# SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA JÁNA MAZÁKA, predstavljeni 2. septembra 2010[1]

1. Stockholms tingsrätt (v nadaljevanju: okrožno sodišče v Stockholmu) (Švedska) je v tem predlogu za sprejetje predhodne odločbe Sodišču postavilo deset vprašanj o razlagi člena 102 PDEU (prej člen 82 ES) glede domnevne zlorabe prevladujočega položaja z zbijanjem marž (margin squeeze).[2] Predložitvena odločba je bila sprejeta v postopku med švedskim telekomunikacijskim operaterjem, družbo TeliaSonera Sverige AB (v nadaljevanju: TeliaSonera), in Konkurrensverket (nacionalni organ, pristojen za konkurenco, v nadaljevanju: Konkurrensverket). Konkurrensverket je 21. decembra 2004 predložitvenemu sodišču predlagal, naj družbi TeliaSonera odredi plačilo upravne kazni v znesku 144 milijonov SEK (zdaj približno 15,1 milijona EUR) za kršitev nacionalnega konkurenčnega prava in člena 102 PDEU.

## I – Dejansko stanje in predložena vprašanja

2. Ta zadeva se nanaša na tehnološko spremembo, do katere je prišlo ob koncu devetdesetih prejšnjega stoletja in na začetku tega desetletja, ko je veliko švedskih končnih uporabnikov internetnih storitev začelo klicno internetno povezavo zamenjevati za različne vrste širokopasovne povezave (z znatno višjo hitrostjo prenosa). V tistem obdobju so bile splošne oblike širokopasovnega omrežja povezave ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) prek fiksnega telefonskega omrežja in povezave prek TV-omrežja ali lokalnega omrežja (LAN).

3. Družba TeliaSonera, prej družba Telia AB, je bila dolgo časa lastnik žičnega dostopovnega omrežja, ki je načeloma lahko doseglo vsako gospodinjstvo na Švedskem. Je eden od prvih operaterjev telefonskega omrežja in je imel pred tem državni monopol glede pravice določanja, kakšno opremo je treba uporabljati v njegovem fiksnem omrežju. Družba TeliaSonera je poleg širokopasovnih storitev končnim uporabnikom (končni ali maloprodajni trg) ponudila dostop do žičnega

1 – Jezik izvirnika: angleščina.
2 – Glej opredelitev zbijanja marž v točki 12.

dostopovnega omrežja (se pravi tistega dela telefonskega omrežja, ki povezuje individualna gospodinjstva z najbližjo lokalno preklopno centralo) drugim operaterjem (nabavni trg oziroma trg posredniških storitev), ki so bili tudi dejavni na trgu končnih uporabnikov. Načina za dostop sta bila dva. Družba TeliaSonera je ponujala tako imenovani dostop LLUB (Local Loop Un-Bundling, torej razvezani dostop do krajevne zanke), pri katerem je operater v zameno za plačilo lahko pridobil bodisi poln bodisi deljen dostop do žičnega dostopovnega omrežja družbe TeliaSonera v skladu z Uredbo št. 2887/2000[3]. Toda domnevna zloraba prevladujočega položaja se ne nanaša na dostop LLUB, ki ga ureja ta uredba, ampak na dostop, ki ga je družba TeliaSonera ponujala konkurentom do fiksnega omrežja na podlagi posredniških storitev za povezave ADSL (npr. Skanova Bredband ADSL).

4. Konkurrensverket navaja, da je družba TeliaSonera svoj prevladujoči položaj na trgu posredniških storitev zlorabila tako, da je uporabljala maržo med ceno posredniških storitev za vstopne proizvode ADSL in maloprodajno ceno za storitve ADSL, ki jih zagotavlja potrošnikom, ki ne bi zadoščala za kritje njenih povečanih stroškov na maloprodajnem trgu. Glede na to, kako je Konkurrensverket zasnoval tožbo, je bilo obdobje od aprila 2000 do 1. januarja 2001 preučeno le v povezavi s členom 19 zakona o konkurenci (Konkurrenslagen (1993:20)). V naslednjem obdobju vse do vključno januarja 2003 pa sta upoštevna tako zakon o konkurenci kot tudi člen 102 PDEU. Družba Tele2 Sverige Aktiebolag (v nadaljevanju: Tele2) je vložila predlog za dopustitev intervencije v postopku pred Konkurrensverket.[4] Iz predložitvenega sklepa jasno izhaja, da je med strankami v postopku v glavni stvari spornih več pomembnih in po mojem mnenju bistvenih dejstev (kot na primer opredelitev upoštevnega trga, na katerem ima družba TeliaSonera prevladujoč položaj, ali celo obstoj takega položaja). Toda predložitveno sodišče glede na nacionalna postopkovna pravila navaja, da je treba Sodišču predložiti vprašanja že v tej fazi postopka. V postopku v glavni stvari morata ocena dejstev in pravna presoja potekati hkrati s premislekom glede sodbe, po glavni obravnavi.

5. Predložitveno sodišče meni, da tudi če ne bi prišlo do vpliva na trgovino v EU ali pa bi

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

4 – Leta 2005 je družba Tele2 na Švedskem vložila tožbo proti družbi TeliaSonera, v kateri zahteva odškodnino v znesku približno 240 milijonov EUR za škodo, ki je bila povzročena z domnevno zlorabo prevladujočega položaja. Ta postopek je bil prekinjen v pričakovanju odločbe v postopku v glavni stvari. Glej zadevo T 10956-05, Tele2 Sverige AB mot TeliaSonera AB.

do zlorabe prišlo le v obdobju od aprila 2000 do 1. januarja 2001, je sprejetje predhodne odločbe nujno. Glede na to je predložitveno sodišče prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„(1) Pod katerimi pogoji lahko gre za kršitev člena [102 PDEU], ki temelji na razliki med ceno, po kateri vertikalno integrirano podjetje posredniške storitve ADSL prodaja svojim konkurentom, in ceno, po kateri te storitve prodaja končnim uporabnikom?

(2) Ali je treba za odgovor na prvo vprašanje upoštevati le cene, ki jih za svoje končne uporabnike uporablja podjetje s prevladujočim položajem, ali tudi cene, ki jih imajo na trgu za končne uporabnike njegovi konkurenti?

(3) Ali je za odgovor na prvo vprašanje pomembno dejstvo, da za podjetje s prevladujočim položajem iz nobenega predpisa ne izhaja obveznost ponujati posredniške storitve, temveč je to storilo prostovoljno?

(4) Ali mora imeti ravnanje, opisano v prvem vprašanju, da bi se štelo za zlorabo, omejujoče učinke na konkurenco, in če je tako, kako je te učinke mogoče ugotoviti?

(5) Ali na odgovor na prvo vprašanje vpliva stopnja prevlade podjetja s prevladujočim položajem na trgu?

(6) Ali mora zato, da bi se ravnanje iz prvega vprašanja štelo za zlorabo, podjetje, ki tako ravna, imeti prevladujoč položaj tako na trgu posredniških storitev kot na trgu za končne uporabnike?

(7) Ali mora zato, da bi se ravnanje iz prvega vprašanja štelo za zlorabo, proizvod […], ki ga na trgu posredniških storitev ponuja podjetje s prevladujočim položajem, biti za konkurente nujen?

(8) Ali na odgovor na prvo vprašanje vpliva dejstvo, da gre za dobavo novi stranki?

(9) Ali mora za to, da bi se ravnanje iz prvega vprašanja štelo za zlorabo, podjetje s prevladujočim položajem imeti možnost izravnati svoje izgube?

(10) Ali na odgovor na prvo vprašanje vpliva dejstvo, da gre za novo tehnologijo na trgu, ki zahteva velika vlaganja, na primer zaradi razumnih zagonskih stroškov in morebitne nujnosti prodaje z izgubo v zagonski fazi?“

6. Pisna stališča so podali Konkurrensverket, družba TeliaSonera, družba Tele2, finska in poljska vlada ter Evropska komisija. Na obravnavi 18. marca 2010 so iste stranke z izjemo finske in poljske vlade podale ustne navedbe.

odgovorov na drugih devet vprašanj. Kot bom pojasnil v nadaljevanju, menim, da iz predložitvenega sklepa izhaja, da so za rešitev spora v glavni stvari posebej pomembna prvo vprašanje skupaj s tretjim in sedmim, zato se bom osredotočil na ta vprašanja. To je utemeljeno zlasti z dejstvom, da sodna praksa Evropske skupnosti (zdaj sodna praksa Evropske unije (EU)) na druga vprašanja v veliki meri že odgovarja.

*Prvo vprašanje – pogoji za obstoj učinka zbijanja marž, ki pomeni zlorabo – tretje vprašanje – neobstoj predpisa, ki bi določal obveznost dobave – in sedmo vprašanje – nujnost proizvoda*

**II – Presoja**

7. Kot je navedeno v točki 4 zgoraj, je predložitveno sodišče obrazložilo, da se morajo predložena vprašanja zaradi nacionalnih procesnih pravil osredotočiti le na načela konkurenčnega prava. Glede na naravo predloženih vprašanj bodo naslednje ugotovitve nujno omejene na načelna vprašanja. Nacionalno sodišče bo moralo ugotoviti dejstva in uporabiti upoštevno pravo. V tej fazi je dovolj navesti, da menim, da bo izčrpen odgovor na prvo vprašanje predložitvenega sodišča izhajal iz

8. V skladu z ustaljeno sodno prakso je „pojem zlorabe objektiven pojem, ki se nanaša na ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, ki lahko vpliva na strukturo trga, na katerem je prav zaradi prisotnosti zadevnega podjetja raven konkurence že oslabljena, in ki lahko – zaradi uporabe postopkov, drugačnih od tistih, ki urejajo normalno konkurenco med proizvodi ali storitvami na podlagi storitev

gospodarskih subjektov – ovirajo ohranitev ravni konkurence, ki še obstaja na trgu, ali razvoj te konkurence“.[5]

