

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA

JÁN MAZÁK

prednesené 25. septembra 2008¹

1. V tomto odvolacom konaní bol Súdny dvor požiadaný, aby sa zaoberal údajným zneužívaním dominantného postavenia v podobe predátorských cien, ktoré patrí do kategórie diskriminačných alebo „likvidačných“ postupov dominantných podnikov.² Predchádzajúcu judikatúru Súdneho dvora v oblasti predátorských cien v zásade tvorí rozsudok vo veci Akzo³ a Tetra Pak II⁴.

článok 82 ES, pretože za svoje služby eXtense a Wanadoo ADSL⁶ (ďalej len „predmetné služby“) účtovala predátorské ceny, ktoré nemohli pokryť jej variabilné náklady do augusta 2001 alebo jej celkové náklady od augusta 2001, ako súčasť plánu ovládnutia trhu prístupu k vysokorychlostnému internetu počas kľúčovej fázy jeho rozvoja.⁷ Komisia nariadila porušenie ukončiť a zaplatiť pokutu vo výške 10,35 milióna eur.⁸

2. Toto odvolacie konanie má pôvod v rozhodnutí Komisie zo 16. júla 2003⁵, v ktorom Komisia konštatovala, že spoločnosť Wanadoo Interactive SA porušila

3. Súd prvého stupňa potvrdil napadnuté rozhodnutie 30. januára 2007 rozsudkom T-340/03⁹ (ďalej len „napadnutý rozsudok“). V tomto odvolacom konaní sa spoločnosť France Télécom SA (ďalej len „FT“ alebo „odvolateľka“), predtým Wanadoo Interactive SA (ďalej len „WIN“), domáha zrušenia napadnutého rozsudku.

1 — Jazyk prednesu: angličtina.

2 — Predátorské ceny sa niekedy označujú aj ako „ceny pod úrovňou nákladov“.

3 — Rozsudok z 3. júla 1991, AKZO/Komisia, C-62/86, Zb. s. I-3359 (ďalej len „AKZO“).

4 — Rozsudok zo 14. novembra 1996, Tetra Pak/Komisia, C-333/94 P, Zb. s. I-5951 (ďalej len „Tetra Pak II“).

5 — Rozhodnutie Komisie zo 16. júla 2003 o konaní podľa článku [82 ES] (vec COMP/38.233 - Wanadoo Interactive) [*neoficiálny preklad*] (ďalej len „napadnuté rozhodnutie“).

6 — Asymmetric Digital Subscriber Line.

7 — Článok 1 napadnutého rozhodnutia.

8 — Články 2 a 4 napadnutého rozhodnutia.

9 — France Télécom SA/Komisia, Zb. s. II-107.

I — Okolnosti predchádzajúce sporu

4. Súd prvého stupňa zhrnul skutkový stav sporu v bodoch 1 až 11 napadnutého rozsudku:

„1 V súvislosti s rozvojom prístupu k vysokorýchlostnému internetu sa Komisia rozhodla v júli 1999 začať v rámci [EÚ] [10] sektorové preskúmanie týkajúce sa najmä poskytovania služieb prístupu k účastníckemu vedeniu a účastníckemu vedeniu bytových staníc. V rámci toho zozbierané informácie viedli Komisiu k podrobnému preskúmaniu tarifných podmienok, za ktorých [WIN] poskytovala služby prístupu k vysokorýchlostnému internetu pre bytové stanice vo Francúzsku. S týmto cieľom začala v septembri 2001 konanie [*ex officio*].

2 WIN bola v predmetnom čase spoločnosťou patriacou do skupiny France Télécom, obchodný podiel Wanadoo SA vo WIN bol vo výške 99,9 %. Obchodný podiel [FT] na základnom imaní Wanadoo

sa počas predmetného obdobia pohyboval od 70 do 72,2 %. Skupina tvorená Wanadoo a jej dcérskymi spoločnosťami... sa venovala všetkým činnostiam týkajúcim sa internetu v rámci [FT] vydávania telefónnych zoznamov... WIN zabezpečovala prevádzkové a technické úlohy spojené so službami prístupu k internetu na francúzskom území vrátane služieb ADSL.

3 Komisia zaslala WIN prvé oznámenie o výhradách 19. decembra 2001... a dodatočné oznámenie o výhradách 9. augusta 2002..., na ktoré WIN odpovedala 4. marca a 23. októbra 2002.

4 Komisia 16. januára 2003 zaslala WIN list uvádzajúci skutočnosti..., pričom jej umožnila prístup k spisu, ktorý slúžil na prípravu tohto listu. WIN... mala prístup k spisu 23. a 27. januára 2003. Listom z 26. februára 2003 WIN požiadala Komisiu, aby jej poskytla objasnenie k viacerým aspektom listu uvádzajúceho skutočnosti. Komisia odpovedala listom z 28. februára 2003 a WIN zaslala odpoveď na list uvádzajúci skutočnosti 4. marca 2003.

10 — Na základe právomocí, ktoré jej boli zverené článkom 12 ods. 1 nariadenia Rady č. 17 zo 6. februára 1962: Prvé nariadenie implementujúce články [81] a [82] Zmluvy (Ú. v. ES 1962, 13, s. 204; Mim. vyd. 08/001, s. 3).

- 5 [Napadnutým rozhodnutím] Komisia skonštatovala, že [WIN porušila článok 82 ES¹¹], nariadila jej ukončiť toto porušenie... a uložila jej pokutu vo výške 10, 35 milióna eur...

6 Rozhodnutie definuje relevantný trh ako francúzsky trh prístupu k vysokorýchlostnému internetu pre bytové stanice. Výrobky, ktorých sa týka porušenie, sú služby prístupu k vysokorýchlostnému internetu technológiou ADSL (Wanadoo ADSL a eXtense).

7 Podľa rozhodnutia v prípade Wanadoo ADSL účastník musel v predmetnom období zaplatiť mesačné predplatné [FT] z dôvodu poskytnutia služby prenájmu modemu ADSL od [FT], ako aj predplatné WIN ako poskytovateľovi prístupu k internetu (ďalej len „PPI“). V rámci služby eXtense si užívateľ kúpil modem a zaplatil iba mesačné predplatné WIN zodpovedajúce službe poskytnutej [FT] a paušálnemu neobmedzenému prístupu k internetu.

8 Po preskúmaní rôznych skutočností, okrem iného aj podielov na trhu (odôvodnenia č. 211 až 222 rozhodnutia) a účinkov „podpory“ zo strany [FT] (odôvodnenia č. 223 až 228), Komisia dospela k záveru, že existovalo dominantné postavenie WIN na relevantnom trhu. Ďalej preukázala, že tarifikačná prax pod úrovňou nákladov, vykonávaná WIN, patrí medzi zámerné stratégie dravej cenotvorby s cieľom „ovládnúť“ trh, a preto predstavuje zneužívanie dominantného postavenia v zmysle článku 82 ES (odôvodnenie č. 254).

9 Rozhodnutie stanovuje začiatok obdobia porušenia na 1. marca 2001 a koniec na 15. októbra 2002, čo je dátum, keď nadobudlo platnosť nápravné opatrenie ohlásené [FT] v marci 2002. Variabilné náklady neboli pokryté tarifami uplatňovanými od marca do augusta 2001 a celkové náklady od posledného uvedeného dátumu (článok 1 rozhodnutia, pozri bod 5 vyššie).

10 Rozhodnutie bolo WIN oznámené 23. júla 2003...

11 Z dôvodu zlúčenia k 1. septembru 2004 sa [FT] stala právnyim nástupcom WIN.“

11 — Pozri bod 2 týchto návrhov.

II — Konanie pred Súdom prvého stupňa a napadnutý rozsudok

5. Návrhom podaným do kancelárie Súdu prvého stupňa 2. októbra 2003 spoločnosť WIN podala žalobu o zrušenie napadnutého rozhodnutia.

6. Súd prvého stupňa napadnutým rozsudkom žalobu zamietol.

7. Na podporu svojho návrhu na zrušenie napadnutého rozhodnutia WIN uviedla tieto štyri žalobné dôvody: i) porušenie práva na obranu a podstatných procesných náležitostí, ii) nedostatočné odôvodnenie, iii) porušenie zásady osobnosti trestov a iv) porušenie článku 82 ES.¹²

8. V tomto odvolacom konaní ide len o druhú časť štvrtého žalobného dôvodu (týkajúceho sa porušenia článku 82 ES) — otázku zneužívania.¹³ V tejto časti WIN v podstate tvrdila,

že Komisia porušila článok 82 ES, pretože nepreukázala v právom požadovanom rozsahu, že WIN zneužívala svoje dominantné postavenie tým, že od marca 2001 do októbra 2002 (ďalej len „predmetné obdobie“) účtovala predátorské ceny za predmetné služby.

9. Toto tvrdenie pozostávalo z dvoch výhrad týkajúcich sa: i) testu pokrytia nákladov a ii) testu predátorského správania, ktorý Komisia uplatnila.

10. Zdá sa predovšetkým, že účastníci konania sa v zásade zhodujú v týchto bodoch:

— predmetnou službou je predplatné za internetové pripojenie, a preto sa poskytuje počas určitého časového obdobia; priemerná dĺžka predplatného je 48 mesiacov,

— z každého predplatného plyní opakujúci sa mesačný príjem,

12 — Na podporu svojej žaloby pred Súdom prvého stupňa WIN tiež subsidiárne navrhovala zrušenie alebo zníženie pokuty a uvádzala tieto dôvody: i) porušenie zásady osobnosti a zákonnosti trestov, ii) neexistenciu účinkov predmetnej praxe, iii) chybné stanovenie dĺžky trvania porušenia a iv) porušenie zásady proporcionality.

13 — Pozri body 122 až 230 napadnutého rozsudku.

— štruktúra nákladov pozostáva na jednej strane z „nadobúdacích nákladov na predplatiteľa“ alebo „nákladov na získanie“, ako sú náklady na reklamu a propagáciu, „štartovacie balíčky“ pre zákazníkov, atď. (ktoré patria do kategórie jednorazových nákladov, pretože tieto náklady vznikajú spoločnosti len raz, keď zabezpečuje zmluvu o predplatnom so zákazníkom), a na druhej strane z „výrobných nákladov“ a „sieťových nákladov“ (ktoré patria do kategórie opakujúcich sa nákladov, keďže sa týkajú poskytovania predplatennej služby a spoločnosti vznikajú každý mesiac; môže ísť buď o variabilné náklady, ako sú napríklad náklady na prístup do siete FT, ktorá ich účtuje na základe počtu predplatiteľov, alebo o fixné náklady, ako sú náklady súvisiace s činnosťou spoločnosti).

11. S cieľom vypočítať pokrytie nákladov Komisia v zásade porovnála mesačné príjmy so sumou opakujúcich sa mesačných nákladov a časťou jednorazových nákladov, ktorú rozložila na obdobie 48 mesiacov a na tomto základe prepočítala na jeden mesiac. Komisia najmä vypočítala priemerný výsledný pomer pre štyri po sebe nasledujúce obdobia: od 1. januára 2001 do 31. júla 2001, od 1. augusta 2001 do 15. októbra 2001, od 15. októbra 2001 do 15. februára 2002, od 15. februára 2002 do 15. októbra 2002.

