



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
NILSA WAHLA,
predstavljeni 20. oktobra 2016¹

Zadeva C-413/14 P

**Intel Corporation Inc.
proti**

Evropski komisiji

„Pritožba – Člen 102 PDEU – Zloraba prevladujočega položaja – Rabati za zvestobo – Opredelitev kot zloraba – Pravno merilo, ki se uporablja – Enotna in trajajoča kršitev – Pravica do obrambe – Člen 19 Uredbe (ES) št. 1/2003 – Razgovor v zvezi s predmetom preiskave – Pristojnost Komisije – Izvajanje – Učinki“

Kazalo

I – Pravni okvir	4
II – Dejansko stanje	4
III – Postopek pred Splošnim sodiščem in izpodbijana sodba	7
IV – Postopek pred Sodiščem in predlogi strank	8
V – Presoja pritožbenih razlogov	8
A – Uvodne opombe	8
B – Prvi pritožbeni razlog: pravno merilo, ki ga je treba uporabiti za tako imenovane „rabate za izključnost“	10
1. Glavne trditve strank	10
2. Analiza	10
a) Glavna presoja pritožničnih rabatov in plačil, ki jo je opravilo Splošno sodišče	11
i) Osnovna načela sodne prakse Sodišča v zvezi z rabati	12

¹ Jezik izvirnika: angleščina.

ii)	Okoliščine zadeve kot sredstvo za ugotovitev, ali ima sporno ravnanje verjeten učinek na konkurenco	14
iii)	V skladu s sodno prakso obstajata samo dve kategoriji rabatov	15
	– Domneve nezakonnosti na podlagi oblike ni mogoče ovreči	16
	– Rabati za zvestobo niso vedno škodljivi	17
	– Učinki rabatov za zvestobo so odvisni od okvira	17
	– Pri povezanih praksah je treba presoditi vse okoliščine	18
iv)	Vmesna ugotovitev	19
b)	Presoja zmožnosti, ki jo je opravilo Splošno sodišče zaradi celovitosti	20
i)	Zmožnost in/ali verjetnost	20
ii)	Dejavniki, ki jih je upoštevalo Splošno sodišče v podporo ugotovitvi zlorabe	21
iii)	Druge okoliščine	23
	– Pokritost trga	23
	– Trajanje	25
	– Tržna uspešnost konkurenta in padajoče cene	26
	– Test AEC.....	26
c)	Sklepna ugotovitev.....	28
C –	Drugi pritožbeni razlog: pokritost trga pri ugotavljanju, ali je podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj	28
	1. Glavne trditve strank	28
	2. Analiza	29
D –	Tretji pritožbeni razlog: opredelitev nekaterih rabatov kot „rabatov za izključnost“	31
	1. Glavne trditve strank	31
	2. Analiza	31
E –	Četrty pritožbeni razlog: pravica do obrambe	34
	1. Glavne trditve strank	34
	2. Analiza	34
	a) Zadevni sestanek je bil razgovor v smislu člena 19 Uredbe št. 1/2003.....	35
	b) Z internim zapiskom ni bila odpravljena postopkovna napaka	37
	c) Posledice nezapisa zadevnega sestanka	38

F – Peti pritožbeni razlog: pristojnost	43
1. Glavne trditve strank	43
2. Analiza	43
a) Splošne opombe: izvajanje in/ali učinki?	45
b) Presoja uporabe upoštevnihi meril pristojnosti Splošnega sodišča	49
i) Izvajanje	49
ii) „Opredejeni“ učinki	50
G – Šesti pritožbeni razlog: znesek globe	52
1. Glavne trditve strank	52
2. Analiza	52
VI – Posledice presoje	54
VII – Predlog	55

1. Družba Intel Corporation (v nadaljevanju: Intel ali pritožnica) s to pritožbo Sodišču predlaga, naj razveljavi sodbo z dne 12. junija 2014, Intel/Komisija,² s katero je Splošno sodišče zavrnilo njeno tožbo za razglasitev ničnosti Odločbe Komisije C(2009) 3726 final z dne 13. maja 2009 v zvezi s postopkom na podlagi člena 82 [ES] (zdaj člen 102 PDEU) in člena 54 Sporazuma EGP (zadeva COMP/C-3/37.990 – Intel) (v nadaljevanju: sporna odločba).³

2. Zadeva odpira vrsto pomembnih načelnih vprašanj. Ta se nanašajo na uporabo pojma „enotna in trajajoča kršitev“ v okviru člena 102 PDEU, diskrecijsko pravico, ki bi jo Komisija morala imeti v zvezi z zapisom razgovorov, ki jih opravi med svojimi preiskavami, in obseg pristojnosti Komisije za izvajanje preiskav kršitev, ki izvirajo iz tujine.

3. Poleg tega ima Sodišče v tej zadevi priložnost, da izpopolni svojo sodno prakso v zvezi z zlorabo prevladujočega položaja na podlagi člena 102 PDEU. Natančneje, postavlja se vprašanje, ali je glede na sodno prakso, ki izhaja iz sodbe Hoffmann-La Roche/Komisija,⁴ upravičeno razlikovati med različnimi vrstami rabatov. Sodišče mora ob upoštevanju navedene sodne prakse določiti pravilno pravno merilo, ki ga je treba uporabiti za posebno kategorijo rabatov, ki jih je Splošno sodišče v izpodbijani sodbi poimenovalo „rabati za izključnost“.

4. Sodišče je zlasti pozvano, naj odloči, ali je Splošno sodišče pravilno menilo, da so rabati, kot so ti v obravnavani zadevi, že po naravi protikonkurenčni. Če bi bili navedeni rabati že po naravi protikonkurenčni, ne bi bilo treba presoditi vseh okoliščin zadeve za ugotovitev, ali zadevno ravnanje dejansko lahko omejuje konkurenco na določenem trgu.

2 Glej sodbo z dne 12. junija 2014, Intel/Komisija (T-286/09, EU:T:2014:547, v nadaljevanju: izpodbijana sodba).

3 Za povzetek te odločbe glej UL 2009, C 227, str. 13.

4 Glej sodbo z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36).

I – Pravni okvir

5. V uvodni izjavi 25 Uredbe (ES) št. 1/2003⁵ je pojasnjeno, da mora biti Komisija zlasti pristojna za opravljanje razgovorov z vsemi osebami, ki bi lahko razpolagale z uporabnimi informacijami, in za zapisovanje njihovih izjav.

6. Člen 19 Uredbe se nanaša na pooblastilo Komisije za razgovore. V njegovem odstavku 1 je navedeno:

„Za izpolnjevanje dolžnosti, ki jih nalaga ta uredba, lahko Komisija opravi razgovor z vsemi fizičnimi ali pravnimi osebami, ki v razgovor privolijo, zaradi zbiranja informacij v zvezi s predmetom preiskave.“

7. Člen 27(2) navedene uredbe določa:

„Pravica do obrambe strank se v postopkih v celoti spoštuje. Strankam je zagotovljena pravica do vpogleda v spis Komisije, ob upoštevanju pravnega interesa podjetij za varstvo poslovnih skrivnosti. Pravica do vpogleda v spis se ne razširi na zaupne informacije in interno dokumentacijo Komisije ali organov, pristojnih za konkurenco v državah članicah. [...]“

8. V uvodni izjavi 3 Uredbe (ES) št. 773/2004⁶ je pojasnjeno, da bi morale biti osebe, s katerimi Komisija opravlja razgovore, seznanjene z namenom razgovora in z morebitnim zapisnikom tega razgovora.

9. Člen 3 navedene uredbe se nanaša na pooblastilo Komisije za razgovore. V njem je določeno:

„1. Kadar Komisija opravi razgovor z osebo z njeno privolitvijo v skladu s členom 19 Uredbe [št. 1/2003], na začetku razgovora navede pravno podlago in namen razgovora ter opozori na njegov prostovoljni značaj. Prav tako osebi, s katero opravlja razgovor, sporoči svoj namen vodenja zapisnika o razgovoru.“

2. Razgovor se lahko opravi z uporabo vseh pripomočkov, vključno s telefonom ali elektronskimi sredstvi.

3. Komisija lahko na kakršen koli način zabeleži izjave, ki so jih podale osebe, s katerimi vodi razgovor. Kopija kakršnega koli zapisa se posreduje v potrditev osebi, s katero je bil opravljen razgovor. Če je potrebno, Komisija določi rok, v katerem ji oseba, s katero vodi razgovor, lahko sporoči kakršne koli popravke k izjavi.“

II – Dejansko stanje

10. Dejansko stanje spora, kot je predstavljeno v izpodbijani sodbi, je mogoče povzeti tako.

11. Intel je družba s sedežem v Združenih državah, ki se ukvarja z zasnovo, razvojem, proizvodnjo in trženjem centralnih procesnih enot (v nadaljevanju: CPE), naborov čipov in drugih polprevodniških komponent ter rešitev za računalniška okolja za obdelavo podatkov in komunikacijske naprave.

5 Uredba Sveta z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov [101] in [102 PDEU] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205).

6 Uredba Komisije z dne 7. aprila 2004 v zvezi z vodenjem postopkov Komisije v skladu s členoma [101] in [102 PDEU] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 3, str. 81).

12. Družba Advanced Micro Devices, Inc. (v nadaljevanju: AMD) je 18. oktobra 2000 pri Komisiji vložila uradno pritožbo na podlagi Uredbe št. 17,⁷ ki jo je v okviru dodatne pritožbe z dne 26. novembra 2003 dopolnila z novimi dejstvi in trditvami.

13. Komisija je maja 2004 začela preiskave v zvezi s trditvami iz dodatne pritožbe družbe AMD.

14. Družba AMD je 17. julija 2006 vložila pritožbo pri Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence, Nemčija), v kateri je trdila, da je družba Intel izvajala med drugim poslovne prakse izrivanja skupaj z družbo Media-Saturn-Holding GmbH (v nadaljevanju: MSH), evropskim trgovcem z mikroelektronskimi napravami in vodilnim evropskim trgovcem z namiznimi računalniki. Zvezni urad za varstvo konkurence si je o tej zadevi izmenjal informacije s Komisijo.

15. Komisija se je 23. avgusta 2006 sestala z g. D1, višjim vodstvenim delavcem družbe Dell Inc., stranke družbe Intel.⁸ Komisija v spis zadeve ni vložila okvirnega seznama tem, ki so bile predmet tega sestanka, in ni pripravila zapisnika o njem. Član skupine Komisije, ki je bila odgovorna za spis, je pripravil zapisek nekaj časa po sestanku, ki ga je Komisija opredelila kot interen. Komisija je 19. decembra 2008 pritožnici posredovala nezaupno različico tega zapiska.

16. Komisija je 26. julija 2007 pritožnici poslala obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah (v nadaljevanju: obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah iz leta 2007) glede njenega ravnanja v razmerju do petih večjih proizvajalcev originalne opreme, in sicer do družb Dell, Hewlett-Packard Company (HP), Acer Inc., NEC Corp. in International Business Machines Corp. (IBM).

17. Komisija je 17. julija 2008 pritožnici poslala dodatno obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah glede njenega ravnanja v razmerju do družb MSH in Lenovo Group Ltd (v nadaljevanju: Lenovo). To obvestilo je vključevalo nove dokaze o ravnanju družbe Intel v razmerju do nekaterih proizvajalcev originalne opreme, zajetih v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah iz leta 2007, ki jih je Komisija pridobila po njegovi objavi.

18. Komisija je po različnih postopkovnih ukrepih 13. maja 2009 sprejela sporno odločbo, v kateri je menila, da je družba Intel med oktobrom 2002 in decembrom 2007 kršila člen 82 ES in člen 54 Sporazuma o Evropskem gospodarskem prostoru (EGP) s tem, da je izvajala strategijo, namenjeno izključitvi konkurenta, in sicer družbe AMD, s trga CPE z arhitekturo x86 (v nadaljevanju: CPE x86).

19. Navedena odločba je vključevala naslednje ugotovitve.

20. Zadevni proizvodi so CPE. Arhitektura x86 je standard, ki ga je zasnovala družba Intel za svoje CPE. Na tej arhitekturi lahko delujejo operacijski sistemi Windows in Linux. Operacijski sistemi Windows so povezani predvsem z naborom ukazov arhitekture x86. Pred letom 2000 je bilo proizvajalcev CPE x86 več. Vendar je odtlej večina izstopila s trga. V skladu s sporno odločbo sta družbi Intel in AMD praktično edini podjetji, ki še proizvajata CPE x86.

21. Poleg tega je Komisija v sporni odločbi ugotovila, da upoštevni trg proizvodov ni obsežnejši od trga CPE x86. Vendar pa je pustila odprto vprašanje, ali obstaja enotni trg CPE x86 za vse računalnike ali pa je treba razlikovati med tremi ločenimi trgi CPE x86, in sicer med trgom CPE x86 za namizne računalnike, trgom CPE x86 za prenosne računalnike in trgom CPE x86 za strežnike. V skladu s sporno odločbo se ob upoštevanju tržnih deležev, ki jih je imela družba Intel v vsakem od navedenih segmentov, ugotovitve glede prevladujočega položaja ne razlikujejo.

7 Uredba Sveta z dne 6. februarja 1962: Prva Uredba o izvajanju členov [101 PDEU] in [102 PDEU] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 1, str. 3).

8 Prikriti zaupni podatki. V nadaljevanju bodo za zagotovitev anonimnosti imena zadevnih oseb tako kot na prvi stopnji nadomeščena z začetnico imena njihove družbe delodajalke, ki ji sledi številka.

22. V sporni odločbi je bil geografski trg opredeljen kot svetovni.

23. Kar zadeva prevladujoč položaj, je imela družba Intel v desetletnem obdobju, ki ga je Komisija preučila (1997–2007), vedno približno 70-odstotne ali večje tržne deleže. Poleg tega je Komisija ugotovila precejšnje ovire za vstop na trg CPE x86 in za širitev na tem trgu. Te ovire naj bi bile posledica zlasti nepovratnih naložb v raziskave in razvoj, intelektualno lastnino ter proizvodne zmogljivosti, ki so potrebne za proizvodnjo CPE x86. Na podlagi tržnih deležev družbe Intel ter ovir za vstop na upoštevni trg in za širitev na njem je Komisija ugotovila, da je imela družba Intel prevladujoči položaj na navedenem trgu vsaj v obdobju, zajetem z odločbo, to je od oktobra 2002 do decembra 2007.

24. Komisija je v sporni odločbi opredelila dve vrsti ravnanj družbe Intel v razmerju do njenih poslovnih partnerjev, in sicer pogojne rabate in t. i. „gole omejitve“ (naked restrictions).

25. Kar zadeva prvo vrsto, je družba Intel odobrila rabate štirim proizvajalcem originalne opreme, in sicer družbam Dell, Lenovo, HP in NEC, če so pri njej nabavljale vse ali skoraj vse svoje CPE x86. Družba Intel je tudi odobrila plačila družbi MSH, če je ta prodajala izključno računalnike, opremljene s CPE x86 družbe Intel.

26. V skladu s sporno odločbo pogojni rabati, ki jih je dajala družba Intel, pomenijo rabate za zvestobo. Kar zadeva pogojna plačila družbe Intel družbi MSH, je Komisija ugotovila, da je ekonomski mehanizem teh plačil enakovreden mehanizmu pogojnih rabatov, ki so bili dani proizvajalcem originalne opreme.

27. Sporna odločba vsebuje tudi ekonomsko analizo možnosti, da bi bil zaradi rabatov in plačil družbi MSH s trga izrinjen konkurent, ki bi bil enako učinkovit kot družba Intel (test enako učinkovitega konkurenta, v nadaljevanju: test AEC).⁹

28. Komisija je na podlagi navedenih preudarkov ugotovila, da je bila posledica pogojnih rabatov in plačil družbe Intel zagotovitev zvestobe strateških proizvajalcev originalne opreme in družbe MSH. Učinki teh praks so se dopolnjevali in tako znatno zmanjšali možnost konkurentov za konkuriranje na podlagi učinkovitosti svojih CPE x86. Protikonkurenčno ravnanje družbe Intel je torej povzročilo zmanjšanje izbire za potrošnike in spodbud za inovativnost.

29. Kar zadeva drugo vrsto ravnanja, opredeljenega v sporni odločbi, to je „gole omejitve“, je Komisija menila, da je družba Intel odobrila plačila trem proizvajalcem originalne opreme, in sicer družbam HP, Acer in Lenovo, če so odložile ali odpovedale uvajanje proizvodov, opremljenih s CPE družbe AMD, na trg in/ali uvedle omejitve za distribucijo teh proizvodov. Komisija je ugotovila, da je ravnanje družbe Intel v zvezi z golimi omejitvami škodilo konkurenci, ker so bile stranke prikrajšane za izbiro, ki bi jo sicer imele. Po njenem mnenju to ni pomenilo normalne konkurence na podlagi učinkovitosti.

30. Komisija je v sporni odločbi ugotovila, da vsako od spornih ravnanj družbe Intel v razmerju do zgoraj navedenih proizvajalcev originalne opreme in do družbe MSH pomeni zlorabo v smislu člena 102 PDEU, da pa so bile vse te zlorabe tudi del celovite strategije, namenjene izrinjenju družbe AMD, edinega pomembnejšega konkurenta družbe Intel, s trga CPE x86. Te zlorabe so zato tvorile enotno kršitev v smislu člena 102 PDEU.

31. Komisija je na podlagi Smernic o načinu določanja glob, naloženih v skladu s členom 23(2)(a) Uredbe št. 1/2003 (v nadaljevanju: smernice iz leta 2006),¹⁰ pritožnici naložila globo v višini 1,06 milijarde EUR.

⁹ V tej analizi je določena cena, po kateri bi moral konkurent, ki bi bil enako učinkovit kot družba Intel, ponuditi svoje CPE, da bi proizvajalcu originalne opreme nadomestil izgubo rabatov družbe Intel.

¹⁰ UL 2006, C 210, str. 2.

32. V sporni odločbi je določeno:

„Člen 1

Družba Intel [...] je med oktobrom 2002 in decembrom 2007 storila enotno in trajajočo kršitev člena [102 PDEU] in člena 54 Sporazuma EGP s tem, da je izvajala strategijo, namenjeno izrinjenju konkurentov s trga CPE x86, pri čemer so to kršitev tvorili naslednji elementi:

- (a) rabati za družbo Dell med decembrom 2002 in decembrom 2005, katerih višina je bila pogojena s tem, da družba Dell pri družbi Intel nabavlja vse svoje CPE x86;
- (b) rabati za družbo HP med novembrom 2002 in majem 2005, katerih višina je bila pogojena s tem, da družba HP pri družbi Intel nabavlja vsaj 95 % CPE x86 za svoje namizne računalnike za podjetja;
- (c) rabati za družbo NEC med oktobrom 2002 in novembrom 2005, katerih višina je bila pogojena s tem, da družba NEC pri družbi Intel nabavlja vsaj 80 % CPE x86 za svoje delovne postaje;
- (d) rabati za družbo Lenovo med januarjem 2007 in decembrom 2007, katerih višina je bila pogojena s tem, da družba Lenovo pri družbi Intel nabavlja vse CPE x86 za svoje prenosne računalnike;
- (e) plačila družbi [MSH] med oktobrom 2002 in decembrom 2007, katerih višina je bila pogojena s tem, da družba [MSH] prodaja samo računalnike, opremljene s CPE x86 družbe Intel;
- (f) plačila družbi HP med novembrom 2002 in majem 2005, če: (i) družba HP prodajo namiznih računalnikov HP za podjetja, opremljenih s CPE x86 družbe AMD, namesto na velika podjetja osredotoči na mala in srednja podjetja ter stranke v vladnem, izobraževalnem in zdravstvenem sektorju; (ii) družba HP svojim distribucijskim partnerjem prepove ustvarjanje zalog namiznih računalnikov HP za podjetja, opremljenih s CPE x86 družbe AMD, tako da so ti računalniki strankam na voljo samo z naročilom pri družbi HP (bodisi neposredno bodisi prek distribucijskih partnerjev družbe HP, ki delujejo kot trgovski zastopniki); (iii) družba HP za šest mesecev odloži uvajanje svojega namiznega računalnika za podjetja, opremljenega s CPE x86 družbe AMD, v določeni regiji (Evropa, Bližnji vzhod in Afrika);
- (g) plačila družbi Acer med septembrom 2003 in januarjem 2004, če družba Acer odloži uvajanje prenosnega računalnika, opremljenega s CPE x86 družbe AMD, na trg;
- (h) plačila družbi Lenovo med junijem 2006 in decembrom 2006, če družba Lenovo odloži in nazadnje odpove uvajanje svojih prenosnih računalnikov, opremljenih s CPE x86 družbe AMD.“

III – Postopek pred Splošnim sodiščem in izpodbijana sodba

33. Pritožnica je s tožbo, vloženo 22. julija 2009, Splošnemu sodišču predlagala, naj sporno odločbo razglasi za nično. Združenje Association for Competitive Technology, Inc. (v nadaljevanju: ACT) je interveniralo v podporo družbi Intel.

34. Splošno sodišče je z izpodbijano sodbo tožbo v celoti zavrnilo.

IV – Postopek pred Sodiščem in predlogi strank

35. Družba Intel s pritožbo, ki je bila pri Sodišču vložena 26. avgusta 2014, Sodišču predlaga, naj:

- izpodbijano sodbo v celoti ali delno razveljavi;
- sporno odločbo razglasi za nično v celoti ali delno;
- odpravi ali bistveno zniža naloženo globo;
- podredno, zadevo vrne v razsojanje Splošnemu sodišču za odločitev v skladu s sodbo Sodišča;
- Komisiji naloži plačilo stroškov tega postopka in postopka pred Splošnim sodiščem.

36. Združenje ACT je predložilo odgovor v podporo predlogom pritožnice.

37. Komisija Sodišču predlaga, naj pritožbo zavrne in pritožnici naloži plačilo stroškov.

38. Družba Intel, združenje ACT in Komisija so na obravnavi 21. junija 2016 podali ustne navedbe.

V – Presoja pritožbenih razlogov

39. Pritožnica v podporo pritožbi navaja šest pritožbenih razlogov. Prvi pritožbeni razlog se nanaša na napačno uporabo prava pri pravni opredelitvi rabatov, ki jih je Splošno sodišče poimenovalo „rabati za izključnost“. Drugi pritožbeni razlog se nanaša na napačno uporabo prava pri ugotovitvi kršitve v letih 2006 in 2007 ter pri presoji upoštevnosti pokritosti trga. Tretji pritožbeni razlog se nanaša na napačno uporabo prava, kar zadeva opredelitev nekaterih dogovorov glede rabatov, ki so se nanašali zgolj na manjši del strankinih nabav, kot „rabatov za izključnost“. Četrti pritožbeni razlog se nanaša na domnevno postopkovno napako zaradi nepravilne razlage člena 19 Uredbe št. 1/2003 v povezavi s členom 3 Uredbe št. 773/2004 glede neobstoja obveznosti zapisa razgovora. Peti pritožbeni razlog se nanaša na kršitev člena 102 PDEU in na pristojnost Komisije, da za pritožnične dogovore z družbo Lenovo na Kitajskem v letih 2006 in 2007 uporabi člen 102 PDEU. Nazadnje, šesti pritožbeni razlog se nanaša na znesek globe, ki naj bi izhajal iz napačne uporabe prava v zvezi z retroaktivno uporabo smernic o določanju glob iz leta 2006.

40. Vsa ta vprašanja bom obravnaval po vrsti. Vendar se mi pred tem zdi koristno navesti nekaj uvodnih opomb v zvezi s strukturo in *ratio legis* člena 102 PDEU. Navedene opombe so izhodišče za presajo prvih treh pritožbenih razlogov, ki sledi.

A – Uvodne opombe

41. Cilj pravil EU o konkurenci je že od začetka vzpostaviti sistem neizkrivljene konkurence v okviru notranjega trga, ki ga je vzpostavila EU.¹¹ Pri tem ni mogoče dovolj poudariti, da je varstvo na podlagi pravil EU o konkurenci zagotovljeno za konkurenčni postopek, in ne na primer za konkurente.¹² Prav tako niso zaščiteni konkurenti, ki so primorani trg zapustiti zaradi hude konkurence in ne zaradi

¹¹ Glej sodbo z dne 17. februarja 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, točka 22 in navedena sodna praksa). Kot je navedlo Sodišče, je cilj teh pravil EU o konkurenci preprečiti izkrivljanje konkurence v škodo splošnega interesa, posameznih podjetij in potrošnikov ter tako prispevati k zagotavljanju blaginje v Evropski uniji.

¹² Kot je navedlo Sodišče, namen člena 102 PDEU ni zagotoviti, da konkurenti, ki so manj učinkoviti kot podjetje s prevladujočim položajem, ostanejo na trgu. Glej sodbo z dne 27. marca 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, točki 21 in 22).

protikonkurenčnega ravnanja. Zato ni vsak izstop s trga nujno znak nezakonitega ravnanja, ampak je lahko znak agresivne, vendar zdrave in dopustne konkurence.¹³ Razlog za to je, da je glede na gospodarsko naravo konkurenčnega prava njegov cilj navsezadnje okrepiti učinkovitost. Pomen, ki se pripisuje učinkovitosti, je po mojem mnenju tudi jasno izražen v sodni praksi sodišč EU.

42. Iz tega poudarka seveda sledi, da se za prevladujoč položaj ne šteje, da je v nasprotju s členom 102 PDEU. Ravnanje, s katerim se tržna moč izraža v škodo konkurence in s tem potrošnikov, je namreč prepovedano in se ustrezno sankcionira kot *zloraba* prevladujočega položaja.

43. Logična posledica cilja okrepljene učinkovitosti je, da protikonkurenčni *učinki* določene prakse postanejo bistvenega pomena. Ne glede na to, ali imamo opravka z bližnjico pri izvrševanju, kot jo ponuja pojem „omejitev zaradi cilja“ v okviru člena 101 PDEU,¹⁴ ali z ravnanjem samo enega podjetja, ki spada na področje uporabe člena 102 PDEU, je namen pravil EU o konkurenci zajeti ravnanje, ki ima protikonkurenčne učinke. Do zdaj se oblika določene prakse ni štela za pomembno.

44. Splošno sodišče je v izpodbijani sodbi razlikovalo med tremi kategorijami rabatov: količinskimi rabati, „rabati za izključnost“ in rabati, ki temeljijo na mehanizmu, ki ima lahko učinek spodbujanja zvestobe. V nasprotju s sistemom rabatov, ki temeljijo zgolj na obsegu nabav (kategorija 1), ki izražajo večjo učinkovitost in ekonomijo obsega, sistemi rabatov za izključnost (kategorija 2) glede na taksonomijo, ki jo je uporabilo Splošno sodišče, niso v skladu s ciljem neizkrivljene konkurence na notranjem trgu. Taki rabati so pogojeni s tem, da stranka vse količine, ki jih potrebuje, ali večino teh količin nabavlja pri podjetju s prevladujočim položajem.¹⁵

45. Poleg dveh predhodno navedenih kategorij rabatov je v izpodbijani sodbi navedena še ena kategorija rabatov, ki vključuje mehanizem pridobitve zvestobe, ne da bi bila neposredno povezana z izključno ali skoraj izključno nabavo (kategorija 3). Ta kategorija vključuje rabate, kot so retroaktivni rabati.¹⁶ Splošno sodišče je menilo, da je treba rabate iz kategorije 3 razlikovati od „rabatov za izključnost“, ker niso neposredno pogojeni z izključnostjo. Iz tega razloga je Splošno sodišče priznalo, da je treba za ugotovitev, ali je s takimi rabati mogoče omejevati konkurenco, presoditi *vse okoliščine*.¹⁷

46. Splošno sodišče je zaradi pogojenosti rabatov rabate in plačila, ki jih je ponujala pritožnica, opredelilo kot „rabate za izključnost“. Ob upoštevanju sodne prakse, ki izhaja iz sodbe Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36), je menilo, da je za ugotovitev, ali je zadevno podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj, zadostovalo, da so bili rabati „rabati za izključnost“, ki spadajo v kategorijo 2. Ko je bilo to ugotovljeno, ni bilo več treba presoditi „vseh okoliščin“, da bi se preverilo, ali je bilo z zadevnim ravnanjem mogoče omejevati konkurenco. Tako zmožnost je bilo mogoče predpostavljati zgolj na podlagi oblike ravnanja. Splošno sodišče je tako menilo, ker je običajno namen takih rabatov kupcu odvzeti ali omejiti možnost izbire oskrbovalnih virov in tako preprečiti, da bi se stranke oskrbovale pri konkurenčnih proizvajalcih.¹⁸

47. V skladu z navedeno metodologijo predpostavka, da „rabati za izključnost“, ki jih ponuja podjetje s prevladujočim položajem, vedno in brez izjeme privedejo do protikonkurenčnega izrinjenja, prežema celotno izpodbijano sodbo. Na podlagi te predpostavke je Splošno sodišče zavrnilo upoštevnost okvira in posledično potrebo po presoji zmožnosti, da bi ravnanje imelo protikonkurenčne učinke.

