

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

JÁNA MAZÁKA,

predstavljeni 25. septembra 2008<sup>1</sup>

1. V obravnavani pritožbi je Sodišče pozvano, naj obravnava domnevno zlorabo prevladujočega položaja v obliki plenilskih cen, ki pripadajo skupini izključitvenih ali „izločujočih“ ravnanj podjetij v prevladujočem položaju.<sup>2</sup> Dosedanjo sodno prakso Sodišča na področju plenilskih cen tvorita v bistvu sodbi Akzo<sup>3</sup> in Tetra Pak II<sup>4</sup>.

Wanadoo ADSL<sup>6</sup> (v nadaljevanju: zadevne storitve), ki ji v okviru načrta polastitve trga širokopasovnega internetnega dostopa v ključni fazi njegovega razvoja niso omogočale kritja spremenljivih stroškov do avgusta 2001 ali kritja celotnih stroškov od avgusta 2001.<sup>7</sup> Komisija ji je naložila prenehanje kršitve in plačilo globe v višini 10,35 milijona EUR.<sup>8</sup>

2. Vzrok za obravnavano pritožbo je odločba Komisije z dne 16. julija 2003,<sup>5</sup> v kateri je Komisija ugotovila, da je družba Wanadoo Interactive SA kršila člen 82 ES z zaračunavanjem plenilskih cen za storitve eXtense in

3. Sodišče prve stopnje je s sodbo z dne 30. januarja 2007 v zadevi T-340/03<sup>9</sup> (v nadaljevanju: izpodbijana sodba) potrdilo izpodbijano odločbo. Družba France Télécom SA (v nadaljevanju: družba FT ali pritožnica), prej Wanadoo Interactive SA (v nadaljevanju: družba WIN), v obravnavani pritožbi predlaga, naj se izpodbijana sodba razveljavi.

1 – Jezik izvirnika: angleščina.

2 – Plenilske cene se včasih opredeljujejo tudi kot „zaračunavanje cen, nižjih od stroškov“.

3 – Sodba Sodišča z dne 3. julija 1991 v zadevi AKZO proti Komisiji (C-62/86, Recueil, str. I-3359; v nadaljevanju: sodba Akzo).

4 – Sodba Sodišča z dne 14. novembra 1996 v zadevi Tetra Pak proti Komisiji (C-333/94 P, Recueil, str. I-5951; v nadaljevanju: sodba Tetra Pak II).

5 – Odločba Komisije z dne 16. julija 2003 v zvezi s postopkom na podlagi člena [82 ES] (zadeva COMP/38.233 - Wanadoo Interactive; v nadaljevanju: izpodbijana odločba).

6 – Asymmetric Digital Subscriber Line.

7 – Člen 1 izpodbijane odločbe.

8 – V njej vsebovana člena 2 in 4.

9 – Sodba Sodišča prve stopnje z dne 30. januarja 2007 v zadevi France Télécom proti Komisiji (T-340/03, ZOdl., str. II-107).

**I – Dejansko stanje**

4. Sodišče prve stopnje je v točkah od 1 do 11 izpodbijane sodbe povzelo dejansko stanje:

Skupina, ki jo sestavljajo družba Wanadoo in njene hčerinske družbe [...] je ponujala vse internetne dejavnosti skupine France Télécom ter dejavnost izdaje telefonskih imenikov. [Družba WIN je imela] operativno in tehnično odgovornost za internetni dostop na francoskem ozemlju, vključno s storitvami ADSL [...]

„1 Glede razvoja širokopasovnega internetnega dostopa je Komisija julija 1999<sup>[10]</sup> odločila, da v [EU] začne preiskavo v sektorjih, predvsem glede ponudbe storitev dostopa do lokalnega omrežja in uporabe lokalnega omrežja za gospodinjstva. V tem okviru so zbrane informacije vodile Komisijo, da podrobneje preuči cenovne pogoje ponudbe storitev širokopasovnega internetnega dostopa družbe [WIN] gospodinjstvom v Franciji. Zato je septembra 2001 začela uradni postopek.

3 Komisija je družbi WIN 19. decembra 2001 poslala obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah [...] 9. avgusta 2002 pa dodatno obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah [...] na katerega je družba WIN odgovorila 4. marca oziroma 23. oktobra 2002.

2 Med sporom je bila družba WIN družba skupine France Télécom. Njen kapital je imela v 99,9-odstotni lasti družba Wanadoo SA. Med sporom je delež družbe France Télécom v kapitalu družbe Wanadoo nihal med 70 in 72,2 %.

4 Komisija je 16. januarja 2003 družbi WIN poslala dopis o dejstvih [...] in ji omogočila dostop do spisa, ki je bil podlaga za ta dopis. Družba WIN je [...] imela dostop do spisa 23. in 27. januarja 2003. Z dopisom z dne 26. februarja 2003 je družba WIN zaprosila Komisijo, naj ji pojasni več točk dopisa o dejstvih. Komisija je odgovorila z dopisom z dne 28. februarja 2003, nato je družba WIN 4. marca 2003 vložila odgovor na dopis o dejstvih.

10 – Na podlagi pooblastil, ki so ji podeljena v skladu s členom 12(1) Uredbe Sveta št. 17 z dne 6. februarja 1962, Prve uredbe o izvajanju členov [81] in [82] Pogodbe (UL 13, str. 204).

- 5 Komisija je z [izpodbijano odločbo] ugotovila, da „je družba [WIN] kršila člen 82 [ES]“<sup>11</sup> [...] ji [...] naložila prenehanje kršitve [...] in [...] globo v višini 10,35 milijona EUR [...]
- 6 Odločba opredeljuje zadevni trg kot francoski trg širokopasovnega internetnega dostopa za gospodinjstva. Kršitev se nanaša na storitve širokopasovnega internetnega dostopa s tehnologijo ADSL (Wanadoo ADSL in eXtense).
- 7 Odločba določa, da je v primeru storitve Wanadoo ADSL naročnik v času nastanka dejstev moral mesečno plačevati naročnino družbi [FT] za opravljene storitve, najem modema ADSL pri družbi [FT] in naročnino družbi WIN kot ponudniku internetnega dostopa (v nadaljevanju: PID). Pri storitvi eXtense je modem kupil uporabnik, ki je plačeval le mesečno naročnino družbi WIN za storitev družbe [FT] in za neomejen internetni dostop (flat-rate).
- 8 Po preučitvi različnih dejstev, med katerimi so tržni deleži (točke od 211 do 222 preambule odločbe) in učinki ‚opiranja‘ na družbo [FT] (točke od 223 do 228), je Komisija ugotovila obstoja prevladujočega položaja družbe WIN na zadevnem trgu. Nato je želela dokazati, da cene, nižje od stroškov, družbe WIN sodijo v načrtno strategijo plenilstva z namenom ‚polastitve‘ trga in zato pomenijo zlorabo prevladujočega položaja v smislu člena 82 ES (točka 254).
- 9 Odločba določa začetek obdobja kršitve s 1. marcem 2001 in konec s 15. oktobrom 2002, ki je datum začetka veljavnosti ukrepa za odpravo kršitve, ki ga je družba [FT] predstavila marca 2002. Spremenljivi stroški naj ne bi bili pokriti s cenami, ki so se zaračunavale med marcem in avgustom 2001, celotni stroški pa naj ne bi bili pokriti od avgusta 2001 (člen 1 odločbe, glej točko 5 zgoraj).
- 10 Ta odločba je bila 23. julija 2003 vročena družbi WIN [...]
- 11 Po združitvi 1. septembra 2004 je družba France Télécom SA prevzela pravice družbe WIN.“

11 – Glej točko 2 teh sklepnih predlogov.

## II – Postopek pred Sodiščem prve stopnje in izpodbijana sodba

5. Družba WIN je pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 2. oktobra 2003 vložila tožbo za razglasitev ničnosti izpodbijane odločbe.

6. Sodišče prve stopnje je v izpodbijani sodbi tožbo zavrnilo.

7. Družba WIN je v utemeljitev predloga za razglasitev ničnosti izpodbijane odločbe navedla štiri tožbene razloge, in sicer (i) kršitev pravice do obrambe in bistvene kršitve postopka, (ii) neizpolnitev obveznosti obrazložitve, (iii) kršitev načela individualizacije kazni, in (iv) kršitev člena 82 ES.<sup>12</sup>

8. V tem pritožbenem postopku je sporen samo drugi del četrtega tožbenega razloga (glede kršitve člena 82 ES), ki se nanaša na vprašanje zlorabe.<sup>13</sup> Družba WIN je v tem delu v bistvu trdila, da je Komisija kršila

člen 82 ES, s tem da ni dokazala po zahtevanem pravnem standardu, da je družba WIN zlorabila prevladujoč položaj z zaračunavanjem plenilskih cen za zadevne storitve od marca 2001 do oktobra 2002 (v nadaljevanju: zadevno obdobje).

9. Ta trditev je bila sestavljena iz dveh skupin očitkov, ki so se nanašali na: (i) preizkus kritja stroškov in (ii) Komisijino uporabo preizkusa plenilstva.

10. Prvič, zdi se, da se stranki v bistvenem strinjata glede naslednjega:

- zadevne storitve so naročniško razmerje za internetni dostop in se zato zagotavljajo določen čas; povprečno trajanje naročniškega razmerja je 48 mesecev;

<sup>12</sup> – Družba WIN je v utemeljitev tožbe pred Sodiščem prve stopnje podredno predlagala odpravo ali znižanje globe, pri čemer je navedla: (i) kršitev načela individualizacije kazni in načela zakonitosti kazni, (ii) odsotnost učinkov zadevnega ravnanja, (iii) da je bilo trajanje kršitve nepravilno opredeljeno in (iv) kršitev načela sorazmernosti.

<sup>13</sup> – Glej točke od 122 do 230 izpodbijane sodbe.

- vsako naročniško razmerje ustvarja tekoče mesečne prihodke;

- strukturo stroškov sestavljajo „stroški pridobivanja naročnikov“ ali „tekmovalni stroški“, kot so izdatki za oglaševanje in promocijo, „začetni paketi“ za stranke itn. (ki sodijo v skupino neponovljivih stroškov, ker jih mora družba kriti le enkrat, da bi sklenila naročniško pogodbo s stranko), in „stroški proizvodnje“ in „stroški omrežja“ (ki sodijo v skupino tekočih stroškov poslovanja, ker so povezani z zagotavljanjem naročniških storitev ter jih mora družba kriti vsak mesec; lahko so spremenljivi stroški, kot so stroški, povezani z dostopom do omrežja družbe FT, ki ga ta zaračunava na podlagi števila naročnikov, ali fiksni stroški, kot so stroški, povezani s poslovanjem družbe).

#### A – Očitki glede preizkusa kritja stroškov

12. Sodišče prve stopnje je ugotovilo<sup>14</sup>, da „[k]er je Komisija uporabila ta postopek, je menila, da cene, ki jih izvaja družba WIN, tej ne omogočajo, da bi pokrila niti spremenljive stroške do avgusta 2001 niti celotne stroške od januarja 2001 do oktobra 2002 [...] ker o nekritju celotnih stroškov do avgusta 2001 ob upoštevanju stopnje kritja spremenljivih stroškov ni bilo dvomov“.