A — O výhradách týkajúcich sa testu pokrytia nákladov

12. Súd prvého stupňa uviedol¹⁴, že „uplatňujúc túto metódu, Komisia dospela k záveru, že ceny uplatňované WIN jej neumožňovali pokryť variabilné náklady až do augusta 2001 ani celkové náklady od januára 2001 do októbra 2002..., pričom nepokrytie celkových nákladov až do augusta 2001 je nepochybne vzhľadom na mieru pokrytia variabilných nákladov.“

13. Keď sa Súd prvého stupňa zaoberal námietkou spoločnosti WIN voči voľbe metódy výpočtu miery pokrytia nákladov zo strany Komisie, na úvod uviedol, že vzhľadom na to, že taký výber zahŕňa zložité ekonomické posúdenie zo strany Komisie, je jej potrebné priznať širokú voľnú úvahu. Preskúmanie Súdu prvého stupňa sa teda musí obmedziť na preverenie toho, či boli dodržané procesné pravidlá a povinnosť odôvodnenia, ako aj vecnej presnosti skutkových okolností, a toho, či nedošlo k zjavne nesprávnemu posúdeniu a zneužitiu právomoci.¹⁵

14. Odvolávajúc sa ďalej na rozsudky Akzo a Tetra Pak II¹⁶ Súd prvého stupňa poukázal na to, že „na jednej strane nižšie ceny ako priemer variabilných nákladov umožňujú predpokladať eliminačný charakter cenovej

¹⁴ — Pozri bod 138 napadnutého rozsudku.

¹⁵ — Pozri bod 129, ktorý sa v tomto zmysle odvoláva na rozsudok z 28. mája 1998, John Deere/Komisia, C-7/95 P, Zb. s. I-3111, bod 34 a tam citovanú judikatúru.

¹⁶ — Už citované v poznámkach pod čiarou 2 a 3.

politiky a že na druhej strane ceny nižšie ako priemer celkových nákladov, ale vyššie ako priemer variabilných nákladov musia byť považované za zneužívajúce, ak sú stanovené v rámci plánu, ktorého cieľom je likvidácia konkurenta“¹⁷.

15. Súd prvého stupňa uviedol, že v tomto prípade v napadnutom rozhodnutí Komisia vychádzala z analýzy skutočného pokrytia upravených nákladov. Podľa zásady odpisovania majetku Komisia vychádzala z rozloženia nákladov na získavanie zákazníkov na 48 mesiacov. Na tomto základe oddelene preskúmala pokrytie upravených variabilných nákladov a pokrytie celkových upravených nákladov.¹⁸

16. Súd prvého stupňa ďalej zamietol tvrdenie spoločnosti WIN, že Komisia uplatnila statický test pokrytia — bez toho, aby zohľadnila úpravu opakujúcich sa mesačných nákladov v čase, čo by pre WIN bolo oveľa priaznivejšie. Uviedol, že v prípade každého posudzovaného obdobia porušenia a v prípade každého predplatiteľa Komisia zapracovala následné zníženia taríf, ku ktorým došlo v priebehu predmetného obdobia. Komisia dokonca rozdelila svoju analýzu v závislosti od týchto znížení.¹⁹

17. Súd prvého stupňa okrem toho rozhodol, že Komisia oprávnene usúdila, že príjmy a náklady vzniknuté po októbri 2002 — teda po porušení — nemôžu byť zohľadnené pri posudzovaní miery pokrytia nákladov počas predmetného obdobia.²⁰

18. Súd prvého stupňa napokon konštatoval, že aj keby spoločnosť WIN preukázala, že metóda, ktorú navrhuje (to znamená metóda aktualizovaného cash-flow), je z určitých hľadísk vhodná, nestačilo by to na preukázanie nezákonnosti metódy, ktorú Komisia použila.²¹

19. Okrem toho spoločnosť WIN tvrdila, že Komisia nesprávne uplatnila svoju vlastnú metódu výpočtu, najmä pri svojich výpočtoch fixných a variabilných nákladov.

20. V tejto súvislosti Súd prvého stupňa rozhodol, že bez ohľadu na prípustnosť tohto žalobného dôvodu skutočnosť, že Komisia, uplatňujúc voľnú úvahu, pripustila, že miera pokrytia variabilných nákladov vo výške 99,7 % nepredstavuje porušenie, ju nenúti tak urobiť v prípade miery celkových nákladov vo výške 98 alebo 99 % podľa okolností. Bolo

17 — Pozri bod 130 napadnutého rozsudku.

18 — Pozri bod 132.

19 — Pozri body 140 až 143.

20 — Pozri bod 152.

21 — Pozri bod 153.

preto potrebné zamietnuť tento dôvod ako neúčinný.²²

B — O výhradách týkajúcich sa testu predátorského správania

21. Súd prvého stupňa zamietol aj výhrady spoločnosti WIN týkajúce sa testu predátorského správania, ktorý Komisia uplatnila.

22. Po prvé, zamietol tvrdenia spoločnosti WIN, že prevádzkovateľ má právo v dobrej viere vyrovnáť svoje ceny s cenami, ktoré predtým účtoval konkurent, aj napriek tomu, že boli pod úrovňou jeho nákladov.

23. Po tom, čo Súd prvého stupňa uviedol, že ani podľa praxe Komisie, ani podľa judikatúry súdov Spoločenstva právo dominantného podniku na vyrovnanie cien s cenami konkurentov nie je absolútne, poukázal na to, že podniky v dominantnom postavení majú osobitné povinnosti a môžu byť zbavené práva správať sa alebo konať určitým spôsobom, ktorý nie je sám osebe zneužívaním a za ktorý by ani nebolo možné uložiť sankciu, pokiaľ by išlo o správanie alebo konanie podnikov, ktoré nemajú dominantné postavenie.²³

24. Súd prvého stupňa dospel k záveru, že „WIN sa pri odôvodňovaní svojho správania nemôže odvolávať na absolútne právo na vyrovnanie cien s cenami konkurentov. Hoci je pravda, že vyrovnanie cien podniku s dominantným postavením s cenami konkurentov nie je samo osebe zneužívaním alebo konaním, za ktoré možno uložiť sankciu, nemožno vylúčiť, že sa takým stane vtedy, keď je jeho cieľom nielen ochrana záujmov podniku, ale aj posilnenie tohto dominantného postavenia a jeho zneužívanie“²⁴.

25. Po druhé, Súd prvého stupňa rozhodol o neprijatí výhrady spoločnosti WIN, ktorá sa zakladala na neexistencii plánu predátorského správania a obmedzovania hospodárskej súťaže.

26. Podľa spoločnosti WIN Komisia závažným spôsobom porušila článok 82 ES tým, že prijala záver, že taký plán existoval. Stratégia predátorského správania nemôže byť totiž v nijakom prípade považovaná za racionálnu za trhových podmienok, ktoré v danom čase existovali, najmä vzhľadom na slabé vstupné bariéry.²⁵

²² — Pozri body 165 až 169.

²³ — Pozri bod 186.

²⁴ — Pozri bod 187.

²⁵ — Pozri bod 188.

27. Súd prvého stupňa, odvolávajúc sa na judikatúru Spoločenstva, pripomenul, že ak sú v prípade predátorských cien ceny nižšie ako priemer celkových nákladov, je potrebné preukázať existenciu plánu a úmysel vytlačenia konkurencie z trhu na základe spoľahlivých a logických dôkazov.²⁶ Ďalej uviedol, že tvrdenia, na ktoré sa Komisia odvolávala a ktoré boli uvedené v interných dokumentoch spoločnosti, poukazovali na plán predátorského správania a podporovali ich aj ďalšie dôkazy. Súd prvého stupňa konštatoval, že spoločnosť WIN vo svojej žalobe uviedla len neurčité tvrdenia, ktoré nestačili nato, aby na ich základe rozhodol, a preto ich zamietol. Dospel k záveru, že Komisia predložila spoľahlivé a logické dôkazy o existencii plánu predátorského správania počas celého obdobia porušenia.²⁷

29. Súd prvého stupňa rozhodol, že v súlade s rozsudkami Akzo a Tetra Pak II Komisia správne prijala stanovisko, že dôkaz o pokrytí strát nebol podmienkou toho, aby mohla konštatovať záver o predátorskom správaní. V súlade s judikatúrou Spoločenstva Komisia mohla považovať ceny nižšie ako priemer variabilných nákladov za zneužívanie. V takom prípade je nutné predpokladať eliminačný charakter takejto cenovej politiky. Pokiaľ ide o celkové náklady, Komisia musí navyše preukázať, že prax predátorských cien WIN patrí do rámca plánu, ktorého cieľom je „ovládnúť“ trh. V oboch prípadoch nebolo potrebné navyše preukazovať, že WIN mala skutočnú šancu pokryť svoje straty.²⁹

III — Návrhy účastníkov konania

30. FT navrhuje, aby Súdny dvor:

28. Po tretie, spoločnosť WIN tvrdila, že pokrytie strát bolo úplne oddelené od testu predátorského správania a že Komisia o tom musela predložiť dôkaz. Komisia sa teda dopustila vážneho nesprávneho právneho posúdenia, keď tvrdila, že pokrytie strát nebolo treba preukázať. Okrem toho WIN tvrdila, že Komisia sa dopustila zjavného nesprávneho posúdenia spojeného s nesprávnym právnym posúdením, keď konštatovala, že poskytla dôkaz o tom, že pokrytie strát bolo možné.²⁸

— zrušil napadnutý rozsudok a následne:

— buď vrátil vec Súdu prvého stupňa na opätovné rozhodnutie,

²⁶ — Pozri body 195 až 198.

²⁷ — Pozri body 199 až 215.

²⁸ — Pozri body 219 až 223.

²⁹ — Pozri body 224 až 229.

- alebo prijal konečný rozsudok a zrušil napadnuté rozhodnutie a vyhovel návrhom odvolateľky predloženým v konaní na prvom stupni,

A — *Prvý odvolací dôvod, ktorý sa zakladá na porušení povinnosti odôvodnenia*

33. Prvý odvolací dôvod sa zakladá na dvoch výhradách. V prvej výhrade odvolateľka tvrdí, že Súd prvého stupňa porušil svoju povinnosť riadneho odôvodnenia v súvislosti s požiadavkou, že možnosť pokrytia treba preukázať.

- zaviazal Komisiu na náhradu trov konania.

31. Komisia navrhuje, aby Súdny dvor:

34. V druhej výhrade prvého odvolacieho dôvodu odvolateľka tvrdí, že Súd prvého stupňa porušil svoju povinnosť odôvodnenia, pokiaľ ide o právo na vyrovnanie cien s cenami konkurentov, ktoré Súd prvého stupňa bez vysvetlenia zamietol.

- zamietol odvolanie,

35. Z praktických dôvodov sa budem týmito výhradami zaoberať v opačnom poradí.

- zaviazal odvolateľku na náhradu trov konania.

1. Právo na vyrovnanie cien s cenami konkurentov

IV — Odvolanie

a) Hlavné tvrdenia účastníkov konania

32. Odvolateľka uvádza sedem odvolacích dôvodov.

36. Odvolateľka namietá skutočnosť, že Súd prvého stupňa v bode 187 svojho napadnutého rozsudku uviedol len to, že „aj keď

vyrovnanie cien podniku s dominantným postavením s cenami konkurentov nie je samo osebe zneužívaním alebo konaním, za ktoré možno uložiť sankciu, nemožno vylúčiť, že *sa takým stane* vtedy, keď je jeho cieľom nielen ochrana záujmov podniku, ale aj posilnenie tohto dominantného postavenia a jeho zneužívanie³⁰ (kurzívou zvýraznil generálny advokát). Odvolateľka tvrdí, že uvedené tvrdenie je len hypotetické a že Súd prvého stupňa vôbec nešpecifikoval, či WIN v tomto prípade mala v úmysle posilniť alebo zneužiť svoje dominantné postavenie.