13 Sodba z dne 27. marca 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, točki 21 in 22).

14 Glede koristi uporabe navedene bližnjice glej moje sklepne predloge v zadevi CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, točka 35).

15 Izpodbijana sodba (točki 76 in 77). Glej tudi sodbo z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 89).

16 Izpodbijana sodba (točki 75 in 78).

17 Izpodbijana sodba (točki 78 in 82).

18 Izpodbijana sodba (točki 76 in 77).

48. Ob upoštevanju navedenega je usoda prvega, drugega in tretjega pritožbenega razloga v končni fazi odvisna od tega, ali Sodišče navedeno predpostavko šteje za pravilno.

B – Prvi pritožbeni razlog: pravno merilo, ki ga je treba uporabiti za tako imenovane „rabate za izključnost“

1. Glavne trditve strank

49. Družba Intel najprej trdi, pri čemer jo podpira združenje ACT, da je Splošno sodišče storilo napako pri pravni opredelitvi tega, kar je poimenovalo „rabati za izključnost“, to je „rabati za zvestobo v smislu sodne prakse Hoffmann-La Roche“.¹⁹ Po njenem mnenju je Splošno sodišče zmotno ugotovilo, da so v nasprotju z drugimi rabati in praksami oblikovanja cen taki rabati že po naravi taki, da je mogoče z njimi omejevati konkurenco, in so torej protikonkurenčni, ne da bi bilo treba presoditi bodisi upoštevnost okoliščine zadevnih rabatov bodisi verjetnost, da bi se z rabati omejevala konkurenca.²⁰ V tem okviru pritožnica trdi, da je Splošno sodišče napačno pritrdilo ugotovitvi zlorabe, ne da bi presodilo verjetnost protikonkurenčne škode. Poleg tega družba Intel trdi, da je Splošno sodišče vsekakor napačno podredno ugotovilo, da je bilo mogoče z zadevnimi rabati omejevati konkurenco.²¹

50. Komisija trdi, da bi bilo treba prvi pritožbeni razlog zavrnil. V bistvu trdi, da ta pritožbeni razlog temelji na zmotnem mišljenju: da „rabati za izključnost“ pomenijo zgolj prakso oblikovanja cen. Komisija navaja, da se „rabati za izključnost“ že po naravi razlikujejo od drugih praks oblikovanja cen. Po njenem mnenju imajo rabati, ki so pogojeni z izključnostjo, značilnosti, zaradi katerih ni treba preverjati, ali je v določenem primeru z njimi mogoče omejevati konkurenco. Komisija zlasti meni, da sodna praksa Sodišča v zvezi z rabati ne podpira stališča pritožnice, da se ne bi smelo razlikovati med „rabati za izključnost“ ter drugimi rabati, ki imajo učinek spodbujanja zvestobe, niti praksami oblikovanja cen.

51. V zvezi s presojo vseh okoliščin zaradi celovitosti Komisija meni, da pritožnica ni navedla nobenega argumenta, s katerim se izpodbija presoja zmožnosti, ki jo je Splošno sodišče v izpodbijani sodbi opravilo zaradi celovitosti.

2. Analiza

52. Bistvo pristopa iz prvega pritožbenega razloga je v določitvi pravnega merila, ki ga je treba uporabiti za tako imenovane „rabate za izključnost“. Drugače povedano, postavlja se vprašanje, ali je Splošno sodišče utemeljeno ugotovilo, da ni treba presoditi „vseh okoliščin“, da se preveri, ali imajo lahko navedeni rabati protikonkurenčni učinek. Preprosto se postavlja vprašanje, ali je Splošno sodišče pravilno ugotovilo, da „rabatov za izključnost“ ne more zaradi njihove oblike niti njihov okvir rešiti pred obsodbo.

53. Najprej, v nasprotju z navedbami Komisije v njenih pisanjih ne vidim razloga, zakaj Sodišče prvega pritožbenega razloga ne bi preučilo v celoti. Pritožnica s tem razlogom očitno poskuša izpodbijati napačno uporabo prava, ki jo po njenem mnenju vsebuje opredelitev rabatov in plačil družbe Intel kot „rabatov za izključnost“, ki so ločeni od drugih rabatov za spodbujanje zvestobe. Natančneje, Splošnemu sodišču očita, da je menilo, da ni treba presoditi vseh okoliščin, preden je ugotovilo, da je sporno ravnanje pomenilo zlorabo prevladujočega položaja v smislu člena 102 PDEU. Družba Intel izpodbija tudi presojo „zmožnosti“,²² ki jo je opravilo Splošno sodišče zaradi celovitosti. Po njenem

¹⁹ Izpodbijana sodba (točka 76).

²⁰ Izpodbijana sodba (točka 99).

²¹ Izpodbijana sodba (točke od 172 do 197).

²² Glej podrobneje točko 110 in naslednje v nadaljevanju.

mnenju pri tej presoji ni ustrezno upoštevanih več okoliščin, ki so upoštevne za ugotovitev, ali je mogoče s spornim ravnanjem omejevati konkurenco. Čeprav je to vprašanje tesno povezano s presojo dejanskega stanja, se ne more izogniti sodnemu nadzoru, ker je Sodišče na podlagi člena 256 PDEU pristojno, da opravi nadzor nad tem, kako je Splošno sodišče pravno opredelilo to dejansko stanje in katere pravne posledice je iz njega izpeljalo.

54. Kar zadeva vsebino prvega pritožbenega razloga, bom najprej preučil, ali je Splošno sodišče upravičeno menilo, da pri presoji „rabatov za izključnost“, ki jih je družba Intel ponujala zadevnim proizvajalcem originalne opreme, in tržnih dogovorov z družbo MSH ni bilo treba preučiti „vseh okoliščin“, da bi se ugotovilo, ali sporno ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja, ki je v nasprotju s členom 102 PDEU. V tem okviru bodo predstavljena osnovna načela upoštevne sodne prakse, da bi ponazoril, da se s sodno prakso zahteva presoja vseh okoliščin. Kot logično posledico navedene ugotovitve bom nato preučil presajo, ki jo je Splošno sodišče zaradi celovitosti opravilo v zvezi z zmožnostjo rabatov, ki jih je ponujala pritožnica, za omejevanje konkurence.

a) Glavna presoja pritožničinah rabatov in plačil, ki jo je opravilo Splošno sodišče

55. Kot je navedeno zgoraj (točke od 44 do 46), je Splošno sodišče na podlagi sodne prakse Sodišča razlikovalo med tremi kategorijami rabatov: količinskimi rabati (kategorija 1), „rabati za izključnost“, pogojenimi s tem, da je stranka vse količine, ki jih je potrebovala, ali večino teh količin nabavljala pri podjetju s prevladujočim položajem (kategorija 2), in drugimi vrstami rabatov, pri katerih dodelitev finančne spodbude ni neposredno povezana z izključno ali skoraj izključno nabavo (kategorija 3).²³

56. Natančneje, Splošno sodišče je ugotovilo, da so rabati, odobreni družbam Dell, HP, NEC in Lenovo, ki jih je Komisija navedla zlasti v členu 1, točke od (a) do (d), sporne odločbe, „rabati za izključnost“, ki spadajo v kategorijo 2. To je ugotovilo, ker so bili navedeni rabati pogojeni s tem, da so navedene družbe pri družbi Intel vsaj v določenem segmentu nabavljale bodisi vse CPE x86, ki so jih potrebovale (kot je bilo v primeru družb Dell in Lenovo), bodisi večino teh CPE x86 (in sicer 95 % v primeru družbe HP in 80 % v primeru družbe NEC).²⁴ V zvezi s plačili družbi MSH je Splošno sodišče ugotovilo, da Komisiji ni bilo treba preučiti okoliščin zadeve, temveč je morala le dokazati, da je pritožnica dodelila finančno spodbudo, za katero je veljal pogoj izključnosti.²⁵

57. Zlasti je Splošno sodišče, ki se je oprlo na trditev Sodišča v sodbi z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36),²⁶ menilo, da možnost opredelitve „rabata za izključnost“ kot nezakonitega ni odvisna od analize zmožnosti rabatov za omejevanje konkurence glede na okoliščine zadeve.²⁷

58. Pritožnica trdi, da je ta ugotovitev pravno napačna. Zlasti trdi, da je Splošno sodišče napačno prezrlo upoštevnost navedb Sodišča v drugih zadevah v zvezi z rabati na podlagi člena 102 PDEU, pa tudi tistih, ki se nanašajo na druge prakse oblikovanja cen.

59. V nadaljevanju bom pojasnil, zakaj se strinjam s pritožnico.

²³ Izpodbijana sodba (točke od 74 do 78).

²⁴ Izpodbijana sodba (točka 79).

²⁵ Izpodbijana sodba (točka 171).

²⁶ Sodba Hoffmann-La Roche/Komisija, točki 89 in 90.

²⁷ Izpodbijana sodba (točka 81).

i) Osnovna načela sodne prakse Sodišča v zvezi z rabati

60. Na splošno se v sodni praksi Sodišča kaže nezaupanje do vrste različnih mehanizmov rabatov, ki jih ponujajo podjetja s prevladujočim položajem. To je mogoče pojasniti z dejstvom, da se na splošno šteje, da imajo podjetja s prevladujočim položajem posebno odgovornost, da ne dopustijo, da bi s svojim ravnanjem ogrožala konkurenco na notranjem trgu.²⁸ Iz te posebne odgovornosti izhajajo, da se za mehanizme, s katerimi so stranke tako ali drugače vezane na oskrbovanje pri podjetju s prevladujočim položajem, šteje, da se z njimi spodbuja zvestoba in se torej domneva, da niso zakoniti.

61. Iz sodne prakse, ki izhajajo iz osnovne sodbe Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36), je razvidno, da se domneva, da rabati, ki so pogojeni s tem, da stranka vse količine, ki jih potrebuje, ali večino teh količin nabavlja pri podjetju s prevladujočim položajem, niso zakoniti. Enaka domneva nezakonnosti se uporablja za druge rabate, s katerimi se prav tako spodbuja zvestoba, čeprav formalno ne temeljijo na izključnosti. Sodišče je rabate, naj bodo retroaktivni in individualizirani kot v sodbah *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija*,²⁹ *British Airways/Komisija*³⁰ in *Tomra in drugi/Komisija*³¹ ali temelječi na tržnem deležu in individualizirani kot v sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija,³² štelo za protikonkurenčne. Do zdaj so bili edini rabati, ki so se izognili domnevi nezakonnosti, količinski rabati. Ti rabati so povezani izključno z obsegom nabav pri podjetju s prevladujočim položajem.³³

62. Rabate in plačila, ki jih je ponujala družba Intel, je mogoče opisati kot rabate za zvestobo, temelječe na tržnem deležu.³⁴ Da bi bila stranka upravičena do popusta, mora določen delež količin, ki jih potrebuje, nabavljati pri podjetju s prevladujočim položajem. Kot je bilo pojasnjeno, je Splošno sodišče, ki se je oprlo na trditev Sodišča v sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36), menilo, da na podlagi okoliščin zadeve, kadar je rabat za izključnost, ki spada v kategorijo 2, ni treba presojati zmožnosti takega rabata za omejevanje konkurence.³⁵

63. V sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36) je bil obravnavan sistem rabatov, temelječih na tržnem deležu, ki je bil pogojen s tem, da je stranka določen delež količin, ki jih je potrebovala, nabavljala pri podjetju s prevladujočim položajem. Natančneje, rabati so se povečevali glede na delež prometa, doseženega z nabavami.³⁶ Sodišče je v navedeni zadevi razsodilo, da razen v izjemnih okoliščinah rabati za zvestobo ne temeljijo na gospodarski storitvi, zaradi katere bi bila ta obveznost ali ugodnost upravičena. Nasprotno, po mnenju Sodišča je bil njihov namen kupcu odvzeti ali omejiti možnost izbire oskrbovalnih virov in drugim proizvajalcem preprečiti dostop do trga.³⁷ Po mnenju Sodišča torej „[p]odjetje s prevladujočim položajem na trgu, ki kupce [...] z zavezo ali obljubo

28 Glej sodbo z dne 9. novembra 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija* (322/81, EU:C:1983:313, točka 57); glej tudi sodbe z dne 2. aprila 2009, *France Télécom/Komisija* (C-202/07 P, EU:C:2009:214, točka 105), z dne 14. oktobra 2010, *Deutsche Telekom/Komisija* (C-280/08 P, EU:C:2010:603, točka 176), in *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83, točka 24).

29 Sodba z dne 9. novembra 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija* (322/81, EU:C:1983:313, točke od 66 do 71 v zvezi s popusti, ki temeljijo na prodajnih ciljeh).

30 Glej sodbo z dne 15. marca 2007, *British Airways/Komisija* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 52 v zvezi s premijami, danimi na podlagi celotne prodaje).

31 Glej sodbo z dne 19. aprila 2012, *Tomra Systems in drugi/Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 75 v zvezi z rabati, upoštevnimi v pritožbenem postopku).

32 Sodba z dne 13. februarja 1979, *Hoffmann-La Roche/Komisija* (85/76, EU:C:1979:36, točke od 92 do 100).

33 Glej sodbo z dne 13. februarja 1979, *Hoffmann-La Roche/Komisija* (85/76, EU:C:1979:36, točka 90). Glej tudi sodbo z dne 30. septembra 2003, *Michelin/Komisija* (T-203/01, EU:T:2003:250, točka 58). V zadnji navedeni zadevi je Splošno sodišče opredelilo domnevo zakonitosti, pri čemer je menilo, da ta ne velja, kadar imajo količinski rabati učinek spodbujanja zvestobe.

34 V skladu z eno od mogočih opredelitev so rabati za zvestobo pogojeni s tem, da stranka velik ali vse večji delež svojih nabav opravlja pri ponudniku popusta. Ti popusti se uporabijo, kadar stranka preseže določen cilj prodaje v opredeljenem obdobju. Cilj je lahko povezan s povečanjem nabav, ali s kupovanjem samo (ali v določenem deležu) pri dobavitelju, ali s kupovanjem nad določeno mejno vrednostjo, ki se določi na podlagi strankinih potreb. Drugače povedano, rabat za zvestobo je popust, ki ga dobavitelj da stranki kot nagrado, da mu ostaja zvesta. Glej OECD, *Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, DAF/COMP(2008)29, 2008, str. 97. Na voljo na spletnem naslovu: <https://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>.

35 Izpodbijana sodba (točki 80 in 81).

36 Glej sodbo z dne 13. februarja 1979, *Hoffmann-La Roche/Komisija* (85/76, EU:C:1979:36, točka 97).

37 Sodba z dne 13. februarja 1979, *Hoffmann-La Roche/Komisija* (85/76, EU:C:1979:36, točka 90).

obveže, da bodo celotno ali velik del količine, ki jo potrebujejo, nabavljali izključno pri navedenem podjetju, zlorablja svoj prevladujoči položaj v smislu člena [102 PDEU], če je zadevna obveznost določena brez podrobnejšega opisa in če se sprejme zaradi odobritve rabata³⁸. Sodišče je nadalje navedlo, da „[e]nako velja, kadar navedeno podjetje – ne da bi kupce formalno obvezalo – uporabi, bodisi v skladu s sporazumi, sklenjenimi s temi kupci, bodisi enostransko, shemo rabatov za zvestobo, to je popuste, ki so odvisni od tega, da stranka, naj je obseg njenih nakupov velik ali majhen, vse ali večino potrebnih količin nabavlja pri podjetju s prevladujočim položajem“³⁹.

64. Sodišče pri tej ključni trditvi ni omenilo potrebe po presoji vseh okoliščin, kadar se ugotavlja, ali je bila zloraba prevladujočega položaja pravno zadostno dokazana.

65. Ob upoštevanju navedenega morda ni presenetljivo, da je Splošno sodišče odločilo tako, kot je.

66. Vendar je treba že tu poudariti, da je v sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36) ugotovitev v zvezi z nezakonitostjo zadevnih rabatov kljub temu temeljila na temeljiti analizi, ki se je med drugim nanašala na pogoje odobritve rabatov in pokritost trga z njimi⁴⁰. Na podlagi navedene presoje je Sodišče menilo, da je bil namen zadevnih rabatov v navedeni zadevi s finančno ugodnostjo strankam preprečiti, da bi se oskrbovale pri konkurenčnih proizvajalcih.

67. Od sodbe Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36) se je sodna praksa, kot je Splošno sodišče pravilno poudarilo,⁴¹ osredotočila predvsem na oblikovanje ustreznih meril za ugotovitev, ali je podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj s tem, da je uporabilo sistem rabatov, ki niso neposredno povezani z izključno ali skoraj izključno nabavo. To so rabati, ki v skladu s taksonomijo, uporabljeno v izpodbijani sodbi, spadajo v kategorijo 3.

68. V tej poznejši sodni praksi je Sodišče nenehno ponavljalo načelno trditev iz sodbe Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36) v zvezi z domnevo o nezakonitosti rabatov za zvestobo. Vendar je, kot je združenje ACT pravilno poudarilo na obravnavi, v praksi pri ugotavljanju, ali sporno ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja, ki je v nasprotju s členom 102 PDEU, dosledno upoštevalo „vse okoliščine“.

69. Sodišče je v sodbi Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija, ki se nanaša na ciljne rabate, menilo, da je treba presoditi vse okoliščine, kadar se obravnava sistem popustov, ki ne temelji na ekskluzivnosti ali na obveznosti, da se določen delež potrebnih količin nabavlja pri podjetju s prevladujočim položajem⁴². V nadaljnjih zadevah v zvezi z rabati, ki niso neposredno pogojeni z izključnostjo, je Sodišče menilo, da je pri ugotavljanju, ali je podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj, koristno upoštevati merila in pravila za odobritev popusta ter preučiti, ali se s popustom, ki zagotavlja korist, ki ne temelji na gospodarski storitvi, ki bi ga upravičevala, kupcu poskuša odvzeti ali omejiti možnost izbire oskrbovalnih virov, konkurentom preprečiti dostop do trga ali z izkrivljanjem konkurence okrepiti prevladujoč položaj⁴³.

70. Vendar ponavljanje načelne trditve v zvezi z domnevo nezakonitosti, kot je razvidno iz sodne prakse Sodišča, ni enakovredno opustitvi presoje okoliščin v konkretni zadevi. Izpodbijana sodba je namreč eden od zelo redkih primerov, v katerih je bila trditev Sodišča iz sodbe Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36) uporabljena *verbatim*, ne da bi bile pred ugotovitvijo, da je

38 Glej sodbo z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 89).

39 Glej sodbo z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 89).

40 Glej sodbo z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 92 in naslednje).

41 Izpodbijana sodba (zlasti točki 82 in 83).

42 Glej sodbo z dne 9. novembra 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, točka 73).

43 Glej zlasti sodbi z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 67), in z dne 19. aprila 2012, Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 71).

podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj, preučene okoliščine zadeve.⁴⁴ Splošno sodišče je za utemeljitev takega strogega pristopa k „rabatom za izključnost“ v izpodbijani sodbi menilo, da so bili rabati in plačila družbe Intel pogojeni z izključnostjo (podobno, vendar ne enako kot v sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija, glede na neobstoj formalne obveznosti glede izključnosti). Navedena okoliščina je bila uporabljena za razlikovanje te zadeve od zadev, navedenih v prejšnji točki.

71. Na prvi pogled bi torej bilo mogoče zlahka ugotoviti, da je z izpodbijano sodbo obstoječa sodna praksa zgolj znova potrjena in uporabljena za ravnanje družbe Intel.

72. Vendar bi bil v skladu z isto sodno prakso s tako ugotovitvijo prezrt pomen pravnega in gospodarskega okvira.

ii) Okoliščine zadeve kot sredstvo za ugotovitev, ali ima sporno ravnanje verjeten učinek na konkurenco

73. V tem oddelku bom pojasnil, zakaj se zloraba prevladujočega položaja nikoli ne dokazuje abstraktno: tudi v primeru domnevno nezakonitih praks je Sodišče vedno preučilo pravni in gospodarski okvir spornega ravnanja. V tem smislu je presoja okvira ravnanja, ki se pregleduje, nujna posledica ugotavljanja zlorabe prevladujočega položaja. To ni presenetljivo. Da bi ravnanje, ki se pregleduje, spadalo pod prepoved iz člena 102 PDEU, mora biti z njim mogoče vsaj izriniti konkurenta s trga.⁴⁵

74. Celo iz hitre preučitve zgoraj obravnavanih zadev (točke od 66 do 69) je razvidno, da se v sodni praksi ne opušča preučitev pravnega in gospodarskega okvira ravnanja – ali, če se uporabi standardna formulacija v zadevah na podlagi člena 102 PDEU, „vseh okoliščin“ – da bi se ugotovilo, ali je podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj. To velja za rabate, ki so pogojeni z izključnostjo, in za druge vrste dogovorov, s katerimi se spodbuja zvestoba.

75. Zato menim, da je Splošno sodišče pri razlagi sodbe Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36) spregledalo pomemben vidik. V nasprotju s tem, kar je bilo razsojeno v izpodbijani sodbi,⁴⁶ je Sodišče v sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija presodilo več okoliščin v zvezi s pravnim in gospodarskim okvirom rabatov pri ugotovitvi, ali je zadevno podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj. Res je, da v navedeni sodbi ni izrecno navedeno, da je analiza vseh okoliščin ključna za ugotovitev, ali sporno ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja. Vendar je, kot je omenjeno zgoraj (točka 66), iz natančnejše preučitve sodbe razvidno, da je Sodišče zelo podrobno preučilo posebnosti zadevnega farmacevtskega trga, pokritost trga z rabati in pogoje pogodb med podjetjem s prevladujočim položajem in njegovimi strankami.⁴⁷ Na podlagi te podrobne analize pravnega in gospodarskega okvira rabatov, to je pogojev za odobritev rabatov, pokritosti trga z njimi in trajanja dogovorov o rabatih, je ugotovilo, da rabati za zvestobo niso zakoniti, razen v izjemnih okoliščinah.⁴⁸

76. Kot je Splošno sodišče priznalo v izpodbijani sodbi,⁴⁹ je bilo razen v sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36) v sodni praksi Sodišča v zvezi s sistemi rabatov (razen tistimi, ki temeljijo zgolj na količini) dosledno in izrecno razsojeno, da je še posebej pomembno presoditi vse okoliščine, da se ugotovi, ali sporno ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja, ki je

44 Za druga dva osamljena primera glej sodbi z dne 3. julija 1991, AKZO/Komisija (C-62/86, EU:C:1991:286, točka 149), in z dne 27. aprila 1994, Almelo (C-393/92, EU:C:1994:171, točka 44). Pomembno pa je, da se obravnava obveznosti izključne nabave, ki jo je Sodišče opravilo v sodbi AKZO/Komisija, postavi v njen okvir številnih nezakonitih praks, ki jih je izvajala družba AKZO. Podobno je bila kategorična trditev Sodišča v sodbi Almelo in drugi odgovor na predlog za sprejetje predhodne odločbe z očitnimi omejitvami glede dejanskega stanja zadeve.

45 Glej podrobneje točko 109 in naslednje v nadaljevanju o ravni verjetnosti, ki se zahteva za ugotovitev, da neka vrsta ravnanja pomeni zlorabo.

46 Izpodbijana sodba (točka 81).

47 Sodba z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 82).

48 Sodba z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 90).

49 Izpodbijana sodba (točke od 82 do 84).

v nasprotju s členom 102 PDEU.⁵⁰ To samo po sebi ni presenetljivo: razen sodbe Hoffmann-La Roche/Komisija mi ni znano, da bi Sodišče obravnavalo druge zadeve v zvezi z obveznostmi izključne nabave, ki bi bile podobne tem, obravnavanim v tej zadevi. Zato ni presenetljivo, da je bila potreba po presoji vseh okoliščin znova ponovljena v sodbi Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651), izdani v postopku predhodnega odločanja po izdaji izpodbijane sodbe, v zvezi z retroaktivnimi rabati, ki niso vezani na obveznost v zvezi z izključnostjo.⁵¹

77. Vendar kaj *vključuje* presoja „vseh okoliščin“?

78. Menim, da je namen analize „okvira“ – ali „vseh okoliščin“, kot je to poimenovano v sodni praksi Sodišča – izključno, vendar bistveno, ugotoviti, da je bilo pravno zadostno dokazano, da je podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj.⁵² Tudi v primeru navidez očitnega izključevalnega ravnanja, kot je oblikovanje cen pod stroški, okvira ni mogoče prezreti.⁵³ V nasprotnem primeru bi bilo ravnanje, ki včasih preprosto ne more omejevati konkurence, zajeto s splošno prepovedjo. Pri taki splošni prepovedi bi obstajalo tudi tveganje, da se zajame in sankcionira prokonkurenčno ravnanje.

79. Zato je okvir bistvenega pomena.

iii) V skladu s sodno prakso obstajata samo dve kategoriji rabatov

80. Za namene člena 102 PDEU rabati za zvestobo pomenijo – po mojem mnenju – skoraj enako kot omejitev zaradi cilja iz člena 101 PDEU. To pa zato, ker za rabate za zvestobo tako kot za omejitve zaradi cilja velja domneva nezakonnosti. Vendar, kot sem omenil že zgoraj (točka 61), je treba rabate za zvestobo razumeti tako, da ne zajemajo samo rabatov, ki so pogojeni s tem, da stranka vse količine, ki jih potrebuje, ali večino teh količin nabavlja pri podjetju s prevladujočim položajem, temveč tudi druge strukture oblikovanja cen, ki so pogojene s tem, da stranka doseže določen cilj.

81. V nasprotju s presojo Splošnega sodišča v izpodbijani sodbi se v sodni praksi razlikuje med *dvema, in ne tremi* kategorijami rabatov. Po eni strani za nekatere rabate, kot so količinski rabati, velja domneva zakonitosti.⁵⁴ Pri vsaki preiskavi glede (ne)zakonnosti takih rabatov je nujno treba v celoti preučiti njihove dejanske ali morebitne učinke. Ti rabati v tej zadevi niso sporni.

82. Po drugi strani Sodišče za rabate za zvestobo (za katere velja domneva nezakonnosti), če so neposredno pogojeni z izključnostjo ali ne, uporablja pristop, pri katerem so opazne nekatere podobnosti s pristopom glede omejitev zaradi cilja iz člena 101 PDEU. To pa zato, ker je treba tudi na podlagi te določbe za ugotovitev, ali neko ravnanje pomeni omejitev zaradi cilja, najprej preučiti pravni in gospodarski okvir spornega ravnanja, da bi se izključilo kakršno koli drugo verjetno pojasnilo za to ravnanje. Drugače povedano, upoštevanja posebnega okvira spornega ravnanja se nikoli ne opusti.