13. Sodišče prve stopnje je pri obravnavanju očitka družbe WIN glede Komisijine izbire metode za izračun stopnje kritja stroškov najprej spomnilo, da ker je ta izbira pomenila zapleteno gospodarsko presojo Komisije, ji je bilo treba priznati široko diskrecijsko pravico. Sodni nadzor Sodišča prve stopnje je bil zato omejen na preverjanje, ali so bila spoštovana ustrezna pravila postopka in izpolnjena obveznost obrazložitve, ali je bilo dejansko stanje pravilno ugotovljeno in ali so nastale očitne napake pri presoji ter zloraba pooblastil.<sup>15</sup>

11. Komisija je, da bi izračunala kritje stroškov, mesečne prihodke v bistvu primerjala z vsoto tekočih mesečnih stroškov poslovanja in dela neponovljivih stroškov, ki je – na podlagi razdelitve teh stroškov v obdobje 48 mesecev – ustrezal enemu mesecu. Komisija je zlasti izračunala povprečje razmerja za štiri zaporedna obdobja: od 1. januarja do 31. julija 2001, od 1. avgusta do 15. oktobra 2001, od 15. oktobra 2001 do 15. februarja 2002 in od 15. februarja do 15. oktobra 2002.

14. Sodišče prve stopnje je nato s sklicevanjem na sodbi Akzo in Tetra Pak II<sup>16</sup> poudarilo, da „[po eni strani] cene, ki so nižje od povprečja spremenljivih stroškov,

<sup>14</sup> – Glej točko 138 izpodbijane sodbe.

<sup>15</sup> – Glej točko 129, ki se v tem smislu sklicuje na sodbo Sodišča z dne 28. maja 1998 v zadevi Deere proti Komisiji (C-7/95 P, Recueil, str. I-3111, točka 34 in navedena sodna praksa).

<sup>16</sup> – Navedeni v opombah 3 in 4.

omogočajo, da se predvidi izključitveni značaj cen, po drugi strani pa je treba cene, ki so nižje od povprečja skupnih stroškov, vendar višje od povprečja spremenljivih stroškov, šteti za zlorabo, če so določene v okviru načrta, katerega namen je izločiti konkurenta<sup>17</sup>.

15. Sodišče prve stopnje je poudarilo, da je Komisija v obravnavani zadevi izpodbijano odločbo oprla na analizo dejanskega kritja prilagojenih stroškov. Komisija je v skladu z načelom amortizacije razporedila stroške pridobivanja strank na 48 mesecev. Na tej podlagi je ločeno presodila prilagojene spremenljive stroške in prilagojene skupne stroške.<sup>18</sup>

16. Sodišče prve stopnje je nato zavrnilo trditve družbe WIN, da je Komisija uporabila statični preizkus kritja – ne da bi upoštevala časovno prilagoditev tekočih mesečnih stroškov poslovanja, ki bi bila za družbo WIN mnogo neugodnejša. Sodišče je poudarilo, da je Komisija pri vsakem obdobju obravnavane kršitve in glede vseh naročnikov upoštevala zaporedna znižanja cen iz zadevnega obdobja. Komisija je celo sestavila svojo analizo glede na ta znižanja.<sup>19</sup>

17. Poleg tega je Sodišče prve stopnje odločilo, da je Komisija upravičeno štela, da se prihodki in stroški, nastali po oktobru 2002 – in zato po kršitvi – ne morejo upoštevati pri presoji stopnje kritja stroškov v zadevnem obdobju.<sup>20</sup>

18. Nazadnje je Sodišče prve stopnje opozorilo, da tudi če bi družba WIN dokazala, da je bil postopek, ki ga je predlagala (to je postopka ažuriranih denarnih tokov), v določenih pogledih ustrezen, to ne bi moglo zadostovati za dokaz, da je bil postopek, ki ga je uporabila Komisija, nezakonit.<sup>21</sup>

19. Poleg tega je družba WIN trdila, da je Komisija nepravilno uporabila svoj postopek izračuna, zlasti pri izračunih fiksnih in spremenljivih stroškov.

20. Sodišče prve stopnje je glede tega odločilo, da neodvisno od dopustnosti tega tožbenega razloga dejstvo, da je pri izvrševanju diskrecijske pravice sprejela, da stopnja kritja spremenljivih stroškov v višini 99,7 % ni pomenila kršitve, Komisije ni obvezovalo, da

17 – Glej točko 130 izpodbijane sodbe.

18 – Glej točko 132.

19 – Glej točke od 140 do 143.

20 – Glej točko 152.

21 – Glej točko 153.

sprejme enak pristop glede stopnje kritja v višini 98 % ali 99 %, glede, na primer, celotnih stroškov. Zato je bilo treba ta tožbeni razlog zavrniti kot brezpredmetnega.<sup>22</sup>

bili sporni, če bi jih sprejela ali izvedla neprevladujoča podjetja.<sup>23</sup>

## B – Očitki glede preizkusa o plenilstvu

21. Sodišče prve stopnje je tudi zavrnilo očitke družbe WIN glede preizkusa o plenilstvu, ki ga je uporabila Komisija.

22. Prvič, zavrnilo je trditve družbe WIN, da je operater imel pravico v dobri veri uskladiti cene s cenami, ki so jih prej zaračunavali konkurenti, čeprav so bile nižje od stroškov zadevnega podjetja.

23. Potem ko je Sodišče prve stopnje ugotovilo, da niti praksa Komisije niti sodna praksa sodišč Skupnosti ni priznala, da je bila pravica prevladujočega podjetja uskladiti cene s cenami konkurentov absolutna, je poudarilo, da so bile podjetjem v prevladujočem položaju naložene posebne obveznosti in se jim je lahko odrekla pravica do ravnanj ali sprejetja ukrepov, ki sami po sebi niso zlorabe in ne bi

24. Sodišče prve stopnje je odločilo, da „[se družba] WIN [...] za utemeljitev ravnanja ne more sklicevati na brezpogojno pravico do prilagoditve cenam konkurentov. Čeprav je res, da prilagoditev prevladujočega podjetja konkurenčnim cenam sama po sebi ne pomeni zlorabe in ni vredna obsodbe, ne moremo izključiti, da taka postane, če njen namen ne bi bil le zaščititi njegovih interesov, ampak okrepiti ta prevladujoči položaj in ga zlorabiti.“<sup>24</sup>

25. Drugič, Sodišče prve stopnje je odločilo, da ne bo sprejelo očitka družbe WIN, ki je temeljil na neobstoju plenilskega načrta in zmanjšanja konkurence.

26. Po mnenju družbe WIN je Komisija storila resno kršitev člena 82 ES, s tem da je ugotovila, da je ta načrt obstajal. Dejansko, take strategije plenilstva ni mogoče nikakor šteti za racionalno v tržnih pogojih, ki so obstajali ob nastanku dejstev, zlasti ob upoštevanju nizkih ovir za vstop na trg.<sup>25</sup>

22 – Glej točke od 165 do 169.

23 – Glej točko 186.

24 – Glej točko 187.

25 – Glej točko 188.

27. Sodišče prve stopnje je s sklicevanjem na sodno prakso Skupnosti spomnilo, da če bi bile cene pri morebitnih plenilskih cenah pod povprečjem skupnih stroškov, bi bilo treba obstoj načrta za izključitev konkurence in namena izključitve konkurence dokazati na podlagi trdnih in doslednih dokazov.<sup>26</sup> Nato je poudarilo, da so ugotovitve iz notranjih dokumentov družbe, na katere se je sklicevala Komisija, kazale na plenilski načrt in bile podkrepljene z dokazi. Sodišče prve stopnje je odločilo, da je družba WIN v pritožbi navedla le nenatančne trditve, ki Sodišču niso omogočale, da odloči, in jih je zato zavrnilo. Ugotovilo je, da je Komisija predložila trdne in dosledne dokaze za obstoj plenilskega načrta v celotnem obdobju kršitve.<sup>27</sup>

29. Sodišče prve stopnje je odločilo, da je Komisija v skladu s sodbama Akzo in Tetra Pak II pravilno menila, da dokaz o nadomestitvi izgub ni bil pogoj za ugotovitev plenilskih cen. V skladu s sodno prakso Skupnosti je lahko Komisija cene pod povprečjem spremenljivih stroškov štela za zlorabo. V tem primeru se je izključitveni značaj teh cen domneval. Glede celotnih stroškov je morala Komisija predložiti tudi dokaze, da so plenilske cene družbe WIN bile del načrta „polastitve“ trga. V nobenem od teh dveh položajev ni bilo treba dodatno dokazati, da je imela družba WIN realno možnost nadomestiti izgube.<sup>29</sup>

### III – Predlogi strank

30. Družba FT predlaga Sodišču, naj:

28. Tretjič, družba WIN je trdila, da je bila nadomestitev izgub popolnoma ločena od preizkusa plenilstva in Komisija je morala predložiti dokaze o tem. Komisija naj bi zato storila hudo napako pri uporabi prava, s tem da je menila, da ni bilo treba dokazati nadomestitve izgub. Poleg tega je družba WIN trdila, da je Komisija storila očitno napako pri presoji in napačno uporabila pravo, s tem da je menila, da je predložila dokaze o tem, da je bila nadomestitev izgub mogoča.<sup>28</sup>

– razveljavi izpodbijano sodbo in zato:

– zadevo vrne v ponovno odločanje Sodišču prve stopnje;

<sup>26</sup> – Glej točke od 195 do 198.

<sup>27</sup> – Glej točke od 199 do 215.

<sup>28</sup> – Glej točke od 219 do 223.

<sup>29</sup> – Glej točke od 224 do 229.

- ali samo dokončno odloči in za nično razglasi odločbo ter tako ugodi predlogom pritožnice, ki jih je vložila na prvi stopnji;

*A – Prvi pritožbeni razlog: neizpolnitev obveznosti obrazložitve*

33. Prvi pritožbeni razlog je sestavljen iz dveh očitkov. Pritožnica s prvim očitkom trdi, da Sodišče prve stopnje ni izpolnilo obveznosti obrazložitve v zvezi z zahtevo, da mora biti možnost nadomestitve dokazana.

- Komisiji naloži plačilo stroškov.

31. Komisija predlaga Sodišču, naj:

34. Pritožnica z drugim očitkom prvega pritožbenega razloga trdi, da Sodišče prve stopnje ni izpolnilo obveznosti obrazložitve glede pravice do prilagoditve cen cenam konkurentov, kar je Sodišče prve stopnje izključilo brez pojasnila.

- pritožbo zavrne;

35. Iz praktičnih razlogov bom zgornje očitke obravnaval v obrnjenem vrstnem redu.

- pritožnici naloži plačilo stroškov.

1. Pravica do prilagoditve cen cenam konkurentov

#### **IV – Pritožba**

a) Bistvene trditve strank

32. Pritožnica navaja sedem pritožbenih razlogov v utemeljitev pritožbe.

36. *Pritožnica* graja dejstvo, da je Sodišče prve stopnje v točki 187 izpodbijane sodb le navedlo, da „[č]eprav je res, da prilagoditev

prevladujočega podjetja konkurenčnim cenam sama po sebi ne pomeni zlorabe ali ni vredna obsodbe, ne moremo izključiti, da *taka postane*, če njen namen ne bi bil le zaščititi njegovih interesov, ampak okrepiti ta prevladujoči položaj in ga zlorabiti“ (moj poudarek).<sup>30</sup> Pritožnica trdi, da je zgornja navedba povsem hipotetična in da Sodišče prve stopnje ni nikakor pojasnilo, ali je družba WIN v tej zadevi nameravala okrepiti ali zlorabiti svoj položaj.

mogoče trditi, da ima prevladujoče podjetje absolutno pravico prilagoditve cene cenam konkurentov. To stališče sta priznali Komisija v dotedanji praksi in upoštevna sodna praksa.