37. Komisia tvrdí, že odvolateľka pred Súdom prvého stupňa uvádzala len „výnimku vyrovnania“ alebo „základné právo na vyrovnanie“, ktoré je k dispozícii všetkým podnikom, či už dominantným, alebo nie, aj v tom prípade, ak sú ceny konkurentov také, že to bude mať za následok ceny nižšie ako náklady. Komisia preto tvrdí, že Súd prvého stupňa správne vylúčil existenciu takeého absolútneho práva.

b) Posúdenie

38. V bodoch 176 až 182 napadnutého rozsudku sa Súd prvého stupňa (ďalej len „SPS“) venuje otázke práva spoločnosti WIN na vyrovnanie cien s cenami konkurentov. SPS konštatoval, že nemožno tvrdiť, že podnik v dominantnom postavení má absolútne právo vyrovnávať svoje ceny s cenami konkurentov. Toto stanovisko bolo prijaté v rele-

vantnej judikatúre aj v predchádzajúcej praxi Komisie.

39. Tento záver je podľa mňa správny.

40. Napriek tomu v bode 185 napadnutého rozsudku sa SPS vo všeobecnosti odvolal na ustálenú judikatúru, ktorá stanovuje, že aj keď dominantné postavenie nemôže zbaviť podnik nachádzajúci sa v takomto postavení práva zachovať si svoje vlastné obchodné záujmy, keď sú ohrozené, a hoci mu treba priznať v primeranej miere možnosť konať tak, ako uzná za vhodné s cieľom ochrany uvedených záujmov, nie je možné takéto konanie pripustiť, keď jeho cieľom je práve posilnenie dominantného postavenia a jeho zneužívanie.³¹

41. Následne v bode 186 napadnutého rozsudku SPS pripomenul svoju vlastnú judikatúru, v ktorej uviedol, že z povahy povinností uložených článkom 82 ES vyplýva, že za konkrétnych okolností môžu byť podniky v dominantnom postavení zbavené práva

30 — Pozri bod 187 napadnutého rozsudku.

31 — Citujúc rozsudky zo 14. februára 1978, United Brands/Komisia, 27/76, Zb. s. 207, bod 189, z 1. apríla 1993, BPB Industries a British Gypsum/Komisia, T-65/89, Zb. s. II-389, bod 117 a z 8. októbra 1996, Compagnie Maritime Belge Transports a i./Komisia, T-24/93 až T-26/93 a T-28/93, Zb. s. II-1201, bod 146.

správať sa alebo konať určitým spôsobom, ktorý nie je sám osebe zneužívaním a za ktorý by ani nebolo možné uložiť sankciu, pokiaľ by išlo o správanie alebo konanie podnikov, ktoré nemajú dominantné postavenie.³²

svoje ceny s cieľom posilniť a zneužiť svoje dominantné postavenie. Podľa môjho názoru sa SPS tejto otázky v predmetnej veci vôbec nevenoval.

42. SPS dospel k tomuto záveru: „WIN sa pri odôvodňovaní svojho správania nemôže odvolávať na absolútne právo na vyrovnanie cien s cenami konkurentov. Hoci je pravda, že vyrovnanie cien podniku s dominantným postavením s cenami konkurentov nie je samo osebe zneužívaním alebo konaním, za ktoré možno uložiť sankciu, nemožno vylúčiť, že sa takým stane vtedy, keď je jeho cieľom nielen ochrana záujmov podniku, ale aj posilnenie tohto dominantného postavenia a jeho zneužívanie.“³³

43. Zdá sa, že SPS sa otázkou práva dominantného podniku na vyrovnanie jeho cien s cenami konkurentov zaoberal vo všeobecnosti, bez toho, aby ju uplatnil na skutkové okolnosti konkrétnej veci.

45. V tejto súvislosti treba preskúmať, či SPS splnil formálnu povinnosť odôvodnenia podľa článku 36 Štatútu Súdneho dvora, ktorá sa naň vzťahuje podľa prvého odseku článku 53 tohto štatútu. Článok 36 stanovuje, že rozsudky musia byť odôvodnené.³⁴

46. Generálny advokát Léger vo svojich návrhoch vo veci Acerinox uviedol, že „z odôvodnenia rozsudku musia byť jasne a nepochybne zrejmé úvahy Súdu prvého stupňa, aby to dotknutým osobám umožnilo zistiť dôvody prijatého rozhodnutia a Súdnemu dvoru vykonať jeho súdny prieskum“³⁵.

44. Inými slovami SPS nevykonal osobitnú analýzu toho, či spoločnosť WIN vyrovnala

32 — Citujúc rozsudok zo 17. júla 1998, ITT Promedia/Komisia, T-111/96, Zb. s. II-2937, bod 139.

33 — Pozri bod 187 napadnutého rozsudku.

34 — Pozri v tomto zmysle zodpovedajúce ustanovenia Štatútu Súdneho dvora EŠUO, rozsudok z 11. septembra 2003, Belgicko/Komisia, C-197/99 P, Zb. s. I-8461, bod 63.

35 — Vec, ktorá viedla k rozsudku zo 14. júla 2005, Compañía española para la fabricación de aceros inoxidables SA (Acerinox)/Komisia, C-57/02 P, Zb. s. I-6689, bod 32 návrhov, v ktorom sa cituje v tomto zmysle z rozsudkov zo 14. mája 1998, Rada/De Nil a Impens, C-259/96 P, Zb. s. I-2915, body 32 až 34; zo 17. mája 2001, IECC/Komisia, C-449/98 P, Zb. s. I-3875, bod 70, a z uznesení z 19. júla 1995, Komisia/Atlantic Container Line a i., C-149/95 P(R), Zb. s. I-2165, bod 58, zo 14. októbra 1996, SKK a FNK/Komisia, C-268/96 P(R), Zb. s. I-4971, bod 52, a z 25. júna 1998, Holandské Antily/Rada, C-159/98 P(R), Zb. s. I-4147, bod 70. Pozri aj vec Acerinox, už citovanú vyššie, bod 36 rozsudku.

47. Komisia síce pred SPS tvrdila, že dominantný podnik nesmie vyrovnáť svoje ceny, pokiaľ nimi nepokryje náklady na predmetné služby³⁶, je však zrejmé, že odpoveď SPS na tento problém je menej jednoznačnejšia. Zo znenia bodu 187 napadnutého rozsudku by sa skutočne mohlo zdať, že SPS sa pokúsil ponechať otvorené dverka na obranu, že podnik musel čeliť konkurencii („meeting competition defence“), v budúcich prípadoch, v ktorých budú dominantné podniky účtovať ceny nižšie ako náklady.

48. Odvolávajúc sa na judikatúru typu *United Brands*³⁷ a na judikatúru týkajúcu sa osobitných povinností podnikov v dominantnom postavení, SPS v odpovedi na svoju vlastnú otázku v bode 184 napadnutého rozsudku prijal formuláciu toho, čo sa považuje za dovolené vyrovnanie s cenami konkurentov, ktorá bola o niečo odlišnejšia ako test, ktorý Komisia stanovila a uplatnila v napadnutom rozhodnutí, ako bolo uvedené v bodoch 176 a 183 napadnutého rozsudku.

49. SPS mal preto posúdiť, či sa táto (nová) formulácia uplatňuje na skutočnosti predmetnej veci, čo však zjavne neurobil.

36 — V tomto tvrdení sa dá ľahko nájsť vada, keďže Komisia nešpecifikuje, ktoré náklady (variabilné alebo celkové, atď.) má na mysli.

37 — Pozri rozsudky *United Brands/Komisia*, už citovaný v poznámke pod čiarou 31, bod 189; *BPB Industries a British Gypsum/Komisia*, už citovaný v poznámke pod čiarou 31, bod 117, a *Compagnie maritime belge transports a i./Komisia*, už citovaný v poznámke pod čiarou 31, bod 146.

50. Naopak, súhlasím s tvrdením odvolateľky, že konštatácia SPS v bode 187 napadnutého rozsudku³⁸ je čisto hypotetická a *prima facie* sa zdá, že aj neúplná. V tejto súvislosti nemôžem prijať tvrdenie Komisie, že táto konštatácia je „doplnená“ (a/alebo že nová formulácia toho, čo sa považuje za dovolené vyrovnanie, sa uplatňuje na skutočnosti predmetnej veci) v bodoch 199 až 218 napadnutého rozsudku, v ktorých SPS konštatoval, že Komisia predložila dôkazy potrebné na preukázanie predátorských cien nižších ako priemer celkových nákladov. Toto tvrdenie bolo v prvom rade predložené v konaní príliš neskoro nato, aby bolo prípustné, keďže Komisia ho predložila až na pojednávaní, a teda bolo nové vo vzťahu k písomným podaniam. Okrem toho podľa môjho názoru toto tvrdenie vychádza z takých bodov napadnutého rozsudku, ktoré sa netýkajú bodu 187.

51. Nedostatočné odôvodnenie SPS a chyby v jeho argumentácii, ako som ich uviedol vyššie, považujem napokon za ešte závažnejšie z toho dôvodu, že sa zdá, že toto je prvý prípad, pri ktorom sa súdy Spoločenstva priamo zaoberali obranou vyrovnania v takej situácii, aká existuje v tejto veci.

38 — Kde sa v zásade hovorí, že za vyrovnanie možno uložiť sankciu, pokiaľ je jeho cieľom nielen ochrana záujmov dominantného podniku, ale aj posilnenie jeho dominantného postavenia a jeho zneužívanie.

52. Z toho vyplýva, že Súd prvého stupňa porušil svoju povinnosť odôvodnenia a okrem toho sa dopustil nesprávneho právneho posúdenia.

veci, keďže spoločnosť Tetra Pak mala tzv. super dominantné postavenie na vyspelom trhu. Judikatúra Spoločenstva napokon nikdy neuvádzala, že možnosť pokrytia strát netreba preukázať.

53. Preto treba druhej výhrade prvého odvolacieho dôvodu vyhovieť.

55. Komisia sa vo svojej duplike odvoláva na svoju odpoveď na siedmy odvolací dôvod a v zásade tvrdí, že judikatúra Spoločenstva neuvádza, že sa vyžaduje dôkaz o pokrytí strát. Subsidiárne Komisia tvrdí, že v napadnutom rozhodnutí sa veľmi podrobne preskúmalo, či bolo pokrytie v tejto veci pravdepodobné, a dospelo sa k záveru, že bolo.

2. Dôkaz o (možnosti) pokrytia strát

a) Hlavné tvrdenia účastníkov konania

54. Odvolateľka v zásade tvrdí, že v rozsudku Tetra Pak II Súdny dvor rozhodol, že za okolností daného prípadu nebolo vhodné požadovať dodatočný dôkaz o tom, že dominantný podnik mal skutočnú šancu pokryť svoje straty.³⁹ V napadnutom rozsudku SPS rozhodol, že z tejto konštatácie urobí všeobecné pravidlo, ale svoje rozhodnutie neodôvodnil. Odvolateľka tvrdí, že okolnosti vo veci Tetra Pak II boli úplne iné ako okolnosti tejto

b) Posúdenie

56. V bode 226 napadnutého rozsudku SPS cituje z bodu 44 rozsudku Tetra Pak II, v ktorom sa hovorí, že „za okolností daného prípadu by nebolo vhodné požadovať ďalej ako dodatočný dôkaz, aby sa preukázalo, že Tetra Pak mala skutočnú šancu pokryť svoje straty. V skutočnosti musí byť možné sankcionovať prax predátorských cien, hneď ako vznikne riziko vytlačenia konkurentov z trhu. Súd prvého stupňa takého riziko skonštatoval v danom prípade v bodoch 151 a 191 rozsudku [Tetra Pak II]. Sledovaný cieľ, ktorým je zachovanie neskreslenej hospodárskej

39 — Tetra Pak II, už citovaný v poznámke pod čiarou 4, bod 44.

súťaže, neumožňuje vyčkávať, kým takáto stratégia povedie k účinnému vytlačeniu konkurencie z trhu“. SPS ďalej v bodoch 227 a 228 napadnutého rozsudku rozhodol, že „... mohla Komisia teda považovať ceny nižšie ako priemer variabilných nákladov za zneužívanie. V takom prípade je nutné predpokladať eliminačný charakter takejto cenovej politiky... Pokiaľ ide o celkové náklady, Komisia musí navyše preukázať, že prax predátorských cien WIN patrí do rámca plánu, ktorého cieľom je „ovládnúť“ trh. V oboch prípadoch nebolo potrebné preukazovať ako ďalší dôkaz, že WIN mala skutočnú šancu pokryť svoje straty... Komisia preto správne usúdila, že preukázanie pokrytia strát nemusí predchádzať skonštatovaniu praxe predátorských cien“⁴⁰.

