

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
JÁNA MAZÁKA,
predstavljeni 7. decembra 2010¹

1. V obravnavanem primeru Sąd Najwyższy (poljsko vrhovno sodišče) predlaga Sodišču, naj poda razlago člena 5 Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003.² Primer se nanaša na meje procesne avtonomije držav članic v okviru sistema za izvrševanje konkurenčnega prava Skupnosti (zdaj konkurenčno pravo Evropske unije) na podlagi Uredbe št. 1/2003, s katero je bil prenovljen prejšnji sistem na podlagi Uredbe Sveta št. 17.³ Sporen je način, s katerim lahko nacionalni organ, pristojen za konkurenco (v nadaljevanju: NOK), konča upravni postopek, v katerem z uporabo konkurenčnega prava EU vzporedno z nacionalnim pravom ugotovi, da ravnanje določenega podjetja *ne* pomeni kršitve prepovedi zlorabe prevladujočega položaja v skladu s členom 102 PDEU.

I – Pravni okvir

A – Pravo EU

2. Na podlagi člena 5 Uredbe št. 1/2003 so NOK držav članic pristojni za uporabo členov 101 PDEU in 102 PDEU v posameznih primerih. Člen 5 te uredbe v nadaljevanju določa:

„Za ta namen lahko [NOK] po uradni dolžnosti ali na podlagi pritožbe izdajo naslednje odločbe, ki:

– zahtevajo odpravo kršitve,

– odredijo začasne ukrepe,

– sprejmejo zaveze,

– naložijo globe, periodične denarne kazni ali druge sankcije, predvidene po nacionalnem pravu.

1 – Jezik izvirnika: angleščina.

2 – Vprašanji za predhodno odločanje sta bili predloženi v okviru pritožbe, ki jo je vložil predsednik poljskega nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco (Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; v nadaljevanju: poljski NOK), zoper sodbo Sąd Apelacyjny w Warszawie (pritožbeno sodišče v Varšavi). Uredba z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 [ES] in 82 [ES] (postala člena 101 PDEU in 102 PDEU) (UL 2003, L 1, str. 1).

3 – Uredba z dne 6. februarja 1962, Prva uredba o izvajanju členov [81 ES] in [82 ES] (UL 13, str. 204).

Kadar na podlagi razpoložljivih informacij pogoji za prepoved niso izpolnjeni, se lahko odločijo, da ni nobenega vzroka za njihovo ukrepanje“ (moj poudarek).

politike [EU], kadar se pojavi novo vprašanje v zvezi s konkurenco, ali za zagotovitev učinkovitega izvrševanja“ (odstavek 15).

3. Člen 10 Uredbe št. 1/2003 določa, da kadar javni interes EU glede uporabe členov 101 PDEU in 102 PDEU tako zahteva, lahko Evropska komisija po uradni dolžnosti z odločbo ugotovi, da se člen 101 PDEU ne uporablja za sporazum, sklep podjetniškega združenja ali usklajeno ravnanje, ker bodisi niso izpolnjeni pogoji iz člena 101(1) PDEU ali pa so izpolnjeni pogoji iz člena 101(3) PDEU. Komisija lahko pride do take ugotovitve ob sklicevanju na člen 102 PDEU.

4. V Obvestilu Komisije o sodelovanju v okviru mreže organov, pristojnih za konkurenco⁴, je navedeno, da je „Komisija [...] v posebej dobrem položaju, če en(-o) ali več sporazumov ali ravnanj vpliva na konkurenco v več kot treh državah članicah“ (odstavek 14), in da je „[p]oleg tega [...] Komisija v posebej dobrem položaju za obravnavo primera, če je ta tesno povezan z drugimi določbami [EU], ki jih lahko Komisija uporabi izključno ali učinkoviteje, ali če interes [EU] zahteva sprejetje odločbe Komisije za razvoj konkurenčne

B – Nacionalno pravo

5. Člen 11 poljskega zakona o varstvu konkurence in potrošnikov⁵ v različici, veljavni v času dejanskega stanja, določa:

„1. [Poljski NOK] izda ugotovitveno odločbo o neizvajanju omejevalnega ravnanja, če ne ugotovi kršitve prepovedi iz člena 5 ali člena 8.

2. [Poljski NOK] izda odločbo iz odstavka 1 tudi, če sporazum izpolnjuje pogoje iz člena 7(1), ni pa zajet v uredbi vlade iz člena 7.

4 – UL 2004, C 101, str. 43.

5 – Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (prečiščena različica v *Dziennik Ustaw* 2005, št. 244, naslov 2080).

3. Dokazno breme glede okoliščin iz odstavka 2 je na strani podjetja oziroma skupine podjetij.“

ugotovitveno odločbo o neizvajanju omejevalnega ravnanja na podlagi člena 102 PDEU, ker je sprejel tako odločbo na podlagi nacionalnega prava.

II – Dejansko stanje in vprašnji za predhodno odločanje

6. Družba Telekomunikacja Polska SA je bila osumljena, da je kršila člen 8 poljskega zakona o varstvu konkurence in potrošnikov ter člen 102 PDEU.⁶ Ob koncu postopka je poljski NOK ugotovil, da pri njenem ravnanju ni šlo za zlorabo, in na podlagi nacionalnega prava sprejel odločbo, da podjetje ni omejevalo konkurence, ker je menil, da na podlagi člena 102 PDEU ni nobenega vzroka za njegovo ukrepanje. Tretja oseba – družba Tele2 Polska sp. zoo, zdaj Netia SA w Warszawie – je zoper to odločbo vložila tožbo. Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (okrožno sodišče – sodišče za varstvo konkurence in potrošnikov) je s sodbo, ki jo je pozneje podprlo pritožbeno sodišče v Varšavi, razglasilo izpodbijano odločbo za nično, ker je presodilo, da bi moral poljski NOK sprejeti

7. Poljski NOK je vložil kasacijsko pritožbo, v okviru katere je trdil, da je člen 5 Uredbe št. 1/2003 pravilo o pristojnosti NOK, s katerim se omejuje njihova zmožnost sprejemanja odločitev in na podlagi katerega ti organi niso pristojni za sprejetje take odločbe. Namesto tega je poljski NOK sprejel odločbo, s katero je zadevo končal drugače, in sicer brez odločanja o vsebini. V členu 5 Uredbe naj bi bile predvidene štiri vrste meritornih odločb, na koncu pa še procesna odločba: NOK „se lahko odločijo, da ni nobenega vzroka za njihovo ukrepanje“. Za sprejetje odločbe o neuporabi člena 102 PDEU za določeno ravnanje naj bi bila pristojna Komisija in ne NOK.

8. Predložitveno sodišče meni, prvič, da se ta primer nanaša na meje procesne avtonomije NOK in da ti organi ne bi smeli sprejeti ugotovitvene odločbe o neizvajanju omejevalnega ravnanja, ker taka odločba ni navedena med vrstami odločb v drugem odstavku člena 5 Uredbe št. 1/2003. Drugič, po mnenju predložitvenega sodišča bi se lahko zadnji stavek člena 5 Uredbe št. 1/2003 v povezavi

6 – V predložitveni odločbi je navedeno samo, da je domnevna kršitev zadevala uvedbo klavzule o izključnosti za uporabo javno dostopnih telefonskih storitev na nacionalnem trgu dostopa do storitev fiksne telefonije, ki se opravljajo po načelu dostopa in predizbire operaterja.

z drugim odstavkom člena 5 in drugimi določbami te uredbe vseeno razlagal tako, da omogoča, da NOK sprejmejo odločbo, kot se obravnava v tem primeru. V teh okoliščinah je predložitveno sodišče prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

9. Pisna stališča so predložili poljska⁷ in češka vlada, Komisija ter Nadzorni organ EFTE. Na obravnavi 21. septembra 2010 so ustno podale stališča vse navedene stranke, razen češke vlade.

III – Presoja

„1. Ali je treba člen 5 [Uredbe št. 1/2003] razlagati tako, da [NOK] ne more izdati ugotovitvene odločbe o neizvajanju omejevalnega ravnanja v smislu člena [102 PDEU], če po izvedbi postopka ugotovi, da podjetje ni kršilo prepovedi zlorabe prevladujočega položaja, ki izhaja iz te določbe Pogodbe?

A – Glavne trditve strank

2. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen, ali je treba v primeru, kadar lahko v skladu z nacionalnim konkurenčnim pravom [NOK] – če ugotovi, da ravnanje podjetja ni v nasprotju s členom [102 PDEU] – konča protimonopolni postopek le z izdajo ugotovitvene odločbe o neizvajanju omejevalnega ravnanja, člen 5, [zadnji] stavek, [Uredbe št. 1/2003] razlagati tako, da ga ta [NOK] lahko uporabi kot neposredno pravno podlago za izdajo ‚odločbe o neobstoju vzrokov za njegovo ukrepanje?‘“

10. Komisija in Nadzorni organ EFTE v bistvu trdita, da člen 5 Uredbe št. 1/2003 ne omogoča, da NOK sprejme ugotovitveno odločbo o neuporabi členov 101 PDEU in 102 PDEU. Pooblastilo za to naj bi imela samo Komisija. Če bi lahko NOK ugotavljal neuporabo členov 101 PDEU in 102 PDEU – kolikor se lahko zagotovi, da je ravnanje podjetja zakonito –, naj bi to zahtevalo precejšnje upravne vire, poleg tega pa naj bi bilo med drugim verjetno, da bi to oškodovance ravnanja, pri katerih bi se pojavil sum o njegovi nezakonnosti, odvrnilo od posamičnega vlaganja tožb zoper kršitelje in torej od zasebnega izvrševanja

⁷ – Kot kaže, so stališča poljske vlade enaka kot stališče poljskega NOK.

konkurenčnega prava EU (medtem ko naj bi se z Uredbo št. 1/2003 spodbujalo zasebno izvrševanje). Kar zadeva drugo vprašanje, Komisija zatrjuje, da se člen 5 Uredbe št. 1/2003 uporablja neposredno. Nadzorni organ EFTE navaja, da je NOK v položaju, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, v katerem se šteje, da pogoji za odločbo o prepovedi niso izpolnjeni, na podlagi členov 3(1) in 5 Uredbe št. 1/2003 zavezan uporabiti člen 102 PDEU, tako da konča svoj upravni postopek z ugotovitvijo, da ni nobenega vzroka za njegovo ukrepanje.

ravnanja. Uredba št. 1/2003 naj ne bi vzpostavljala hierarhije med Komisijo in NOK, ampak naj bi temeljila na razmerju horizontalnega sodelovanja. V nasprotju z namenom člena 5 Uredbe št. 1/2003 naj bi bilo, če bi bil NOK pristojen za sprejetje ugotovitelne odločbe o obstoju kršitve člena 102 PDEU, ne pa, če bi bil NOK pristojen za ugotavljanje neobstoja kršitve. Češka vlada trdi, da upoštevne določbe poljskega zakona o varstvu konkurence in potrošnikov ne ogrožajo nobenega cilja členov 101 PDEU in 102 PDEU.