39. Ta ugotovitev se mi zdi pravilna.

37. Komisija trdi, da je pritožnica pred Sodiščem prve stopnje uveljavljala le „izjemo prilagoditve“ ali „temeljno pravico do prilagoditve“, ki jo imajo vsa podjetja, naj bodo prevladujoča ali ne, tudi kadar so cene konkurentov take, da mora sprejeti cene, ki so nižje od stroškov. Komisija zato trdi, da je Sodišče prve stopnje pravilno izključilo obstoj te absolutne pravice.

40. Vendar se je Sodišče prve stopnje v točki 185 izpodbijane sodbe na splošno sklicevalo na ustaljeno sodno prakso, ki predvideva, da podjetju kljub dejstvu, da mu zaradi njegovega prevladujočega položaja ni mogoče odreči pravice do ohranitve njegovih poslovnih interesov, če so ti ogroženi, in mu je treba dati možnost, da izvede razumna dejanja, za katera meni, da so primerna za ohranitev teh interesov, takega ravnanja ni mogoče dopustiti, če je njegov dejanski namen okrepitev in zloraba tega prevladujočega položaja.<sup>31</sup>

## b) Presoja

38. Sodišče prve stopnje je v točkah od 176 do 182 izpodbijane sodbe obravnavalo vprašanje pravice družbe WIN do prilagoditve cen cenam konkurentov. Ugotovilo je, da ni bilo

41. Sodišče prve stopnje je nato v točki 186 izpodbijane sodbe spomnilo na svojo sodno prakso, v kateri je poudarilo, da iz značaja obveznosti iz člena 82 ES izhaja, da se lahko v določenih okoliščinah podjetjem v prevladu-

30 – Glej točko 187 izpodbijane sodbe.

31 – Pri tem navaja sodbo Sodišča z dne 14. februarja 1978 v zadevi United Brands proti Komisiji (27/76, Recueil, str. 207, točka 189) in sodbi Sodišča prve stopnje z dne 1. aprila 1993 v zadevi BPB Industries in British Gypsum proti Komisiji (T-65/89, Recueil, str. II-389, točka 117) ter z dne 8. oktobra 1996 v združenih zadevah Compagnie maritime belge transports in drugi proti Komisiji (od T-24/93 do T-26/93 in T-28/93, Recueil, str. II-1201, točka 146).

jočem položaju odreče pravica do sprejetja ali do izvajanja ravnanj, ki sama po sebi niso zlorabe in bi jih celo ne bi bilo mogoče izpodbijati, če bi jih sprejela ali izvedla neprevladujoča podjetja.<sup>32</sup>

stopnje v obravnavani zadevi ni nikakor obravnavalo tega vprašanja.

42. Sodišče prve stopnje je končalo z ugotovitvijo: „[d]ružba WIN se za utemeljitev ravnanja ne more sklicevati na absolutno pravico do prilagoditve cenam konkurentov. Čeprav je res, da uskladitev prevladujočega podjetja konkurenčnim cenam sama po sebi ne pomeni zlorabe in ni vredna obsodbe, ne moremo izključiti, da taka postane, če njen namen ne bi bil le zaščititi njegovih interesov, ampak okrepiti ta prevladujoči položaj in ga zlorabiti.“<sup>33</sup>

43. Zdi se, da je Sodišče prve stopnje obravnavalo pravico prevladujočega podjetja do prilagoditve cen cenam konkurentov na splošno, ne da bi jo uporabilo za dejansko stanje posamezne zadeve, o kateri odloča.

45. Glede tega je treba ugotoviti, ali je Sodišče prve stopnje izpolnilo formalno obveznost obrazložitve, ki jo nalaga člen 36 Statuta Sodišča Evropskih skupnosti, ki se za Sodišče prve stopnje uporablja na podlagi prvega odstavka člena 53 Statuta. V členu 36 je določeno, da morajo biti sodbe obrazložene.<sup>34</sup>

46. Generalni pravobranilec Léger je v sklepnih predlogih v zadevi Acerinox pripomnil, da „[lahko ugotovimo], da mora obrazložitev sodbe jasno in nedvoumno izražati sklepanje Sodišča prve stopnje, tako da se zainteresirane stranke lahko seznani z utemeljitvijo sprejete odločbe in da Sodišče izvrši sodni nadzor“.<sup>35</sup>

44. Drugače povedano, Sodišče prve stopnje ni posebej preučilo, ali je družba WIN prilagodila cene, da bi okrepila in zlorabila prevladujoči položaj. Menim, da Sodišče prve

32 – Pri tem navaja sodbo Sodišča prve stopnje z dne 17. julija 1998 v zadevi ITT Promedia proti Komisiji (T-111/96, Recueil, str. II-2937, točka 139).

33 – Glej točko 187 izpodbijane sodbe.

34 – Glede ustreznih določb Statuta Sodišča ESPJ glej sodbo Sodišča z dne 11. septembra 2003 v zadevi Belgija proti Komisiji (C-197/99 P, Recueil, str. I-8461, točka 63).

35 – Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Légerja, predstavljeni 28. oktobra 2004 v zadevi Compañía española para la fabricación de aceros inoxidables SA (Acerinox) proti Komisiji Evropskih skupnosti (C-57/02 P, ZOdl., str. I-6689, točka 32), v katerih sta v tem smislu navedeni sodbi Sodišča z dne 14. maja 1998 v zadevi Svet proti De Nilu in Impensu (C-259/96 P, Recueil, str. I-2915, točke od 32 do 34) in z dne 17. maja 2001 v zadevi IECC proti Komisiji (C-449/98 P, Recueil, str. I-3875, točka 70) ter sklepi z dne 19. julija 1995 v zadevi Komisija proti Atlantic Container Line in drugim (C-149/95 P(R), Recueil, str. I-2165, točka 58); z dne 14. oktobra 1996 v zadevi SCK in FNK proti Komisiji (C-268/96 P(R), Recueil, str. I-4971, točka 52) in z dne 25. junija 1998 v zadevi Nizozemski Antili proti Svetu (C-159/98 P(R), Recueil, str. I-4147, točka 70). Glej tudi zgoraj navedeno sodbo Acerinox, točka 36.

47. Medtem ko je Komisija v stališčih pred Sodiščem prve stopnje zatrjevala, da se prevladujočemu podjetju ne sme dovoliti, da prilagodi cene, kadar prevladujoče podjetje ne bi krilo stroškov zadevne storitve,<sup>36</sup> je očitno, da je odgovor Sodišča prve stopnje na to vprašanje nekoliko subtilen. Namreč, zdi se, da iz formulacije, uporabljene v točki 187 izpodbijane sodbe, izhaja, da je Sodišče prve stopnje poskusilo pustiti odprta vrata za „ugovor zaradi konkurenčnosti“ v prihodnjih zadevah, v katerih bi prevladujoče podjetje zaračunavalo cene, nižje od stroškov.

48. Sodišče prve stopnje je po sklicevanju na sodno prakso iz zadeve United Brands<sup>37</sup> in sodno prakso, ki se nanaša na posebne obveznosti, naložene podjetjem v prevladujočem položaju, pri odgovoru na vprašanje iz točke 184 izpodbijane sodbe sprejelo formulacijo tega, kaj je dopustna prilagoditev na cene konkurentov; ta formulacija se nekoliko razlikuje od preizkusa, ki ga je navedla Komisija in ki se je uporabil v izpodbijani odločbi, kot je opisano v točkah 176 in 183 izpodbijane sodbe.

49. Sodišče prve stopnje bi moralo zato presoditi, ali ta (nova) formulacija velja za dejansko stanje v obravnavani zadevi ali ne, česar očitno ni storilo.

36 – To trditev bi bilo mogoče enostavno izpodbijati, ker Komisija ne pojasni, katere stroške (spremenljive ali celotne itd.) ima v mislih.

37 – Glej sodbo Sodišča v zadevi United Brands proti Komisiji, navedeno v opombi 31, točka 189; sodbo Sodišča prve stopnje v zadevi BPB Industries and British Gypsum proti Komisiji, navedeno v opombi 31, točka 117; sodbo Sodišča prve stopnje v zadevi Compagnie maritime belge transports in drugi proti Komisiji, navedeno v opombi 31, točka 146.

50. Strinjam pa se s trditvijo pritožnice, da je trditev Sodišča prve stopnje v točki 187 izpodbijane sodbe<sup>38</sup> povsem hipotetična in se *prima facie* zdi nepopolna. V zvezi s tem ne morem sprejeti trditve Komisije, da je ta navedba „dopolnjena“ (in/ali da se nova formulacija tega, kaj je dopustna prilagoditev, uporablja za dejansko stanje v obravnavani zadevi) v točkah od 199 do 218 izpodbijane sodbe, v katerih je Sodišče prve stopnje odločilo, da je Komisija predložila potrebne elemente v dokaz plenilskih cen, ki so nižje od povprečnih celotnih stroškov. Prvič, to trditev je v postopku podala prepozno, da bi bila dopustna, to je šele na obravnavi, in je bila kot taka nova glede na pisna stališča. Poleg tega menim, da temelji na tistih točkah izpodbijane sodbe, ki niso povezane s točko 187.

51. Končno menim, da so neobrazložitev Sodišča prve stopnje in pomanjkljivosti v njegovi utemeljitvi, kot navedeno zgoraj, še toliko resnejše, ker se zdi, da je to prva zadeva, v kateri je sodišče Skupnosti neposredno obravnavalo ugovor prilagoditve v položaju, kakršen je v obravnavani zadevi.

38 – V kateri je v bistvu navedeno, da lahko prilagoditev postane sporna, če njen namen ne bi bil le ščititi interesov prevladujočega podjetja, ampak okrepiti prevladujoči položaj in ga zlorabiti.

52. Iz tega izhaja, da Sodišče prve stopnje ni izpolnilo obveznosti obrazložitve in je poleg tega napačno uporabilo pravo.

navedeno, da ni treba dokazati možnosti nadomestitve izgub.

53. Zato bi bilo treba drugem očitku prvega pritožbenega razloga ugoditi.

55. *Komisija* se v dupliki sklicuje na svoj odgovor na sedmi pritožbeni razlog in v bistvu trdi, da v sodni praksi Skupnosti ni navedeno, da je zahtevan dokaz o nadomestitvi izgub. Podredno trdi, da je v izpodbijani odločbi dejansko zelo natančno preučila, ali je v obravnavani zadevi obstajala možnost nadomestitve, in ugotovila, da je obstajala.