83. Kot je že bilo navedeno zgoraj, je Sodišče v sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36) presodilo vse okoliščine. Sodišče je zahtevo v zvezi s tem pozneje izrecno oblikovalo v sodbi Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313) v zvezi z rabati, ki niso neposredno povezani z izključnostjo. Navedena zahteva je bila nato podrobneje opredeljena

50 Glej sodbe z dne 9. novembra 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, točka 73), z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 67), in z dne 19. aprila 2012, Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 71). Glej tudi sodbo z dne 9. septembra 2010, Tomra Systems in drugi/Komisija (T-155/06, EU:T:2010:370, točka 215).

51 Sodba z dne 6. oktobra 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, točka 68).

52 Glej točko 168 in naslednje v nadaljevanju.

53 Glej v tem smislu sodbo z dne 7. marca 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, točka 24).

54 Glej sodbo z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 90). Glej tudi sodbo z dne 30. septembra 2003, Michelin/Komisija (T-203/01, EU:T:2003:250, točka 58).

v zadevah, kot so British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166), Michelin/Komisija (T-203/01, EU:T:2003:250) in Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221). Namen analize vseh okoliščin je ugotoviti, ali je bila zloraba prevladujočega položaja pravno zadostno dokazana in ali je posledično z rabati mogoče doseči protikonkurenčno izrinjenje.

84. Vendar je šlo Splošno sodišče v izpodbijani sodbi korak dlje. S tem, da je trditev Sodišča iz sodbe Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36) za zadnje navedeno sodbo uporabilo dobesedno, ne da bi to trditev postavilo v primeren okvir, je eno podvrsto rabatov za zvestobo, ki jih je poimenovalo „rabati za izključnost“, razlikovalo od drugih vrst rabatov, s katerimi se spodbuja zvestoba.⁵⁵ S tem je oblikovalo „super kategorijo“ rabatov, za katere ni potrebna presoja vseh okoliščin, da se ugotovi, da sporno ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja, ki je v nasprotju s členom 102 PDEU. Kar je še pomembnejše, nezakonitost takih rabatov se domneva abstraktno, zgolj na podlagi njihove oblike.

85. To nikakor ni metodološko samoumeven korak. Z naslednjimi štirimi razlogi je pojasnjeno zakaj.

– *Domneve nezakonitosti na podlagi oblike ni mogoče ovreči*

86. Prvič, če bi bilo sprejeto, da „rabati za izključnost“ pomenijo ločeno kategorijo rabatov, ki jo je treba razlikovati od drugih vrst sistemov rabatov, s katerimi se spodbuja zvestoba, osnovne domneve nezakonitosti ne bi bilo več mogoče ovreči.⁵⁶ To pa zato, ker taka prepoved temelji na *obliki* ravnanja, namesto na njegovih *učinkih*.

87. Zdi se namreč, da je v izpodbijani sodbi uporabljeno izhodišče, da „rabat za izključnost“, ki ga da podjetje s prevladujočim položajem, ne more v nobenih okoliščinah imeti koristnih učinkov za konkurenco. To je zato, ker je po mnenju Splošnega sodišča konkurenca omejena že samo zaradi obstoja prevladujočega položaja.⁵⁷ Tako stališče pomeni zanikanje možnosti sklicevanja na objektivno (prokonkurenčno) utemeljitev uporabe zadevnih rabatov, ki je bila sprejeta že v sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija⁵⁸ in ponovljena v izpodbijani sodbi⁵⁹.

88. V nasprotju s trditvami Komisije na obravnavi podjetju pri utemeljevanju uporabe „rabatov za izključnost“ ne more pomagati sklicevanje na učinkovitost ali druge preudarke, če se pri prepovedi upošteva oblika, in ne učinki.⁶⁰ Oblika namreč ne glede na učinke ostaja ista. To je problematično. Podjetje s prevladujočim položajem bi moralo biti sposobno, kot je Splošno sodišče pravilno poudarilo v izpodbijani sodbi⁶¹ in kot je Komisija priznala v svojih pisanjih, utemeljiti uporabo sistema rabatov s predložitvijo dokazov, da se lahko nastali izključevalni učinek izniči ali celo preseže s prednostmi v smislu učinkovitosti.⁶²

55 Izpodbijana sodba (točki 92 in 93). Ta podvrsta rabatov za zvestobo je bila opisana kot „*opcije ekskluzivnosti*“, ki delujejo na podlagi vzvodov. Petit, N., „Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU“, *European Competition Journal*, zv. 11, izd. 1, 2015, str. od 26 do 28.

56 Glej izpodbijano sodbo (točka 94).

57 Glej izpodbijano sodbo (točka 89).

58 Glej sodbo z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 89).

59 Glej trditev v točki 81 izpodbijane sodbe.

60 Izpodbijana sodba (točka 89).

61 Izpodbijana sodba (točka 81).

62 Glej sodbo z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točki 85 in 86 ter navedena sodna praksa), in sodbo z dne 27. marca 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, točki 40 in 41 ter navedena sodna praksa). Glej tudi sodbo z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 90). Sodišče je tam navedlo, da bi podjetje uporabo rabatov lahko utemeljilo, tudi kadar v izjemnih okoliščinah sporazum med podjetji spada v izjemo iz člena 101(3) PDEU.

– *Rabati za zvestobo niso vedno škodljivi*

89. Drugič, oblikovanje „super kategorije“ rabatov je upravičeno, samo če se šteje, da ne morejo obstajati nikakršne pozitivne lastnosti v zvezi z dogovori, ki so pogojeni z izključnostjo, ne glede na individualne okoliščine posamezne zadeve. Vendar je, paradokсно, Splošno sodišče priznalo, da imajo lahko pogoji izključnosti tudi koristne učinke. Kljub temu pa je zavrnilo kakršno koli potrebo po preučitvi teh učinkov z obrazložitvijo, da je zaradi prevladujočega položaja podjetja na trgu konkurenca že neizpodbitno omejena.⁶³

90. Iz izkušenj in ekonomskih analiz ne izhaja nedvoumno, da so rabati za zvestobo praviloma škodljivi ali protikonkurenčni, tudi če jih ponujajo podjetja s prevladujočim položajem.⁶⁴ To pa zato, ker rabati krepijo tekmovalnost, ki je bistvo konkurence.

91. Vendar je res, da naj bi se največji konkurenčni pomislek v zvezi z rabati pojavil, kadar morajo stranke podjetja s prevladujočim položajem imeti delež njegovih proizvodov in/ali kadar je popust pogojen s tem, da stranka vse količine, ki jih potrebuje (ali njihov večji del), nabavlja pri njem. To bi lahko bil argument v prid strožji obravnavi „rabatov za izključnost“. Vendar imajo lahko druge vrste rabatov podoben učinek izkrivljanja. To velja, tudi kadar sistem ni izrecno povezan z izključnostjo.⁶⁵

92. V sodni praksi je namreč jasno ponazorjeno, da je lahko mehanizem, s katerim se spodbuja zvestoba, različnih oblik. Tako kot v sodbah Hoffmann-La Roche/Komisija⁶⁶ in Tomra in drugi/Komisija⁶⁷ je lahko mehanizem spodbujanja zvestobe neločljivo povezan z zahtevo, da stranka vse količine, ki jih potrebuje, ali večino teh količin nabavlja pri podjetju s prevladujočim položajem. Lahko je tudi v obliki individualiziranih prodajnih ciljev⁶⁸ ali premij⁶⁹, ki niso nujno vezane na določen delež potrebnih količin ali prodaje.

93. S tega vidika ni objektivnega razloga, zakaj bi bilo treba rabate kategorije 2 obravnavati strožje kot rabate kategorije 3.

– *Učinki rabatov za zvestobo so odvisni od okvira*

94. Tretjič, v sodobni ekonomski literaturi se pogosto poudarja, da so učinki izključnosti odvisni od okvira.⁷⁰ Vendar pa bo malo komentatorjev zanikalo, da imajo lahko zlasti rabati za zvestobo – odvisno od okoliščin – protikonkurenčni učinek izrinjenja.

95. Zavedanje odvisnosti od okvira lahko tudi pomaga pojasniti, zakaj je Sodišče v svoji nedavni sodni praksi o členu 102 PDEU poudarilo pomen presoje vseh okoliščin. To je med drugim storilo v sodbi Tomra in drugi/Komisija. Res je, da so se, kot je navedlo Splošno sodišče,⁷¹ rabati, obravnavani v pritožbenem postopku v zadevi Tomra in drugi/Komisija, nanašali na individualizirane retroaktivne rabate, to je rabate, ki v skladu s taksonomijo, uporabljeno v izpodbijani sodbi, spadajo v kategorijo 3.

63 Izpodbijana sodba (točke od 89 do 94).

64 OECD, Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, *op.cit.*, str. 9 in 21. Glej tudi Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena [102 PDEU] za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorabljajo svoj položaj (UL 2009, C 45, str. 7), točka 37, kar zadeva pogojne rabate. Komisija ugotavlja, da se taki rabati lahko uporabijo, da bi podjetja privabila več povpraševanja, in v tem smislu lahko spodbudijo povpraševanje in koristijo potrošnikom. Glej tudi Neven, D., „A structured assessment of rebates contingent on exclusivity“, *Competition Law & Policy Debate*, zv. 1, izd. 1, 2015, str. 86.

65 OECD, Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, *op.cit.*, str. 9 in 21.

66 Sodba z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 89).

67 Sodba z dne 19. aprila 2012, Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 71, točka 70).

68 Glej sodbo z dne 9. novembra 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, točka 72).

69 Glej sodbo z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 75).

70 Glej na primer, Neven, D., *op.cit.*, str. 39. Izrinjenje je med drugim odvisno od stalne prodaje, moči spodbud, ki jih zagotavlja zahteva po izključnosti za stalno prodajo, stopnje konkurence med kupci, pomena ekonomije obsega in vprašanja, ali so rabati usmerjeni na kupce, ki tekmujejo zoper podjetja, ki kupujejo od tekmecev.

71 Izpodbijana sodba (točka 97).

Vendar Sodišče v sodbi Tomra in drugi/Komisija ni izrecno razlikovalo med rabati iz kategorije 2 in rabati iz kategorije 3. Ugotovilo je zgolj, da je treba, kadar so rabati pogojeni s tem, da stranka vse količine, ki jih potrebuje, ali večino teh količin nabavlja pri podjetju s prevladujočim položajem, presoditi vse okoliščine, da se ugotovi, ali sporno ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja.⁷²

96. Stranki iz trditve Sodišča izpeljujeta nasprotujoče si ugotovitve: strinjata se, da enkrat za vselej odpravlja nasprotujoča si mnenja glede pravnega merila, ki ga je treba uporabiti v zvezi z „rabati za izključnost“. Še naprej pa se ne strinjata glede tega, katero merilo bi to moralo biti.

97. Menim, da trditev Sodišča v sodbi Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221) pri tem ne pomaga. Kot ponazarjajo diametralno nasprotne razlage strank, je jezik, uporabljen v navedeni sodbi v zvezi z vrsto rabatov, pri katerih je treba presoditi vse okoliščine, preprosto preveč dvoumen.

98. Postavlja pa se vprašanje, ali je razlikovanje med sodbama Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221) in Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36), ki ga je Splošno sodišče vzpostavilo v izpodbijani sodbi, upravičeno. V zvezi s tem bi opozoril na dve točki.

99. Po eni strani so imeli rabati, obravnavani v sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36), podobno kot v sodbi Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221) nekatere značilnosti individualiziranih retroaktivnih rabatov. Več pogodb, preučenih v sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija, namreč ni vključevalo samo klavzule o rabatih v zvezi z večino kupčevih potrebnih količin. Vključevale so tudi klavzule o rabatih, s katerimi je bil določen popust, katerega odstotek naj bi se povečal, odvisno od tega, ali je bil delež kupčevih ocenjenih potreb v referenčnem obdobju dosežen.⁷³ Po drugi strani, tudi če bi bilo razlikovanje upravičeno zaradi domnevne intrinzične razlike med rabati, obravnavanimi v dveh zadevah – kar po mojem mnenju *ne* drži – Sodišče v sodbi Hoffmann-La Roche/Komisija nikakor ni prezrlo okvira spornih rabatov. Zakaj bi to moralo storiti v sodbi Tomra in drugi/Komisija več kot tri desetletja pozneje?

100. Če že, potem se razlika med zadevnimi rabati v sodbah Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221) in Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36) nanaša na stopnjo, in ne na vrsto. Enako je mogoče reči za sodbo Post Danmark, v kateri je bila nedavno potrjena upoštevnost okvira in vseh okoliščin pri ugotavljanju, ali sporno ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja.⁷⁴

– *Pri povezanih praksah je treba presoditi vse okoliščine*

101. Četrtilič in nazadnje, s sodno prakso o praksah oblikovanja cen in cenovnih škarij se zahteva, kot pritožnica pravilno poudarja, presoja vseh okoliščin, da bi se ugotovilo, ali je zadevno podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj.⁷⁵

⁷² Sodba z dne 19. aprila 2012, Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točki 70 in 71, v katerih se Sodišče sklicuje na točki 71 in 73 sodbe z dne 9. novembra 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313)).

⁷³ Sodba z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 97).

⁷⁴ Sodba z dne 6. oktobra 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, točka 68).

⁷⁵ Glej sodbe z dne 14. oktobra 2008, Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, točka 175); z dne 17. februarja 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, točka 76), in z dne 27. marca 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, točka 26).

102. Splošno sodišče je zavrnilo upoštevnost navedene sodne prakse z obrazložitvijo, da v nasprotju s spodbudo za izključno nabavo določena cena ne more biti nezakonita.⁷⁶ Vendar pa se v izpodbijani sodbi rabati družbe Intel štejejo za protikonkurenčne zaradi cene.⁷⁷ Menim, da je zavrnitev upoštevnosti navedene sodne prakse problematična: privede do neupravičenega razlikovanja med različnimi vrstami praks oblikovanja cen. Rabatom za zvestobo, praksam cenovnih škarij in plenilskim cenam je namreč skupno to, da pomenijo „izključitev, ki temelji na ceni“.⁷⁸

103. Samoumevno je, da je izjemno pomembno, da so pravna merila, ki se uporabijo za eno kategorijo ravnanja, v skladu s tistimi, ki se uporabijo za primerljive prakse. Razumna in skladna pravna kategorizacija ne koristi samo podjetjem v smislu povečane pravne varnosti, ampak tudi pomaga organom za konkurenco pri izvrševanju konkurenčnega prava. Samovoljna kategorizacija jim ne koristi oziroma ne pomaga.

104. Zdi se, da se Sodišče strinja s tem. Nedavno je v sodbi *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651) uporabilo sodno prakso v zvezi s praksami oblikovanja cen in cenovnih škarij, da bi utemeljilo svoje ugotovitve v zvezi s sistemom rabatov, ki ga je ponujalo podjetje s prevladujočim položajem.⁷⁹ Vendar pa je res, da bi bilo mogoče sodbo v tej zadevi razlagati tudi tako, da podpira stališče, da v zvezi z „rabati za izključnost“ morda ne bo treba presoditi vseh okoliščin.⁸⁰ Razlog za je, da je Sodišče v navedeni zadevi zadevne rabate razlikovalo od rabatov, ki temeljijo na obveznosti v zvezi z izključnostjo, preden je odločilo, da je treba za ugotovitev, ali je podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj, presoditi vse okoliščine. Če že kaj, so bili retroaktivni rabati, ki jih je Sodišče obravnavalo v navedeni zadevi, podobni tistim, ki so se v izpodbijani sodbi šteli za rabate, s katerimi se spodbuja zvestoba in ki spadajo v kategorijo 3.⁸¹

105. Kot je pojasnjeno zgoraj, je tako razlikovanje razlikovanje brez razlike (glede na to, da je razlika v obliki, in ne v učinkih). Še bolj bistveno pa je, da bi bila taka razlaga navedene sodbe v nasprotju s pristopom Sodišča – ki je zasedalo v velikem senatu – v sodbi *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172), v kateri je odločilo, da je treba pri praksah oblikovanja cen presoditi vse okoliščine.⁸² Pomenljivo je, da je Sodišče ob drugi priložnosti v svoji sodbi *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651) ponovilo – in pri tem ni razlikovalo med različnimi vrstami sistemov rabatov – „da je [treba] [...] zmožnost sistema rabatov, da se z njim omeji konkurenca, [presojati] ob upoštevanju vseh upoštevnihi okoliščin“.⁸³ Nedvomno je to storilo zato, da bi zagotovilo skladen pristop v sodni praksi k presoji ravnanja, ki spada v okvir člena 102 PDEU.

iv) Vmesna ugotovitev

106. Ob upoštevanju navedenega se „rabati za izključnost“ ne bi smeli šteti za ločeno in edinstveno kategorijo rabatov, pri kateri za ugotovitev, ali sporno ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja, ni treba presoditi vseh okoliščin. Zato menim, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo z ugotovitvijo, da je mogoče „rabate za izključnost“ opredeliti kot zlorabo brez analize zmožnosti rabatov za omejevanje konkurence glede na okoliščine zadeve.

⁷⁶ Izpodbijana sodba (točka 99).

⁷⁷ Izpodbijana sodba (točka 93).

⁷⁸ Dokument za razpravo GD za konkurenco o uporabi člena [102 PDEU] za zlorabe z izključevanjem, 2005, str. 23. Na voljo na spletnem naslovu: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Glej tudi OECD, Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, *op.cit.*, str. 26. Tudi v navedenem dokumentu so rabati opredeljeni kot ena oblika prakse oblikovanja cen.

⁷⁹ Sodba z dne 6. oktobra 2015, *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651, točka 55 o testu AEC in navedena sodna praksa).

⁸⁰ Sodba z dne 6. oktobra 2015, *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651, točke od 27 do 29).

⁸¹ Sodba z dne 6. oktobra 2015, *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651, točke od 23 do 25).

⁸² Sodba z dne 27. marca 2012, *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, točka 26).

⁸³ Sodba z dne 6. oktobra 2015, *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651, točka 68).

107. Splošno sodišče je nato zaradi celovitosti podrobno presodilo, ali je bilo mogoče z rabati in plačili, ki jih je ponujala pritožnica, omejevati konkurenco. Se pravi, preučilo je „vse okoliščine“. Zato ugotovitev v zvezi z napačno uporabo prava iz prejšnje točke ne pomeni nujno, da je treba izpodbijano sodbo razveljaviti. Taka ugotovitev je mogoča, samo če se pri presoji, ki jo je opravilo Splošno sodišče zaradi celovitosti, razkrije napačna uporaba prava.

108. Zato je treba zdaj preiti na navedeno presojo, opravljeno zaradi celovitosti.

b) Presoja zmožnosti, ki jo je opravilo Splošno sodišče zaradi celovitosti

109. Pritožnica v bistvu navaja tri sklope trditev, s katerimi izpodbija podredno presojo zmožnosti, ki jo je opravilo Splošno sodišče zaradi celovitosti. Prvič, trdi, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ko je pritrnilo ugotovitvi Komisije, da zadevno ravnanje pomeni zlorabo, ne da bi presodilo verjetnost protikonkurenčnih učinkov. Drugič, dejavniki, ki jih je upoštevalo Splošno sodišče, naj bodisi ne bi bili upoštevni bodisi nepravilno ocenjeni. Tretjič, Splošno sodišče naj bi nepravilno presodilo več drugih dejavnikov, ki so bistvenega pomena za ugotovitev zlorabe.

110. Komisija trdi, da ni višjega praga „verjetnosti“, ki mora biti izpolnjen (v primerjavi s standardom „zmožnosti“), da bi se ugotovil obstoj zlorabe prevladujočega položaja: zmožnost zadostuje. Po njenem mnenju trditve, ki jih navaja pritožnica, ne omajajo ugotovitev v izpodbijani sodbi v zvezi s tem, da je lahko družba Intel s svojim ravnanjem omejevala konkurenco.

111. Pritožnica s svojimi trditvami izpodbija pravno merilo, ki je bilo v izpodbijani sodbi uporabljeno za ugotovitev, da je bilo s spornim ravnanjem mogoče omejevati konkurenco. Prvič: kakšna raven verjetnosti se zahteva v presoji zmožnosti? Drugič: katere so upoštevne okoliščine, ki jih je treba upoštevati pri ugotavljanju, ali je mogoče s spornim ravnanjem omejevati konkurenco? Vprašani bom preučil po vrsti.

i) Zmožnost in/ali verjetnost

112. Pritožnica trdi, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo s potrditvijo ugotovitve zlorabe, ne da bi presodilo verjetnost protikonkurenčne škode zaradi spornega ravnanja.

113. Splošno sodišče je v svoji presoji, ki jo je opravilo zaradi celovitosti, pojasnilo, da se lahko Komisija omeji na ugotovitev, da je bilo mogoče z obravnavanim ravnanjem omejevati konkurenco. Poleg tega je poudarilo, da Komisiji ni treba dokazati, da se je uresničil konkretni učinek izrinjenja, tudi kadar se upoštevajo vse okoliščine.⁸⁴

114. Zagotovo dokazov o konkretnih učinkih ni treba predložiti. To je zato, ker v zvezi z ravnanjem, za katero velja domneva nezakonnosti, zadostuje, da je mogoče s spornim ravnanjem omejevati konkurenco. Vendar je pomembno, da zmožnost ne sme biti zgolj hipotetična ali teoretično mogoča. Sicer sploh ne bi bilo treba presojati vseh okoliščin.

115. Res je, da v sodni praksi obstajajo razhajanja glede uporabljene terminologije. V sodni praksi se navajata zmožnost in verjetnost, včasih celo zamenljivo.⁸⁵ Menim, da navedena izraza označujeta en in isti obvezni korak pri analizi, s katero se poskuša ugotoviti, ali uporaba rabatov za zvestobo pomeni zlorabo prevladujočega položaja.

⁸⁴ Izpodbijana sodba (točka 177). Sicer bi lahko organi za konkurenco posredovali, šele ko bi domnevna zloraba privedla do protikonkurenčnega izrinjenja.

⁸⁵ Glej sodbo dne 6. oktobra 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, točki 68 in 69 ter navedena sodna praksa). Glej po drugi strani sodbo z dne 19. aprila 2012, Tomra Systems in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 68). V navedeni zadevi je Sodišče ugotovilo, da pri dokazovanju zlorabe prevladujočega položaja zadostuje dokazati, da se z ravnanjem podjetja s prevladujočim položajem, ki kaže na zlorabo, skuša omejiti konkurenca ali da bi ravnanje lahko imelo tak učinek.

116. Toda kakšna stopnja verjetnosti protikonkurenčnega izrinjenja se zahteva? To vprašanje je jedro nestrinjanja med pritožnico in Komisijo v zvezi z ustreznostjo presoje zmožnosti, ki jo je opravilo Splošno sodišče: medtem ko Komisija meni, da je bila presoja ustrezna, družba Intel trdi, da Splošno sodišče ni preverilo, ali je lahko pritožnica v okoliščinah zadeve s svojim ravnanjem omejevala konkurenco.

117. Namen presoje zmožnosti je ugotoviti, ali ima sporno ravnanje po vsej verjetnosti protikonkurenčni učinek izrinjenja. Iz tega razloga mora biti verjetnost bistveno več kot zgolj možnost, da se lahko z določenim ravnanjem omejuje konkurenca.⁸⁶ Nasprotno, dejstvo, da se izključevalni učinek zdi bolj verjeten kot njegov neobstoj, preprosto ne zadostuje.⁸⁷

118. Čeprav nedvomno drži, da je Sodišče v svoji sodni praksi dosledno poudarjalo posebno odgovornost podjetij s prevladujočim položajem, te odgovornosti ni mogoče razlagati tako, da pomeni, da se lahko prag za uporabo prepovedi zlorabe iz člena 102 PDEU tako zniža, da postane skoraj neobstoječ. To bi veljalo, če stopnja verjetnosti, potrebna za ugotovitev, da sporno ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja, ne bi bila nič več kot zgolj teoretična možnost izključevalnega učinka, kot se zdi, da predlaga Komisija. Če bi bila taka nizka raven verjetnosti sprejeta, bi bilo treba sprejeti, da se s konkurenčnim pravom EU sankcionira oblika, in ne protikonkurenčni učinki.

119. Jasno je, da bi to bistveno oviralo doseganje ciljev konkurenčnega prava EU. S predpostavljanjem obstoja zlorabe na podlagi tega, da se v celoti gledano protikonkurenčno izrinjenje zdi bolj verjetno kot njegov neobstoj, se tvega, da ne bodo zajeti samo osamljeni primeri praks, ampak nezanemarljivo število takih praks, ki so lahko v resnici prokonkurenčne. Cena za tak napačen pristop bi bila nesprejemljivo visoka, saj bi tak pristop povzročil preobsežno zajetje.

120. Za preprečitev preobsežnega zajetja je treba presojo zmožnosti, kar zadeva domnevo o nezakonnosti ravnanja, razumeti tako, da se z njo ugotavlja, da zadevno ravnanje ob upoštevanju vseh okoliščin nima samo ambivalentnih učinkov na trg ali samo pomožnih omejevalnih učinkov, potrebnih za izvajanje nečesa, kar je prokonkurenčno, ampak da so njegovi domnevni omejevalni učinki dejansko potrjeni. Če taki učinki niso potrjeni, je treba opraviti celovito analizo.

121. Posledično se v tej zadevi postavlja vprašanje, ali je presoja zmožnosti, ki jo je opravilo Splošno sodišče, prepričljiva, ker je na podlagi te presoje mogoče potrditi, da je pritožnica zlorabila svoj prevladujoči položaj v nasprotju s členom 102 PDEU. Zlasti je treba ugotoviti, ali je, kot se zahteva s sodno prakso, z navedeno presojo mogoče potrditi, da se z rabati kupcu odvzame ali omeji možnost izbire oskrbovalnih virov, konkurentom prepreči dostop do trga ali z izkrivljanjem konkurence okrepi prevladujoči položaj.⁸⁸

ii) Dejavniki, ki jih je upoštevalo Splošno sodišče v podporo ugotovitvi zlorabe

122. Splošno sodišče je v izpodbijani sodbi ugotovitev, da je bilo z rabati in plačili, ki jih je ponujala pritožnica, mogoče omejevati konkurenco, oprlo na naslednje dejavnike: (i) pritožnica je bila neizogiben trgovinski partner za zadevne stranke; (ii) zaradi nizkih operativnih marž proizvajalcev originalne opreme so bili rabati privlačni in je bila okrepljena njihova spodbuda za upoštevanje pogoja izključnosti; (iii) stranke so upoštevale rabate pritožnice pri odločitvi, da vse količine, ki jih potrebujejo,

⁸⁶ Glej nedavno sodbo z dne 27. marca 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, točka 69), in sodbo z dne 6. oktobra 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, točka 44).

⁸⁷ Glej sklepane predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, točka 82).

⁸⁸ Glej sodbo z dne 9. novembra 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, točka 73). Glej tudi sodbo z dne 6. oktobra 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, točka 29 in navedena sodna praksa).

ali skoraj vse te količine nabavijo pri navedeni družbi; (iv) dve različni praksi pritožnice sta se medsebojno dopolnjevali in krepili; (v) pritožnica je ciljala na podjetja, ki so bila posebej strateško pomembna za dostop do trga, in nazadnje (vi) rabati pritožnice so bili del dolgoročne strategije, namenjene preprečevanju dostopa družbe AMD do najpomembnejših prodajnih kanalov.⁸⁹

123. Družba Intel meni, da se na navedene dejavnike ni mogoče opreti, da bi se pravno zadostno dokazalo, da je lahko družba Intel s svojimi rabati in plačili povzročila protikonkurenčni učinek izrinjenja. Natančneje, pritožnica trdi, da se dejavniki, na katere se je oprlo Splošno sodišče, v bistvu nanašajo na dve točki: da so proizvajalci originalne opreme upoštevali rabate družbe Intel, ker so bili privlačni, in da je družba Intel uporabila dve dopolnjujoči se kršitvi, da bi družbi AMD preprečila dostop do pomembnih strank.