57. Ako už bolo uvedené v súvislosti s výhradou týkajúcou sa práva vyrovnáť ceny, z odôvodnenia rozsudku musia byť jasne a nepochybne zrejmé úvahy SPS, aby to dotknutým osobám umožnilo zistiť dôvody prijatého rozhodnutia a Súdnemu dvoru vykonať jeho súdny prieskum.⁴¹

58. Podľa môjho názoru SPS nevysvetlil, prečo za konkrétnych okolností tejto veci nepovažoval dôkaz o možnosti pokrytia strát za potrebný.

59. SPS citoval rozsudok, v ktorom sa jednoznačne uvádzalo, že nebolo primerané požadovať dôkaz o tom, že dominantný podnik mal reálnu šancu pokryť svoje straty za okolností konkrétnej veci. Myslím si, že SPS nemal toto konštatovanie, ktoré jednoznačne vychádzalo z konkrétnych okolností veci Tetra Pak II, premeniť na všeobecné pravidlo. Tým, že to bez akéhokoľvek vysvetlenia urobil, zjavne porušil svoju povinnosť odôvodnenia.

60. Dospel som preto k záveru, že SPS sa dopustil dvojakej chyby. Po prvé, jeho nesprávny výklad a uplatnenie rozsudku Tetra Pak II predstavuje použitie nesprávneho pravidla. Po druhé, ako som už uviedol, SPS zjavne porušil svoju povinnosť odôvodnenia.

61. Na doplnenie možno ešte uviesť, že SPS neposkytol presnú odpoveď na tvrdenie spoločnosti WIN. Spoločnosť WIN netvrdila, že Komisia mala preukázať „skutočné“ pokrytie strát. Skôr tvrdila, že Komisia mala preukázať, že WIN mohla „predpokladať možnosť“ pokrytia svojich strát.

62. V rozsahu, v ktorom nezohľadnenie niektorých častí tvrdení odvolateľky Súdom

40 — Pozri body 226 až 228 napadnutého rozsudku.

41 — Pozri judikatúru citovanú v poznámke pod čiarou 35.

prvého stupňa ovplyvňuje výsledok konania, a tým nepriaznivo ovplyvňuje aj jej záujmy, môže ísť aj o porušenie práva na vypočutie.⁴²

mieste budem venovať, odvolateľka tvrdí, že SPS porušil článok 82 ES, pretože rozhodol, že preukázanie možnosti pokrytia strát nebolo predpokladom konštatovania predátorských cien.

63. Prvá výhrada v rámci prvého odvolacieho dôvodu by sa preto mala prijať.

1. Hlavné tvrdenia účastníkov konania

64. Z uvedeného vyplýva, že Súd prvého stupňa porušil svoju povinnosť odôvodnenia a dopustil sa nesprávneho právneho posúdenia, a preto by sa mal napadnutý rozsudok zrušiť.

B — Prvá výhrada v rámci siedmeho odvolacieho dôvodu založeného na porušení článku 82 ES — pokrytie strát — možnosť pokrytia strát ako predpoklad konštatovania predátorských cien

66. Odvolateľka tvrdí, že judikatúra Spoločenstva vyžaduje dôkaz o možnosti pokrytia strát, bez ktorej je predátorské správanie nepredstaviteľné, pretože bez očakávania pokrytia strát predátorské ceny nepredstavujú racionálne ekonomické správanie. Odvolateľka tvrdí, že tento názor zastávajú viaceré vnútroštátne súdy a orgány pre hospodársku súťaž, ako aj mnoho autorov na akademickej pôde.

65. Siedmy odvolací dôvod sa skladá z dvoch výhrad. V prvej výhre, ktorej sa na tomto

67. Komisia tvrdí, že judikatúra Spoločenstva nevyžaduje osobitný dôkaz o možnosti pokrytia strát. Na rozdiel od prístupu antitru-

⁴² — Pozri rozsudok z 10. decembra 1998, Schröder a i./Komisia, C-221/97 P, Zb. s. I-8255, bod 24.

stového práva v USA analýza zneužitia podľa článku 82 ES predpokladá existenciu dominantného postavenia (pozri rozsudok Hoffman-La Roche⁴³), čo samo osebe stačí nato, aby sa prijal záver o možnosti pokrytia strát.

70. Domnievam sa, že použitím určujúcich slov „za okolností tejto veci“ v rozsudku Tetra Pak II mal Súdny dvor jednoznačne v úmysle vyhnúť sa všeobecnej konštatácii⁴⁴, v dôsledku ktorej by v budúcich prípadoch predátorských cien nebolo potrebné preukazovať možnosť pokrytia strát.⁴⁵

2. Posúdenie

68. Po tom, čo sa Súd prvého stupňa odvolal na rozsudok Tetra Pak II, prijal v bode 228 napadnutého rozsudku záver, že Komisia správne zaujala stanovisko, že dôkaz o pokrytí strát nebol predpokladom konštatovania predátorských cien.

71. Ako správne uviedol generálny advokát Fennelly vo svojich návrhoch vo veci *Compagnie Maritime Belge*⁴⁶, „nezdá sa, žeby Súdny dvor zašiel tak ďaleko ako generálny advokát Ruiz-Jarabo Colomer, ktorý odporúčal⁴⁷, aby Súdny dvor ‚nestanovil možnosť pokrytia strát ako nový predpoklad na určenie existencie predátorských cien v rozpore s článkom [82 ES]‘, okrem iného preto, lebo podľa názoru, ktorý [generálny advokát Ruiz-Jarabo Colomer] zastával,

69. Som toho názoru, že výklad judikatúry Súdneho dvora zo strany SPS, a v tomto prípade aj Komisie, sú nesprávne. Judikatúra podľa mňa vyžaduje preukázanie možnosti pokrytia strát.

44 — Pre podobný výklad pozri napríklad WHISH, R.: *Competition Law*, Butterworths, 4th edition, 2001, s. 650; JONES, A., SUFRIN, B.: *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, s. 342; KORAH, V.: The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II. In: *Current Legal Problems*. 1993, roč. 46, s. 172, a KON, S., TURNBULL, S.: *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 až 86, s. 75.

45 — Podľa mňa však zjavne vyplýva z bodu 44 rozsudku Súdneho dvora vo veci Tetra Pak II, že dôkaz o skutočnom pokrytí sa nevyžaduje. Vyplýva to z konštatácie Súdneho dvora v uvedenom bode, že „musí byť možné sankcionovať prax predátorských cien, hneď ako vznikne riziko vytlačenia konkurentov z trhu. Súd prvého stupňa skonštatoval v bodoch 151 a 191 svojho rozsudku, že v [uvedenom] prípade také riziko existovalo. Sledovaný cieľ, ktorým je zachovanie neskreslenej hospodárskej súťaže, neumožňuje vyčkávať, kým takáto stratégia povedie k účinnému vytlačeniu konkurencie z trhu.“

46 — Rozsudok zo 16. marca 2000, C-395/96 P a C-396/96 P, Zb. s. I-1365, bod 129 a poznámka pod čiarou 84.

47 — Pozri bod 78 jeho návrhov vo veci Tetra Pak II, rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 4.

43 — Rozsudok z 13. februára 1979, Hoffmann-La Roche/Komisia, 85/76, Zb. s. 461.

,pokrytie strát je výsledok, o ktorý dominantnému podniku ide, ale predátorské ceny sú samy osebe v rozpore s hospodárskou súťažou bez ohľadu na to, či sa uvedený cieľ dosiahne“.

podobne zúčastňuje riadnej hospodárskej súťaže.⁵²

72. Použitím takých určujúcich slov sa Súdny dvor navyše jednoznačne odchýlil od kategorického tvrdenia v rozsudku Súdu prvého stupňa vo veci Tetra Pak II, ktorý uviedol, že „nie je potrebné konkrétne preukazovať, že dotknutý podnik mal skutočnú možnosť pokrytia vzniknutých strát“⁴⁸.

74. V prípade, že neexistuje možnosť pokrytia strát, spotrebiteľia a ich záujmy by v zásade nemali byť poškodené. Na tomto mieste chcem uviesť, že zastávam podobný názor ako generálny advokát Jacobs, ktorý vo svojich návrhoch vo veci Oscar Bronner uviedol, že „prvotným cieľom článku [82 ES] je zabrániť narušeniu hospodárskej súťaže — najmä zabezpečiť záujmy spotrebiteľov — skôr než chrániť postavenie konkrétnych konkurentov“⁵³.

73. Podľa môjho názoru z rozsudkov AKZO⁴⁹ a Hoffman-La Roche⁵⁰ tiež vyplýva, že dôkaz o možnosti pokrytia strát sa vyžaduje s cieľom konštatovať predátorské správanie podľa článku 82 ES.⁵¹ Pokiaľ neexistuje možnosť pokrytia strát, dominantný podnik sa pravde-

75. Nakoniec chcem pri tejto príležitosti poukázať na to, že okrem uvedenej judikatúry

48 — Pozri rozsudok zo 16. júla 1992, Tetra Pak International SA/ Komisia, T-83/91, Zb. s. II-755, bod 150.

49 — Najmä bod 71 rozsudku.

50 — Najmä bod 91 rozsudku.

51 — Podľa môjho názoru si analýza možnosti pokrytia strát vyžaduje *ex ante* alebo do budúcnosti orientované hodnotenie trhovej štruktúry po tom, čo došlo k vylúčeniu, to znamená, možnosti pokrytia strát, ako ju môže primerane predpokladať dominantný podnik v čase, keď stanovuje svoje ceny. Zdá sa, že toto hodnotenie je podobné analýze, ktorú Komisia uskutočňuje v oblasti kontroly fúzií. Porovnaj rozsudok z 15. februára 2005, Komisia/Tetra Laval, C-12/03 P, Zb. s. I-987, body 42 až 44. Pozri napríklad EZRACHI, A.: *EC Competition Law*. Hart, 2008, s. 140; PAPANDROPOULOS, P.: Article 82 EC reform. In: *Droit & économie*, Concurrences 2008, č. 1, a DE LA MANO, M., DURAND, B.: *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82*. GR pre hospodársku súťaž, Európska komisia, Diskusný dokument Úradu hlavného ekonóma, 12. decembra 2005, strana 3.