11. Poljska vlada trdi, da so v členu 5 Uredbe št. 1/2003 izčrpno navedene pristojnosti NOK. Zadnji stavek člena 5 naj ne bi bil podlaga za ugotovitveno odločbo o neizvajanju omejevalnega ravnanja. V odgovor na drugo vprašanje poljska vlada navaja, da bi moral imeti ukrep, s katerim NOK konča postopek v zvezi s sumom omejevanja konkurence – potem ko ugotovi, da ni nobenega vzroka za njegovo ukrepanje –, obliko procesne odločbe, s katero se postopek konča, ne da bi bilo treba odločati o vsebini.

12. V nasprotju z drugimi strankami češka vlada zatrjuje, da člen 5 Uredbe št. 1/2003 dejansko omogoča, da NOK sprejme ugotovitelno odločbo o neizvajanju omejevalnega

B – Presoja

Uvodne ugotovitve o novem sistemu „pravne izjeme“ pri izvrševanju

13. Z Uredbo št. 1/2003,⁸ imenovano tudi „posodobitvena uredba“, so bile uvedene temeljite spremembe načina izvrševanja

⁸ – V zvezi z razlago Uredbe št. 1/2003 glej sodbo Sodišča z dne 11. junija 2009 v zadevi X (C-429/07, ZOdl., str. I-4833) in ti še nerešeni zadevi pred Sodiščem: VEBIC (C-439/08, sklepni predlogi generalnega pravobranilca Mengozzija v tej zadevi so bili predstavljeni 25. marca 2010, sodba pa naj bi bila izdana 7. decembra 2010) in Pfeleiderer proti Bundeskartellamt (C-360/09, moji sklepni predlogi v tej zadevi bodo predstavljeni 16. decembra 2010). Za primera Splošnega sodišča v zvezi s členom 11(6) Uredbe št. 1/2003 glej sodbi z dne 8. marca 2007 v zadevi France Télécom proti Komisiji (T-339/04, ZOdl., str. II-521) in z dne 8. marca 2007 v zadevi France Télécom proti Komisiji (T-340/04, ZOdl., str. II-573, potrjena v pritožbenem postopku s sodbo Sodišča z dne 2. aprila 2009 v zadevi France Télécom proti Komisiji (C-202/07 P, ZOdl., str. I-2369)).

konkurenčnega prava EU. V okviru uvede-
nih novosti je bilo med drugim odpravljeno
priglaševanje sporazumov Komisiji, če se želi
zanje uporabiti izjema na podlagi zdajšnjega
člena 101(3) PDEU,⁹ ta sistem pa je bil nado-
meščen s sistemom pravne izjeme,¹⁰ tako da

so z uporabo pravil EU o konkurenci NOK in
nacionalna sodišča precej tesneje povezani.¹¹

14. Z decentralizacijo izvrševanja konku-
renčnega prava EU se več kot samo zahteva,
da NOK in nacionalna sodišča uporabljajo
člena 101 PDEU in 102 PDEU. Da bi se lahko
decentralizacija primerno izvajala, so v Ured-
bi št. 1/2003 predvideni najmanj trije ločeni
mehanizmi: (i) podelitev pooblastil NOK in
nacionalnim sodiščem s posledičnim zmanj-
šanjem neposredne dejavnosti izvrševanja
Komisije,¹² (ii) zahteva, da NOK in nacio-

9 – Zanimivo je, da čeprav glavna cilja decentralizacije izvrševa-
nja konkurenčnega prava EU – zmanjšanje delovne obreme-
nitve Komisije ter vključitev NOK in nacionalnih sodišč v to
izvrševanje – ostajata enaka, se sestavni deli te politike, kot
so določeni v Uredbi št. 1/2003, razlikujejo od tistih, opre-
deljenih v predlogu Komisije iz leta 2000, ki je določal, da
„člen [3 predlagane uredbe] določa, da se v primeru, ko spo-
razum ali ravnanje lahko vpliva na menjavo med državami
članicami, uporabi *zgotj* konkurenčno pravo [EU]“ (moj
poudarek) (Predlog Uredbe Sveta o izvajanju pravil konku-
rence iz členov 81 [ES] in 82 [ES] in spremembi uredb (EGS)
št. 1017/68, (EGS) št. 2988/74, (EGS) št. 4056/86 in (EGS)
št. 3975/87; COM(2000) 582 konč., str. 12). Glej Tosato,
G. L. (ur.), in Bellodi, L. (ur.), *EU Competition Law, Volume I,
Procedure*, Claeys & Casteels, 2006, str. 218.

10 – V prejšnjem sistemu je bila za člen 81 ES značilna določitev
pravila prepovedi (člen 81(1)) in njegovih učinkov (nič-
nost – člen 81(2)), ki so bili ublaženi z izvajanjem pooblastila
Komisije za odobritev izjeme od tega pravila (člen 81(3)). Na
podlagi Uredbe št. 1/2003 posamezna izjema sporazuma od
prepovedi, navedene v členu 101(1) PDEU, ni več odvisna
od priglasitve tega sporazuma Komisiji. Zdaj se sporazumi,
ki so zajeti v členu 101(1) PDEU in ki izpolnjujejo pogoje
iz člena 101(3) PDEU, ne smejo prepovedati, predhodna
odločba o tem pa ni potrebna – za člen 101(3) PDEU se šteje,
da se neposredno uporablja kot pravna izjema. Glej Kerse,
C. S., in Khan, N., *EC Antitrust Procedure*, 5. iz., Sweet &
Maxwell, London, 2005, str. 15.

11 – Glej med drugim uvodne izjave 6, 7 in 15 Uredbe št. 1/2003
ter člena 5 in 6 te uredbe. Na podlagi Uredbe št. 17 so bile
krsitve členov 81 ES in 82 ES redko preganjane, tudi zato,
ker so bili po nacionalnem pravu NOK za uporabo čle-
nov 81(1) ES in 82 ES pooblašteni samo v približno polovici
držav članic, pa tudi v teh primerih je pristojnost Komisije
za odobritev izjem te organe odvrčala od prevzemanja pri-
merov v zvezi s členom 81(1) ES. Če je NOK začel pregon
krsitve člena 81(1) ES, so se lahko podjetja odločila priglasiti
svoj sporazum ali svoje ravnanje Komisiji, ki je bila lahko
zaradi svoje pravne obveznosti ukrepanja ob priglasitvi pri-
morana začeti postopek, s čimer je bila NOK odvzeta nje-
gova pristojnost. Glej Wils, W. P. J., „Community report“,
v Cahill, D., in Cooke, J. D., *The Modernisation of EU Com-
petition Law Enforcement in the EU*, Cambridge, FIDE 2004,
str. 679 in naslednje. Glej tudi Gippini Fournier, E., „Com-
munity report“, v Koeck, H. F. (ur.), in Karollus, M. M., (ur.),
The Modernisation of European Competition Law, Nomos,
FIDE 2008.

12 – Zato se je lahko Komisija precej bolj osredotočila na ključne
prednostne naloge, kot so omejevalni sporazumi in sektorske
preiskave (s katerimi želi Komisija opredeliti sektorje,
v katerih pravila o konkurenci morda ne delujejo pravilno).

nalna sodišča uporabljajo člena 101 PDEU in 102 PDEU v okviru sistema, s katerim je urejeno razmerje med nacionalno zakonodajo in zakonodajo EU, ter, nenazadnje, (iii) postopki za lažje sodelovanje in nadzor dela NOK in nacionalnih sodišč, da bi se tako zaščitila enotna in dosledna uporaba pravil EU o konkurenci.¹³ Kot bo prikazano v nadaljevanju, je posledica pomembne vloge NOK (in nacionalnih sodišč) pri delovanju novega sistema to, da na podlagi Uredbe št. 1/2003 zanje veljajo stroga pravila glede pooblastil, ki so jim podeljena, in izvajanja teh pooblastil.¹⁴

uporabi člena 102 PDEU sprejme negativno meritorno odločbo.

16. Kot je pravilno navedel Nadzorni organ EFTE, bi se načeloma morala vprašanja, predložena samo v zvezi s členom 102 PDEU, nanašati tudi na pristojnost NOK za sprejetje negativne meritorne odločbe na podlagi člena 101 PDEU. Zato morata po mojem mnenju odgovora na predloženi vprašanji veljati za oba člena – 101 PDEU in 102 PDEU.

Prvo vprašanje

15. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali člen 5 Uredbe št. 1/2003 nasprotuje temu, da NOK pri

17. Predložitveno sodišče meni, da ni mogoče dvomiti o tem, da odločba na podlagi nacionalnega prava¹⁵, s katero se ugotovi, da določeno ravnanje ne omejuje konkurence, ne spada med odločbe, navedene v drugem stavku člena 5 Uredbe št. 1/2003.