9. Poleg tega „ugotovitev obstoja prevladujočega položaja ne pomeni očitka v zvezi z zadevnim podjetjem, ampak pomeni le, da ima to, neodvisno od razlogov za tak položaj, posebno odgovornost, da s svojim ravnanjem ne posega v učinkovito in neizkrivljeno konkurenco na skupnem trgu“.[6] Dejanski obseg te posebne odgovornosti je treba presojati glede na posebne okoliščine posameznega primera.[7] Pri praksi, ki v običajnih konkurenčnih razmerah ne bi bila sporna, gre lahko za zlorabo, če jo izvaja podjetje s prevladujočim položajem.[8] Podjetje, ki ima prevladujoč položaj, na primer upravičeno ščiti svoje poslovne interese, če so ti ogroženi; lahko pa tudi ravna v razumnem okviru tako, kot meni, da je prav za varstvo njegovih interesov.[9] Lahko uporablja sredstva običajne konkurence med proizvodi in storitvami v smislu konkurence na podlagi prednosti, za zlorabo v smislu člena 102 PDEU pa gre pri poslovnem ravnanju, ki odstopa od običajnega tržnega ravnanja in se z njim lahko oslabi obstoječo konkurenco.[10] Dejansko pa vsakršna konkurenca na podlagi cene ni dopustna.[11] Navsezadnje ni sporno, da sodna praksa EU podjetjem s prevladujočim položajem načeloma dopušča možnost, da svoje ravnanje objektivno utemeljijo.[12]

10. Glede na navedbe Komisije, Konkurrensverket in družbe Tele2 do učinka zbijanja marž v bistvu pride, če podjetje s prevladujočim položajem na nabavnem trgu nastopa tudi na končnem trgu in na teh dveh trgih določa cene tako, da razlika med cenami posredniških storitev in cenami na drobno ne

5 – Glej sodbi Sodišča z dne 13. februarja 1979 v zadevi Hoffmann-La Roche proti Komisiji (85/76, Recueil, str. 461, točka 91) in z dne 3. julija 1991 v zadevi AKZO proti Komisiji (C-62/86, Recueil, str. I-3359, točka 69).

6 – Sodbi Sodišča z dne 9. novembra 1983 v zadevi Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin proti Komisiji (v nadaljevanju: Michelin I, 322/81, Recueil, str. 3461, točka 57) in z dne 16. marca 2000 v združenih zadevah Compagnie Maritime Belge Transports in drugi proti Komisiji (C-395/96 P in C-396/96 P, Recueil, str. I-1365, točka 37).

7 – Sodba Sodišča z dne 14. novembra 1996 v zadevi Tetra Pak proti Komisiji (v nadaljevanju: Tetra Pak II, C-333/94 P, Recueil, str. I-5951, točka 24).

8 – Sodba Compagnie maritime belge, navedena v opombi 6, točka 131.

9 – Sodba Sodišča z dne 14. februarja 1978 v zadevi United Brands proti Komisiji (27/76, Recueil, str. 207, točka 189).

10 – Glej v tem smislu sodbe Hoffmann-La Roche proti Komisiji (navedena v točki 5, točki 91 in 123); Michelin I (navedena v opombi 6, točka 70); z dne 11. decembra 1980 v zadevi L'Oréal (31/80, Recueil, str. 3775, točka 27); AKZO proti Komisiji (navedena v opombi 5, točki 69 in 70) in sklepne predloge generalne pravobranilke Kokottove v zadevi British Airways proti Komisiji (C-95/04 P, ZOdl., str. I-2331, točka 24).

11 – Glej med drugimi sodbo Sodišča z dne 2. aprila 2009 v zadevi France Télécom proti Komisiji (C-202/07 P, ZOdl., str. I-2369, točka 106).

12 – Glej med drugimi sodbe United Brands proti Komisiji (navedena v opombi 9, točka 184); z dne 3. oktobra 1985 v zadevi CBEM (v nadaljevanju: Télémarketing, 311/84, Recueil, str. 3261, točka 27) in British Airways proti Komisiji (navedena v opombi 10, točki 69 in 86).

zadošča za pokritje povečanih stroškov, ki jih ima podjetje s prevladujočim položajem za dobavo proizvodov na drobno.

11. Po mojem mnenju ima družba TeliaSonera prav, ko trdi, da učinek zbijanja marž pomeni zlorabo le, če za podjetje s prevladujočim položajem iz predpisa izhaja obveznost zagotavljanja spornih posredniških storitev ali če je ta posredniška storitev nujna. Če posredniška storitev podjetja s prevladujočim položajem ni nujna, na primer če so na voljo nadomestni proizvodi, ne more biti predmet zlorabe z zbijanjem marž, ker ni treba, da jo konkurenti pridobijo, bodisi sploh ne bodisi po ceni podjetja s prevladujočim položajem.[13]

12. Glede na moje sklepne predloge in sodbo Splošnega sodišča v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji[14] je jasno, da gre za učinek zbijanja marž, če je razlika med maloprodajnimi cenami podjetja s prevladujočim položajem na trgu in ceno posredniških storitev, ki jih za primerljive storitve zaračunava svojim konkurentom, negativna oziroma nezadostna za pokritje posebnih stroškov proizvodov podjetja s prevladujočim položajem za zagotavljanje njegovih proizvodov naročnikom na prodajnem trgu. Okoliščina, da tako ravnanje pomeni zlorabo, izhaja iz nepoštene narave razlike med cenami in dejstva, da so proizvodi podjetja s prevladujočim položajem, ki ponuja posredniške storitve, nujni, da lahko konkurent začne s produkti za dostop na drobno konkurirati podjetju s prevladujočim položajem na končnem trgu. Po mojem mnenju bo tak učinek zbijanja marž med cenami prevladujočega podjetja na drobno in cenami posredniških storitev načeloma oviral razvoj konkurence na končnem trgu.

13. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da je upoštevalo sodbo Splošnega sodišča Deutsche Telekom proti Komisiji. V vmesnem

13 – Predložitveno sodišče se sklicuje na Geradin, D., in O'Donoghue, R., The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, Journal of Competition Law and Economics 1(2), 2005, str. 355–425, zlasti 358 in naslednje.

14 – Sklepni predlogi z dne 22. aprila 2001 v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji (C-280/08 P, še nerešena zadeva pred Sodiščem, točke 44, 46 in 64) in sodba Splošnega sodišča v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji (T-271/03, ZOdl., str. II-477, točke 166, 167 in 237). Splošno sodišče je z zadnjenavedeno sodbo potrdilo odločbo Komisije proti Deutsche Telekom o zlorabi prevladujočega položaja v obliki zbijanja marž (odločba 2003/707/EC z dne 21. maja 2003 v zvezi s postopkom na podlagi člena [102 PDEU] (zadeva COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (UL L 263, str. 9)).

času sem 22. aprila 2010 predstavil sklepne predloge o pritožbi, ki jo je vložila družba Deutsche Telekom zoper navedeno sobo, v katerih sem predlagal, naj Sodišče pritožbo zavrne in potrdi sodbo Splošnega sodišča. Sodba Sodišča v tem trenutku še ni bila razglašena.[15] Kot navaja predložitveno sodišče v tej zadevi, so sporna dejstva v postopku v glavni stvari po številnih vsebinskih vidikih drugačna od spornih dejstev v Deutsche Telekom proti Komisiji. Družba TeliaSonera – drugače kot v zadevi Deutsche Telekom – zlasti ni imela na podlagi nobenega predpisa obveznosti dobavljanja posredniških proizvodov za povezave ADSL (v nadaljevanju: sporni proizvodi). Družba TeliaSonera je namesto tega imela na podlagi predpisa obveznost glede dostopa LLUB, ki pa v tej zadevi ni sporna. Poleg tega, kot je jasno razvidno iz predložitvenega sklepa, švedski državni regulatorni organ (v nadaljevanju DRO) s predpisi ni določal cen za sporne proizvode bodisi na trgu posredniških storitev bodisi na trgu na drobno.

14. V skladu s sodno prakso „do zlorabe […] pride, če podjetje s prevladujočim položajem na določenem trgu, brez objektivne nujnosti, zase ali za podjetje, ki spada k isti skupini, zadrži pomožno dejavnost, ki bi jo lahko opravljalo drugo podjetje kot del svojih dejavnosti na sosednjem, a ločenem trgu [npr. na trgu končnih proizvodov], z možnostjo odstranitve vse konkurence, ki izvira iz takšnih podjetij“.[16]

15. V zvezi z zlorabo prevladujočega položaja v obliki zavrnitve dobave iz sodbe Bronner[17] izhaja, da do take zlorabe pride, če podjetje s prevladujočim položajem na enem (nabavnem) trgu zavrne dobave konkurentu na sorodnem ali končnem trgu proizvodov, ki so nujni, da lahko konkurent izvaja svojo dejavnost, če: (i) je verjetno, da bo zavrnitev na trgu odpravila vsako obliko konkurence s strani povpraševalca po proizvodu; (ii) se zavrnitve ne more objektivno opravičiti in (iii) je proizvod nujen, da lahko konkurent opravlja svojo dejavnost, v smislu, da ni dejanske druge potencialne možnosti.

16. Po mojem mnenju pride do posebne oblike zavrnitve dobave v primeru učinka

15 – Zadevi T-271/03 in C-280/08 P (obe navedeni v opombi 14 zgoraj).

16 – Glej v opombi 12 navedeno sodbo Télémarketing, točka 27.

