

## SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

JANA MAZÁKA,

predstavljeni 22. aprila 2010<sup>1</sup>

1. V obravnavani pritožbi je družba Deutsche Telekom AG (v nadaljevanju: pritožnik) zaprosila Sodišče, da razveljavi sodbo Sodišča prve stopnje (zdaj Splošno sodišče)<sup>2</sup>, s katero je bila potrjena odločba Komisije v zvezi s postopkom po členu 82 ES (zdaj člen 102 PDEU).<sup>3</sup> To je tudi prvič, da je bilo Sodišče pozvano k obravnavanju domnevne zlorabe prevladujočega položaja v obliki cenovnih škarij.

## I – Ozadje spora

2. Dejstva so navedena v točkah od 1 do 24 izpodbijane sodbe. Omejil se bom na

1 – Jezik izvirnika: angleščina.

2 – Sodba z dne 10. aprila 2008 v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji (T-271/03, ZOdl., str. II-477 (v nadaljevanju: izpodbijana sodba)).

3 – Odločba Komisije 2003/707/ES z dne 21. maja 2003 v zvezi s postopkom po členu 82 ES (Zadeva COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (UL L 263, str. 9 (v nadaljevanju: sporna odločba)).

najpomembnejše točke. Pritožnik je prvotni telekomunikacijski operater v Nemčiji, kjer upravlja fiksno telefonsko omrežje. Nemški trgi so bili pri zagotavljanju infrastrukture in zagotavljanju telefonskih storitev liberalizirani 1. avgusta 1996, ko je začel veljati nemški zakon o telekomunikacijah (v nadaljevanju: TKG). Vsako krajevno omrežja pritožnika je sestavljeno iz več „krajevnih zank do naročnikov“ (fizični vodi, ki povezujejo omrežno priključno točko v prostorih naročnika z glavnim razdelilnikom, ali enakovredne naprave v fiksнем javnem telefonskem omrežju). Razlikovati je treba med storitvami dostopa do krajevnega omrežja, ki jih pritožnik zagotavlja konkurentom (v nadaljevanju: posredniške storitve), in storitvami dostopa do krajevnega omrežja, ki jih pritožnik zagotavlja naročnikom (v nadaljevanju: storitve dostopa za naročnike). Pritožnik je bil prisiljen, da od junija 1997 konkurentom omogoči popolnoma razvezan dostop do krajevne zanke. Cene posredniških storitev pritožnika mora predhodno odobriti nemški regulativni organ za telekomunikacije in pošto (v nadaljevanju: RegTP), ki preveri, ali so cene, ki jih pritožnik predlaga za te storitve, med drugim utemeljene glede na določbo o stroških učinkovitega opravljanja storitev in ali ni popustov, ki škodujejo možnostim konkurentov. Glede storitev dostopa za naročnike ponuja pritožnik dve osnovni možnosti, in sicer tradicionalni analogni vod in digitalni ozkopasovni vod (digitalno omrežje z integriranimi storitvami – ISDN). Obe možnosti se lahko ponujata na prvotnem omrežju bakrenih paric pritožnika. Pritožnik ponuja naročnikom tudi širokopasovne povezave (nesimetrični digitalni naročniški vodi – ADSL), za katere je moral preurediti obstoječa omrežja, da je lahko ponudil

širokopasovne storitve, to je hitri internetni dostop. Cene pritožnika za storitve dostopa za naročnike (v nadaljevanju: maloprodajne cene) za analogne vode in ISDN so urejene s sistemom zgornjih omejitev cen. Pritožnik svobodno določa svoje maloprodajne cene za ADSL. Vendar so te lahko kljub temu predmet naknadnega preverjanja.

cen so bile odobrene, če povprečna cena košarice ni preseгла naloženega indeksa najvišjih cen. V tem obdobju je pritožnik znižal maloprodajne cene za obe košarici; ta znižanja so pravzaprav zadevala cene komunikacij. Maloprodajne cene za analogne vode pa so ostale nespremenjene. Od 1. januarja 2002 obstaja novi sistem zgornjega omejevanja cen, ki je uvedel nove košarice. Pritožnik je 15. januarja 2002 obvestil RegTP, da namerava zvišati mesečne naročnine za analogne vode in ISDN. Zvišanje je bilo dovoljeno. Pritožnik je 31. oktobra 2002 ponovno zaprosil za zvišanje maloprodajnih cen. Ta prošnja je bila delno zavrnjena. Cene za ADSL se ne regulirajo v okviru sistema zgornjega omejevanja cen, lahko pa se preverijo naknadno. RegTP je 2. februarja 2001, potem ko je prejel več pritožb konkurentov pritožnika, po nemških pravilih o konkurenci sprožil naknadno preiskavo o cenah za ADSL pritožnika. RegTP je 25. januarja 2002 ugotovil, da zadevno zvišanje cen ne vzbuja več suma o „cenovnemu dampingu“.

3. Maloprodajne cene za priključitev na omrežje pritožnika in komunikacije se določijo skupaj za več storitev, pri čemer so različne storitve povezane v „košarice“. Pritožnik je moral v skladu s sklepom zveznega ministrstva za pošto in telekomunikacije (v nadaljevanju: BMPT) in takratnim RegTP znižati skupno ceno vsake od obeh košaric v obdobju od 1. januarja 2000 do 31. decembra 2001. Pritožnik je v tem zavezujočem okviru znižanja cen lahko spremenil cene različnih elementov vsake košarice, potem ko je dobil predhodno dovoljenje RegTP. Spremembe

4. Glavni deli sporne odločbe so navedeni v točkah od 34 do 46 izpodbijane sodbe in

vseh teh točk tukaj ne bom znova navajal. V bistvu je leta 1999 Komisija prejela pritožbe petnajstih konkurentov pritožnika, ki so nasprotovali njegovi praksi oblikovanja cen. Uvodna izjava 102 izpodbijane odločbe v bistvu navaja, da cenovne škarje obstajajo, če morajo konkurenti zaradi zneska, ki ga je treba plačati pritožniku za posredniške storitve, svojim naročnikom zaračunavati višje cene od tistih, ki jih pritožnik zaračunava svojim naročnikom za iste storitve. Tudi če so konkurenti enako učinkoviti kot pritožnik, ne morejo ustvariti dobička. Uvodna izjava 103 izpodbijane odločbe nadaljuje, da je tako konkurentom preprečeno, da bi poleg telefonskih komunikacij ponujali storitve dostopa po krajevni zanki. Drugače so konkurenti prisiljeni, da izgubo, nastalo zaradi njihovih storitev dostopa, delno nadomestijo z večjimi prihodki od telefonskih komunikacij, kar počne tudi pritožnik sam. Vendar zaradi velikega znižanja cen komunikacij v Nemčiji v zadnjih letih konkurenti pogosto nimajo gospodarske možnosti za tako nadomeščanje izgube. Komisija za izračun cenovnih škarij upošteva samo cene dostopa do krajevne zanke in izključi cene telekomunikacij. Ugotavlja, da je med 1. januarjem 1998 in 31. decembrom 2001 (v nadaljevanju: prvo obdobje) obstajala negativna razlika med cenami posredniških storitev in maloprodajnimi cenami pritožnika. Med 1. januarjem 2002 in 31. majem 2003 (v nadaljevanju: drugo obdobje) naj bi bila ta razlika pozitivna. A ker naj bi bila pozitivna razlika nezadostna za pokritje posebnih stroškov pritožnika, povezanih z zagotavljanjem storitev za naročnike, naj bi cenovne škarje obstajale tudi leta 2002. Komisija priznava, da so cene posredniških storitev in maloprodajne cene pritožnika predmet posebne regulacije sektorja. Vendar naj bi pritožnik imel zadosten manevrski prostor bodisi za zmanjšanje bodisi za odpravo cenovnih škarij s prestrukturiranjem cen glede na upošteveno obdobje. Komisija je ugotovila, da je bila kršitev resna za prvo obdobje in manjša za drugo obdobje in je naložila globo v višini 12,6 milijona EUR.

## II – Izpodbijana sodba

5. Glede glavnega predloga za razglasitev ničnosti izpodbijane odločbe je bil prvi tožbeni razlog domnevna kršitev člena 82 ES. V zvezi z njegovim prvim delom se sklicujem na točke od 70 do 152 izpodbijane sodbe. Tu bom navedel le najbolj bistvene točke. Glede prvega obdobja je Splošno sodišče razsodilo, da je Komisija lahko upravičeno ugotovila, da ima pritožnik zadosten manevrski prostor za vložitev zahtevkov za zvišanje cene storitev dostopa do analognih vodov in vodov ISDN, pri čemer je upoštevala skupno zgornjo omejitev za košarice. Splošno sodišče ni sprejelo utemeljitve, da zaradi posredovanja *ex ante* RegTP pritožnik ne bi smel več biti predmet

člena 82 ES. Navedlo je, da RegTP ne preučuje združljivosti zahtevkov s členom 82 ES. Nacionalni regulativni organi (v nadaljevanju: NRO) delujejo po (nacionalnem) zakonu o telekomunikacijah, ki ima lahko cilje, ki se razlikujejo od ciljev konkurenčne politike Skupnosti. Komisije namreč ne zavezuje odločba, ki jo je izdal nacionalni organ. Glede drugega obdobja, pritožnikov manevrski prostor za zvišanje cen ADSL lahko zmanjša cenovne škarje med cenami posredniških storitev na eni strani in maloprodajnimi cenami za vse storitve dostopa do analognih vodov, ISDN in ADSL na drugi strani, ker je to ena storitev na vmesni oziroma posredniški ravni in ker ADSL ne more biti ponujen naročnikom ločeno.

pritožnika samo na njegov poseben položaj, torej na njegove cene in stroške, in ne glede na položaj sedanjih ali morebitnih konkurentov. Poleg tega je Komisija lahko upravičeno sklepala, da so bile pomembne samo storitve dostopa in torej ni upoštevala cen telefonskih klicev. Taka metoda je združljiva z načelom prestrukturiranja cen in enakimi možnostmi. Glede četrtega dela prvega tožbenega razloga – navajanja, da cenovne škarje na trgu niso imele učinka – se sklicujem na točke od 225 do 245 izpodbijane sodbe. Zlasti v točki 237 je Splošno sodišče menilo, da ker so pritožnikove „posredniške storitve [...] nujne, da [mu] lahko eden od [njegovih] konkurentov začne konkurirati na prodajnem trgu storitev dostopa za naročnike, bodo cenovne škarje [v okoliščinah, kot veljajo v tej zadevi] praviloma ovirale razvoj konkurence na trgih nižje v prodajni verigi“. Majhni tržni deleži, ki so jih konkurenti pridobili na trgu storitev dostopa za naročnike po liberalizaciji trga, dokazujejo obstoj ovir, ki jih prakse oblikovanja cen pritožnika postavljajo za razvoj konkurence na teh trgih.

6. Glede drugega dela, ki zadeva zakonitost metode Komisije, se sklicujem na točke od 153 do 213 izpodbijane sodbe. Pravzaprav Splošno sodišče meni, da zato, ker je bilo ravnanje pritožnika povezano z nepravilno razliko med cenami storitev za operaterje in maloprodajnimi cenami, Komisiji ni bilo treba dokazati, da naj bi maloprodajne cene pritožnika kot take pomenile zlorabo. Tudi glede izračuna je Komisija upravičeno oprla analizo nezakonitosti prakse oblikovanja cen

7. V zvezi s tretjim tožbenim razlogom, navajanjem zlorabe pooblastil in kršitev načel sorazmernosti, pravne varnosti in varstva

upravičenih pričakovanj, se sklicujem na točke od 257 do 272 izpodbijane sodbe. Splošno sodišče je predvsem razsodilo, da načelo varstva upravičenih pričakovanj ni bilo kršeno, ker sklepi RegTP ne vsebujejo nikakršnega sklicevanja na člen 82 ES in ker implicitno, vendar nujno, izhaja, da imajo prakse oblikovanja cen pritožnika protikonkurenčen učinek, ker morajo konkurenti uporabljati navzkrižno subvencioniranje. Poleg tega je Splošno sodišče zavrnilo trditve, da je Komisija zlorabila pooblastila ob sklicevanju na to, da čeprav bi RegTP kršil pravila Skupnosti in čeprav bi Komisija zato lahko sprožila postopek zaradi neizpolnitve obveznosti proti Nemčiji, take možnosti nikakor ne bi mogle vplivati na zakonitost izpodbijane odločbe, nenazadnje zato, ker člen 82 ES zadeva samo gospodarske subjekte in ne držav članic.

na točke od 301 do 321 izpodbijane sodbe. Komisija je zlasti lahko opredelila kršitev kot resno za prvo obdobje. Nato je Komisija pravilno upoštevala posredovanje RegTP, ko je znižala osnovni znesek globe za 10%. Nazadnje je imela Komisija prav, da se ni odločila za to, da bi naložila simbolično globo. Glede na navedeno je Splošno sodišče tožbo zavrnilo.