13 – Bistveni pomen tega cilja je poudarjen z dejstvom, da je bilo izvrševanje pravil EU o konkurenci od začetka veljavnosti Uredbe št. 1/2003 močno okrepljeno: do konca marca 2009 so člani Evropske mreže za konkurenco na podlagi pravil EU o konkurenci obravnavali *več kot 1000 zadev* v številnih sektorjih. Glej Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu – Poročilo o delovanju Uredbe št. 1/2003, COM(2009) 206 konč. z dne 29. aprila 2009, str. 7.

14 – Glej v opombi 9 zgoraj navedeno delo Tosata, G. L., in Bellodija, L., str. 219.

18. Vendar pa predložitveno sodišče izraža dvome o vprašanju, ali lahko poljski NOK sprejme tako odločbo na podlagi člena 102 PDEU, glede na to, da se z zadnjim stavkom člena 5 Uredbe št. 1/2003 NOK daje pooblastilo za odločitev, da ni nobenega

15 – To je na podlagi člena 11 poljskega zakona o varstvu konkurence in potrošnikov.

vzroka za njihovo ukrepanje, kadar pogoji za prepoved niso izpolnjeni.

19. Najprej je treba preučiti upoštevne določbe Uredbe št. 1/2003. V skladu s členom 3 te uredbe¹⁶ morajo NOK uporabljati člena 101 PDEU in 102 PDEU, kadar bi lahko ravnanja podjetja, ki je osumljeno kršitve prepovedi iz nacionalnega konkurenčnega prava, vplivala na trgovanje med državami članicami. Z Uredbo št. 1/2003 se predpostavlja, da NOK uporablja člena 101 PDEU in 102 PDEU v skladu s postopkovnimi pravili svoje države članice, ta pa mora po potrebi dopolniti svojo nacionalno zakonodajo, da jo prilagodi novemu sistemu.¹⁷

20. V zvezi s tem splošnim načelom je Sodišče v sodbi *Otto*¹⁸ presodilo, da „nacionalni organi načeloma uporabljajo člena [101 PDEU

in 102 PDEU] v skladu z nacionalnimi postopkovnimi pravili. Ob upoštevanju prava [EU] in zlasti njegovih temeljnih načel je zato treba v nacionalnem pravu določiti primerna postopkovna pravila, da bi se zadevnim osebam zagotovila pravica do obrambe. Ta jamstva se lahko razlikujejo od tistih, ki se uporabljajo v sodnih postopkih [EU].“

21. Dalje, člen 5 Uredbe št. 1/2003 določa, da morajo biti NOK pristojni za uporabo členov 101 PDEU in 102 PDEU v posameznih primerih ter da „lahko“ v ta namen po uradni dolžnosti ali na podlagi pritožbe izdajo odločbe, ki: (i) zahtevajo odpravo kršitve, (ii) odredijo začasne ukrepe, (iii) sprejmejo zaveze in (iv) naložijo globe, periodične denarne kazni ali druge sankcije, predvidene po nacionalnem pravu. Navedeni člen se konča z določbo, da se lahko NOK, kadar na podlagi razpoložljivih informacij pogoji za prepoved niso izpolnjeni, odločijo, da ni nobenega vzroka za njihovo ukrepanje.

22. Tako se pojavi vprašanje, ali je seznam odločb, ki jih lahko sprejmejo NOK (določen v členu 5 Uredbe št. 1/2003), izčrpen. Poljska vlada in Komisija menita, da je izčrpen, in

16 – Glej na primer *Lucey, C., Unforeseen consequences of Article 3 of EU Regulation 1/2003*, ECLR, 2006, 27(10), str. 558–563.

17 – Člen 35 Uredbe št. 1/2003. *Tosato, G. L., in Bellodi, L., v delu, navedenem v opombi 9 zgoraj, na strani 32 (opomba 101) poročata, da je bilo v Italiji s členom 54(5) zakona 52 z dne 6. februarja 1996 italijanskemu NOK že podeljeno pooblastilo za uporabo členov 81(1) ES in 82 ES. Zanimivo je tudi, da v Združenem kraljestvu pred reformo za izvajanje konkurenčnega prava EU NOK ni(-so) imel(-i) pristojnosti.*

18 – Sodba z dne 10. novembra 1993 v zadevi *Otto* (C-60/92, Recueil, str. I-5683, točka 14). Glej tudi sodbo z dne 17. julija 1997 v zadevi *GT-Link* (C-242/95, Recueil, str. I-4449, točke od 23 do 26).

zdi se, da pravna teorija govori v prid temu mnenju.¹⁹

23. Vsekakor zadošča navedba, da v strogem pomenu člen 5 ni izčrpen vsaj v tem smislu, da ni edina določba Uredbe št. 1/2003, na podlagi katere lahko NOK sprejemajo odločitve: tu je tudi člen 29(2) („Odvzem v posameznih primerih“), v skladu s katerim lahko NOK pod nekaterimi pogoji umaknejo ugodnost uredbe o skupinskih izjemah.²⁰

19 – Glej med drugim Faull, J., in Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, str. 113; seznam v členu 5 je izčrpen, ker NOK pri uporabi člena 101 PDEU ali 102 PDEU ne morejo sprejeti nobene druge odločbe razen teh, navedenih na tem seznamu; zlasti ne morejo sprejemati odločb o neuporabi; te lahko sprejme samo Komisija. Glej tudi Langen, E. (ur.), in Bunte, H.-J. (ur.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht – Band 2*, 11. iz., Luchterhand, 2010, str. 752 in naslednje; Loewenheim, U., Meessen, K. M., in Riesenkampff, A., *Kartellrecht – Band 1 Europäisches Recht – Kommentar*, C. H. Beck Verlag, München, 2005, str. 740; Hirsch, G., Montag, F., in Säcker, F. J., *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Sweet & Maxwell, London, 2008, str. 1579 in naslednje, ter v opombi 10 navedeno delo Kerseja, C. S., in Khana, N., str. 261: ni jasno, (i) ali naj bi bil seznam izčrpen in (ii) kakšen je učinek zadnjega stavka člena 5; po mnenju nekaterih ta stavek pomeni, da NOK niso pristojni za sprejemanje odločb o neuporabi; kot kaže, se želi z njim preprečiti, da bi ti organi še naprej sprejemali take odločbe, zlasti odločbe o neuporabi člena 101(1) PDEU.

20 – V bistvu lahko ustrezni NOK, kadar imajo sporazumi, sklepi podjetniških združenj ali usklajena ravnanja, za katere se uporablja uredba Komisije o skupinskih izjemah, učinke, ki niso združljivi s členom 101(3) PDEU, na ozemlju države članice, ki ima vse lastnosti samostojnega geografskega trga, umakne ugodnost te uredbe o skupinskih izjemah za to ozemlje.

24. Kot pravilno opozarja predložitevno sodišče, mora NOK, kadar po izvedbi postopka, v katerem se pravila EU o konkurenci in nacionalno konkurenčno pravo uporabljajo vzporedno, ugotovi, da ravnanje podjetja, ki je predmet preiskave, ne pomeni kršitve prepovedi zlorabe prevladujočega položaja, zaradi pravila procesne avtonomije načeloma izdati ustrezno odločbo, predpisano z nacionalnim pravom. V poljskem pravnem sistemu je ta ustrezna odločba ugotovitvena odločba o neizvajanju omejevalnega ravnanja, določena v členu 11 zakona o varstvu konkurence in potrošnikov.

25. Vendar je pomembno poudariti, da ostane dejstvo, da se lahko za načelo procesne avtonomije postavijo meje, med drugim zato, ker je treba doseči enega od ciljev Uredbe št. 1/2003, in sicer enotno uporabo členov 101 PDEU in 102 PDEU v vseh državah članicah (uvodna izjava 1 Uredbe št. 1/2003). Po mojem mnenju je člen 5 Uredbe št. 1/2003 taka meja, saj določa vrste odločb, ki jih lahko sprejmejo NOK.

26. Čeprav je jasno, da Uredba št. 1/2003 ni namenjena usklajevanju nacionalnih procesnih zakonodaj,²¹ je bilo z njo kljub temu urejenih več pomembnih vprašanj na ravni EU – zlasti vsebina odločb, ki jih lahko sprejmejo NOK.

27. Če bi zakonodajalec EU želel NOK omogočiti sprejemanje odločb o neizvajanju omejevalnega ravnanja (kot so predpisane v poljskem zakonu o varstvu konkurence in potrošnikov), bi po mojem mnenju to jasno opredelil in navedeno vrsto odločbe posebej vključil na seznam v členu 5 Uredbe št. 1/2003 (ali vsaj drugam v to uredbo, kot je storil v primeru odločitve iz člena 29(2)). Ta trditev je toliko bolj tehtna, ker se je zakonodajalec EU tega vprašanja zavedal in ker je bilo to vprašanje dejansko predmet spora v zakonodajnem postopku, ki je privedel do Uredbe št. 1/2003 (glej točke od 39 do 41 spodaj).