## 2. Dokaz o (možnosti) nadomestitve izgub

### a) Bistvene trditve strank

54. *Pritožnica* v bistvu trdi, da je Sodišče v sodbi Tetra Pak II odločilo, da *glede na okoliščine te posamezne zadeve* ni bilo primerno poleg tega zahtevati dokaza, da je prevladujoče podjetje imelo realno možnost nadomestiti izgube.<sup>39</sup> Sodišče prve stopnje je v izpodbijani sodbi odločilo spremeniti to ugotovitev v splošno pravilo, vendar tega ni obrazložilo. Pritožnica dodaja, da so bile okoliščine v zadevi Tetra Pak II popolnoma drugačne od obravnavanih, ker je bila družba Tetra Pak v tako imenovanem odločno prevladujočem položaju na zrelem trgu. Nazadnje, v sodni praksi Skupnosti ni nikjer

### b) Presoja

56. Sodišče prve stopnje je v točki 226 izpodbijane sodbe navedlo točko 44 sodbe Tetra Pak II, v kateri je poudarjeno, da „v okoliščinah te zadeve ne bi bilo primerno, da se poleg tega dodatno zahteva dokaz, da je imela družba Tetra Pak resnično možnost nadomestiti izgube. Dejansko se lahko plenilske cene sankcionirajo, če obstaja nevarnost izključitve konkurentov. Tako nevarnost je v tem primeru ugotovilo Sodišče prve stopnje v točkah 151 in 191 [sodbe Tetra Pak II]. Želeni cilj, ki je ohranitev neizkrivljene konkurence, ne dopušča čakanja, da bi taka strategija pripeljala do dejanske izključitve konkurentov.“ Sodišče prve stopnje je nato v točkah 227 in 228 izpodbijane sodbe

<sup>39</sup> – Sodba Tetra Pak II, navedena v opombi 4, točka 44.

ugotovilo, da „[...] je Komisija za zlorabo lahko torej štela cene, ki so nižje od povprečja spremenljivih stroškov. V tem primeru se sumi na izključevalni značaj cen [...] Glede celotnih stroškov je morala Komisija predložiti tudi dokaz, da so plenilske cene družbe WIN sodile v okvir načrta za ‚polastitev‘ trga. V obeh primerih ni bilo nujno kot dodaten dokaz ugotoviti, da je imela družba WIN resno možnost, da nadomesti izgube. [...] Komisija je torej pravilno menila, da dokaz o nadomestitvi izgub ni bil pogoj za ugotovitev plenilskih cen.“<sup>40</sup>

57. Kot je bilo že navedeno zgoraj glede očitka v zvezi s pravico do prilagoditve cen, mora obrazložitev, na kateri temelji sodba Sodišča prve stopnje, jasno in nedvoumno izražati sklepanje tega sodišča, tako da se zainteresirane stranke lahko seznani z utemeljitvijo sprejete odločbe in da Sodišče lahko opravi sodni nadzor.<sup>41</sup>

58. Po mojem mnenju Sodišče prve stopnje ni pojasnilo, zakaj je menilo, da ni bilo treba dokazati možnosti nadomestitve izgub ob upoštevanju posebnih okoliščin obravnavane zadeve.

59. Sodišče prve stopnje je navedlo sodbo, v kateri je jasno navedeno, da ni bilo primerno zahtevati dokaza, da je imelo prevladujoče podjetje realno možnost nadomestiti izgube *glede na okoliščine te posamezne zadeve*. Menim, da Sodišče prve stopnje ne bi smelo kar tako spremeniti te ugotovitve, ki je jasno temeljila na posebnih okoliščinah zadeve Tetra Pak II, v splošno pravilo. Ker je to storilo, ne da bi za to podalo kakršno koli pojasnilo, s tem očitno ni izpolnilo obveznosti obrazložitve.

60. Zato ugotavljam, da je Sodišče prve stopnje storilo dvojno napako. Prvič, njegova zmotna razlaga in uporaba sodbe Tetra Pak II pomeni uporabo napačnega pravila. Drugič, kot je pojasnjeno zgoraj, Sodišče prve stopnje očitno ni izpolnilo obveznosti obrazložitve.

61. Poleg tega lahko dodam, da Sodišče prve stopnje ni natančno odgovorilo na trditev, ki jo je podala družba WIN. Ta ni trdila, da je Komisija morala dokazati „dejansko“ nadomestitev izgub. Prej je navedla, da bi Komisija morala dokazati, da je družba WIN lahko „predvidela možnost“ nadomestitve izgub.

62. Dejansko, v obsegu, v katerem neupoštevanje Sodišča prve stopnje določenih delov

40 – Glej točke od 226 do 228 izpodbijane sodbe.

41 – Glej navedeno sodno prakso v opombi 35.

trditev pritožnice vpliva na izid postopka in tako neugodno vpliva na njene interese, lahko tudi pomeni kršitev pravice do zaslišanja.<sup>42</sup>

Sodišče prve stopnje kršilo člen 82 ES, ko je odločilo, da dokaz možnosti nadomestitve izgub ni bil pogoj za ugotovitev plenilskih cen.

63. Zato je treba tudi prvemu očitku prvega pritožbenega razloga ugoditi.

#### 1. Bistvene trditve strank

64. Iz zgornjih preudarkov izhaja, da je Sodišče prve stopnje kršilo dolžnost obrazložitve in napačno uporabilo pravo, zato je treba izpodbijano sodbo razveljaviti.

66. *Pritožnica* trdi, da sodna praksa Skupnosti zahteva dokaz možnosti nadomestitve izgub, brez katere si plenilstva ni mogoče predstavljati, ker brez predvidevanja nadomestitve plenilske cene ne morejo škodovati za razumno gospodarsko obnašanje. Pritožnica trdi, da tako menijo tudi številna nacionalna sodišča in organi, pristojni za varovanje konkurence ter številni pravni teoretiki.

*B – Prvi očitek sedmega pritožbenega razloga: kršitev člena 82 ES – nadomestitev izgub – možnost nadomestitve izgub kot pogoj za ugotovitev plenilskih cen*

65. Sedmi pritožbeni razlog je sestavljen iz dveh očitkov. Pritožnica s prvim očitkom, ki ga bom obravnaval na tem mestu, trdi, da je

67. *Komisija* trdi, da sodna praksa Skupnosti ne zahteva posebnega dokaza o možnosti nadomestitve izgub. V nasprotju s pristopom protimonopolnega prava ZDA presoja zlorabe na podlagi člena 82 ES predpostavlja obstoj prevladujočega položaja (glej sodbo Hoffman-

<sup>42</sup> – Sodba Sodišča z dne 10. decembra 1998 v zadevi Schröder in drugi proti Komisiji (C-221/97 P, Recueil, str. I-8255, točka 24).

La Roche proti Komisiji<sup>43</sup>), kar samo po sebi zadostuje za ugotovitev, da je nadomestitev izgub mogoča.

v sodbi Tetra Pak II jasno nameravalo izogniti splošni ugotovitvi,<sup>44</sup> na podlagi katere ne bi bilo treba dokazati možnosti nadomestitve v prihodnjih zadevah glede plenilskih cen.<sup>45</sup>

## 2. Presoja

68. Sodišče prve stopnje je po sklicevanju na sodbo Tetra Pak II v točki 228 izpodbijane sodbe ugotovilo, da je Komisija pravilno menila, da dokaz o nadomestitvi izgub ni bil pogoj za ugotovitev plenilskih cen.

69. Menim, da Sodišče prve stopnje in Komisija napačno razlagata sodno prakso Sodišča. Po mojem mnenju ta sodna praksa zahteva, da mora biti možnost nadomestitve izgub dokazana.

70. Menim, da se je Sodišče z uporabo besedne zveze „v okoliščinah te zadeve“

71. Namreč, kot je pravilno poudaril generalni pravobranilec Fennelly v sklepnih predlogih v zadevi *Compagnie maritime Belge transports* in drugi proti Komisiji,<sup>46</sup> „[s]e zdi, da Sodišče ni šlo tako daleč kot generalni pravobranilec Ruiz-Jarabo Colomer, ki je predlagal[<sup>47</sup>] Sodišču, naj ,ne določi pričakovanja nadomestitve izgub za nov pogoj za ugotovitev obstoja plenilskih cen v nasprotju s členom [82 ES]‘, *inter alia* ker je po mnenju [generalnega pravobranilca Ruiz-Jaraboja

44 – Za podobno razlago glej na primer R. Whish, *Competition Law*, Butterworths, 4. izdaja, 2001, str. 650; A. Jones in B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, str. 342; V. Korah, „The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II“, *Current Legal Problems*, vol. 46, 1993, str. 172; S. Kon in 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) od 70 do 86, str. 75.

45 – Po mojem mnenju iz točke 44 sodbe Sodišča v zadevi Tetra Pak II jasno izhaja, da se dokaz o dejanski nadomestitvi ne zahteva. To izhaja iz navedbe Sodišča v tej točki, da „[d]ejansko se plenilske cene lahko sankcionirajo, če obstaja nevarnost izključitve konkurentov. Tako nevarnost je v tem primeru ugotovilo Sodišče prve stopnje v točkah 151 in 191 izpodbijane sodbe. Zeleni cilj, ki je ohranitev neizkrivljene konkurence, ne dopušča čakanja, da bi taka strategija pripeljala do dejanske izključitve konkurentov.“

46 – Glej sodbo Sodišča z dne 16. marca 2000 v zadevi *Compagnie maritime belge transports* in drugi proti Komisiji (C-395/96 P in C-396/96 P, Recueil, str. I-1365, točka 129 in opomba 84).

47 – Glej točko 78 njegovih sklepnih predlogov v zadevi Tetra Pak II, navedeni v opombi 4.

43 – Sodba Sodišča z dne 13. februarja 1979 v zadevi *Hoffmann-La Roche* proti Komisiji (85/76, Recueil, str. 461).

Colomerja], nadomestitev izgub rezultat, ki ga zasleduje prevladujoče podjetje, plenilske cene pa so same po sebi protikonkurenčne, ne glede na to, ali doseže ta cilj.“

prevladujoče podjetje verjetno deluje v pogojih normalne konkurence.<sup>52</sup>

72. Poleg tega je Sodišče z uporabo teh izrazov odstopilo od brezpogojne ugotovitve v sodbi Sodišča prve stopnje v zadevi Tetra Pak II, da „ni treba konkretno dokazati, da je lahko zadevno podjetje razumno pričakovalo nadomestitev izgub, ki so tako nastale“.<sup>48</sup>

74. Kadar ni možnosti nadomestitve izgub, potrošniki in njihovi interesi načeloma ne bi smeli biti prizadeti. Tu bi želel pripomniti, da se strinjam z generalnim pravobranilcem Jacobsom, ki je v sklepnih predlogih v zadevi Oscar Bronner poudaril, da je „glavni cilj člena [82 ES] preprečevanje izkrivljanja konkurence – in zlasti varovati interese potrošnikov – in ne varovati položaja posameznih konkurentov“.<sup>53</sup>

73. Po mojem mnenju tudi iz sodb Akzo<sup>49</sup> in Hoffman-La Roche<sup>50</sup> izhaja, da se dokaz o možnosti nadomestitve zahteva zato, da bi se ugotovilo plenilstvo na podlagi člena 82 ES.<sup>51</sup> Če ni možnosti nadomestitve,

75. Nazadnje bom izkoristil to priložnost, da poudarim, da so pomen dokaza o možnosti nadomestitve poleg zgorajnavedene sodne

48 – Sodba Sodišča prve stopnje z dne 6. oktobra 1994 v zadevi Tetra Pak proti Komisiji (T-83/91, Recueil, str. II-755, točka 150).

49 – Zlasti točka 71 sodbe.

50 – Zlasti točka 91 sodbe.

51 – Po mojem mnenju presoja možnosti nadomestitve izgub zahteva *ex ante* ali v prihodnost usmerjeno presojo strukture trga po izključitvi, to je možnosti nadomestitve, kot jo lahko razumno predvidi prevladujoče podjetje, ko oblikuje cene. Namreč, zdi se, da je taka presoja podobna tisti, ki jo je sprejela Komisija na področju nadzora koncentracij. Glej sodbo Sodišča z dne 15. februarja 2005 v zadevi Komisija proti Tetra Lavalu (C-12/03 P, ZOdl., str. I-987, točke od 42 do 44). Glej tudi na primer A. Ezrachi, „EC Competition Law“, Hart, 2008, str. 140; P. Papandropoulos, „Article 82 EC reform“, *Droit & économie*, Concurrences št. 1-2008; ter M. de la Mano in B. Durand, „A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82“, GD Konkurencija, Evropska komisija, Office of the Chief Economist Discussion Paper z dne 12. decembra 2005, str. 3.

