp ta' ekonomisti akkademiċi distinti li jagħtu pariri li Direttorat Ġenerali tal-Kummissjoni għall-Kompetizzjoni u lill-Kummissarju tal-Kompetizzjoni, 'An economic approach to Article 82', Lulju 2005, paġna 52, disponibbli fuq: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.

55 — "It-test ta' rkupru għandu jiġi regolarment applikat f'każijiet ta' prezzijiet predatorji." f' OECD, "Predatory Foreclosure", Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2005)14, 15 ta' Marzu 2005, paġna 8 *et seq* disponibbli fuq: http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf. Għal ħarsa ġenerali reċenti ta' 35 ġuriżdizzjoni, ara The International Competition Network, Report on Predatory Pricing, imħejji minn The Unilateral Conduct Working Group, ippreżentat fis-7 Konferenza Annwali tal-ICN, Kjoto, April 2008, disponibbli fuq: http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf.

56 — Il-Grupp ta' Regolaturi Ewropej għal netwerks u servizzi ta' komunikazzjonijiet elettroniċi, stabbilit mill-Kummissjoni, igħid f'paġna 36 ta' dokument ta' konsultazzjoni tal-21 ta' Novembru 2003 bl-isem "Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework" li: "Il-prezzijiet predatorji b'hekk għandhom dawn il-karatteristiċi: (i) il-prezz mitlub ikun iktar baxx mill-ispejjeż, (ii) il-kompetituri jew jiġu eliminati mis-suq jew inkella esklużi, u (iii) *l-impriża hija kapaċi tirkupra t-telf tagħha*" (enfasi miżjuda). Dak id-dokument huwa disponibbli fuq: http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf

57 — Ara "Fl-istess ħin, madankollu, wieħed għandu jifhem li l-prova ta' dominanza ma timplikax neċessarjament li l-impriża dominanti ser tkun kapaċi wkoll tirkupra t-telf tagħha. Waqt li l-prova ta' irkupru tfisser li l-monopolju tal-impriża dominanti ser ikompli fil-futur, huwa importanti li wieħed jifhem li l-fażijiet meta jsir telf u ta' irkupru ma jaħbtux fl-istess żmien [...] Il-fatt li impriża kienet dominanti fil-ħin meta bdiet tbiegħ bi prezzijiet iktar baxxi mill-ispejjeż ma jfissirx li fil-futur hija ser tkun kapaċi tirkupra t-telf li tkun sostniet fl-imgħoddi billi tgħolli l-prezzijiet: il-kundizzjonijiet tal-kompetizzjoni jistgħu jkunu differenti sew fil-futur [...] Fit-tieni lok, l-allegazzjonijiet ta' prezzijiet predatorji fil-prattika rnexxew biss taħt l-Artikolu 82 KE meta l-irkupru kien jew ġie attwalment stabbilit jew inkella kien probabbli fuq il-bażi tal-fatti", f'R. O'Donoghue u A. J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, p. 254. Ara wkoll: "L-aġenziji għandhom jiftakru, iżda, li t-test tad-dominanza mhuwiex ekwivalenti għal analiżi ta' irkupru", OECD, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 55, p. 8 *et seq*.

C — *It-tieni aggravju, li jallega ksur tal-Artikolu 82 KE — allinjament tal-prezzijiet ma' dawk tal-kompetituri*

79. Permezz tat-tieni aggravju tagħha, l-appellanta tallega li l-Qorti tal-Prim'Istanza kisret l-Artikolu 82 KE billi ċaħdet lil WIN id-dritt li tallinja l-prezzijiet tagħha, *in bona fede,* ma' dawk tal-kompetituri tagħha.

L-argumenti prinċipali tal-partijiet

80. L-*appellanta* ssostni li l-Qorti tal-Prim'Istanza ma kkontestatx il-fatt li WIN sempliċement allinjat il-prezzijiet tagħha ma' dawk tal-kompetituri tagħha. Madankollu, il-Qorti tal-Prim'Istanza naqset milli tilħaq konklużjoni minn dan. Mingħajr ma spjegat għalfejn, il-Qorti tal-Prim'Istanza limitat ruħha biex tiddikjara li tali allinjament "jista' jsir" abbużiv jew kundannabbli. Il-Qorti tal-Prim'Istanza b'hekk ma osservatx il-kundizzjonijiet għall-applikazzjoni tal-Artikolu 82 KE. Id-dritt għal tali allinjament ġie stabbilit kemm fil-prattika deċiżjonali tal-Kummissjoni u l-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja kif ukoll mid-duttrina u l-awtoritajiet Franċiżi tal-kompetizzjoni. Barra minn hekk, dan jikkostitwixxi l-uniku motiv għar-rikorrenti li tibqa' kompetittiva fis-suq. Finalment, l-appellanta ssostni li, skont il-ġurisprudenza United Brands [58], il-Qorti tal-Prim'Istanza kienet meħtieġa li teżamina jekk it-tweġiba ta' WIN għall-kompetizzjoni kinitx "raġonevoli" u "opportuna" jew le.

81. Il-*Kummissjoni* tirribatti li l-appellanta la tallega żball ta' liġi min-naħa tal-Qorti tal-Prim'Istanza fir-rigward tal-eċċezzjonijiet li jirrigwarda l-allegat dritt ta' allinjament ta' WIN, u lanqas xi kontradizzjoni fir-raġunament tas-sentenza appellata. Fir-rigward tal-argumenti relatati ma' risposta "raġonevoli" u "opportuna", dawn ġew imqajma mill-appellanta għall-ewwel darba fl-appell, meta lmentat li l-Kummissjoni ma wettqitx dak it-test tal-proporzjonalità. Fi kwalunkwe każ, l-appellanta sempliċement tikkritika punt wieħed tas-sentenza appellata (punt 187) [59]. Il-Kummissjoni tissottometti li l-projbizzjoni ta' allinjament minn impriża dominanti meta dan jinvolvi prezzijiet iktar baxxi mill-ispejjeż hija għal kollox konsistenti mal-prinċipji li fuqhom huwa bbażat l-Artikolu 82 KE, skont liema impriża dominanti għandha "responsabbiltà speċjali". Sussidjarjament, il-Kummissjoni ssostni li d-deċiżjoni kkontestata kkonkludiet dwar il-fatti li l-allegazzjoni ta' WIN li hija sempliċement allinjat ruħha mal-kompetituri tagħha ma kinitx fondata. Il-Qorti tal-Prim'Istanza ma kellhiex għalfejn tieħu deċiżjoni dwar dawk il-fatti.

58 — Iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 37.

59 — Skont liema l-allinjament mal-prezzijiet tal-kompetituri "ma jistax jiġi eskluż li jsir [abbużiv jew kundannabbli] fejn [...] għandu bħala għan li jsaħħaħ din il-pożizzjoni dominanti [tal-impriża u] li jabbuża minnha".