124. Prvič, pritožnica torej izpodbija upoštevnost okoliščine, da so bili zadevni rabati in plačila dejansko upoštevani v poslovnih odločitvah tistih, ki so jih izkoristili.⁹⁰

125. Strinjam se s pritožnico.

126. Privlačna ponudba, ki vključuje finančno spodbudo, da bi stranka ostala pri dobavitelju, ki zagotavlja to ponudbo, je lahko dejavnik, ki kaže na učinek spodbujanja zvestobe na ravni posamezne stranke. Vendar pa je nekoristna pri dokazovanju, da imajo rabati verjeten protikonkurenčni učinek izrinjenja. Kot pravilno poudarja pritožnica, je namreč bistvo konkurence, da stranke pri odločanju o nakupu upoštevajo nižje cene. Drugače povedano, dejstvo, da je nižja cena dejansko upoštevana, omogoča učinek izrinjenja, vendar po drugi strani tudi ne izključuje nasprotnega. Drugače povedano, navedeni dejavnik preprosto ne zadostuje za namene ugotovitve, ali lahko sporno ravnanje z zadostno verjetnostjo omejuje konkurenco.

127. Drugič, pritožnica trdi, da obstoj celovite strategije, ki je vključevala dve vrsti kršitev (rabate in plačila ter gole omejitve), ki naj bi se medsebojno dopolnjevali in krepili, ne more dokazovati zmožnosti omejevanja konkurence.⁹¹

128. Čeprav je lahko strategija izrinjenja nedvomno znak subjektivnega namena izrinjenja konkurentov, zgolj želja to doseči ne pomeni zmožnosti omejevanja konkurence. Vendar je mogoče iz sklepanja Splošnega sodišča razbrati bolj bistveno težavo. Podrobnejša preučitev izpodbijane sodbe namreč razkriva, da se je Splošno sodišče zadeve lotilo na napačnem koncu. Pri ugotavljanju zmožnosti spornega ravnanja za omejevanje konkurence se je oprlo na celovito strategijo, ki temelji na dveh dopolnjujočih se kršitvah. Pri tem je svoje sklepanje začelo s predpostavko, da obravnavana strategija ni bila zakonita, namesto da bi presodilo vse okoliščine, da bi ugotovilo, ali je bila kršitev pravno zadostno dokazana.

129. Potem ko sem najprej navedel ti dve posebni graji, bom zdaj prešel na preučitev splošnejše graje, ki jo je pritožnica navedla v zvezi s presojo zmožnosti. Pritožnica trdi, da dejavniki, ki se štejejo za upoštevne, ne zadostujejo za ugotovitev, da lahko sporno ravnanje povzroči protikonkurenčno izrinjenje. Zlasti Splošno sodišče ni pripisalo pomena drugim dejavnikom, ki so temeljnega pomena pri taki presoji.

⁸⁹ Izpodbijana sodba (točke od 178 do 184).

⁹⁰ Izpodbijana sodba (točka 180).

⁹¹ Izpodbijana sodba (točka 181).

130. Naj spomnim, da je namen presoje vseh okoliščin ugotoviti, ali sporno ravnanje po vsej verjetnosti vodi do protikonkurenčnega izrinjenja. Ob upoštevanju navedenega se postavlja naslednje vprašanje: ali so ugotovitve v izpodbijani sodbi – da je bila družba Intel neizogiben trgovinski partner ter da so bili sporni rabati in plačila usmerjeni na podjetja, ki so bila posebej strateško pomembna za dostop do trga – pravno zadostne, da se dokaže odgovornost družbe Intel? Odgovor na to vprašanje je odvisen od tega, ali okoliščine, za katere družba Intel trdi, da so bistvene, Splošno sodišče pa jih šteje za neupoštevne, vzbujajo dvom o domnevni protikonkurenčnosti ravnanja družbe Intel.

131. To vprašanje bom obravnaval v nadaljevanju.

iii) Druge okoliščine

132. Pritožnica trdi, da je Splošno sodišče storilo napako pri svoji analizi okoliščin zadeve, ker ni upoštevalo naslednjih okoliščin: (i) nezadostne pokritosti trga s spornimi rabati in plačili; (ii) kratkega trajanja spornih rabatov; (iii) tržne uspešnosti konkurenta in padajočih cen ter (iv) testa AEC, ki ga je opravila Komisija.

133. Komisija meni, da je bilo v izpodbijani sodbi pravno zadostno dokazano, da je bilo z rabati in plačili, ki jih je ponujala družba Intel, mogoče doseči protikonkurenčno izrinjenje. Neizpodbijani dejavniki naj bi zadostovali za potrditev ugotovitve, da je bilo z rabati in plačili družbe Intel mogoče omejevati konkurenco.

134. Ne strinjam se s Komisijo.

135. Kot je že bilo pojasnjeno, nekako podobno kot bližnjica pri izvrševanju v zvezi z omejitvami zaradi cilja iz člena 101 PDEU presoja vseh okoliščin na podlagi člena 102 PDEU vključuje preučitev okvira spornega ravnanja za ugotovitev, ali je mogoče potrditi, da ima protikonkurenčni učinek. Če katera koli od tako preučenih okoliščin vzbuja dvom o protikonkurenčnosti ravnanja, je potrebna temeljitejša analiza učinkov.

136. Kot bom pojasnil v naslednjih točkah, bi morala presoja vseh okoliščin Splošno sodišče privedi do ugotovitve, da je bila za določitev, ali je sporno ravnanje pomenilo zlorabo prevladujočega položaja v nasprotju s členom 102 PDEU, potrebna analiza dejanskih ali morebitnih učinkov navedenega ravnanja.

– Pokritost trga

137. Pritožnica trdi, da je treba pri presoji verjetnega učinka na konkurenco upoštevati pokritost trga z zadevnimi rabati. Po njenem mnenju je malo verjetno, da bi bilo mogoče z rabati za zvestobo omejevati konkurenco, kadar je pokritost trga z njimi majhna, ker lahko konkurenti dosežejo večje dele trga, ne da bi se morali kosati s temi popusti. Pritožnica tudi poudarja, da je bil v njenem primeru vezani delež trga pri primerjavi povprečno bistveno manjši kot na primer v zadevah Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221) in Van den Bergh Foods/Komisija⁹². Na primer, v zadevi Tomra in drugi/Komisija je bil vezani delež trga (v povprečju) 39-odstoten.⁹³ Po drugi strani Komisija meni, da vprašanje pokritosti trga ni upošteveno pri ugotavljanju, ali je s spornim ravnanjem mogoče doseči protikonkurenčno izrinjenje.

⁹² Glej sodbo z dne 23. oktobra 2003, Van den Bergh Foods/Komisija (T-65/98, EU:T:2003:281).

⁹³ Sodba z dne 19. aprila 2012, Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 34).

138. Splošno sodišče je v okviru presoje zmožnosti, ki jo je opravilo zaradi celovitosti, navedlo, da je bila pokritost trga z rabati in plačili, ki jih je ponujala pritožnica, povprečno približno 14-odstotna v celotnem obdobju kršitve (če izračun ni omejen zgolj na spremenljivi delež povpraševanja).⁹⁴ To pokritost je štelo za znatno.⁹⁵ V skladu z izpodbijano sodbo je rabate in plačila, ki jih je ponujala družba Intel, mogoče razlikovati od okoliščin, ki so bile podlaga za sodbo Van den Bergh Foods/Komisija (T-65/98, EU:T:2003:281), ker je bila *oblika* obravnavanega sistema drugačna od oblike, ki se obravnava v tem postopku.⁹⁶

139. Nisem prepričan, da sodna praksa, na katero se sklicuje pritožnica, ni upoštevna, kot je navedlo Splošno sodišče. Mehanizem izključnosti v sodbi Van den Bergh Foods/Komisija (T-65/98, EU:T:2003:281) je sicer deloval na podlagi dobave brezplačnega zamrzovalnika. Vendar je to razlikovanje brez razlike. Dobava navedenega zamrzovalnika je bila pogojena z njegovo izključno uporabo za shranjevanje sladoleda podjetja s prevladujočim položajem. Posledično je za 40 % prodajalcev sladoleda veljala izključnost proizvoda.⁹⁷

140. Kot je bilo pojasnjeno, so pravila EU o konkurenci vseskozi osredotočena na učinke, ne na obliko. S tega vidika je velikost vezanega deleža trga prav tako upoštevna, ne glede na obliko sistema. Zato je splošno sprejeto, da se verjetnost negativnih učinkov na konkurenco povečuje v skladu z velikostjo vezanega tržnega deleža.⁹⁸

141. Ob upoštevanju navedenega opredelitev stopnje pokritosti trga, ki lahko povzroči protikonkurenčne učinke, nikakor ni aritmetična vaja. Zato ni presenetljivo, da je Sodišče zavrnilo zamisel, da je treba določiti natančen prag blokiranja trga, nad katerim je mogoče sporne prakse šteti za nezakonite za namene uporabe člena 102 PDEU. To je Sodišče potrdilo v sodbi Tomra in drugi/Komisija.⁹⁹

142. Nedvomno drži, da se lahko pragi izkažejo za problematične zaradi posebnosti različnih trgov in okoliščin vsake posamezne zadeve. Na primer, kadar so rabati za zvestobo usmerjeni na stranke, ki so za konkurente še posebej pomembne za vstop na trg ali povečanje tržnega deleža, *lahko* celo skromna pokritost trga privede do protikonkurenčnega izrinjenja. To bo odvisno od vrste dejavnikov, specifičnih za navedene rabate.

143. Glede na navedeno 14-odstotna pokritost trga lahko ima protikonkurenčni učinek izrinjenja ali pa ga nima. Zagotovo pa na podlagi take pokritosti trga ni mogoče izključiti, da zadevni rabati *nimajo* protikonkurenčnega učinka izrinjenja. To velja tudi ob predpostavki, da so zadevni rabati in plačila usmerjeni na ključne stranke.¹⁰⁰ Preprosto povedano, 14 % ne zadostuje.

144. Navedene nezadostnosti ne odpravi opiranje – v izpodbijani sodbi – na dokazano dejstvo, da je bila pritožnica na trgu CPE neizogibni trgovinski partner. Spomniti je treba, da po mnenju Splošnega sodišča dejstvo, da je podjetje neizogibni trgovinski partner, pomeni vsaj indic, da lahko „rabat za izključnost“ ali plačilo, ki ga ponuja tako podjetje, omejuje konkurenco.¹⁰¹

94 Poleg tega v zvezi s tržnim deležem družbe Dell navaja, da je bilo z rabati, ponujenimi družbi Dell, blokiranih od 14,58 % do 16,34 % trga, kar je prav tako štelo za znaten del. Glej izpodbijano sodbo, točki 190 in 191.

95 Izpodbijana sodba (točka 194).

96 Izpodbijana sodba (točki 121 in 122).

97 Sodba z dne 23. oktobra 2003, Van den Bergh Foods/Komisija (T-65/98, EU:T:2003:281, točka 98).

98 Dokument Komisije za razpravo o členu [102 PDEU], *op.cit.*, str. 18, 19 in 41.

99 Sodba z dne 19. aprila 2012, Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 46).

100

Splošno sodišče je navedlo, da je Komisija upravičeno ugotovila, da so bili zaradi osredotočenosti na podjetja, ki so bila s strateškega vidika še posebej pomembna za dostop do trga, rabati in plačila usmerjeni na pomembne proizvajalce originalne opreme in glavnega trgovca na drobno. Izpodbijana sodba, točki 182 in 183. Glej tudi točke od 1507 do 1511 v zvezi z družbo MSH.

101

Izpodbijana sodba (točka 178).

145. Navedena ugotovitev je pravilna, samo če je sprejeto, da zahtevana stopnja verjetnosti ne pomeni ni več kot zgolj možnost, da ima določeno ravnanje protikonkurenčne učinke. Vendar je, kot je bilo pojasnjeno zgoraj, namen presoje vseh okoliščin ugotoviti, ali ima sporno ravnanje po vsej verjetnosti protikonkurenčni učinek.

146. Na tej podlagi ugotavljam, da presoja pokritosti trga, opravljena v izpodbijani sodbi, ni prepričljiva. Predvsem z njo ni mogoče pravno zadostno dokazati, da je delež trga, ki je bil prizadet z rabati in plačili, zadostoval za uresničitev protikonkurenčnega izrinjenja.

– *Trajanje*

147. Pritožnica meni, da je trajanje dogovora o rabatih ključno za analizo zmožnosti omejevanja konkurence. Zlasti izpodbija presojo trajanja v izpodbijani sodbi, ki je temeljila na kopičenju več kratkoročnih sporazumov.

148. Komisija po drugi strani meni, da se družba Intel moti, ko meni, da lahko morebitni izključevalni učinki rabatov za zvestobo izhajajo le iz pogodbene obveznosti: nasprotno, zaradi tržne moči podjetja s prevladujočim položajem take pogodbene obveznosti niso potrebne. Skratka, trajanje ni upoštevno.

149. Splošno sodišče je zlasti menilo, da upoštevno merilo ni dolžina roka za odpoved pogodbe ali opredeljeno trajanje posamezne pogodbe v nizu zaporednih pogodb. Po njegovem mnenju je upoštevno merilo celotno obdobje, v katerem pritožnica uporablja rabate in plačila za izključnost v zvezi s stranko.¹⁰² Navedeno obdobje je znašalo približno pet let v primeru družbe MSH, tri leta v primeru družb Dell in NEC, več kot dve leti v primeru družbe HP in približno eno leto v primeru družbe Lenovo. Za dajanje „rabatov za izključnost“ in plačil v takih obdobjih se je štelo, da je bilo z njim *na splošno mogoče* omejevati konkurenco. Po mnenju Splošnega sodišča je to še zlasti veljalo za trg CPE, ki je zelo dinamičen in za katerega so značilni kratki življenjski cikli proizvodov.¹⁰³

150. Na začetku naj navedem, da kratko trajanje dogovora ne izključuje, da ima lahko dogovor protikonkurenčne učinke. Prav tako ni pomembno, ali je celotno obdobje v abstraktnem smislu kratko ali dolgo.

151. Kadar je tako kot v tej zadevi izključnost nazadnje odvisna od *izbire* stranke, da bo večino svojih količin nabavljala pri podjetju s prevladujočim položajem, ni mogoče preprosto predpostavljati – *ex post facto* – da kopičenje kratkoročnih sporazumov kaže, da je z navedenimi rabati mogoče omejevati konkurenco.

152. Za to obstajata vsaj dva razloga.

153. Prvič, v nasprotju s položajem ekskluzivnega posla zamenjava dobavitelja ne vključuje kazni. To drži, če lahko konkurent vsaj načeloma nadomesti izgubljeni rabat. Če pa konkurent zadevnega blaga ne more prodati brez izgube, je stranka *de facto* vezana na podjetje s prevladujočim položajem. S tega vidika tudi višine rabata ni mogoče šteti za popolnoma nepomembno.

154. Natančneje, v naknadni analizi trajanja, kot v tej zadevi, je nujno ugotoviti, ali bi lahko drug dobavitelj nadomestil izgubo rabatov. Drugače bi se izbira strank, da ostanejo pri podjetju s prevladujočim položajem, avtomatično štela za znak zlorabe, kljub dejstvu, da lahko stranke brez omejitev prekinajo svoje sporazume s podjetjem s prevladujočim položajem.

¹⁰²
Izpodbijana sodba (točke 112, 113 in 195).

¹⁰³
Izpodbijana sodba (točka 195).

155. Preprosto povedano, na podlagi izbire stranke, da ostane pri podjetju s prevladujočim položajem, ni mogoče kar predpostavljati, da je navedena izbira izraz zlorabe. To pa zato, ker lahko obstajajo druga verjetna pojasnila za navedeno izbiro. Ta med drugim vključujejo pomisleke glede kakovosti, varnost dobave in preference končnih uporabnikov.

156. Drugič, dolgo skupno trajanje dogovora lahko nedvomno kaže na učinek spodbujanja zvestobe, ki ga ima mehanizem rabatov na ravni posamezne stranke. Vendar razen če niso bili predloženi nadaljnji prepričljivi dokazi v zvezi s tem učinkom, dejstvo, da se je stranka odločila ostati pri podjetju s prevladujočim položajem, ne more zadostovati za pravno zadosten dokaz, da lahko ponujeni rabati omejujejo konkurenco. Upoštevati je namreč treba, da bodo rabati za zvestobo, če ima stranka možnost redno menjavati dobavitelje, tudi če te možnosti ni izkoristila, tudi okrepili tekmovalnost. Torej imajo lahko tudi prokonkurenčni učinek.

157. Menim torej, da presoja trajanja, opravljena v izpodbijani sodbi – ki je bila omejena na presojo skupnega trajanja preučeni dogovorov – ni prepričljiva. Preprosto, navedena presoja ne pomaga pri ugotovitvi, ali ima navedeno ravnanje po vsej verjetnosti protikonkurenčni učinek.

– *Tržna uspešnost konkurenta in padajoče cene*

158. Pritožnica izpodbija dejstvo, da je Splošno sodišče tržno uspešnost družbe AMD in dokaze v zvezi z neobstojem izrinjenja (padajoče cene CPE x86) v okviru presoje zmožnosti zavrnilo kot neupoštevne.

159. Po mnenju Splošnega sodišča uspeh konkurenta in padanje cen nista mogla izključevati, da prakse pritožnice niso imele nikakršnega učinka. Navedlo je, da je, če teh praks ne bi bilo, mogoče upravičeno sklepati, da bi lahko bili tržni delež konkurenta ter njegove naložbe v raziskave in razvoj večji, cena CPE x86 pa bi se še bolj znižala.¹⁰⁴

160. Po mojem mnenju je Splošno sodišče pravilno menilo, da tržna uspešnost družbe AMD in znižanje cene CPE x86 ne zadostujeta za ugotovitev, ali je mogoče s spornim ravnanjem omejevati konkurenco. Vendar bi enaka ugotovitev veljala, če bi bila uspešnost konkurenta slaba. Menim, da je lahko upoštevanje takih dejanskih elementov smiselno samo v okviru podrobne presoje dejanskih ali morebitnih učinkov na konkurenco. Ne pomaga pa pri ugotavljanju, ali je mogoče z domnevno nezakonitim sistemom rabatov omejevati konkurenco.

– *Test AEC*

161. Pritožnica meni, da je, kadar je Komisija tako kot v tej zadevi opravila vsebinsko analizo gospodarskih okoliščin v zvezi z domnevno nezakonitim ravnanjem, pravno napačno ne upoštevati te analize samo zato, ker ni v pomoč pri dokazovanju kršitve.

162. Komisija trdi, da test AEC ni upošteven za dokazovanje, da je mogoče s spornim ravnanjem omejevati konkurenco. Po njenem mnenju sodna praksa Sodišča ne podpira pritožnične trditve, da bi moral biti test AEC del presoje vseh okoliščin.

163. Splošno sodišče je v izpodbijani sodbi zavrnilo upoštevnost testa AEC za namene ugotavljanja – v okviru presoje vseh okoliščin – ali je mogoče s spornim ravnanjem omejevati konkurenco. Zato ni preučilo testa, ki ga je v sporni odločbi uporabila Komisija. Prvič, menilo je, da test AEC ni upošteven, ker Komisiji ob upoštevanju oblike „rabatov za izključnost“ ni treba v vsakem primeru posebej dokazati njihove zmožnosti izrinjenja. V izpodbijani sodbi je bila upoštevnost testa AEC zavrnjena v bistvu zato, ker se z njim samo preveri, da sporno ravnanje ne onemogoča dostopa do trga. V skladu z izpodbijano

¹⁰⁴
Izpodbijana sodba (točka 186).

sodbo lahko „rabati za izključnost“ ovirajo dostop do trga za konkurente podjetja s prevladujočim položajem, tudi če dostop do trga z ekonomskega stališča ni povsem nemogoč, ampak samo otežen.¹⁰⁵ Drugič, navedlo je, da se celo v zvezi z rabati, ki spadajo v kategorijo 3, s sodno prakso ne zahteva uporaba testa AEC. Tretjič, ugotovilo je, da je Sodišče test AEC štelo za upošteven samo v zadevah o praksah oblikovanja cen in cenovnih škarij, ki so po naravi drugačne od zadev o „rabatih za izključnost“.¹⁰⁶

164. Prvič, kot sem prikazal zgoraj (točke od 122 do 160), je treba za ugotovitev, ali se lahko z zadevnim ravnanjem izrini konkurente, presoditi vse okoliščine, tudi kar zadeva „rabate za izključnost“. Drugače povedano, zmožnost izrinjenja je treba dokazati v vsakem primeru posebej. Nedvomno je test AEC mogoče zavrniti kot neupošteven, če predpostavimo, da zgolj hipotetična ali teoretična možnost, da ima sporno ravnanje protikonkurenčni učinek izrinjenja, zadostuje za dokaz zlorabe. Teoretično ima lahko namreč vsak rabat, ki ga da podjetje s prevladujočim položajem, v nekaterih okoliščinah protikonkurenčni učinek.

165. Vendar glede na to, da je potreben izključevalni učinek, testa AEC ni mogoče prezreti. Kot je navedlo Splošno sodišče, se test uporabi za opredelitev ravnanja, ki enako učinkovitemu konkurentu ekonomsko onemogoči, da si zagotovi spremenljivi delež strankinega povpraševanja. Drugače povedano, pomaga lahko opredeliti ravnanje, ki ima po vsej verjetnosti protikonkurenčni učinek. Nasprotno pa je, kadar test pokaže, da je enako učinkovit konkurent sposoben kriti svoje stroške, verjetnost protikonkurenčnega učinka bistveno manjša. Zato je z vidika zajetja ravnanja, ki bo *verjetno* imelo protikonkurenčni učinek izrinjenja, test AEC še posebej koristen.

166. Kar zadeva drugi in tretji preudarek, sem zgoraj (točke od 101 do 105) pojasnil, zakaj se ne sme prezreti sodna praksa v zvezi s praksami oblikovanja cen in cenovnih škarij. Vsekakor je bila vsaka preostala negotovost v zvezi s tem odpravljena s sodbo *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651). Navedena zadeva kaže, da sodne prakse v zvezi z drugimi vrstami izključitve na podlagi cene ni mogoče preprosto spregledati v okviru zadev o rabatih. Kot je potrdilo Sodišče, med drugim s sklicevanjem na navedeno sodno prakso, se test AEC lahko izkaže za koristen tudi v okviru presoje sistema rabatov.¹⁰⁷

167. Vendar je treba navesti tudi, da je bilo Sodišče v sodbi *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651) II previdno pri opredelitvi svojega stališča glede testa AEC. Posebej je opomnilo, da se lahko test AEC v nekaterih primerih sicer izkaže za koristen, vendar ni nobene pravne obveznosti, da se navedeni test uporabi.¹⁰⁸ To je v skladu s trditvijo Sodišča v istem smislu v sodbi *Tomra in drugi/Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221). V navedeni zadevi je Sodišče menilo, da Komisiji ni treba dokazati, da so zaradi rabatov za zvestobo konkurenti podjetja s prevladujočim položajem prisiljeni zaračunavati cene, nižje od stroškov, da bi konkurirali za spremenljivi delež trga. Namesto tega je menilo, da je Komisija lahko dokazala, da je bilo z zadevnimi rabati mogoče omejevati konkurenco, na podlagi kvalitativnih elementov, ki so kazali na njihovo protikonkurenčnost.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Izpodbijana sodba (točki 93 in 150).

¹⁰⁶ Izpodbijana sodba (točke 143, 144 in 152).

¹⁰⁷ Sodba z dne 6. oktobra 2015, *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651, točke od 55 do 58).

¹⁰⁸ Sodba z dne 6. oktobra 2015, *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651, točka 57 in navedena sodna praksa).

¹⁰⁹ Sodba z dne 19. aprila 2012, *Tomra in drugi/Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točke od 73 do 80).

168. V tem smislu bi se nedvomno zdelo mikavno ugotoviti, da v tej zadevi ni treba uporabiti testa AEC. Če sledimo tej logiki, kot jo zagovarja Komisija, pri presoji zmožnosti, ki jo je opravilo Splošno sodišče, ne bi bilo napačno uporabljeno pravo v zvezi s tem, da je bil test AEC prezrt kot neupošteven.

169. Vendar pri navedenem stališču nista upoštevana dva vidika. V nasprotju z zadevo Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221) je Komisija v sporni odločbi dejansko opravila obsežno analizo AEC. Kar je še bolj bistveno, druge okoliščine, ki jih je presodilo Splošno sodišče, ne podpirajo nedvoumno ugotovitve učinka na konkurenco. V takih okoliščinah mi je jasno, da testa AEC ni mogoče preprosto spregledati kot neupoštevne okoliščine.

170. Splošno sodišče je torej napačno uporabilo pravo, ker analize AEC, ki jo je Komisija opravila v sporni odločbi, ni štelo za del presoje vseh okoliščin.

171. Svojo analizo presoje zmožnosti, ki jo je opravilo Splošno sodišče zaradi celovitosti, zaključujem z naslednjo ugotovitvijo.

172. Na podlagi okoliščin, obravnavanih v navedeni presoji, ni mogoče potrditi učinka na konkurenco. Navedena presoja kaže kvečjemu, da ima sporno ravnanje teoretično lahko protikonkurenčni učinek izrinjenja, vendar tak učinek ni bil potrjen. Načeloma je treba pri presoji vseh okoliščin upoštevati vsaj pokritost trga in trajanje spornega ravnanja. Poleg tega bo morda treba presoditi druge okoliščine, ki se lahko od primera do primera razlikujejo. V tej zadevi testa AEC ravno zato, ker je Komisija navedeni test opravila v sporni odločbi, ni mogoče prezreti pri ugotavljanju, ali ima lahko sporno ravnanje protikonkurenčni učinek izrinjenja. Presoja upoštevni okoliščin bi kot celota morala omogočiti, da se z zadostno verjetnostjo ugotovi, ali je zadevno podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj v nasprotju s členom 102 PDEU. Če to ni potrjeno zaradi, na primer, majhne pokritosti trga, kratkega trajanja spornih dogovorov ali pozitivnega rezultata testa AEC, je za ugotovitev zlorabe potrebna temeljitejša ekonomska presoja dejanskih ali morebitnih učinkov na konkurenco.

c) Sklepna ugotovitev

173. Ugotovil sem, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ko je, prvič, ugotovilo, da „rabati za izključnost“ pomenijo ločeno in edinstveno kategorijo rabatov, pri kateri za ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja v nasprotju s členom 102 PDEU ni treba presoditi vseh okoliščin. Drugič, napačno je uporabilo pravo pri presoji zmožnosti, ki jo je opravilo zaradi celovitosti, ker ni na podlagi vseh okoliščin ugotovilo, ali so imeli rabati in plačila, ki jih je ponujala pritožnica, po vsej verjetnosti protikonkurenčni učinek izrinjenja.

174. Iz tega sledi, da bi bilo treba prvi pritožbeni razlog sprejeti.

C – Drugi pritožbeni razlog: pokritost trga pri ugotavljanju, ali je podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj

1. Glavne trditve strank

175. Pritožnica v drugem pritožbenem razlogu trdi, da ne glede na ugotovitev v zvezi s prvim pritožbenim razlogom pokritost trga z ravnanjem družbe Intel ni tej družbi v letih 2006 in 2007 nikakor omogočala omejevanja konkurence. V navedenem obdobju je kršitev zadevala samo družbi MSH in Lenovo. Po mnenju pritožnice je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ker je menilo, da lahko, ker je Komisija v sporni odločbi ugotovila obstoj enotne in trajajoče kršitve za leta od 2002 do 2007, ugotovitev kršitve za leti 2006 in 2007 temelji na povprečni pokritosti trga v celotnem obdobju

od leta 2002 do leta 2007 (namesto na pokritosti trga z ravnanjem v zadevnih dveh letih).¹¹⁰

176. Komisija poudarja, da je drugi pritožbeni razlog zgolj dodatek k prvemu. Temeljl naj bi na povsem enakih premisah kot prvi. Navedena institucija meni, da pokritost trga ni upoštevna za namene določitve, ali je lahko družba Intel z rabati omejevala konkurenco: pokritost trga s praksami družbe Intel je povezana zgolj z obsegom, v katerem so navedene prakse dejansko omejevale konkurenco. zaradi strateškega pomena proizvajalcev originalne opreme, na katere so bile prakse usmerjene v letih 2006 in 2007, naj pomembnosti praks družbe Intel ne bi bilo mogoče izmeriti zgolj s sklicevanjem na pokritost trga. V tem okviru Komisija trdi, da bi bilo treba pokritost trga v teh dveh letih obravnavati z vidika enotne in trajajoče kršitve, ki se nanaša na obstoj celovite strategije za izrinjenje družbe AMD s svetovnega trga CPE.