52 – Glej v tem smislu sklepne predloge generalnega pravobranilca Fennellyja v zadevi Compagnie maritime belge transports in drugi, navedeni v opombi 46, točka 136. Poleg tega, ker je presoja razmerja med ceno in stroški, ki se zahteva v zadevah glede plenilskih cen, nujno dvomljiva in sporna (glej sodbo Akzo, navedeno v opombi 3, glej tudi D. Howarth, „Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC“, EC Competition Law, G. Amato in C.-D. Ehlermann ed., Hart, 2007, str. od 258 do 262), nenazadnje ob upoštevanju vprašanj, kot so: kateri stroški so spremenljivi, kateri fiksni, kaj je upošteveno obdobje itd.; bi zahteva po dokazu o možnosti nadomestitve načeloma prispevala k zmanjševanju stroškov napak (zlasti napačno pozitivnih rezultatov) v zadevah v zvezi z domnevno plenilskimi cenami. Dalje, glede *ex ante* dokaza o možnosti nadomestitve kot koristnega in uporabnega prikaza se strinjam, da je načeloma „preprosteje odločiti na podlagi strukture trga, da nadomestitev ni verjetna, kot pa ugotoviti stroške, ki jih nosi posamezni proizvajalec“. Glej sodbo ZDA A. A. Poultry Farms, Inc proti Rose Acre Farms, Inc 881 F.2d 1396, (7th Cir. 1989), cert denied, 494 U.S. (1990). Taka presoja nadomestitve „omogoči sodišču, da se izogne zapletenemu področju presoje stroškov, preizkusu različnih računovodskih podatkov in nasprotujočih si izvedenskih mnenj o vprašanju, kaj so upoštevni stroški“. Glej avstralsko sodbo Boral (2003) 195 ALR 609, točka 292.

53 – Sklepni predlogi generalnega pravobranilca F.G. Jacobsa, predstavljeni 28. maja 1998 v zadevi Oscar Bronner (C-7/97, Recueil, str. I-7791, točka 58).

prakse poudarile *inter alia* tudi Ekonomska svetovalna skupina o politiki konkurence (EAGCP)<sup>54</sup>, Organizacija za gospodarsko sodelovanje in razvoj<sup>55</sup> ter Evropska skupina regulatornih organov<sup>56</sup>.

o možnosti nadomestitve sam po sebi *ex ante* in usmerjen v prihodnost, tako da temelji na presoji prihodnje strukture trga.<sup>57</sup>

76. V sklepnih predlogih glede vprašanja dokaza možnosti nadomestitve bi želel poudariti, da me ne prepriča utemeljitev Komisije, da v Evropi in na podlagi člena 82 ES prevladujoč položaj predpostavlja nadomestitev, nenazadnje tudi zato, ker opredelitev prevladujočega položaja pogosto temelji na zgodovinskih pogojih trga, medtem ko, kot sem pojasnil zgoraj, je dokaz

77. Iz zgornjih preudarkov izhaja, da je treba prvemu očitku sedmega pritožbenega razloga ugoditi.

78. Po mojem mnenju bi bilo treba že ob upoštevanju zgornjih preudarkov izpodbijano sodbo razveljaviti. Poleg tega menim, da sta vprašanji o dokazu možnosti nadomestitve in o pravici do prilagoditve tako bistveni za obravnavano zadevo, da obravnavana pritožba zahteva ponovno presojo na prvi stopnji.

54 – „Zlasti je treba natančno presoditi sposobnost nadomestitve plenilca“. Poročilo EAGCP, skupine uglednih akademskih ekonomistov, ki svetujejo Generalnemu direktoratu za konkurenco in komisarju za konkurenco, „An economic approach to Article 82“, julij 2005, stran 52, dostopno na: [http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf).

55 – „Preizkus nadomestitve je treba sistematično uporabljati v zadevah glede plenilskih cen“. OECD, Predatory Foreclosure, Direktorat za finančne in podjetniške zadeve, Odbor za konkurenco, DAF/COMP(2005)14, 15. marec 2005, str. 8 in naslednje, dostopno na: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>. Za novejši splošni pregled 35 jurisdikcij glej The International Competition Network, Report on Predatory Pricing, ki ga je pripravil The Unilateral Conduct Working Group, predstavljeno na 7. letni konferenci ICN, Kjoto, april 2008, dostopno na: [http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral\\_WG\\_3.pdf](http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf).

56 – Evropska skupina regulatornih organov za elektronska komunikacijska omrežja in storitve, ki jo je ustanovila Komisija, v točki 36 dokumenta s posvetovanja z dne 21. novembra 2003 o „Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework“ navaja naslednje: „(i) zaračunana cena je nižja od stroškov, (ii) konkurenti so izrinjeni ali izključeni s trga, in (iii) podjetje lahko nadomesti svoje izgube“ (moj poudarek). Ta dokument je dostopen na: [http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330\\_draft\\_joint\\_approach\\_on\\_remedies.pdf](http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf)

57 – Primerjaj: „Hkrati bi bilo treba upoštevati, da dokaz o prevladujočem položaju nujno ne pomeni, da bo lahko prevladujoče podjetje nadomestilo izgube. Medtem ko dokaz o nadomestitvi pomeni, da se bo monopol prevladujočega podjetja nadaljeval, je pomembno upoštevati, da fazi izgube in nadomestitve ne sovpadata [...] Dejstvo, da je bilo podjetje v prevladujočem položaju, ko je prodajalo z izgubo, ne pomeni, da bo lahko v prihodnosti nadomestilo pretekle izgube z zvišanjem cen: pogoji konkurence so lahko v prihodnosti drugačni [...] Drugič, zahteve v zvezi s plenilskimi cenami so bile v praksi uspešne le na podlagi člena 82 ES, ko je bilo nadomestilo dejansko dokazano ali verjetno na podlagi dejanskega stanja“. R. O'Donoghue in A. J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, str. 254. Glej tudi: „Organi bi se morali zavedati, da preizkus obstoja prevladujočega položaja ni enak presoji nadomestitve“, OECD, navedeno v opombi 55, str. 8 in naslednje.

C – *Drugi pritožbeni razlog: kršitev člena 82 ES – prilagoditev cen cenam konkurentov*

WIN na konkurenco „razumen“ in „primeren“ ali ne.

79. Pritožnica z drugim pritožbenim razlogom trdi, da je Sodišče prve stopnje kršilo člen 82 ES, s tem da je družbi WIN odreklo pravico do prilagajanja cen v dobri veri cenam konkurentov.

#### 1. Bistvene trditve strank

80. *Pritožnica* trdi, da Sodišče prve stopnje ni oporekalo temu, da je družba WIN le prilagodila cene cenam konkurentov. Iz tega pa ni izpeljalo nobenega sklepa. Sodišče prve stopnje se je brez pojasnila omejilo na ugotovitev, da bi ta prilagoditev lahko „postala“ zloraba ali sporna. Zato ni spoštovalo pogojev za uporabo člena 82 ES. Pravica do take prilagoditve je vsebovana v praksi odločanja Komisije in sodni praksi Sodišča ter v pravni teoriji o konkurenčnem pravu ter praksi odločanja francoskih organov. Poleg tega je to edini način, da pritožnica ostane konkurenčna na trgu. Nazadnje, pritožnica trdi, da bi moralo Sodišče prve stopnje v skladu s sodno prakso iz zadeve *United Brands*<sup>58</sup> preizkusiti, ali je bil odgovor družbe

81. *Komisija* trdi, da pritožnica ne zatrjuje niti napačne uporabe prava Sodišča prve stopnje glede pritožbenih razlogov, ki se nanašajo na domnevno pravico družbe WIN do prilagoditve, niti nasprotja v obrazložitvi izpodbijane sodbe. Pritožnica trditve v zvezi z „razumnim“ in „primernim“ odgovorom podaja prvič v pritožbi, s tem da očita Komisiji, da ni izvedla preizkusa sorazmernosti. Pritožnica v vsakem primeru graja samo eno točko izpodbijane sodbe (točko 187).<sup>59</sup> Komisija trdi, da je prepoved prilagoditve prevladujočega podjetja, kadar so posledica tega cene, nižje od stroškov, popolnoma v skladu s temeljnimi načeli člena 82 ES, v skladu s katerim ima prevladujoče podjetje „posebno odgovornost“. Komisija podredno trdi, da je bilo v izpodbijani odločbi na podlagi dejanskega stanja odločeno, da trditev družbe WIN, da se je le prilagodila konkurentom, ni bila utemeljena. Sodišče prve stopnje ni bilo dolžno presoјati tega dejanskega stanja.

58 – Navedena v opombi 31.

59 – V skladu s katero uskladitev konkurenčnim cenam „postane [zloraba in jo je mogoče izpodbijati] če [je] njen namen [...] okrepiti [...] prevladujoči položaj [podjetja] in ga zlorabiti“.

## 2. Presoja

82. Prvič, kot sem navedel v točki 39 teh sklepnih predlogov, je Sodišče prve stopnje v točkah od 176 do 182 izpodbijane sodbe pravilno ugotovilo, da sodna praksa Skupnosti ne priznava prevladujočemu podjetju absolutne pravice do prilagoditve cen cenam konkurentov.

83. Pritožnica v obravnavanem pritožbenem razlogu niti ne pojasni, v čem naj bi bila zgornja obrazložitev Sodišča prve stopnje nepravilna, niti ne trdi, da je Sodišče prve stopnje napačno uporabilo pravo.

84. Pritožnica kljub temu trdi, kot je to storila pred Sodiščem prve stopnje, da (absolutno) pravico katerega koli operaterja, da v dobri veri cene prilagodi cenam konkurentov, priznavata sama Komisija v prejšnjih odločbah in sodna praksa Sodišča ter jo soglasno odobravajo teorija in gospodarske analize.

85. Na podlagi prvega odstavka člena 58 Statuta Sodišča in člena 112(1)(c) Poslovnika je treba v pritožbi jasno navesti grajane elemente sodbe, katere razveljavitev zahteva

pritožnica, ter pravne trditve, ki natančno utemeljujejo ta predlog. Sodišče je večkrat razsodilo, da pritožba, ki samo ponavlja ali dobesedno navaja razloge in trditve, ki so bili predloženi Sodišču prve stopnje, ne izpolnjuje te zahteve.<sup>60</sup>

86. Generalni pravobranilec Geelhoed se je v sklepnih predlogih v zadevi Sumitomo Metal Industries and Nippon Steel proti Komisiji<sup>61</sup> glede tega skliceval na upoštevno sodno prakso: „Sodišče je v okviru zdaj obširne in jasne sodne prakse odločilo, da se morajo predloženi pritožbeni razlogi sklicevati na odločbo Sodišča prve stopnje<sup>62</sup> in da je treba, pod pretnjo nedopustnosti, natančno navesti točke odločbe, v katerih je Sodišče prve stopnje kršilo pravo<sup>63</sup>. Iz te zahteve po natančnosti *inter alia* sledi, da ne zadostuje le navesti tožbenega razloga, ne da bi se ga obrazložilo<sup>64</sup>.“

<sup>60</sup> – Glej sodbo Schröder proti Komisiji, navedeno v opombi 42, točka 35. Taka razlaga pritožbe skuša le doseči, da Sodišče ponovno odloči o zadevi, česar pa ne predvideva nobena določba. Glej na primer Sodbo Sodišča z dne 3. marca 2005 v zadevi Biegi Nahrungsmittel in Commonfood proti Komisiji (C-499/03 P, ZOdl., str. I-1751, točki 37 in 38).

<sup>61</sup> – Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Geelhoeda, predstavljeni 12. septembra 2006 v združenih zadevah Sumitomo Metal Industries Ltd (C-403/04 P) in Nippon Steel Corp. (C-405/04 P) proti Komisiji (ZOdl., str. I-729).