### III – Pritožba

8. Pritožnik je podredno predlagal znižanje naložene globe. Glede njegovega tretjega tožbenega razloga se sklicujem na točke od 290 do 300 izpodbijane sodbe. V bistvu je Splošno sodišče razsodilo, da pritožnik ni mogel prezreti, da ima kljub sklepom RegTP o odobritvi dejanski manevrski prostor za določitev in dvig maloprodajnih cen in tako za zmanjšanje cenovnih škarij. Poleg tega pritožnik ni mogel prezreti, da te cenovne škarje povzročajo resno omejevanje konkurence. Glede četrtega in petega tožbenega razloga se sklicujem

9. 25. novembra 2009 so pritožnik, družba Vodafone in Komisija ter družba Versatel, ki ni vložila pisnih stališč, Sodišču podali ustne navedbe.

10. Najprej je treba obravnavati trditve družbe Vodafone, da so prvi, drugi in tretji del prvega pritožbenega razloga ter prvi in drugi del drugega pritožbenega razloga nedopustni, ker pritožnik samo ponavlja trditve, ki so bile že navedene na prvi stopnji, zdaj pa zahteva ponovno preučitev teh trditve. Zadostuje opozorilo, da se lahko v skladu s sodno prakso, „kadar pritožnik izpodbija način, kako

je [Splošno sodišče] razlagalo ali uporabilo pravo Skupnosti, pravna vprašanja, obravnavana na prvi stopnji, ponovno obravnavajo v pritožbi [...]. Če namreč pritožnik svoje pritožbe v tem smislu ne bi mogel utemeljiti z razlogi in trditvami, ki jih je že navajal pred [Splošnim sodiščem], bi postopek s pritožbo deloma izgubil smisel.<sup>4</sup> Menim, da v zadevnem primeru pritožnik ne zahteva samo ponovne preučitve zahtevka pred Splošnem sodišču, saj z v bistvu istimi trditvami izpodbija razlago in uporabo člena 82 ES Splošnega sodišča. Pritožbeni razlogi pritožnika so torej dopustni.

12. Glede prvega obdobja pritožnik trdi, da se je Splošno sodišče zmotilo pri odločanju, da mu kršitve ni mogoče pripisati le, če je vedenje izviralo samo iz nacionalnega prava in če ni imel diskrecijske pravice za določitev višjih cen. Pritožnik s prvim očitkom pravzaprav izpodbija, da je potreben obstoj maneverskega prostora, medtem ko ni zadosten pogoj za pripisovanje odgovornosti. To pa ne odgovori na vprašanje, ali bi pritožnik lahko zahteval višje cene oziroma ali bi jih dejansko moral. Še več, RegTP je nenehno trdil, da cenovne škarje niso protikonkurenčne.

*A – Prvi pritožbeni razlog: napačna uporaba prava glede regulacije, ki jo izvaja RegTP kot pristojni NRO*

1. Prvi del prvega pritožbenega razloga v zvezi s pripisovanjem odgovornosti za kršitev

11. Komisija in družba Vodafone predlagata, naj se ta del prvega pritožbenega razloga zavrne.

13. Glede pripisovanja odgovornosti je Splošno sodišče pravilno uporabilo upošteveno sodno prakso. Medtem ko lahko dejstvo, da RegTP ni nasprotoval zlorabi pritožnika, štejemo za nekakšno obliko njenega spodbujanja, ostaja dejstvo, ki samo po sebi ne razbremenjuje pritožnika odgovornosti glede na člen 82 ES.<sup>5</sup> Glede na sodno prakso „se lahko

4 – Sodba z dne 12. septembra 2006 v zadevi Reynolds Tobacco in drugi proti Komisiji (C-131/03 P, ZOdl., str. I-7795, točke od 49 do 51 in navedena sodna praksa).

5 – Glej sodbi z dne 16. decembra 1975 v združenih zadevah Suiker Unie in drugi proti Komisiji (od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 in 114/73, Recueil, str. 1663, točke od 36 do 73) in z dne 9. septembra 2003 v zadevi CIF (C-198/01, Recueil, str. I-8055, točka 56). Glej tudi sodbo z dne 30. januarja 1985 v zadevi BNIC (123/83, Recueil, str. 391, točke od 21 do 23).

[člen 82 ES] uporablja [...] če se ugotovi, da nacionalna zakonodaja ne preprečuje podjetjem samostojnega ravnanja, ki preprečuje, omejuje ali izkrivlja konkurenco“.<sup>6</sup> Če bi pritožnik imel manevrski prostor, bi moral zahtevati, da NRO zviša maloprodajne cene za odpravo zlorabe. Veliki senat je pred kratkim potrdil ta pristop v zadevi Sot. Léloucia in drugi.<sup>7</sup> Točka 113 izpodbijane sodbe upravičeno opozarja, da so NRO dolžni, tako kot vsi državni organi, upoštevati določila Pogodbe ES. Vendar sklepi, ki so jih sprejeli NRO, ne smejo preprečevati Komisiji poznejšega ukrepanja in zahteve po ravnanju v skladu s členom 82 ES na podlagi Uredbe št. 17 oziroma zdaj Uredbe št. 1/2003.<sup>8</sup> V zadevi Masterfoods proti HB je Sodišče namreč menilo, da Komisije ne more zavezovati sklep, ki ga je sprejel nacionalni organ v skladu s členom 82 ES.<sup>9</sup> Na tej točki, kakor je bilo navedeno v točki 265 izpodbijane sodbe, tudi menim, da ni nepredstavljivo, da so v obravnavani zadevi tudi nemški organi kršili pravo Skupnosti. Vendar njihovo nedelovanje, če bo dokazano, ne bo odstranilo obsega, v katerem je pritožnik moral zmanjšati cenovne škarje. Možnost začeti postopek proti državi članici, ki ni izpolnila obveznosti, dopolnjuje zgoraj

navedene pristojnosti Komisije, vendar jih ne nadomešča.

14. Dalje, po mnenju pritožnika je v obravnavani zadevi odgovornost NRO, da razveljavi in omeji posebno odgovornost reguliranega podjetja, ki je omejena na obveznost pravilno in v celoti posredovati vse informacije NRO. Pritožnik na prvem mestu navaja, da so cene v tej zadevi bile regulirane zato, da bi se ustvaril telekomunikacijski sektor, odprt za konkurenco.<sup>10</sup> Poleg tega „liberalizacijska“ Uredba 90/388<sup>11</sup> temelji na konkurenčnem pravu, predvsem na členu 86(3) ES. Zato je RegTP moral upoštevati konkurenčno pravo Skupnosti. V skladu s členom 27(3) TKG mora RegTP zagotavljati skladnost cen „z [...] drugimi pravnimi določili“, se pravi vključno s členom 82 ES. Iz člena 10 ES tudi izhaja, da

6 – Glej sodbo z dne 11. novembra 1997 v združenih zadevah Komisija in Francija proti Ladbroke Racing (C-359/95 P in C-379/95, Recueil, str. I-6265, točki 33 in 34 ter navedena sodna praksa).

7 – Sodba z dne 16. septembra 2008 (združene zadeve od C-468/06 do C-478/06, ZOdl., str. I-7139, točka 62 in naslednje).

8 – Oziroma Uredba Sveta (EGS) št. 17 z dne 6. februarja 1962, Prva uredba o izvajanju členov [81 ES] in [82 ES] (UL, angleška posebna izdaja od 1959 do 1962, str. 87) in Uredba Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov [81 ES] in [82 ES] (UL 2003, L 1, str. 1).

9 – Sodba z dne 6. junija 2000 (C-344/98, Recueil, str. I-11369, točka 48).

10 – Uredba (ES) št. 2887/2000 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. decembra 2000 o razvezanem dostopu do krajevne zanke (UL L 336, str. 4).

11 – Direktiva Komisije 90/388/EGS z dne 28. junija 1990 o konkurenci na trgih za telekomunikacijske storitve (UL L 192, str. 10).

se mora RegTP kot organ države članice vzdržati vseh ukrepov, ki bi lahko ogrozili dosežane cilje te pogodbe.

15. Glede domnevnega prenosa odgovornosti je treba upoštevati, da je za namene konkurenčnega prava pomembno objektivno ravnanje podjetja.<sup>12</sup> Ravnanje podjetja se mora običajno pripisati njemu. Torej je Splošno sodišče v točkah 85 in 86 izpodbijane sodbe pravilno razsodilo, da sodna praksa Sodišča priznava izjeme od tega načela samo pod strogimi pogoji. V nobenem primeru pa dejstvo, da je podjetje ravnalo v dobri veri, pri tem ne sme imeti nobene vloge. Kot sem uvodoma navedel, se samo zato, ker lahko država članica napeljuje k protikonkurenčnemu ravnanju, še ne spremeni dejstvo, da bo kršitev še vedno pripisana podjetju. In medtem ko je pritožnikova trditev, da je bil v zadevah, ki so navedene v točkah od 86 do 89 izpodbijane sodbe, cilj zadevnih nacionalnih določb omejiti ali prepovedati konkurenco, cilj obstoječe normativne ureditve pa je odpreti telekomunikacijski sektor konkurenci, v skladu z Direktivo 90/388 in Uredbo št. 2887/2000, sama po sebi pravilna, ostaja dejstvo, da zadevna normativna ureditev dopolnjuje določbe Pogodbe o konkurenci in bi morala zagotavljati konkurenčno stanje v okviru, ki ga člena 81 ES in 82 ES sama ne moreta zagotoviti z enako gotovostjo.<sup>13</sup> Komisija je

v zvezi s tem upravičeno opozorila, da je zakonodajalec Skupnosti jasno izrazil željo, da s sprejetjem dodatnih ukrepov zaščiti predvsem konkurenco na tem trgu. Izhaja, da se morata člena 81 ES in 82 ES upoštevati, kot da določata minimalna merila. V zvezi s pritožnikovim prvim očitkom, navedenim zgoraj za obdobje od 1. januarja 1998 do 31. decembra 2001, je dovolj poudariti, da v skladu s členom 1 izpodbijane odločbe kršitev pritožnika ni nastala zaradi odsotnosti zahtevkov, naslovljenih na RegTP, ampak zaradi cenovne politike, ki ni skladna s členom 82 ES. Ti zahtevki so bili nujen korak, čeprav samo uraden, pri uporabi razpoložljivega manevrskega prostora. V zvezi s tem se je v točkah od 125 do 131 izpodbijane sodbe Splošno sodišče pravilno odločilo potrditi pristop Komisije v tej zadevi.

12 – Glej sodbo z dne 13. februarja 1979 v zadevi Hoffmann-La Roche proti Komisiji (85/76, Recueil, str. 461, točka 91). Glej tudi sodbo z dne 21. februarja 1973 v zadevi Europemballage in Continental Can proti Komisiji (6/72, Recueil, str. 215, točka 29).

13 – V zvezi s tem, glede Uredbe št. 2887/2000 glej sodbo z dne 24. aprila 2008 v zadevi Arcor (C-55/06, ŽOdl. str. I-2931, točke od 59 do 64).

16. Drugič, pritožnik trdi, da Bundesgerichtshof (zvezno sodišče, Nemčija) v sodbi



z dne 10. februarja 2004 ni upoštevalo, da odgovornost pritožnika, da vložiti zahtevke za spremembo cen, pomeni, da bi pritožnik moral s svojo presojo v okviru člena 82 ES nadomestiti oceno NRO. Namesto tega je potrdilo, da je NRO odgovoren za ohranjanje strukture trga.