17 – Sodba Sodišča z dne 26. novembra 1998 v zadevi Bronner (C-7/97, Recueil, str. I-7791, točke do 40 do 46) in sklepni predlogi generalnega pravobranilca Francisa Jacobsa, točke od 56 do 69.

zbijanja marž (ali konstruktivne zavrnitve dobave), ki pomeni zlorabo, če podjetje s prevladujočim položajem namesto popolne zavrnitve dobave bistvene/nujne sporne posredniške storitve dobavlja konkurentom na končnem trgu za ceno, ki tem konkurentom ne omogoča, da bi učinkovito konkurirali na končnem trgu.[18] V sodni praksi EU je bilo ugotovljeno, da je učinek zavrnitve dobave, ki pomeni zlorabo, odprava konkurence na prodajnem trgu; po mojem mnenju pa je prav to problematika v zadevah učinka zbijanja marž. Samostojne konkurenčne škode, ki bi jo povzročil učinek zbijanja marž nad in pod škodo, ki bi nastala iz kršitve dolžnosti dobave na ravni posredniških storitev, ni. Menim, da se naložitev dolžnosti podjetju s prevladujočim položajem na trgu, da dobavlja, ne razlikuje od naložitve dobave z določenimi cenami posredniških storitev in cenami na drobno (učinek zbijanja marž). Zato zaračunavanje cene (učinek zbijanja marž), ki preprečuje konkurentu, ki je vsaj tako učinkovit, da konkurira na končnem trgu, pravzaprav učinkuje kot zavrnitev dobave in pomeni, naj se uporabljajo isti okvir analize in splošni razlogi glede investicijskih spodbud za podjetja s prevladujočim položajem.[19] Konkurrensverket v postopku v glavni stvari trdi, da učinek zbijanja marž, ki pomeni zlorabo, obstaja že na podlagi nezadostne razlike med cenami posredniških storitev in cenami na drobno, ne glede na nujnost posredniške storitve. Menim, da je tak pristop nepravilen in nezadosten. Po mojem mnenju se lahko iz obeh odločb o zbijanju marž v sektorju telekomunikacij, ki jih je sprejela Komisija na podlagi člena 102 PDEU – se pravi odločbi Deutsche Telekom in Telefónica[20] –, sklepa, da imata učinek zbijanja marž in zavrnitev dobave enako utemeljitev. Medtem ko je v zadnji zadevi Komisija zavrnila uporabo pogojev iz zadeve Bronner pri presoji zakonitosti ravnanja uveljavljenega podjetja „zaradi posebnih okoliščin te zadeve, ki so bistveno drugačne od tistih v zadevi [Bronner]“ (družba Telefónica je imela na podlagi predpisa obveznost, da zagotavlja posredniške storitve in njene *ex ante* spodbude domnevno niso bile sporne, ker je bila njena infrastruktura plod

18 – Glej *per analogiam* sodbo Court of Appeal (England & Wales) iz Združenega kraljestva v zadevi Albion (zadeva Dwr Cymru Cyfyngedig in Albion Water Limited proti Water Services Regulation Authority (2008) EWCA Civ 536), točka 36 in naslednje, s katero so bile potrjene sodbe UK Competition Appeal Tribunal (CAT) v zadevi Albion Water Ltd proti Water Services Regulation Authority (Dwr Cymru/Shotton Paper) (2006) CAT 23 (glej točko 861 in naslednje) in (2006) CAT 36.

19 – Po mojem mnenju se uporabljajo enaki argumenti kot tisti, ki jih je generalni pravobranilec Jacobs navedel v sklepnih predlogih v zadevi Bronner (točka 57): „Opravičitev poseganja v pogodbeno svobodo prevladujočega podjetja v smislu konkurenčne politike pogosto zahteva previdno tehtanje nasprotujočih si razlogov. Na dolgi rok je dejstvo, da se dovoli družbi, da za lastno uporabo zadrži infrastrukturo, ki jo je razvila za potrebe svoje dejavnosti, na splošno spodbuja konkurenco in v interesu potrošnikov. Na primer, če bi se dostop do proizvodne, nakupne ali distribucijske infrastrukture dovolil preveč lahko, za konkurente ne bi obstajala spodbuda za konkurente, da razvijejo konkurenčno infrastrukturo. Tako bi prišlo, čeprav je bila konkurenca kratkoročno povečana, do zmanjšanja konkurence na dolgi rok. Poleg tega bi bila zmanjšana spodbuda prevladujočega podjetja, da investira v učinkovito infrastrukturo, če bi lahko konkurenti na zahtevo delili koristi. Samo dejstvo, da prevladujoče podjetje zadrži prednost pred konkurentom tako, da pridrži infrastrukturo za lastno uporabo, ne more opravičiti zahteve za dostop do le-te.“

20 – Odločba Komisije z dne 4. julija 2007 v zvezi s postopkom na podlagi člena [102 PDEU] (zadeva št. COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica), točka 299 in naslednje. (Pred Splošnim sodiščem sta dve tožbi, ki se nanašata na to odločbo: zadeva T-336/07, Telefónica in Telefónica de España proti Komisiji, in zadeva T-398/07, Španija proti Komisiji.)

investicij, ki so bile opravljene, ko je bila imetnica posebnih in izključnih pravic, ki so jo varovale pred konkurenco), pa je kljub temu preskusila upoštevno dejansko stanje na podlagi analize, podobne tisti v sodbi Bronner. Treba je namreč opozoriti, da je pristojni DRO v obeh odločbah Komisije že naložil obveznost oskrbovanja konkurentov, torej da se jim omogoči dostop do mreže podjetja s prevladujočim položajem. Poleg tega je Komisija v obeh odločbah menila, da za mrežo podjetij s prevladujočim položajem ni bilo pravih alternativ.

17. Predložitveno sodišče se sklicuje na nedavna Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije,[21] v katerih je v oddelku z naslovom Zavrnitev dobave in zmanjševanje marž med drugim navedeno, da „namesto zavrnitve dobave lahko podjetje s prevladujočim položajem za proizvod na trgu, ki je v proizvodni verigi predhodni, zaračuna ceno, ki v primerjavi s ceno, ki jo zaračunava na trgu za proizvod, ki je v proizvodni verigi naslednji […], tudi enako učinkovitemu konkurentu ne omogoča, da bi na trgu, ki je v proizvodni verigi naslednji, trajno trgoval donosno (t. i. zbijanje marž[22]) […]. Komisija bo to prakso obravnavala kot prednostno nalogo, če bodo podane te okoliščine: [i] zavrnitev se nanaša na proizvod […], ki je objektivno potreben za učinkovito konkuriranje na trgu, ki je naslednji v proizvodni verigi, [ii] verjetno je, da bo z zavrnitvijo odpravljena učinkovita konkurenca na trgu, ki je naslednji v proizvodni verigi, in [iii] verjetno je, da bo zavrnitev škodila potrošnikom.“ Toda „v nekaterih posebnih primerih je lahko očitno, da

21 – Glej Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena [102 PDEU] za izključevalna ravnanja, s katerimi podjetja s prevladujočim položajem zlorabljajo svoj položaj (2009/C 45/02), UL 2009, C 45, str. 7, točka 75 in naslednje. Ta informativni dokument navaja prednostne naloge izvrševanja, v skladu s katerimi bo Komisija uporabljala člen 102 PDEU za izključevalna ravnanja prevladujočih podjetij, in zagotavlja večjo jasnost in predvidljivost v zvezi s splošnim okvirjem analize, ki ga Komisija uporablja pri ugotavljanju, ali naj nadalje obravnava zadeve, ki se nanašajo na različne oblike izključevalnega ravnanja, ter da omogoči podjetjem, da bolje ocenijo, ali je verjetno, da bo zaradi določene oblike ravnanja Komisija ukrepala po členu 102 PDEU. V skladu s sodno prakso lahko Komisija za izvajanje svoje diskrecijske pravice določi usmeritve, in sicer z akti, kot so okviri, sporočila ali smernice, če ti akti vsebujejo okvirna pravila v zvezi z usmeritvami, ki jim mora slediti ta institucija, in če ne odstopajo od pravil iz Pogodbe. Iz tega izhaja, da čeprav ta pravila, ki določajo pristop, ki ga predlaga Komisija, gotovo pripomorejo, da ukrepa na pregleden, predvidljiv način, ki je v skladu s pravno varnostjo, Sodišča ne morejo zavezovati. Vendar pa so lahko koristna referenca. Glej sodbo Sodišča z dne 7. marca 2002 v zadevi Italija proti Komisiji (Recueil, str. I-2289, točka 52 in navedena sodna praksa).

22 – Komisija v svoji upravni praksi uporablja široko razlago pojma zavrnitve dobave. V odločbi Deutsche Post je Komisija navedla, da je „pojem zavrnitve dobave ne zajema le neposredne zavrnitve, ampak tudi položaje, v katerih prevladujoče podjetje dobave pogojuje z objektivno nerazumnimi pogoji“. Takšno ravnanje je konstruktivna zavrnitev dobavljanja (Odločba Komisije 2001/892/ES v zvezi s postopkom na podlagi člena [102 PDEU] (zadeva/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – prestrezanje čezmejne pošte) (UL 2001, L 331, str. 40), uvodna izjava 141).

niti pred naložitvijo obveznosti dobave niti po njej ni mogoče, da bi bili lastnik vložkov in/ali drugi gospodarski subjekti manj pripravljeni vlagati in uvajati inovacije na trgu, ki je v proizvodni verigi predhodni. Komisija meni, da je to še posebno verjetno, če regulacija, skladna s pravom EU, že nalaga tako obveznost dobave podjetju s prevladujočim položajem in je iz razlogov, iz katerih izhaja uvedba te regulacije, očitno, da je javni organ pri naložitvi take obveznosti dobave že zagotovil, da so spodbude uravnotežene. Da obveznost dobave ne more imeti negativnih učinkov, je lahko očitno tudi, če se je položaj podjetja s prevladujočim položajem na trgu, ki je v proizvodni verigi predhodni, razvijal pod zaščito posebnih ali izključnih pravic ali se je financiral iz državnih sredstev. V teh posebnih primerih ni nobenega razloga, da bi se Komisija oddaljila od svojega splošnega pravila izvrševanja, in lahko brez preučevanja sklene, ali so podane vse okoliščine iz [začetka te točke] […], da je protikonkurenčno omejevanje dostopa verjetno."