21 – Esteva Mosso, C., *Regulation 1/2003 – Five years on, 16th St. Gallen International Competition Law Forum 2009* (2010), str. 247: „Uredba št. 1/2003 je dobro prilagojena raznovrstnim institucionalnim in procesnim okvirom v EU. Kljub temu je bilo mogoče opaziti določeno spontano približevanje modelu te uredbe. Številne države članice so odpravile sisteme priglaševanja, nekatere pa so prevzele podobna pooblastila izvrševanja ali nove vrste odločb. Vendar še vedno ostajajo precejšnje razlike, in sicer glede glob, kazenskih sankcij, odgovornosti podjetniških združenj, primerov, v katerih postopki zastarajo, veljavnih dokaznih standardov in pogojev za naložitev obveznosti.“ Lemaire, Ch., *Premier bilan de l'application du règlement no 1/2003, Petites affiches*, 17. december 2009, št. 251, str. 38 in naslednje, navaja, da kjer približevanje izhaja predvsem iz obveznosti uporabe prava EU in iz pravila o približevanju, je zagotovo področje postopkovnih pravil in kazni tisto, na katerem je bil razvoj dogodkov največji in najzanimivejši. Med pogajanji o Uredbi št. 1/2003 tak razvoj dogodkov ni bil predviden, saj so države članice zavrnile uvedbo mehanizmov, kot so ugodna obravnava ali druga postopkovna pravila. Načelo institucionalne in procesne avtonomije naj bi imelo polno vlogo. Pa vendar očitno prihaja do dejanskega približevanja. Glej Jones, A., in Sufirin, B., *EC Competition Law*, Oxford, 2004, str. 1161: glede člena 5 Uredbe št. 1/2003 bodo izkušnje z decentraliziranim sistemom morda pokazale, da je določeno usklajevanje potrebno, da bi lahko Evropska mreža za konkurenco ustrezno delovala (obvestilo Komisije o sodelovanju v okviru te mreže je bilo namerno oblikovano tako, da je prilagodljivo, in ga bo morda treba spremeniti). Po navedbah Brokelmanna, H., *Enforcement of Articles 81 and 82 EC under Regulation 1/2003: The case of Spain and Portugal*, *World Competition*, 29(4): 535-554, 2006, str. 553, ima novi sistem izvrševanja, zlasti člena 3(2) in 16(2) Uredbe št. 1/2003, močan usklajevalni vpliv na razlago nacionalnega konkurenčnega prava.

28. Dejstvo, da naj NOK ne bi bili pristojni za sprejemanje takih odločb, je razvidno tudi iz obrazložitvenega memoranduma, priloženega k predlogu Komisije. V tem dokumentu je Komisija poudarila, da ta „predlog temelji na predpostavki, da bodo [NOK] uporabljali člena [101 PDEU in 102 PDEU] v skladu s svojimi zadevnimi postopkovnimi pravili. Ni treba, da izvajanje reforme vključuje celovito uskladitev nacionalnih procesnih

zakonodaj.[²²] Po drugi strani pa je treba na ravni [EU] urediti omejeno število vprašanj, ki neposredno vplivajo na pravilno delovanje predlaganega sistema.“ Komisija je dodala, da je tisto, kar je „treba določiti[,] vsebin[a] odločb, ki jih lahko sprejmejo [NOK] pri uporabi členov [101 PDEU in 102 PDEU] (glej člen 5 predlagane uredbe), da bi se zagotovilo polno in učinkovito izvajanje neposredno veljavnega sistema pravne izjeme. Noben organ, pristojen za konkurenco, ki je del [Evropske mreže za konkurenco], pri uporabi pravil [EU] o konkurenci ne more biti pooblaščen za sprejemanje konstitutivnih odločb o izjemi.“

29. Kot je pravilno opozoril Nadzorni organ EFTE, medtem ko so NOK na podlagi Uredbe št. 1/2003 pooblašчени za sprejemanje „pozitivnih“ meritornih odločb,²³ pa je očitno, da se v navedeni uredbi ta pristojnost za končanje postopkov v zvezi s kršitvami z uporabo

(tudi) člena 102 PDEU ne enači s pristojnostjo NOK za sprejemanje „negativnih“ meritornih odločb. V členu 5 ali v kateri koli drugi določbi Uredbe št. 1/2003 ni nobenega elementa, s katerim bi se NOK posebej podeljevala pristojnost za uradno ugotavljanje, da v posameznem primeru ni bilo kršitve člena 102 PDEU. Prej je jasno, da lahko NOK odločijo samo, „da ni nobenega vzroka za njihovo ukrepanje“ (glej zadnji stavek člena 5 Uredbe št. 1/2003).

30. Sam menim (enako kot poljska vlada, Komisija in Nadzorni organ EFTE), da bi se ob vsaki drugačni razlagi pojavilo tveganje primerov, v katerih bi lahko negativna odločba enega NOK zaradi načela *ne bis in idem* preprečila Komisiji ali drugim NOK poznejšo ugotovitev kršitve člena 101 PDEU.²⁴

22 – Mogoče je, da Komisija ni želela doseči celovite uskladitve nacionalnih procesnih zakonodaj, in eden od razlogov za to bi lahko bil ta, da ni hotela ogroziti posodobitvene reforme kot take, tako da je namesto tega usklajevanje omejila na poenotenje materialnega prava. Glej uvodno izjavo 35 Uredbe št. 1/2003; [s] to uredbo se priznava, da za uveljavljanje pravil konkurence v javnem interesu obstajajo različni sistemi, ter skupno izjavo Sveta in Komisije o delovanju mreže organov, pristojnih za konkurenco, navedeno v zapisniku Sveta (dokument 15435/02 ADD 1 z dne 10. decembra 2002), točke od 6 do 8: „Države članice sprejemajo dejstvo, da se njihovi sistemi izvrševanja razlikujejo, vendar kljub temu druga drugi medsebojno priznavajo standarde sistemov kot osnovo za sodelovanje“.

23 – Zlasti v zvezi z odrejanjem odprave kršitev, sprejemanjem zavez in določanjem glob, predvidenih po nacionalnem pravu.

24 – V zvezi z navedenim načelom v okviru konkurenčnega prava glej med drugim sodbe Sodišča z dne 15. oktobra 2002 v združenih zadevah Limburgse Vinyl Maatschappij in drugi proti Komisiji (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do C-252/99 P in C-254/99 P, Recueil, str. I-8375); z dne 7. januarja 2004 v združenih zadevah Aalborg Portland in drugi proti Komisiji (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P in C-219/00 P, Recueil, str. I-123); z dne 29. junija 2006 v zadevi SGL Carbon proti Komisiji (C-308/04 P, ZOdl., str. I-5977) in z dne 10. maja 2007 v zadevi SGL Carbon proti Komisiji (C-328/05 P, ZOdl., str. I-3921). Za primer Splošnega sodišča glej sodbo z dne 7. julija 2003 v zadevi Kyowa Hakko Kogyo proti Komisiji (T-223/00, Recueil, str. II-2553). Glede pojma „ista dejanja“ v okviru navedenega načela glej sodbo Sodišča z dne 9. marca 2006 v zadevi Van Esbroeck (C-436/04, ZOdl., str. I-2333). V zvezi z navedenim načelom in Uredbo št. 1/2003 glej zlasti še nereseno zadevo Toshiba Corporation in drugi (C-17/10), ki poteka pred Sodiščem.

31. Pripomniti je mogoče, da so take meje pristojnosti NOK v zvezi z negativnimi odločbami, kot se zdi, tudi v skladu s prakso odločanja Komisije. V posameznih protimonopolnih postopkih, v katerih preiskava Komisije ne razkrije dovolj dokazov, da bi se lahko zadostno pravno dokazala kršitev konkurenčnega prava EU, se primer zapre, ne da bi Komisija sprejela negativno meritorno odločbo ali izdala kakršno koli obrazloženo odločbo, naslovljeno na vpletene v domnevno kršitev.²⁵

32. Predložitveno sodišče se poleg tega pravilno sklicuje na sistematično razlago Uredbe št. 1/2003. Člen 5 te uredbe je uvrščen v njeno poglavje II z naslovom „Pristojnosti“. Člen 4 tega poglavja se nanaša na pristojnosti Komisije, člen 5 na pristojnosti NOK in člen 6 na pristojnosti nacionalnih sodišč. Medtem ko so v členih 4 in 6 zgolj na splošno potrjene pristojnosti Komisije in nacionalnih sodišč iz členov 101 PDEU in 102 PDEU, je v členu 5 pristojnost NOK omejena na uporabo členov 101 PDEU in 102 PDEU, pri čemer je izrecno določeno, kako naj NOK uporabljajo

ta člena v posameznih primerih (katere vrste odločb lahko sprejmejo).²⁶

33. Po mojem mnenju je dobesedna razlaga člena 5 Uredbe št. 1/2003, predlagana v zgornjih točkah, ne le precej očitna, ampak tudi podprta z drugimi določbami te uredbe. Pomembno je primerjati besedili člena 5 in člena 10.

34. Člen 10 z naslovom „Ugotavljanje neuporabe“ določa, da kadar javni interes EU glede uporabe členov 101 PDEU in 102 PDEU tako zahteva, lahko Komisija po uradni dolžnosti

25 – Ne glede na odločbe o zavrnitvi pritožb na podlagi člena 7(2) Uredbe Komisije (ES) št. 773/2004 z dne 7. aprila 2004 v zvezi z vodenjem postopkov Komisije v skladu s členoma [101 PDEU in 102 PDEU] (UL L 123, str. 18).

26 – Določbe člena 5 so pomembne, ker se z njimi nekako usklajujejo pristojnosti NOK za uporabo členov 101 PDEU in 102 PDEU. Če tako Komisija zapre spis o neki pritožbi ali če ne začne postopka v določenem primeru, ni dvoma, da imajo NOK zadostne pristojnosti za učinkovito izvajanje konkurenčnega prava EU. Glej v opombi 9 zgoraj navedeno delo Tosata, G. L., in Bellodija, L., str. 220. Avtorja trdita, da se z Uredbo št. 1/2003 NOK zagotavlja določena prožnost v zvezi z zahtevo ukrepanja. Vendar iz člena 5 izhaja, da se od NOK zahteva začetek preiskave, kadar – če preoblikujemo to določbo – „so na podlagi razpoložljivih informacij pogoji za prepoved izpolnjeni“. To pravilo je potrebno zaradi prožnosti, ki se dopušča Komisiji in NOK pri odločanju, ali naj začnejo formalni postopek in sprejmejo odločitev o določenem primeru. To bi lahko povzročilo zmanjšanje varstva pravic, ki se priznavajo posameznikom s členoma 101(1) PDEU in 102 PDEU, zlasti v primerih, v katerih kljub očitnosti kršitve konkurenčnega prava EU zadeva z ekonomskega vidika ni dovolj pomembna, da bi zaradi nje posameznik vložil pravno sredstvo. Da bi se to tveganje zmanjšalo, se z zadnjim stavkom člena 5 od NOK zahteva ukrepanje, če so izpolnjeni določeni pogoji.

z odločbo ugotovi, da se člen 101 PDEU ne uporablja za sporazum, sklep podjetniškega združenja ali usklajeno ravnanje, ker bodisi niso izpolnjeni pogoji iz člena 101(1) PDEU ali pa so izpolnjeni pogoji iz člena 101(3) PDEU. Komisija lahko pride do take ugotovitve ob sklicevanju na člen 102 PDEU.²⁷ Odločbe iz člena 10 so koristne za zagotavljanje skladne uporabe konkurenčnega prava EU

zaradi učinka, ki ga imajo na druge organe za izvrševanje.²⁸

35. Iz tega sledi, da je zakonodajalec EU z Uredbo št. 1/2003 Komisiji podelil izključno pristojnost za sprejemanje negativnih meritornih odločb (odločb o neuporabi).