17. Vendar zadostuje opozorilo, kakor je pravilno navedla Komisija v zvezi z razlago zgornje sodbe Splošnega sodišča, da se pritožnik ni skliceval na izkrivljanje dokazov in da je Bundesgerichtshof v vsakem primeru navedlo, da lahko nastane zloraba, tudi če mora RegTP predhodno preučiti cene.

18. Na tretjem mestu, glede na točko 120 izpodbijane sodbe pritožnik navaja, da sodbe v zadevi Masterfoods proti HB ni mogoče prenesti na obravnavani primer. Prvič, vprašanje tukaj se nanaša samo na pripisovanje odgovornosti in ne na to, ali Komisijo zavezuje vsebinska presoja RegTP. Drugič, NRO

imajo samostojno vlogo v ureditvi sistema konkurence v telekomunikacijskem sektorju.

19. Ponovno menim, da pritožnikove trditve ne pomagajo njegovi zadevi. Kot je navedeno zgoraj, Komisije ne more zavezovati sklep nacionalnega organa, odobritev tega organa pa ne sme onemogočati ugotovitve Komisije o zlorabi iz člena 82 ES samo na podlagi tega, da ni mogoče pripisati odgovornosti. Pristojnosti Komisije namreč izvirajo neposredno iz Pogodbe in Uredbe št. 17 ter zdaj iz Uredbe št. 1/2003. Kot sem že omenil zgoraj, zadevna normativna ureditev dopolnjuje določila konkurenčna prava, oba sklopa predpisov pa bi se morala upoštevati kot dopolnilna.<sup>14</sup> Nazadnje, kakor je Komisija pravilno

14 – Glej Obvestilo Komisije z dne 22. avgusta 1998 o uporabi pravil o konkurenci za sporazume o dostopu v telekomunikacijskem sektorju – okvir, upoštevni trgi in načela (Obvestilo o dostopu) (UL C 265, str. 2, točka 22): „podjetja [...] v telekomunikacijskem sektorju se morajo zavedati, da jih skladnost s pravili konkurence [ES] ne odvezuje od njihove dolžnosti, da upoštevajo obveznosti, ki so jim bile naložene v okviru ONP, in obratno“ (moj poudarek). Glej tudi točko 60: „[Člen 82 ES se uporablja] v običajnem načinu za [...] prakse [...], ki jih je potrdil ali odobril [NRO].“ Primerjaj, na splošno, A. de Stree, *On the edge of antitrust: the relationship between competition law and sector regulation in European electronic communications (Na robu antitrusta: odnos med konkurenčnim pravom in ureditvijo sektorja evropskih elektronskih komunikacij)*, EUI Firenze, oktober 2006; P. Larouche, *Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences (Primerjava pravnih rešitev in primerljivost izkušenj EU in ZDA)*, TILEC Discussion Paper, november 2006; G. Monti, *Managing the intersection of utilities regulation and EC competition law (Upravljanje sečišča med ureditvijo javnih gospodarskih družb in konkurenčnim pravom)*, *Competition Law Review*, Vol. 4(2), julij 2008, in R. Klotz v Ch. Koening, A. Bartosch, J.D. Braun in M. Romes (ur.), *EC competition and telecommunications law (Konkurenčno in telekomunikacijsko pravo ES)*, druga izdaja, Wolters Kluwer, 2009, str. 108 in naslednje.

trdila, direktiva, ki temelji na členu 86(3) ES, ne more postaviti pod vprašaj, ko gre za uporabo člena 82 ES, delitve pristojnosti na ravni primarne zakonodaje iz členov 83 ES in 85 ES. Končno, v Smernicah za tržno analizo in ocenjevanje pomembne tržne moči<sup>15</sup> je Komisija jasno navedla nekaj, kar je bilo dejansko že točno pri prejšnji pravni podlagi (glej obvestilo o dostopu zgoraj), da se v praksi ne more izključiti nastanek vzporednih postopkov po *ex ante* regulativi in konkurenčnem pravu ter da lahko organi za konkurenco izvedejo tržno analizo in odredijo ukrepe hkrati z drugimi za sektor specifičnimi ukrepi, ki jih uporabljajo NRO.

obveznosti in ne proti podjetju s prevladujočim položajem.

20. Četrtrič, pritožnik meni, da načelo pravne varnosti zahteva, da se lahko podjetje s prevladujočim položajem, ki je predmet regulacije, zanaša na pravilnost te regulacije. Ko ukrepi, ki jih izvajajo NRO, niso skladni s členom 82 ES, mora Komisija začeti postopke proti državi članici zaradi neizpolnitve

21. Po mojem mnenju je Splošno sodišče pravilno razsodilo, da je bil RegTP, čeprav je po zgledu vseh državnih organov dolžan upoštevati določbe Pogodbe ES, ob nastanku dejstev nemški organ, pristojen za regulacijo telekomunikacijskega sektorja, in ne organ za konkurenco zadevne države članice. Menim, da je analogija dveh ovir, navedenih v trditvi Komisije, zelo primerna v zvezi s tem. Regulacija je ena od ovir; upošteva se, če pritožnik izpolnjuje regulativne določbe, pri čemer je RegTP tisti, ki odloča o tem. Člen 82 ES je druga ovira in, neodvisno od obveznosti upoštevanja določil Pogodbe ES, naložene RegTP, spada v pristojnosti zadevnega organa za konkurenco, v tem primeru Komisije, da po potrebi odloči, ali je bila druga ovira upoštevana ali ne. Še več, pritožnik se je moral zavedati dejstva, da sta regulacija telekomunikacij in uporaba člena 82 ES ločena instrumenta, čeprav oba spodbujata konkurenco. Pritožnik se moti o ločevanju obeh instrumentov, ko se sklicuje na točko 61 Obvestila o dostopu Komisije in trdi, da bi morala Komisija, če meni, da ukrepi, ki jih izvaja NRO, niso v skladu s členom 82 ES, sprožiti postopke proti državi članici zaradi neizpolnitve obveznosti. Torej mora Komisija tako popraviti napake držav članic, ki so jih naredile v okviru regulacije, se pravi nezadostne uporabe normativne

15 – Smernice Komisije za tržno analizo in oceno tržne moči v skladu z regulativnim okvirjem Skupnosti za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (UL 2002, C 165, str. 6, predvsem točka 31).

ureditve. Vendar ni namen zadevnih postopkov ugotavljati, ali je RegTP res storil tako napako ali ne. Kot je Komisija pravilno navedla, se nadzor uporabe člena 82 ES s Komisije ne prenese na NRO.

RegTP uporabil ta koncept ne samo za cene komunikacij, ampak tudi za paketno ponudbo več vrst storitev dostopa na ravni naročnikov, torej metodo, ki jo je Splošno sodišče opredelilo kot „navzkrižno subvencioniranje“.

22. Pritožnik v drugem očitku navaja, da so ugotovitve v točkah od 111 do 119 izpodbijane sodbe, torej preiskava učinka cenovnih škarij RegTP, neupoštevne oziroma je pri njih podana napačna uporaba prava. RegTP je vedno zanikal obstoj protikonkurenčnega učinka cenovnih škarij. Pritožnik meni, prvič, da za pripisovanje odgovornosti ni pomembno, da se Splošno sodišče ne strinja z mnenjem RegTP. Sklepanje pelje v nezakonit začaran krog: ker je Splošno sodišče ugotovilo drugače kot RegTP, pritožnik ni imel pravice, da se zaneše na rezultat preiskave RegTP. Takrat še ni bilo sodne prakse Skupnosti ali prakse odločanja Skupnosti, ki se nanaša na to vprašanje. Koncept „navzkrižnega subvencioniranja“, ki ga je uporabil RegTP v odločbi dne 29. aprila 2003, tudi ni vzbudil pritožniku nobenega dvoma o pravilnosti ugotovitve RegTP, da ni učinka cenovnih škarij. Kot je navedeno v točki 116 izpodbijane sodbe, je

23. Menim, da je Komisija pravilno opozorila, da je izjava Splošnega sodišča o tem, da RegTP ni obravnaval člena 82 ES, navedba dejstva, ki ga ni mogoče izpodbijati v tej pritožbi. Vsekakor se strinjam s Splošnim sodiščem v točkah 114 in 268 izpodbijane sodbe, da je pomembno, da nobena izmed odločitev RegTP, ki jih je navedel pritožnik, ne vsebuje sklicevanja na člen 82 ES. Torej je očitno, da je RegTP uporabil nacionalni zakon in ne konkurenčnega prava Skupnosti. Kot je opozorila Komisija, izjave RegTP o učinku cenovnih škarij niso zadevale področja, na katerem je imel pritožnik manevrski prostor, se pravi sprememb cen dostopa za naročnike. Menim, da je Splošno sodišče pravilno navedlo, da RegTP ni upošteval združljivosti zadevnih cen s členom 82 ES ali pa je ta člen vsaj napačno uporabljal. Splošno sodišče je pravilno razsodilo, da RegTP ni obravnaval člena 82 ES.

Pritožnik tudi ne more oporekati Splošnemu sodišču zaradi krožnega sklepanja. Pritožnik bi lahko sklepal na podlagi odločitve RegTP, da njegovo ukrepanje ni nadomestilo ali izključilo preizkusa z vidika člena 82 ES, ki ga je opravila Komisija. Ne razlikujeta se samo rezultata preiskav RegTP in Komisije, temveč, pomembneje, razlikuje se tudi upoštevno merilo. Menim, da Splošno sodišče konceptu navzkrižnega subvencioniranja ni pripisalo nesorazmerne teže. Dejansko sta RegTP in Splošno sodišče v točki 116 izpodbijane sodbe izrazila stališče, da je sporno navzkrižno subvencioniranje „cen storitev dostopa in cen komunikacij“ in da ne gre za vprašanje paketne ponudbe več vrst dostopa.

je dejstvo, da je RegTP deloval v okviru normativne ureditve, katere cilj je odpreti sektor konkurenci in v njem uporabljati konkurenčno pravo Skupnosti, ter da je preiskal in se odločil zavrniti obstoj protikonkurenčnega učinka cenovnih škarij.

24. Drugič, pritožnik meni, da je sklepanje Splošnega sodišča v točkah od 111 do 114 izpodbijane sodbe, da RegTP ni bil dolžan preučiti skladnosti cen s členom 82 ES, prav tako pravno napačno iz razlogov, navedenih v utemeljitvi v točki 14 zgoraj. To vprašanje, oziroma ali se je RegTP izrecno skliceval na člen 82 ES, je skoraj nepomembno. Odločilno

25. Zgornja trditev je napačna. V zvezi s tem zadostuje poudarek, da je RegTP uporabil telekomunikacijsko pravo in ne prava konkurence. Splošno sodišče je pravilno razsodilo v točki 113 izpodbijane sodbe, da NRO delujejo v skladu z nacionalno zakonodajo, ki ima lahko, glede na telekomunikacijsko politiko, cilje, ki so drugačni od ciljev konkurenčnega prava Skupnosti (glej Obvestilo o dostopu, točka 13).

26. Pritožnik v tretjem očitku navaja, da v nasprotju s tem, kar je navedeno v izpodbijani sodbi v točkah 109 in 110, in sicer da je dejstvo, da so njegove maloprodajne cene za analogne vode temeljile na dovoljenju, ki ga je izdal BMPT, nepomembno za namene pripisovanja odgovornosti. Pomembno je samo to, da je RegTP preučil in označil kot

neutemeljen domnevno protikonkurenčni učinek cenovnih škarij.

mogoče reči, da imajo možnost „navzkrižnega subvencioniranja“ med dvema trgovoma.

27. Vendar, kot izhaja iz točk 109 in 110 izpodbijane sodbe, pritožnik ne trdi, da je BMPT preučil skladnost teh cen s členom 82 ES. Pravzaprav, kot je opozorila Komisija, razlike med cenami analognih vodov in cenami posredniških storitev takrat ni bilo mogoče preučiti, ker so bile cene posredniških storitev odobrene pozneje, se pravi marca leta 1998 začasno in februarja leta 1999 dokončno.