18. Menim, da se lahko iz sodbe v zadevi Bronner (glej točke od 14 do 16 zgoraj), iz mojih sklepnih predlogov in sodbe Splošnega sodišča v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji (navedena v opombi 14), iz upravne prakse Komisije in iz Navodil glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije sklepa, da v zadevah kot v tej zadevi, v katerih iz nobenega predpisa ne izhaja obveznost dobave posredniških storitev, podjetje s prevladujočim položajem, ki s svojim uravnavanjem cene zbija maržo, zlorablja svoj prevladujoči položaj, če je posredniška storitev nujna, da mu lahko konkurent začne konkurirati na končnem trgu.[23] Po mojem mnenju tak položaj pomeni obliko zavrnitve dobave.[24]

19. Moj pristop podpira tudi nedavna sodba Cour de cassation (kasacijsko sodišče, Francija) glede zbijanja marž na podlagi člena 102 PDEU in nacionalnega konkurenčnega

23 – Glej npr. Bouckaert, J., in Verboven, F., Price Squeezes in a Regulatory Environment, CEPR, Discussion Paper Series: „[Pri zbijanju marž] se domneva, da ima podjetje s prevladujočim položajem monopol na nabavnem trgu nad bistveno posredniško storitvijo. V praksi ni nujno, da je tržna moč prevladujočega podjetja zelo močna. Medtem ko je prevladujoče podjetje lastnik bakrenih žic, pa so na voljo nadomestne mreže, kot so kabelske mreže, brezžična omrežja ipd. Z drugimi besedami, bistvena infrastruktura ni absolutna. Konkurenti na končnem trgu se lahko zato izognejo mreži prevladujočega podjetja in lahko načrtujejo nakup dostopa in alternativnih ponudnikov ali pa investicijo v lastno omrežje."

24 – Glej Renda, A., idr., Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty: Comments on the European Commission's Guidance Paper, končno poročilo delovne skupine Centre for European Policy Studies (CEPS), 10. september 2009.

prava,[25] v kateri je to sodišče nedvoumno odločilo, da zbijanje marž učinkuje protikonkurenčno, če lahko potencialni konkurent, ki je tako učinkovit kot vertikalno integrirano podjetje s prevladujočim položajem, na končni trg vstopi samo tako, da ima pri tem izgubo. V skladu s tem sodiščem se lahko protikonkurenčni učinek domneva le, če so dobave, ki jih podjetje s prevladujočim položajem dobavi svojim konkurentom, nujne, da mu ti lahko konkurirajo na končnem trgu.

20. Zgoraj navedeni razlogi so v tej zadevi zlasti pomembni, ker je v predložitvenem sklepu navedeno, da so bile na voljo številne alternativne tehnike za dobavo širokopasovnih storitev končnim uporabnikom. Dejansko to pojasni, zakaj je predložitveno sodišče menilo, da je nujno zlasti predložiti sedmo vprašanje. Opozoril bi rad predvsem, da lahko v skladu s sodno prakso pomeni dejstvo, da so bile glede na predložitveni sklep na voljo alternativne tehnike, skupaj z možnostjo, da bi lahko konkurenti (skupaj ali posamično) in/ali tretje stranke podvojili mreže družbe TeliaSonera,[26] da sporni proizvodi niso pomenili nujne posredniške storitve. S tega stališča se zdi, da je Konkurrensverket v svojih pisnih stališčih priznal, da so bili dolgoročno konkurenti družbe TeliaSonera sposobni zgraditi lastno infrastrukturo ali kupiti drugo obliko dostopa. Toda predložitveno sodišče je edino pristojno, da na podlagi vseh okoliščin primera v glavni stvari odloči, ali je to res, in uporabi upoštevno sodno prakso za dejansko stanje.[27]

21. Zato menim, da če podjetje s prevladujočim položajem ni imelo na podlagi predpisa obveznosti, združljive s pravom EU, da

25 – Sodba Cass. Com. z dne 3. marca 2009 v zadevi SFR in France Télécom, št. 08-14.435 in 08-14.464, v zvezi z odločbo št. 04-D-48 francoskega Konkurrensverket z dne 14. oktobra 2004. Glej tudi odločbo št. 09-D-24 z dne 28. julija 2009 v zadevi Outremer Telecom, Mobius proti France, v kateri se trdi, da je družba France Telecom zlorabila svoj prevladujoči položaj na zadevnem trgu posredniških storitev (lokalna zanka, zbiranje podatkov po internetu itd.) tako, da je pritiskala na svoje konkurente in jim dobavljala osiromašene storitve. Konkurrensverket je menil, da je bil učinek zbijanja marž protikonkurenčen, ker je bila posredniška storitev nujna tako za alternativne telekomunikacijske operaterje kot družbo Mobius.

26 – V tej zvezi glej sodno Bronner, navedeno v opombi 17, točka 41 in naslednje (med drugim: „čeprav so lahko druge metode manj ugodne“).

27 – Glej sodbo Splošnega sodišča z dne 30. novembra 2000 v zadevi Industrie des poudres sphériques proti Komisiji (v nadaljevanju: IPS, T-5/97, Recueil, str. II-3755, točka 57). V tej sodbi je Splošno sodišče ugotovilo, da je imela družba IPS na voljo druge vire dobave kot le tiste družbe PEM. Glej na primer odločbo britanskega organa, pristojnega za telekomunikacije, UK Office of Telecommunications (v nadaljevanju: Oftel), v kateri je bil zavrnjen učinek zbijanja marž, ker so alternativne tehnike konkurirale na trgu na drobno. Odločba z dne 4. maja 2001 v zadevi Investigation by the Director General of Telecommunications into the BT Surf Together and BT Talk & Surf Together Pricing Packages. Medtem je Ofcom (the Office of Communications) nadomestila Oftel kot regulatorni organ za telekomunikacije.

dobavlja posredniške storitve, ki niso nujne, se načeloma podjetja s prevladujočim položajem ne da obtožiti učinka zbijanja marž, ki pomeni zlorabo. Če bi bilo zbijanje marž prepovedano le na podlagi abstraktnega izračuna cen in ob odsotnosti kakršnekoli presoje nujnosti posredniških storitev za obstoj konkurence na trgu,[28] bi bila pripravljenost podjetij s prevladujočim položajem v investiranje zmanjšana in/ali bi bilo verjetno, da bi ta dvignila cene za končne uporabnike, da bi se izognila obdolžitvi učinka zbijanja marž. Če je lahko podjetje s prevladujočim položajem zakonito zavrnilo dobavo spornih proizvodov, se mu ne sme očitati, da je te proizvode dobavljalo pod pogoji, za katere lahko konkurenti menijo, da niso ugodni. Dejansko je težko razvidno, kako bi lahko bila v takšnem primeru očitana nezadostna razlika v ceni protikonkurenčna.[29]

22. Zdaj se bom posvetil argumentu Komisije, da obstaja sodna praksa, iz katere izhaja, da če je dostop do posredniških storitev odobren prostovoljno, ne gre več za primer zavrnitve dobave (ampak gre za primer poslovnih pogojev, pod katerimi je bil odobren dostop). Komisija navaja, da je Sodišče v odgovoru na podoben argument v zadevi UnileverBestfoods proti Komisiji[30] menilo, da „trditev družbe HB v zvezi z zmotno uporabo pravnih načel, navedenih v navedeni sodbi Bronner, je očitno neutemeljena, ker sporna odločba družbi HB, kot je ugotovilo [Splošno sodišče[31]], v nobenem primeru ne nalaga, naj odsvoji sredstva ali sklene pogodbe s subjekti, s katerimi jih ni nameravala skleniti. […], v nasprotju z dejstvi v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Bronner, zamrzovalniki niso sredstva, ki jih družba HB hrani za lastno uporabo, ampak je njihov

28 – Se pravi, ki temelji le na nezadostni razliki med ceno posredniške storitve prevladujočega podjetja in maloprodajno ceno. V vsakem primeru iz moje zgoraj navedene analize izhaja, da je bil takšen formalistični pristop implicitno zavrnjen v mojih sklepnih predlogih v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji (C-280/08 P, navedena v opombi 14) in v sodbi Splošnega sodišča v tej zadevi (T-271/03, navedena v opombi 14). Pomembno je poudariti, da niti dejstvo, da je za družbo Deutsche Telekom veljala zakonska obveznost dobave, niti dejstvo, da so bile posredniške storitve družbe Deutsche Telekom nujne, da je lahko konkurent z njim začel konkurirati na končnem trgu, v tistem primeru ni bilo sporno. Drugače od prejšnjih zadev zbijanja marž, v katerih je bilo treba proizvod iz veleprodaje preoblikovati v drug proizvod na končnem trgu, so neodvisni operaterji v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji potrebovali dostop do mreže Deutsche Telekom, da so lahko konkurirali na maloprodajnih trgih. Ti elementi kažejo, da je bil v bistvu temelj tiste zadeve tudi v položaju zavrnitve dobave.

29 – Vendar kot navajam v točkah 31 in 32 spodaj, se takega protikonkurenčnega ravnanja ne more izključiti *a priori* in sporno ravnanje določanja cene lahko pomeni druge oblike zlorabe prevladujočega položaja.

30 – Sklep Sodišča z dne 28. septembra 2006 (C-552/03 P, ZOdl., str. I-9091, točka 137). Družba Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd je bila pred tem družba Van den Bergh Foods Ltd in še pred tem družba HB Ice Cream Ltd (v nadaljevanju: HB).

31 – Sodba Splošnega sodišča z dne 23. oktobra 2003 v zadevi Van den Bergh Foods proti Komisiji (T-65/98, Recueil, str. II-4653, točka 161).

užitek prostovoljno prenesen na neodvisna podjetja, ki plačujejo pravico do uporabe. Tako je trditev družbe HB, da naj bi ji ta odločba naložila obveznost, ki je vsaj tako zavezujoča kot obveznost, ki bi veljala za lastnika bistvene infrastrukture, očitno neutemeljena."