36. Ta razlaga je podprta z uvodno izjavo 14 Uredbe št. 1/2003, v kateri je navedeno, da je lahko v izjemnih primerih, kadar to zahteva javni interes Evropske unije, primerno tudi, da Komisija sprejme odločbo ugotovitvene narave, da se prepoved iz členov 101 PDEU in 102 PDEU ne uporablja, da bi pojasnila pravo in zagotovila njegovo dosledno uporabo v vsej Evropski uniji, zlasti glede na nove oblike sporazumov ali ravnanj, ki še niso umeščeni v obstoječo sodno in upravno prakso. Kar zadeva zahtevo, da se take

27 – Kerse, C. S., in Khan, N., sta v delu, navedenem v opombi 10 zgoraj, str. 108 in 109, opozorila, da medtem ko je Komisija izdala podrobno obvestilo o neformalnih navodilih, pa ni podobnih napotkov v zvezi z neuporabo, čeprav zadnji navedeni postopek privede do uradne odločbe (Obvestilo Komisije o neformalnih navodilih, ki se nanašajo na nova vprašanja v zvezi s členoma 81 [ES] in 82 [ES], ki izhajajo iz posameznih primerov (dopisi z neformalnimi navodili) (UL 2004, C 101, str. 78)). Poleg tega odločba iz člena 10 zajema nekdanja mehanizma „negativnega izvida“ in „izjeme“, čeprav se zdi, da je ugotovitev na podlagi člena 10 nekoliko obsežnejša od prvega mehanizma, vendar manj od drugega. Ugotovitev neuporabe lahko vsebuje izjavo o tem, ali so izpolnjeni pogoji iz člena 101(3) PDEU (v nasprotju z „negativnimi odločbami“), vendar ne velja samo za določeno časovno obdobje (v nasprotju z izjemami). Schwarze, J., in Weitbrecht, A., *Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts – Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Nomos, 2004, str. 133, sklepata, da je člen 10 Uredbe št. 1/2003 ostank nekdanjega sistema in da torej sistem pravne izjeme ni bil v celoti izveden. Langen, E., in Bunte, H.-J., v delu, navedenem v opombi 19 zgoraj, str. 799, navajata, da so pozitivne odločbe v sistemu pravne izjeme težko razumljive in tuje (ein schwer fassbarer Fremdkörper). Glej tudi Klees, A., *Europäisches Kartellverfahrensrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2005, str. 184.

28 – Gauer, C., Dalheimer, D., Kjolbye, L. in De Smijter, E., *Regulation No 1/2003: a modernised application of EC competition rules*, Competition Policy Newsletter, št. 1 – pomlad 2003, str. 3 in naslednje. Vendar namen odločb iz člena 10 ni, da se z njimi nadomestijo odločbe o izjemi iz nekdanjega sistema ali da delujejo kot instrument za „blagoslov“ posameznih sporazumov, če se ne pojavi nobeno vprašanje o skladni uporabi ali politiki. Ortiz Blanco, L. (ur.), *European Community Competition Procedure*, 2. iz., Oxford, 2006, meni, da bi bila lahko pravna narava odločb o neuporabi predmet razprave. Ni jih lahko razlikovati od odločb o zavrnitvi pritožbe, po naravi pa so oboje ugotovitvene in zavezujoče (za NOK in nacionalna sodišča). Ugotovitvene so zato, ker v nasprotju z nekdanjimi odločbami o izjemi na podlagi člena 81(3) ES ne „ustvarjajo“ pravic. Glej tudi Montag, F., in Rosenfeld, A., *A solution to the problems? Regulation 1/2003 and the Modernisation of Competition Procedure*, ZWeR, 2/2003, str. 115 in naslednje.

odločbe uporabljajo samo v izjemnih primerih, je vprašljivo, ali je skladna z enim od ciljev Uredbe št. 1/2003, in sicer s ciljem utreti pot prehodu na samoocenjevanje.²⁹

Evropski uniji,³¹ zlasti z namenom: (i) „popravljanja“ pristopa posameznega NOK ali (ii) usmerjanja Evropske mreže za konkurenco glede tega, kako pristopiti k določenemu primeru. Vendar je zanimivo, kot pojasnjuje Komisija v svojem poročilu, da so v praksi tako predhodno sredstvo zagotavljanja doslednosti večinoma prehitela obsežna prizadevanja Evropske mreže za konkurenco za spodbujanje skladnega izvajanja pravil EU o konkurenci. Kot kaže, ob sprejetju Uredbe št. 1/2003 ni bilo pričakovano, da se bo Evropska mreža za konkurenco izkazala za tako uspešen forum za razprave o splošnih vprašanjih politike. Zato Komisija ni imela razloga, da bi uporabila postopek iz člena 10, saj njegova uporaba do zdaj še ni bila potrebna.

37. Poleg tega je morala Komisija v skladu z Uredbo št. 1/2003 do 1. maja 2009, to je pet let po njenem začetku veljavnosti, pripraviti Poročilo o delovanju Uredbe št. 1/2003. V delovnem dokumentu, priloženem k temu poročilu,³⁰ Komisija navaja, da ni sprejela še nobene odločbe iz člena 10, kar je potrdila tudi na obravnavi septembra 2010. Poleg tega uporaba izraza „javni interes [EU]“ v tej določbi izključuje možnost, da bi se lahko take odločbe zakonito sprejemale v interesu posamičnih podjetij, saj je cilj preprečiti uporabo tega instrumenta kot nadomestila za odločbo o izjemi iz nekdanjega sistema. Člen 10 je omejen na izjemne primere in je zasnovan z namenom pojasnjevanja prava in zagotavljanja njegove dosledne uporabe v vsej

38. Dejansko je po mojem mnenju zakonodajalec EU namerno in izrecno določil, da se lahko ugotovitvene odločbe o zakonitosti ravnanja sprejemajo: (i) samo s strani Komisije, (ii) kadar tako zahteva javni interes EU in samo kadar je ta interes povezan z uporabo

29 – Hirsch, G., Montag, F. in Säcker, F. J., v delu, navedenem v opombi 19 zgoraj, str. 1614, sklepajo, da bi morala Komisija, ker tak sistem nujno povzroča višjo raven pravne negotovosti, širše razlagati pogoje za sprejemanje pozitivnih odločb.

30 – Delovni dokument služb Komisije, priložen k Poročilu o delovanju Uredbe št. 1/2003 (navedenemu v opombi 13 zgoraj). Pri tem poročilu je šlo za pregled stanja, da bi se ocenilo, kako je posodobitvena reforma delovala v tem obdobju, poročilo pa je vključevalo obsežna javna posvetovanja.

31 – V resnici je bila ena od glavnih skrbi, izraženih med postopkom sprejemanja Uredbe št. 1/2003, ta, da bi pooblastitev NOK in nacionalnih sodišč za polno uporabo konkurenčnega prava EU ogrozila dosledno izvajanje teh pravil.

členov 101 PDEU in 102 PDEU, (iii) kadar Komisija ukrepa po uradni dolžnosti ter (iv) samo v izjemnih primerih.³²

prejela številne pripombe k beli knjigi in nazadnje leta 2000 predložila svoj predlog.

39. V zvezi s tem bi bilo morda zanimivo preučiti Belo knjigo o posodobitvi pravil za izvajanje členov [81 ES] in [82 ES] z dne 28. aprila 1999, ki jo je pripravila Komisija in ki je bila temeljni dokument za posodobitev, predvideno z Uredbo št. 1/2003.³³ „Ugotovitve neuporabe“ so bile najprej predlagane v tej beli knjigi, ki je nastala kot rezultat razprave v okviru Komisije, začete leta 1997 z majhno delovno skupino, ki se je ukvarjala s težavami sistema priglaševanja iz Uredbe št. 17.³⁴ Komisija je

40. V beli knjigi je bilo navedeno, da Komisija ne bi več smela imeti možnosti sprejemati odločb o izjemi na podlagi člena 81(3) ES, da pa bi morala imeti možnost sprejemati „posamezne odločbe, ki niso odločbe o prepovedi“, pri čemer je bilo navedeno tudi, da „[k]adar se ob transakciji pojavi novo vprašanje, bi bilo morda treba trgu zagotoviti napotke o pristopu Komisije do nekaterih omejitev na njem. Take pozitivne odločbe bi se zato sprejemale v izjemnih primerih zaradi splošnega interesa [...], bile bi ugotovitevne narave in bi imele enak pravni učinek, kot ga imajo danes odločbe o negativnem izvidu.“ Ena skupina držav članic je izrazila pomisleke o obstoju tveganja, da bi se s takimi pozitivnimi odločbami utrla pot ponovni uvedbi sistema priglaševanja, ker jih je težko uskladiti s sistemom pravne izjeme. Druga skupina držav članic je navedla, da bi morali biti tudi NOK pooblaščenici za sprejemanje takih pozitivnih odločb.³⁵

32 – Morda bi bila primerna trditev, da bi Komisija sprejela odločbo iz člena 10 samo v primerih, v katerih bi želela izraziti kvazizakonodajno mnenje o uporabi členov 101 PDEU in 102 PDEU. Zdi se, da Komisija raje izdaja dopise z neformalnimi navodili, čeprav je tudi glede tega iz obvestila o neformalnih navodilih razvidno, da so taki dopisi prej izjema kot pravilo. Glej v opombi 10 zgoraj navedeno delo Kerseja, C. S., in Khana, N., str. 109.