28. Glede drugega obdobja pritožnik zatrjuje, da je predpostavka, da je obstajal učinek cenovnih škarij, ki mu ga lahko pripišemo in ki je bil zloraba, napačna. Pritožnik v prvem razlogu meni, da je izpodbijana sodba nepravilna, ker mu, tako kot v prejšnjem obdobju, ni mogoče pripisati cenovnih škarij zaradi odločitev RegTP. V drugem očitku meni, da izpodbijana sodba vsebuje protislovje med presojo pripisovanja odgovornosti za kršitev in izračunom cenovnih škarij. To zadnje zahteva „navzkrižno subvencioniranje“ med dvema trgovoma, vendar v izračunu cenovnih škarij niso bili upoštevani prihodki konkurentov od komunikacijskih storitev, saj za konkurente ni

29. Po mojem mnenju Splošno sodišče postopka ni vodilo protislovno. Razlikovanje med trgov širokopasovnega dostopa in trgov ozkopasovnega dostopa velja samo za maloprodajni trg. Po drugi strani pa, glede trga posredniških storitev, obstaja samo en trg dostopa do fiksnih lokalnih omrežij. Pomembno je, da pritožnik ni izpodbijal točk od 148 do 150 izpodbijane sodbe, in menim, da so trditve Splošnega sodišča v teh točkah pravilne. V zvezi s tem je pomembno, da pritožnik ni izpodbijal opredelitve navedenih trgov na prvi stopnji. Kot izhaja iz točke 139 izpodbijane sodbe, pritožnik ni oporekal, da je pred letom 2002 imel dovolj manevrskega prostora za odpravo cenovnih škarij. Če bi pritožnik uporabil ta manevrski prostor, cenovnih škarij ne bi bilo niti v letih 2002 in 2003. Zaradi nove regulacije, ki velja od leta 2002 in dopušča dodatno zvišanje cen storitev dostopa za naročnike ter s tem zmanjševanje cenovnih škarij (glej točki 141 in 142 izpodbijane sodbe), cenovne škarje, ki so prenehale že leta 2001, nikakor ne bi smele ponovno nastati z regulacijo leta 2002. Strinjam se s Komisijo, da je zloraba v prvem obdobju dala pritožniku razlog za zlorabo v naslednjem obdobju. To ugotovitev je za obdobje do leta 2002 Splošno

sodišče navedlo v točki 135 izpodbijane sodbe, enako logično sklepanje pa velja za ugotovitev Splošnega sodišča za drugo obdobje.

30. Pritožnik v tretjem očitku navaja, da je bilo pravo napačno uporabljeno v zvezi z možnostjo zmanjševanja cenovnih škarij. Trditev v točki 149 izpodbijane sodbe je pravilna, toda nepomembna. Vendar gre pri predpostavki, po kateri „naj bi omejeno zvišanje cen ADSL povzročilo višjo povprečno maloprodajno ceno storitev ozkopasovnega in širokopasovnega dostopa“, za napačno uporabo prava, saj ni podprta z dejstvi. Vprašanje, ali naročniki ozkopasovne povezave ne bi prešli na širokopasovno povezavo zaradi zvišanja cen širokopasovnega dostopa in do katerega obsega, ni bilo preučeno. Zvišanje cen širokopasovnega dostopa bi pripeljalo do nižjega prometa.

v sektorju ADSL. Zvišanje cen ADSL bi vsekakor pripeljalo do izboljšanja konkurence in zmanjšanja cenovnih škarij. Prav tako se strinjam s Komisijo, da pritožnik ni oporekal trditvi (glej uvodno izjavo 77 in naslednje sporne odločbe), da naročniki, ki so iz poslovnih razlogov odvisni od širokopasovne povezave, v glavnem ne prehajajo na preprosto ozkopasovno povezavo ob zvišanju cen. Zato bi se, tudi če bi se število novih naročnikov manj povečalo zaradi višjih cen (cenovna elastičnost), cenovne škarje zmanjšale. Menim, da Splošno sodišče ni napačno uporabilo prava, ko je potrdilo trditev Komisije, da bi se učinek cenovnih škarij lahko zmanjšal z zvišanjem cen ADSL. Iz navedenega izhaja, da je prvi del pritožnikovega prvega razloga za pritožbo neutemeljen.

2. Drugi del prvega pritožbenega razloga: načelo varstva upravičenih pričakovanj

31. V zvezi s tem, kot sem opozoril zgoraj, pritožnik ni nasprotoval ločevanju trgov. Kot je pritožnik priznal v pritožbi, se je trg širokopasovnega dostopa občutno povečal v zadevnem obdobju (glej uvodno izjavo 27 sporne odločbe) in glede tega pritožnik ni navedel nikakršnega izkrivljanja dokazov. Kot je opozorila Komisija, si je želel pritožnik zaradi cenovnih škarij pri analognih vodih in v sektorju ISDN zagotoviti, da ima stranke tudi

32. Komisija in družba Vodafone predlagata, da se ta del prvega pritožbenega razloga zavrne.

33. Pritožnik trdi, da je Splošno sodišče napačno uporabilo načelo varstva upravičenih pričakovanj. Odločitve RegTP so ustvarile upravičeno pričakovanje pritožnika, da so njegove cene zakonite. V zvezi s tem je vprašanje, ali se te odločitve sklicujejo na člen 82 ES, nepomembno iz razlogov, navedenih v točki 24 zgoraj. V zvezi z drugim očitkom, v nasprotju z razsodbo Splošnega sodišča v točkah 267 in 268 izpodbijane sodbe, ne izhaja niti iz trditve RegTP glede možnosti navzkrižnega subvencioniranja s cenami komunikacij niti iz uporabe izraza „navzkrižno subvencioniranje“, da je imela pritožnikova praksa oblikovanja cen protikonkurenčni učinek. Takrat ni bilo odločbe Komisije ali sodbe sodišča Skupnosti o tej zadevi. Zato je imel pritožnik pravico, da se zanaša na odločitve RegTP.

34. Vendar iz ugotovitev v prvem delu prvega razloga za pritožbo izhaja, da ker trditve RegTP ne izključujejo presoje Komisije, pritožnik ne more na njihovi podlagi upravičeno pričakovati, da bo Komisija upoštevala mnenje RegTP. To samo po sebi zadostuje za izključitev kršitve načela varstva upravičenih pričakovanj, zato trditve pritožnika proti točkam od 267 do 269 izpodbijane sodbe ne morejo uspeti. V vsakem primeru se strinjam s Komisijo, da se pritožnikova graja točk 267 in 268 izpodbijane sodbe opira implicitno tudi

na hipotezo, da bi Komisijo morala zavezovati presoja RegTP, kar pa se ni zgodilo, kot je razvidno zgoraj. Odločitve RegTP bi dejansko morale vzbuditi dvome, da mogoče obstajajo problemi z njegovo strukturo cen – končno tudi z vidika prej obstoječe sodne prakse (in prakse odločanja Komisije), navedene v točkah od 188 do 191 izpodbijane sodbe, in sicer da se nezakonitost prakse oblikovanja cen podjetja s prevladujočim položajem ugotavlja na podlagi njegovega položaja. Še več, družba Vodafone je pravilno navedla, da je pritožnik vedel, da je v letih 1998 in 1999 petnajst njegovih konkurentov vložilo pritožbe pri Komisiji glede njegove strukture cen in da je Komisija začela preiskovati ta dejstva v skladu s členom 82 ES.

35. Pritožnik v tretjem očitku trdi, da je sklicevanje Splošnega sodišča na sodbo Bundesgerichtshof z dne 10. februarja 2004 nepomembno. Sodba je bila izrečena po zadevnem obdobju in ni odločilna za vprašanje, ali se je imel pritožnik pravico opreti na pravilnost odločitev RegTP, sprejetih v upoštevnem obdobju. Pritožnik bi lahko namreč iz sodbe Oberlandesgericht Düsseldorf (višje regionalno sodišče v Düsseldorfu) z dne 16. januarja 2002 sklepal, da se lahko opira na odločitve

RegTP in da je vsakršna zloraba v smislu člena 82 ES izključena.

je treba drugi del prvega pritožbenega razloga zavriniti.

36. Glede sodbe Bundesgerichtshof, v nasprotju s sugestijami pritožnika iz branja izpodbijane sodbe je jasno, da je Splošno sodišče ni upoštevalo kot podlago za upravičena pričakovanja, ampak si je samo prizadevalo dokazati, da je Bundesgerichtshof prišlo do istega sklepa kot Splošno sodišče. V zvezi s sodbo Oberlandesgericht Düsseldorf se strinjam z družbo Vodafone, da je bila sodba vsekakor izrečena več let po začetku zadevnega obdobja. Tako bi bila v najboljšem primeru upoštevana le za obdobje po 16. januarju 2002. Kot je opozorila družba Vodafone, je mogoče trditi, da pritožnik dejansko ni imel upravičenih pričakovanj, ki bi si zaslužila varstvo.<sup>16</sup> Iz ugotovitev iz prvega dela prvega razloga za pritožbo izhaja, da bi kot podjetje s prevladujočim položajem moralo samo preveriti, ali je njegovo ravnanje v skladu s členom 82 ES. Prav tako je pomembno, da je v skladu z Uredbo št. 17, ki je takrat še veljala, podjetje dejansko imelo možnost pridobiti od Komisije negativno mnenje za svojo strukturo cen. Iz vseh navedenih ugotovitev torej izhaja, da

3. Tretji del prvega pritožbenega razloga: ali je bila kršitev storjena namerno ali iz malomarnosti

37. Komisija in družba Vodafone predlagata, da se ta del prvega pritožbenega razloga zavrne.

38. Glede na pritožnikov prvi očitke izpodbijana sodba v točkah od 284 do 289 ne izpolnjuje zahteve člena 253 ES, ker je v njej napačno ugotovljeno, da je sporna odločba vsebovala zadostno obrazložitev glede malomarnosti oziroma naklepa. S pravne vidika ne zadostuje, da se v drugi navedbi sporne odločbe Komisija sklicuje na člen 15(2) Uredbe št. 17 kot na pravno podlago za izrek globe. Navedba ni del obrazložitve odločbe. Vsekakor pa ne podaja razlogov, zakaj je Komisija štela, da je bila kršitev storjena namerno ali iz malomarnosti. Drugič, ugotovitev dejstev Komisije, na katere se sklicuje v točki 287

16 – Glej sodbo z dne 20. marca 1997 v zadevi Alcan Deutschland (C-24/95, Recueil, str. I-1591, točki 25 in 31).



izpodbijane sodbe, ne daje podlage za trditev, da je bila kršitev člena 82 ES storjena namerno ali iz malomarnosti. Nikakor niso povezana z vprašanjem subjektivnega pripisovanja ravnanja po sodni praksi.

zadostuje opozorilo, da ker zavestno kršenje konkurenčnih predpisov ni odločilno, lahko obstaja namerna krivda tudi takrat, ko podjetje ne pozna razlage teh pravil, kakor jo podaja Komisija. Pritožnikova trditev o posebni regulaciji sektorja lahko glede na to igra samo vlogo, v najboljšem primeru povezano z vprašanjem, ali je pritožnik vedel, da je njegovo ravnanje nezakonito. Nikakor pa ne vpliva na namernost njegovega ravnanja. Kot je že pravilno opozorila Komisija, v teh okoliščinah ta del prvega razloga za pritožbo postane neučinkovit, ker je pritožnik očitno izpolnjeval subjektivne pogoje iz člena 15(2) Uredbe št. 17, kar je dejstvo, ki mu ni nasprotoval. Komisija je priznala, da izpodbijana odločba ne vsebuje natančnih pojasnil, ali je bila kršitev storjena namerno ali vsaj iz malomarnosti. Strinjam se, da je Splošno sodišče, ker je obveznost obrazložitve odvisna od posebnih okoliščin posamezne zadeve, upravičeno sklepalo, da so bile zahteve iz člena 253 ES v tej zadevi izpolnjene. V zvezi s tem lahko opozorim, da ni dvoma glede upoštevnihih meril, povezanih s konceptom naklepa ali malomarnosti, ker so del uveljavljene sodne prakse.<sup>18</sup> Kot je bilo pravilno navedeno v točki 286 izpodbijane sodbe, se sporna odločba sklicuje na člen 15(2) Uredbe št. 17, kar je treba razumeti tako, da je Komisija upoštevala, da je bila kršitev storjena namerno ali vsaj iz malomarnosti. Kot je Splošno sodišče tudi pravilno navedlo v točki 286 izpodbijane sodbe, je Komisija v izpodbijani odločbi podrobno opisala okoliščine kršitve in tudi razloge, na podlagi katerih je presodila, da je pritožnikova praksa oblikovanja cen zloraba, ter razloge, na podlagi katerih nosi odgovornost pritožnik, kljub regulativi, ki se je uporabljala. Torej je treba trditev, da je Splošno sodišče

39. Predvsem se glede na sodno prakso podjetje zaveda protikonkurenčne narave svojega ravnanja, ko se „zaveda dejanskih elementov, ki upravičujejo ugotovitev obstoja prevladujočega položaja na trgu in oceno [ugotovitve Komisije] zlorabe tega položaja“.<sup>17</sup> Zato

17 – Glej sodbi z dne 9. novembra 1983 v zadevi NBIM proti Komisiji (Michelin I) (322/81, Recueil, str. 3461, točka 107) in z dne 8. novembra 1983 v združenih zadevah IAZ International Belgium in drugi proti Komisiji (od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 in 110/82, Recueil, str. 3369, točka 45). Prav tako glej sodbo z dne 14. decembra 2006 v združenih zadevah Raiffeisen Zentralbank Österreich in drugi proti Komisiji (od T-259/02 do T-271/02, ZOdl., str. II-5169, točka 206).