23. Čeprav se strinjam, da ta sodba kaže, da je v konkurenčnem pravu mogoče ločevati med položaji, v katerih podjetje s prevladujočim položajem dobavo zavrne, in položaji, v katerih dejansko poskrbijo za oskrbo, pa menim, da vsaj za namen te zadeve ta pristop ni pravilen. Kot je navedla družba TeliaSonera na ustni obravnavi, se zadeve UnileverBestfoods proti Komisiji v tej zadevi ne more uporabiti, ker se ta primer očitno nanaša na drugačno problematiko. Zadeva UnileverBestfoods proti Komisiji se nanaša na določbe o izključnosti pri dobavi zamrzovalnikov trgovcem na drobno. Kot je odločilo Splošno sodišče v sodbi v tej zadevi, ki je bila nato potrjena s sklepom Sodišča, je bila sodba Bronner v tisti zadevi neupoštevna, ker Komisija v sporni odločbi ni menila, da so zamrzovalniki v lasti HB bistvena infrastruktura. Poleg tega za izpolnitev odločbe v tisti zadevi družbi HB ni bilo treba odsvojiti sredstev ali skleniti pogodbe s subjekti, s katerimi jih ni nameravala skleniti. Vendar se v tej zadevi ukvarjamo z zniževanjem marž in iz zgoraj podanih razlogov, zlasti iz točke 16 in naslednje izhaja, da so primeri zniževanja marž podobni primerom zavrnitve oskrbe in da se mora uporabiti enako osnovno razlogovanje. Dejansko je zniževanje marž oblika zavrnitve oskrbe. Zato menim, da bi vsaka drugačna razlaga zadeve UnileverBestfoods proti Komisiji v tej zadevi vodila do naložitve dolžnosti oskrbovanja podjetjem s prevladujočim položajem za določene cene, kar bi močno spodkopalo njihov interes do investiranja v infrastrukturo in posledično njihovo odločitev sploh ne investirati in/ali oskrbovati konkurente na končnem trgu, da se jih ne bi obtožilo zniževanja marž kljub dejstvu, da dostop do njihove infrastrukture/posredniških storitev ni nujen glede na sodno prakso o zavrnitvi oskrbovanja.

24. Zdaj se bom posvetil argumentu, ki sta ga navedla Konkurrensverket in Komisija, da je položaj družbe TeliaSonera poseben, zlasti ker se je domnevno njen položaj na nabavnem trgu razvil na podlagi varstva posebnih

ali izključnih pravic ali pa je bil financiran iz državnih sredstev.[32]

25. „Generalni pravobranilec Poiares Maduro je v zadevi KPN Telecom[33] navedel, da ‚zavrnitev posredovanja s strani podjetja s prevladujočim položajem lahko pomeni zlorabo prevladujočega položaja v situaciji nedavno deregulirane industrije, kjer so podjetja potrebne vložke za izvedeni trg pridobila kot neposreden rezultat svojega predhodnega položaja zakonskega monopolista in kjer dostop do teh vložkov ne ureja za ta sektor značilna zakonodaja. Pod temi pogoji, kjer ima dobavitelj na sekundarnem trgu prednost, ki jo je lahko pridobil, ker je bil prej zaščiten pred konkurenco, je potencialno odvračalni učinek na investicije in inovacije, ki je posledica določitve obveznosti posredovanja, minimalen, nad njim pa bo verjetno prevladal interes za spodbujanje konkurence. Kot je pripomnil eden izmed poročevalcev,[34] bi ukrepi za deregulacijo ali liberalizacijo industrijskih sektorjev, imeli majhno težo, če bi zadevna podjetja, ki imajo večinoma prevladujoč položaj na svojih področjih, še naprej imela proste roke pri integraciji in diskriminirala v korist svojih lastnih operacij v nadaljnjem postopku.“

26. Čeprav ne morem reči, da se z argumenti generalnega pravobranilca Poiaresa Madura ne strinjam, lahko predložitveno sodišče v svoji analizi v postopku v glavni stvari upošteva tudi dejstvo, da sporne temeljne lastninske pravice vplivajo na spodbude do investiranja (ne samo za sporno podjetje s prevladujočim položajem, ampak potencialno tudi za druga podjetja, vključno s stranko, ki zahteva dostop). Poleg tega pa – kot je opozoril generalni pravobranilec Jacobs v zadevi Bronner, so lastninske pravice priznane v pravnih sistemih držav članic in imajo v nekaterih ustavni status. Menim, da je pomembno, da sta se v zadevi Bronner oba, se pravi Sodišče in generalni pravobranilec, odločila za previden pristop do zavrnitve dobav na podlagi člena 102 PDEU ter v precejšnji meri sprejela politične in socialne razloge, na katere se nanaša.[35]

32 – Ta argument je naveden tudi v Navodilih glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije, glej točko 17 zgoraj.

33 – Sodba Sodišča z dne 25. novembra 2004 (C-109/03, ZOdl., str. I-11273, točka 41). Glej tudi sodbi Sodišča z dne 8. septembra 2005 v združenih zadevah Mobistar in Belgacom Mobile (C-544/03 in C-545/03, ZOdl., str. I-7723, točka 49) in z dne 20. oktobra 2005 v združenih zadevah Multimedia in Firma O2 (C-327/03 in C-328/03, ZOdl., str. I-8877, točki 45 in 46) ter sklepne predloge generalnega pravobranilca Ruiz-Jaraba Colomerja v tej zadevi, točka 55.

34 – Temple Lang, J., Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors and access to essential facilities, Fordham International Law Journal, zvezek 18 (1994), str. 437–524, zlasti 483.

35 – Glej na primer točko 43 sodbe Bronner (navedena v opombi 17) v smislu, da lahko zadošča že manj ugodna alternativa spornemu proizvodu, ter točki 45 in 46, da za to, da se neki proizvod obravnava kot nujen, ne zadošča, da se trdi, da ustvaritev alternativnega sistema ekonomsko ni sposobna preživeti zaradi male naklade časopisov, ki jih je treba distribuirati; prej je treba ugotoviti, da ni gospodarsko smiselno, da se ustvari drug sistem dostave časopisov na dom, katerih naklada je primerljiva z naklado dnevnih časopisov, ki se distribuirajo na podlagi obstoječega sistema prevladujočega podjetja.

27. Poleg tega pa je bilo navedeno, da ni jasno, zakaj bi javni vir financiranja lastnine moral voditi do strožjega pravnega standarda. Člen 102 PDEU ne dovoljuje razlikovanja med zasebnim in javnim financiranjem in člen 345 PDEU (prej člen 295 ES) bi različnemu obravnavanju lastninskih pravic na takšni podlagi prav tako nasprotoval. Dejansko ne bo vedno preprosto reči, da je vir sredstev nedvomno javne narave. Številna infrastruktura nekdanjih državnih monopolov je bila po privatizaciji znatno izboljšana, posledično pa so zdaj viri financiranja v bistvu mešani.[36] Dodal bi, da se lahko zgodi, da so tudi vertikalno integrirana podjetja obremenjena s staro infrastrukturo, ki zahteva vzdrževanje, in da gre pogosto za panoge, v katerih je pomembna tehnična inovativnost in v katerih mora biti obstoječe podjetje inovativno, da lahko konkurira. Opomnil bi, da je v tej zadevi predložitveno sodišče poudarilo, da na Švedskem v 90. letih prejšnjega stoletja in v prvem desetletju tega stoletja ni bilo zakonsko določenega monopola za storitve dostopa do interneta, da pa je konkurenca nastajala od začetka 90. let.

28. Vsekakor pa je ne glede na razloge, navedene zgoraj, pomen argumenta, da je prevladujoči položaj podjetja nastal na podlagi zaščite iz posebnih ali izključnih pravic ali da je bilo podjetje financirano iz državnih virov, odvisen od posebnosti posamičnega primera.

29. Zato iz prej navedenih razlogov izhaja, da če podjetju s prevladujočim položajem niso naložene obveznosti na podlagi predpisa, združljive s pravom EU, da dobavlja sporne proizvode, ali če ti proizvodi niso nujni, se načeloma tega podjetja ne bi smelo obdolžiti zbijanja marž, ki pomeni zlorabo, enostavno na podlagi nezadostne razlike med ceno za posredniške storitve in maloprodajno ceno.

30. Tudi če bi se Sodišče odločilo, da se ne zahteva, da je posredniška storitev nujna, in izbralo nižji standard protikonkurenčnega vpliva na končni trg, pa menim, da se ugotovitve zbijanja marž, ki pomeni zlorabo, ne sme utemeljiti samo z razliko med cenami podjetja s prevladujočim položajem za posredniške storitve in za končne stranke brez dokaza negativnega vpliva na konkurenco na

36 – Glej O'Donoghue, R., in Padilla, A. J., The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford: Hart, 2006, str. 463 in naslednje. Avtorji trdijo, da je Komisija sama zavrnila ta argument v odločbi z dne 14. januarja 1998 v zvezi s postopkom na podlagi člena [102 PDEU] (zadeva IV/34.801 FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG) (UL 1998, L 72, str. 30). Operater letališča je trdil, da njegov tradicionalni zakonski monopol pri dobavi storitev oskrbe na ploščadi opraviči zavrnitev oskrbovanja. Komisija je sklenila, da je tradicionalni značaj monopola brez pomena, pomembno pa je bilo operaterjevo ravnanje na trgu. Lahko se zavzame stališče, da je za Komisijo tradicionalnost ali razlog monopola brez pomena takoj, ko so izpolnjeni materialni pogoji za dolžnost oskrbovanja.

končnem trgu. Primaren namen člena 102 PDEU je prej varstvo konkurence in zaščita interesov potrošnikov kot pa varstvo položaja posameznega konkurenta.[37]

31. Vendar pa je treba dodati, da je dejstvo, da se uporablja splošna sodna praksa o zlorabi prevladujočega položaja, in če ima družba TeliaSonera prevladujoči položaj, ima posebno odgovornost na podlagi člena 102 PDEU za vzdrževanje resnične neizkrivljene konkurence na upoštevnem trgu (glej zlasti točki 8 in 9 zgoraj).