<sup>62</sup> – Pritožbeni razlogi, ki so v bistvu usmerjeni proti aktu ali opustitvi izdaje akta institucije (institucij), so nedopustni. Njihova ponovna predložitev bi pomenila, da je šlo za „navadno“ pritožbo. Glej *inter alias* sodbi Sodišča z dne 7. maja 1998 v zadevi Somaco proti Komisiji (C-401/96 P, Recueil, str. I-2587, točka 49) in z dne 22. aprila 1999 v zadevi Kernkraftwerke Lippe-Ems proti Komisiji (C-161/97 P, Recueil, str. I-2057, točki 76 in 77).

<sup>63</sup> – Glej *inter alia* sodbo Schröder proti Komisiji, navedeno v opombi 42, točke 35 in od 38 do 42, in sodbo Sodišča z dne 9. septembra 1999 v zadevi Lucaccioni proti Komisiji (C-257/98 P, Recueil, str. I-5251, točki 61 in 62).

<sup>64</sup> – Glej sodbo Sodišča z dne 8. julija 1999 v zadevi Hercules Chemicals proti Komisiji (C-51/92 P, Recueil, str. I-4235, točka 113).

87. Zato bi bilo treba po mojem mnenju drugi pritožbeni razlog razglasiti za nedopustnega.

88. Vendar predpostavimo, da bi bilo treba obravnavani pritožbeni razlog šteti za dopustnega ne glede na zgorajnavedene dvome v zvezi z njegovo dopustnostjo, zato da bi v dvomu odločili v korist pritožnice.

89. Po mojem mnenju, v nasprotju s tem, kar se zdi, da zatrjuje pritožnica, ni nasprotja v razlogih sodbe, ker izpodbijana sodba ne vsebuje nobene ugotovitve, v skladu s katero „naj Sodišče prve stopnje ne bi oporekalo dejstvu, da je družba WIN le prilagodila cene cenam svojih konkurentov“.

90. Kot sem ugotovil v presoji prvega pritožbenega razloga zgoraj, Sodišče prve stopnje ni uporabilo upoštevne sodne prakse glede pravice do prilagoditve za dejansko stanje obravnavane zadeve.

91. Dejansko, Sodišče prve stopnje na podlagi dejanskega stanja v obravnavani zadevi ni preizkusilo, ali je družba WIN dejansko prilagodila cene v dobri veri cenam konkurentov ali ne. Težava je to, da je to dejansko vprašanje zdaj sporno med strankama v fazi pritožbe.

92. Pritožbe pred Sodiščem pa so omejene na pravna vprašanja, kar pomeni, da je Sodišče prve stopnje izključno pristojno ugotavljati dejansko stanje v postopku na prvi stopnji. Poleg tega strankam ni dovoljeno v pritožbi predlagati dokazov o dejstvih, ki jih Sodišče prve stopnje ni ugotovilo.

93. Po mojem mnenju iz tega sledi, da je drugi pritožbeni razlog dvakratno nedopusten.

94. V skladu s predlogom v teh sklepnih predlogih menim, da je v vsakem primeru treba izpodbijano sodbo razveljaviti in jo Sodišču prve stopnje vrniti v ponovno odločanje. To bi Sodišču prve stopnje omogočilo, da odloči o dejanskem vprašanju glede prilagoditve družbe WIN.<sup>65</sup>

95. Iz načela pa bi kljub temu izkoristil to priložnost, da opozorim na to, kar se mi v tej zvezi zdi pomembno. Prvič, obstaja sodna praksa, na katero se je oprlo Sodišče prve stopnje v točkah 185 in 186 izpodbijane sodbe. Drugič, Sodišče je v sodbi Tetra Pak II poudarilo, da „je obseg posebne odgovornosti, naložene prevladujočemu podjetju, treba preučiti ob upoštevanju posebnih okoliščin vsake zadeve, ki kažejo na oslabljen konku-

<sup>65</sup> – Kadar je treba ugotoviti dodatna dejstva ali znova preučiti tista, ki so že ugotovljena, bo Sodišče vrnilo zadevo Sodišču prve stopnje v ponovno odločanje. Glej v zvezi s tem sodbo Sodišča z dne 17. decembra 1992 v zadevi Moritz proti Komisiji (C-68/91 P, Recueil, str. I-6849, točki 41 in 42).

renčni položaj“.<sup>66</sup> Zato je treba vprašanje prilagoditve v zadevi, kakršna je obravnavana, ugotavljati od primera do primera. In, tretjič, po mojem mnenju je treba upoštevati okoliščine, v katerih je prevladujočemu podjetju izjemoma dovoljeno, da dokaže, da so njegove cene, ki so nižje od povprečja spremenljivih stroškov, objektivno upravičene.<sup>67</sup>

stva, ki ga je Sodišče zahtevalo v sodbi Akzo. Na podlagi metode, ki jo je uporabila Komisija, je bilo nemogoče ugotoviti, ali so naročniki družbe WIN med njihovim naročniškim razmerjem ustvarjali dobiček ali izgubo za to družbo.

#### D – Tretji pritožbeni razlog: kršitev člena 82 ES – izkrivljanje preizkusa plenilstva

##### 1. Bistvene trditve strank

96. Pritožnica s tretjim pritožbenim razlogom trdi, da je Sodišče prve stopnje kršilo tudi člen 82 ES, s tem da ni grajalo Komisijine metode za izračun kritja stroškov, ki je vključevala izkrivljanje preizkusa plenil-

97. Glede *spremenljivih stroškov pritožnica* trdi, da je zato, da bi se cene, nižje od spremenljivih stroškov, šteje za zlorabo na podlagi člena 82 ES, v točki 71 sodbe Akzo zahtevano, da se z metodo za izračun kritja stroškov dokaže, da so se proizvodi ali storitve prodajali z izgubo. Uporabljena metoda je lahko združljiva s členom 82 ES le, če dokaže, da je naročniško razmerje glede nekaterih naročnikov ustvarjalo izgubo v obdobju 48 mesecev. Ker pa je družba WIN v tožbi za razveljavitev trdila, da je dejansko vsak naročnik v celotnem zadevnem obdobju ustvarjal dobiček za družbo WIN, se Sodišče prve stopnje ni moglo brez kršitve člena 82 ES izogniti temu, da preveri, ali je Komisija dokazala, da so vsaj nekateri naročniki ustvarili skupno izgubo za družbo WIN. Sodišče prve stopnje je kljub temu potrdilo pristop Komisije, ki ni dajal popolnega pregleda nad donosnostjo vsakega naročniškega razmerja.

<sup>66</sup> – Glej sodbo Tetra Pak II, navedeno v opombi 4, točka 24.

<sup>67</sup> – Glej sklepe predloge generalnega pravobranilca Fennellyja v zadevi Compagnie maritime belge, navedeni v opombi 31, točka 127. Glej v opombi 48 navedeno sodbo Sodišča prve stopnje Tetra Pak proti Komisiji, točka 147: „v določenih okoliščinah je mogoče sprejeti, da podjetje v prevladujočem položaju prodaja z izgubo“. Glej *inter alia* Bellamy & Child, „European Community Law of Competition“, Oxford, 6th ed., 2008, str. 956 in 957, točka 10.071: „Če [sodba Akzo] vključuje pravilo, na podlagi katerega so cene, nižje od povprečja spremenljivih stroškov [...] nujno plenilske, se to zdi prestrogo. Cene, nižje od [povprečja spremenljivih stroškov], lahko prispevajo k večji konkurenci [...]“; M. Motta, *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, str. 453; J. Faull in A. Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, str. 379, točka 4.287; A. Ezrachi, naveden v opombi 51, str. 136; OECD, navedena v opombi 55, točka 18: „Samo dejstvo, da podjetje zaračunava cene, nižje od stroškov, nujno ne pomeni, da njegova dejanja škodujejo konkurenci. Obstajajo nekatere okoliščine, na podlagi katerih te cene niso le nenevarne, temveč dejansko povečujejo konkurenco. Organi bi morali temeljito raziskati katero koli od utemeljitev, ki jih domnevni plenilci ponujajo za svoje cene“; R. Wish, navedeno v opombi 44, str. 649; Jones in Sufrin, navedena v opombi 44, str. 339; L. Garzaniti in F. Liberatore, „Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector: Part 2“ (2004) E.C.L.R. 25(4), str. od 234 do 240.

98. Glede *celotnih stroškov* se *pritožnica* sklicuje na svojo utemeljitev, ki se nanaša na spremenljive stroške, in trdi, da je Sodišče prve stopnje izkrivilo preizkus plenilstva, s tem da ni preverilo, ali je bilo dokazano, da niso bili kriti celotni stroški naročnikov. Dejansko ni bil predložen noben dokaz o obstoju katerega koli naročnika, čigar naročnina naj bi povzročila izgubo za družbo WIN v obdobju 48 mesecev.

odločbi (v skupnem trajanju približno enega leta in pol), je lahko bila ta stopnja le nižja od 100 % tudi v celotnem povprečnem trajanju naročniškega razmerja, to je v 48 mesecih. Komisija glede tega trdi, da se stopnja kritja, ki je nižja od 100 %, v daljšem obdobju ne more dvigniti nad 100 %, razen kadar položaj v obdobju po kršitvi dopušča podjetju, da ustvarja dobiček na naročnika, ki je znatno in trajno višji od konkurenčne ravni.

99. *Komisija* izpodbija te trditve, pri čemer trdi, prvič, da v obravnavani zadevi ni bila samo uporabljena metoda, ki je enaka tisti, uporabljeni v zadevah, v katerih sta bili izrečeni sodbi Akzo in Tetra Pak II – ki upošteva stroške, ki izhajajo iz računovodskih izkazov podjetja –, ampak je Komisija tokrat celo omilila metodo na način, ki je za pritožnico ugoden. Na primer, Komisija ni niti uporabila diskontne stopnje niti očitala oportunitetnih stroškov med stroški, uporabljenimi v izračunu.

## 2. Presoja

101. Pritožnica ne pojasni jasno, katere dele (to je katere točke) izpodbijane sodbe izpodbija.<sup>68</sup>

100. Glede alternativnega postopka izračuna (postopek ažuriranih denarnih tokov) je Sodišče prve stopnje poudarilo, da Komisija ni storila očitne napake pri presoji, in v obravnavani pritožbi se ne zatruje, da je Sodišče prve stopnje glede tega napačno uporabilo materialno pravo. Komisija glede potrebe po upoštevanju celotnega 48-mesečnega obdobja naročniškega razmerja trdi, da ker je bila stopnja kritja pod 100 % za vsa naslednja kratka obdobja, ki jih je preučila v izpodbijani

102. Pritožnica v pritožbi pred Sodiščem trdi, da je Komisija uporabila statično analizo kritja izgub, na podlagi katere se stroškom pridobivanja dejansko prišteje 48-kratnik mesečnih tekočih stroškov poslovanja, kot so obstajali na dan sklenitve naročniškega razmerja, ta vsota pa se primerja z 48-kratnikom tekočih mesečnih prihodkov, kot so obstajali na isti dan.

<sup>68</sup> – V zvezi s tem, da se izogmem ponavljanju, se sklicujem na točki 85 in 86 teh sklepnih predlogov, ki se uporabljajo tudi tukaj.

