Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MELCHIORJA WATHELETA,
predstavljeni 21. februarja 2018 [1]

Zadeva C-123/16 P

Orange Polska S.A.
proti

Evropski komisiji

„Pritožba – Konkurenca – Zloraba prevladujočega položaja – Poljski trg telekomunikacij – Legitimen interes za ugotovitev kršitve, storjene v preteklosti, čeprav je naložena globa – Izračun globe – Teža – Upoštevanje učinkov kršitve – Olajševalne okoliščine“

1. Podjetje Orange Polska SA (v nadaljevanju: podjetje Orange) s to pritožbo predlaga razveljavitev sodbe Splošnega sodišča Evropske unije z dne 17. decembra 2015 v zadevi Orange Polska/Komisija (T-486/11, v nadaljevanju: izpodbijana sodba, EU:T:2015:1002), s katero je to zavrnilo njegovo tožbo, katere namen je bil razglasitev ničnosti Sklepa Komisije C(2011) 4378 final [2] in, podredno, odprava ali znižanje globe, ki mu je bila naložena s tem sklepom.

I. Dejansko stanje in izpodbijani sklep

2. Za namene obravnavane pritožbe zadostuje to, kar je navedeno v nadaljevanju, celovitejši opis pa je v točkah od 1 do 34 izpodbijane sodbe.

3. Telekomunikacja Polska SA je telekomunikacijsko podjetje, ustanovljeno na Poljskem leta 1991 po privatizaciji nekdanjega državnega monopola. Potem ko je 7. novembra 2013 prevzelo družbi Orange Polska sp. z o.o. in Polska Telefonia Komórkowa – Centertel sp. z o.o., se je preimenovalo v Orange. [3]

4. Evropska komisija je ugotovila, da je bilo podjetje Orange edini veleprodajni ponudnik širokopasovnega dostopa in razvezanega dostopa do krajevne zanke ter da je imelo v obdobju, na katero se nanaša izpodbijani sklep, velike tržne deleže na maloprodajnem trgu.

5. Poleg tega je poudarila, da je moral operater, ki ga je nacionalni regulativni organ [4] opredelil kot operaterja s pomembno tržno močjo na trgu zagotavljanja fiksnih javnih telefonskih omrežij, v obravnavanem primeru podjetje Orange, v skladu z regulativnim okvirom, ki je na Poljskem veljal v času dejanskega stanja, novim ponudnikom – imenovanim „alternativni operaterji“ (v nadaljevanju: AO) – zagotoviti razvezani dostop do svoje krajevne zanke in pripadajočih sredstev pod preglednimi,

1 Jezik izvirnika: francoščina.

2 Sklep z dne 22. junija 2011 o postopku na podlagi člena 102 PDEU (zadeva COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska) (v nadaljevanju: izpodbijani sklep).

3 Čeprav se izpodbijani sklep nanaša na podjetje Telekomunikacja Polska in se je to preimenovalo v Orange po koncu pisnega dela postopka na Splošnem sodišču, zadostuje, da se ti sklepni predlogi za namene pritožbe in zaradi poenostavitve nanašajo samo na podjetje Orange.

4 Prvotno vzpostavljeni organ je s 16. januarjem 2006 nadomestil Urząd Komunikacji Elektronicznej (urad za elektronske komunikacije, Poljska, v nadaljevanju: UKE).

pravičnimi in nediskriminatornimi pogoji, ki so vsaj enakovredni pogojem, določenim v referenčni ponudbi, ki jo je predlagal opredeljeni operater in je bila sprejeta po postopku pred UKE. Od leta 2005 je ta posredoval večkrat, da bi se odpravilo neizpolnjevanje regulativnih obveznosti podjetja Orange.

6. Podjetje Orange je 22. oktobra 2009 z UKE podpisalo sporazum, s katerim se je prostovoljno zavezalo, zlasti da bo spoštovalo regulativne obveznosti, da bo z AO sklenilo sporazume o pogojih za dostop pod pogoji, ki bodo v skladu z upoštevnima referenčnima ponudbama, in da bo izvedlo naložbe za posodobitev svojega širokopasovnega omrežja (v nadaljevanju: sporazum z UKE).