2. Analiza

177. Zgoraj sem ugotovil, da je Splošno sodišče storilo napako pri presoji zmožnosti, ki jo je v skladu z vsemi okoliščinami opravilo zaradi celovitosti. Zlasti je storilo napako pri presoji pokritosti trga, ker ni priznalo, da na podlagi 14-odstotnega vezanega tržnega deleža ni mogoče pravno zadostno dokazati, da je mogoče s spornim ravnanjem omejevati konkurenco. Zgolj na tej podlagi bi bilo treba tudi drugi pritožbeni razlog sprejeti.

178. Kljub temu menim, da si ta pritožbeni razlog zasluži lastno kratko obravnavo. To pa zato, ker so ugotovitve Splošnega sodišča v zvezi z obstojem enotne in trajajoče kršitve podlaga za ugotovitev kršitve za leti 2006 in 2007. Splošno sodišče je namreč menilo, da v okviru enotne in trajajoče kršitve, ki temelji na celoviti strategiji za izrinjenje, celovita presoja povprečnega deleža vezanega trga zadostuje za ugotovitev, da je zadevno ravnanje omogočalo protikonkurenčno izrinjenje.¹¹¹

179. Bistvo tega pritožbenega razloga je torej v opredelitvi vloge pojma enotne in trajajoče kršitve pri oceni zmožnosti, da se z ravnanjem samo enega podjetja omejuje konkurenca. Natančneje, vprašanje je, ali se lahko z uporabo navedenega pojma popravi dejstvo, da je pokritost trga premajhna, da bi dokazovala, da je bilo s spornim ravnanjem v določenem obdobju mogoče omejevati konkurenco.

180. V sodni praksi Sodišča je bil pojem enotne in trajajoče kršitve uporabljen zlasti v okviru člena 101 PDEU, da bi se za namene izvrševanja pod okriljem enotne in trajajoče kršitve zajelo več elementov protikonkurenčnega ravnanja. V zvezi s tem je osnovno vodilo zagotoviti učinkovito izvrševanje v zadevah, v katerih so kršitve sestavljene iz sklopa protikonkurenčnih praks, ki so lahko različnih oblik in se razvijajo skozi čas.¹¹²

181. Drugače povedano, cilj je izogniti se nesrečnemu rezultatu izvrševanja, pri katerem se različni sporazumi in usklajena ravnanja v smislu člena 101 PDEU, ki so v resnici del celovitega načrta za omejevanje konkurence, obravnavajo ločeno. Iz tega razloga se z uporabo pojma enotne in trajajoče kršitve omili dokazno breme, ki ga običajno nosijo izvršilni organi v zvezi s potrebo, da se dokaže trajajoča narava obravnavanih protikonkurenčnih praks. Natančneje, kadar se sklop sporazumov in praks izvaja daljše obdobje, ni neobičajno, da se v zadevnem obdobju spremenijo obseg in oblika navedenih sporazumov in/ali praks ter sodelujoči pri njih. Brez pomoči pojma enotne in trajajoče kršitve bi Komisija morala dosegati višji dokazni prag. Morala bi opredeliti in dokazati obstoj več

¹¹⁰
Izpodbijana sodba (točki 192 in 193).

¹¹¹
Izpodbijana sodba (točke 193, 1561 in 1562).

¹¹²
Glej v zvezi s tem sodbo z dne 6. decembra 2012, Komisija/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, točka 41 in navedena sodna praksa).

ločenih protikonkurenčnih sporazumov in/ali usklajenih ravnanj ter posebej opredeliti stranke, vključene v vsakega od njih. Z ločenim obravnavanjem spornih praks bi lahko v nekaterih primerih starejši sporazumi in/ali usklajena ravnanja tudi zastarali. S tem bi izvrševanje postalo manj učinkovito.

182. Pojem enotne in trajajoče kršitve torej pomeni postopkovno pravilo.

183. Ker zmanjšuje dokazno breme organov, pristojnih za konkurenco, je pojem še posebno pomemben v okviru naložitve kazni. Natančneje, to, da dokazi v zvezi z nekaterimi določenimi obdobji niso bili predloženi, ne preprečuje, da bi se kršitev štela za dokazano v daljšem skupnem obdobju. Vendar se za to zahteva, da je navedena ugotovitev podprta z objektivnimi in skladnimi indici v zvezi s tem. Običajno v okviru kršitve, ki traja več let, dejstvo, da se je sporazum uporabljal v različnih obdobjih, ki so lahko ločena z daljšimi ali krajšimi časovnimi presledki, ne vpliva na obstoj sporazuma. To velja, če različni ukrepi, ki so del kršitve, uresničujejo samo en cilj in se umeščajo v okvir enotne in trajajoče kršitve.¹¹³ Posebno pomembno je namreč dejstvo, da je Komisija lahko dokazala celovit načrt omejevanja konkurence.¹¹⁴

184. Nasprotno pa se z uporabo pojma enotne in trajajoče kršitve ne razširi – in ne sme razširiti – obseg prepovedi na podlagi Pogodb.

185. V tej zadevi je bil pojem enotne in trajajoče kršitve vključen v popolnoma drugačen okvir.¹¹⁵ V izpodbijani sodbi je bil uporabljen za ugotovitev kršitve v zvezi z ravnanjem samo enega podjetja, glede katerega ni bilo preverjeno, ali je bilo mogoče samo z navedenim ravnanjem omejevati konkurenco na notranjem trgu.

186. V zvezi s tem moram izraziti dvom.

187. V bistvu z uporabo pojma enotne in trajajoče kršitve ni mogoče, kot ugotavlja pritožnica, zakonitega ravnanja pretvoriti v kršitev.

188. Vendar pa je Splošno sodišče, ker je Komisija ugotovila obstoj enotne in trajajoče kršitve, menilo, da zadostuje celovita ocena povprečja dela trga, ki je bil blokiran v obdobju od leta 2002 do leta 2007.¹¹⁶ Na podlagi tega je menilo, da ni upoštevno, da je bila pokritost trga v letih 2006 in 2007 bistveno manjša od povprečnega vezanega deleža trga (14 %).

189. Drugače povedano, Splošno sodišče je materialno merilo nadomestilo s postopkovnim. Opustilo je zadostno pokritost trga, ki jo je paradokсно štelo za upoštevno za ugotovitev, ali je bilo s spornim ravnanjem mogoče doseči protikonkurenčno izrinjenje, in ga nadomestilo z merilom enotne in trajajoče kršitve. Tega preprosto ni mogoče sprejeti. Bodisi se prizna, da pokritost trga sploh ni pomembna in se s pravili EU o konkurenci sankcionira oblika, in ne učinki (zgoraj sem pojasnil, zakaj to ni sprejemljiva rešitev), bodisi je treba to pokritost resno upoštevati pri presoji vseh okoliščin.

190. Ko je zgoraj navedeno počelo Splošno sodišče, ni ugotavljalo, ali je zadevno ravnanje lahko omejevalo konkurenco v celotnem zadevnem obdobju.

¹¹³

Glej sodbo z dne 6. decembra 2012, Komisija/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, točka 72 in navedena sodna praksa). Glej tudi sodbo z dne 7. januarja 2004, Aalborg Portland in drugi/Komisija (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, EU:C:2004:6, točka 260).

¹¹⁴

Glej na primer sodbo z dne 7. januarja 2004, Aalborg Portland in drugi/Komisija (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, EU:C:2004:6, točka 260).

¹¹⁵

Glede uporabe navedenega pojma v okviru pristojnosti glej točko 319 in naslednje v nadaljevanju.

¹¹⁶

Izpodbijana sodba (točka 193).

191. Vsekakor bi, če ne bi opustilo ugotavljanja, ali je bilo tako, moralo sklepati, da tako majhen vezani tržni delež ne zadostuje za dokaz, da je bilo mogoče s spornim ravnanjem omejevati konkurenco.

192. Podobno, kot je bilo ugotovljeno zgoraj v točki 143 v zvezi s 14-odstotnim tržnim deležem, ni mogoče izključiti, da lahko tudi manj kot 5-odstotni vezani delež trga v nekaterih okoliščinah zadostuje za izrinjenje konkurentov. V okviru presoje zmožnosti tak tržni delež preprosto ne zadostuje. Kot je bilo pojasnjeno, ni mogoče predpostavljati (na podlagi oblike ravnanja), da za nekatere dogovore velja prepoved iz člena 102 PDEU, ne da bi se ustrezno upošteval delež vezanega trga. V okoliščinah, v katerih vezani tržni delež ne zagotavlja prepričljivih dokazov o učinku na konkurenco, je treba za ugotovitev zlorabe presoditi dejanske ali morebitne učinke zadevnega ravnanja.

193. Če ponovim, kadar se pokritost trga šteje za nezadostno za dokaz učinka na konkurenco v določenem obdobju, te težave ni mogoče popraviti z uporabo pojma enotne in trajajoče kršitve. Namesto tega mora, kot kaže že pojem, da bi več primerov ravnanja pomenilo enotno in trajajočo kršitev, tudi vsak primer pomeniti kršitev. Drugače povedano, navedeno ravnanje mora pomeniti kršitev v celotnem zadevnem obdobju.

194. Zato bi bilo treba tudi drugi pritožbeni razlog sprejeti.

D – Tretji pritožbeni razlog: opredelitev nekaterih rabatov kot „rabatov za izključnost“

1. Glavne trditve strank

195. Pritožnica, ki jo podpira združenje ACT, trdi, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo s tem, da je dogovore o rabatih z družbama HP in Lenovo opredelilo kot „rabate za izključnost“. Čeprav so navedeni rabati zajemali 95 % namiznih računalnikov za podjetja družbe HP in 80 % prenosnih računalnikov družbe Lenovo, naj bi predstavljali manjši del celotnih nabav CPE navedenih dveh družb. Družba Intel v bistvu trdi, da se je zahteva po izključnosti, povezana z navedenimi rabati, nanašala na nekatere *segmente* zahtev za CPE navedenih proizvajalcev originalne opreme, zato je opredelitev zadevnih rabatov kot „rabatov za izključnost“ pravno napačna. Po mnenju pritožnice je Splošno sodišče napačno menilo, da ima to enak učinek kot nabava „vseh ali večine“ strankinih *skupnih* potrebnih količin. Natančneje, z navedenim pristopom naj bi bila zahtevi „vse ali večino“ dejansko odvzeta vsaka doslednost: to naj bi vodilo do neupravičene razširitve obsega pojma „rabati za izključnost“, ki bi bili na podlagi pristopa Splošnega sodišča k členu 102 PDEU avtomatično prepovedani.

196. Komisija trdi, da bi bilo treba ta pritožbeni razlog zavrniti iz dveh razlogov. Prvič, trdi, da svoboda nabave, ki jo proizvajalci originalne opreme imajo v nekaterih segmentih, ne more nevtralizirati omejitve njihove svobodne izbire oskrbovalnih virov v enem segmentu trga CPE. Drugič, trdi, da je družba Intel napačno razlagala upošteveno sodno prakso Sodišča, s katero se zahteva, da morajo imeti konkurenti podjetja s prevladujočim položajem možnost konkurirati na podlagi učinkovitosti za celotni trg.

2. Analiza

197. Tako kot drugi pritožbeni razlog je tudi tretji tesno povezan s prvim. V bistvu odpira vprašanje, ali je Splošno sodišče pravilno menilo, da je mogoče rabate, ki jih je pritožnica ponujala družbama HP in Lenovo, opredeliti kot „rabate za izključnost“.¹¹⁷

¹¹⁷
Izpodbijana sodba (točki 134 in 137).

198. Zgoraj sem pojasnil, zakaj ne obstaja ločena kategorija „rabatov za izključnost“. Domneva nezakonnosti se uporablja za rabate za zvestobo, med drugim za rabate (vendar ne zgolj zanje), ki jih je Splošno sodišče poimenovalo „rabati za izključnost“. Eden od mogočih razlogov za to, da se rabat šteje za rabat za zvestobo, je, da temelji na zahtevi, da stranka „vse ali večino“ potrebnih količin nabavlja pri podjetju s prevladujočim položajem.¹¹⁸ Vendar pa samo oblika ne določa usode takih rabatov. To je zato, ker je treba presoditi vse okoliščine, preden se lahko ugotovi, da sporno ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja. Če bo torej Sodišče ugodilo pritožbi na podlagi prvega pritožbenega razloga, tretjega ni treba preučiti.

199. Vendar tretji pritožbeni razlog ostaja pomemben, če bi Sodišče zavrnilo prvi pritožbeni razlog in menilo, da je treba „rabate za izključnost“ razlikovati od drugih vrst rabatov za zvestobo.

200. Če bi Sodišče sprejelo navedeno ugotovitev, zahteva „vse ali večino“ postane bistvena v presoji navedenih rabatov. To je zato, ker bi samo rabati, ki so pogojeni s tem, da stranka „vse ali večino“ potrebnih količin nabavlja pri podjetju s prevladujočim položajem, spadali pod pojem „rabati za izključnost“.

201. Ob upoštevanju navedenega bi rad pripomnil naslednje.

202. Kar na primer zadeva družbo HP, se je pogoj izključnosti nanašal na zahtevo, da družba HP 95 % CPE x86 za namizne računalnike za podjetja nabavlja pri pritožnici. To nedvomno ustreza „vsem ali večini“ potrebnih količin CPE v navedenem segmentu. Vendar pa slika ni več tako jasna ob dejstvu, da naj bi navedenih 95 % ustrezalo približno 28 % skupnih potreb družbe HP po CPE.¹¹⁹ Za to bi lahko, kot trdi pritožnica, le stežka trdili, da pomeni „vse ali večino“ teh skupnih potrebnih količin.

203. Splošno sodišče je v zvezi s tem v izpodbijani sodbi menilo, da ni upošteveno, ali se pogoj, da stranka „vse ali večino“ količin, ki jih potrebuje, nabavlja pri podjetju s prevladujočim položajem, nanaša na celotni trg ali določen segment trga.¹²⁰ Za utemeljitev navedenega pristopa se je sklicevalo na sodbo Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221). V skladu s trditvijo Sodišča v navedeni zadevi bi konkurenti morali imeti možnost konkurirati na podlagi zaslug za celotni trg, in ne zgolj za del tega trga. Vendar v tej trditvi ni pojasnjeno, kako bi bilo treba razlagati merilo „vse ali večino“. Namesto tega se nanaša na to, ali je to, da podjetje s prevladujočim položajem blokira bistveni del trga, kljub temu mogoče upravičiti, če spremenljivi delež trga zadostuje za prisotnost omejenega števila konkurentov.¹²¹

204. To v tej zadevi ni vprašanje. Vprašanje je, ali se lahko zahteva o „vseh ali večini“ potrebnih količin nanaša tudi na določen del upoštevnega trga proizvodov.

205. V sporni odločbi se pri opredelitvi upoštevnega trga proizvodov ni razlikovalo med CPE, ki se uporabljajo v računalnikih za podjetja, in tistih, ki se uporabljajo v računalnikih za posameznike. To pa zato, ker se lahko za določeno vrsto računalnika enake CPE uporabijo v poslovnem/komercialnem segmentu in zasebnem/potrošniškem segmentu.¹²² Možnost zamenjave med segmentoma kaže, da trga ni mogoče ločiti.

118

Glej sodbi z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, točka 89), in z dne 19. aprila 2012, Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 70).

119

Glej izpodbijano sodbo (zlasti točki 126 in 129 v zvezi z družbo HP in točko 137 v zvezi z družbo Lenovo).

120

Izpodbijana sodba (zlasti točki 132 in 133).

121

Sodba z dne 19. aprila 2012, Tomra in drugi/Komisija (C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 42).

122

Sporna odločba (točka 831 obrazložitve). Glej tudi izpodbijano sodbo (točka 133).

206. Splošno sodišče je v zvezi s tem v izpodbijani sodbi navedlo, da vprašanje, ali se CPE, ki se uporabljajo v poslovnem segmentu, razlikujejo od CPE x86, ki se uporabljajo v računalnikih za posameznike, v tem okviru ni upoštevno. Po njegovem mnenju bi bila izbira zadevnih proizvajalcev originalne opreme glede nabave, tudi če bi bile te CPE zamenljive, bistveno omejena v zadevnem segmentu.¹²³

207. Navedena trditev je na prvi pogled prepričljiva.

208. Vendar pa v njej ni upoštevana pomembna točka: izhodišče za sklepanje v izpodbijani sodbi je stališče družbe HP (in družbe Lenovo), in ne družbe AMD. Z vidika družbe AMD je popolnoma nepomembno, ali je svobodna izbira družb HP in Lenovo bistveno omejena v enem segmentu ali ne, glede na to, da sta družbi HP in Lenovo stranki družbe Intel, in ne njena konkurenta.

209. Poudariti je namreč treba, da obravnavamo izključevalno ravnanje v razmerju do družbe AMD, ki je pritožničina konkurentka, in ne izkoriščanja pritožničinih strank. Kar šteje z vidika družbe AMD (in torej za namene določitve, ali sporno ravnanje pomeni izključevalno zlorabo prevladujočega položaja v nasprotju s členom 102 PDEU), je skupni delež potrebnih količin, ki so vezane kot posledica rabatov in plačil družbe Intel.

210. Kot poudarja združenje ACT, ni pomembno, ali se nekatere potrebne količine nabavijo za en določen segment. Pomembno je to, ali lahko proizvajalci originalne opreme še vedno nabavijo precejšnje količine pri konkurentih družbe Intel. Zdi se, da to v tej zadevi drži: družbi HP in Lenovo sta še vedno lahko nabavljali precejšnje količine CPE x86 pri družbi AMD. Vprašanje, ali je podjetje zlorabilo svoj prevladujoči položaj z izključitvijo konkurenta, ne more biti odvisno od očitno samovoljne segmentacije trga.

211. Glede na navedeno se zdi težko trditi, da zahteva glede izključnosti v zvezi s 95 % namiznih računalnikov, kar zadeva družbo HP, za podjetja pomeni kaj več kot 28 % skupnih potrebnih količin družbe HP. Prav tako izključnost pri prenosnih računalnikih družbe Lenovo ne ustreza izključnosti *na splošno*. Preprosto povedano, zahteva o „vseh ali večini“ potrebnih količin v takih okoliščinah ne more biti izpolnjena.

212. Čeprav tvegam, da bom navedel očitno, pristop, uporabljen v izpodbijani sodbi, vodi do rezultata, ki ga je težko upravičiti: celo „rabat za izključnost“ v zvezi s segmentom upoštevne trga, ki zajema neznamen delež vseh potrebnih količin stranke (recimo, zavrlo razprave, 3 %), bi bil lahko avtomatično obsojen.

213. Ugotavljam torej, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo pri svoji opredelitvi rabatov, ki jih je pritožnica ponujala družbama HP in Lenovo.

214. Ne glede na to, ali se Sodišče strinja z menoj pri prvem in drugem pritožbenem razlogu, bi bilo torej treba tretji pritožbeni razlog sprejeti.

¹²³
Izpodbijana sodba (točka 133).

E – Četrty pritožbeni razlog: pravica do obrambe

1. Glavne trditve strank

215. Četrty pritožbeni razlog se nanaša na pritožnično pravico do obrambe, vključeno v člen 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina). Družba Intel trdi, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo z ugotovitvijo, da v zvezi s sestankom, opravljenim z vodstvenim delavcem družbe Dell g. D1 leta 2006 med preiskavo, ki je privedla do sprejetja sporne odločbe (v nadaljevanju: zadevni sestanek), ni bila storjena postopkovna napaka.

216. Pritožnica v zvezi s tem trdi, prvič, da je Splošno sodišče napačno menilo, da zadevni sestanek ni bil razgovor v smislu člena 19 Uredbe št. 1/2003. Drugič, trdi, da je Splošno sodišče napačno menilo, da čeprav bi Komisija morala pripraviti zapisnik zadevnega sestanka zaradi njegovega pomena, je bila kršitev načela dobrega upravljanja, ki jo je povzročila ta opustitev, popravljena z vključitvijo nezaupne različice zapiska v spis (Komisijin interni *aide mémoire*; v nadaljevanju: interni zapisek), v katerega je bil pritožnici omogočen vpogled. Tretjič, trdi, da se je Splošno sodišče zmotilo pri presoji, ki jo je opravilo zaradi celovitosti, glede tega, ali postopkovna napaka, ki je bila opredeljena v izpodbijani sodbi, pomeni podlago za razglasitev ničnosti sporne odločbe v delu, v katerem se nanaša na ravnanje pritožnice v zvezi z družbo Dell.

217. Komisija primarno trdi, da je četrty pritožbeni razlog brezpredmeten, ker družba Intel ni izpodbijala ugotovitve v izpodbijani sodbi, da so rabati, odobreni družbi Dell, „rabati za izključnost“. Navedeni pritožbeni razlog po mnenju Komisije tudi ni dopusten, ker je vprašanje, ali je mogoče kršitev načela dobrega upravljanja popraviti tako, da se družbi Intel zagotovi vpogled v nezaupno različico internega zapiska, odvisno od ocene pomembnosti zadevnega sestanka in ustreznosti opravljenega zapiska. To naj bi bila vprašanja dejanskega stanja, ki ne morejo biti predmet pritožbe.

218. Podredno trdi, da trditve družbe Intel niso utemeljene: družba Intel naj ne bi navedla nobene upoštevne trditve, s katero bi izpodbijala presojo v zvezi z internim zapiskom v izpodbijani sodbi. Komisija tudi trdi, da je sporna odločba temeljila predvsem na listinskih dokazih, ki jih zadevni sestanek v nobenih okoliščinah ne bi mogel prikazati v drugačni luči.

2. Analiza

219. Najprej je treba poudariti, da četrty pritožbeni razlog nikakor ni brezpredmeten ali da ni dopusten, kot trdi Komisija.

220. Družba Intel s tem pritožbenim razlogom zlasti trdi, da je treba ugotovitev kršitve razglasiti za nično v zvezi z družbo Dell, ker je bila pri ugotovitvah dejanskega stanja, na katerih temelji navedena kršitev, kršena njena pravica do obrambe. To je pravno vprašanje, o katerem Sodišče lahko in mora odločiti. Opredelitev rabatov družbe Intel za družbo Dell v izpodbijani sodbi, v skladu s katero so bili pogojeni z izključnostjo, naj se izpodbija ali ne, glede tega ni upoštevno. Zgoraj sem pojasnil, da ni mogoče ugotoviti, da sporni rabati (ne glede na to, kako so „označeni“) niso zakoniti, ne da bi se preučile vse upoštevne okoliščine. Komisija je na obravnavi priznala, da bi lahko zadevno podjetje načeloma upravičilo celo „rabate za izključnost“. Prav tako ni pomembno dejstvo, da se stranki strinjata, da se Komisija ni oprla na informacije, pridobljene med zadevnim sestankom, da bi obdolžila družbo Intel: to ne vpliva na morebitno *razbremenilno* vrednost sestanka.¹²⁴ Še bolj bistveno pa je, da je vprašanje, ali je bila kršena pravica do obrambe, povsem neodvisno od tega, ali je navedena (morebitna) kršitev vplivala na materialno vsebino sporne odločbe.

¹²⁴

Glej v zvezi s tem izpodbijano sodbo (točka 611).

221. Povsem preprosto, malo pomembno ali sploh nepomembno je, kako so bili rabati družbe Intel opredeljeni ali kateri dokazi so bili uporabljeni za obdolžitev pritožnice, če je bila njena pravica do obrambe kršena. Edina stvar, o kateri mora biti Sodišče prepričano, je, ali je pritožnica dokazala, da bi lahko bolje pripravila svojo obrambo, če bi imela vpogled v zapisnik zadevnega sestanka. Za obravnavo navedenega vprašanja mora Sodišče med drugim preučiti, ali bi lahko interni zapisek – ki je bil pritožnici razkrit šele prepozno na prvi stopnji – „odpravil“ kakršno koli predhodno postopkovno nepravilnost, izhajajočo iz odločitve Komisije, da ne pripravi zapisnika zadevnega sestanka. Zato me trditev Komisije, da pritožnica s trditvami v zvezi z ustreznostjo internega zapiska v resnici izpodbija ugotovitve dejanskega stanja, ne prepriča.

222. Kot bom pojasnil v nadaljevanju, bi bilo treba četrti pritožbeni razlog sprejeti.

a) Zadevni sestanek je bil razgovor v smislu člena 19 Uredbe št. 1/2003

223. Pritožnica trdi, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ko je ugotovilo, da člen 19 Uredbe št. 1/2003 v povezavi s členom 3 Uredbe št. 773/2004 ni bil kršen.¹²⁵ Družba Intel v zvezi s tem trdi, da je razlikovanje med „formalnimi“ in „neformalnimi“ razgovori v izpodbijani sodbi pravno napačno. Enako po njenem mnenju velja za ugotovitev, da Komisiji ni treba pripraviti zapisnikov „neformalnih“ razgovorov.¹²⁶

224. Preden se lotim preučitve navedenega razlikovanja, je koristno na kratko spomniti na (postopkovne) korake, ki so privedli do tega, da je bil pritožnici razkrit interni zapisek v zvezi z zadevnim sestankom.

225. Iz izpodbijane sodbe je razvidno, da je Komisija med upravnim postopkom najprej zanikala, da je bil opravljen sestanek z g. D1. Priznala je, da je bil sestanek opravljen, šele potem, ko je družba Intel dokazala obstoj okvirnega seznama tem v zvezi z zadevnim sestankom. Takrat je Komisija še naprej zanikala, da je bil sestavljen zapisnik o tem sestanku. Vendar je nekaj mesecev pozneje pooblaščenec za zaslišanje priznal obstoj internega zapiska, poudaril pa je, da pritožnica ni imela pravice do dostopa do navedenega zapiska. Kljub temu je Komisija decembra 2008 družbi Intel „iz vljudnosti“ poslala kopijo nezaupne različice internega zapiska. V navedeni kopiji so bili številni odlomki prikriti. Potem ko je Splošno sodišče izrazilo zahtevo v zvezi s tem, je bila med postopkom pred Splošnim sodiščem januarja 2013 zaupna različica navedenega zapiska končno dana na voljo pritožnici.¹²⁷

226. Kar zadeva razlago člena 19 Uredbe št. 1/2003, je pooblastilo za opravljanje razgovorov logična posledica širokih preiskovalnih pooblastil, ki so Komisiji podeljena na podlagi Uredbe št. 1/2003. Vprašanje, ki se pojavlja v tej zadevi, je, ali so navedena pooblastila kljub temu omejena.

227. Navedene omejitve je mogoče jasno opredeliti na podlagi besedila upoštevanih določb. Najprej, člen 19 Uredbe št. 1/2003 določa, da lahko Komisija opravi razgovor z vsemi fizičnimi ali pravnimi osebami, ki v razgovor privolijo, zaradi zbiranja informacij v zvezi s predmetom preiskave. Medtem ko člen 3(1) Uredbe št. 773/2004 vključuje pravno obveznost vodenja zapisnikov o razgovorih, člen 3(3) navedene uredbe določa, da lahko Komisija izbere, *kako* se zapišejo izjave, ki jih dajo osebe, s katerimi se opravlja razgovor.

¹²⁵
Izpodbijana sodba (točka 612).