52 — Pozri v tomto zmysle návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Fennelly vo veci Compagnie Maritime Belge, už citovanej v poznámke pod čiarou 46, bod 136. Okrem toho, keďže analýza cien/nákladov, ktorá sa vyžaduje v prípadoch predátorských cien, zvykne byť kontroverzná a diskutabilná (porovnaj rozsudok AKZO, už citovaný v poznámke pod čiarou 3, pozri aj: HOWARTH, D.: *Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC*. In: *EC Competition Law*. Ed. G. Amato, C.-D. Ehlermann. Hart, 2007, s. 258 — 262), nielen pokiaľ ide o také otázky, ako napríklad, ktoré náklady sú variabilné a ktoré fixné, ktoré časové obdobie je relevantné, atď., vyžadovanie dôkazu o možnosti pokrytia strát by v zásade bolo prínosné s cieľom znížiť náklady v prípade chýb (najmä chybných pozitívnych náleзов) v prípadoch údajných predátorských cien. Okrem toho, pokiaľ ide o *ex ante* dôkaz o možnosti pokrytia strát ako užitočného a zvláduteľného spôsobu kontroly, súhlasím, že v zásade je „oveľa jednoduchšie určiť vo štruktúre trhu, že pokrytie je nepravdepodobné, ako stanoviť náklady konkrétneho výrobcu“. Pozri prípad v USA A. A. Poultry Farms, Inc v Rose Acre Farms, Inc 881 F.2d 1396, (7th Cir. 1989), cert denied, 494 U.S. (1990). A taká analýza pokrytia „umožní súdu, aby sa vyhol komplikovanej oblasti analýzy nákladov, skúmaniu rôznych účtovných číselných údajov a porovnávaniu znaleckých dôkazov v súvislosti s otázkou, čo sú relevantné náklady“. Pozri austrálsky prípad Boral (2003) 195 ALR 609, bod 292.

53 — Návrhy vo veci z 26. novembra 1998, C-7/97, Zb. s. I-7817, bod 58.

na dôležitosť dôkazu o možnosti pokrytia strát upozornili okrem iného aj Skupina ekonomických poradcov pre politiku hospodárskej súťaže (EAGCP)⁵⁴, Organizácia pre hospodársku spoluprácu a rozvoj⁵⁵ a Skupina európskych regulátorov⁵⁶.

o možnosti pokrytia je svojou podstatou *ex ante* a je orientovaný do budúcnosti pri posúdení trhovej štruktúry v budúcnosti.⁵⁷

76. Vo svojich záverečných poznámkach v súvislosti s otázkou dôkazu o možnosti pokrytia strát by som chcel poukázať na to, že ma nepresvedčila argumentácia Komisie, podľa ktorej v Európe a podľa článku 82 ES je pokrytie zahrnuté v dominantnosti, nielen preto, že určenie dominantnosti často vychádza z historických podmienok trhu, zatiaľ čo, ako som vysvetlil vyššie, dôkaz

77. Z uvedeného vyplýva, že prvá výhrada v rámci siedmeho odvolacieho dôvodu by sa mala prijať.

54 — „Treba predovšetkým starostlivo posúdiť schopnosť pokrytia strát predátorského podniku“ v Správe EAGCP, čo je poradná skupina uznávaných univerzitných ekonómov, ktorá spolupracuje s Generálnym riaditeľstvom Komisie pre hospodársku súťaž a komisárom pre hospodársku súťaž, „An economic approach to Article 82“, July 2005, strana 52, k dispozícii na: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

55 — „Test pokrytia by sa mal bežne uplatňovať v prípadoch predátorských cien“ v OECD, „Predatory Foreclosure“, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2005)14, 15. marec 2005, strana 8 a nasl., k dispozícii na: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>. Pre najnovší všeobecný prehľad 35 jurisdikcií pozri The International Competition Network, Report on Predatory Pricing, správa vypracovaná v rámci The Unilateral Conduct Working Group, predložená na Siedmej výročnej konferencii ICN, Kyoto, apríl 2008, k dispozícii na: http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf

56 — Skupina európskych regulátorov pre siete a služby elektronických komunikácií vytvorená Komisiou uvádza na strane 36 konzultačného dokumentu z 21. novembra 2003 pod názvom „Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework“ toto: „Predátorské ceny sa preto vyznačujú týmito charakteristikami: (i) účtovaná cena je nižšia ako náklady, (ii) konkurenti sú buď vyhnani, alebo vylúčení z trhu a (iii) podnik je schopný pokryť svoje straty“ (kurzívou zvýraznil generálny advokát). Tento dokument je k dispozícii na: http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf

78. Už na základe samotných uvedených úvah by sa podľa mňa mal napadnutý rozsudok zrušiť. Navyše sa domnievam, že otázky týkajúce sa dôkazu o možnosti pokrytia strát a o práve na vyrovnanie sú pre túto vec také zásadné, že táto žaloba si vyžaduje opätovné preskúmanie na prvom stupni.

57 — Porovnaj: „Súčasne si však treba uvedomiť, že dôkaz o dominantnosti neznamená nevyhnutne, že dominantný podnik bude schopný pokryť svoje straty. Zatiaľ čo dôkaz o pokrytí znamená, že monopol dominantného podniku bude v budúcnosti pretrvávať, je dôležité si uvedomiť, že fázy vytvárania straty a pokrývania straty sa neuskutočňujú v rovnakom čase... Skutočnosť, že podnik bol dominantný v čase predaja za ceny nižšie ako náklady, neznamená, že v budúcnosti bude schopný svoje straty pokryť zvýšením cien: podmienky hospodárskej súťaže už môžu byť v budúcnosti odlišné... Po druhé, žaloby týkajúce sa predátorských cien boli úspešné podľa článku 82 ES len vtedy, ak bolo pokrytie na základe skutkových okolností skutočne preukázané alebo pravdepodobné“, in: O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J.: *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart, 2006, s. 254. Pozri aj: „Príslušné orgány by aj tak mali mať na pamäti, že test dominantnosti nie je to isté ako analýza pokrytia“, OECD, už citované v poznámke pod čiarou 55, strana 8 a nasl.

C — Druhý odvolací dôvod založený na porušení článku 82 ES — vyrovnání cen s cenami konkurentů

konkurencieschopnosť na trhu. Odvolateľka napokon uvádza, že v dôsledku judikatúry typu *United Brands*⁵⁸ sa od SPS vyžaduje, aby preskúmal, či reakcia spoločnosti WIN na konkurenciu bola „primeraná“ a „náležitá“.

79. Vo svojom druhom odvolacom dôvode odvolateľka uvádza, že SPS porušil článok 82 ES, keď zamietol právo spoločnosti WIN vyrovnáť v dobrej viere jej ceny s cenami konkurentov.

1. Hlavné tvrdenia účastníkov konania

80. Odvolateľka tvrdí, že SPS nespochybňoval, že spoločnosť WIN len vyrovnala svoje ceny s cenami konkurentov. Nevyvodil však z toho žiaden záver. Bez toho, aby vysvetlil prečo, obmedzil sa len na konštatovanie, že pri takom vyrovnaní „môže dôjsť“ k zneužívaniu alebo konaniu, za ktoré možno uložiť sankciu. SPS preto nedodrжал podmienky uplatnenia článku 82 ES. Právo na také vyrovnanie je obsiahnuté v rozhodovacej praxi Komisie a v judikatúre Súdneho dvora, ako aj v akademických prácach o práve hospodárskej súťaže a v rozhodovacej praxi francúzskych orgánov. Okrem toho je to pre odvolateľku jediný prostriedok, ako si udržať

81. Komisia tvrdí, že odvolateľka neuvádza ani nesprávne právne posúdenie SPS vo vzťahu k návrhom týkajúcim sa údajného práva spoločnosti WIN na vyrovnanie cien, ani protirečenia v odôvodnení napadnutého rozsudku. Pokiaľ ide o tvrdenia súvisiace s „primeranou“ a „náležitou“ reakciou, odvolateľka ich prvýkrát uvádza až v odvolaní, keď namieta, že Komisia nevykonala test primeranosti. Odvolateľka v každom prípade kritizuje len jeden bod v napadnutom rozsudku (bod 187).⁵⁹ Komisia tvrdí, že zákaz vyrovnania cien, ktoré zahŕňa ceny nižšie ako náklady, uložený dominantnému podniku, je úplne v súlade so zásadami obsiahnutými v článku 82 ES, podľa ktorého má dominantný podnik „osobitnú zodpovednosť“. Subsidiárne Komisia tvrdí, že napadnuté rozhodnutie sa zakladalo na skutočnosti, že tvrdenie spoločnosti WIN, podľa ktorého len vyrovnala svoje ceny s cenami svojich konkurentov, bolo nedôvodné. SPS nemusel o týchto skutočnostiach rozhodovať.

⁵⁸ — Už citovaná v poznámke pod čiarou 37.

⁵⁹ — Podľa ktorého sa vyrovnanie cien s cenami konkurentov „[môže stať zneužívaním alebo konaním, za ktoré možno uložiť sankciu], keď je jeho cieľom... posilnenie... dominantného postavenia [podniku] a jeho zneužívanie“.

2. Posúdenie

82. Predovšetkým, ako som už uviedol v bode 39 týchto návrhov, SPS správne určil v bodoch 176 až 182 napadnutého rozsudku, že právo Spoločenstva nepriznáva dominantnému podniku absolútne právo vyrovnáť jeho ceny s cenami konkurentov.

83. V tomto odvolacom dôvode však odvolateľka neuvádza, prečo je uvedené odôvodnenie SPS nesprávne, ani netvrdí, že SPS sa dopustil nesprávneho právneho posúdenia.

84. Odvolateľka však napriek tomu tvrdí podobne ako pred SPS, že (absolútne) právo každého podnikateľského subjektu vyrovnáť v dobrej viere svoje ceny s cenami konkurentov samotná Komisia uznáva vo svojich predchádzajúcich rozhodnutiach a Súdny dvor vo svojej judikatúre a jednomyselne ho prijíma aj akademická literatúra a ekonomické analýzy.

85. Podľa článku 58 prvého odseku Štatútu Súdneho dvora a článku 112 ods. 1 písm. c) jeho rokovacieho poriadku odvolanie musí

presne označovať napádané prvky rozsudku, ktorého zrušenia sa odvolateľ domáha, ako aj právne tvrdenia, o ktoré sa osobitne opiera tento návrh. Podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora tejto požiadavke nezodpovedá odvolanie, ktoré sa obmedzuje na opakovanie alebo doslovné reprodukovanie žalobných dôvodov alebo tvrdení uvedených v konaní na Súde prvého stupňa.⁶⁰

86. Generálny advokát Geelhoed poukázal v tejto súvislosti na relevantnú judikatúru vo svojich návrhoch vo veci Sumitomo Metal Industries a Nippon Steel/Komisia⁶¹: „v rozsiahlej ustálenej judikatúre Súdny dvor stanovil, že právne dôvody musia smerovať proti rozsudku Súdu prvého stupňa^[62] a že odvolanie musí presne uvádzať body rozsudku, v ktorých Súd prvého stupňa porušil právo, inak bude vyhlásené za neprípustné. ^[63] Z tejto požiadavky presnosti vyplýva to, že len samotné abstraktné vyjadrenie odvolacieho dôvodu bez ďalších úvah nezodpovedá tejto požiadavke^[64]“.

60 — Pozri rozsudok Schröder a i./Komisia, už citovaný v poznámke pod čiarou 42, bod 35. Taký výklad odvolania by viedol len k pokusu o obnovu konania, pričom v súvislosti so Súdny dvorom nie je obnova konania stanovená. Pozri napríklad rozsudok z 3. marca 2005, Biegi Nahrungsmittel a Commonfood/Komisia, C-499/03 P, Zb. s. I-1751, body 37 a 38.

61 — Návrhy vo veci, ktorá viedla k rozsudku z 25. januára 2007, Sumitomo Metal Industries a Nippon Steel/Komisia, C-403/04 P a C-405/04 P, Zb. s. I-729.