7. Komisija je v členu 1 izpodbijanega sklepa ugotovila, da je podjetje Orange z zavrnitvijo širokopasovnega dostopa AO do svojih veleprodajnih proizvodov izvajalo enotno in trajajočo kršitev člena 102 PDEU, ki se je začela 3. avgusta 2005, ko so se začela prva pogajanja med podjetjem Orange in AO glede dostopa do omrežja podjetja Orange na podlagi referenčne ponudbe v zvezi z dostopom *local loop undbundling* (LLU), in je trajala najmanj do 22. oktobra 2009, ko je bil podpisan sporazum z UKE.

8. Komisija je podjetje Orange, kot je pojasnjeno v členu 2 spornega sklepa, kaznovala z globo v višini 127.554.194 EUR, ki jo je izračunala z uporabo Smernic o načinu določanja glob, naloženih v skladu s členom 23(2)(a) Uredbe (ES) št. 1/2003[5] (UL 2006, C 210, str. 2, v nadaljevanju: Smernice). Komisija je pri tem izračunu kot osnovni znesek globe določila 10 % povprečne vrednosti prodaje, ki jo je podjetje Orange ustvarilo na zadevnih trgih, nato pa je tako dobljeni znesek pomnožila s faktorjem 4,2, ki ustreza trajanju kršitve, pri čemer se je odločila, da pri tem znesku ne bo upoštevala oteževalnih ali olajševalnih okoliščin. Vseeno pa je od navedenega zneska odštela globe, ki jih je UKE naložil podjetju Orange zaradi kršitve regulativnih obveznosti.

II. Postopek pred Splošnim sodiščem in izpodbijana sodba

9. Podjetje Orange je 2. septembra 2011 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložilo tožbo za razglasitev ničnosti izpodbijanega sklepa in, podredno, za odpravo ali znižanje globe, ki mu je bila naložena z navedenim sklepom.

10. Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (poljska zbornica za informacijske tehnologije in telekomunikacije, PIIT), ki zase navaja, da je združenje podjetij, dejavnih v telekomunikacijskem sektorju na Poljskem, je pred Splošnim sodiščem intervenirala v podporo predlogom podjetja Orange. European Competitive Telecommunications Association (evropsko združenje za konkurenco na telekomunikacijskem trgu, ECTA), ki se predstavlja kot predstavniški organ konkurenčno naravnane industrije iz evropskega telekomunikacijskega sektorja, je pred Splošnim sodiščem interveniralo v podporo ugotovitvam Komisije.

11. Podjetje Orange je v podporo tožbi navedlo pet tožbenih razlogov. Splošno sodišče je vse te tožbene razloge zavrnilo kot neutemeljene in menilo, da z ničemer ni mogoče upravičiti spremembe zneska globe, tako da je tožbo v celoti zavrnilo.

III. Pritožba

12. Podjetje Orange v podporo pritožbi navaja tri pritožbene razloge.

5 Uredba Sveta z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov [101] in [102 PDEU] (UL 2003, L 1, str. 1).

A. Prvi pritožbeni razlog: napačna uporaba prava v zvezi z obveznostjo Komisije, da dokaže obstoj legitimnega interesa za sprejetje odločbe o ugotovitvi kršitve, storjene v preteklosti

1. Povzetek trditev strank

13. Podjetje Orange po eni strani navaja, da ni sporno, da Komisija v izpodbijanem sklepu ni upravičila legitimnega interesa za ugotovitev zadevne kršitve, in po drugi strani, da je ta kršitev prenehala skoraj 18 mesecev pred sprejetjem izpodbijanega sklepa. Ta naj bi bila torej storjena v preteklosti. Vendar naj bi bilo iz trditve Splošnega sodišča v točki 76 izpodbijane sodbe, da mora Komisija v skladu s členom 7(1) Uredbe št. 1/2003 izkazati obstoj legitimnega interesa za ugotovitev kršitve, kadar je ta kršitev že končana in hkrati Komisija ne naloži globe, razvidno, da gre za edino okoliščino, v kateri bi morala Komisija izkazati obstoj takega interesa. V tej trditvi naj bi bilo tako pri razlagi navedene določbe napačno uporabljeno pravo. Točka 77 navedene sodbe, v kateri naj bi Splošno sodišče poleg tega obveznost Komisije, da izkaže obstoj takega interesa, omejilo le na primere, ko je pristojnost za naložitev glob zastarala, naj bi bila prav tako napačna.