¹²⁶
Izpodbijana sodba (točki 614 in 615).

¹²⁷
Izpodbijana sodba (točki 601 in 606).

228. Glede na navedeno se mi zdi precej očitno, da Komisija, kadar se odloči opraviti razgovor, ne more opustiti zapisa vsebine navedenega razgovora. Vendar pa lahko svobodno izbere, *kako* jo bo zapisala (medij, ki bo uporabljen).

229. Izpodbijana sodba ni v nasprotju s tem.¹²⁸

230. Težava je v tem, da je Splošno sodišče v izpodbijani sodbi razlikovalo med formalnimi in neformalnimi razgovori. Zakonodajni okvir, določen z Uredbo št. 1/2003, ne vsebuje takega razlikovanja.

231. Navedeno razlikovanje je po mojem mnenju zelo problematično. Če bi bilo s sodno razlago oblikovano novo orodje za Komisijo za opravljanje njenih preiskav, bi ji to omogočilo, da bi obšla pravila, ki jih je zakonodajalec določil prav za ureditev pooblastil, ki so ji podeljena v okviru preiskav v zvezi s kršitvami pravil o konkurenci.

232. Eno od navedenih pravil je, kot jasno izhaja iz člena 19 Uredbe št. 1/2003 v povezavi s členom 3 Uredbe št. 773/2004, da je treba informacije – ki se zberejo med razgovori, ki se nanašajo na predmet preiskave – zapisati. Po mojem mnenju mora vsak sestanek s tretjo osebo, ki je posebej organiziran za to, da bi se zbrale bistvene informacije, ki bodo uporabljene pri presoji zadeve, spadati na področje uporabe člena 19 Uredbe št. 1/2003.

233. Vendar pa to ne pomeni, da ne sme Komisija stika s tretjimi osebami nikoli vzpostaviti neformalno. Kot je razvidno iz besedila člena 19 Uredbe št. 1/2003, na področje uporabe navedene določbe spadajo samo razgovori, ki so povezani s predmetom preiskave. Kadar razgovori med Komisijo in tretjimi osebami *niso* povezani s predmetom določene (običajno tekoče) preiskave, obveznost zapisa takih razgovorov ne obstaja.

234. Vendar v tej zadevi ne razumem, kako bi se lahko zadevni sestanek razlagal kakor koli drugače kot razgovor v smislu člena 19 Uredbe št. 1/2003

235. Sestanek ni bil povezan samo s predmetom Komisijine tekoče preiskave praks družbe Intel. Kot je razvidno iz internega zapiska, so se teme, obravnavane na sestanku, ki naj bi trajal pet ur, nanašale na bistvo preiskovane zadeve (to je, ali so bili rabati družbe Intel za družbo Dell pogojeni z izključnostjo). Še pomembnejše je, da je bila oseba, s katero je bil opravljen razgovor, eden od najvišjih vodstvenih delavcev družbe Dell.¹²⁹

236. V zvezi s tem ni pomembno, ali je bil namen sestanka zbrati dokaze v obliki sopodpisanega zapisnika ali izjav ali, kot trdi Komisija, to ni bil njegov namen.¹³⁰

237. Če bi bilo sprejeto, da samo taki stiki s tretjimi osebami spadajo v okvir člena 19 Uredbe št. 1/2003, bi se s tem bistveno razširila diskrecijska pravica Komisije za opravljanje razgovorov brez kakršne koli obveznosti, da jih zapiše. Komisiji bi bila omogočena tudi selektivnost pri dokazih, ki jih je treba razkriti podjetjem, osumljenim kršitve pravil EU o konkurenci: osebje Komisije, ki bi pozvalo osebo na razgovor, ali osebje, ki bi bilo prisotno na sestanku, bi lahko na podlagi svojih subjektivnih stališč odločilo, kaj bi postalo del spisa in kaj ne.

¹²⁸
Izpodbijana sodba (točka 617).

¹²⁹
Izpodbijana sodba (točka 621). Glej tudi točko 636 v zvezi s temami, obravnavanimi na sestanku.

¹³⁰
Glej tudi izpodbijano sodbo (točka 617).

238. Vendar pa si zakonodajalec EU ni tako zamislil pravice do „vpogleda v spis“. Razkritje *vseh* dokazov je pravilo, nerazkritje določenih dokazov pa izjema, kot je navedeno v členu 27(2) Uredbe št. 1/2003. Z razlago člena 19, kot jo predlaga Komisija, bi člen 27(2) postal brezpredmeten.

239. Komisija se je na obravnavi zelo trudila pojasniti, katere stike s tretjimi osebami mora zapisati in katerih ji ni treba. Osupljivo je, da se zdi, da je Komisija pri tem, ko je poskušala pojasniti svoje stališče, menila, da se lahko povsem po lastni presoji odloči, da bo uporabila člen 19 Uredbe št. 1/2003. Dejstvo, da Komisija Sodišču ni znala jasno odgovoriti na to vprašanje, je razumljivo: zdi se zelo težko opredeliti merilo, na podlagi katerega je mogoče razlikovati med formalnimi in neformalnimi razgovori in ki se razlikuje od merila, določenega v pravu, in sicer, ali je razgovor povezan s predmetom preiskave.

240. Prav tako pomembno je dejstvo, da bi se odločitev glede tega, ali se sestavi zapisnik razgovora, izognila tudi kakršnemu koli mogočemu sodnemu nadzoru. Ker ne obstaja pisni zapisnik, kako naj sodišča EU preverijo, ali je Komisija upoštevala določbe Uredbe št. 1/2003 in, splošneje, ali so pravice podjetij in fizičnih oseb, vključenih v preiskavo, v celoti upoštevane?

241. Navsezadnje namreč zahteva, določena v členu 3 Uredbe št. 773/2004, da se razgovori zapišejo, obstaja iz vsaj dveh medsebojno povezanih razlogov. Z navedeno zahtevo se po eni strani zagotavlja, da lahko podjetja, osumljena kršitve pravil EU o konkurenci, pripravijo svojo obrambo, in po drugi, da lahko sodišča EU naknadno preverijo, ali je Komisija svoja preiskovalna pooblastila uporabila v okviru prava.

242. Iz navedenih razlogov sem trdno prepričan, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ko je menilo, da Komisija s tem, da zadevnega sestanka ni organizirala kot razgovora v smislu člena 19 Uredbe št. 1/2003 in ga ustrezno zapisala, ni kršila navedene določbe.

b) Z internim zapiskom ni bila odpravljena postopkovna napaka

243. Kot je bilo navedeno zgoraj (točka 216), Splošno sodišče v izpodbijani sodbi ni ugotovilo kršitve člena 19 Uredbe št. 1/2003. Vendar pa je ugotovilo – glede na vsebino in pomembnost informacij, prejetih med zadevnim sestankom – da bi Komisija morala pripraviti zapisnik sestanka. To je po mnenju Splošnega sodišča pomenilo kršitev načela dobrega upravljanja. V zvezi s tem je menilo, da bi bilo treba v okoliščinah te zadeve v spis vložiti vsaj kratek zapisek, ki bi vseboval imena udeležencev in kratek povzetek obravnavanih tem. Pritožnica bi nato lahko zahtevala vpogled v navedeni dokument.¹³¹

244. Vendar je bila po mnenju Splošnega sodišča navedena postopkovna nepravilnost odpravljena z dejstvom, da je bila družbi Intel v upravnem postopku dana na voljo nezaupna različica internega zapiska in ponujena možnost, da predloži pripombe o tem dokumentu. Navedeni zapisek, ki je bil kot interni povzetek obravnavanih tem namenjen članom služb Komisije, ki so obravnavali zadevo, je vseboval imena udeležencev in „kratek povzetek obravnavanih tem“.¹³²

245. Pritožnica trdi, da pravo ni bilo napačno uporabljeno samo zato, ker bi Komisija morala pripraviti zapisnik vsebine zadevnega sestanka, ampak tudi zato, ker zapisek ni vseboval „kratkega povzetka obravnavanih tem“, kar je v nasprotju s tem, kar je menilo Splošno sodišče.

246. S tem se strinjam.

¹³¹
Izpodbijana sodba (točka 621).

¹³²
Izpodbijana sodba (točka 622).

247. Z zapiskom, kakršen je opisan v izpodbijani sodbi, načeloma ni mogoče v nobenih okoliščinah odpraviti kršitve bistvene postopkovne zahteve. Bistveno je, da je, kot je Splošno sodišče priznalo v izpodbijani sodbi, navedeni zapisek v bistvu kratek povzetek tem, obravnavanih na navedenem sestanku.¹³³ Vendar pa ni opredeljena vsebina razgovora. Komisija to priznava. Kar pa je najbolj bistveno, v navedenem zapisku ni omenjena vsebina informacij, ki jih je o vprašanih, navedenih v zapisku, med sestankom predložil g. D1.

248. Po mojem mnenju s takim zapiskom ni mogoče odpraviti kršitve člena 19 Uredbe št. 1/2003 v povezavi s členom 3 Uredbe št. 773/2004.

249. Ni mogoče dovolj poudariti, da morajo biti informacije v spisu o razgovoru zadostne za zagotovitev, da se pravica do obrambe podjetij, obdolženih kršitve pravil EU o konkurenci, upošteva. To v tej zadevi očitno ni tako. To vprašanje bom podrobneje obravnaval v točki 257 in naslednjih.

250. Posledično se postavlja vprašanje, ali lahko postopkovna napaka, ki izhaja iz kršitve člena 19 Uredbe št. 1/2003 v povezavi s členom 3 Uredbe št. 773/2004, vodi do nezakonnosti sporne odločbe v zvezi z ugotovitvami glede družbe Dell. V nasprotju s tem, kar je odločilo Splošno sodišče,¹³⁴ pritožnica meni, da bi morala. S tem stališčem se strinja tudi združenje ACT. Res je, da se trditve pritožnice nanašajo na sklepanje, ki je zaradi celovitosti vključeno v izpodbijano sodbo. Mogoče bi bilo torej trditi, da so navedene trditve brezpredmetne in ne morejo privedi do razveljavitve navedene sodbe.¹³⁵ Vendar, če se Sodišče strinja z menoj, da je Splošno sodišče napačno odločilo, da (1) zadevni sestanek ni bil razgovor v smislu člena 19 Uredbe št. 1/2003 in da (2) je bila z internim zapiskom odpravljena vsakršna postopkovna napaka, izhajajoča iz odločitve Komisije, da ne pripravi zapisnika navedenega sestanka, mora Sodišče tudi presoditi sklepanje iz izpodbijane sodbe v zvezi s posledicami morebitne postopkovne nepravilnosti.

c) Posledice nezapisa zadevnega sestanka

251. V skladu z izpodbijano sodbo je mogoče to zadevo razlikovati od zadeve, v kateri je bila izrečena sodba Solvay,¹³⁶ na katero se pritožnica primarno sklicuje. V navedeni zadevi je Komisija po koncu upravnega postopka izgubila več dokumentov. Zadevno podjetje ni imelo vpogleda v navedene dokumente med postopkom pred Komisijo. Sodišče je v navedenih okoliščinah odločilo, da je zaradi postopkovne napake upravičena razglasitev ničnosti odločbe Komisije. Merilo za tovrstno razglasitev ničnosti je bilo izraženo tako: postopkovna napaka je podlaga za razglasitev ničnosti, kadar ni mogoče izključiti, da bi (izgubljeno) gradivo zadevnemu podjetju omogočilo, da poda drugačno razlago dejstev kot Komisija, kar bi bilo lahko koristno za njegovo obrambo.¹³⁷

133
Izpodbijana sodba (točki 635 in 636).

134
Izpodbijana sodba (točka 664).

135
Glej na primer sodbo z dne 28. junija 2005, Dansk Rørindustri in drugi/Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, EU:C:2005:408, točka 148 in navedena sodna praksa).

136
Glej sodbo z dne 25. oktobra 2011, Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:686).

137
Sodba z dne 25. oktobra 2011, Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:686, točke od 57 do 62).

252. Vendar po mnenju Splošnega sodišča trditve Sodišča iz sodbe Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:686) ni bilo mogoče prenesti na obravnavani sklop okoliščin. To pa zato, ker je bilo v nasprotju z zadevo Solvay vsebino zadevnega sestanka mogoče rekonstruirati.¹³⁸ Zato je Splošno sodišče na podlagi sodne prakse o vpogledu v spis¹³⁹ od družbe Intel zahtevalo, naj zagotovi prvi indic, da Komisija „ni zapisala razbremenilnih elementov, ki nasprotujejo vsebini neposrednih listinskih dokazov, na katere se je Komisija oprla v [sporni odločbi], ali jih vsaj prikazuje drugače“. Zgolj predpostavka v zvezi upoštevnostjo informacij, zagotovljenih med zadevnim sestankom, se ni štela za zadostno.¹⁴⁰

253. Ustaljena sodna praksa je namreč, da je, kadar je bil vpogled v del spisa med upravnim postopkom zavrnen, vendar pa je bil vseeno odobren med sodnim postopkom, upoštevno merilo načeloma to, ali *bi bile lahko* izpuščene informacije tako ali drugače *koristne* za obrambo podjetja. Ne zahteva se, da bi navedene informacije privedle do vsebinsko drugačne odločbe.¹⁴¹ Namesto tega je treba dokazati, da bi lahko podjetje bolje pripravilo svojo obrambo, če ne bi bilo napake.¹⁴²

254. Vendar se navedeno pravilo uporablja, samo kadar kot dokazi niso bili uporabljeni nikakršni *neposredni listinski dokazi*. Če se je Komisija v izpodbijani odločbi oprla na *neposredne listinske dokaze*, mora zadevno podjetje dokazati, da Komisija ni zapisala razbremenilnih elementov, *ki nasprotujejo vsebini neposrednih listinskih dokazov ali jih vsaj prikazuje drugače*.¹⁴³ Drugače povedano, če je Komisija za obdolžitev zadevnega podjetja uporabila neposredne listinske dokaze, je dokaznemu bremenu še posebej težko zadostiti.

255. Vprašanje, ali je tak pristop na splošno upravičen, ne spada v obseg teh sklepnih predlogov. Vendar je naložitev take zahteve pritožnici v tej zadevi po mojem mnenju očitno pravno napačna. To pa zato, ker je dokaznemu bremenu, tako naloženemu zadevnemu podjetju, preprosto nemogoče zadostiti. Pravilni pristop je vprašati se, kot se zahteva v trditvi Sodišča v sodbi Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:686), ali je mogoče že od začetka izključiti, da bi lahko bile informacije, do katerih zadevno podjetje ni imelo dostopa, koristne za njegovo obrambo.

256. V tej zadevi je treba na to vprašanje odgovoriti nikalno.

257. V sodbi Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:686) ni bilo nikakor mogoče na podlagi drugih virov rekonstruirati vsebine manjkajočih dokumentov. Poleg tega je Komisija priznala, da so manjkajoči dokumenti po vsej verjetnosti vsebovali ustrezne informacije za obrambo podjetja (natančneje odgovore na zahteve za informacije).¹⁴⁴

138

Izpodbijana sodba (točka 630).

139

Glej zlasti sodbo z dne 7. januarja 2004, Aalborg Portland in drugi/Komisija (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, EU:C:2004:6, točka 133).

140

Izpodbijana sodba (točka 629).

141

Sodba z dne 15. oktobra 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij in drugi/Komisija (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, EU:C:2002:582, točka 318 in navedena sodna praksa). Glej tudi sodbo z dne 7. januarja 2004, Aalborg Portland in drugi/Komisija (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, EU:C:2004:6, točka 75).

142

Glej sodbo z dne 2. oktobra 2003, Thyssen Stahl/Komisija (C-194/99 P, EU:C:2003:527, točka 31 in navedena sodna praksa).

143

Glej sodbo z dne 7. januarja 2004, Aalborg Portland in drugi/Komisija (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, EU:C:2004:6, točka 133). Glej tudi sodbo z dne 1. julija 2010, Knauf Gips/Komisija (C-407/08 P, EU:C:2010:389, točki 23 in 24 ter navedena sodna praksa).

144

Sodba z dne 25. oktobra 2011, Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:686, točki 62 in 64).

258. V obravnavani zadevi zadevni sestanek ni bil ustrezno zapisan, kot sem pojasnil zgoraj. Vendar pa je bil pritožnici med upravnim postopkom dan na voljo vpogled v nezaupno različico internega zapiska in tako imenovani naknadni dokument. Navedeni dokument je vseboval pisne odgovore družbe Dell na vprašanja, ki so bila na sestanku postavljena g. D1. Pozneje med postopkom pred Splošnim sodiščem je bil pritožnici omogočen vpogled v zaupno različico zapiska. Navedena dokumenta sta – po mnenju Splošnega sodišča – zagotovila zadostno predstavo o tem, kar je bilo obravnavano na sestanku. Na podlagi teh dokumentov je ugotovilo, da na sestanku niso bili razkriti nobeni novi razbremenilni dokazi, ki bi jih pritožnica lahko uporabila pri svoji obrambi.¹⁴⁵

259. Vendar informacije, ki jih je mogoče razbrati iz navedenih dokumentov v zvezi s tem, kaj se je dogajalo na zadevnem sestanku, ostajajo zgolj ugibanje, kot je obširno razvidno iz izpodbijane sodbe.¹⁴⁶ Kot ponazarja analiza razpoložljivih informacij v izpodbijani sodbi, ni mogoče, kadar ne obstaja ustrezen zapisnik sestanka, z gotovostjo reči, kaj je bilo obravnavano in v kolikšnem obsegu bi to lahko bilo razbremenilno, obremenilno ali celo nevtravno.¹⁴⁷

260. Sodni nadzor ne more temeljiti na predpostavkah o dokazih.

261. Nedvomno drži, da se, kot poudarja Komisija, analiza tega, ali bi morala kršitev pravice do obrambe privedi do razglasitve ničnosti odločbe Komisije, začne z očitki zoper zadevno podjetje in z dokazi, ki so bili razkriti v utemeljitev teh očitkov.¹⁴⁸ Drugače bi bilo vedno mogoče trditi, da bi bile lahko informacije, ki niso vključene v spis, koristne za zadevno podjetje.¹⁴⁹

262. Ob upoštevanju očitkov Komisije zoper družbo Intel v obravnavani zadevi je le malo dvoma glede upoštevnosti zadevnega sestanka. Kot je namreč navedlo Splošno sodišče, je iz internega zapiska in naknadnega dokumenta razvidno, da so se na sestanku obravnavala vprašanja, pomembna za ugotovitev, ali je družba Dell od pritožnice prejela protikonkurenčne rabate za zvestobo.¹⁵⁰

263. V takih primerih dokazno breme – na splošno – ostane na zadevnem podjetju.¹⁵¹ Kot navaja Komisija, mora podjetje predstaviti dejstva in predložiti dokaze, da bi lahko dokumente, v katere mu je bil v upravnem postopku zavržen vpogled, uporabilo pri svoji obrambi. Vendar to velja, kadar dostop do dokumentov ni bil mogoč med upravnim postopkom ter kadar je Sodišče pozneje lahko ugotovilo in pregledalo vsebino navedenih dokumentov.¹⁵² Kot je navedla generalna pravobranilka

¹⁴⁵ Glej izpodbijano sodbo (na primer točke 631, 644, 658 in 660).

¹⁴⁶ Glej izpodbijano sodbo (zlasti točki 646 in 658).

¹⁴⁷ Izpodbijana sodba (točke od 632 do 660).

¹⁴⁸ Glej sodbo z dne 25. oktobra 2011, Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:686, točka 59).

¹⁴⁹ Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Solvay/Komisija (C 109/10 P, EU:C:2011:256, točka 191).

¹⁵⁰ Izpodbijana sodba (točka 632 in naslednje).

¹⁵¹ Za grajo glej moje sklepne predloge v zadevi SKW Stahl-Metallurgie in SKW Stahl-Metallurgie Holding/Komisija (C-154/14 P, EU:C:2015:543, točki 76 in 77).

¹⁵² Sodbe z dne 15. oktobra 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij in drugi/Komisija (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, EU:C:2002:582, točki 318 in 324); z dne 7. januarja 2004, Aalborg Portland in drugi/Komisija (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, EU:C:2004:6, točke 74, 75 in 131), in z dne 1. julija 2010, Knauf Gips/Komisija (C-407/08 P, EU:C:2010:389, točki 23 in 24).

J. Kokott v zadevi Solvay/Komisija, je razlog za to, da lahko zadevno podjetje v takih okoliščinah navede avtorje in naravo dokumenta, do katerega ni imelo dostopa. Vendar ne samo to. Še bolj bistveno je, da je v takih okoliščinah zadevno podjetje sposobno opisati tudi vsebino navedenih dokumentov.¹⁵³

264. Položaj v obravnavani zadevi je drugačen. Identiteta avtorja in narava sestanka sta znana na podlagi internega zapiska. Vendar pa vsebina odgovorov g. D1 na vprašanja, ki mu jih je postavila Komisija, ostaja nejasna. Kot je ugotovilo Splošno sodišče, sta sicer interni zapisek in naknadni dokument nekoliko osvetlila posebne teme, ki so bile obravnavane na zadevnem sestanku. Vendar pa navedena dokumenta ne zadostujeta za naknadno rekonstrukcijo podanih dokazov, namreč tistega, kar je bilo dejansko rečeno na navedenem sestanku.

265. Čeprav v izpodbijani sodbi to vprašanje ni izrecno obravnavano, je nasprotna ugotovitev mogoča samo ob predpostavki, da sta g. D1 in družba Dell eno in isto ter da je prvonavedeni lahko le ponovil stališče družbe Dell glede obravnavanih tem. Ob upoštevanju njegovega statusa kot višjega vodstvenega delavca v družbi Dell je navedena predpostavka nedvomno lahko pravilna.

266. Vendar pa je navedena predpostavka lahko tudi nepravilna.

267. V nasprotju s tem, kar se zdi, da je Komisija predlagala na obravnavi, je prav tako mogoče, da je g. D1 na zadevnem sestanku izrazil svoje osebno stališče glede obravnavanih tem.¹⁵⁴ Tega preprosto ne vemo. Zato ni mogoče izključiti, da je bila na sestanku drugače ali celo na novo predstavljena pogojenost rabatov, ponujenih družbi Dell. Splošno sodišče je, namesto da bi priznalo to možnost, pritožnici naložilo morda nemogočo nalogo dokazati, da so bili na nezapisanem sestanku razkriti razbremenilni dokazi, ki bi lahko drugače prikazovali dokaze, ki jih je Komisija predložila v utemeljitev svojih očitkov. Iz očitnih razlogov je ugotovilo, da pritožnica ni uspela opraviti te naloge.

268. Na tej podlagi moram ugotoviti, da bi bilo torej treba tudi četrti pritožbeni razlog sprejeti.

269. Če se Sodišče ne bi strinjalo z menoj, bi vseeno želel posvariti pred zavrnitvijo četrtega pritožbenega razloga iz naslednjih razlogov.

270. Predpostavljajmo, zavaljo razprave, da bi bilo mogoče zadevne dokaze v pravno zadostni meri rekonstruirati naknadno, kot je Splošno sodišče menilo v izpodbijani sodbi. Po mnenju Splošnega sodišča je pritožnica torej morala dokazati, da bi zadevni dokazi lahko omajali „neposredne listinske dokaze“, za katere je že bilo ugotovljeno, da zadostujejo za obsodbo družbe Intel zaradi zlorabe prevladujočega položaja v zvezi z rabati, ponujenimi družbi Dell.¹⁵⁵ Navedeni pristop temelji na zmotnem mišljenju. Napačno se predpostavlja, da morajo dokazi, ki med upravnim postopkom niso bili razkriti, nujno imeti manjšo dokazno vrednost kot dokazi, ki jih je Komisija predložila v podporo svoji ugotovitvi zlorabe. Natančneje, težava izvira iz preširoke razlage pojma „neposredni listinski dokazi“ v izpodbijani sodbi.

271. Kolikor mi je znano, Sodišče tega pojma ni izrecno opredelilo. Kljub temu pa sodna praksa vsebuje koristna pojasnila glede njegovega obsega.

¹⁵³

Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:256), točka 193.

¹⁵⁴

Glej v zvezi s tem izpodbijano sodbo (točke od 572 do 575).

¹⁵⁵

Glej izpodbijano sodbo (zlasti točke od 651 do 653).

272. Na splošno se pojem neposredni listinski dokazi v sodni praksi uporablja v okviru člena 101 PDEU za opis nekaterih vrst dokazov (v nasprotju z na primer posrednimi ali ekonomskimi dokazi), ki jih lahko Komisija uporabi za ugotovitev, da je bila kršitev storjena, na primer, da so določena podjetja sodelovala v kartelu ali s tem povezani praksi, ki je v nasprotju s členom 101 PDEU.¹⁵⁶

273. V nasprotju s posrednimi dokazi¹⁵⁷ neposredni listinski dokazi praviloma izvirajo iz podjetja (podjetij), osumljenega(-ih) kršitve pravil EU o konkurenci in zlasti člena 101 PDEU. Običajno so taki dokazi v obliki dokumenta, ki kaže na obstoj kartela ali s tem povezane prakse (ali na sodelovanje določenih podjetij v taki praksi). To bi na primer veljalo za memorandum o sporazumu med udeleženci, izmenjavo elektronske pošte med udeleženci v zvezi z oblikovanjem cen ali celo zapisnik sestanka v zvezi s takimi praksami.¹⁵⁸ Kadar se Komisija opre na take dokaze za ugotovitev kršitve ali sodelovanja podjetij pri kršitvi, morajo podjetja – za namene razglasitve ničnosti zadevne odločbe – dokazati, da so dokazi, ki jim med upravnim postopkom niso bili dostopni, nasprotovali vsebini predloženih neposrednih listinskih dokazov.¹⁵⁹

274. Dokaze, na katere se je Komisija oprla v sporni odločbi za ugotovitev pogojenosti rabatov, odobrenih družbi Dell, je v najboljšem primeru mogoče opisati kot posredne ali domnevne.¹⁶⁰ Dejstvo, ki se ne sme prezreti, je namreč, da se je za „rabate za izključnost“, obravnavane v tej zadevi (vključno z rabati, odobrenimi družbi Dell), štelo, da so *de facto* pogojeni z izključnostjo. To pa zato, ker rabati niso temeljili na formalni obveznosti izključne nabave.¹⁶¹ Namesto tega se je o pogojenosti rabatov, ponujenih družbi Dell, sklepalo (posredno) iz višine rabatov.¹⁶² Poseben pomen je bil pripisan tudi temu, kako je družba Dell dojemala tveganja, povezana s tem, da bi se delno oskrbovala pri konkurentu.¹⁶³ Čeprav tvegam, da bom navedel očitno, je take dokaze težko opisati kot „neposredne listinske dokaze“ v zvezi s pogojenostjo zadevnih rabatov.

275. Če ne obstaja pisni dokument, ki bi dokazoval obstoj obveznosti izključne nabave, bi sprejetje kakršnega koli pisnega dokaza kot „neposrednega listinskega dokaza“ zlorabe prevladujočega položaja v nasprotju s členom 102 PDEU po mojem mnenju resno ogrozilo pravico zadevnega podjetja do obrambe: za podjetje ne bi zadostovalo, da bi dokazalo, da bi bil lahko dokaz, do katerega med upravnim postopkom ni imelo dostopa, koristen pri njegovi obrambi. Poleg tega bi morale navedeno podjetje dokazati (kot je Splošno sodišče zahtevalo v izpodbijani sodbi), da so dokazi, ki niso bili razkriti, nasprotovali vsebini dokazov, ki jih je Komisija predložila v utemeljitev svoje ugotovitve zlorabe.

¹⁵⁶

Za razpravo o neposrednih listinskih dokazih v kartelnih zadevah, glej Guerrin, M. in Kyriazis, G., „Cartels: Proof and Procedural Issues“, *Fordham International Law Journal*, zv. 16, izd. 2, 1992, str. od 266 do 341, na str. od 299 do 301.