62 — Dôvody, ktoré v zásade smerujú proti konaniu alebo nečinnosti inštitúcie/i, sú neprípustné. Opätovné uvedenie týchto dôvodov by znamenalo, že ide o „obyčajné“ odvolanie. Pozri okrem iného rozsudky zo 7. mája 1998, Somaco/Komisia, C-401/96 P, Zb. s. I-2587, bod 49, a z 22. apríla 1999, Kernkraftwerke Lippe-Ems/Komisia, C-161/97 P, Zb. s. I-2057, body 76 a 77.

63 — Pozri okrem iného rozsudky Schröder a i./Komisia, už citovaný v poznámke pod čiarou 42, body 35 a 38 až 42, a z 9. septembra 1999, Lucaccioni/Komisia, C-257/98 P, Zb. s. I-3251, body 61 a 62.

64 — Pozri rozsudok z 8. júla 1999, Hercules/Komisia, C-51/92 P, Zb. s. I-4235, bod 113.

87. Preto treba podľa môjho názoru vyhlásiť druhý odvolací dôvod za neprípustný.

88. Aby sme však odvolateľke poskytli výhodu pochybnosti, predpokladajme, že napriek uvedeným pochybnostiam v súvislosti s prípustnosťou tohto odvolacieho dôvodu by sa mal považovať za prípustný.

89. Na rozdiel od toho, čo tvrdí odvolateľka, podľa môjho názoru nie je v odôvodnení rozsudku žiadne protirečenie v tom, že napadnutý rozsudok neobsahuje žiadne tvrdenie v tom zmysle, že „SPS nespochybňoval skutočnosť, že spoločnosť WIN len vyrovnala ceny s cenami konkurentov“.

90. Ako som už dospel k záveru pri posúdení prvého odvolacieho dôvodu, SPS neuplatnil na skutkové okolnosti tejto veci relevantnú judikatúru o práve vyrovnáť ceny.

91. SPS totiž zo skutkových okolností tejto veci neskúmal, či spoločnosť WIN skutočne vyrovnala svoje ceny s cenami konkurentov v dobrej viere. Problémom je to, že táto otázka skutkového stavu je teraz predmetom sporu medzi účastníkmi odvolacieho konania.

92. Odvolanie pred Súdny dvorom sa však obmedzuje len na právne otázky, čo znamená, že len SPS má právomoc zisťovať skutkový stav, ktorý sa týka konania na prvom stupni. Okrem toho účastníci konania nemôžu pri odvolaní navrhovať predloženie dôkazov ku skutkovým okolnostiam, ktoré SPS nezistil.

93. Podľa môjho názoru z toho vyplýva, že druhý odvolací dôvod je dvojnásobne neprípustný.

94. V každom prípade v súlade s mojím záverom v týchto návrhoch by sa mal podľa mňa napadnutý rozsudok zrušiť a vec by sa mala vrátiť na opätovné preskúmanie na Súd prvého stupňa. To by SPS umožnilo zistiť skutkový stav v súvislosti s vyrovnaním cien spoločnosti WIN.⁶⁵

95. Pokiaľ ide o otázku zásady, chcel by som napriek tomu využiť túto príležitosť, aby som upriamil pozornosť na to, čo je podľa mňa v tejto súvislosti relevantné. Po prvé, v bodoch 185 a 186 napadnutého rozsudku sa SPS opiera o judikatúru. Po druhé, Súdny dvor v rozsudku Tetra Pak II uviedol, že „skutočný rozsah osobitnej zodpovednosti dominantného podniku sa musí posúdiť vo svetle konkrétnych okolností každého prípadu,

65 — Ak treba urobiť doplnujúce skutkové zistenia alebo sa treba nanovo pozrieť na tie, ktoré už boli urobené, Súdny dvor vráti vec SPS. Pozri v tejto súvislosti rozsudok zo 17. decembra 1992, Moritz/Komisia, C-68/91 P, Zb. s. I-6849, body 41 a 42.

ktoré preukazujú oslabenie hospodárskej súťaže“⁶⁶. Preto by sa mala otázka vyrovnania aj v tomto prípade skúmať na individuálnom základe. Po tretie, mali by sa podľa mňa pripustiť aj také okolnosti, za ktorých bude dominantný podnik výnimočne oprávnený preukázať, že jeho ceny nižšie ako variabilné náklady sú objektívne odôvodnené.⁶⁷

článok 82 ES aj tým, že neodmietol metódu, ktorú Komisia použila pri výpočte pokrytia nákladov, čo spôsobilo skreslenie testu predátorského správania vyžadovaného Súdnym dvorom vo veci AKZO. Metóda použitá Komisiou totiž neumožňovala zistiť, či predplatitelia spoločnosti WIN pre ňu počas trvania predplatného vytvorili zisk alebo stratu.

D — *Tretí odvolací dôvod založený na porušení článku 82 ES — porušenie testu predátorského správania*

1. Hlavné tvrdenia účastníkov konania

96. Vo svojom treťom odvolacom dôvode odvolateľka uvádza, že SPS porušil

97. Pokiaľ ide o variabilné náklady, odvolateľka tvrdí, že nato, aby sa ceny nižšie ako variabilné náklady mohli považovať za zneužívanie podľa článku 82 ES, bod 71 rozsudku AKZO vyžaduje takú metódu výpočtu pokrytia strát, ktorá by preukázala, že tovary a služby sa predávali so stratou. Použitá metóda môže byť zlučiteľná s článkom 82 ES len vtedy, ak preukazuje, že u niektorých predplatiteľov predplatné vytvorilo stratu počas 48 mesiacov. Ale vzhľadom na to, že spoločnosť WIN vo svojej žalobe o zrušenie tvrdila, že prakticky počas celého predmetného obdobia každý individuálny predplatiteľ vytváral pre WIN zisk, SPS sa nemohol vyhnúť prevereniu toho, či Komisia preukázala, že aspoň niektorí predplatitelia vytvárali pre WIN celkovú stratu, bez toho, aby neporušil článok 82 ES. SPS napriek tomu prijal názor Komisie, ktorý nepodával celkový prehľad o ziskovosti každého predplatného.

66 — Pozri rozsudok Tetra Pak II, už citovaný v poznámke pod čiarou 4, bod 24.

67 — Pozri návrhy, ktoré predložil generálny advokát Fennelly vo veci Compagnie Maritime Belge, už citovanej v poznámke pod čiarou 31, bod 127. Porovnaj rozsudok zo 6. októbra 1994, Tetra Pak International SA/Komisia, už citovaný v poznámke pod čiarou 48, bod 147: „pre podnik v dominantnom postavení môže byť prijateľné za určitých okolností predávať so stratou“. Pozri okrem iného aj BELLAMY & CHILD: *European Community Law of Competition*. Oxford, 6. vyd., 2008, s. 956 — 57, časť 10.071: „v rozsahu, v ktorom z [rozsudku Akzo] vyplýva pravidlo, že ceny nižšie ako priemerné variabilné náklady ... musia byť predátorské, sa zdá byť príliš rigidný. Ceny nižšie ako [priemerné variabilné náklady] môžu podporovať hospodársku súťaž...“, MOTTA, M.: *Competition Policy*. Cambridge University Press, 2004, s. 453; FAULL, J., NIKPAY, A.: *The EC law of competition*. Oxford University Press, 2007, s. 379, časť 4.287; EZRACHI, A.: c. d., s. 136, OECD, c. d., s. 18: „Ak firma účtuje ceny nižšie ako náklady, neznamená to automaticky, že jej konanie naruša hospodársku súťaž. Za určitých okolností sú takéto ceny nielen neškodné, ale dokonca podporujú hospodársku súťaž. Príslušné orgány by mali dôkladne preskúmať všetky odôvodnenia, ktoré údajní predátori ponúkajú v súvislosti so svojimi cenami.“, WHISH, R.: c. d., s. 649, JONES, SUFRIN, c. d., s. 339, GARZANITI, L., LIBERATORE, F.: *Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector: Part 2*. 2004, E.C.L.R. 25(4) 234 — 240.

98. Pokiaľ ide o celkové náklady, odvolateľka sa odvoláva na svoje tvrdenie o variabilných nákladoch a tvrdí, že SPS skreslil test predátorského správania, pretože nepreveril, či sa preukázalo, že celkové náklady na predplatiteľov neboli pokryté. Neboli predložené nijaké dôkazy o existencii predplatiteľov, ktorých predplatné vytvorilo pre spoločnosť WIN stratu počas 48 mesiacov.

jeden a pol roka), nižšia ako 100 %, musela byť nižšia ako 100 % aj pre celkové priemerné trvanie predplatného, to znamená 48 mesiacov. V tejto súvislosti Komisia uvádza, že miera pokrytia pod 100 % sa nemohla zvýšiť nad 100 % počas dlhšieho obdobia s výnimkou prípadu, keby situácia po období porušenia umožňovala podniku vytvárať maržu na jedného predplatiteľa, ktorá by bola značne vyššia ako konkurencieschopná úroveň na udržateľnom základe.

99. Komisia vyvracia tieto tvrdenia a tvrdí najmä, že v tomto prípade je použitá metóda nielen rovnaká ako metóda použitá v prípadoch, ktoré viedli k rozsudkom AKZO a Tetra Pak II —, to znamená metóda, pri ktorej sa náklady jednoducho berú do úvahy tak, ako sú uvedené v účtovníctve podniku —, ale tentoraz dokonca použila menej prísnu metódu tak, aby to bolo pre odvolateľku výhodnejšie. Neuplatnila napríklad zľavy a medzi náklady použité pri výpočte nezarátala ani alternatívne náklady.

2. Posúdenie

101. Odvolateľka jednoznačne neuvádza, ktoré časti (teda ktoré body) napadnutého rozsudku namietá.⁶⁸

100. Pokiaľ ide o alternatívnu metódu výpočtu (metódu aktualizovaného cash-flow), SPS uviedol, že Komisia sa nedopustila zjavného nesprávneho právneho posúdenia, pričom v tomto odvolaní sa netvrdí, že SPS sa dopustil nesprávneho právneho posúdenia v tejto súvislosti. Pokiaľ ide o potrebu zohľadniť celkové 48-mesačné trvanie predplatného, Komisia uvádza, že vzhľadom na to, že miera pokrytia bola pri všetkých následných kratších obdobiach, ktoré sa preskúmali v napadnutom rozhodnutí (celkovo približne

102. Vo svojej žalobe pred Súdnyim dvorom odvolateľka tvrdí, že Komisia uplatnila statickú analýzu pokrytia strát, ktorá v podstate vedie k tomu, že nadobúdacie náklady sa pričítajú k 48-násobku sumy opakujúcich sa mesačných nákladov, ktoré existovali k dátumu registrácie na predplatné, a táto celková suma sa porovná so 48-násobkom sumy mesačných príjmov, ktoré existovali k tomu istému dátumu.

⁶⁸ — Aby som sa v tejto súvislosti vyhol opakovaniu, odkazujem na body 85 a 86 týchto návrhov, ktoré sa tu tiež uplatňujú.

103. V napadnutom rozsudku SPS v bodoch 140 a 142 rozhodol, že „na rozdiel od toho, čo tvrdí WIN, Komisia nevykonala statický test pokrytia“ a „na rozdiel od toho, čo tvrdí WIN, metóda vôbec nespôsobuje pridanie nákladov na získanie zákazníkov k 48-násobku sumy opakujúcich sa mesačných nákladov, ktoré existovali v čase registrácie na predplatné, a porovnanie tejto celkovej sumy so 48-násobkom mesačných príjmov, ktoré existovali v tom istom čase“⁶⁹.

dôvodu ako nepripustného a v každom prípade nedôvodného.