32. Iz moje analize v vseh prejšnjih točkah se gotovo ne bi smelo sklepati, da cena vertikalno integriranega podjetja s prevladujočim položajem ne more pomeniti zlorabe, razen če je sporna posredniška storitev nujna ali pa če iz kakšnega predpisa izhaja obveznost dobavljanja te posredniške storitve. Nabavna cena je lahko previsoka na podlagi člena 102(a) PDEU.[38] Cena na končnem trgu je lahko plenilska.[39] Vrh vsega pa lahko prevladujoče podjetje izpodrine svoje konkurente s končnega trga. Poleg tega pa podjetje s prevladujočim položajem lahko diskriminira med konkurenti in svojimi posli na končnem trgu na podlagi člena 102(c) PDEU.[40] Nobena od teh zlorab načeloma ni omejena na primere, v katerih so proizvod ali storitve nujni.[41]

37 – Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi Bronner, navedene v opombi 17, točka 58. Poudarimo lahko, da se sodišča navadno izogibajo neposredni določitvi cene in se zanašajo na primernejše metode (glej v tem smislu sodbo Court of Appeal of England & Wales v zadevi Attheraces Ltd proti The British Horseracing Board Ltd [2007] EWCA Civ 38, točka 119: kot je bilo navedeno sodbi Bronner, se pravna ureditev zlorabe prevladujočega položaja nanaša na izkrivljanje konkurence in varovanje interesov potrošnikov na upoštevnem trgu. To ni pravna ureditev proti dobaviteljem, ki zaslužijo „pretirani dobiček“ tako, da prodajajo svoje proizvode drugim proizvajalcem za cene, s katerimi zaslužijo več kot razumen donos glede na stroške proizvoda, to je za več kot tisto, kar je sodnik opisal kot „konkurenčna raven cen“. Še manj pa je to pravna ureditev, na podlagi katere lahko na zahtevo kupca, ki se pritožuje, da mu edini dobavitelj preveč zaračuna za bistveno infrastrukturo, sodišča urejajo cene z določitvijo pravične cene za proizvod).

38 – Glej sodbi Sodišča z dne 13. novembra 1975 v zadevi General Motors proti Komisiji (26/75, Recueil, str. 1367) in United Brands proti Komisiji (navedena v opombi 9).

39 – Glej nazadnje sodbo France Télécom proti Komisiji (C-202/07 P, navedena v opombi 11) in moje sklepne predloge v tej zadevi.

40 – Glej sodbo Sodišča z dne 17. julija 1997 v zadevi GT-Link (C-242/95, Recueil, str. I-4449). Glej tudi odločbo Komisije 97/624/ES z dne 14. maja 1997 v zvezi s postopkom na podlagi člena [102 PDEU] (zadeva IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc.) (UL L 258, str. 1), ki je bila potrjena s sodbo Splošnega sodišča z dne 7. oktobra 1999 v zadevi Irish Sugar proti Komisiji (T-228/97, Recueil, str. II-2969) in sklepom Sodišča z dne 10. julija 2001 v zadevi Irish Sugar proti Komisiji (C-497/99 P, Recueil, str. I-5333) ter odločbo 88/518/EGS z dne 18. julija 1988 v zvezi s postopkom na podlagi člena [102 PDEU] (zadeva št. IV/30.178 Napier Brown – British Sugar) (UL L 284, str. 41).

41 – Nekateri komentatorji so predlagali, da bi bilo sodbo Deutsche Telekom proti Komisiji (navedena v opombi 14) primerneje analizirati kot primer plenilskih cen, medtem ko bi morala biti sodba France Télécom proti Komisiji (navedena v opombi 11) primer zbijanja marž (na ustni obravnavi Komisija ni izrazila nestrinjanja s to zadnjo točko, poudarila je, da se je odločila obravnavati France Télécom kot primer plenilskih cen, ker France Télécom ni bil 100 % lastnik enote (Wanadoo) na končnem trgu). Glej med drugimi Ferrari Bravo, L., in Siciliani, P., Exclusionary pricing and consumers harm: the European Commission's practice in the DSL market, Journal of Competition Law and Economics, 3(2), 2007, str. 243–279.

33. Glede na zgoraj navedene razloge bom obravnaval preostala vprašanja, ki jih je predložilo Stockholms tingsrätt. Po mojem mnenju odgovore na ta vprašanja v veliki meri daje obstoječa sodna praksa EU ali pa se lahko iz nje izvedejo.

*Drugo vprašanje – kakšne cene je treba upoštevati?*

34. V teoriji se lahko obstoj zbijanja marž, ki pomeni zlorabo, presodi na podlagi vsaj dveh različnih meril, to je merila enako učinkovitega konkurenta, ki temelji na lastnih stroških podjetja s prevladujočim položajem, in na podlagi merila razumno učinkovitega konkurenta, ki temelji na stroških konkurenta.[42]

35. Družba TeliaSonera v bistvu trdi, da so za presojo upoštevni predvideni stroški in cene, ki jih zaračunavajo druga podjetja, kot tudi vse ostale znane metode presoje za upoštevno obdobje.

36. Po mojem mnenju imajo prav Komisija, Konkurrensverket, finska in poljska vlada ter družba Tele2, ko navajajo, da je merilo enako učinkovitega konkurenta načeloma najprimernejše merilo, ker gre za objektivno merilo in ne varuje neučinkovitih konkurentov.

37. V sklepnih predlogih v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji, v katerih sem na dolgo razpravljal o obeh merilih, sem menil, da iz sodne prakse izhaja, da so načeloma upoštevne cene podjetja s prevladujočim položajem.[43] Poleg tega so dejstvo, da se mora v tej zadevi uporabiti merilo enako učinkovitega konkurenta, na široko priznale vse stranke, vključno z družbo TeliaSonera.[44] Ob tem velik del pravne teorije meni, da je na splošno merilo enako učinkovitega konkurenta primerno merilo. Iz tega izhaja, da so načeloma

42 – Za natančnejšo analizo obeh meril glej moje sklepne predloge v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji (C-280/08 P) in sodbo Splošnega sodišča v tej zadevi (T-271/03) (obe zadevi navedeni v opombi 14).

43 – Prav tam, točka 49. To sta potrdili tudi Court of Appeal (England & Wales) v sodbi Albion, navedena v opombi 18, točka 105, in UK Competition Appeal Tribunal (CAT) v sodbi Genzyme Ltd proti Office of Fair Trading (2004) CAT 4. Glede zbijanja marž na splošno glej tudi Freeserve.com proti Director General of Telecommunications (2003) CAT 5.

44 – V sklepnih predlogih v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji (C-280/08 P, navedena v opombi 14 zgoraj) sem v opombi 26 priznal, da ni nemogoče, da obstajajo primeri, v kateri je merilo razumno učinkovitega konkurenta lahko primerno kot sekundarno in dodatno merilo.

v primerih zbijanja marž upoštevne samo cene podjetja s prevladujočim položajem.

*Četrto vprašanje – ali se za zbijanje marž, ki pomeni zlorabo, zahteva protikonkurenčen vpliv?*

38. V skladu s Komisijo, Konkurrensverket, poljsko in finsko vlado ter družbo Tele2 iz sodne prakse EU izhaja, da se ne zahteva konkretni protikonkurenčen vpliv na zadevnem trgu, da ravnanje pomeni zlorabo v smislu člena 102 PDEU. Na drugi strani pa se družba TeliaSonera sklicuje na zadevo Hoffmann-La Roche proti Komisiji[45] in navaja, da pojem zlorabe zajema ravnanje, ki preprečuje obstoj ali razvoj konkurence.

39. V sklepnih predlogih v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji[46] sem navedel, da mora Komisija – oziroma v tej zadevi Konkurrensverket – v primerih zbijanja marž dokazati, da ima praksa oblikovanja cen podjetja s prevladujočim položajem potencialno protikonkurenčni vpliv. V zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji[47] je Splošno sodišče pravilno menilo, da se je protikonkurenčni vpliv, ki ga je morala dokazati Komisija, nanašal na mogoče ovire, ki bi jih ustvarila praksa pritožnika glede oblivanja cen za rast konkurence na spornem trgu. Medtem ko Splošno sodišče ni zahtevalo, da Komisija dokaže dejanske protikonkurenčne vplive, pa je pravilno zahtevalo dokaz ustvarjanja ovir za dostop na trg in torej dokaz potencialnega protikonkurenčnega vpliva.

40. Glede tega je Splošno sodišče v točki 237 te sodbe ugotovilo, da ob upoštevanju dejstva, da so tako posredniške storitve družbe Deutsche Telekom nujne, da ji lahko eden od njenih konkurentov začne konkurirati na prodajnem trgu storitev dostopa za naročnike, bo zbijanje marž med cenami posredniških storitev in maloprodajnimi cenami družbe Deutsche Telekom praviloma oviral razvoj konkurence na prodajnih trgih. Po mojem mnenju je tako Splošno sodišče pravilno poudarilo dejstvo, da so bile v tistem primeru posredniške storitve na nabavnem trgu nujne in da brez dostopa do teh storitev konkurenti družbe Deutsche Telekom ne bi

45 – Navedena v opombi 5.

46 – Navedena v opombi 14, točka 64.

47 – Navedena v opombi 14, točke od 233 do 245.

bili niti sposobni vstopiti na prodajni trg.[48] Splošno sodišče je v točkah od 238 do 245 te sodbe nato dokaj podrobno analiziralo stališča, podana glede protikonkurenčnih vplivov na nemškem trgu. To je v skladu s pristopom, ki ga je Splošno sodišče razvilo v svoji sodni praksi, ki ga je potrdilo Sodišče, da zahtevani vpliv ne izraža nujno dejanskega vpliva očitanega ravnanja, ki pomeni zlorabo; za ugotovitev kršitve člena 102 PDEU zadostuje dokaz, da je cilj zlorabe podjetja s prevladujočim položajem omejiti konkurenco, ali z drugimi besedami, da ima lahko tak učinek.[49] Po mojem mnenju iz tega jasno izhaja, da mora Komisija oziroma v tej zadevi Konkurrensverket dokazati, da v kontekstu posebnega spornega trga obstajajo potencialni protikonkurenčni vplivi.[50] Tako ne zadošča gola trditev, da obstaja oddaljen, abstrakten protikonkurenčni vpliv.[51]

*Peto vprašanje – v kolikšni meri se koncept zbijanja marž lahko uporablja za različne stopnje prevladovanja na trgu?*

41. Družba TeliaSonera trdi, da je lahko zbijanje marž zloraba na podlagi člena 102 PDEU le, če je tržna moč na nabavnem trgu znatna. Strinjam se s Komisijo, Konkurrensverket ter poljsko in finsko vlado, da je pomembno predvsem, da ima podjetje prevladujoč

48 – Če so maloprodajne cene družbe Deutsche Telekom nižje kot njeni stroški na trgu posredniških storitev ali če je razlika med stroški posredniških storitev in stroški na prodajnem trgu družbe Deutsche Telekom nezadostna, da bi učinkovit operater pokril svoje posebne stroške proizvoda za dobavo storitev na prodajnem trgu dostopa za naročnike, potencialni konkurent, ki je enako učinkovit kot družba Deutsche Telekom, ne bi mogel vstopiti na prodajni trg storitev dostopa, ne da bi utrpel izgubo.