103. Sodišče prve stopnje je v izpodbijani sodbi v točkah 140 in 142 odločilo, da „v nasprotju s tem, kar je zatrjevala družba WIN, Komisija ni uporabila statičnega preizkusa kritja“ in „v nasprotju s tem, kar trdi družba WIN, postopek nikakor ne prišteva stroškov pridobivanja naročnikov 48-kratniku zneska mesečnih ponavljajočih se stroškov, ki so obstajali na dan, ko je bilo sklenjeno naročniško razmerje, in ne primerja te vsote z 48-kratnikom mesečnih prihodkov, ki so obstajali na isti dan“. <sup>69</sup>

104. Vendar pritožnica poleg dozdevnega izpodbijanja v pritožbi presoje dejanskega stanja Sodišča prve stopnje temu ne očita nobene napake pri presoji ali izkrivljanja dejanskega stanja glede tega in samo ponavlja utemeljitve, ki jih je predložila Sodišču prve stopnje.<sup>70</sup> Glede trditve, ki se nanašajo na postopek ažuriranih denarnih tokov, je Sodišče prve stopnje v točkah od 153 do 155 izpodbijane sodbe odločilo, da Komisija ni napačno uporabila prava, ko ni izbrala tega postopka, in pritožnica ne trdi, da je Sodišče prve stopnje glede tega napačno uporabilo pravo.

105. Zato menim, da to samo po sebi zadostuje za zavrnitev tretjega pritožbenega

razloga kot nedopustnega in v vsakem primeru kot neutemeljenega.

*E – Četrty pritožbeni razlog, v skladu s katerim naj bi Sodišče prve stopnje nepravilno razlagalo člen 82 ES in dolžnost obrazložitve – stroški in prihodki po zadevnem obdobju*

106. Pritožnica s četrty pritožbenim razlogom trdi, da je Sodišče prve stopnje z odločitvijo, da se ne sme upoštevati stroškov in prihodkov, nastalih po obdobju domnevne kršitve (to je po 15. oktobru 2002), nepravilno razlagalo člen 82 ES in dolžnost obrazložitve. Komisija je na podlagi te časovne omejitve stroškov in prihodkov, ki jih je bilo treba upoštevati, nepravilno ugotovila, da je nastala kršitev.

## 1. Bistvene trditve strank

107. *Pritožnica* Sodišču prve stopnje očita, da je potrdilo analizo Komisije, ki je izključila stroške in prihodke po 15. oktobru 2002. Sodišče prve stopnje ni moglo – ne da bi prešlo v nasprotje s samim seboj in kršilo člen 82 ES – sprejeti pristopa Komisije, ki je po eni strani iz izračuna izključila stopnjo kritja prihodkov in stroškov po domnevni kršitvi, ki pa so bili znotraj 48-mesečnega obdobja, po drugi strani pa priznala, da so bili pri

<sup>69</sup> – Za presojanje Sodišča prve stopnje, zakaj je tako, glej točke od 143 do 151 izpodbijane sodbe.

<sup>70</sup> – V pritožbi ni mogoče le ponavljati razlogov in trditve, ki so bili že predloženi Sodišču prve stopnje, ne da bi se zatrjevala napačna uporaba materialnega prava. Glej sklep Sodišča z dne 5. februarja 1998 v zadevi Abello in drugi proti Komisiji (C-30/96 P, Recueil, str. I-377, točka 45).

naročniških razmerjih stroški in prihodki zakonito časovno razporejeni v obdobje 48 mesecev. Da bi zadostili zahtevam iz člena 82 ES, je treba stopnjo kritja izračunati le v obdobju 48 mesecev.

108. Pritožnica trdi, da je Sodišče prve stopnje s potrditvijo stališča Komisije povzročilo nasprotje v razlogih, ker je bilo v izpodbijani odločbi jasno ugotovljeno, da so bili konkurenčni pogoji po 15. oktobru 2002 „ponovno vzpostavljeni“<sup>71</sup>, in je Komisija zdaj priznala, da ni upoštevala prihodkov po domnevni kršitvi, ker bi bili doseženi le v položaju oslabiljene konkurence.

109. Po mnenju *Komisije* je ta pritožbeni razlog v resnici le razširitev tretjega pritožbenega razloga in izhaja iz nejasnosti. Nikoli ni bilo sporno, ali je treba dopustiti razporeditev prihodkov in stroškov naročniškega razmerja v obdobje 48 mesecev. Komisijina metoda, ki jo je sprejelo Sodišče prve stopnje, je – v skladu z načelom amortizacije sredstev – prej dopustila razvrstitev posebne skupine stroškov v določeno obdobje, namreč spremenljivih neponovljivih stroškov („tekmovalni stroški“ ali „stroški pridobivanja naročnikov“), ki so nastali na začetku naročniškega razmerja.

110. Komisija pa trdi, da tekoči stroški poslovanja ne bi smeli biti razporejeni na določeno časovno obdobje. V skladu z izpodbijano odločbo podjetje ni moglo „doseči zadostne stopnje kritja tekočih stroškov poslovanja (stroškov omrežja in stroškov proizvodnje), da bi razlika med prihodki in temi tekočimi stroški poslovanja v razumnem času pokrila tudi neponovljive spremenljive stroške, vložene v tržni razvoj zadevnih proizvodov“.<sup>72</sup> Vendar so vsi stroški in prihodki, ki so nastali po domnevni kršitvi in katerih vključitev v izračun poskuša doseči pritožnica, tekoči.

111. Komisija dalje trdi, da bi bilo nepravilno vključiti računske napovedi prihodnjih pozitivnih razlik, ki bi izhajale iz zmanjšanja bodočih stroškov, ki bi bili dostopni vsem konkurentom, ki pa jih ne bi spremljalo zmanjševanje cen. Tak rezultat bi bilo mogoče doseči samo v okoliščinah oslabiljene konkurence. Komisija pripominja, da predračuni pritožnice nikakor ne bi pripeljali do pozitivne stopnje kritja celotnih stroškov, in tudi če bi sprejeli napovedi o zelo visokem dobičku v 48 mesecih, ki jih je predstavila pritožnica, bi bil ta dobiček dosežen le v okoliščinah oslabiljene konkurence. Nazadnje, Komisija trdi, da tudi če bi izključili „stroške pridobivanja“, bi bil neposredni strošek vsakega naročnika za družbo WIN vsak mesec večji od prihodkov od naročnine.

71 – Glej točko 386 izpodbijane odločbe.

72 – Glej točko 76 izpodbijane odločbe in točko 136 izpodbijane sodbe.

112. Nazadnje, *Komisija* trdi, da (nepravilni) pristop pritožnice temelji na sprejemanju vse višjih mesečnih izgub v obdobju enega leta in pol (obdobje, ki je predmet izpodbijane odločbe) in na predpostavki znatnih pozitivnih razlik v letih po posredovanju Komisije, tako da so lahko naročniki donosni ob koncu naročniškega obdobja.

dokazala, da je Komisija, s tem da je uporabila podatke iz računovodskih izkazov družbe WIN, s tem da jih je popravila v njeno korist, tako da bi upoštevala posebne okoliščine zadevnega trga ob spoštovanju zahtev za preizkus iz člena 82 ES, v zadevnem primeru uporabila nezakonit preizkus kritja stroškov“ in da „iz sodne prakse ne izhaja, da je bila uporaba postopka ažuriranih denarnih tokov v zadevnem primeru nujna [...] družba WIN [pa] ni predložila nobenega dokaza, da je Komisija glede tega storila očitno napako pri presoji“.<sup>73</sup>

## 2. Presoja

113. *Prima facie* se zdi, da je obravnavani pritožbeni razlog le razširitev prejšnjega in da pritožnica ponavlja trditve, da bi le 48-mesečno obdobje omogočilo izračun kritja stroškov, ki izpolnjuje zahteve iz člena 82 ES. Prvič, zdi se, da obravnavani pritožbeni razlog temelji na nepravilni domnevi, da je Sodišče prve stopnje priznalo, da „so stroški in prihodki časovno razporejeni v 48 mesecih“. Sodišče prve stopnje v izpodbijani sodbi tega ni storilo. Namesto tega je potrdilo metodo Komisije o razporejanju samo ene skupine stroškov, to je spremenljivih neponovljivih stroškov.

114. V vsakem primeru moja presoja točk od 129 do 156 izpodbijane sodbe ni pokazala ničesar, kar bi lahko vplivalo na veljavnost pristopa Sodišča prve stopnje. Po mojem mnenju Sodišče prve stopnje ni napačno uporabilo prava in je uporabilo člen 82 ES pravilno, ko je odločilo, da „družba WIN ni

115. Nazadnje, naj spomnim, da v skladu s Poslovníkom Sodišča pritožba ne more spreminjati predmeta postopka pred Sodiščem prve stopnje. Obravnavani pritožbeni razlog pritožnice pa se bistveno razlikuje od tistega, ki ga je podala pred Sodiščem prve stopnje, pred katerim je trdila, da je Komisija z zavrnitvijo uporabe postopka ažuriranih denarnih tokov ali postopka neto sedanje vrednosti (v nadaljevanju: NSV, ki je bil po mnenju pritožnice edini upošteven postopek) napačno uporabila pravo. V pritožbi pred Sodiščem pa tega postopka ne omenja več.

116. Zato bi bilo treba po mojem mnenju četrti pritožbeni razlog razglasiti za nedopustnega in v vsakem primeru za neutemeljenega.

<sup>73</sup> – Glej točki 154 in 155. V zvezi z razpravo o pristopu neto sedanje vrednosti glej na primer zadevo Združenega kraljestva z dne 15. januarja 2002 v zadevi Napp Pharmaceutical Holdings Ltd proti Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunal (CAT), zadeva 1001/1/1/01, točka 260.

F – *Peti pritožbeni razlog: kršitev člena 82 ES in obveznosti obrazložitve – plenilske cene kljub znatnemu zmanjšanju tržnega deleža upoštevne podjetja*

izpodbijala obstoj prevladujočega položaja in predlagala znižanje globe. Trditev, da bi izpodbijala obstoj zlorabe, uporablja prvič šele v pritožbi.

117. Pritožnica s petim pritožbenim razlogom trdi tudi, da je Sodišče prve stopnje kršilo člen 82 ES in obveznost obrazložitve z odločitvijo, da je cena lahko plenilska, čeprav jo spremlja znatno zmanjšanje tržnega deleža upoštevne podjetja. Glede te cene ni mogoče šteti, da lahko pripelje do izključitve konkurentov.

## 1. Bistvene trditve strank

118. *Pritožnica* trdi, da je Sodišče prve stopnje kljub temu, da je priznalo, da se je tržni delež družbe WIN od avgusta 2002 zmanjšal, ugotovilo, da se je domnevna kršitev nadaljevala do 15. oktobra 2002. Vendar je pogoj za obstoj plenilstva znatno zmanjšanje konkurence in zato ne more obstajati, kadar se konkurenca povečuje.

119. *Komisija* trdi, da je pritožnica na prvi stopnji podala to trditev le zato, da bi

120. Glede temelja podatki, ki so na voljo Komisiji, dokazujejo, da se je tržni delež družbe WIN stalno povečeval do 31. avgusta 2002. Katera koli izguba tržnega deleža v zadnjem mesecu in pol kršitve je lahko nastala le zaradi zmanjšanja velikoprodajnih tarif družbe FT za dostop do omrežja, kar pa se družba WIN – v nasprotju s svojimi konkurenti – ni odločila izraziti v cenah, tako da je odpravila kršitev 15. oktobra 2002. Komisija dodaja, z namenom celostne obravnave zadeve, da zaradi kakršnega koli takega zmanjšanja tržnih deležev ne bi bila vprašljiva zakonitost odločbe kot take, ampak le trajanje kršitve. To pa ne bi imelo nikakršnega vpliva na višino globe, ker v zvezi s tem v pritožbi ni bila predlagana ponovna preučitev.