33 – Ehlermann, C. D., *The Modernisation of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution*, CMLR, 37: 537–590, 2000, je to belo knjigo označil za „najpomembnejši strateški dokument, ki ga je Komisija objavila v 40 letih konkurenčne politike ES“.

34 – Ob sprejetju Uredbe št. 17 je bila prepoved omejevalnih sporazumov v Evropi revolucionarna. S centraliziranim sistemom priglaševanja in odobritve se je zagotavljalo, da bo Komisija, ki je bila posebej predana tej „novi religiji“, to novo določbo razlagala in uporabljala. Sistem priglaševanja je imel tudi izobraževalno vlogo, saj je Komisija s postopkom odobritve izobraževala podjetja in njihove odvetnike. Glej Geradin, D. (ur.), *Modernisation and enlargement: Two major challenges for EC competition law*, Intersentia, 2004, str. 14 in 15.

41. V odgovor na ta vprašanja so bile v obrazilno razložitvenem memorandumu, priloženem k predlogu, odločbe o neuporabi utemeljene

35 – Glej v opombi 28 zgoraj navedeno delo Ortiza Blanca, L., str. 211.

z obrazložitvijo, da bodo v „neposredno veljavnem sistemu pravne izjeme glavne naloge Komisije ukrepati zoper kršitve, razvijati konkurenčno politiko in spodbujati dosledno uporabo pravil s splošnimi ukrepi, kot so uredbe o skupinskih izjemah in smernice“. V obrazložitvenem memorandumu je bilo navedeno, da se lahko odločbe o neuporabi „sprejmejo samo po uradni dolžnosti Komisije in v javnem interesu [EU]. S tema pogojev se zagotavlja, da ugotovitvenih odločb o neuporabi ni mogoče izdati na zahtevo podjetij. Taka možnost bi resno ogrozila glavni namen reforme,^[36] in sicer, da se dejavnosti vseh organov, pristojnih za konkurenco, osredotočijo na prepovedi. V decentraliziranem sistemu ima Komisija kot varuh Pogodbe in organ, ki je postavljen v središče, posebno vlogo pri določanju konkurenčne politike in zagotavljanju, da se člena [101 PDEU in 102 PDEU] dosledno uporabljata na celotnem enotnem trgu. V ta namen je treba Komisijo pooblastiti za sprejemanje pozitivnih odločb, če tako zahteva javni interes [EU]. To pooblastilo Komisiji omogoča sprejetje ugotovitvene odločbe o neuporabi, zlasti v zvezi z novimi oblikami sporazumov, ravnanj ali vprašanj, ki še niso umeščeni v obstoječo sodno in upravno prakso.“

42. Moja razlaga zadevnih določb je podprta tudi z ugotovitvami, navedenimi v nedavnih sklepnih predlogih generalnih pravobranilcev v sodni praksi EU.

43. Prvič, v zadevi T-Mobile Netherlands in drugi³⁷ je generalna pravobranilka Kokott poudarila pomembnost enotne uporabe konkurenčnega prava EU po sprejetju Uredbe št. 1/2003: „pravila konkurence iz členov [101 PDEU in 102 PDEU se] od 1. maja 2004^[38] uporabljajo v decentraliziranem sistemu, ki je zelo odvisen od sodelovanja [NOK] in sodišč.^[39] Pri tem je

36 – Komisija je bila očitno nepopustljiva pri zahtevi, da se ne sme dovoliti, da bi se člen 10 Uredbe št. 1/2003 uporabljal kot stranska vrata za priglasitve, kar bi lahko ogrozilo glavni cilj te uredbe.

37 – Točki 85 in 86 sklepnih predlogov, predstavljenih v tej zadevi (sodba z dne 4. junija 2009, C-8/08, ZOdl., str. I-4529).

38 – Ta datum označuje prehod na posodobljeno pravo protimonopolnih postopkov po Uredbi št. 1/2003 (glej člen 45(2) te uredbe).

39 – V zvezi s tem glej zlasti uvodne izjave 4, 6, 7, 8, 21 in 22 Uredbe št. 1/2003. Sodišče je že za čas pred 1. majem 2004 poudarilo obveznost lojalnega sodelovanja, ki jo morajo nacionalna sodišča upoštevati na področju konkurenčnega prava. Glej sodbo Sodišča z dne 14. decembra 2000 v zadevi Masterfoods proti HB (C-344/98, Recueil, str. I-11369, točka 49). (Iz sodne prakse Sodišča je jasno razvidno, da je dolžnost držav članic na podlagi člena 5 ES – in sicer, da sprejemajo vse ustrezne ukrepe, splošne ali posebne, da bi zagotovile izpolnjevanje obveznosti, ki izhajajo iz prava EU, in se vzdržijo vseh ukrepov, ki bi lahko ogrozili doseganje ciljev Pogodbe – zavezujoča za vse organe držav članic, vključno s sodnimi organi v okviru njihovih pristojnosti (glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 17. decembra 1998 v zadevi IP proti Borsana (C-2/97, Recueil, str. I-8597, točka 26)).

najpomembneje, da se zagotavlja enotna uporaba pravil konkurence v [Evropski uniji]. Ne bi bilo samo v nasprotju s temeljnim ciljem enakih pogojev konkurence za podjetja na evropskem notranjem trgu, temveč tudi z željo po zagotavljanju enakega varstva interesov potrošnikov v celotni [Evropski uniji], če bi pri izvajanju pravil konkurence na podlagi členov [101 PDEU in 102 PDEU] prišlo do prevelikih odstopanj med [NOK] in sodišči držav članic. Zaradi tega je tudi cilj enotne uporabe členov [101 PDEU in 102 PDEU] sestavni del Uredbe št. 1/2003.“

skladnost ali, natančneje, pojem „skladna uporaba“ verjetno dovolj prožen, da so lahko na področje uporabe mehanizma iz člena 15(3), prvi pododstavek, tretji stavek, Uredbe št. 1/2003 vključeni položaji, v katerih bi nacionalno sodišče ogrozilo oziroma lahko ogrozilo enotno ali celo učinkovito uporabo členov [101 PDEU in 102 PDEU]. [...] Tak pristop se zdi še toliko primernejši, če je cilj Uredbe št. 1/2003 skrbeti za enotno in učinkovito uporabo členov [101 PDEU in 102 PDEU], na podlagi katerih ima Komisija glede na vlogo nadzornika, ki ji je dodeljena s pravom [EU],[⁴¹] prevladujočo funkcijo.^[42] [...] [P]rehod s posebno centralizirane uporabe členov 81 ES in 82 ES, kot je obstajala v skladu z [Uredbo št. 17], na sistem decentraliziranega izvajanja pravil [EU] o konkurenci, kot je bil uveden z Uredbo št. 1/2003, zahteva uvedbo mehanizmov za zagotavljanje „dejanske“, „učinkovite“, „enotne“ in/ali „skladne“ uporabe določb členov [101 PDEU in 102 PDEU], v skladu z različnimi izrazi, uporabljenimi v Uredbi št. 1/2003. [...] Res je, da med temi mehanizmi obstajajo taki, ki se nanašajo na sodelovanje med sodišči držav članic na eni strani ter Komisijo in nacional-

44. Drugič, generalni pravobranilec Mengozzi je v zadevi X⁴⁰ opozoril, da je „pojem

40 – Točki 34 in 41 sklepnih predlogov, predstavljenih v tej zadevi (v opombi 8 zgoraj navedena sodba X).

41 – Sodbi Sodišča z dne 7. junija 1983 v združenih zadevah *Musique Diffusion française* in drugi proti Komisiji (od 100/80 do 103/80, Recueil, str. 1825, točka 105) ter z dne 7. junija 2007 v zadevi *Britannia Alloys & Chemicals* proti Komisiji (C-76/06 P, ZODL, str. I-4405, točka 22).

42 – Dejansko so NOK na podlagi sistema iz Uredbe št. 1/2003 odgovorni za izvrševanje konkurenčnega prava EU, ne da bi to kakor koli zmanjševalo pristojnost ali strateško vodstvo in nadzorno vlogo Komisije. Glej Rizzuto, E., *Parallel Competence and the Power of the EC Commission under Regulation No 1/2003 according to the Court of First Instance*, ECLR, 2008, 29(5), str. 286–297. Najboljši opis tega sistema bi bil, da je asimetričen, ne pa, da je prikrito centraliziran (Komisija nima uradnih pooblastil za usmerjanje NOK) ali decentraliziran (s pooblastitvijo NOK Komisija ni izgubila pristojnosti). Sistem je asimetričen in pogojen, ker je samo Komisija pristojna, da spremeni usmeritev preiskave in odločbe, kadar meni, da je to ustrezno.

nimi organi za konkurenco na drugi strani ter so opredeljeni v členu 15 Uredbe št. 1/2003.“

s členom 5 te uredbe ne bi zajemal končanja postopka v posameznem primeru. Prej želi omogočiti Komisiji reševanje novih vprašanj v konkurenčnem pravu EU, ki so načeloma postranska v vsaki konkretni preiskavi.