Kunsiderazzjonijiet

82. Fl-ewwel lok, kif iddikjarajt fil-punt 39 ta' dawn il-konklużjonijiet, il-Qorti tal-Prim'Istanza stabbilixxiet korrettament fil-punti 176 sa 182 tas-sentenza appellata li l-ġurisprudenza Komunitarja ma tagħtix lil impriża dominanti dritt assolut li tallinja l-prezzijiet tagħha ma' dawk tal-kompetituri tagħha.

83. Taħt dan l-aggravju, madankollu, l-appellanta ma tispjegax fuq liema bażi r-raġunament hawn fuq imsemmi min-naħa tal-Qorti tal-Prim'Istanza huwa skorrett, u lanqas ma targumenta li l-Qorti tal-Prim'Istanza wettqet żball ta' liġi.

84. L-appellanta madankollu targumenta, kif għamlet quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza, li d-dritt (assolut) ta' kull operatur li jallinja l-prezzijiet tiegħu *in bona fide* ma' dawk tal-kompetituri huwa rikonoxxut mill-Kummissjoni stess fid-deċiżjonijiet preċedenti tagħha u fil-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja, u huwa approvat unanimament mid-duttrina u mill-analiżi ekonomika.

85. Skont l-ewwel paragrafu tal-Artikolu 58 tal-Istatut tal-Qorti tal-Ġustizzja u l-Artikolu 112(1)(ċ) tar-Regoli tal-Proċedura, appell għandu jindika b'mod preċiż l-elementi kkontestati tas-sentenza li l-annullament tagħha qiegħed jintalab kif ukoll l-argumenti ġuridiċi li jsostnu b'mod speċifiku dak l-appell. Il-Qorti tal-Ġustizzja konsistentement sostniet li dan ir-rekwiżit ma jkunx issodisfat minn appell li jillimita ruħu sabiex jirrepeti jew jirriproduċi testwalment il-motivi u l-argumenti li kienu diġà ġew ippreżentati quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza [60].

86. L-Avukat Ġenerali Geelhoed irrefera għall-ġurisprudenza rilevanti f'dan ir-rigward fil-konklużjonijiet tiegħu għas-sentenza Sumitomo Metal Industries u Nippon Steel vs Il-Kummissjoni [61]: "f'ġurisprudenza li issa saret estensiva u inekwivoka, il-Qorti tal-Ġustizzja ddeċidiet li l-motivi ssottomessi għandhom jirreferu għad-deċiżjoni tal-Qorti tal-Prim'Istanza [[62]] u li, sabiex ma jiġux miċħuda bħala inammissibbli, għandu jiġi indikat b'mod ċar f'liema punti tad-deċiżjoni l-[Qorti tal-Prim'Istanza] kisret il-liġi [[63]]. Minn dan ir-rekwiżit ta' preċiżjoni isegwi, *inter alia*, li mhuwiex biżżejjed li sempliċement jissemma motiv mingħajr ma dan jiġi elaborat" [traduzzjoni mhux uffiċjali] [[64]].

60 — Ara Schröder *et* vs Il-Kummissjoni, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 42, punt 35. Din l-interpretazzjoni ta' appell ma tammonta għal xejn iktar għajr tentattiv għal ritrattazzjoni tal-kawża meta mhemm ebda dispożizzjoni għal ritrattazzjonijiet mill-Qorti tal-Ġustizzja. Ara, pereżempju, is-sentenza tat-3 ta' Marzu 2005, Biegi Nahrungsmittel u Commonfood vs Il-Kummissjoni, C-499/03 P, Ġabra p. I-1751, punti 37 sa 38.

61 — Sentenza tal-25 ta' Jannar 2007, P Sumitomo Metal Industries u Nippon Steel vs Il-Kummissjoni, C-403/04 P u C-405/04 P, Ġabra p. I-729.

62 — Motivi li essenzjalment huma mmirati kontra att jew nuqqas li tittieħed azzjoni mill-istituzzjoni(jiet) huma inammissibbli. Is-sottomissjoni mill-ġdid ta' dawk il-motivi tkun tfisser li dak kien appell 'ordinarju'. Ara, *inter alia*, is-sentenzi tas-7 ta' Mejju 1998, Somaco vs Il-Kummissjoni, C-401/96 P, Ġabra p. I-2587, punt 49; u tat-22 ta' April 1999, Kernkraftwerke Lippe-Ems vs Il-Kummissjoni, C-161/97 P, Ġabra p. I-2057, punti 76 u 77.

63 — Ara, *inter alia*, is-sentenzi Schröder *et* vs Il-Kummissjoni, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 42, punti 35 u 38 sa 42; u tad-9 ta' Settembru 1999, Lucaccioni vs Il-Kummissjoni, C-257/98 P, Ġabra p. I-5251, punti 61 u 62.

64 — Ara s-sentenza tat-8 ta' Lulju 1999, Hercules Chemicals vs Il-Kummissjoni, C-51/92 P, Ġabra p. I-4235, punt 113.

87. Għaldaqstant, it-tieni aggravju għandu, fil-fehma tiegħi, jiġi ddikjarat inammissibbli.

88. Madankollu, sabiex nagħtu l-benefiċċju tad-dubju lill-appellanta, ejja nassumu, min-kejja d-dubji hawn fuq imsemmija dwar l-ammissibbiltà ta' dan l-aggravju, li dan għandu jitqies bħala ammissibbli.

89. Fil-fehma tiegħi, għall-kuntrarju ta' dak li donnha qed targumenta l-appellanta, ma jidher li hemm ebda kontradizzjoni fil-motivi li fuqhom hija bbażata s-sentenza, inkwantu s-sentenza appellata ma fiha ebda dikjarazzjoni fis-sens li "l-Qorti tal-Prim'Istanza ma tikkontestax il-fatti li WIN sempliċement allinjat il-prezzijiet tagħha ma' dawk tal-kompetituri tagħha".

90. Kif ikkonkludejt fl-evalwazzjoni tiegħi tal-ewwel aggravju iktar 'il fuq, il-Qorti tal-Prim'Istanza ma applikatx il-ġurisprudenza rilevanti dwar id-dritt ta' allinjament għall-fatti ta' din il-kawża.

91. Fil-fatt, il-Qorti tal-Prim'Istanza ma eżaminatx fuq il-bażi tal-fatti ta' din il-kawża jekk WIN attwalment allinjatx jew le l-prezzijiet tagħha *in bona fede* ma' dawk tal-kompetituri tagħha. Il-problema hi li din il-kwistjoni fattwali issa tinsab ikkontestata bejn il-partijiet fl-istadju ta' appell.

92. Madankollu, l-appelli quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja huma limitati għal punti ta' dritt, li jfisser li l-Qorti tal-Prim'Istanza għandha ġurisdizzjoni esklużiva biex tagħmel konstatazzjonijiet fir-rigward tal-fatti rilevanti fil-proċeduri fil-prim'istanza. Barra minn hekk, fl-istadju ta' appell il-partijiet ma jistgħux joffru li jipproduċu provi dwar fatti mhux ikkonstatati mill-Qorti tal-Prim'Istanza.