18 – Glej sodbo z dne 1. februarja 1978 v zadevi Miller (19/77, Recueil, str. 131, točka 18).

nepravilno sklevalo, da je sporna odločba vsebovala zadostno utemeljitev, zavrniti.

na podlagi splošnega ravnanja Komisije v tej zadevi.

40. Glede na drugi očitke pritožnika je presoja iz točk od 295 do 300 izpodbijane sodbe neveljavna zaradi pomanjkljive obrazložitve. Utemeljitev sloni tudi na napačni uporabi prvega pododstavka člena 15(2) Uredbe št. 17. Manjka subjektivna odgovornost za morebitno kršitev člena 82 ES. Glede na odločitve RegTP in odsotnost precedensa Skupnosti se pritožnik ni zavedal domnevne protikonkurenčnosti svojega ravnanja. Trditve v zvezi z odločitvami RegTP v točkah od 267 do 269 izpodbijane sodbe, na katere se sklicuje v točki 299 te sodbe, ne podpirajo sklepa, da je pritožnik ravnal krivdno (naklep). Presoja krivde ni odvisna od tega, ali se podjetje zaveda, da z ravnanjem krši člen 82 ES, ampak od zavedanja protikonkurenčnosti njegovega ravnanja. Prav tako niti koncept navzkrižnega subvencioniranja, ki ga uporablja RegTP, niti sodba Bundesgerichtshof ne podpirata ugotovitve, da je pritožnik ravnal krivdno. Nazadnje, Splošno sodišče ni obravnavalo trditve, da je pritožnik upravičen ustrezno sklepati

41. Po mojem mnenju je v točki 295 in naslednjih izpodbijane sodbe Splošno sodišče izpolnilo zahteve po obrazložitvi, ko je sklenilo, da je pritožnik ravnal namerno, ker se je zavedal dejanskih elementov, pomembnih za presojo njegove zadeve. Pritožnikova trditve, da se ni zavedal sklepa, da določenega ravnanja na podlagi pravne ocene veljavna pravila ne dovoljujejo – ko se sklicuje na koncepte „protikonkurenčen“ ali „protikonkurenčnost“ –, ne more biti sprejeta. Zadošča opozorilo, da tak pristop ni skladen z upoštevnimi merili, določenimi v sodni praksi, navedeni v točki 39 zgoraj, po katerih so pomembne okoliščine ali dejanski elementi, ki upravičujejo ugotovitev zlorabe smislu člena 82 ES. Splošno sodišče je končno pravilno razsodilo v točki 298 izpodbijane sodbe, da so pritožnikove trditve o sprožitvi predhodnega postopka proti Zvezni republiki Nemčiji neupoštevne, ker ne zadevajo meril, opredeljenih v sodni praksi o konceptu naklepne krivde, navedene zgoraj. V zvezi z domnevno obljubo Komisije, da ne bo nadaljevala zadeve proti pritožniku, pritožnik ni predložil dokaza, ki

bi jo podprl, zato se Splošno sodišče s tem ni ukvarjalo. Iz tega torej izhaja, da je treba tretji del prvega pritožbenega razloga zavrniti. Zato je treba prvi pritožbeni razlog zavrniti kot v celoti neutemeljen.

Komisija za ugotavljanje elementov presoje pritožnikovih cen. Vendar se pritožnikov ugovor nanaša na predhodno stopnjo utemeljitve, in sicer vprašanje o ustreznosti preizkusa cenovnih škarij Komisije.

*B – Drugi pritožbeni razlog: napačna uporaba člena 82 ES*

1. Prvi del drugega pritožbenega razloga glede pomembnosti preizkusa cenovnih škarij za ugotovitev zlorabe

42. Komisija in družba Vodafone predlagata, naj se ta del drugega pritožbenega razloga zavrne.

43. Prvi očitek pritožnika se nanaša na pomanjkljivo obrazložitev, ker Splošno sodišče ni preučilo njegovih trditev. Izpodbijana sodba temelji na začaranem krogu, saj je Splošno sodišče uporabilo merilo, ki ga je izbrala

44. Naj opozorim, da je to prvič, da to obliko zlorabe obravnava Sodišče.<sup>19</sup> Edina prejšnja sodna praksa Skupnosti o cenovnih škarijah je zadeva Splošnega sodišča Industrie des poudres sphériques proti Komisiji.<sup>20</sup> Vendar

19 – Primerjaj tudi še nerešeno zadevo TeliaSonera Sverige (C-52/09), v kateri je bilo predloženih več vprašanj o cenovnih škarijah. Vendar se vprašanja ter dejstva in pravni okvir razlikujejo v več pomembnih vidikih (npr. ni interakcije med ureditvijo telekomunikacij in konkurenčnim pravom, predvsem pa ni bilo ureditvenih obveznosti družbe TeliaSonera, da ponudi vhodne izdelke za ADSL).

20 – Sodba z dne 30. novembra 2000 (T-5/97, Recueil, str. II-3755) (imenovana tudi zadeva IPS). Primerjaj med drugim nacionalne zadeve: (Italija) Telecom Italia, A 351, provedimento št. 13752, 16. november 2004; (Francija) France Télécom/SFR Cegetel/Bouygues, odločba št. 04-D-48, 14. oktober 2004; (Danska) Song Networks A/S/TDC/SDNOFON, 27. april 2004; (Švedska) TeliaSonera, dnr 1135/2004, 22. december 2004; (Velika Britanija) BSKyB, CA98/20/2002, in zadeva NCCN 500, sklep Ofcoma, 1. avgust 2008. Glej tudi opombi 26 in 29.

se je ta zadeva nanašala na zavrnitev pritožbe s strani Komisije in ne na odločbo, ki je ugotovila zlorabo prevladujočega položaja. V tej zadevi bo moralo Sodišče med drugim odločiti o načelnem vprašanju – ali je imelo Splošno sodišče prav, ko je razsodilo, da so cenovne škarje samostojna zloraba prevladujočega položaja, torej tudi pri tem, da ni podana zloraba pri cenah posredniških storitev in/ali plenilske maloprodajne cene. Menim, kot bo prikazano spodaj, da je Splošno sodišče – s tem ko je potrdilo opredelitev cenovnih škarij, ki jo je navedla Komisija v sporni odločbi – lahko ugotovilo, ne da bi napačno uporabilo pravo, da so v tej zadevi cenovne škarje samostojna oblika zlorabe. V zvezi s prvim očitkom glede pomanjkljive obrazložitve se ne strinjam s pritožnikovim ugovorom. Utemeljitev glede tega vprašanja, kakor jo je podalo Splošno sodišče, ni omejena na točke od 166 do 168 izpodbijane sodbe. Pomembne so tudi točke od 169 do 213, če je Splošno sodišče obravnavalo metodo, ki jo je uporabila Komisija za odgovor na vprašanje, ali so obstajale cenovne škarje in s tem tudi zloraba v smislu člena 82 ES. To zadostuje za ugotovitev, da Splošno sodišče ni kršilo člena 253 ES. Prav tako menim, da Splošnemu sodišču ni mogoče oporekati zaradi krožnega sklepanja. V točkah od 166 do 168 izpodbijane sodbe je Splošno sodišče samo sprejelo stališče Komisije. Kot je pravilno opozorila družba Vodafone v točki 183 in naslednjih točkah izpodbijane sodbe, pa je Splošno sodišče nadaljevalo preučevanje trditve pritožnika in pojasnjevanje, zakaj meni, da jih mora zavriniti. Pri analiziranju metode Komisije je Splošno sodišče tudi presodilo vprašanje, ali je ta način ustrezen za odkritje zlorabe v skladu s členom 82 ES. Zato je v točki 167 izpodbijane sodbe skladno s pristopom Komisije, Splošno sodišče lahko navedlo, da je pri tej vrsti zlorabe pomembna razlika med cenami in ne zloraba v zvezi s cenami *per se*. V zvezi s tem se v točkah od 189 do 191 izpodbijane sodbe Splošno sodišče sklicuje na ustrezne precedense. Jasno je torej, da o tem

vprašanju ni pomanjkljive obrazložitve v izpodbijani sodbi.

45. Pritožnik v drugem očitku navaja napačno uporabo člena 82 ES: preizkus cenovnih škarij je sam po sebi neprimeren za ugotavljanje zlorabe v situaciji, ko cene posredniških storitev določa NRO. Če je NRO določil cene posredniških storitev, ki so bile previsoke, mora regulirano podjetje uporabiti previsoke maloprodajne cene, da zagotovi ustrezno razliko med ceno posredniških storitev in maloprodajno ceno. Pritožnik se je moral odločiti med dvema različnima oblikama zlorabe: cenovne škarje ali previsoke cene. Ni se torej mogel izogniti zlorabi. Podjetje s prevladujočim položajem stori zlorabo, samo kadar so njegove maloprodajne cene kot take tako nizke, da pomenijo zlorabo.

46. Ker je Splošno sodišče pravilno razsodilo, da so cenovne škarje odvisne od razlike med obema cenama in ne od absolutne stopnje cen *per se*, ter pod pogojem, da ima podjetje pravico spreminjati vsaj eno od teh cen, menim, da se mora preizkus cenovnih škarij še naprej uporabljati, čeprav je ena cena ali pa sta obe predmet regulacije. Primer previsokih cen

posredniških storitev, ki jih določa NRO, je po mojem mnenju teoretičen, pritožnik pa ni pojasnil, zakaj bi to bilo pomembno za name ne te zadeve, tudi zato, ker so se cene posredniških storitev določale na podlagi njihovih stroškov, kakor izhaja iz točke 8 izpodbijane sodbe, pritožnik pa je imel možnost vložiti zahtevo za upoštevanje spremembe v izračunu osnove stroškov. Izpodbijana sodba je torej v skladu s členom 82 ES, prvi del drugega pritožbenega razloga pa je treba zavrniti kot neutemeljen.

pri izpodbijani sodbi podana napačna uporaba prava, ker se opira na merila, ki niso združljiva s členom 82 ES. Uporaba merila enako učinkovitega konkurenta za dejansko stanje je bila napačna, ker za pritožnika kot podjetje s prevladujočim položajem ne veljajo enaki regulativni pogoji kot za njegove konkuren te. Pritožnik je moral prevzeti vse naročnike, ne glede na njihovo gospodarsko privlačnost. Prav tako je moral omogočiti „predizbiro“ in „klic za klicem“ (v nadaljevanju skupaj: (pred) izbira), medtem ko za njegove konkuren te obveznosti niso veljale. Zato bi bilo treba merilo enako učinkovitega konkurenta prilagoditi. Analiza ne bi smela temeljiti na strukturi uporabnika pritožnika.