49 – Sodba British Airways proti Komisiji (navedena v opombi 10, točka 30), ki se nanaša na sodbo Splošnega sodišča z dne 30. septembra 2003 v zadevi Michelin proti Komisiji (v nadaljevanju: Michelin II, T-203/01, Recueil, str. II-4071, točki 238 in 239) in sodbo Splošnega sodišča z dne 17. decembra 2003 v zadevi British Airways proti Komisiji (T-219/99, Recueil, str. II-5917, točka 293). Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Ruiz-Jaraba Colomerja v združenih zadevah Sot. Lélos kai Sia in drugi (C-468/06 do C-478/06, ZOdl., str. I-7139, točka 50). O tem glej generalna pravobranilka J. Kokott, Economic thinking in EU competition law, Madrid, 29. oktober 2009.

50 – Ta pristop je v skladu s sodbo Sot. Lélos kai Sia in drugi, prav tam, v kateri je Sodišče implicitno zavrnilo pojem zlorabe *per se* in je ob upoštevanju konteksta specifičnega trga analiziralo objektivne utemeljitve. Sodišče je zlati s tem, ko je zavrnilo argument, da vzporedna trgovina s farmacevtskimi izdelki predvsem koristi vzporednemu trgovcu, in ne toliko končnemu potrošniku, nakazalo, da ima prevladujoči proizvajalec lahko pravico do znižanja prodaje svojih zdravil trgovcem na debelo zaradi zmanjšanja vzporedne trgovine, vse dokler naravnemu povpraševanju končnih potrošnikov iz države izvoznice ni popolnoma zadoščeno. Sodišče je z zanikanjem formalističnega pristopa namesto tega poudarilo, da je treba državno regulacijo, zaradi katere pride do vzporedne trgovine, upoštevati pri presoji utemeljenosti argumentov o objektivni utemeljitvi, na katero se sklicuje prevladujoče podjetje, ko zmanjšuje svojo prodajo v države izvoznice. Glej Wahl, N., Recent case-law on exclusionary behaviour, 16th St. Gallen International Competition Law Forum 2009 (2010), str. 225–232. Glej tudi zadevo CW/00615/05/03, Vodafone/O2/Orange/T-Mobile, odločba Ofcom, maj 2004, in širokopasovni proizvodi BTOpenworld za potrošnike, odločba Oftel, november 2003.

51 – Glej prof. Vickers, J. (v tistem obdobju predsednik Office of Fair Trading Združenega kraljestva (v nadaljevanju: OFT)), Abuse of Market Power, 31. konferenca EARIE v Berlinu 3. septembra 2004, str. 23, dostopno na spletni strani OFT: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0304.pdf.

položaj na nabavnem trgu. Priznati je treba, da obstaja sodna praksa Splošnega sodišča o tem, da višja ko je stopnja prevladovanja podjetja, večja je verjetnost, da je namen njegovega ravnanja varstvo položaja podjetja do omejitve konkurence.[52] Po mojem mnenju pa stopnja tržne moči podjetja s prevladujočim položajem za obstoj zlorabe ne more biti odločilna. Dejansko koncept prevladujočega položaja že zajema visok prag, tako da ni nujno, da se tržno moč razporedi na podlagi njene stopnje. Kot je pripomnila Komisija, ni jasno, ali in v kolikšnem obsegu bi takšna razporeditev prispevala k boljši analizi določenega primera. Končno pa je treba tudi upoštevati, da se člen 102 PDEU jasno nanaša na zlorabo prevladujočega položaja in se ne sklicuje na „nadprevladujoč“ položaj.

42. Stopnja tržne moči, ki jo ima podjetje s prevladujočim položajem, torej načeloma ne vpliva na odgovor na prvo vprašanje.

52 – Iz nekaterih sodb Splošnega sodišča izhaja, da so razlike v stopnji tržne moči lahko upoštevne: sodba Irish Sugar proti Komisiji (T-228/97, navedena v opombi 40), točka 186; sodba z dne 8. oktobra 1996 v združenih zadevah Compagnie maritime belge in drugi proti Komisiji (T-24/93, T-25/93, T-26/93 in T-28/93, Recueil, str. II-1201) in sodba z dne 17. septembra 2004 v zadevi Microsoft proti Komisiji (T-201/04, ZOdl., str. II-3601). Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Fennellyja v zadevi Compagnie maritime belge in drugi proti Komisiji (navedena v opombi 6, točka 137).

*Šesto vprašanje – ali mora imeti podjetje prevladujoč položaj na obeh trgih, na nabavnem in končnem?*

43. Predložitveno sodišče se tu sklicuje na sodbo v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji (T-271/03),[53] točka 235, v kateri je Splošno sodišče opomnilo, da je imela družba Deutsche Telekom do leta 1998 monopol na maloprodajnem trgu. Dodalo je, da je vprašanje vrste prevladovanja pomembno, navsezadnje zato, ker je imel operater v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji prevladujoč položaj na vseh upoštevnih trgih proizvodov in storitev. Vendar ni sporno, da je imela družba TeliaSonera v postopku v glavni stvari prevladujoč položaj na maloprodajnem trgu.

44. Družba TeliaSonera meni, da narava spornega ravnanja, ki pomeni zlorabo, predpostavlja zelo močan položaj podjetja s prevladujočim položajem na maloprodajnem trgu. V skladu z navedbami Konkurrensverket je bil tržni delež družbe TeliaSonera na končnem trgu blizu 50 %. Torej ni mogoče izključiti, da je imela prevladujoč položaj tudi na tem trgu.

53 – Navedena v opombi 14.

45. Kot so poudarile Komisija, finska vlada in družba Tele2, se lahko iz sodbe IPS[54] sklepa, da ni treba dokazati, da ima podjetje, ki zbija marže, prevladujoč položaj tudi na končnem trgu. Dejansko je lahko učinek zbijanja marž namenjen pridobitvi prevladujočega položaja na trgu.

46. Po mojem mnenju se sodna praksa o učinku vzvoda uporablja tudi v zadevah zbijanja marž. Sodišče je v sodbi Tetra Pak II[55] v bistvu menilo, da se člen 102 PDEU uporablja neodvisno od tega, ali zloraba podjetja s prevladujočim položajem negativno prizadene konkurenco na trgu, ki je različen od tistega, na katerem ima podjetje prevladujoč položaj.[56]

54 – Sodba, navedena v opombi 27.

55 – Sodba, navedena v opombi 7. Med drugimi glej tudi sodbo Télémarketing, navedeno v opombi 12.

56 – V isti zadevi je Splošno sodišče navedlo, da „člen [102 PDUE] lahko zajame ravnanja družbe Tetra Pak na trgih nesterilnih proizvodov, ne da bi bilo treba ugotoviti obstoj prevladujočega položaja samo na teh trgih, ker je vodilni položaj podjetja na trgih nesterilnih proizvodov, povezan z ozkimi vezmi med temi trgi in trgom sterilnih proizvodov, omogočil družbi Tetra-Pak takšno svobodo ravnanja v primerjavi z drugimi udeleženci na trgu nesterilnih proizvodov tako, da mu je bila na podlagi člena [102 PDEU] naložena posebna odgovornost za vzdrževanje prave neizkrivljene konkurence na teh trgih“. Sodba Splošnega sodišča z dne 6. oktobra 1994 v zadevi Tetra Pak proti Komisiji (v nadaljevanju: Tetra Pak II, T-83/91, Recueil, str. II-755, točka 122).

47. Zato menim, da člen 102 PDEU ne zahteva prevladujočega položaja hkrati na nabavnem in končnem trgu, da bi se uporabil v primerih zbijanja marž.[57]

*Osmo vprašanje – ali na odgovor na prvo vprašanje vpliva vprašanje, ali je dobava opravljena novi stranki?*

48. Komisija, Konkurrensverket in finska vlada trdijo, da identiteta stranke v zadevah zbijanja marž ni upoštevna. Družba TeliaSonera navaja, da je Sodišče sistematično oblikovalo razliko med zavrnitvijo oskrbovanja nove stranke in zavrnitvijo oskrbovanja obstoječe stranke ter da bi se zato moralo uporabljati enako razlikovanje za primere zbijanja marž.

57 – Zdi se, da sta ta položaj potrdila Court of Appeal of England & Wales v sodbi Albion (navedena v opombi 18, točka 88) in CAT Združenega kraljestva v sodbi Genzyme (navedena v opombi 43, točki 534 in 560). Poljska vlada je tudi v bistvu poudarila, da je bilo v odločbah Komisije v zadevi Deutsche Telekom, opomba 14, kot tudi v odločbi 76/185/ESPJ z dne 29. oktobra 1975 v zadevi National Carbonising Company (UL 1976, L 35, str. 6), v zadevi Napier Brown – British Sugar (navedena v opombi 40) in v zadevi Wanadoo sporno podjetje prevladujoče hkrati na nabavnem in končnem trgu.