93. Fil-fehma tiegħi, isegwi li t-tieni aggravju huwa inammissibbli għal żewġ raġunijiet.

94. Fi kwalunkwe każ, b'mod konformi mal-konklużjoni tiegħi f'dawn il-konklużjonijiet, is-sentenza appellata fil-fehma tiegħi għandha tiġi annullata u rrinvjata lura lill-Qorti tal-Prim'Istanza sabiex tiġi eżaminata mill-ġdid. Dan għandu jippermetti lill-Qorti tal-Prim'Istanza sabiex tagħmel konstatazzjonijiet dwar il-kwistjoni fattwali tal-allinjament ta' WIN [65].

95. Rigward il-kwistjoni ta' prinċipju, madankollu nieħu din l-opportunità biex niġbed l-attenzjoni għal dawk li fil-fehma tiegħi huma punti rilevanti f'dan ir-rigward. Fl-ewwel lok, hemm il-ġurisprudenza li fuqha bbażat il-Qorti tal-Prim'Istanza fil-punti 85 sa 186 tas-sentenza appellata. Fit-tieni lok, il-Qorti tal-Ġustizzja ddikjarat fil-kawża Tetra Pak II li "l-portata attwali tar-responsabbiltà speċjali imposta fuq impriża dominanti għandha tiġi kkunsidrata fid-dawl taċ-ċirkustanzi speċifiċi

65 — Meta jkunu meħtieġa konstatazzjonijiet addizzjonali fattwali jew ikun meħtieġ li jiġu eżaminati mill-ġdid dawk il-konstatazzjonijiet li diġà jkunu saru, il-Qorti tal-Ġustizzja għandha tirrinvija l-kawża lura lill-Qorti tal-Prim'Istanza. Ara, f'dan ir-rigward, is-sentenza tas-17 ta' Diċembru 1992, Moritz vs Il-Kummissjoni, C-68/91 P, Ġabra p. I-6849, punti 41 u 42.

ta' kull kawża li juru sitwazzjoni ta' kompetizzjoni mdgħajfa" [traduzzjoni mhux uffiċjali] [66]. Għalhekk, il-kwistjoni ta' allinjament f'kawża bħal din għandha tiġi eżaminata fuq il-merti ta' kull każ partikolari. Fit-tielet lok, fil-fehma tiegħi wieħed għandu jippermetti għal ċirkustanzi fejn impriża dominanti tkun eċċezzjonalment permessa li turi li l-prezzijiet tagħha li jkunu iktar baxxi mill-ispiża medja varjabbli huma oġġettivament iġġustifikati [67].

D — *It-tielet aggravju, li jallega ksur tal-Artikolu 82 KE — distorsjoni tat-test ta' predazzjoni*

96. Permezz tat-tielet aggravju tagħha, l-appellanta tallega li l-Qorti tal-Prim'Istanza kisret ukoll l-Artikolu 82 KE billi ma pprojbixxietx il-metodu użat mill-Kummissjoni biex tikkalkola l-irkupru tal-ispejjeż, li wasslu għad-distorsjoni tat-test tal-prezzijiet predatorji meħtieġ mill-Qorti tal-Ġustizzja fis-sentenza AKZO. Fuq il-bażi tal-metodu użat mill-Kummissjoni ma kienx possibbli li wieħed jistabbilixxi jekk l-abbonati ta' WIN iġġenerawx profitt jew telf għal dak in-negozju matul il-perijodu ta' abbonament tagħhom.

L-argumenti prinċipali tal-partijiet

97. Fir-rigward tal-*ispejjeż varjabbli*, l-*appellanta* ssostni li sabiex il-prezzijiet iktar baxxi mill-ispejjeż varjabbli jitqiesu bħala abbużivi taħt l-Artikolu 82 KE, il-punt 71 tas-sentenza AKZO jeħtieġ li l-metodu għall-kalkolu tal-irkupru tal-ispejjeż juri li l-prodotti jew servizzi nbiegħu b'telf. Il-metodu użat jista' jkun kompatibbli mal-Artikolu 82 KE biss jekk jipprova li, għal xi abbonati, l-abbonament iġġenera telf fuq perijodu ta' 48 xahar. Madankollu, peress li WIN allegat fir-rikors ta' annullament tagħha li, prattikament għall-perijodu inkwistjoni kollu, kull abbonat individwali ġġenera qligħ għal WIN, il-Qorti tal-Prim'Istanza ma setgħetx, mingħajr ma tikser l-Artikolu 82 KE, tevita li tivverifika jekk il-Kummissjoni kinitx stabbilixxiet li tal-inqas xi abbonati kienu ġġeneraw telf globali għal WIN. Il-Qorti tal-Prim'Istanza madankollu aċċettat il-metodu adottat mill-Kummissjoni, li ma tax stampa sħiħa dwar jekk kull abbonament kienx ħalla qligħ.

66 — Ara s-sentenza Tetra Pak II, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 4, punt 24.

67 — Ara l-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Fennelly fi Compagnie maritime belge transports *et*, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 31, punt 127. Ara Tetra Pak International SA vs Il-Kummissjoni, T-83/91 Ġabra II-755,, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 48, punt 147: "jista' jkun inaċċettabbli għal impriża f'pożizzjoni dominanti li tbiegħ b'telf f'ċerti ċirkustanzi". Ara wkoll, *inter alia*, Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford, 6 Edizzjoni, 2008, p. 956 sa 957, taqsima 10.071: "Sal-punt li [ir-regola Akzo] timplika regola li prezzijiet iktar baxxi mill-ispiża medja varjabbli... għanhom ikunu bilfors predatorji, tidher riġida ħafna. "(Sweet and Maxwell, P. Roth ed., il-ħames edizzjoni., 2001), p. 725: "[p]rezzijiet iktar baxxi mill-ispejjeż varjabbli medji jistgħu jkunu pro-kompetittivi [...]", M. Motta, *Competition Policy,* Cambridge University Press, 2004, p. 453; J. Faull u A Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, p.379, taqsima 4.287; A. Ezachi, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 136, OECD, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna55, p. 18: "Is-sempliċi fatt li l-prezzijiet ta' impriża jkunu iktar baxxi mill-ispejjeż ma jfissirx neċessarjament li l-azzjonijiet tagħha qed jagħmlu ħsara lill-kompetizzjoni. Jeżistu ċirkustanzi fejn tali prezzijiet mhux biss ikunu ġenwini, iżda wkoll pro-kompetittivi. L-aġenziji għalhekk għandhom jinvestigaw bir-reqqa kull ġustifikazzjoni li l-allegati predaturi joffru favur il-prezzijiet tagħhom", R. Whish, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 44, p. 649, Jones u Sufrin, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 44, p. 339, L. Garzaniti u F. Liberatore, "Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector: Part 2" (2004) E.C.L.R. 25(4) 234-240.