E — Štvrtý odvolací dôvod založený na tom, že Súd prvého stupňa podal nesprávny výklad článku 82 ES a porušil svoju povinnosť odôvodnenia — príjmy a náklady po predmetnom období

104. Okrem zrejmej spochybňovania toho, ako SPS posúdil skutkový stav, odvolateľka ho v odvolaní nekritizuje v súvislosti s nijakým nesprávnym posúdením alebo prekrútením skutočností v tejto súvislosti a opakuje len tie isté tvrdenia, ktoré predložila SPS v prvom stupni.⁷⁰ Pokiaľ ide o tvrdenia týkajúce sa metódy aktualizovaných cash-flows, SPS v bodoch 153 až 155 napadnutého rozsudku rozhodol, že Komisia sa nedopustila nesprávneho právneho posúdenia, keď túto metódu nezvolila, a odvolateľka nenamieta, že SPS sa v tejto súvislosti dopustil nesprávneho právneho posúdenia.

106. Vo svojom štvrtom odvolacom dôvode odvolateľka tvrdí, že SPS podal nesprávny výklad článku 82 ES a porušil svoju povinnosť odôvodnenia, keď rozhodol, že nie je potrebné zohľadniť náklady a príjmy vykázané po období údajného porušenia (to znamená po 15. októbri 2002). Práve v dôsledku tohto časového obmedzenia zohľadnených príjmov a nákladov Komisia nesprávne vyvodila záver o existencii porušenia.

1. Hlavné tvrdenia účastníkov konania

105. Preto sa domnievam, že to samo osebe stačí na zamietnutie tretieho odvolacieho

107. Odvolateľka namieta, že SPS prijal analýzu Komisie, ktorá vylučovala náklady a príjmy po 15. októbri 2002. SPS nemohol — bez toho, aby si sám neprotirečil a neporušil článok 82 ES, — podporiť názor Komisie, ktorý na jednej strane vylúčil z výpočtu miery pokrytia príjmy a náklady po období údajného porušenia, ktoré však patrili do 48-mesačného obdobia, a na druhej strane uznal, že pokiaľ ide

⁶⁹ — Pozri body 143 až 151 napadnutého rozsudku o odôvodnení SPS.

⁷⁰ — V odvolaní sa nemôžu opakovať len tie isté žalobné dôvody a tvrdenia, ktoré už boli predložené SPS, bez toho, aby sa predložili aj tvrdenia o tom, že sa dopustil nesprávneho právneho posúdenia. Pozri uznesenie z 5. februára 1998, Abello a i./Komisia, C-30/96 P, Zb. s. I-377, bod 45.

o predplatné, príjmy a náklady boli oprávnené rozložené na 48 mesiacov. Aby sa vyhovelo podmienkam článku 82 ES, miera pokrytia sa má vypočítavať len počas obdobia 48 mesiacov.

108. Odvolateľka uvádza, že prijatím názoru Komisie sa SPS dopustil protirečenia v odôvodnení, podľa ktorého napadnuté rozhodnutie jednoznačne preukazovalo, že od 15. októbra 2002 boli podmienky hospodárskej súťaže „obnovené“⁷¹, a Komisia už pripustila, že nikdy nevzala do úvahy príjmy po období údajného porušenia, pretože mohli vzniknúť len v situácii oslabenej hospodárskej súťaže.

109. Podľa Komisie je tento odvolací dôvod v skutočnosti len rozšírením tretieho odvolacieho dôvodu a vyplýva z nedorozumenia. Otázka umožnenia rozloženia všetkých príjmov a nákladov predplatenia na 48 mesiacov nikdy neexistovala. Metóda Komisie, ktorú SPS prijal, skôr umožňovala — v súlade so zásadou odpisovania majetku —, aby sa konkrétna kategória nákladov rozložila na určité obdobie, konkrétne variabilné jednorazové náklady („náklady na získanie“ alebo „nadobúdacie náklady na predplatiteľa“), ktoré vznikli na začiatku predplatenia.

110. Komisia však uvádza, že opakujúce sa náklady sa nemajú rozkladať na určité časové obdobie. Podľa napadnutého rozhodnutia podnik „nemohol dosiahnuť mieru pokrytia opakujúcich sa nákladov (nákladov siete a výrobných nákladov) postačujúcu na to, aby marža medzi príjmami a opakujúcimi sa nákladmi pokryla v primeranom časovom horizonte neopakujúce sa variabilné náklady investované do obchodného rozvoja predmetných výrobkov“⁷². Všetky náklady a príjmy, ktoré vznikli po období údajného porušenia a ktoré odvolateľka chce zahrnúť do výpočtu, sú však opakujúce sa náklady a príjmy.

111. Komisia ďalej uvádza, že by bolo nesprávne do výpočtov zahrnúť odhad kladnej marže v budúcnosti, ktorá sa vytvorí poklesom budúcich nákladov, ktoré by boli dostupné všetkým konkurentom, ale nesprevádzal by ich pokles cien. Tento výsledok by sa dal dosiahnuť len v situácii oslabenej hospodárskej súťaže. Komisia poznamenáva, že približné výpočty odvolateľky by neviedli ku kladnej miere pokrytia celkových nákladov a že keby sa aj prijali odhady extrémne vysokej marže počas 48 mesiacov, ktoré odvolateľka predložila, takáto marža by sa mohla vytvoriť len v prostredí oslabenej hospodárskej súťaže. Komisia napokon uvádza, že aj pri vylúčení „nadobúdacích nákladov“ by priame mesačné náklady na každého predplatiteľa spoločnosti WIN boli vyššie ako príjmy z takého predplatného.

71 — Pozri bod 386 napadnutého rozhodnutia.

72 — Pozri odôvodnenie č. 76 napadnutého rozhodnutia a bod 136 napadnutého rozsudku.

112. Nakoniec Komisia uvádza, že odvolateľka vo svojom (nesprávnom) prístupe akceptovala, že jej predplatitelia vytvárajú počas roka a pol rastúce mesačné straty (obdobie zahrnuté v napadnutom rozhodnutí), ale následne v rokoch po zásahu Komisie predpokladala značnú kladnú maržu, aby predplatitelia mohli začať prinášať zisk na konci predplateného obdobia.

upravila spôsobom výhodným pre WIN, aby mohla zohľadniť osobitné súvislosti relevantného trhu, rešpektujúc pritom podmienky posúdenia požadované článkom 82 ES, v predmetnom prípade uplatnila protiprávny test pokrytia nákladov“ a že „nevyplyva z judikatúry, že by použitie metódy aktualizovaného cash-flow bolo v danom prípade nevyhnutné, a... WIN nepredložila nijaký dôkaz preukazujúci, že by sa Komisia dopustila v tejto súvislosti zjavne nesprávneho posúdenia“⁷³.

2. Posúdenie

113. *Prima facie* by sa mohlo zdať, že tento odvolací dôvod je len rozšírením predchádzajúceho dôvodu a že odvolateľka opakuje tvrdenie, že len 48-mesačné obdobie by umožnilo výpočet pokrytia nákladov podľa požiadaviek článku 82 ES. Mohlo by sa predovšetkým zdať, že tento odvolací dôvod sa zakladá na chybnom predpoklade, že Súd prvého stupňa uznal, že „náklady a príjmy sú rozložené na 48 mesiacov“. Súd prvého stupňa to nikdy v napadnutom rozsudku neurobil. Naopak, potvrdil metódu Komisie, ktorá spočívala v rozložení len jednej kategórie nákladov, a to variabilných jednorazových nákladov.

114. V každom prípade som pri preskúmaní bodov 129 až 156 napadnutého rozsudku nezistil nič, čo by mohlo ovplyvniť platnosť prístupu SPS. Podľa môjho názoru sa SPS nedopustil nesprávneho právneho posúdenia a správne uplatnil článok 82 ES, keď rozhodol, že „WIN nepreukázala, že by Komisia tým, že používala údaje z účtovníctva WIN tak, že ich

115. Chcel by som napokon pripomenúť, že podľa rokovacieho poriadku Súdneho dvora predmet konania pred SPS nemožno v odvolaní meniť. Predmetný odvolací dôvod odvolateľky je však značne odlišný od žalobného dôvodu vzneseného pred SPS, kde odvolateľka tvrdila, že odmietnutím použitia metódy aktualizovaného cash-flow alebo čistej aktuálnej hodnoty (NPV) (ktorá bola podľa odvolateľky jedinou relevantnou metódou) sa Komisia dopustila nesprávneho právneho posúdenia. V návrhu odvolateľky podanom na Súdny dvor sa však už táto metóda nespomína.

116. V dôsledku toho by sa mal podľa mňa štvrtý odvolací dôvod vyhlásiť za neprípustný a v každom prípade nedôvodný.

73 — Pozri body 154 a 155. So zreteľom na diskusie o metóde čistej aktuálnej hodnoty pozri napríklad vec v Spojenom kráľovstve Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunal (CAT), vec č. 1001/1/1/01 [15. január 2002], bod 260.

F — Piaty odvolací dôvod založený na porušení článku 82 ES a povinnosti odôvodnenia — predátorské ceny, hoci ich sprevádza významné zmenšenie trhového podielu dotknutého podniku

nantného postavenia a navrhla zníženie pokuty. Na spochybnenie existencie zneužívania toto tvrdenie používa v odvolaní prvýkrát.

117. Vo svojom piatom odvolacom dôvode odvolateľka tvrdí, že SPS porušil článok 82 ES a povinnosť odôvodnenia aj tým, že rozhodol, že o predátorskú cenu môže ísť aj vtedy, ak ju sprevádza významné zmenšenie trhového podielu dotknutého podniku. Je totiž nepravdepodobné, aby taká cena viedla k vylúčeniu konkurencie.

1. Hlavné tvrdenia účastníkov konania

118. Odvolateľka tvrdí, že SPS síce konštatoval, že trhový podiel spoločnosti WIN od augusta 2002 klesol, ale napriek tomu konštatoval, že údajné porušenie trvalo až do 15. októbra 2002. Predátorské správanie však predpokladá značné zníženie hospodárskej súťaže, preto sa nemôže vyskytovať tam, kde hospodárska súťaž vzrastá.

119. Komisia tvrdí, že odvolateľka toto tvrdenie uviedla v prvostupňovom konaní len preto, aby spochybnila existenciu domi-

120. Pokiaľ ide o podstatu veci, z informácií, ktoré má Komisia k dispozícii, vyplýva, že trhový podiel spoločnosti WIN sústavne rástol až do 31. augusta 2002. Akýkoľvek pokles jej trhového podielu počas posledného mesiaca a pol porušenia mohol byť spôsobený len znížením veľkoobchodných taríf FT za prístup k sieti, o ktorom spoločnosť WIN — na rozdiel od svojich konkurentov — rozhodla, že ho nezohľadní vo svojich cenách, čím porušenie ukončila 15. októbra 2002. Komisia pre úplnosť dodáva, že akékoľvek zníženie trhového podielu by nespochybnilo zákonnosť rozhodnutia ako takého, ale mohlo by nanajvýš spochybniť trvanie porušenia. To by však aj tak nemalo vplyv na výšku pokuty, pretože v odvolaní sa nenavrhovalo jej preskúmanie.

2. Posúdenie

121. Ako správne tvrdí Komisia, toto odvolanie sa obmedzuje na posúdenie zneužívania dominantného postavenia SPS a WIN v prvostupňovom konaní. Vzniesla tvrdenie o údajnom poklese svojho trhového podielu

len s cieľom spochybniť existenciu dominantného postavenia⁷⁴ a navrhnúť zníženie pokuty⁷⁵.