49. V skladu s točko (b) drugega odstavka člena 102 PDEU je lahko zloraba prevladujočega položaja zlasti omejevanje proizvodnje, trgov ali tehničnega razvoja na škodo potrošnikov. Iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da gre, če podjetje, ki ima prevladujoč položaj na trgu določenega proizvoda, zavrne izpolnjevanja naročil obstoječe stranke, za zlorabo prevladujočega položaja na podlagi člena 102 PDEU, če brez objektivne utemeljitve to ravnanje pogodbenega partnerja lahko izloči kot konkurenta.[58] Obstaja pa tudi obstaja sodna praksa, iz katere izhaja, da lahko do zavrnitve oskrbovanja pride, če podjetje s prevladujočim položajem noče dobavljati novi stranki.[59]

50. Po mojem mnenju se lahko trdi, da je bolj verjetno, da prej pomeni zlorabo prenehanje dobav na podlagi obstoječega sporazuma kot pa zavrnitev dobave novi stranki. Kot je poudarila Komisija glede zavrnitev dobav, če je podjetje s prevladujočim položajem v preteklosti oskrbovalo določeno podjetje, ki je izvedlo investicije posebej za to razmerje zaradi posledične uporabe zavrnjenih posredniških storitev, bo zadevno podjetje nujno imelo izgubo. Ob tem je dejstvo, da je podjetje s prevladujočim položajem, ki je lastnik posredniškega proizvoda (bistvena posredniška storitev), predhodno menilo, da je bilo zanj ugodno, da dobavlja ta proizvod, znamenje, da je dobavljanje posredniške storitve podjetju s prevladujočim položajem dovolilo, da prejme primerno plačilo (da je šlo za donosno dejavnost), kar pa podjetju s prevladujočim položajem oteži, da zavrnitev utemelji s povsem komercialnimi razlogi.[60]

51. Končno pa bi bilo treba v obsegu, v katerem bi se lahko razumelo to vprašanje, kot da se nanaša na položaj, v katerem podjetje s prevladujočim položajem uporablja učinek zbijanja marž le glede novih strank (konkurenti na končnem trgu), medtem ko ugodnejše pogoje uporablja za obstoječe stranke

58 – Glej v tem smislu sodbi Sodišča z dne 6. marca 1974 v zadevi Istituto Chemioterapico Italiano in Commercial Solvents proti Komisiji (6/73 in 7/73, Recueil 223, točka 25) in United Brands proti Komisiji (navedena v opombi 9), točka 183. Glej tudi sodbo Sot. Lélos kai Sia in drugi (navedena v opombi 49).

59 – Glej sodbo Bronner (navedena v opombi 17) ter sodbi z dne 6. aprila 1995 v združenih zadevah RTE in ITP proti Komisiji (v nadaljevanju: Magill, C-241/91 P in C-242/91 P, Recueil, str. I-743) in z dne 29. aprila 2004 v zadevi IMS Health (C-418/01, Recueil, str. I-5039). Za splošen pregled sodne prakse glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi Syfait in drugi (sodba z dne 31. maja 2005, C-53/03, ZOdl., str. I-4609).

60 – Kadar se preverja objektivne utemeljitve, se lahko položaja (prenehanje dobavljanja obstoječi stranki in zavrnitev dobave novi stranki) obravnavata različno. Faull, J., in Nikpay, A., The EC law of competition, Oxford University Press, 2007, str. 357.

(konkurenti na končnem trgu), preveriti, ali podjetje s prevladujočim položajem ne krši člen 102(2)(c) PDEU.

52. Iz tega izhaja, da lahko glede na posebne okoliščine posameznega primera vprašanje, ali gre za dobavo novi stranki, vpliva na odgovor na prvo vprašanje.

*Deveto vprašanje – ali se v primerih zbijanja marž zahteva možnost nadomestitve izgub?*

53. Kot sem navedel v sklepnih predlogih v zadevi France Télécom proti Komisiji, menim, da se v primerih plenilskih cen zahteva možnost nadomestitve izgub.[61] Plenilske cene temeljijo na predpostavki, da ima podjetje s prevladujočim položajem izgubo, ker zaračunane cene ne krijejo njegovih stroškov. Vendar pa je verjetno, da bo podjetje svoje izgube nadomestilo kasneje, ko bo izkoristilo svoj močnejši položaj na trgu in višje ovire za vstop, ustvarjene zaradi plenilskih cen. Zbijanje marž pa nasprotno ne zahteva takšne ekonomske žrtve podjetja s prevladujočim položajem, ker morda ne bo „izgube“, ki bi jo bilo treba nadomestiti.[62] V primerih zbijanja marž so lahko cene na prodajnem trgu visoke, ker so cene visoke na nabavnem trgu. Cene so lahko visoke na obeh trgih, toda za zbijanje marž je značilna razlika med cenami na nabavnem in cenami na prodajnem trgu.

54. Iz tega izhaja, da se ne pričakuje, da bo podjetje s prevladujočim položajem lahko nadomestilo izgubo, ki jo je imelo, da bi lahko tovrstno ravnanje, kot je opisano v odgovoru na prvo točko, šteli za zlorabo.

61 – Glej moje sklepne predloge v zadevi France Télécom proti Komisiji (C-202/07 P, navedeni v opombi 11). Vendar pa glej tudi sodbo Sodišča v tej zadevi, v kateri je to zavzelo stališče, da dokaz možnosti nadomestitve izgub ni nujna predpostavka za ugotovitev plenilskih cen. Sodišče pa je dodalo, da takšna razlaga ne nasprotuje temu, da Komisija ugotovi možnost nadomestitve izgub.

62 – Družba TeliaSonera trdi, da naj bi v primerih učinka zbijanja marž, v katerih mora prevladujoče podjetje nadomestiti izgubo, možnost nadomestitve izgube pri presoji ostala upoštevna.

*Deseto vprašanje – ali na odgovor na prvo vprašanje vpliva vprašanje, ali gre za novo tehnologijo na trgu, ki zahteva velika vlaganja?*

55. Vse stranke se strinjajo, da je Splošno sodišče v zadevi France Télécom proti Komisiji[63] načeloma pravilno poudarilo, da je bil sporni trg v tisti zadevi „hitro rastoči trg, da pa to dejstvo ne more preprečiti uporabe pravil o konkurenci, zlasti člena 102 PDEU“.

56. Predložitveno sodišče je opomnilo,[64] da je Komisija v analizi v odločbi Wanadoo izvedla pomembnejšo prilagoditev pri uporabi testa plenilskega učinka iz zadeve AKZO v smislu večje prilagodljivosti v svoji analizi stroškov na trgu, na katerem prihaja do tehnoloških sprememb. Opozoriti je treba, da sta Splošno sodišče in Sodišče odločbo Komisije kasneje potrdili.[65]

57. Torej, čeprav dinamični ali hitro rastoči trgi niso izvzeti iz uporabe člena 102 PDEU, je treba upoštevati, da naj – če je to upravičeno – Komisija in nacionalni organi, pristojni za varstvo konkurence, na takšnih trgih intervenirajo posebno previdno in svoj običajen pristop po potrebi spremenijo, kot je bilo to uspešno v zadevi Wanadoo.

63 – T-340/03, ZOdl., str. II-107; glej odločbo z dne 16. julija 2003 v zvezi s postopkom na podlagi člena [102 PDEU] (zadeva COMP/38.233 – Wanadoo Interactive), uvodni izjavi 261 in 262.

64 – Predložitveno sodišče je pravilno opomnilo, da so lahko izgube, nastale ob vstopu na trg, ki se dinamično razvija, na trgu nekaj vsakdanjega. Glej Colley, L., in Burnside, S., Margin squeeze abuse, v: European Competition Journal Special Issue on Article 82, julij 2006, str. 185–210.

65 – Glej sodbo France Télécom proti Komisiji (T-340/03, navedena v opombi 63) ter moje sklepne predloge in sodbo v zadevi France Télécom proti Komisiji (C-202/07 P, navedeni v opombi 14).

## III – Predlog

58. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki jih je predložilo Stockholms tingsrätt, odgovori:

– Prvo, tretje in sedmo vprašanje: Za zbijanje marž gre, če je razlika med maloprodajnimi cenami, ki jih zaračunava podjetje s prevladujočim položajem, in cenami za posredniške storitve, ki jih zaračunava konkurentom za primerljive proizvode, negativna ali pa nezadostna za kritje specifičnih stroškov podjetja s prevladujočim položajem za dobavljanje njegovih maloprodajnih proizvodov na končnem prodajnem trgu.

  Okoliščina, da takšno ravnanje pomeni zlorabo, izhaja iz nepoštene narave razlike med cenami podjetja s prevladujočim položajem za posredniške storitve dostopa na nabavnem trgu in maloprodajnimi cenami ter iz dejstva, da so posredniške storitve podjetja s prevladujočim položajem nujne za konkurenco na končnem trgu.

  Treba je upoštevati dejstvo, da se ne zahteva pogoj nujnosti, če za podjetje s prevladujočim položajem iz predpisa izhaja obveznost, združljiva s pravom EU glede dobave posredniških storitev.

– Drugo vprašanje: načeloma so v primerih zbijanja marž, ki pomeni zlorabo, upoštevne le cene podjetja s prevladujočim položajem.

– Četrto vprašanje: upoštevni organ, pristojen za varstvo konkurence, mora dokazati, da ima cenovno ravnanje podjetja s prevladujočim položajem v kontekstu posebnega spornega trga potencialni protikonkurenčni vpliv. Zgolj trditev, da obstajajo oddaljeni, abstraktni protikonkurenčni vplivi, ne zadošča.

– Peto vprašanje: stopnja tržne moči, ki jo ima podjetje s prevladujočim položajem, načeloma ne vpliva na odgovor na prvo vprašanje.

– Šesto vprašanje: prevladujoči položaj podjetja, ki tako ravna, tako na trgu posredniških storitev kot na trgu končnih uporabnikov, se ne zahteva za to, da ravnanja, opisana v odgovoru na prvo vprašanje, pomenijo zlorabo.

– Osmo vprašanje: na odgovor na prvo vprašanje lahko glede na nekatere okoliščine vpliva vprašanje, ali gre za dobavo novi stranki.

– Deveto vprašanje: da se zbijanje marž šteje za zlorabo, ni nujno, da ima podjetje s prevladujočim položajem možnost nadomestiti izgubo, ki jo je imelo, ker podjetje s prevladujočim položajem zaradi takšnega ravnanja morda ne bo imelo nobene izgube.

– Deseto vprašanje: člen 102 PDEU se uporablja v primeru, ko gre za novo tehnologijo na trgu, ki zahteva velika vlaganja. Upoštevati pa je treba, da naj upoštevni organ, pristojen za varstvo konkurence, na takšnih trgih intervenira posebno previdno in po potrebi spremeni svoj siceršnji pristop.