98. Fir-rigward tal-*ispejjeż globali*, l-*appellanta* tirreferi għall-argument tagħha dwar l-ispejjeż varjabbli u tallega li l-Qorti tal-Prim'Istanza wettqet distorsjoni tat-test ta' predazzjoni billi ma vverifikatx jekk kienx ġie ppruvat li l-ispejjeż globali tal-abbonati ma kinux ġew koperti. Fil-fatt, ma ġiet prodotta ebda prova dwar l-eżistenza ta' xi abbonati li l-abbonament tagħhom irriżulta f'telf għal WIN fuq perijodu ta' 48 xahar.

99. Il-*Kummissjoni* tiċħad dawn l-allegazzjonijiet billi targumenta, fl-ewwel lok, li l-metodu applikat f'din il-kawża mhux talli huwa l-istess wieħed użat fil-kawżi li wasslu għas-sentenzi AKZO u Tetra Pak II — li jieħu l-ispejjeż sempliċement skont kif jidhru fil-kontijiet tal-impriża — iżda din id-darba l-Kummissjoni saħanistra applikat il-metodu b'mod iktar flessibbli għall-vantaġġ tal-appellanta. Pereżempju, il-Kummissjoni la applikat rata ta' skont u lanqas ma imputat spiża ta' opportunità fost l-ispejjeż użati fil-kalkolu.

100. Rigward il-metodu ta' kalkolu alternattiv (il-metodu ta' likwidità skontata), il-Qorti tal-Prim'Istanza ddikjarat li l-Kummissjoni ma wettqietx żball manifest ta' evalwazzjoni, u dan l-appell ma jallegax li l-Qorti tal-Prim'Istanza wettqet żball ta' liġi f'dan ir-rigward. Dwar il-ħtieġa li jiġi kkunsidrat it-terminu sħiħ ta' 48 xahar ta' abbonament, il-Kummissjoni tissottometti li, peress li r-rata ta' rkupru kienet inqas minn 100 % għall-perijodi qosra suċċessivi kollha li ġew eżaminati fid-deċiżjoni kkontestata (li jammontaw għal total ta' madwar sena u nofs), ir-rata ta' rkupru ma setgħetx kienet inqas minn 100 % ukoll għall-perijodu medju sħiħ tal-abbonament, jiġifieri 48 xahar. F'dak ir-rigward, il-Kummissjoni ssostni li rata ta' rkupru ta' inqas minn 100 % ma tistax issir ikbar minn 100 % fuq perijodu ta' żmien itwal, ħlief f'każ fejn il-perijodu wara l-ksur jippermetti lill-impriża biex tipproduċi marġni ta' qligħ għal kull abbonament li jkunu kunsiderevolment ogħla minn livell kompetittiv fuq bażi sostnuta.

Kunsiderazzjonijiet

101. L-appellanta ma tispeċifikax b'mod ċar liema partijiet (jiġifieri, liema punti) tas-sentenza appellata qed jiġu kkontestati [68].

102. Fir-rikors tagħha quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja, l-appellanta targumenta li l-Kummissjoni applikat analiżi statika ta' rkupru ta' telf li attwalment tammonta għal żieda tal-ispejjeż tal-akkwist għall-ammont tal-ispejjeż rikorrenti fix-xahar immultiplikati għal 48 darba, kif kienu fid-data tal-abbonament, waqt li dak it-total jiġi mqabbel mad-dħul fix-xahar immultiplikat għal 48 darba, kif kienu f'dik id-data.

68 — F'dan ir-rigward, sabiex tiġi evitata repetizzjoni, nirreferi lura għall-punti 85 sa 86 ta' dawn il-konklużjonijiet, li huma applikabbli wkoll f'dan il-kuntest.

103. Fis-sentenza appellata, il-Qorti tal-Prim'Istanza ddikjarat fil-punti 140 u 142 rispettivament li: "kuntrarjament għal dak li tallega WIN, il-Kummissjoni ma kkunsidratx test ta' kopriment statiku" u "kuntrarjament għal dak li tafferma WIN, il-metodu bl-ebda mod ma jirrikjedi li l-ispejjeż ta' akkwist jiġu magħduda mar-riżultat ta' l-ammont ta' l-ispejjeż rikorrenti ta' kull xahar, li jeżistu fid-data tas-sottoskrizzjoni ta' l-abbonament, immultiplikat bi 48, u għall-paragun bejn dan it-total u r-riżultat ta' l-ammont tad-dħul ta' kull xahar, li jeżisti fl-istess data, immultiplikat bi 48" [69].

104. Madankollu, apparti li tidher li qed tikkontesta fl-appell l-evalwazzjoni tal-fatti kif saret mill-Qorti tal-Prim'Istanza, l-appellanta ma tikkritikax lill-Qorti tal-Prim'Istanza għal xi żball ta' evalwazzjoni jew għal xi distorsjoni ta' fatti f'dan ir-rigward u ttenni biss l-istess argumenti li ġew sottomessi lill-Qorti tal-Prim'Istanza fil-prim'istanza [70]. Fir-rigward tal-argumenti dwar il-metodu ta' likwidità skontata, il-Qorti tal-Prim'Istanza qalet fil-punti 153 sa 155 tas-sentenza appellata li l-Kummissjoni ma wettqitx żball ta' liġi inkwantu ma għażlitx dak il-metodu u l-appellanta ma targumentax li l-Qorti tal-Prim'Istanza wettqet żball ta' liġi f'dak ir-rigward.

105. Għaldaqstant, nikkunsidra li dan fih innifsu huwa suffiċjenti biex jiġi miċħud it-tielet aggravju bħala inammissibbli u, fi kwalunkwe każ, infondat.

E — *Ir-raba' aggravju, li jallega li l-Qorti tal-Prim'Istanza interpretat b'mod żbaljat l-Artikolu 82 KE u d-dmir tagħha ta' motivazzjoni — spejjeż u dħul wara l-perijodu inkwistjoni*

106. Permezz tar-raba' aggravju tagħha l-appellanta tallega li l-Qorti tal-Prim'Istanza interpretat b'mod żbaljat kemm l-Artikolu 82 KE kif ukoll l-obbligu tagħha ta' motivazzjoni billi ddeċidiet li l-ispejjeż u d-dħul wara l-perijodu allegat tal-ksur (jiġifieri, wara l-15 ta' Ottubru 2002) ma kellhomx jiġu kkunsidrati. Hija ssostni wkoll li l-Kummissjoni kkonkludiet b'mod żbaljat li kien hemm ksur fuq il-bażi ta' dik il-limitazzjoni fiż-żmien tad-dħul u l-ispejjeż ikkunsidrati.