G — Šiesty odvolací dôvod založený na skreslení skutočností a porušení článku 82 ES — údajný plán predátorského správania

1. Skreslenie skutočností a dôkazov

122. Podľa ustálenej judikatúry, ak by sa účastníkovi konania umožnilo uviesť po prvýkrát v konaní pred Súdny dvorom taký žalobný dôvod, ktorý neuviedol v konaní pred Súdom prvého stupňa, umožnilo by sa mu tým predložiť Súdnemu dvoru, ktorý má v konaní o odvolaní obmedzené právomoci, spor so širším rozsahom ako ten, ktorý prejednával a rozhodoval Súd prvého stupňa. V konaní o odvolaní je právomoc Súdneho dvora obmedzená na posúdenie zákonného rozhodovania o žalobných dôvodoch prejednávaných pred Súdom prvého stupňa.⁷⁶

124. Šiesty odvolací dôvod sa skladá z dvoch výhrad. V prvej výhrade odvolateľka tvrdí, že pokiaľ ide o údajný plán predátorského správania, SPS skreslil skutočnosti a dôkazy, ktoré mu boli predložené.

a) Hlavné tvrdenia účastníkov konania

123. Piaty odvolací dôvod odvolateľky by sa preto mal vyhlásiť za neprípustný.

125. Odvolateľka tvrdí, že SPS skreslil dôkazy, z ktorých vychádzala jeho analýza toho, či existoval plán predátorského správania. Vychádzal výlučne z dokumentov spoločnosti WIN a existenciu plánu vyvodil z terminológie, ktorá sa v nich nachádzala, z výrazov ako „ovládnutie“ alebo „ovládnut“. Aby sme použili slová SPS, tieto dokumenty však len odrážali „dosť ambiciózne obchodné ciele“⁷⁷.

⁷⁴ — Bod 95 návrhu spoločnosti WIN v prvostupňovom konaní v žalobnom dôvode týkajúcom sa existencie dominantného postavenia.

⁷⁵ — Bod 272 návrhu spoločnosti WIN v prvostupňovom konaní v žalobnom dôvode týkajúcom sa pokuty.

⁷⁶ — Pozri rozsudok z 26. októbra 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun UA/Komisija, C-68/05 P, Zb. s. I-10367, body 95 až 98 a tam citovaná judikatúra.

⁷⁷ — Tento odkaz sa týka bodu 214 napadnutého rozsudku.

126. Komisia tvrdí, že odvolateľka chce v odvolaní dosiahnuť opätovné preskúmanie výhrady, ktorú SPS zamietol ako neprípustnú, bez toho, aby spochybnila konštatáciu toho, že je neprípustná. Po druhé, odvolateľka nepredložila žiadne tvrdenie na podporu údajného skreslenia a je len vecou SPS, aby posúdil hodnotu, ktorú treba prisúdiť predloženému dôkazu. Pre úplnosť, Komisia tvrdí, že SPS nevychádzal pri svojej analýze výlučne z dokumentov, ktoré obsahovali výraz „ovládnúť“, ale aj z mnohých ďalších dokumentov.

ložiť dôkazy, ktoré by preukazovali, že SPS sa dopustil nesprávneho právneho posúdenia.⁷⁹ Odvolateľka podľa môjho názoru nenamietala konštatovanie neprípustnosti SPS.

129. Táto výhrada sa týka otázky skutkového stavu a neponúka nijaké presvedčivé tvrdenia na podporu údajného skreslenia skutočností.

b) Posúdenie

127. Odvolateľka chce dosiahnuť opätovné preskúmanie žalobného dôvodu, ktorý SPS v bodoch 204 a 205 napadnutého rozsudku zamietol ako neprípustný.

128. V tomto odvolaní však odvolateľka nesmie opätovne vzniknúť uvedený žalobný dôvod. Na základe konkrétnych dôvodov môže len namietat konštatáciu SPS o tom, že žalobný dôvod v prvostupňovom konaní je neprípustný⁷⁸, a v tejto súvislosti musí pred-

130. Podľa článku 225 ES a prvého odseku článku 58 Štatútu Súdneho dvora Súdny dvor nemá právomoc zisťovať skutkový stav alebo v zásade skúmať dôkazy, ktoré Súd prvého stupňa uznal na preukázanie tohto skutkového stavu. Pokiaľ totiž tieto dôkazy boli riadne získané a boli rešpektované všeobecné právne zásady a procesné pravidlá uplatniteľné v oblasti dôkazného bremena a vykonávania dôkazných prostriedkov, prislúcha samotnému Súdu prvého stupňa posúdiť hodnotu, ktorú je potrebné priznať jemu predloženým dôkazom.⁸⁰ Toto posúdenie teda nepredstavuje, s výnimkou prípadu skreslenia týchto dôkazov, právnu otázku, ktorá ako taká podlieha preskúmaniu Súdny dvorom.⁸¹

78 — Pozri LENAERTS, K.; ARTS, D.; MASELIS, I.: *Procedural Law of the European Union*. 2. vyd. London 2006, s. 464; „Možno to vyvodit z rozsudku z 22. decembra 1993, Eppe/Komisía, C-354/92 P, Zb. s. I-7027, bod 13.“

79 — Pozri rozsudok Abello a i./Komisia, už citovaný v poznámke pod čiarou 70, bod 45.

80 — Rozsudok zo 17. decembra 1998, Baustahlgewebe/Komisía, C-185/95 P, Zb. s. I-8417, bod 24.

81 — Rozsudok zo 7. novembra 2002, Glencore a Compagnie Continentale/Komisía, C-24/01 a C-25/01 P, Zb. s. I-10119, body 65 až 69. Toto skreslenie musí jednoznačne vyplývať z písomností v spise Súdneho dvora bez toho, aby bolo potrebné vykonať nové posúdenie skutkových okolností a dôkazov. Pozri rozsudok zo 6. apríla 2006, General Motors/Komisía, C-551/03 P, Zb. s. I-3173, body 51, 52 a 54.

131. Prvá výhrada v rámci šiesteho odvolacieho dôvodu by sa preto mala vyhlásiť za neprípustnú.

aby bol plán predátorského správania odôvodnený určitým druhom objektívnych dôkazov navrhnutých odvolateľkou.

2. Porušenie článku 82 ES

132. Vo svojej druhej výhrade odvolateľka tvrdí, že SPS porušil článok 82 ES. Tento článok vyžaduje objektívne identifikovateľný plán vytlačania konkurentov a v žiadnom prípade ho nemožno naplniť čisto subjektívnym testom pojmu zneužitie dominantného postavenia.

b) Posúdenie

135. Stačí uviesť, že sa zdá, že rovnako ako pri niektorých predchádzajúcich odvoláciach dôvodoch sa odvolateľka uchýľuje k tým istým tvrdeniam, ktoré už vzniesla pred SPS.

a) Hlavné tvrdenia účastníkov konania

133. Odvolateľka tvrdí, že zneužívanie dominantného postavenia je objektívny pojem. SPS však pri svojej analýze a svojom závere nevychádzal z objektívnych dôkazov, akými sú vyhrážanie sa konkurentom, selektívne ceny voči zákazníkom konkurentov, cenová diskriminácia, predkladanie vyšších ponúk alebo trvanie, konzistentnosť a veľkosť predaja so stratou, ale z čisto subjektívnych faktorov.

136. Preto by mala byť aj druhá výhrada v rámci šiesteho odvolacieho dôvodu zamietnutá ako neprípustná.

134. Komisia tvrdí, po prvé, že prvok úmyslu pri zneužívaní je nevyhnutne subjektívny, a po druhé, že judikatúra Spoločenstva nevyžaduje,

137. Pokiaľ ide o plán predátorského správania, SPS tu podľa mňa správne a v právom požadovanom rozsahu uplatnil judikatúru vo veciach AKZO a Tetra Pak II.

138. V dôsledku by mal byť aj šiesty odvolací dôvod zamietnutý ako neprípustný a v každom prípade nedôvodný.

H — *Druhá výhrada siedmeho odvolacieho dôvodu založeného na porušení článku 82 ES — pokrytie strát — dôkaz podniku o nemožnosti pokrytia strát*

139. V druhej výhrade siedmeho odvolacieho dôvodu odvolateľka tvrdí, že SPS porušil článok 82 ES tým, že si zamenil dôkaz Komisie o možnosti pokrytia strát s dôkazom podniku o nemožnosti pokrytia strát.

1. Hlavné tvrdenia účastníkov konania

140. Odvolateľka tvrdí, že samotná spoločnosť WIN poskytla dôkaz o nemožnosti pokrytia strát. SPS mal preto rozhodnúť o otázke, či Komisia bola oprávnená neprihliadnuť na dôkaz o nemožnosti pokrytia, ktorý podnik poskytol.

141. Komisia tvrdí, že odvolateľka nevzniesla v konaní na prvom stupni nijaký žalobný dôvod v súvislosti s otázkou, či Komisia bola oprávnená neprihliadnuť na taký dôkaz. V každom prípade tvrdí, že také tvrdenie je implicitne zamietnuté v bodoch 103 až 121 a 261 až 267 napadnutého rozsudku. Komisia napokon pre úplnosť uvádza, že v skutočnosti analyzovala možnosť pokrytia v napadnutom rozhodnutí a dospela k záveru, že v predmetnej veci je pravdepodobná.

2. Posúdenie

142. Odvolateľka podľa mňa nevzniesla pred SPS nijaké tvrdenie o tom, že pokrytie strát nebolo možné, okrem tvrdenia, že samotná Komisia preukázala v napadnutom rozhodnutí nemožnosť pokrytia strát tým, že uviedla, že „podmienky hospodárskej súťaže boli obnovené“.

143. Povinnosť odôvodnenia SPS naozaj nejde tak ďaleko, aby musel podrobne odpovedať na všetky jednotlivé tvrdenia predložené odvolateľom, najmä ak také tvrdenia nie sú dostatočne jasné a určité a na ich podporu nie sú predložené dostatočné dôkazy.⁸²

⁸² — Pozri rozsudky zo 6. marca 2001, Connolly/Komisia, C-274/99 P, Zb. s. I-1611, bod 121, a z 11. septembra 2003, Belgicko/Komisia, C-197/99 P, už citovaný v poznámke pod čiarou 34, bod 81.

144. Domnievam sa, že tvrdenie, ktoré spoločnosť WIN predložila vo svojom návrhu pred SPS — v tom zmysle, že Komisia si protirečila vo svojej analýze trhu —, aby preukázala nemožnosť pokrytia strát, nemožno považovať za dostatočne jasné a určité. Nešlo ani o tvrdenie, že Komisia nebola oprávnená neprihliadnuť na dôkaz o nemožnosti pokrytia predložený dotknutým podnikom.

v bodoch 103 až 121 a 261 až 267 napadnutého rozsudku.

145. V každom prípade sa zdá, že taký dôkaz bol nevyhnutne implicitne zamietnutý

146. Preto sa domnievam, že druhá výhrada siedmeho odvolacieho dôvodu by sa mala zamietnuť ako neprípustná ako nové tvrdenie alebo žalobný dôvod, ktorý nebol vznesený pred SPS, a v každom prípade ako nedôvodná.

V — Návrh

147. Vo svetle uvedených skutočností navrhujem, aby Súdny dvor zrušil napadnutý rozsudok.

Okrem toho považujem za opodstatnené, aby Súdny dvor vrátil vec na rozhodnutie Súdu prvého stupňa podľa prvého odseku článku 61 Štatútu Súdneho dvora a vyhradil mu aj rozhodnutie o trovách.