## 2. Drugi del drugega pritožbenega razloga: napačen izračun cenovnih škarij

47. Komisija in družba Vodafone predlagata zavrnitev tega dela drugega pritožbenega razloga

48. V prvem očitku pritožnik trdi, da je v okviru preučitve metodologije Komisije tudi

49. Ta del drugega pritožbenega razloga se nanaša na merila, ki so upoštevana, da se

cenovne škarje štejejo za zlorabo v smislu člena 82 ES. Do zdaj je jasno, da Komisija v sporni odločbi in Splošno sodišče v izpodbijani sodbi pritožnika nista sankcionirala za raven cen posredniških storitev, tudi zato, ker jih je naložil NRO (čeprav je to dejstvo, kot izhaja iz točke 93 izpodbijane sodbe, le domnevno v korist pritožnika). Problem ni bil, da so bile cene posredniških storitev pritožnika previsoke, ampak da so bile njegove maloprodajne cene pre nizke, tako da je bila razlika med maloprodajnimi cenami in cenami posredniških storitev – in s tem marža konkurenta – negativna ali nezadostna, odvisno od zadevnega obdobja.<sup>21</sup> Zato, kot izhaja iz točke 181 izpodbijane sodbe, zdajšnja utemeljitev pritožnika, ki se nanaša na posebne stroške, zadeva le drugo obdobje (od leta 2002 do maja 2003), ker je bila v prvem obdobju razlika med maloprodajnimi cenami in cenami posredniških storitev pritožnika negativna. Merilo, ki bi ga Sodišče v zvezi s tem moralo obravnavati, je upoštevnost „merila enako učinkovitega konkurenta“, ki je predmet prvega očitka pritožnika. Sodišče bo moralo odgovoriti na vprašanje, ali je treba pri cenovnih škarjah načeloma upoštevati stroške podjetja s prevladujočim položajem („merilo enako učinkovitega konkurenta“) in ne stroškov njegovih konkurentov („merilo razumno učinkovitega konkurenta“).<sup>22</sup> Leta 1998 je Komisija v Obvestilu o dostopu izrecno predlagala, da bi bili upoštevni obe merili. Glede prvega merila je Komisija navedla: „[Cenovne škarje]

je mogoče dokazati s prikazom, da prodajne dejavnosti prevladujoče družbe ne bi mogle ustvariti dobička na podlagi cene na trgu višje v prodajni verigi, ki jo prevladujoča družba zaračunava svojim konkurentom [...]“ Glede drugega preizkusa je navedla: „V primernih okoliščinah bi bilo mogoče prikazati zbijanje [marž] z dokazovanjem, da je razlika med ceno, zaračunano konkurentom za dostop na tem prodajnem trgu [...] in ceno, ki jo operater omrežja zaračuna na prodajnem trgu, nezadostna, da bi omogočila ustrezno učinkovitemu ponudniku storitev na prodajnem trgu pridobiti normalen dobiček [...]“<sup>23</sup> Vendar, kot je bilo pravilno opozorjeno v izpodbijani sodbi, je Sodišče ugotovilo, da je v okviru določanja plenilskih cen v zadevi AKZO proti Komisiji upoštevno merilo enako učinkovitega konkurenta.<sup>24</sup> Po mojem mnenju je Splošno sodišče pravilno poudarilo, da merilo enako učinkovitega konkurenta ni upoštevno le, kadar zlorabo pomeni razlika med cenami in stroški podjetja, ki prevladuje na trgu, ampak tudi med maloprodajnimi cenami in cenami posredniških storitev takega podjetja.<sup>25</sup> Po mojem mnenju je težko izpodbiti analize Splošnega sodišča iz točk od 186 do 194 izpodbijane sodbe, ker iz zadevnih precedensov in iz načela pravne varnosti jasno sledi, da je v okviru zadevnega primera merilo enako učinkovitega konkurenta primerno merilo. Poleg tega je po številnih mnenjih merilo

21 – Glej ugovor, obravnavan v Odločbi Komisije 88/518/EGS z dne 18. julija 1988 v zvezi s postopkom na podlagi člena [82 ES] (zadeva IV/30.178 – Napier Brown – British Sugar) (UL L 284, str. 41), petinšestdeseta in šestinšestdeseta uvodna izjava: „BS [omogočil] nezadostno maržo za [...] prodajalca sladkorja na drobno, enako učinkovitega kot BS [...]. Podjetje, ki prevladuje na trgu [...] ohrani razliko med ceno, ki jo zaračunava za surovino podjetjem, ki so njegovi konkurenti na trgu stranskih proizvodov, in ceno, ki jo zaračunava za stranski proizvod, ki je premajhna, da bi lahko odražala strošek predelave samega prevladujočega podjetja [...] pomeni zlorabo prevladujočega podjetja.“ Glej tudi enainštideseto uvodno izjavo.

22 – Ta preizkus lahko upošteva dejanske ali samo abstraktne (mogoče) konkrente. Potrdila sta ga Competition Appeal Tribunal (CAT) Združenega kraljestva v zadevi Genzyme (pravno sredstvo) [2005] CAT 32, točka 249, in Court of Appeal of Brussels v zadevi TELE2 proti Belgacom 18. decembra 2007, R.G. 2006/MR/3.

23 – Glej tudi na primer Evropska komisija: „Pricing Issues in Relation to Unbundled Access to the Local Loop“ (Vprašanja oblikovanja cen v zvezi z razvezanim dostopom do krajevne zanke), odbor ONP, ONPCOM 01-17, 25. junija 2001, str. od 1 do 17.

24 – Sodba z dne 3. julija 1991 v zadevi AKZO proti Komisiji (C-62/86, str. I-3359).

25 – V zvezi s tem glej sklepne predloge generalnega pravobranilca N. Fennellyja k sodbi z dne 16. marca 2000 v združenih zadevah Compagnie maritime belge transports in drugi proti Komisiji (C-395/96 P in C-396/96 P, Recueil, str. I-1365, točke od 123 do 139).

enako učinkovitega konkurenta splošno primerno merilo.<sup>26</sup>

da analiza ne bi smela temeljiti na strukturi njegovih uporabnikov. Prvič, poudaril bi, da pritožnik sam priznava, da je merilo na splošno uporabno, ker zmanjšuje spodbujanje neučinkovitih konkurentov in povečuje pravno varnost za prevladujoča podjetja, ker lahko na podlagi tega merila ovrednotijo – predhodno – zakonitost svojih dejavnosti. Nato, kot je Komisija pravilno poudarila, se pritožnik ne more braniti s tem, da izjavi, da ni bil tako učinkovit kot njegovi konkurenti. Konkurenčno pravo ne predvideva take „obrambe z neučinkovitostjo“. Člen 82 ES želi preprečiti ravnanje prevladujoče družbe, ki poskuša zadržati konkurenco, s tem, da je taka družba prisiljena, da si prizadeva odpraviti neučinkovitosti. Zato nisem prepričan, da bi moral zadevni primer zahtevati spremembo meril, ki jih v tem okviru vzpostavlja člen 82 ES.

50. Posebej glede prvega očitka pritožnik oporeka točki 188 izpodbijane sodbe, in meni, da bi moral biti za zadevni primer upoštevno položaj konkurentov in ne položaj prevladujočega podjetja. Pritožnik predlaga, da je treba, ker v zadevnem primeru veljajo za njega kot prevladujoče podjetje različni pravni in materialni pogoji, merilo enako učinkovitega konkurenta prilagoditi. Zlasti navaja,

26 – To sta potrdila CAT Združenega kraljestva v zadevi Genzyme, št. 1016/1/1/03 [2004] CAT 4, in Court of Appeal Združenega kraljestva v zadevi Albion (Dwr Cymru Cŷfyngedig in Albion Water Limited in Water Services Regulation Authority [2008] EWCA Civ 536, točka 105). Mogoče je dokazovati, da Splošno sodišče v sodbi, na katero je bila vložena pritožba (zlasti v odstavku 188), ni načelno v celoti ovrglo merila razumno učinkovitega konkurenta, in po mojem mnenju ni mogoče skleniti, da obstajajo tudi drugi primeri, pri katerih bi bilo lahko merilo razumno učinkovitega konkurenta primerno kot drugo ali dodatno merilo. Glede mogoče kršitve načela pravne varnosti nekateri strokovnjaki predlagajo, da bi bilo potrebno ovrednotenje za vsak primer posebej in da lahko lastniki z dolgoletnimi izkušnjami pogosto natančno ovrednotijo stroške novih tekmecev ali vsaj stroške razumno učinkovitega novega tekmecev, tudi zato, ker je njihovo poznavanje trga brez primere. Glej B. Amory in A. Verheyden, „Comments on the CFI’s recent ruling in Deutsche Telekom“ (Pripombe na odločitev CFI v zadevi Deutsche Telekom), Global Competition Policy, maj 2008, in S. Clerckx in L. De Muyter, „Price squeeze abuse in the EU telecommunications sector“ (Zloraba učinka pritiska na cene v telekomunikacijskem sektorju EU), Global Competition Policy, april 2009. Glej tudi R. O’Donoghue in A. J. Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC (pravo in ekonomija člena 82 ES), Oxford: Hart, 2006, str. 191 in 331.

51. V drugem očitku pritožnik trdi, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ker ni upoštevalo cen za dodatne telekomunikacijske storitve (telefonski klici). Taka metoda ni združljiva niti z gospodarstvom niti s prakso sprejemanja odločitev drugih organov v Evropi in Združenih državah. To je v nasprotju s tržno stvarnostjo: niti naročniki

niti operaterji storitev dostopa ne upoštevajo ločeno. Z gospodarskega vidika mora analiza cenovnih škarij upoštevati vse prihodke in stroške v zvezi s posredniškimi storitvami. Pri podjetjih z več proizvodi, če imajo stroške za posredniške storitve, ponujene naročnikom istočasno na več trgih, je potrebno seštevanje na višji ravni, kjer se upoštevajo vse upoštevne storitve naročnikom.

konkurirati prevladujočemu podjetju na podlagi enakih možnosti. Poleg tega, kot je Splošno sodišče pravilno ugotovilo v točki 192 izpodbijane sodbe, bi vsak drug pristop lahko pomenil kršitev splošnega načela pravne varnosti. Vendar pritožnik trdi, da so bili njegovi konkurenti kljub cenovnim škarjam sposobni konkurirati z njim na podlagi drugih poslovnih modelov, ne njegovih, ali s ponujanjem proizvodov na podlagi storitev zunaj zadevnega trga. Kot izhaja iz točk od 195 do 199 izpodbijane sodbe, je merilo enako učinkovitega konkurenta pokazalo, da konkurenti pritožnika ne bi mogli gospodarsko upravičeno sprejeti modela, ki ga pritožnik konkretno uporablja na trgu za dostop. Pritožnik v zadevnem primeru ne more zahtevati prilagoditve merila enako učinkovitega konkurenta le zato, ker njegov položaj ni tak kot položaj njegovih konkurentov. To ni mogoče, ker prevladujoče podjetje in njegovi konkurenti po definiciji nikoli ne morejo biti v popolnoma enakem položaju. V zvezi z utemeljitvami glede težav, s katerimi se srečuje kot bivše državno podjetje v postopku preoblikovanja v gospodarsko družbo z drugačno strukturo naročnikov od strukture naročnikov njegovih konkurentov, je dovolj spomniti, da, kot sem omenil zgoraj, konkurenčno pravo ne upošteva takih neučinkovitosti prevladujočih podjetij. Poleg tega je Komisija opomnila, da ima pritožnik konkurenčno prednost zaradi analognih naročnikov, ki so želeli nadgraditi naročniško razmerje glede dostopa. Glede trditve, da je le pritožnik ponudil „call-by-call“, je Komisija poudarila, da to ne drži – tudi nekateri njegovi konkurenti so naročnikom ponudili enako storitev. Obveznost pritožnika, da dovoli tako storitev, izhaja iz njegovega posebnega položaja na trgu, zato ni bilo diskriminacije konkurentov; različni položaji so se obravnavali različno. Kot sem opozoril na začetku teh sklepnih predlogov, regulacija ne more vplivati na uporabo člena 82 ES, če ima pritožnik ustrezen maneverski prostor.

52. Merilo enako učinkovitega konkurenta je primerno, ker kaže, ali je konkurent sposoben



Zato pritožnik zdaj ne more zahtevati, da bi na podlagi regulative dobil poseben položaj.

cen zahteva ločeno obravnavanje cen dostopa in cen komunikacij – so pravno napačne. Izpodbijana sodba je protislovna. V točki 113 se Splošno sodišče glede pripisovanja odgovornosti opira na dejstvo, da se lahko cilji regulative v sektorju razlikujejo od ciljev konkurenčne politike Skupnosti, potem pa prav iz načela regulacije sklepa, da je potrebno ločeno obravnavanje za cene dostopa in cene komunikacij, čeprav naročniki vidijo te storitve kot celoto. V točki 161 izpodbijane sodbe je pomanjkljiva obrazložitev, ker ni navedeno, zakaj je zamisel Splošnega sodišča pravilna, in ne obravnava ugovorov, ki jih je navedel pritožnik.