L-argumenti prinċipali tal-partijiet

107. L-*appellanta* tilmenta li l-Qorti tal-Prim'Istanza aċċettat l-analiżi tal-Kummissjoni, li eskludiet l-ispejjeż u d-dħul wara l-15 ta' Ottubru 2002. Il-Qorti tal-Prim'Istanza ma setgħetx — mingħajr ma tikkontradixxi lilha nnifisha u mingħajr ma tikser l-Artikolu 82 KE — taċċetta l-metodu adottat mill-Kummissjoni, li minn naħa waħda, eskluda mill-kalkolu tar-rata tal-irkupru d-dħul u l-ispejjeż ta' wara l-allegat ksur iżda li

69 — Ara l-punti 143 sa 151 tas-sentenza appellata għar-raġunament tal-Qorti tal-Prim'Istanza dwar għalfejn dan kien il-każ.

70 — Appell ma jistax sempliċement jirrepeti l-motivi u l-argumenti li diġà jkunu ġew sottomessi quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza mingħajr ma jippreżenta argumenti biex jiġi stabbilit li hija żbaljat fid-dritt. Ara s-sentenza tal-5 ta' Frar 1998, Abello *et* vs Il-Kummissjoni, C-30/96 P, Ġabra p. I-377, punt 45.

waqgħu fi ħdan il-perijodu ta' 48 xahar u, min-naħa l-oħra, irrikonoxxa li fir-rigward tal-abbonamenti, l-ispejjeż u d-dħul kienu mifruxa b'mod leġittimu fuq perijodu ta' 48 xahar. Sabiex jiġu sodisfatti r-rekwiżiti tal-Artikolu 82 KE, ir-rata tal-irkupru għandha tiġi kkalkulata biss fuq perijodu ta' 48 xahar.

108. L-appellanta ssostni li l-Qorti tal-Prim'Istanza, inkwantu vvalidat il-pożizzjoni tal-Kummissjoni, wettqet kontradizzjoni fil-motivi inkwantu d-deċiżjoni kkontestata kienet stabbilixxiet b'mod ċar li sa mill-15 ta' Ottubru 2002 il-kundizzjonijiet kompetittivi kienu saru "mill-ġdid applikabbli" [71] waqt li issa l-Kummissjoni ammettiet li hija qatt ma kienet ikkunsidrat id-dħul li rriżulta wara l-ksur allegat għaliex dak seta' jinkiseb biss f'sitwazzjoni ta' kompetizzjoni mdgħajfa.

109. Skont il-*Kummissjoni*, dan l-aggravju fir-realtà huwa biss estensjoni tat-tielet aggravju u jirriżulta minn konfużjoni. Il-kwistjoni qatt ma kienet li d-dħul u l-ispejjeż kollha ta' abbonament jitħallew jiġu mifruxa fuq perijodu ta' 48 xahar. Għall-kuntrarju, il-metodu tal-Kummissjoni, li kien aċċettat mill-Qorti tal-Prim'Istanza, ippermetta — skont il-prinċipju ta' deprezzament tal-assi — li kategorija partikolari ta' spejjeż jiġu mifruxa fuq ċertu perijodu, b'mod speċifiku l-ispejjeż mhux rikorrenti ("l-ispejjeż tal-konkwista" jew "l-ispejjeż tal-akkwist ta' abbonati") li jintefqu fil-bidu ta' abbonament.

71 — Ara l-punt 386 tad-deċiżjoni kkontestata.

110. Il-Kummissjoni tissottometti li l-ispejjeż rikorrenti, madankollu, ma għandhomx jiġu mifruxa fuq perijodu ta' żmien. Skont id-deċiżjoni kkontestata, l-impriża ma setgħetx "tilħaq livell ta' kopriment ta' l-ispejjeż rikorrenti (spejjeż ta' netwerk u spejjeż ta' produzzjoni) li huwa biżżejjed sabiex il-marġni mogħtija fuq l-ispejjeż rikorrenti tkopri għal perijodu ta' temp raġonevoli l-ispejjeż varjabbli mhux rikorrenti investiti fl-iżvilupp kummerċjali tal-prodotti in kwistjoni" [72]. Madankollu, l-ispejjeż u d-dħul kollu sussegwenti għall-allegat ksur li l-appellanta trid li jiġu inklużi fil-kalkolu huma rikorrenti.

111. Il-Kummissjoni tissottometti wkoll li jkun żbaljat li jiġu inklużi fil-kalkolu proġettazzjonijiet ta' marġni pożittivi futuri li jirriżultaw minn tnaqqis fl-ispejjeż futuri li jkunu aċċessibbli għall-kompetituri kollha iżda li ma jkunux akkumpanjati fi tnaqqis fil-prezzijiet. Dan l-eżitu jista' jintlaħaq biss f'kuntest ta' kompetizzjoni mdgħajfa. Il-Kummissjoni tosserva li fi kwalunkwe każ, l-estrapolazzjonijiet tal-appellanta ma jwasslux għal rata pożittiva ta' rkupru tal-ispejjeż globali u li, anki kieku kellhom jiġu aċċettati l-proġettazzjonijiet ippreżentati mill-appellanta ta' marġni ta' qligħ estremament għoljin fuq medda ta' 48 xahar, dawk il-marġni jistgħu jinkisbu biss f'sitwazzjoni ta' kompetizzjoni mdgħajfa. Finalment, il-Kummissjoni ssostni li, anki jekk jiġu esklużi l-"ispejjeż tal-akkwist", l-ispiża diretta kull xahar għal WIN ta' kull abbonat tkun ogħla mid-dħul mill-abbonament.

72 — Ara l-premessa 76 tad-deċiżjoni kkontestata u l-punt 136 tas-sentenza appellata.

112. Finalment, il-*Kummissjoni* tissottometti li l-metodu (żbaljat) adottat mill-appellanta jikkonsisti f'aċċettazzjoni li l-abbonati tagħha jiġġeneraw telf fix-xahar li dejjem jiżdied għal sena u nofs (il-perijodu kopert mid-deċiżjoni kkontestata), iżda mbagħad jassumi marġni pożittiv sinjifikattiv għas-snin ta' wara l-intervent tal-Kummissjoni, biex b'hekk l-abbonati jibdew iħallu qligħ sat-tmiem tal-perijodu ta' abbonament.

Kunsiderazzjonijiet

113. *Prima facie* jidher li dan l-aggravju huwa sempliċement estensjoni tal-aggravju preċedenti u li l-appellanta ttenni l-argument li perijodu ta' 48 xahar biss seta' jippermetti kalkolu tal-irkupru tal-ispejjeż li jissodisfa r-rekwiżiti tal-Artikolu 82 KE. Fl-ewwel lok, dan l-aggravju jidher li huwa bbażat fuq konfużjoni fis-sens li l-appellanta mhijiex korretta meta tallega li l-Qorti tal-Prim'Istanza rrikonoxxiet li "l-ispejjeż u d-dħul huma mifruxa fuq perijodu ta' 48 xahar". Il-Qorti tal-Prim'Istanza qatt m'għamlet dan fis-sentenza appellata. Minflok, il-metodu tal-Kummissjoni, kif ikkonfermat mill-Qorti tal-Prim'Istanza, ikkonsista f'li jiġu mifruxa biss kategorija ta' spejjeż, jiġifieri l-ispejjeż varjabbli mhux rikorrenti.