¹⁵⁷

Glej na primer sodbo z dne 14. julija 1972, Imperial Chemical Industries/Komisija (48/69, EU:C:1972:70, točke od 65 do 68), in z dne 16. decembra 1975, Suiker Unie in drugi/Komisija (od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 in 114/73, EU:C:1975:174, točki 164 in 165 v zvezi z uporabo korespondence med tretjimi osebami kot dokazov).

¹⁵⁸

Glej na primer sodbo z dne 7. januarja 2004, Aalborg Portland in drugi/Komisija (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, EU:C:2004:6, točka 158), ki se nanaša na izpodbijano sodbo v navedeni zadevi. Glej tudi sodbo z dne 19. marca 2003, CMA CGM in drugi/Komisija (T-213/00, EU:T:2003:76, točka 136 in naslednje).

¹⁵⁹

Glej sodbo z dne 7. januarja 2004, Aalborg Portland in drugi/Komisija (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, EU:C:2004:6, točka 133), v kateri je Sodišče jasno izrazilo navedeno pravilo.

¹⁶⁰

Komisija se je za ugotovitev pogojenosti zadevnih rabatov v sporni odločbi oprla na nekatere interne dokumente družbe Intel, in sicer predstavitev in elektronske dopise (sporna odločba, točke od 238 do 242 obrazložitve) ter odgovor družbe Dell v okviru člena 18 (sporna odločba, točke 233 in 234 obrazložitve), ter nekatere interne dokumente družbe Dell, in sicer interne predstavitve in elektronske dopise (sporna odločba, zlasti točke od 222 do 227, 229 in 231 obrazložitve). Glej tudi izpodbijano sodbo (točke od 444 do 515).

¹⁶¹

V zvezi z družbo Dell glej izpodbijano sodbo (točka 440).

¹⁶²

Sporna odločba (točka 950 obrazložitve) in izpodbijana sodba (točke od 504 do 514).

¹⁶³

Sporna odločba (zlasti točki 221 in 323 obrazložitve).

276. Ob upoštevanju navedenega sem trdno prepričan, da je treba *posredne* dokaze, kot so navedeni v sporni odločbi, presoditi kot celoto (preden se lahko odloči, ali *glavnina* predloženih dokazov zadostuje za dokaz zlorabe prevladujočega položaja). Za namene razglasitve ničnosti sporne odločbe mora zadevno podjetje v takih okoliščinah zgolj dokazati, da bi lahko dokaze, ki mu niso bili razkriti, tako ali drugače uporabilo za svojo obrambo, in ne da navedeni dokazi nasprotujejo vsebini dokazov, ki jih je Komisija predložila za dokaz kršitve.¹⁶⁴

277. Ugotavljam torej, da bi bilo treba tudi pri tej alternativni možnosti četrti pritožbeni razlog sprejeti.

F – Peti pritožbeni razlog: pristojnost

1. Glavne trditve strank

278. Družba Intel, ki jo podpira združenje ACT, s petim pritožbenim razlogom trdi, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ko je menilo, da je Komisija imela pristojnost za uporabo člena 102 PDEU za sporazuma družbe Intel z družbo Lenovo iz let 2006 in 2007 (v nadaljevanju: sporazum iz leta 2006 in sporazum iz leta 2007 ali skupaj: sporazuma z družbo Lenovo). Po eni strani naj bi bila družba Lenovo s sporazumom iz leta 2006 na podlagi finančne spodbude spodbujena k odložitvi (in nazadnje odpovedi) uvedbe dveh proizvodov, opremljenih s CPE družbe AMD, na svetovnem trgu.¹⁶⁵ Po drugi strani naj bi se sporazum iz leta 2007 nanašal na rabate, ki bi jih dala družba Intel, če bi se družba Lenovo odločila, da bo CPE za svoje prenosne računalnike nabavljala izključno pri družbi Intel.¹⁶⁶ Pritožnica trdi, da gole omejitve in rabati, kar zadeva družbo Lenovo, niso bili niti izvedeni v EGP niti niso na tem območju imeli nikakršnega predvidljivega, takojšnjega ali znatnega učinka.

279. Komisija trdi, da peti pritožbeni razlog ni utemeljen: Splošno sodišče ni zmotno menilo, da je imela Komisija pooblastilo za uporabo člena 102 PDEU v zvezi s sporazumoma z družbo Lenovo. Trdi, da lahko na podlagi mednarodnega javnega prava pristojnost temelji na več dejavnikih, če obstaja zadostna povezava med spornim ravnanjem in veljavnimi pravili zadevnega ozemlja. V zvezi s tem naj bi bila merilo izvajanja in merilo „opredeljenih“ učinkov edina mogoča načina ugotovitve take povezave. Komisija trdi, da z uporabo navedenih meril v izpodbijani sodbi pravo ni bilo napačno uporabljeno.

2. Analiza

280. Ta pritožbeni razlog ni nikakor manj pomemben kot razlogi, ki so bili preučeni do zdaj. Sodišču zagotavlja priložnost, da pojasni sodno prakso, ki izhaja iz sodbe ICI in je bila pozneje razvita v sodbi Ahlström Osakeyhtiö in drugi/Komisija¹⁶⁷ ter se nanaša na ozemeljsko uporabo konkurenčnega prava EU. Sodišču bo omogočil, da bo podrobneje opredelilo navedeno sodno prakso in jo prilagodilo današnjim razmeram, za katere so značilni globalna gospodarstva, povezani trgi in kompleksni vzorci trgovanja.

¹⁶⁴

Sodba z dne 2. oktobra 2003, Thyssen Stahl/Komisija (C-194/99 P, EU:C:2003:527, točka 31 in navedena sodna praksa).

¹⁶⁵

Sporna odločba (točka 560 obrazložitve).

¹⁶⁶

Sporna odločba (točka 561 obrazložitve).

¹⁶⁷

Glej sodbo z dne 27. septembra 1988, Ahlström Osakeyhtiö in drugi/Komisija (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 in od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:447).

281. V tej zadevi je pomembno upoštevati širše posledice, ki jih bo verjetno imela odločitev Sodišča. Preobširna razlaga pravil o teritorialni pristojnosti namreč ni nesporna z vidika mednarodnega javnega prava, v skladu s katerim je treba razlagati pravo EU.¹⁶⁸ Zato je koristno, da se ta pritožbeni razlog postavi v širši kontekst.

282. Na splošno obstajajo (vsaj) tri različne oblike pristojnosti: normativna pristojnost, izvršilna pristojnost in sodna pristojnost. Družba Intel izpodbija pristojnost Komisije za uporabo konkurenčnega prava EU za enostransko ravnanje, izhajajoče iz sporazumov, ki naj bi učinke imeli zunaj Evropske unije. Ta postopek se torej ne nanaša na fizično izvrševanje zunaj ozemlja EU, kar z vidika mednarodnega javnega prava povzroča vrsto različnih težav.

283. Pripomnil bi tudi, da mednarodno javno pravo državam dovoljuje, da v nekaterih primerih pristojnost izvršujejo ekstrateritorialno. Vendar, čeprav ni zavezujoče,¹⁶⁹ vzajemno upoštevanje področij pristojnosti Evropske unije in zadevnih tretjih držav¹⁷⁰ ali mednarodna vljudnost nakazujeta, da je pri uveljavljanju ekstrateritorialne pristojnosti potrebna zadržanost. Ni presenetljivo, da Evropska unija nasprotuje ekstrateritorialni uporabi zakonov tretjih držav, kadar meni, da to ni zakonito.¹⁷¹

284. Glede na navedeno pregled sodne prakse Sodišča razkriva, da se za uporabo prava EU predpostavlja ustrezna povezava z ozemljem EU.¹⁷² Tako se upošteva temeljno načelo teritorialnosti na podlagi mednarodnega javnega prava. Vendar ni neobičajno, da država ali mednarodna organizacija pri izvajanju suverenosti upošteva okoliščine, do katerih pride ali je prišlo zunaj območja njene teritorialne pristojnosti.¹⁷³

285. Iz obstoječe sodne prakse Sodišča izhaja, da konkurenčno pravo EU deluje z zahtevo po ustrezni povezavi z ozemljem EU, naj bo ta v obliki prisotnosti hčerinske družbe ali izvajanja protikonkurenčnega ravnanja na navedenem ozemlju. Vendar je bila v predhodnih zadevah ta povezava veliko bolj prepoznavna kot v obravnavani zadevi.

286. V tej zadevi je Splošno sodišče menilo, da se za ugotovitev pristojnosti lahko uporabita dve alternativni merili: merilo izvajanja in merilo „opredeljenih“ učinkov praks v EGP.¹⁷⁴ Po njegovem mnenju je uporaba navedenih meril privedla do iste ugotovitve: Komisija je imela pristojnost v zvezi s sporazumoma z družbo Lenovo.¹⁷⁵

168

Glej med drugim sodbo z dne 24. novembra 1992, Poulsen in Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453, točka 9).

169

Glej v tem smislu sodbo z dne 29. junija 2006, SGL Carbon/Komisija (C-308/04 P, EU:C:2006:433, točka 34).

170

Glej v zvezi s tem sodbo z dne 14. julija 1972, Geigy/Komisija (52/69, EU:C:1972:73, točka 11).

171

Sklicujem se na primer na Uredbo Sveta (ES) št. 2271/96 z dne 22. novembra 1996 o zaščiti pred učinki ekstrateritorialne uporabe zakonodaje, ki jo sprejme tretja država, in dejanji, ki na tej zakonodaji temeljijo ali iz nje izhajajo (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 10, zvezek 1, str. 75, zlasti tretja in četrta uvodna izjava).

172

Glej med drugim sodbe z dne 24. novembra 1992, Poulsen in Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453, točka 28); z dne 29. junija 1994, Aldewereld (C-60/93, EU:C:1994:271, točka 14); z dne 9. novembra 2000, Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:605, točka 25); z dne 24. junija 2008, Commune de Mesquer (C-188/07, EU:C:2008:359, točke od 60 do 63); z dne 21. decembra 2011, Air Transport Association of America in drugi (C-366/10, EU:C:2011:864, točka 125), in z dne 13. maja 2014, Google Spain in Google (C-131/12, EU:C:2014:317, točki 54 in 55). Glej tudi sodbo z dne 23. aprila 2015, Zuchtvieh-Export (C-424/13, EU:C:2015:259, točka 56).

173

Glej sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Air Transport Association of America in drugi (C-366/10, EU:C:2011:637, točki 148 in 149).

174

Izpodbijana sodba (točke od 231 do 236 in 244).

175

Izpodbijana sodba (točki 296 in 310).

287. V nadaljevanju bom najprej pojasnil svoje stališče o vprašanju pristojnosti v zvezi z javnim izvrševanjem pravil EU o konkurenci.¹⁷⁶ Nato bom ponazoril, zakaj menim, da je ta pritožbeni razlog utemeljen.

a) Splošne opombe: izvajanje in/ali učinki?

288. Prva stvar, ki jo želim omeniti, je preprosta in samoumevna. Izhodišče za ugotovitev, ali lahko Komisija za določeno ravnanje uporabi pravila EU o konkurenci, mora biti besedilo členov 101 in 102 PDEU. Čeprav se ne zdi, da bi bile Komisiji dane proste roke pri uporabi konkurenčnega prava EU za ravnanje, kjer koli se to zgodi in ne glede na to, ali je kakor koli jasno povezano z ozemljem EU, se navedeni določbi nanašata na skupinsko ali enostransko protikonkurenčno ravnanje *na notranjem trgu*. S členom 101 PDEU so prepovedani sporazumi ali ravnanja, „katerih cilj oziroma posledica je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na notranjem trgu“, s členom 102 PDEU pa „vsaka zloraba [...] na notranjem trgu“.

289. Pravilo pristojnosti za uporabo pravil EU o konkurenci je torej jasno vključeno v navedeni določbi. Čeprav je člen 102 PDEU nekoliko manj jase, je v členu 101 PDEU zelo jasno navedeno, da se uporablja za kakršno koli ravnanje, ki ima *protikonkurenčne učinke* na notranjem trgu.

290. Poleg tega tako kot Komisija sodbe Ahlström Osakeyhtiö in drugi/Komisija (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 in od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:447), ne razumem tako, da pomeni, da je *izvajanje* edino veljavno merilo pristojnosti. Menim, da uporaba členov 101 in 102 PDEU, kadar se protikonkurenčno ravnanje izvaja v Evropski uniji, sploh ni vprašljiva. Drugače povedano, ni sporno, da ima lahko ravnanje, ki se izvaja v Evropski uniji, učinke na notranjem trgu, zato se ne more izogniti nadzoru na podlagi pravil EU o konkurenci. V tem okviru se ne sme spregledati dejstvo, da je merilo izvajanja trdno zakoreninjeno v načelu teritorialnosti in je torej, če je izpolnjeno, odločilni dejavnik za ugotavljanje pristojnosti Komisije za uporabo navedenih pravil za določeno ravnanje.¹⁷⁷

291. Dejstvo, da v Evropski uniji poteka le del zadevnega ravnanja, v zvezi s tem ni pomembno.¹⁷⁸ Sodišče je v sodbi Ahlström Osakeyhtiö in drugi/Komisija (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 in od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:447) obravnavalo sklop praks za določitev cen celuloze – za katere je Komisija menila, da so v nasprotju s sedanjim členom 101 PDEU – ki so jih tuji proizvajalci celuloze sprejeli zunaj (sedanje) Evropske unije. V tem okviru je pojasnilo, zakaj je za ugotovitev pristojnosti upoštevno izvajanje sporazuma ali povezane prakse, in ne sklenitev ali oblikovanje tega sporazuma ali prakse. Če bi se prepovedi, določene v Pogodbah, uporabljale, samo kadar bi bili sporazum, sklep ali usklajeno ravnanje oblikovani ali sprejeti na ozemlju EU, bi bil s tem podjetjem zagotovljen lahek način, kako se izogniti uporabi pravil EU o konkurenci. V navedeni zadevi je bilo merilo izvajanja izpolnjeno z neposredno prodajo kartelnih proizvodov: zadevna podjetja so celulozo prodajala neposredno kupcem v Evropski uniji.¹⁷⁹

¹⁷⁶

V teh sklepnih predlogih ne bom obravnaval pristojnosti sodišč Evropske unije za obravnavo zadev v zvezi z zasebnim izvrševanjem pravil EU o konkurenci ali pooblastila zakonodajalcev EU za sprejemanje zakonodaje na področju konkurence.

¹⁷⁷

Glej sodbo z dne 27. septembra 1988, Ahlström Osakeyhtiö in drugi/Komisija (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 in od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:447, točki 16 in 18).

¹⁷⁸

Ugotavljam, da je Sodišče tak pristop potrdilo v vrsti zadev, v katerih so nekatere zasebne stranke na podlagi domnevnega ekstrateritorialnega učinka izpodbijale uporabo zadevnih pravil EU: glej sodbe z dne 24. novembra 1992, Poulsen in Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453); z dne 21. decembra 2011, Air Transport Association of America in drugi (C-366/10, EU:C:2011:864), in z dne 13. maja 2014, Google Spain in Google (C-131/12, EU:C:2014:317).

¹⁷⁹

Sodba z dne 27. septembra 1988, Ahlström Osakeyhtiö in drugi/Komisija (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 in od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:447, točke od 12 do 18).

292. Vendar v nasprotju z družbo Intel ne menim, da se lahko samo za neposredno prodajo v Evropsko unijo od zadevnega podjetja šteje, da izpolnjuje merilo izvajanja za namene sodne prakse iz sodbe Ahlström Osakeyhtiö in drugi/Komisija (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 in od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:447). Običajni pomen „izvajanja“ je izvesti ali začeti izvajati. Da bi bilo navedeno merilo izpolnjeno, mora torej eden od bistvenih sestavnih elementov protikonkurenčnega ravnanja potekati v Evropski uniji. Ali to velja, je odvisno predvsem od narave, oblike in obsega zadevnega ravnanja. Za preveritev, ali se navedeno ravnanje izvaja v Evropski uniji, je potrebna presoja nezakonitega ravnanja v vsakem primeru posebej. Na primer, nisem prepričan, da posredne prodaje ustreznega proizvoda ni nikoli mogoče šteti za izvajanje.¹⁸⁰ Menim, da je to odvisno od okoliščin posamezne zadeve. Med elementi, ki jih je treba upoštevati v takem okviru, je na primer to, ali sta eno od podjetij, ki so kartelizirala proizvod, in podjetje, ki ga vgradi v drug proizvod, ki se nato prodaja v Uniji, del enotnega gospodarskega subjekta oziroma, če nista, ali med zadevnima podjetjema obstajajo druge korporacijske ali strukturne povezave.

293. V zvezi s tem ugotavljam, da se skupinsko ali enostransko ravnanje izvaja na notranjem trgu – kar nedvomno sproži uporabo členov 101 in 102 PDEU – kadar obstaja element intrateritorialnega ravnanja.¹⁸¹ Drugače povedano, kadar se del nezakonitega ravnanja izvaja, uporablja ali začne izvajati na notranjem trgu, ker tam poteka eden od njegovih bistvenih sestavnih elementov.

294. Vendar, če bi se izvajanje štelo za edino merilo pristojnosti, ki sproži uporabo pravil EU o konkurenci, bi bile različne vrste ravnanja, katerih cilj oziroma posledica je lahko preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na notranjem trgu, zunaj področja uporabe navedenih pravil. Tukaj imam v mislih ravnanje, za katero je značilna nezakonita opustitev, kot so zavrnitev poslovanja ali bojkoti. Kot je bilo navedeno zgoraj v točkah 288 in 289, bi bila taka razlaga členov 101 in 102 PDEU v nasprotju z besedilom teh določb.

295. Dejansko je več generalnih pravobranilcev že svetovalo Sodišču, naj glede pristojnosti na področju konkurenčnega prava sprejme pristop, ki temelji na učinkih.¹⁸² Sodišče ni do zdaj niti potrdilo niti izrecno zavrnilo navedenega pristopa.¹⁸³

296. Glede na navedeno menim, da bi moralo Sodišče v tej zadevi izrecno obravnavati navedeno vprašanje in v skladu s predlogi generalnih pravobranilcev, navedenimi v prejšnji točki, sprejeti pristop k uporabi členov 101 in 102 PDEU, ki temelji na učinkih.

¹⁸⁰

Moje stališče v zvezi s tem vprašanjem je torej drugačno od stališča generalnega pravobranilca M. Watheleta. Glej točko 46 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca M. Watheleta v zadevi InnoLux/Komisija (C-231/14 P, EU:C:2015:292).

¹⁸¹

Glej Lowe, V. in Staker, C., „Jurisdiction“, v Evans, M.D., (ur.), *International Law*, 3. izd., Oxford University Press, 2010, str. 322 in 323.

¹⁸²

V zvezi s potrditvijo pristopa, ki temelji na učinkih, glej zlasti sklepne predloge generalnega pravobranilca H. Mayrasa v zadevi Imperial Chemical Industries/Komisija (48/69, EU:C:1972:32, točka 693 in naslednje) in sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Darmona v združenih zadevah Ahlström Osakeyhtiö in drugi/Komisija (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 in od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:258, točka 19 in naslednje). Podobno glej sklepane predloge generalnega pravobranilca M. Watheleta v zadevi InnoLux/Komisija (C-231/14 P, EU:C:2015:292, točka 49 in naslednje).

¹⁸³

Stranki sta obširno razpravljali o tem, ali nedavna sodba z dne 9. julija 2015, InnoLux/Komisija (C-231/14 P, EU:C:2015:451), podpira, pa čeprav samo implicitno, navedeni pristop. Vendar se je, kot razumem, Sodišče odločilo, da ne bo obravnavalo vprašanja pristojnosti, ker ga je štelo za neupoštevno za odločitev o zadevi. Glej točke od 71 do 73 sodbe.

297. Ali je tak pristop zasidran v (širokem) pojmu teritorialnosti ali pa vključuje določeno ekstrateritorialno uporabo pravil EU, ni odločilno.¹⁸⁴ Kar je bistveno, je, da so pod nekaterimi pogoji *učinki* merilo pristojnosti, ki je, kar zadeva tovrstno zakonodajo, splošno sprejeto v okviru pravil mednarodnega javnega prava¹⁸⁵ in ki so ga sprejele številne jurisdikcije po vsem svetu.¹⁸⁶ Številni pravni strokovnjaki namreč menijo, da je kakršna koli polemika glede njegove uporabe zdaj stvar preteklosti.¹⁸⁷

298. V tem okviru je koristno navesti, da tuje ravnanje subjektov, ki niso niti državljani države članice EU niti fizično ali pravno prisotni v Uniji, ureja več drugih določb prava EU zaradi učinka, ki ga ima navedeno ravnanje na notranjem trgu. To na primer velja za vrsto določb, s katerimi se urejajo transakcije s finančnimi instrumenti ali druge vrste gospodarskega delovanja.¹⁸⁸

299. Vendar to ne pomeni, da lahko kakršen koli učinek, naj bo še tako šibek ali posreden, sproži uporabo pravil EU o konkurenci. V globaliziranem gospodarstvu bo ravnanje, ki poteka kjer koli na svetu, na primer na Kitajskem, skoraj neizogibno imelo nek učinek v Evropski uniji. Vendar pa uporaba členov 101 in 102 PDEU ne more temeljiti na preveč oddaljeni ali povsem hipotetični povezavi ali učinku.

300. Menim, da je še posebej pomembno, da se pristojnost uveljavlja zadržano v zvezi z ravnanjem, ki strogo gledano ni potekalo na ozemlju Evropske unije. Za upoštevanje določene oblike vljudnosti in tudi za zagotovitev, da lahko podjetja poslujejo v predvidljivem pravnem okolju, se lahko učinek spornega ravnanja kot merilo za uveljavljanje pristojnosti uporabi le z veliko mero previdnosti. To je danes še toliko bolj pomembno. Po svetu je več kot 100 nacionalnih ali nadnacionalnih organov, ki naj bi bili pristojni za protikonkurenčne prakse.

301. Kot je Splošno sodišče menilo v sodbi Gencor/Komisija (T-102/96, EU:T:1999:65), je lahko uporaba pravil EU o konkurenci za določeno ravnanje upravičena, samo če ima navedeno ravnanje predvidljive, takojšnje in znatne učinke na notranjem trgu.¹⁸⁹ Tu je mogoče potegniti očitne vzporednice s pravili konkurence, ki se uporabljajo v Združenih državah Amerike (v nadaljevanju: ZDA): v oddelku 1 Shermanovega zakona je določena splošna prepoved omejevanja trgovine brez kakršnih koli geografskih omejitev. Zato je ameriški kongres leta 1982 sprejel zakon o izboljšavah pri varstvu konkurence v zunanji trgovini (Foreign Trade Antitrust Improvement Act, v nadaljevanju: zakon FTAIA),¹⁹⁰ da bi pojasnil (in po možnosti omejil) ekstrateritorialno uporabo Shermanovega zakona. V zakonu FTAIA je med drugim navedeno, da se protimonopolna pravila ZDA za tuje

¹⁸⁴

To vprašanje je dejansko predmet razprav v pravni teoriji: glej med drugim International Bar Association, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction, 2009, str. 12 in 13.

¹⁸⁵

Glej OECD, Revised recommendation of the Council Concerning Cooperation between Member countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade, 1995, na voljo na spletnem naslovu: <https://www.oecd.org/daf/competition/21570317.pdf>. Glej točke od 19 do 31 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca M. Darmona v združenih zadevah Ahlström Osakeyhtiö in drugi/Komisija (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 in od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:258) in sodbo z dne 25. marca 1999, Gencor/Komisija (T-102/96, EU:T:1999:65, točka 90).

¹⁸⁶

Glej na primer International Bar Association, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction, 2009, str. od 39 do 77.

¹⁸⁷

Glej med drugim Wagner-von Papp, F., „Competition Law, Extraterritoriality & Bilateral Agreements“, *Research handbook on International Competition Law*, Edward Elgar Publishing 2012, str. 41 in nadaljnje navedbe.

¹⁸⁸

Za pregled navedenih določb in kritično oceno glej Scott, J., „The New EU „Extraterritoriality““, *Common Market Law Review*, zv. 51, Wolters Kluwer Law and Business, 2014, str. od 1343 do 1380.

¹⁸⁹

Izpodbijana sodba (točka 243).

¹⁹⁰

15 U.S.Code, naslov 15, poglavje 1, §6a.

ravnanje uporabljajo, samo če ima tako ravnanje neposreden, znaten in razumno predvidljiv učinek v ZDA. Vrhovno sodišče ZDA je v zadevi *Empagran* – v kateri je razlagalo Shermanov zakon in zakon FTAIA – ugotovilo, da je nerazumno uporabljati zakone ZDA za tuje ravnanje, če nastala tuja škoda, ki se graja, ni odvisna od kakršne koli domače škode.¹⁹¹

302. Podobna načela bi morala voditi Sodišče pri razlagi in uporabi členov 101 in 102 PDEU za skupinsko ali enostransko ravnanje podjetij, ki v celoti poteka zunaj meja Unije. Po mojem mnenju je tako ravnanje z navedenima določbama zajeto, le če je mogoče zaznati neposreden (ali takojšen), znaten in predvidljiv protikonkurenčni učinek na notranjem trgu. Navedeno merilo „opredeljenih“ učinkov (kar po mojem mnenju pomeni, da so učinki dovolj pomembni, da upravičujejo uveljavitev pristojnosti) ni izpolnjeno, kadar je na primer učinek v Evropski uniji zgolj hipotetičen ali vsekakor manjši. Prav tako ni izpolnjeno, kadar izkrivljanja konkurence na notranjem trgu ni mogoče pripisati zadevnemu podjetju, ker ni moglo predvideti navedenih škodljivih učinkov.

303. Besedilo členov 101 in 102 PDEU ne upravičuje, da Komisija pravila EU uporabi v zvezi z ravnanjem, ki nima „opredeljenega“ učinka na ozemlju Evropske unije. Nasprotno mnenje bi bilo problematično tudi na podlagi pravil mednarodnega javnega prava. S prevelikim dosegom pravil EU o konkurenci bi se lahko poseglo v suverene interese drugih držav, poleg tega bi bilo taka pravila pravno in praktično težko izvrševati.¹⁹² Bistveno bi se tudi povečala prekrivanja pristojnosti različnih držav ali političnih sistemov, s tem pa bi nastala velika negotovost za podjetja in povečalo bi se tveganje za obstoj nasprotujočih si pravil (ali sodb), ki se uporabljajo za isto ravnanje. Nazadnje, vendar nič manj pomembno, bi se lahko pojavila vprašanja na podlagi načela dobrega upravljanja: kakšen bi bil interes izvrševanja pravil EU v zvezi z ravnanjem, ki nima znatnega učinka v Evropski uniji? Ali bi to bila upravičena in učinkovita uporaba omejenih virov Evropske unije?

304. Glede na navedeno menim, da Splošnemu sodišču ni mogoče očitati, kot trdi družba Intel, da je pristojnost Komisije za uporabo člena 102 PDEU preučilo tako na podlagi merila izvajanja kot na podlagi merila „opredeljenih“ učinkov. Seveda bi bilo bolj logično, da bi se najprej presodilo, ali se je ravnanje družbe Intel izvajalo v Uniji, in če se ni, šele nato ocenilo, ali je navedeno ravnanje kljub temu imelo „opredeljene“ učinke na notranjem trgu.