45. Tretjič, podobni premisleki so bili že podarjeni v sodni praksi EU.⁴³

46. Opozoriti je treba, da posebna narava, ki se z Uredbo št. 1/2003 pripisuje členu 10, izhaja tudi iz dejstva, da naj člen 10 v nasprotju

47. V resnici je iz besedila Uredbe št. 1/2003 razvidno, da – čeprav ta uredba temelji na zamisli, da imajo NOK in Komisija vzporedne⁴⁴ pristojnosti ter da morajo skupaj tvoriti mrežo, ki v tesnem sodelovanju izvaja konkurenčno pravo EU – ostane dejstvo, da se položaj Komisije razlikuje od položaja NOK zaradi pooblastila Komisije za sprejemanje odločb o neuporabi na podlagi člena 10 Uredbe

43 – Glej v opombi 8 zgoraj navedeno sodbo France Télécom proti Komisiji z dne 8. marca 2007 (T-339/04), točki 79 in 84. (Glede delitve pristojnosti med Komisijo in NOK je treba ugotoviti, da je bil z Uredbo št. 1/2003 odpravljen prejšnji centraliziran sistem in da je bila v skladu z načelom subsidiarnosti vzpostavljena večja povezanost NOK, kar je zadnjim omogočilo izvrševanje konkurenčnega prava EU. Vendar ta uredba temelji na tesnem sodelovanju, ki naj bi se razvilo med Komisijo in NOK, ki so organizirani v mrežo, pri čemer naj bi bila Komisija pristojna za določanje konkretnih načinov tega sodelovanja. V navedeni uredbi ni dvoma o splošno priznani pristojnosti Komisije, kot jo je sprejela sodna praksa. Ta institucija ima namreč na podlagi Uredbe št. 1/2003 široko pooblastilo za preiskavo in ohranja prevladujočo vlogo v preiskovanju kršitev.) Glej tudi v opombi 8 zgoraj navedeno sodbo France Télécom proti Komisiji z dne 8. marca 2007 (T-340/04), točke 128, 129 in 132 (potrjena v pritožbenem postopku s sodbo France Télécom proti Komisiji z dne 2. aprila 2009, navedeno v opombi 8 zgoraj).

44 – Iz ustaljene sodne prakse izhaja, da se konkurenčno pravo EU in nacionalno konkurenčno pravo uporabljata vzporedno, ker upoštevatva omejevalna ravnanja z različnih vidikov. Medtem ko jih člena 101 PDEU in 102 PDEU upoštevatva zaradi ovir, ki bi lahko izhajale za trgovino med državami članicami, izhaja vsako nacionalno konkurenčno pravo iz svoje presoje in upošteva omejevalna ravnanja le v tem kontekstu (glej med drugim sodbe Sodišča z dne 13. februarja 1969 v zadevi Wilhelm in drugi (14/68, Recueil, str. 1, točka 3); z dne 10. julija 1980 v združenih zadevah Giry in Guerlain in drugi (253/78 in od 1/79 do 3/79, Recueil, str. 2327, točka 15); z dne 9. septembra 2003 v zadevi Milk Marque in National Farmers' Union (C-137/00, Recueil, str. I-7975, točka 61) ter z dne 13. julija 2006 v združenih zadevah Manfredi in drugi (od C-295/04 do C-298/04, ZOdl., str. I-6619, točka 38)). Naj opozorim, da se navedena sodna praksa nanaša na pravni položaj, kakršen je bil pred začetkom veljavnosti Uredbe št. 1/2003.

št. 1/2003⁴⁵ ter zaradi pravila iz člena 11(6) te uredbe, v skladu s katerim so NOK, ko Komisija začne postopek, razrešeni pristojnosti za obravnavo iste zadeve, pa tudi zaradi pravila iz člena 16(2) navedene uredbe, v skladu s katerim NOK ne morejo sprejeti odločitev, ki so v nasprotju s predhodno odločbo Komisije v zvezi z istim sporazumom ali ravnanjem. Te tri razlike so vse povezane s posebno vlogo Komisije pri pojasnjevanju prava in zagotavljanju njegove dosledne uporabe v vsej EU, kot določa člen 105(1) PDEU (prej člen 85(1) ES).⁴⁶

48. Menim (tako kot poljska vlada in Komisija), da je trditev, da NOK niso pooblašteni za sprejemanje odločb o neuporabi, skladna s ciljem enotne uporabe konkurenčnega prava EU in podprta z dejstvom, da ugotovitev neuporabe ni navedena med vrstami odločb v členu 11(4) Uredbe št. 1/2003, ki določa, da morajo NOK pred sprejetjem odločbe o tem obvestiti Komisijo (brez dvoma samo v zvezi z vrstami odločb, navedenimi v členu 11(4), ki lahko vplivajo na enotnost uporabe konkurenčnega prava EU).⁴⁷ Če bi bilo drugače, Komisija ne bi mogla zagotavljati enotne uporabe konkurenčnega prava EU in/ali začeti

45 – Mogoče je, da je ta pristojnost nekoliko podobna tisti, podeljeni s členoma 2 in 6 Uredbe št. 17 za sprejemanje negativnih izvidov in posameznih izjem. Vendar so med njima pomembne razlike. Na podlagi Uredbe št. 1/2003 Komisija ukrepa po uradni dolžnosti in v javnem interesu EU, zato ji ni treba ukrepati na zahtevo. Poleg tega so take odločbe po naravi ugotovitelne in za razliko od posameznih izjem ne ustvarjajo pravic. Nazadnje, s členom 16 Uredbe št. 1/2003 se v povezavi s členom 1(3) iste uredbe od NOK in nacionalnih sodišč zahteva, naj ne sprejemajo odločitev, ki so v nasprotju z odločbami iz člena 10. Pri negativnih izvidih ni bilo tako. Ker je bilo v negativnih ugotovitvah določeno samo, da se pravo Skupnosti (zdaj pravo EU) za zadevni primer ne uporablja, so lahko NOK in nacionalna sodišča prosto uporabljala nacionalno konkurenčno pravo (v opombi 44 zgoraj navedena sodba *Giry in Guerlain* in drugi). Glej v opombi 9 zgoraj navedeno delo *Tosata, G. L., in Bellodija, L.*, str. 40. Po drugi strani *Loewenheim, U., Meessen, K. M. in Riesenkampff, A.*, v delu, navedenem v opombi 19 zgoraj, str. 740, menijo, da v Uredbi št. 17 ni elementov, ki bi ustrezali členu 5. Navajajo tudi, da Uredba št. 1/2003 ne določa zavezujočega seznama odločb (*Entscheidungskatalog*) za NOK, temveč da to prepušča nacionalnemu zakonodajalcu.

46 – Glej v opombi 11 zgoraj navedeno delo *Wilsa, W. P. J.*, str. 682.

47 – Če določen NOK ugotovi, da ni nobenega vzroka za njegovo ukrepanje, to drugim NOK ali nacionalnim sodiščem ne preprečuje, da ugotovijo nasprotno in prepovejo sporazum ali ravnanje. Dejstvo, da člen 11(4) zajema samo negativne odločbe, torej ne kaže na to, da bi se izvrševanje v prevelikem obsegu dojemalo kot večja težava od izvrševanja v premajhnem obsegu. Pri tem gre samo za priznavanje dejstva, da v sistemu, vzpostavljenem z Uredbo št. 1/2003, negativne odločbe vedno prevladajo (drugače bi bilo, če bi bili NOK pooblašteni za sprejemanje konstitutivnih odločb o izjemi). Edine izjeme so odločbe iz člena 10, ki jih sprejme Komisija, tako da je potreben samo sistem, s katerim se NOK preprečuje sprejemanje neupravičenih negativnih odločb. Ko se negativne odločbe sprejmejo in izvedejo, jih je težko izničiti. Glej v opombi 19 zgoraj navedeno delo *Faulla, J., in Nikpay, A.*, str. 158.

postopkov na podlagi člena 11(6) Uredbe št. 1/2003⁴⁸ v primeru, v katerem se pojavi tveganje neenotne uporabe konkurenčnega prava EU.

nacionalna procesna zakonodaja omogoča tako negativno odločbo v zvezi s prepovedmi na podlagi nacionalnega konkurenčnega prava. Načelo procesne avtonomije ne upravičuje razširitve pristojnosti NOK v zvezi z odločbami, ki jih lahko ti organi sprejmejo na podlagi Uredbe št. 1/2003.

49. Po mojem mnenju iz zgornjih ugotovitev sledi, da je člen 5 Uredbe št. 1/2003 izraz kompromisa, ki ga je sklenil zakonodajalec EU po obsežnem zakonodajnem postopku.

50. Iz moje analize je jasno razvidno, da NOK niso pooblaščen za sprejemanje odločb o neuporabi v okviru členov 101 PDEU in 102 PDEU.⁴⁹ V resnici ni pomembno, da

51. Strinjam se z navedbo predložitvenega sodišča, da je treba člen 5 Uredbe št. 1/2003 razlagati tako, da besede „odločijo, da ni nobenega vzroka za njihovo ukrepanje,“ očitno označujejo izdajo odločbe, ki se razlikuje od ugotovitvene odločbe o neobstoju kršitve člena 102 PDEU. Kot je bilo prikazano, se je zakonodajalec EU namerno vzdržal določitve možnosti, da NOK izdajo ugotovitveno odločbo o neobstoju kršitve člena 102 PDEU. Poleg tega je v obrazložitvenem memorandumu, priloženem k predlogu Uredbe št. 1/2003, v zvezi s pristojnostmi NOK jasno navedeno, da lahko NOK v primerih, kot je ta v obravnavani zadevi – v katerih ta organ ugotovi, da podjetje s svojim ravnanjem ni kršilo člena 102 PDEU – „konča postopek“ ali „zavrne pritožbo“ z ugotovitveno odločbo o neobstoju vzrokov za ukrepanje (str. 16 predloga) in da „noben [NOK], ki je del mreže, pri uporabi pravil [EU] o konkurenci ne more

48 – Ko Komisija začne postopek za izdajo odločb iz poglavja III Uredbe št. 1/2003 (v nadaljevanju: odločbe Komisije), razbremenjeni NOK uporabe členov 101 PDEU in 102 PDEU. Če NOK že obravnava primer, Komisija sproži svoje postopke šele po posvetovanju z njim.