114. Fi kwalunkwe każ, l-eżami tiegħi tal-punti 129 sa 156 tas-sentenza appellata ma żvela xejn li jista' jaffettwa l-validità tal-metodu adottat mill-Qorti tal-Prim'Istanza. Fil-fehma tiegħi, il-Qorti tal-Prim'Istanza ma wettqet ebda żball ta' liġi u applikat l-Artikolu 82 KE b'mod korrett meta qalet li "WIN ma wrietx li l-Kummissjoni, billi użat l-informazzjoni rreġistrata fil-kontabbiltà ta' WIN u billi kkorreġietha b'mod favorevoli għal WIN b'tali mod li tieħu in kunsiderazzjoni l-kuntest partikolari tas-suq in kwistjoni, b'rispett għall-eżiġenzi ta' l-eżami meħtieġa mill-Artikolu 82 KE, fil-kawża preżenti, applikat test ta' kopriment ta' l-ispejjeż illegali" u li "ma jirriżultax mill-ġurisprudenza li l-użu tal-metodu ta' likwidità skontata huwa applikabbli f'dan il-każ u [...] WIN ma ressqet ebda argument li jistabbilixxi li l-Kummissjoni wettqet żball manifest ta' evalwazzjoni f'dan ir-rigward" [73].

115. Finalment, għandi nfakkar li, skont ir-Regoli tal-Proċedura tal-Qorti tal-Ġustizzja, is-suġġett tal-proċedimenti quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza ma jistax jinbidel fl-appell. Madankollu, l-aggravju preżenti tal-appellanta huwa differenti b'mod sinjifikattiv mill-motiv li ġie mqajjem quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza, fejn l-appellanta argumentat li l-Kummissjoni wettqet żball ta' liġi, billi rrifjutat li tuża l-metodu ta' likwidità skontata jew tal-valur nett attwali (NPV) (li skont l-appellanta kien l-uniku metodu rilevanti). Ir-rikors tal-appellanta quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja, madankollu, ma jerġax isemmi dak il-metodu.

116. Għaldaqstant, fil-fehma tiegħi r-raba' aggravju għandu jiġi ddikjarat inammissibbli u, fi kwalunkwe każ, infondat.

73 — Ara l-punti 154 u 155. Fir-rigward tad-diskussjonijiet dwar il-metodu tal-valur nett attwali ara, pereżempju, is-sentenza tar-Renju Unit tal-15 ta' Jannar 2002, Napp Pharmaceutical Holdings Ltd vs Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunal (CAT), kawża Nru. 1001/1/1/01, punt 260.

F — *Il-ħames aggravju, li jallega ksur tal-Artikolu 82 KE u tal-obbligu ta' motivazzjoni — prezz predatorju anki meta jkun akkumpanjat bi tnaqqis kunsiderevoli fis-sehem fis-suq tal-impriża rilevanti*

117. Permezz tal-ħames aggravju tagħha, l-appellanta tallega wkoll li l-Qorti tal-Prim'Istanza kisret l-Artikolu 82 KE, u l-obbligu ta' motivazzjoni li hija kellha billi ddeċidiet li prezz jista' jkun predatorju anki meta jkun jinkludi tnaqqis importanti fis-sehem fis-suq tal-impriża inkwistjoni. Tali prezz ma għandux jitqies li jista' jwassal għall-esklużjoni tal-impriżi kompetituri.

L-argumenti prinċipali tal-partijiet

118. L-*appellanta* ssostni li, waqt li l-Qorti tal-Prim'Istanza rrikonoxxiet li s-sehem fis-suq ta' WIN kien naqas minn Awwissu 2002, hija xorta kkonstatat li l-allegat ksur kien kompla sal-15 ta' Ottubru 2002. Madankollu, il-predazzjoni tippreżupponi tnaqqis sinjifikattiv fil-kompetizzjoni u għalhekk ma tistax isseħħ meta l-kompetizzjoni tiżdied.

119. Il-*Kummissjoni* tissottometti li fil-prim'istanza l-appellanta kienet qajmet dak l-argument biss biex tikkontesta l-eżistenza ta' pożizzjoni dominanti u biex titlob tnaqqis fil-multa. Hija tuża l-argument biex tikkontesta l-eżistenza ta' abbuż għall-ewwel darba fl-appell.

120. Dwar il-merti, l-informazzjoni li għandha l-Kummissjoni turi li s-sehem fis-suq ta' WIN kiber b'mod kostanti sal-31 ta' Awwissu 2002. Kull tnaqqis fis-sehem tagħha fis-suq matul l-aħħar xahar u nofs tal-ksur seta' kien dovut biss għat-tnaqqis tat-tariffi bl-ingrossa ta' FT għal aċċess għan-netwerk, li WIN — b'differenza mill-kompetituri tagħha — iddeċidiet li ma tirriflettix fil-prezzijiet tagħha, biex b'hekk ġabet il-ksur għal tmiem fil-15 ta' Ottubru 2002. Il-Kummissjoni tkompli tgħid, għall-finijiet ta' kompletezza, li tnaqqis ta' dan it-tip fis-sehem fis-suq ma jpoġġix il-legalità tad-deċiżjoni bħala tali f'dubju iżda l-iktar jista' jpoġġi dubju dwar il-perijodu tal-ksur. Madankollu, dan ma jkollu ebda impatt fuq l-ammont tal-multa, peress li ebda reviżjoni tal-multa ma ntalbet fl-appell.

Kunsiderazzjonijiet

121. Kif tgħid korrettament il-Kummissjoni, dan l-appell huwa limitat għall-evalwazzjoni mill-Qorti tal-Prim'Istanza ta' abbuż minn

pożizzjoni dominanti u WIN qajmet l-argument ta' allegat tnaqqis fis-sehem tagħha fis-suq fil-prim'istanza biss sabiex tikkontesta l-eżistenza ta' pożizzjoni dominanti [74] u biex titlob tnaqqis fil-multa [75].

122. Skont ġurisprudenza stabbilita, jekk parti titħalla tqajjem għall-ewwel darba quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja motiv li hija ma tkunx qajmet quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza, din il-parti tkun qiegħda titħalla tressaq quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja, li l-kompetenza tagħha bħala qorti tal-appell hija limitata, kawża li s-suġġett tagħha huwa iktar wiesa' minn kif kien ippreżentat quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza. Fil-kuntest ta' appell, il-kompetenza tal-Qorti tal-Ġustizzja hija limitata għall-evalwazzjoni tas-soluzzjoni legali li ngħatat għall-motivi diskussi quddiem il-qrati tal-prim'istanza [76].