53. Pritožnik trdi, da je analiza Splošnega sodišča cenovnih škarij nepopolna, ker ne upošteva komunikacij, ki jih omogočajo posredniške storitve. Konkurenti lahko izključijo (pred)izbiro operaterjev in ponudijo paket dostopa, komunikacij in tako naprej po krajevni zanki. Tu se povpraševanje naročnikov in konkurenca operaterjev nanašata na paketo ponudbo storitev dostopa in komunikacij. Drugič, točke od 196 do 202 izpodbijane sodbe temeljijo na več primerih nepravilne uporabe prava. Vprašanje, ali so cene komunikacij upoštevne, je odvisno od načelnega vprašanja glede pravilne metode, ki naj se uporabi za podjetja, ki ponujajo več produktov. Splošno sodišče se ne more izogniti tej presoji s tem, da se sklicuje na omejen nadzor v točki 185 izpodbijane sodbe.

54. Prvič, ugotovitve v točkah 196 in 197 izpodbijane sodbe – da načelo prestrukturiranja

55. Ponovno se strinjam s Komisijo, da je v tem primeru le pristop, ki dovoli ločeno obravnavanje obeh trgov in analizo cenovnih škarij med cenami posredniških storitev in maloprodajnimi cenami, skladen s členom 82 ES. V točkah od 195 do 207 izpodbijane sodbe Splošno sodišče ni nepravilno uporabilo prava, ko je potrdilo pristop Komisije. Glede trditve o preizkusu cenovnih škarij podjetja z več proizvodi je Komisija pravilno poudarila, da pritožnik ne upošteva dejstva, da storitve dostopa niso nujno potrebne za

ustvarjanje prihodkov iz komunikacij. S „call by call“ je lahko pritožnik prav tako kot njegovi konkurenti ustvarjal prihodke na trgu komunikacij, neodvisno od stanja naročniških pogodb. Komisija je pravilno razložila, zakaj trditev pritožnika, da so vsi konkurenti prenehali ponujati storitev call-by call, ne drži; pritožnik je pomešal vzrok in posledico, cenovne škarje, ki jih je ustvaril, so preprečile konkurentom, da bi ponudili samo storitve dostopa in poravnali stroške. Primeri odločitev drugih regulativnih organov, ki ugotovili drugače, so lahko v najboljšem primeru zanimivi zlasti z vidika primerjalnega prava. Ne spreminjajo pa ciljev in meril za analize na podlagi člena 82 ES. Glede trditve iz točke 185 izpodbijane sodbe se zdi, da je Splošno sodišče kljub tej trditvi nadaljevalo natančno presojo, da bi potrdilo metodo Komisije.

telekomunikacijsko regulativo uporabljati za izvajanje člena 82 ES, ta člen ni namenjen za uveljavitev posebne sektorske regulative.

56. Poleg tega je po mnenju pritožnika sklep, da načelo prestrukturiranja cen izključuje telekomunikacijske storitve, vsebinsko nepravilen in krši člen 82 ES. To načelo ne zagotavlja meril za uporabo člena 82 ES. Poleg tega načelo prestrukturiranja cen velja le za pritožnika in njegovo oblikovanje cen, ne pa za konkurente. Ničesar ne pove o njihovi možnosti za konkuriranje. Čeprav je mogoče

57. Glede načela prestrukturiranja cen se zdi, da v izpodbijani sodbi ni protislovja. Neizpodbitno je, da mora člen 82 upoštevati položaj in pravni okvir upoštevne trga. Domneva o pomanjkljivi obrazložitvi glede tega vprašanja v izpodbijani sodbi ne more uspeti, ker ni dovolj podrobno opredeljena. Pritožnik zlasti ne razloži, kateri so njegovi ugovori zoper uporabo načela prestrukturiranja cen. Medtem ko točka 196 izpodbijane sodbe določa razmerje med pravnim okvirom in vrednotenjem na podlagi člena 82 ES, se točka 197 sklicuje na obrazložitev Komisije. Strinjam se s Komisijo, da je v nasprotju s trditvami pritožnika cilj prestrukturiranja cen, ki ga zajema Direktiva Komisije 96/19/ES<sup>27</sup>, jasno ločevanje zagotavljanja univerzalne storitve in konkurenčnih storitev ter razlikovanje na podlagi stroškov. Navzkrižno subvencioniranje je zato treba preprečiti. To pelje do pravilno sprejetega sklepa v točki 196

27 – Direktiva Komisije 96/19/ES z dne 13. marca 1996 o spremembi Direktive 90/388/EGS v zvezi z izvajanjem popolne konkurence na telekomunikacijskih trgih (UL L 74, str. 13).

izpodbijane sodbe, da je treba tudi v okviru analiz na podlagi člena 82 ES razlikovati med zaračunavanjem za povezave in zaračunavanjem za komunikacije. Ni pomembno, ali se regulativa nanaša na konkurente, ker je namen Direktive Komisije 96/19/ES ravno varovanje konkurentov pritožnika.

sta odločilna samo struktura stroškov in cene pritožnika.

58. Prvič, pritožnik trdi, da vsebuje točka 199 izpodbijane sodbe pomanjkljivo obrazložitev. Splošno sodišče bi moralo obravnavati, katere storitve temeljijo na krajevni zanki kot posredniški storitvi. Šele takrat bi lahko Splošno sodišče sklepalo o enakih možnostih. Taka enakost se lahko zagotovi samo z globalno analizo vseh cen in stroškov za vse storitve, ki temeljijo na krajevni zanki. Pritožnik trdi, da Splošno sodišče kljubuje zakonom logike in se sklicuje na točko 238 izpodbijane sodbe. Predpostavka Splošnega sodišča, da pritožnik ne nosi stroškov za povezave, je očitno napačna. Ker so pritožnikove maloprodajne cene za povezave v resnici nižje od njegovih stroškov, bi moral pritožnik, tako kot njegovi konkurenti, uporabljati navzkrižno subvencioniranje med cenami dostopa in cenami za komunikacije. Poleg tega je trditev v točki 202 izpodbijane sodbe protislovna, ker je v neposrednem protislovju z merilom enako učinkovitega konkurenta v skladu s katerim

59. Menim, da so trditve v točkah od 199 do 201 izpodbijane sodbe, po katerih enake priložnosti nalagajo ločitev, pravilne, ker bi bili zaradi globalne presoje povezav in komunikacij pritožnikovi konkurenti prisiljeni, da tekmujejo s pritožnikom samo zaradi posebnega modela navzkrižnega subvencioniranja, ki bi utrdil pritožnikov močan položaj na področju storitev povezav, kot je Komisija pravilno trdila. Splošno sodišče je v točki 202 izpodbijane sodbe razsodilo, da bi model, ki ga je predlagal pritožnik, konkurente prisilil, da bi izgubo, ki jo ustvarijo storitve povezovanja, nadomestili z višjimi cenami za komunikacije. Glede tega je treba poudariti, da pritožnik ne izpodbija opredelitve trga, po katerih pomenijo maloprodajne cene za storitve povezovanja in cene komunikacij dva ločena trga. Poleg tega se lahko storitve komunikacij zagotovijo tudi brez uporabe storitev povezovanja. Komisija pravilno ugotavlja, da trditev, da so bila načela logike kršena, ne pomaga pritožniku. Cenovne škarje so bile sankcionirane s sporno odločbo samo zaradi učinka na maloprodajni trg, zato Komisija ni bila dolžna raziskovati, ali imajo konkurenti slabši

položaj na trgu komunikacij kot pritožnik. Po mojem mnenju se je dovolj spomniti, da točka 237 izpodbijane sodbe vsebuje popoln odgovor na trditve, ki so bile navedene na prvi stopnji, kar zadostuje, da se sporna odločba potrdi. Graja točke 238 izpodbijane sodbe je zato neupoštevna. Pritožnik ni v nobenem primeru dokazal, da je bila graja utemeljena. Poleg tega je Splošno sodišče na podlagi merila enako učinkovitega konkurenta pravilno razsodilo – ne da bi zašlo v protislovje –, da imajo konkurenti možnost na trgu, če ob višjih cenah za povezave, da bi pokrili stroške, ponudijo cene za komunikacije, ki so nižje od cen, ki jih ponuja pritožnik, tako da so paketi storitev primerljivi.

61. Strinjam se s Komisijo, da se je Splošno sodišče odločilo o dejanskem vprašanju, ki ga je navedel pritožnik, in spora ni reševalo na podlagi dokaznega bremena. V točki 202 izpodbijane sodbe je Splošno sodišče pojasnilo, da je pritožnik v zadevnem obdobju precej znižal cene komunikacij. Takega pojasnila pritožnik ne more izpodbijati, ker ni uveljavljal izkrivljanja dejstev. Zato je treba drugi del drugega pritožbenega razloga zavriniti.

3. Tretji del drugega pritožbenega razloga: učinki cenovnih škarij

60. Nazadnje, pritožnik meni, da je Splošno sodišče za porazdelitev dokaznega bremena uporabilo napačno pravno merilo, ker je v točkah 201 in 202 izpodbijane sodbe navedlo samo to, da „vsekakor ni mogoče izključiti“, da konkurenti nimajo gospodarske možnosti za izvedbo poravnave morebitnih izgub, ki jih ustvarjajo telefonski priključki, s prihodki od komunikacij, medtem ko je pritožnik v tožbi na prvi stopnji hotel pokazati, da je navzkrižno subvencioniranje mogoče.

62. Komisija in družba Vodafone predlagata zavrnitev tega dela drugega pritožbenega razloga.

63. Pritožnik v prvem očitku trdi, da je zaradi napačnega izračuna cenovnih škarij tudi pri

presoji učinkov domnevnih cenovnih škarij podana napačna uporaba prava. Točki 234 in 235 izpodbijane sodbe pravilno zavračata zamisel Komisije, da ni potrebe po dokazovanju protikonkurenčnih učinkov. Vendar analiza v točki 237 izpodbijane sodbe temelji na cenovnih škarih, za katere se upoštevajo samo cene za povezave. V točki 238 izpodbijane sodbe je sklic na napačno predpostavko, da so glede navzkrižnega subvencioniranja med cenami storitev povezav in komunikacijskih storitev konkurenti diskriminirani v primerjavi s pritožnikom, ki pri povezavah nima izgub. Pritožnik v drugem očitku trdi, da je tudi pri obrazložitvi, ki dokazuje protikonkurenčne učinke, podana napačna uporaba prava. V točki 239 izpodbijane sodbe je ugotovljeno, da je tržni delež konkurentov na trgih širokopasovnih in ozkopasovnih povezav še vedno slab, pri čemer ni vzročne zveze med temi tržnimi deleži in domnevnimi cenovnimi škarijami. Poleg tega točka 240 sodbe temelji na nerazumevanju uvodne izjave 182 sporne odločbe.

učinek. Iz te točke izhaja, da je Splošno sodišče ugotovilo, da se protikonkurenčni učinek, ki ga mora dokazati Komisija v tem primeru, nanaša na morebitne ovire, ki so jih lahko ustvarile prakse oblikovanja cen pritožnika za razvoj konkurence na tem trgu. Čeprav Splošno sodišče ni zahtevalo od Komisije, da dokaže dejanski protikonkurenčen učinek, je zahtevalo dokaz za ovire za vstop na trg in s tem dokaz za morebiten protikonkurenčni učinek. V zvezi s tem je Splošno sodišče v točki 237 izpodbijane sodbe ugotovilo, da bodo ob upoštevanju dejstva, da so posredniške storitve pritožnika nujne, da mu lahko eden od njegovih konkurentov začne konkurirati na prodajnem trgu (trgu nižje v prodajni verigi) storitev dostopa za naročnike, cenovne škarje med cenami posredniških storitev in maloprodajnimi cenami pritožnika praviloma ovirale razvoj konkurence na prodajnih trgih (trgih nižje v prodajni verigi). Zato je Splošno sodišče po mojem mnenju pravilno poudarilo, da so bile v tem primeru posredniške storitve nujne in da brez dostopa do teh storitev konkurenti pritožnika ne bi mogli vstopiti na prodajni trg storitev za naročnike. To je v skladu s pristopom, ki ga je v sodni praksi razvilo Splošno sodišče, kar je potrdilo Sodišče, in sicer da se zahtevani učinek ne nanaša nujno na dejanski učinek zlorabe, ki se očita. Zaradi ugotovitve kršitve člena 82 ES zadostuje dokaz, da zloraba podjetja s prevladujočim položajem ovira konkurenco ali, z drugimi besedami, da ima ravnanje lahko tak učinek.<sup>28</sup> Po mojem mnenju iz tega jasno sledi, da mora Komisija dokazati, da posebni tržni kontekst, ki se obravnava v tem primeru, vključuje morebitne protikonkurenčne