49 – Za enako razlago glej med drugim Oliver, P., *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, Cahiers de droit européen, zv. 41, št. 3-4, 2005, str. 366, ter v opombi 19 zgoraj navedeno delo Loewenheima, U., Meessna, K. M. in Riesenkampffa, A., str. 738. Za drugačno razlago glej v opombi 10 zgoraj navedeno delo Kerseja, C. S., in Khana, N., str. 261.

biti pooblaščen za sprejemanje konstitutivnih odločb o izjemi“ (str. 12 predloga).

njegovo ukrepanje, v primeru, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, v katerem je sprejetje negativne meritorne odločbe predvideno samo z nacionalnim pravom.

52. Iz vsega zgoraj navedenega sledi, da je treba člen 5 Uredbe št. 1/2003 razlagati tako, da organ, pristojen za konkurenco v državi članici, ne more sprejeti ugotovitvene odločbe o neizvajanju omejevalnega ravnanja na podlagi člena 102 PDEU, če po izvedbi postopka ugotovi, da podjetje ni kršilo prepovedi zlorabe prevladujočega položaja, ki izhaja iz te določbe Pogodbe.

54. Kot sem navedel že zgoraj, je Sodišče v sodbah *Otto*⁵⁰ in *GT-Link*⁵¹ presodilo, da „nacionalni organi načeloma uporabljajo člen [102 PDEU] v skladu z nacionalnimi postopkovnimi pravili“. Vendar je Sodišče v sodbi *Otto* dodalo, da je zato treba „ob upoštevanju prava [EU] in zlasti njegovih temeljnih načel [...] v nacionalnem pravu določiti primerna postopkovna pravila, da bi se zadevnim osebam zagotovila pravica do obrambe. Ta jamstva se lahko razlikujejo od tistih, ki se uporabljajo v sodnih postopkih EU.“⁵²

Drugo vprašanje

53. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je lahko zadnji stavek člena 5 Uredbe št. 1/2003 neposredna pravna podlaga za to, da NOK konča postopek z odločitvijo, da ni nobenega vzroka za

55. Zato Komisija in Nadzorni organ EFTE pravilno trdita, da je NOK v položaju, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, v katerem pogoji za odločbo o prepovedi niso izpolnjeni, na podlagi člena 3(1) in člena 5 Uredbe št. 1/2003 zavezan uporabiti člen 102 PDEU,

50 – V opombi 18 zgoraj navedena sodba, točka 14.

51 – *Idem*, točka 23.

52 – *Idem* (moj poudarek).

tako da konča svoj upravni postopek z ugotovitvijo, da ni nobenega vzroka za njegovo ukrepanje. V resnici iz ugotovitev v zvezi s prvim vprašanjem izhaja, da glede na pomembnost zagotavljanja enotne uporabe pravil EU o konkurenci v vsej Uniji dejstvo, da NOK v skladu s konkurenčnim pravom države članice (še) ni izrecno pooblaščen za sprejetje take odločbe, ne spremeni obveznosti držav članic na podlagi člena 3(1) in člena 5 Uredbe št. 1/2003.⁵³

držav članic.⁵⁴ Drugič, v skladu z načelom primarnosti⁵⁵ predložitveno sodišče ne sme uporabiti nacionalnega prava, ki je v nasprotju s pravom EU, temveč mora uporabiti zadrženo pravo. Sodna praksa res določa, da ima nacionalno sodišče, ki v okviru svojih pristojnosti uporablja določbe prava Unije, dolžnost zagotoviti polni učinek teh določb, pri čemer lahko po potrebi odloči, da ne bo uporabilo neskladne določbe nacionalne zakonodaje, tudi naknadne. Sodišču ni treba zahtevati ali čakati predhodne odprave te določbe po zakonodajni poti ali kakšnem drugem ustavnem postopku.⁵⁶ Kot je pravilno opozoril Nadzorni organ EFTE, se ista obveznost smiselno uporablja za NOK, ki morajo prav tako zavrniti uporabo nacionalnih predpisov, ki so v nasprotju s pravom EU.

56. Prvič, Uredba št. 1/2003 se, kot vse uredbe, neposredno uporablja v pravnih sistemih

57. Dalje, logično je, da je treba člen 5 Uredbe št. 1/2003 uporabljati neposredno – ta člen vsem zadevnim NOK omogoča, da so od 1. maja 2004 stalno pristojni za odločanje, ne

53 – Vsak organ, ki uporabi nacionalno konkurenčno pravo v posameznem primeru, ima dolžnost, da v okoliščinah, določenih v členu 3(1) Uredbe št. 1/2003, uporabi člena 101 PDEU in 102 PDEU. Vsaka razumna razlaga dolžnosti uporabe členov 101 PDEU in 102 PDEU se nanaša na izvajanje pristojnosti izvrševanja, predvidenih v členu 5. Za vsak organ, uradno določen ali ne, ki je pristojen za uporabo nacionalnega konkurenčnega prava, mora veljati člen 3(1), posledično pa mora imeti ta organ možnost, da izvaja pristojnost izvrševanja, tudi ob neobstoju nacionalnih določb, s katerimi se mu ta pristojnost izrecno podeljuje, in celo ob obstoju nacionalnih določb, ki določajo nasprotno. Glej spodaj navedeni primer belgijskega NOK. Glej v opombi 11 zgoraj navedeno delo Gippinija Fournierja, E., str. 103.

54 – Sodba Sodišča z dne 5. februarja 1963 v zadevi van Gend & Loos (26/62, Recueil, str. 1).

55 – Sodba Sodišča z dne 15. julija 1964 v zadevi Costa proti ENEL (6/64, Recueil, str. 585).

56 – Sodba Sodišča z dne 9. marca 1978 v zadevi Simmenthal (106/77, Recueil, str. 629). Glej tudi sodbo Sodišča z dne 12. januarja 2010 v zadevi Petersen (C-341/08, ZOdl., str. I-47, točka 80).

da bi morali čakati na prenos člena 5 v nacionalno pravo.⁵⁷

italijanskega prava.⁵⁹ To odločbo je 6. decembra 2005 podprlo TAR del Lazio. In končno, Conseil de la concurrence je menil, da bi moral imeti možnost izvajati pristojnost izvrševanja tudi ob neobstoju nacionalnih določb, s katerimi bi se mu ta pristojnost podeljevala, in ne glede na nacionalne predpise, ki določajo nasprotno. Šlo je za stališče v zvezi s pristojnostjo za sprejemanje zavez, ki je navedena med odločbami v členu 5, ni pa predvidena v belgijskem pravu. Conseil de la concurrence je sklepal, da ima pristojnost, podobno tisti iz člena 9, na podlagi neposrednega učinka Uredbe št. 1/2003.⁶⁰

58. Nazadnje, z navedbo nekaj konkretnih primerov lahko opozorim na to, da so NOK v Nemčiji, Italiji in Belgiji že neposredno uporabili Uredbo št. 1/2003. Prvič, Bundeskartellamt se je oprl na člen 5 Uredbe št. 1/2003 še pred začetkom veljavnosti 7. spremembe nemškega zakona o konkurenci.⁵⁸ Drugič, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato je neposredno uporabil člen 5 navedene uredbe in sprejel odločbo o odreditvi začasnih ukrepov, ki takrat še ni bila del

59. Iz vseh zgornjih ugotovitev izhaja, da se člen 5 Uredbe št. 1/2003 uporablja neposredno in da lahko NOK konča svoj postopek s procesno ugotovitveno odločbo o neobstoju vzrokov za njegovo ukrepanje.

57 – Za to razlago glej med drugim v opombi 19 zgoraj navedeno delo Langna, E., in Bunteja, H.-J., str. 753; v opombi 27 zgoraj navedeno delo Kleesa, A., odstavek 7, točka 37; de Bronett, G.-K., *Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht: VO 1/2003*, Luchterhand, 2005, odstavek 5, točka 1; ter v opombi 27 zgoraj navedeno delo Schwarzeja, J., in Weitbrechta, A., odstavek 8, točka 11 in naslednje.

58 – BkartA, B 9 – 55/03, str. 22 – „Deutsche Post AG“. Glej v opombi 19 zgoraj navedeno delo Langna, E., in Bunteja, H.-J., str. 753.

59 – Autorità Garante Provvedimento n. 14 078 „Merck“ z dne 23. februarja 2005. Glej Immenga, U., in Mestmäcker, E.-J., *Wettbewerbsrecht – Band 1. EG/Teil 2*, Beck, 2007, str. 938.

60 – Glej Cook, C., *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9, 29(2) World Competition 209* (2006), opomba 14. Glej tudi v opombi 11 zgoraj navedeno delo Gippinija Fournierja, E., str. 104.

IV – Predlog

60. Zato predlagam Sodišču, naj na vprašanji, ki ju je postavilo Sąd Najwyższy, odgovori:

1. Člen 5 Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 [ES] in 82 [ES] (postala člena 101 PDEU in 102 PDEU) je treba razlagati tako, da organ, pristojen za konkurencu v državi članici, ni pooblaščen za sprejetje ugotovitvene odločbe o neizvajanju omejevalnega ravnanja v smislu člena 102 PDEU, če po izvedbi postopka ugotovi, da podjetje ni kršilo prepovedi zlorabe prevladujočega položaja, ki izhaja iz te določbe Pogodbe.
2. Kadar na podlagi informacij, ki jih ima organ, pristojen za konkurencu v državi članici, pogoji za odločbo o prepovedi v smislu prvega stavka člena 5 Uredbe št. 1/2003 niso izpolnjeni, lahko ta organ konča svoj upravni postopek z odločitvijo, da ni nobenega vzroka za njegovo ukrepanje.