123. Il-ħames aggravju tal-appellanta għal-hekk għandu jiġi ddikjarat bħala inammissibbli.

74 — Punt 95 tar-rikors ta' WIN fil-prim'istanza, rigward il-motiv dwar l-eżistenza ta' pożizzjoni dominanti.

75 — Punt 272 tar-rikors ta' WIN fil-prim'istanza, rigward il-motiv dwar il-multa.

76 — Ara s-sentenza tas-26 ta' Ottubru 2003, Koninklijke Coöperatie Cosun vs Il-Kummissjoni, C-68/05 P, Ġabra p. I-10367, punti 95 sa 98 u l-ġurisprudenza ċċitata fiha.

G — *Is-sitt aggravju, allegeta distorsjoni ta' fatti u ksur tal-Artikolu 82 KE — allegat pjan ta' predazzjoni*

1. Distorsjoni ta' fatti u provi

124. Is-sitt aggravju jikkonsisti f'żewġ ilmenti. Permezz tal-ewwel ilment l-appellanta ssostni li, fir-rigward tal-allegat pjan ta' predazzjoni, il-Qorti tal-Prim'Istanza wettqet distorsjoni tal-fatti u tal-provi sottomessi għall-evalwazzjoni tagħha.

L-argumenti prinċipali tal-partijiet

125. L-*appellanta* ssostni li l-Qorti tal-Prim'Istanza wettqet distorsjoni tal-elementi ta' prova li fuqhom hija bbażat l-analiżi tagħha dwar jekk kienx jeżisti pjan ta' predazzjoni. Hija bbażat esklużivament fuq id-dokumenti ta' WIN u ddeduċiet l-eżistenza ta' pjan ta' predazzjoni mit-terminoloġija użata fihom bħal "antiċipazzjoni" u "biex jiġi antiċipat". Madankollu, dawn id-dokumenti kienu jirriflettu biss "għanijiet kummerċjali kemmxejn ambizzjużi", biex nużaw il-kliem stess tal-Qorti tal-Prim'Istanza [77].

77 — Dik ir-referenza hija għall-punt 214 tas-sentenza appellata.

126. Il-*Kummissjoni* tissottometti li l-appellanta qed titlob eżami mill-ġdid fl-istadju ta' appell ta' ilment li ġie miċħud bħala inammissibbli mill-Qorti tal-Prim'Istanza, mingħajr, madankollu, ma tikkontesta d-deċiżjoni ta' inammissibbiltà. Fit-tieni lok, l-appellanta ma tressaq ebda argument favur l-allegata distorsjoni, u huwa fil-kompetenza esklużiva tal-Qorti tal-Prim'Istanza biex tevalwa l-valur li għandu jingħata lill-elementi ta' prova mressqa quddiemha. Għall-finijiet ta' kompletezza, il-Kummissjoni ssostni li l-Qorti tal-Prim'Istanza ma bbażatx l-analiżi tagħha esklużivament fuq dokumenti li fihom tinsab l-espressjoni "biex jiġi antiċipat" iżda wkoll fuq għadd kbir ta' dokumenti oħra.

Kunsiderazzjonijiet

127. L-appellanta qed titlob eżami mill-ġdid ta' motiv li ġie miċħuda mill-Qorti tal-Prim'Istanza fil-punti 204 sa 205 tas-sentenza appellata bħala inammissibbli.

128. Madankollu, f'dan l-appell l-appellanta ma tistax terġa' tqajjem dak il-motiv mill-ġdid. Hija tista' sempliċement tikkontesta, fuq motivi speċifiċi, il-konstatazzjoni tal-Qorti tal-Prim'Istanza li l-motiv huwa inammissibbli [78] u għandha tressaq argumenti f'dan ir-rigward biex tistabbilixxi li l-Qorti tal-Prim'Istanza għamlet żball ta' liġi [79]. Fil-fehma tiegħi, l-appellanta naqset milli tikkontesta l-konstatazzjoni ta' inammissibbiltà mill-Qorti tal-Prim'Istanza.

129. Dan l-ilment jirrigwarda kwistjoni ta' fatt u ma joffri ebda argument konvinċenti favur l-allegata distorsjoni ta' fatti.

130. Skont l-Artikolu 225 KE u l-ewwel paragrafu tal-Artikolu 58 tal-Istatut tal-Qorti tal-Ġustizzja, il-Qorti tal-Ġustizzja mhijiex kompetenti li tikkonstata l-fatti u lanqas, bħala regola, li teżamina l-provi li l-Qorti tal-Prim'Istanza aċċettat insostenn ta' dawn il-fatti. Ladarba dawn il-provi nkisbu b'mod regolari, u l-prinċipji ġenerali tal-liġi u r-regoli ta' proċedura applikabbli fir-rigward tal-oneru u tal-produzzjoni tal-prova ġew osservati, hija biss il-Qorti tal-Prim'Istanza li għandha tevalwa l-valur li għandu jingħata lill-elementi ta' prova li jkunu tressqu quddiemha [80]. Din l-evalwazzjoni għaldaqstant ma tikkostitwixxix, ħlief fil-każ ta' interpretazzjoni żbaljata ta' dawn l-elementi, kwistjoni ta' liġi mressqa, bħala tali, għall-istħarriġ tal-Qorti tal-Ġustizzja [81].

78 — Ara K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, it-tieni edizzjoni, Londra 2006, p. 464: "Dan jista' jiġi inferit mis-sentenza Eppe vs Il-Kummissjoni, C-354/92 P, Ġabra I-7027, punt 13."

79 — Ara s-sentenza Abello *et* vs Il-Kummissjoni, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 70, punt 45.

80 — Sentenza tas-17 ta' Diċembru 1998, Baustahlgewebe vs Il-Kummissjoni, C-185/95 P, Ġabra p. I-8417, punt 24.

81 — Sentenza tas-7 ta' Novembru 2002, Glencore u Compagnie Continentale vs Il-Kummissjoni, C-24/01 P u C-25/01 P, Ġabra p. I-10119, punti 65 sa 69. Dik id-distorsjoni trid tkun ovvja mid-dokumenti fl-atti tal-kawża tal-Qorti tal-Ġustizzja, mingħajr ma hemm ebda ħtieġa li ssir evalwazzjoni ġdida tal-fatti u tal-provi. Ara s-sentenza tas-6 ta' April 2006, General Motors vs Il-Kummissjoni, C-551/03 P, Ġabra p. I-3173, punti 51, 52 u 54.