## 2. Presoja

121. Kot pravilno poudarja Komisija, se obravnavana pritožba omejuje na presojo zlorabe prevladujočega položaja Sodišča prve

stopnje in družba WIN je na prvi stopnji podala trditev o domnevnem zmanjšanju njenih tržnih deležev le zato, da bi izpodbijala obstoj prevladujočega položaja<sup>74</sup> in predlagala znižanje globe.<sup>75</sup>

*G – Šesti pritožbeni razlog: izkrivljanje dejanskega stanja in kršitev člena 82 ES – domnevni plenilski načrt*

## 1. Izkrivljanje dejstev in dokazov

122. V skladu z ustaljeno sodno prakso bi dopustitev stranki, da pred Sodiščem prvič uveljavlja razlog, ki ga ni uveljavljala pred Sodiščem prve stopnje, pomenila, da se ji dovoli, da Sodišču, katerega pristojnost glede pritožb je omejena, predloži širši spor, kot je bil predložen Sodišču prve stopnje. V okviru pritožbe je pristojnost Sodišča omejena na presojo pravnih vprašanj, ki so bila obravnavana na prvi stopnji.<sup>76</sup>

124. Šesti pritožbeni razlog je sestavljen iz dveh očitkov. Pritožnica s prvim očitkom trdi, da je Sodišče glede domnevnega plenilskega načrta izkrivilo dejansko stanje in dokaze, ki so mu bili predloženi v presojo.

### a) Bistvene trditve strank

123. Peti pritožbeni razlog pritožnice bi bilo zato treba razglasiti za nedopustnega.

125. *Pritožnica* trdi, da je Sodišče prve stopnje izkrivilo dokaze, na podlagi katerih je utemeljilo presojo o tem, ali je obstajal plenilski načrt. Oprlo se je izključno na dokumente družbe WIN in o obstoju načrta plenilstva sklepalo iz izrazov, ki so bili v njih uporabljeni, kot sta „polastitev“ ali „polastiti si“. Ti dokumenti pa so le izražali „precej ambiciozne poslovne cilje“, če uporabimo besede Sodišča prve stopnje.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> – Točka 95 tožbe družbe WIN na prvi stopnji, v okviru tožbenega razloga, ki se nanaša na obstoj prevladujočega položaja.

<sup>75</sup> – Točka 272 tožbe družbe WIN na prvi stopnji, v okviru tožbenega razloga, ki se nanaša na globo.

<sup>76</sup> – Glej sodbo Sodišča z dne 26. oktobra 2006 v zadevi Koninklijke Coöperatie Cosun proti Komisiji (C-68/05 P, ZOdl., str. I-10367, točke od 95 do 98 in navedena sodna praksa).

<sup>77</sup> – Točka 214 izpodbijane sodbe.

126. Komisija trdi, da pritožnica v pritožbi skuša doseči ponovno preučitev očitka, ki ga je Sodišče prve stopnje zavrnilo kot nedopustnega, ne da bi izpodbijala ugotovitev, da je nedopusten. Drugič, pritožnica ni podala nobene trditve v utemeljitev domnevnega izkrivljanja in le Sodišče prve stopnje je pristojno presoditi dokazno vrednost predloženih dokazov. Komisija z namenom celostne obravnave zadeve navaja, da Sodišče prve stopnje presoje ni oprlo izključno na dokumente, ki so vsebovali izraze „polastitev“ ali „polastiti si“, ampak tudi na številne druge dokumente.

da je Sodišče prve stopnje napačno uporabilo materialno pravo.<sup>79</sup> Po mojem mnenju pritožnica ni izpodbijala ugotovitve nedopustnosti Sodišča prve stopnje.

129. Obravnavani očitek se nanaša na dejansko vprašanje in ne ponuja nobenih prepričljivih trditev v utemeljitev domnevnega izkrivljanja dejanskega stanja.

#### b) Presoja

127. Pritožnica skuša doseči ponovno preučitev tožbenega razloga, ki ga je Sodišče prve stopnje v točkah 204 in 205 izpodbijane sodbe zavrnilo kot nedopustnega.

128. Pritožnica v obravnavani pritožbi ne more ponovno podati tega tožbenega razloga. Iz posebnih razlogov lahko samo izpodbija ugotovitev Sodišča prve stopnje, da je tožbeni razlog na prvi stopnji nedopusten,<sup>78</sup> in mora v zvezi s tem navesti trditve v dokaz,

130. Na podlagi člena 225 ES in prvega odstavka člena 58 Statuta Sodišča Sodišče ni pristojno za ugotavljanje dejstev ali načeloma za presojo dokazov, ki jih je Sodišče prve stopnje sprejelo v utemeljitev tem dejstvom. Če so bili ti dokazi pravilno pridobljeni in če so bila spoštovana splošna pravna načela in pravila postopka glede dokaznega bremena, je Sodišče prve stopnje izključno pristojno za presojo dokazne vrednosti predloženih dokazov.<sup>80</sup> Ta presoja torej, razen pri izkrivljanju teh dokazov, ni pravno vprašanje, ki je predmet nadzora Sodišča v okviru pritožbe.<sup>81</sup>

78 – Glej K. Lenaerts, D. Arts in I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2nd edition, London 2006, str. 464: „To je mogoče sklepati iz sodbe z dne 22. decembra 1993 v zadevi Eppe proti Komisiji (C-354/92 P, Recueil, str. I-7027, točka 13).“

79 – Glej sodbo Abello proti Komisiji, navedeno v opombi 70, točka 45.

80 – Sodba Sodišča z dne 17. decembra 1998 v zadevi Baustahlgebeve proti Komisiji (C-185/95 P, Recueil, str. I-8417, točka 24).

81 – Sodba Sodišča z dne 7. novembra 2002 v zadevi Glencore in Compagnie Continentale proti Komisiji (C-24/01 P in C-25/01 P, Recueil, str. I-10119, točke od 65 do 69). To izkrivljanje mora očitno izhajati iz dokumentov v zapisu Sodišča, ne da bi obstajala potreba po novi presoji dejstev in dokazov. Glej sodbo Sodišča z dne 6. aprila 2006 v zadevi General Motors proti Komisiji (C-551/03 P, ZOdl., str. I-3173, točke 51, 52 in 54).

131. Prvi očitek šestega pritožbenega razloga je zato treba razglasiti za nedopustnega.

134. *Komisija* trdi, prvič, da je element namena zlorabe nujno subjektiven in, drugič, da sodna praksa Skupnosti ne zahteva, da bi bil plenilski načrt dokazan s takimi objektivnimi dokazi, kot jih predlaga pritožnica.

## 2. Kršitev člena 82 ES

### b) Presoja

132. Pritožnica z drugim očitkom trdi, da je Sodišče prve stopnje kršilo člen 82 ES. Ta člen zahteva objektivno opredeljen načrt za odstranitev konkurentov in ne more biti v nobenem primeru izpolnjen s subjektivnim preizkusom o pojmu zlorabe prevladujočega položaja.

135. Zadošča navesti, da se zdi, da pritožnica, kot v nekaterih prejšnjih pritožbenih razlogih, uporablja enake trditve, kot jih je podala pred Sodiščem prve stopnje.

### a) Bistvene trditve strank

136. Zato bi bilo treba tudi drugi očitek šestega pritožbenega razloga zavrniti kot nedopustnega.

133. *Pritožnica* trdi, da je zloraba prevladujočega položaja objektivni pojem. Sodišče prve stopnje pa je presojo in odločitev oprlo na popolnoma subjektivne elemente namesto na objektivne dokaze, kot so grožnje konkurentom, selektivne cene strankam konkurentov, cenovna diskriminacija, boljše ponudbe ali trajanje, doslednost in obseg prodaje z izgubo.

137. Glede plenilskega načrta je po mojem mnenju Sodišče prve stopnje v obravnavani zadevi pravilno in ob spoštovanju pravnih zahtev uporabilo sodno prakso Akzo in Tetra Pak II.

138. Zato bi bilo treba šesti pritožbeni razlog zavrniti kot nedopustnega in v vsakem primeru kot neutemeljenega.

*H – Drugi očitek sedmega pritožbenega razloga: kršitev člena 82 ES – nadomestitev izgub – dokaz podjetja o nemožnosti nadomestitve izgub*

139. Pritožnica z drugim očitkom sedmega pritožbenega razloga trdi, da je Sodišče prve stopnje kršilo člen 82 ES, ko je zamenjalo dokaze Komisije o možnosti nadomestitve izgub z dokazi podjetja o nemožnosti nadomestitve izgub.

## 1. Bistvene trditve strank

140. *Pritožnica* trdi, da je družba WIN sama predložila dokaze, da je bila nadomestitev izgub nemogoča. Sodišče prve stopnje bi zato moralo razsoditi o vprašanju, ali je Komisija upravičeno zavrnila dokaze o nemožnosti nadomestitve izgub, ki jih je predložilo podjetje.

141. *Komisija* trdi, da pritožnica na prvi stopnji ni navedla tožbenega razloga glede vprašanja, ali je Komisija upravičeno zavrnila te dokaze. Komisija navaja, da je bila trditev v vsakem primeru molče zavrnjena v točkah od 103 do 121 in od 261 do 267 izpodbijane sodbe. Nazadnje, Komisija z namenom celostne obravnave zadeve trdi, da je v izpodbijani odločbi dejansko preučila možnost nadomestitve in da je štela, da je bila v obravnavani zadevi verjetna.

## 2. Presoja

142. Po mojem mnenju pritožnica ni podala nobene trditve pred Sodiščem prve stopnje, s katero bi zatrjevala, da je bila nadomestitev izgub nemogoča, razen te, da je Komisija v sami izpodbijani odločbi dokazala nemožnost nadomestitve izgub s trditvijo, da „so bili konkurenčni pogoji ponovno vzpostavljeni“.

143. Obveznost Sodišča prve stopnje, da obrazloži odločbe, dejansko ne gre tako daleč, da bi se od njega zahtevalo, da natančno odgovori na vsako posamezno trditev, ki jo je podala pritožnica, zlasti če ta ni bila dovolj jasna in natančna ter ni bila ustrezno podprta z dokazi.<sup>82</sup>

<sup>82</sup> – Sodba Sodišča z dne 6. marca 2001 v zadevi Connolly proti Komisiji (C-274/99 P, Recueil, str. I-1611, točka 121) in v opombi 34 navedena sodba Belgija proti Komisiji, točka 81.

144. Menim, da utemeljitve družbe WIN, ki jo je navedla v tožbi pred Sodiščem prve stopnje – namreč, da je tržna analiza Komisije protislovna –, da bi dokazala, da je bila nadomestitev nemogoča, ni mogoče šteti za dovolj jasno in natančno. Niti ni pomenila ugotovitve, da Komisija ni bila upravičena zavrniti dokaza o nemožnosti nadomestitve, ki ga je predložilo zadevno podjetje.

od 103 do 121 in od 261 do 267 izpodbijane sodbe.

145. V vsakem primeru se zdi, da je bil ta dokaz molče, vendar nujno zavrnen v točkah

146. Zato menim, da bi bilo treba drugi očitek sedmega pritožbenega razloga zavrniti kot nedopustnega, ker gre za novo trditev ali pritožbeni razlog, ki ni bil naveden pred Sodiščem prve stopnje, v vsakem primeru pa kot neutemeljenega.

## V – Predlog

147. Glede na zgoraj navedeno predlagam Sodišču, naj razveljavi izpodbijano sodbo.

Poleg tega menim, da je primerno, da Sodišče v skladu s prvim odstavkom člena 61 Statuta Sodišča vrne zadevo v ponovno odločanje Sodišču prve stopnje in pridrži odločitev o stroških.