305. Vendar dejstvo, da družba Intel v upravnem postopku ni izpodbijala pristojnosti Komisije – kar Splošno sodišče poudarja v točki 246 izpodbijane sodbe – ni upoštevno. Kot je Sodišče večkrat poudarilo, se obseg nadzora zakonitosti iz člena 263 PDEU razteza na vse elemente odločb Komisije v zvezi s postopki na podlagi členov 101 in 102 PDEU, nad katerimi Splošno sodišče zagotavlja poglobljen nadzor, tako glede prava kot glede dejstev, glede na razloge, ki jih navedejo tožeče stranke, in ob upoštevanju vseh elementov, ki jih te predložijo, bodisi zgodnejših ali poznejših od sprejete odločbe in ne glede na to, ali so bili predloženi predhodno v okviru upravnega postopka ali prvič v okviru tožbe, vložene pri Splošnem sodišču, če so ti elementi upoštevni za nadzor nad zakonitostjo odločbe Komisije.¹⁹³

306. Skratka, pravnega okvira, ki ga je uporabilo Splošno sodišče, ni mogoče grajati. Vseeno pa moram glede uporabe navedenih meril pristojnosti za zlorabe, ki naj bi izhajale iz sporazumov z družbo Lenovo, v izpodbijani sodbi pripomniti naslednje.

¹⁹¹

Sodba vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Hoffman-La Roche Ltd. proti Empagran S.A.* (124 S.Ct. 2359 (2004)).

¹⁹²

Prav iz teh razlogov so institucije EU sklenile sporazume z organi več držav zunaj Evropske unije, da bi vzpostavile oblike sodelovanja na področju konkurenčnega prava. Na primer, vsaj dva taka sporazuma sta bila sklenjena z vlado ZDA; zanimivo je, da se oba nanašata na vprašanje pristojnosti. Za besedilo teh sporazumov in nadaljnja sklicevanja glej: <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral>.

¹⁹³

Glej sodbo z dne 21. januarja 2016, *Galp Energía España in drugi/Komisija* (C-603/13 P, EU:C:2016:38, točka 72).

b) Presoja uporabe upoštevnih meril pristojnosti Splošnega sodišča

307. Najprej bom preučil ugotovitve Splošnega sodišča v zvezi z izvajanjem golih omejitev in rabatov za izključnost, izhajajočih iz sporazumov z družbo Lenovo, v EGP.

i) Izvajanje

308. Splošno sodišče je v izpodbijani sodbi¹⁹⁴ ugotovilo, da sta bila sporazuma z družbo Lenovo namenjena temu, da ju družba Lenovo izvaja povsod po svetu, vključno z EGP. Glede na navedena sporazuma družba Intel ni mogla trditi, da ni imela vpliva na to, kako družba Lenovo uporablja CPE družbe Intel. Družba Intel se je tudi zavedala, da je družba Lenovo prisotna na notranjem trgu in na njem prodaja prenosne računalnike.

309. Menim, da je pri tem sklepanju pravo napačno uporabljeno. Če bi Komisija ugotovila, da je družba Intel skupaj z družbo Lenovo kršila člen 101 PDEU, bi bilo pravilno, da bi Splošno sodišče preučilo, ali sta bila njuna sporazuma namenjena temu, da bi ju katera koli pogodbenica izvajala v EGP. Vendar se sporna odločba nanaša na ravnanje, ki ga je Komisija preganjala na podlagi člena 102 PDEU: enostransko ravnanje družbe Intel. Zato je to enostransko ravnanje – domnevna zloraba – tisto, ki se mora izvajati v EGP.

310. Vendar pa se izpodbijana sodba nikjer ne nanaša na ravnanje, ki ga je družba Intel začela ali izvajala na ozemlju EGP, da bi izvedla to, kar je bilo dogovorjeno v sporazumih z družbo Lenovo. To ni presenetljivo. Navedena sporazuma, ki sta ju sklenili družba iz ZDA in kitajska družba, sta se nanašala na prodajo CPE, proizvedenih in prodanih zunaj Unije, za vgraditev v računalnike, proizvedene na Kitajskem. Z njima je bila omejena samo možnost, da bi družba AMD, ki ima prav tako sedež v ZDA, CPE prodajala na kitajskem trgu.

311. Splošno sodišče se je, namesto da bi se osredotočilo na morebitno izvajanje družbe Intel, osredotočilo na ravnanje strank na trgu, nižje v prodajni verigi, da bi ugotovilo povezavo z ozemljem EGP. Zgolj dejstvo, da družba Lenovo nekaj časa ni prodajala določenega modela računalnika na svetovni ravni, morebiti vključno z EGP, je za Splošno sodišče pomenilo izvajanje zlorab družbe Intel.

312. Navedeno sklepanje ni prepričljivo. Če bi se izvajanje povezovalo z ravnanjem stranke podjetja, obdolženega kršitve člena 102 PDEU, bi bilo mogoče skoraj vsako ravnanje – ne glede na to, kako malo bi bilo povezano z ozemljem EU – razlagati tako, da na podlagi merila izvajanja spada pod pristojnost Komisije. Drugi elementi, ki jih je upoštevalo Splošno sodišče, so enako neprepričljivi. Prvič, zdi se mi, da zgolj dejstvo, da je družba Intel vplivala na to, kako je družba Lenovo uporabljala CPE družbe Intel, nima nobenega vpliva v tem pogledu. Če bi bila družba Lenovo kakor koli korporacijsko ali strukturno povezana z družbo Intel, bi ugotovitev lahko bila drugačna. Drugič, dejstvo, da se je družba Intel zavedala, da je družba Lenovo prisotna na notranjem trgu in na njem prodaja prenosne računalnike, po mojem mnenju prav tako ni pomembno. Še enkrat moram poudariti, da se nezakonito ravnanje ne nanaša na prodajo prenosnih računalnikov: nanaša se na izključitev družbe AMD s trga CPE. Preprostega zavedanja prisotnosti stranke v EGP ni mogoče šteti za primer izvajanja zlorab na trgu, ki je višje v prodajni verigi.

313. Glede na elemente, predstavljene v izpodbijani sodbi, torej nisem prepričan, da je mogoče za domnevno zlorabo družbe Intel šteti, da se je izvajala v EGP v smislu sodbe Ahlström Osakeyhtiö in drugi/Komisija (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 in od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:447). Ničesar v zadevnem ravnanju po mojem mnenju ni mogoče opredeliti tako, da je bilo izvedeno, izvršeno ali dano v izvajanje na notranjem trgu.

¹⁹⁴

Izpodbijana sodba, točke od 310 do 314.

314. Vendar to ne izključuje, da je ravnanje družbe Intel lahko imelo protikonkurenčne učinke na notranjem trgu, ki so zajeti s členom 102 PDEU. Zato se bom zdaj lotil ugotovitev Splošnega sodišča v zvezi z učinki zlorabe družbe Intel v EGP.

ii) „Opredeljeni“ učinki

315. Splošno sodišče je v izpodbijani sodbi¹⁹⁵ najprej pojasnilo, da je merilo, ki ga je treba uporabiti, to, ali je ravnanje družbe Intel lahko imelo takojšnje, znatne in predvidljive učinke na notranjem trgu. Po njegovem mnenju to ne pomeni, da mora biti učinek na trg dejanski, ampak samo, da mora biti dovolj verjetno, da ima lahko zadevno ravnanje občuten in nezanemarljiv vpliv na navedenem trgu. Nato je posebej preučilo učinke dveh vrst ravnanja.

316. V zvezi z golimi omejitvami je Splošno sodišče navedlo, da je bilo za dva modela prenosnih računalnikov, na katera se je nanašala odložitev uvajanja, predvideno, da bo v celotni regiji EBVA (Evropa, Bližnji vzhod in Afrika) v četrtem četrtletju leta 2006 prodanih 5400 oziroma 4250 enot. Dodalo je, da je EGP pomemben del navedene regije. Ker družba Intel ni predložila nobenih dokazov v podporo svoji trditvi, da je bilo mogoče, da so bili vsi ti računalniki namenjeni za območja zunaj EGP, je Splošno sodišče menilo, da so bili učinki v EGP vsaj potencialni. Dalje je priznalo, da so bile zadevne številke v regiji EBVA skromne, vendar pa je dodalo, da je bilo ravnanje družbe Intel del enotne in trajajoče kršitve.¹⁹⁶ Prav tako je menilo, da je bil namen ravnanja družbe Intel doseči takojšnje (kadar v danem obdobju računalnik, opremljen s CPE družbe AMD, ni bil na voljo) in neposredne učinke v EGP (ravnanje družbe Intel se je nanašalo neposredno na to, da je družba Lenovo prodajala računalnike).¹⁹⁷

317. Kar zadeva rabate za izključnost, je Splošno sodišče ugotovilo, da so bili učinki takojšnji, ker noben prenosni računalnik družbe Lenovo, opremljen s CPE x86 konkurenta družbe Intel, ni bil na voljo nikjer na svetu, vključno z EGP. Nato je dodalo, da je bil ta učinek predvidljiv za družbo Intel in ga je ta tudi načrtovala. Glede znatnosti učinka je Splošno sodišče poudarilo, da so bili rabati za izključnost del enotne in trajajoče kršitve.¹⁹⁸

318. Sklepanje Splošnega sodišča ni samo zgoščeno. Še pomembneje je, da je pri njem pravo uporabljeno napačno.

319. Pri obeh vrstah ravnanja je edini argument Splošnega sodišča glede znatnosti učinka na notranjem trgu ta, da sta bili del enotne in trajajoče kršitve. Vendar je, kot je pojasnjeno zgoraj v točki 179 in naslednjih, pojem enotne in trajajoče kršitve zgolj postopkovno pravilo, ki je namenjeno zmanjšanju dokaznega bremena organov za konkurenco. S tem pojmom se ne razširi – in ne sme razširiti – obseg prepovedi na podlagi Pogodb.

¹⁹⁵
Izpodbijana sodba, točke od 250 do 258 in od 283 do 297.

¹⁹⁶
Izpodbijana sodba (točka 290).

¹⁹⁷
Izpodbijana sodba (točki 277 in 278).

¹⁹⁸
Izpodbijana sodba (točke od 293 do 295).

320. Prav to pa je Splošno sodišče storilo v izpodbijani sodbi. Namesto da bi preučilo, ali so lahko rabati za izključnost in gole omejitve imeli občuten protikonkurenčni učinek na notranjem trgu, kar bi sprožilo uporabo člena 102 PDEU, jih je zgolj skupaj z ravnanjem, ki je potekalo v Evropski uniji, povežalo v enotno in trajajočo kršitev, katere učinek je bil po njegovem mnenju znaten. Dve ločeni vrsti tujega ravnanja, ki bi načeloma lahko obe bili zunaj področja uporabe člena 102 PDEU, sta bili torej nenadoma zajeti z navedeno določbo, ker sta bili preučeni skupaj z drugim ravnanjem kot del celovitega načrta za omejevanje konkurence.

321. Če bi Splošno sodišče pravilno uporabilo merilo „opredeljenih“ učinkov (presodilo, ali je vsaka vrsta ravnanja spadala v pristojnost Komisije), bi bil lahko rezultat njegove analize dejansko drugačen. Na primer, Splošno sodišče je samo navedlo, da je bilo število računalnikov, na katere so se nanašale gole omejitve, „skromno“ in da ni bilo jasno, ali so bili prodaji v EGP namenjeni vsi ali samo nekateri od njih. Kar zadeva zadnjenavedeni element, moram opozoriti na še eno napačno uporabo prava Splošnega sodišča: nedvomno mora Komisija dokazati, da so lahko učinki spornega ravnanja na notranjem trgu občutni. V skladu z ustaljeno sodno prakso mora namreč Komisija dokazati, da so izpolnjeni vsi pogoji za uporabo členov 101 in 102 PDEU v določeni zadevi.¹⁹⁹ Zato je bilo napačno od družbe Intel zahtevati, naj ovrže predpostavko Komisije v zvezi z možno prodajo računalnikov, namenjenih za mnogo širšo regijo, v EGP.

322. Seveda sta imela sporazuma z družbo Lenovo takojšen in neposreden učinek, če naj bi ta izraza pomenila, da sta navedena sporazuma vplivala na ravnanje družbe Lenovo, kar zadeva nabavo CEP in nadaljnjo prodajo prenosnih računalnikov, opremljenih CPE x86. Vendar pa je tu ključno vprašanje, ali so bili protikonkurenčni učinki, ki so izhajali iz navedenih sporazumov, v EGP takojšnji in neposredni. Drugače povedano, Splošno sodišče bi moralo vprašati: ali bi se lahko zaradi navedenih sporazumov takoj in neposredno zmanjšala zmožnost konkurentov družbe Intel, da konkurirajo za CPE x86 na notranjem trgu? Splošno sodišče sploh ni preučilo tega vidika. Navedlo je samo, da sta navedena sporazuma vplivala na poslovne odločitve družbe Lenovo. Tak vpliv pa naj bi imel vsak poslovni sporazum.

323. Enako napačno sklepanje je Splošno sodišče uporabilo v zvezi s predvidljivostjo učinkov sporazumov z družbo Lenovo. Splošno sodišče se je znova osredotočilo na učinek, ki sta ga navedena sporazuma imela (ali naj bi ga imela) na poslovne odločitve družbe Lenovo. Izpodbijana sodba ne obravnava predvidljivosti protikonkurenčnih učinkov, ki sta jih navedena sporazuma (domnevno) imela na notranjem trgu.

324. Na podlagi elementov, navedenih v izpodbijani sodbi, se kakršen koli protikonkurenčni učinek, izhajajoč iz sporazumov z družbo Lenovo, ne zdi takojšen, znaten in predvidljiv, ampak bolj hipotetičen, špekulativen in neutemeljen. Vendar to ne pomeni, da sporazuma z družbo Lenovo nista imela ali ne bi mogla imeti takega „opredeljenega“ učinka na notranjem trgu.

325. Po eni strani se lahko upravičeno pojavijo dvomi glede tega, ali se je lahko na primer za ravnanje, ki je vplivalo na prodajo nekaj tisoč računalnikov v EGP, ki so pomenili izjemno omejen delež svetovnega trga za CPE, v zelo kratkem obdobju, ugotovilo, da ima takojšen, znaten in predvidljiv učinek v EGP. Po drugi strani ni mogoče izključiti, da sta sporazuma z družbo Lenovo lahko bistveno vplivala na neprekinjeno zmožnost družbe AMD, da razvija, proizvaja in trži CPE po vsem svetu, vključno z EGP. Z vidika družbe Intel je izključitev edinega uspešno delujočega konkurenta na trgu CPE mogoče doseči ne glede na to, ali se odloči ciljati na stranke, ki poslujejo v EGP ali drugje. Želeni učinek ostane isti.

199
Glej člen 2 Uredbe št. 1/2003.

326. Na žalost pa Splošno sodišče ni opravilo take analize. Temeljno vprašanje, ali sta sporazuma z družbo Lenovo lahko povzročila kakršen koli takojšen, znaten in predvidljiv protikonkurenčni učinek v EGP, torej ostaja neodgovorjeno. In to kljub njegovemu bistvenemu pomenu za odločitev o uporabi člena 102 PDEU za domnevno zlorabo, izhajajočo iz navedenih sporazumov.

327. Na podlagi navedenega ugotavljam, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo s tem, da je uporabilo merilo izvajanja in merilo opredeljenih učinkov, da bi zavrnilo trditve družbe Intel (in združenja ACT) v zvezi z neobstojem pristojnosti Komisije za uporabo člena 102 PDEU v zvezi z zlorabami, izhajajočimi iz sporazumov z družbo Lenovo. Peti pritožbeni razlog bi bilo torej treba sprejeti.

G – Šesti pritožbeni razlog: znesek globe

1. Glavne trditve strank

328. Šesti pritožbeni razlog se nanaša na znesek globe, naložene na prvi stopnji. Razdeljen je na dva dela. Prvič, družba Intel trdi, da globa ni sorazmerna, ne glede na kakršno koli dodatno znižanje globe kot posledico napačne uporabe prava Splošnega sodišča. Drugič, družba Intel trdi, da je Splošno sodišče storilo napako, ker je uporabilo smernice iz leta 2006 za ravnanje, ki je bilo storjeno pred njihovim sprejetjem. Retroaktivna uporaba smernic iz leta 2006 za utemeljitev globe, ki je več kot 50-krat višja od globe, določene z zakonodajo, veljavno v času, ko je bila storjena večina ravnanja, je po trditvah pritožnice v nasprotju s temeljnimi načeli prava EU. Pritožnica zlasti izpodbija skladnost navedenega pristopa s členom 7 EKČP in členom 49 Listine.

329. Komisija meni, da bi bilo treba ta pritožbeni razlog zavreči oziroma zavrniti, ker delno ni dopusten, je delno brezpredmeten oziroma, podredno, ni utemeljen.

2. Analiza

330. Pritožnica navaja ta pritožbeni razlog kot samostojni razlog za razveljavitev izpodbijane sodbe. Trdi, da je bilo kršeno načelo sorazmernosti in da je Splošno sodišče napačno (retroaktivno) uporabilo smernice Komisije o določanju glob za določitev globe.

331. Prvi del šestega pritožbenega razloga se nanaša (ne)sorazmernost globe, ki je bila pritožnici naložena v sporni odločbi in jo je pozneje potrdilo Splošno sodišče. V bistvu se postavlja naslednje vprašanje: kateri so ustrezni parametri za presojo sorazmernosti globe, ki jo Komisija naloži v okviru svojih preiskav?

332. To nikakor ni nezanimivo vprašanje. Pravzaprav se dotika bistva pooblastil, podeljenih Komisiji za preiskavo in sankcioniranje kršitev pravil EU o konkurenci. Poleg tega ima posledice za način, kako sodišča EU izvršujejo svojo neomejeno pristojnost v okviru določanja glob.

333. Za podroben odgovor na to vprašanje bi bilo treba preučiti vrsto občutljivih vprašanj. V mislih imam predvsem medsebojno razmerje med odvrčanjem in višino glob, ustrezno izhodišče za merjenje sorazmernosti (sorazmernost glede na kaj?) in meje, ki se lahko na podlagi člena 49(3) Listine določijo za višino glob, naloženih podjetjem, ki so kršila pravila EU o konkurenci.

334. Vendar ta pritožba žal ni primerna za tako razpravo. Razen posamičnih pripomb v zvezi z nesorazmernostjo globe, zlasti v primerjavi z globami, ki so bile predhodno naložene v zadevah o rabatih na podlagi člena 102 PDEU, pritožnica ne pojasni, kako je s presojo Splošnega sodišča kršeno načelo sorazmernosti.²⁰⁰ Družba Intel Sodišču zgolj predlaga, naj samo določi, kakšna kazen, če sploh, je sorazmerna v okoliščinah te zadeve.

335. V zvezi s tem, kot je dobro znano, Sodišče zaradi pravičnosti ne sme s svojo presojo nadomestiti presoje Splošnega sodišča v zvezi z zneskom globe. Izjemoma lahko Sodišče, če meni, da višina sankcije ni le neprimerna, ampak tudi tako pretirana, da ni sorazmerna, ugotovi, da je Splošno sodišče zaradi neprimernosti zneska globe napačno uporabilo pravo.²⁰¹ Zgolj dejstvo, da je bila globa, naložena v sporni odločbi (1,06 milijarde EUR), v tistem času rekordna, ne pomeni, da ni bila primerna ali da dejansko ni bila sorazmerna, kot se zdi, da sugerira pritožnica.

336. S trditvami v zvezi s sorazmernostjo se v resnici izpodbijajo nekatere ugotovitve dejanskega stanja in zlasti presoja dokazov na prvi stopnji.²⁰² V nasprotju z drugimi pritožbenimi razlogi, ki jih v tej zadevi navaja pritožnica, napačne uporabe *prava*, ki naj bi jo storilo Splošno sodišče, ni mogoče zlahka razbrati iz trditve pritožnice. Kot je že bilo poudarjeno, Sodišče v okviru pritožbe ni pristojno za ponovno presojo dejanskega stanja ali dokazov. Pritožnica v tej zadevi ni navedla utemeljene trditve v zvezi z očitno napako pri presoji dejanskega stanja. Izkrivljanje dokazov, ki ga zatrjuje družba Intel, prav tako ni razvidno iz listin v spisih. Da bi Sodišče zatrjevano izkrivljanje presodilo v pritožbenem postopku, mora biti mogoče to odkriti brez ponovne presoje dejanskega stanja.²⁰³

337. Zato se strinjam s Komisijo, da je treba ugotoviti, da trditve pritožnice v zvezi s sorazmernostjo globe, niso dopustne.

338. Drugi del šestega pritožbenega razloga se nanaša na retroaktivno uporabo smernic Komisije o določanju glob iz leta 2006 za ravnanje, ki je delno potekalo pred njihovim sprejetjem. Postavlja se vprašanje: v kolikšnem obsegu Komisijo zavezujejo njene smernice o določanju glob?

339. Sodna praksa Sodišča je v zvezi s tem jasna in ne podpira stališča pritožnice.

200

V zvezi s tem je treba upoštevati, da praksa Komisije v predhodnih odločbah na splošno ne pomeni pravnega okvira za globe, naložene v zadevah s področja konkurence. To pa zato, ker ima Komisija pri določanju glob široko diskrepcijsko pravico in načeloma ni omejena s presojami, ki jih je opravila v preteklosti. Glej med drugim sodbo z dne 19. marca 2009, Archer Daniels Midland/Komisija (C-510/06 P, EU:C:2009:166, točka 82 in navedena sodna praksa).

201

Glej med drugim sodbi z dne 10. julija 2014, Telefónica in Telefónica de España/Komisija (C 295/12 P, EU:C:2014:2062, točka 205 in navedena sodna praksa), in z dne 4. septembra 2014, YKK in drugi/Komisija (C 408/12 P, EU:C:2014:2153, točka 29 in navedena sodna praksa). Glej tudi sodbi z dne 29. aprila 2004, British Sugar/Komisija (C 359/01 P, EU:C:2004:255, točka 47 in navedena sodna praksa), in z dne 19. decembra 2013, Koninklijke Wegenbouw Stevin/Komisija (C-586/12 P, neobjavljena, EU:C:2013:863, točka 33 in navedena sodna praksa).

202

V zvezi s tem se pritožnica sklicuje na seznam dejavnikov, ki so bili po njenem mnenju nepravilno presojeni v izpodbijani sodbi. Poleg tega se pritožnica ne strinja s tem, kako je Splošno sodišče obravnavalo dokaze v zvezi s prikrievanjem, dejavnikom, na katerega se je oprlo pri povišanju globe.

203

Glej na primer sodbi z dne 6. aprila 2006, General Motors/Komisija (C-551/03 P, EU:C:2006:229, točke od 51 do 53 in navedena sodna praksa), in z dne 8. marca 2016, Grčija/Komisija (C-431/14 P, EU:C:2016:145, točki 31 in 32 ter navedena sodna praksa).

340. V skladu z ustaljeno sodno prakso Komisiji ni prepovedano, da prilagodi višino glob (navzgor) v okviru meja, navedenih v Uredbi št. 1/2003, če je to nujno za zagotovitev izvajanja politike konkurence EU. To pa zato, ker se za pravilno uporabo pravil EU o konkurenci zahteva, da lahko Komisija kadar koli višino glob prilagodi potrebam navedene politike.²⁰⁴ V tem okviru lahko načelo prepovedi retroaktivnosti na diskrecijsko pravico Komisije za določitev globe vpliva, samo če zadevne spremembe ni bilo mogoče razumno predvideti, ko so bile zadevne kršitve storjene.²⁰⁵

341. Še bolj bistveno je, da je Sodišče odločilo, da podjetja, ki so v upravnem postopku, v katerem se lahko naložijo globe, ne morejo pridobiti upravičenih pričakovanj, da bo uporabljena določena metoda izračuna glob. Zadevna podjetja morajo upoštevati možnost, da lahko Komisija kadar koli zviša višino glob v primerjavi s tisto, ki jo je uporabila v preteklosti. To ne velja samo tedaj, ko Komisija zviša višino glob, ko nalaga globe v posameznih odločbah, ampak tudi če je to zvišanje v določenih zadevah izvedeno z uporabo pravil ravnanja, ki so splošno veljavna, kot so smernice o določanju glob iz leta 2006.²⁰⁶

342. Na podlagi navedenega sklepam, da dokler naložena globa ostane v mejah, določenih v členu 23(2) Uredbe št. 1/2003, se pritožnica ne more učinkovito sklicevati na načelo prepovedi retroaktivnosti, da bi izpodbijala globo, naloženo na podlagi smernic o določanju glob iz leta 2006. To še toliko bolj velja, ker so navedene smernice že veljale, preden se je sporno ravnanje končalo. Dejansko so meje diskrecijske pravice Komisije pri določanju glob za kršitev pravil EU o konkurenci opredeljene z Uredbo št. 1/2003 kot veljavno zakonodajo, in ne s smernicami o določanju glob, s katerimi je podrobneje predstavljeno, kako namerava Komisija uporabljati to diskrecijsko pravico.

343. Glede na navedeno bi bilo treba drugi del šestega pritožbenega razloga zavrni kot neutemeljen. Šesti pritožbeni razlog bi bilo torej treba zavrni.

VI – Posledice presoje

344. Sodišče v skladu s prvim odstavkom člena 61 Statuta Sodišča razveljavi odločitev Splošnega sodišča, če je pritožba utemeljena. Če stanje postopka to dovoljuje, lahko samo dokončno odloči o zadevi. Zadevo lahko tudi vrne v razsojanje Splošnemu sodišču.

345. Ugotovil sem, da je treba prvi, drugi, tretji, četrti in peti pritožbeni razlog sprejeti. Posledično bi bilo treba izpodbijano sodbo razveljaviti.

346. Glede na naravo napak, ki jih je storilo Splošno sodišče v zvezi s prvim, drugim, tretjim in petim pritožbenim razlogom, se mi zdi, da stanje postopka v tej zadevi ne dovoljuje dokončne odločitve o zadevi. To pa zato, ker je meritorna odločba (ali rabati in plačila, ki jih je ponujala družba Intel, pomenijo zlorabo prevladujočega položaja v nasprotju s členom 102 PDEU ali ne in ali sta imela sporazuma z družbo Lenovo kakršen koli takojšen, znaten in predvidljiv protikonkurenčni učinek v EGP) odvisna od preučitve vseh okoliščin zadeve in po potrebi dejanskega ali morebitnega učinka ravnanja družbe Intel na konkurenco na notranjem trgu. To pa vključuje presojo dejanskega stanja, ki jo bo bolje opravilo Splošno sodišče.

²⁰⁴

Glej nedavno sodbo z dne 18. julija 2013, Schindler Holding in drugi/Komisija (C-501/11 P, EU:C:2013:522, točka 75 in navedena sodna praksa).

²⁰⁵

Glej sodbo z dne 28. junija 2005, Dansk Rørindustri in drugi/Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, EU:C:2005:408, točka 224).

²⁰⁶

Glej sodbo z dne 28. junija 2005, Dansk Rørindustri in drugi/Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, EU:C:2005:408, točke od 228 do 231).

347. Po drugi strani se zdi, da ima Sodišče, kar zadeva četrti pritožbeni razlog v zvezi s kršitvijo pritožnične pravice do obrambe, že od začetka dovolj informacij, da odloči o razglasitvi ničnosti sporne odločbe. Kljub temu glede na razpoložljiva dejstva in izmenjavo stališč pred tem sodiščem predlagam, naj se zadeva tudi v zvezi s to točko vrne v razsojanje Splošnemu sodišču. Natančneje, strankama bi bilo treba ustrezno omogočiti, da izrazita svoja stališča glede posledic, ki jih je treba izpeljati iz zadevne postopkovne nepravilnosti, in zlasti glede tega, ali bi bilo treba sporno odločbo razglasiti za nično v celoti (kot v zadevi Solvay/Komisija²⁰⁷) ali samo v delu, v katerem se nanaša na ravnanje družbe Intel v razmerju do družbe Dell.

348. Zato Sodišču predlagam, naj zadevo vrne Splošnemu sodišču v ponovno razsojanje.

VII – Predlog

349. Glede na zgornje preudarke Sodišču predlagam, naj:

1. razveljavi sodbo Splošnega sodišča Evropske unije z dne 12. junija 2014, Intel/Komisija (T-286/09);
2. zadevo vrne v razsojanje Splošnemu sodišču;
3. odredi, naj se odločitev o stroških pridrži.

²⁰⁷

Sodba z dne 25. oktobra 2011, Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:686, točki 71 in 72).