131. L-ewwel ilment taħt is-sitt aggravju għalhekk għandu jiġi ddikjarat inammissibbli.

2. Ksur tal-Artikolu 82 KE

L-argumenti prinċipali tal-partijiet

132. Permezz tat-tieni ilment tagħha, l-appellanta tallega li l-Qorti tal-Prim'Istanza kisret l-Artikolu 82 KE. Dak l-artikolu jeħtieġ pjan oġġettivament identifikabbli biex jiġu eliminati l-kompetituri u ma jistax, fi kwalunkwe każ, ikun sodisfat b'eżami soġġettiv tal-kunċett ta' abbuż minn pożizzjoni dominanti.

133. L-*appellanta* ssostni li l-abbuż minn pożizzjoni dominanti huwa kunċett oġġettiv. Madankollu, il-Qorti tal-Prim'Istanza bbażat l-analiżi u l-konklużjoni tagħha fuq fatturi purament soġġettivi, minflok fuq evidenza oġġettiva bħal theddid għall-kompetituri, prezzijiet selettivi fil-konfront ta' klijenti tal-kompetituri, diskriminazzjoni fil-prezzijiet, offerti li jisbqu lil dawk ta' ħaddieħor, jew il-perijodu, il-konsistenza u l-iskala ta' bejgħ b'telf.

134. Il-*Kummissjoni* tirribatti, fl-ewwel lok, li l-element ta' intenzjoni fl-abbuż hija neċessarjament soġġettiva u, fit-tieni lok, li l-ġurisprudenza Komunitarja ma teħtieġx li pjan ta' predazzjoni jkun issostanzjat bit-tip ta' evidenza oġġettiva ssuġġerita mill-appellanta.

Kunsiderazzjonijiet

135. Huwa biżżejjed li jingħad li, bħal f'uħud mill-aggravji preċedenti, l-appellanta tidher li qed tirrikorri għall-istess argumenti li qajmet quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza.

136. Għaldaqstant it-tieni ilment taħt is-sitt aggravju wkoll għandu jiġi miċħud bħala inammissibbli.

137. Fir-rigward tal-pjan ta' predazzjoni, fil-fehma tiegħi, il-Qorti tal-Prim'Istanza f'dan il-kuntest applikat b'mod korrett u sal-livell ġuridiku meħtieġ il-ġurisprudenza li tirriżulta mis-sentenzi AKZO u Tetra Pak II.

138. Għaldaqstant, is-sitt aggravju għandu jiġi miċħud bħala inammissibbli u, fi kwalunkwe każ, bħala infondat.

H — *It-tieni ilment taħt is-seba' aggravju, li jallega ksur tal-Artikolu 82 KE — irkupru tat-telf — l-evidenza ta' impriża dwar l-impossibbiltà ta' rkupru tat-telf*

139. Permezz tat-tieni ilment tagħha taħt is-seba' aggravju, l-appellanta tallega li l-Qorti tal-Prim'Istanza kisret l-Artikolu 82 KE billi kkonfondiet il-prova, min-naħa tal-Kummissjoni, ta' possibbiltà ta' rkupru tal-imsemmi telf mal-prova, mill-impriża kkonċernata, tal-impossibbiltà li dan it-telf jiġi rkuprat.

L-argumenti prinċipali tal-partijiet

140. L-*appellanta* ssostni li WIN innifisha pproduċiet prova li l-irkupru tat-telf kien impossibbli. Il-Qorti tal-Prim'Istanza għalhekk kien imissha ddeċidiet dwar il-kwistjoni jekk il-Kummissjoni kinitx intitolata li tinjora prova tal-impossibbiltà ta' rkupru mressqa mill-impriża.

141. Il-*Kummissjoni* tissottometti li l-appellanta ma qajmet ebda motiv fil-prim'istanza dwar il-kwistjoni jekk il-Kummissjoni kinitx intitolata li tinjora tali prova. Fi kwalunkwe każ, il-Kummissjoni ssostni li l-argument huwa miċħud impliċitament mill-punti 103 sa 121 u 261 sa 267 tas-sentenza appellata. Finalment, il-Kummissjoni tirribatti li, għall-finijiet ta' kompletezza, hija fil-fatt kienet analizzat il-possibbiltà ta' rkupru fid-deċiżjoni kkontestata u kkunsidrat li din kienet probabbli fil-kawża inkwistjoni.

Kunsiderazzjonijiet

142. Fil-fehma tiegħi, l-appellanta ma qajmet ebda argument quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza fejn allegat li l-irkupru tat-telf kien impossibbli ħlief meta allegat li l-Kummissjoni fid-deċiżjoni kkontestata nnifisha pprovat l-impossibbiltà ta' rkupru tat-telf meta affermat li "l-kundizzjonijiet tal-kompetizzjoni kienu saru mill-ġdid applikabbli".

143. Tabilħaqq, l-obbligu tal-Qorti tal-Prim'Istanza biex timmotiva d-deċiżjonijiet tagħha ma jestendix sal-punt li hija meħtieġa tirrispondi fid-dettall għal kull argument mressaq mill-appellanta, b'mod partikolari jekk l-argument ma kienx biżżejjed ċar u preċiż u ma kienx issostanzjat b'mod adegwat bi provi [82].

82 — Ara s-sentenzi tas-6 ta' Marzu 2001, Connolly vs Il-Kummissjoni, C-274/99 P, Ġabra p. I-1611, punt 121, u Il-Belġju vs Il-Kummissjoni, C-197/99 P, iċċitata fin-nota ta' qiegħ il-paġna 33, punt 81.

144. Nikkunsidra li l-argument imressaq minn WIN fir-rikors tagħha quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza — fis-sens li l-Kummissjoni kkontradixxiet lilha nnifisha fl-analiżi tagħha tas-suq — sabiex iġġib prova li l-irkupru kien impossibbli ma jistax jitqies li huwa ċar u preċiż biżżejjed. Lanqas ma jammonta għal affermazzjoni li l-Kummissjoni ma kinitx intitolata li tinjora l-prova ta' impossibbiltà ta' irkupru li tressqet mill-impriża inkwistjoni.

145. Fi kwalunkwe każ, tali prova tidher li hija impliċitament iżda neċessarjament miċħuda fil-punti 103 sa 121 u 261 sa 267 tas-sentenza appellata.

146. Għaldaqstant fil-fehma tiegħi t-tieni ilment taħt is-seba' aggravju għandu jiġi miċħud bħala inammissibbli inkwantu huwa argument/motiv ġdid mhux imqajjem quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza u, fi kwalunkwe każ, infondat.

V — Konklużjoni

147. Fid-dawl ta' dak kollu li ntqal iktar 'il fuq, nipproponi li l-Qorti tal-Ġustizzja tannulla s-sentenza appellata.

148. Barra minn hekk, fil-fehma tiegħi l-Qorti tal-Ġustizzja għandha tirrinvija il-kawża lura quddiem il-Qorti tal-Prim'Istanza għas-sentenza, skont l-ewwel paragrafu tal-Artikolu 61 tal-Istatut tal-Qorti tal-Ġustizzja, u tirriżerva l-ispejjeż.