64. Poudaril bi, da je Splošno sodišče v točki 235 izpodbijane sodbe pravilno ugotovilo, da mora Komisija dokazati, da imajo prakse oblikovanja cen pritožnika protikonkurenčen

28 – Sodba z dne 15. marca 2007 v zadevi British Airways proti Komisiji (C-95/04 P, Recueil, str. I-2331, točka 30) v zvezi s sodbama Splošnega sodišča z dne 30. septembra 2003 v zadevi Michelin proti Komisiji (Michelin II) (T-203/01, Recueil, str. II-4071, točki 238 in 239) in z dne 17. decembra 2003 v zadevi British Airways proti Komisiji (T-219/99, Recueil, str. II-5917, točka 293). Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Dámasa Ruiz-Jaraboja Colomerja v zadevi Sot. Lélos kai Sia in drugi, navedene v opombi 7, točka 50. V zvezi s tem glej: generalna pravobranilka J. Kokott, Economic thinking in EU competition law (Gospodarsko razmišljanje v konkurenčnem pravu EU), Madrid, 29. oktobra 2009.

učinke.<sup>29</sup> Zato ni dovolj samo trditev, da so mogoči oddaljeni, abstraktni protikonkurenčni učinki. Iz vsega navedenega izhaja, da Splošno sodišče ni napačno uporabilo prava.

le počasi prodirajo na trg, na prvi stopnji ni bil naveden kot tak in v nobenem primeru ni upošteven. Glede vključitve komunikacijskih storitev pritožnik ni razložil, zakaj je bilo potrebno, da je na tej stopnji presoje treba spreminiti pristop, ki se je uporabil kot podlaga za izračun cenovnih škarij, in upoštevati komunikacijske storitve. Končno, glede trditve, ki se nanaša na uvodno izjavo 182 sporne odločbe, je treba poudariti, da ni usmerjena proti izpodbijani sodbi. Poleg tega je, kot je zavrnila Komisija, nedopustna, ker ni bila podana na prvi stopnji, v vsakem primeru pa je neutemeljena, ker je konkurentom zaradi cenovnih škarij v zadevnem primeru, ne glede na njegov obseg, gospodarsko onemogočila, da bi ponudili storitve dostopa po enakih cenah kot pritožnik. Zato je treba tretji del drugega pritožbenega razloga zavrnil kot delno nedopusten in v vsakem primeru neutemeljen. Zato je treba drugi pritožbeni razlog v celoti zavrnil.

*C – Tretji pritožbeni razlog: nepravilna uporaba prava pri izračunu glob*

65. Prvi očitke pritožnika, da je analiza učinkov vsekakor nepravilna, ker upošteva samo cene za povezave, je brezpredmeten. V sklepnih predlogih zgoraj sem razložil, zakaj je treba te trditve zavrnil. Kar zadeva drugi očitke pritožnika glede vzročne zveze in zlasti pritožnikove trditve, da na področju telekomunikacij ni presenečenje, da operaterji

1. Prvi del tretjega pritožbenega razloga, ki se nanaša na resnost kršitve

<sup>29</sup> – Ta pristop je v skladu s sodbo v zadevi Sot. Lélos kai Sia in drugi, *ibidem*, kjer naj bi Sodišče izrecno zavrnilo pojem zlorabe *per se* in nadaljevalo z obravnavo objektivnih utemeljitev ob upoštevanju posebnega tržnega konteksta. Primerjaj zadevo CW/00615/05/03, Vodafone/O2/Orange/T-Mobile, sklep Oftela, maj 2004, in BTOpenworld's consumer broadband products, sklep Oftela, november 2003.

66. Pritožnik trdi, da je bil člen 15(2) Uredbe št. 17 kršen, ker niti utemeljitve Komisije niti

obrazložitev Splošnega sodišča v točkah od 306 do 310 izpodbijane sodbe ne podpirajo trditve, da je za prvo obdobje pritožnik storil resno kršitev. Splošno sodišče ni upoštevalo, da v skladu s točko 1A Smernic za nalaganje glob<sup>30</sup> izključitveno ravnanje samo „lahko“ pomeni resno kršitev. Zato ni preučilo trditve zoper kvalifikacijo kršitve za resno.

ker kršitev ni bila označena za resno, temveč za manjšo. Glede obdobja od 1998 do 2001 je Komisija pravilno trdila, da v skladu s točko 1A(1) Smernic ni dolžna, da v fazi ugotavljanja resnosti kršitve upošteva majhen prispevek h kršitvi (glej točko 311 izpodbijane sodbe). Kot izhaja iz točke 312 izpodbijane sodbe, je Komisija uporabila možnost, da je glede tega upoštevala olajševalno okoliščino. Poleg tega pritožnik ne razloži, katero dejanje sodelovanja RegTP pri določanju cen bi moralo povzročiti dodatno znižanje globe. Zato je treba ta del tretjega pritožbenega razloga zavriniti.

67. Komisija predlaga zavrnitev tega dela tretjega pritožbenega razloga.

2. Drugi del tretjega pritožbenega razloga: pomanjkljivo upoštevanje olajševalnih okoliščin

68. Zadostuje opozorilo, da je za obdobje od 1. januarja 2002 trditev pritožnika neuspešna,

69. Pritožnik trdi, da je Komisija v uvodni izjavi 212 sporne odločbe upoštevala samo obstoj posebne regulacije sektorja na nacionalnem nivoju, ne pa vsebine regulacije, to je preiskovanje RegTP in zavrnitev

30 – Smernice o načinu določanja glob, naloženih na podlagi člena 15(2) Uredbe št. 17 in člena 65(5) ESPJ (UL 1998, C 9, str. 3, v nadaljevanju: Smernice).

protikonkurenčnih cenovnih škarij. Splošno sodišče je nepravilno uporabilo pravo, ker ni sankcioniralo Komisije zaradi neupoštevanja dveh drugih olajševalnih okoliščin v smislu oddelka 3 Smernic. Glede na odločitve RegTP je bil pritožnik prepričan, da je njegovo ravnanje zakonito. V vsakem primeru je bila kršitev storjena iz malomarnosti.

3. Tretji del tretjega pritožbenega razloga za pritožbo: naložitev simbolične globe

70. Komisija predlaga zavrnitev tega dela tretjega pritožbenega razloga.

71. Komisija trdi, da pritožnik vsekakor ne upošteva dejstva, da je bila uvodna izjava 212 sporne odločbe napisana zelo široko in da v celoti podpira njeno razlago v točki 312 izpodbijane sodbe. Trditev, da je bilo pritožnikovo ravnanje samo malomarno, ni bila podana na prvi stopnji. Vsekakor se je Splošno sodišče v točkah od 295 do 297 izpodbijane sodbe pravilno odločilo, da ravnanje pritožnika ustreza opredelitvi namerne kršitve. Ta del tretjega pritožbenega razloga je zato delno nedopusten in v vsakem primeru neutemeljen.

72. V točki 319 izpodbijane sodbe je podana kršitev pravice do enakega obravnavanja. Pritožniku bi bilo treba naložiti simbolično globo kot v zadevi Deutsche Post.<sup>31</sup> Pritožnik je ravnal v skladu s sodno prakso nemških sodišč in odločitvami RegTP. Ni pomembno, da je bila sodba Oberlandesgericht pozneje razveljavljena, ker je temeljila na možnosti izjeme, ki se v tej zadevi ne uporablja, in šele potem, ko je bila sodba razveljavljena, je lahko pritožnik nadaljeval svoje ravnanje ob zavedanju, da bi lahko bil po členu 82 ES odgovoren. Položaj pritožnika je primerljiv s položajem, ki je bil podlaga za zadevo Deutsche Post. Obvestilo o dostopu se težko šteje za „sodno prakso“. Končno, okoliščina, da podjetje odpravi kršitev, ne more biti nujni pogoj za naložitev simbolične globe.

31 – Odločba Komisije 2001/892/ES z dne 25. julija 2001 v zvezi s postopkom na podlagi člena 82 Pogodbe ES (COMP/C 1/36.915 – Deutsche Post AG – prestrezanje čezmejne pošte) (UL L 331, str. 40, v nadaljevanju: Odločba Deutsche Post).



73. Komisija predlaga, naj se ta del tretjega pritožbenega razloga zavrne.

izpodbijane sodbe kažejo, da ni bilo tako in da pritožnik ni trdil, da trditve v teh točkah vsebujejo napačna dejstva, ter da razlike, ki so navedene v teh točkah, ne obstajajo. Komisija prav tako pravilno trdi, da so simbolične globe izjema in da se od nje ne sme zahtevati, da bi morala upravičiti odločitev, da določi globo na podlagi običajnih meril. Komisija je vsekakor upoštevala odločitve RegTP v okviru olajševalnih okoliščin. Splošno sodišče je v točkah 312 in 313 potrdilo, da v zvezi s tem ni bila storjena napaka pri presoji. Glede sodbe Oberlandesgericht je dovolj spomniti, da je Splošno sodišče v točki 319 izpodbijane sodbe pravilno ugotovilo, da je bila izrečena v obdobju, za katerega Komisija ni naložila globe, ki bi bila primerna v običajnih okoliščinah. Vsekakor je tudi pravilno, da v sodbi Oberlandesgericht nikakor ni bilo obravnavano vprašanje, katere dejavnike je treba upoštevati pri določanju cenovnih škarij. Zato ta sodba za simbolično globo ni pomembna. Končno ta sodba ni združljiva s sodno prakso Sodišča. Dejstvo, da jo je Bundesgerichtshof razveljavilo, je samo potrdilo tisto, kar bi moral pritožnik vedeti. Drugič, Komisija je podala stališče v zvezi z nekaterimi praksami pri komuniciranju s pritožnikom. Izjave RegTP se niso nanašale na člen 82 ES in leta 1998 je Komisija v svojem obvestilu o dostopu navedla, da se je konkurenčno pravo uporabljalo skupaj s pravom telekomunikacij in da so se celo za prakse, ki so jih dovolili NRO, uporabljale določbe o konkurenci iz Pogodbe. Nazadnje menim, da je ustrezno poudariti, da, v nasprotju z zadevo Deutsche Post, v obravnavanem primeru pritožnik ni dal nobene zaveze, da se bo izognil temu, da v bodoče stori kršitve. Poleg tega je Komisija dodala, da ji v obravnavanem primeru pritožnik ni olajšal naloge kot organu za konkurenco. Ta del tretjega pritožbenega razloga je prav tako treba zavrniti kot neutemeljen, zaradi česar je treba tretji pritožbeni razlog v celoti zavrniti. Iz vsega zgoraj navedenega izhaja, da je treba pritožbo zavrniti.

74. Komisija pravilno trdi, da trditev pritožnika ni upoštevana. Ta trditev bi bila pritožnikovemu zahtevku v pomoč samo, če bi bila dejanski in pravni okvir obeh zadev neposredno primerljiva.<sup>32</sup> Točke od 317 do 320

32 – Glej v tem smislu sodbo z dne 2. oktobra 2003 v zadevi Aristraïn proti Komisiji (C-196/99 P, Recueil, str. I-11005, točka 76 in naslednje).

#### **IV – Predlog**

75. Glede na vse navedeno predlagam, naj Sodišče:

- zavrne pritožbo;
  
- družbi Deutsche Telekom naloži, da poleg svojih stroškov nosi tudi stroške Komisije;
  
- družbama Vodafone in Versatel naloži, da nosita svoje stroške.