14. Podjetje Orange v zvezi s tem najprej navaja, da je člen 7(1) Uredbe št. 1/2003 nedvoumen. Iz njega naj ne bi bilo mogoče sklepati, da kadar je mogoče naložiti globo, ni treba ugotoviti obstoja legitimnega interesa za ugotovitev kršitve v zvezi z ravnanjem, ki je prenehalo. Poleg tega naj bi bila Komisija le na podlagi te določbe pristojna za ugotovitev kršitve členov 101 ali 102 PDEU. Uvodna izjava 11 Uredbe št. 1/2003 in pripravljalni dokumenti za to uredbo pa tudi upravna praksa Komisije naj bi potrjevali, da mora Komisija izkazati obstoj legitimnega interesa za ugotovitev kršitve, storjene v preteklosti, ne glede na naložitev globe.

15. Poleg tega naj z ničimer ne bi bilo mogoče upravičiti, da so določbe člena 7 Uredbe št. 1/2003 odvisne od pristojnosti Komisije za naložitev glob. Pristojnost Komisije za ugotovitev kršitve naj ne bi zastarala in naj bi ji bila dodeljena v delu Uredbe št. 1/2003, ki se razlikuje od dela, v katerem ji je dodeljena pristojnost za naložitev glob.

16. Nazadnje, okoliščina, da naj bi v skladu s členom 16 Uredbe št. 1/2003 ugotovitev Komisije, da je bila v preteklosti storjena kršitev, v okviru odškodninskih tožb dokazovala odgovornost zadevnega podjetja, pa tudi okoliščina, da bi lahko taka ugotovitev škodovala temu podjetju, tudi če mu ne bi bila naložena kazen, in sicer zaradi prekinitve zastaralnega roka iz člena 10(4) Direktive 2014/104/EU Evropskega parlamenta in Sveta[6], naj bi upravičevali, da mora Komisija v odločbi predstaviti razloge, ki izkazujejo njen legitimni interes za kaznovanje kršitve, storjene v preteklosti, ki jo je podjetje prostovoljno prenehalo izvajati.

17. V obravnavanem primeru naj bi bilo torej treba razveljaviti izpodbijano sodbo in izpodbijani sklep, ker naj Komisija v njem ne bi upravičila legitimnega interesa za ugotovitev kršitve, ki jo je v preteklosti storilo podjetje Orange.

18. Komisija v bistvu navaja, da so utemeljitve podjetja Orange nesmiselne, saj naj bi bilo mogoče iz njih sklepati, da je Komisija pristojna za naložitev glob le za tekoče kršitve in da ta v vseh drugih primerih, zlasti kadar je naložena globa za kršitev, ki je že prenehala, kar naj bi veljalo za pretežni del odločb Komisije, ne more sprejeti odločbe, ne da bi izkazala obstoj legitimnega interesa za to.

6 Direktiva z dne 26. novembra 2014 o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije (UL 2014, L 349. str. 1).

19. V obravnavanem primeru naj bi Komisija naložila globo podjetju Orange za enotno in trajajočo kršitev člena 102 PDEU, ki naj bi trajala od 3. avgusta 2005 in najmanj do 22. oktobra 2009. Ker naj bi naložitev globe zadostovala za utemeljitev ugotovitve kršitve, naj Komisiji ne bi bilo treba dodatno izkazovati obstoja legitimnega interesa za tako ugotovitev. Prvi pritožbeni razlog naj tako ne bi bil utemeljen.

20. Komisija poleg tega meni, da se ta prvi pritožbeni razlog nanaša le na točko 77 izpodbijane sodbe, saj naj bi se podjetje Orange strinjalo s točko 76. S to zadnjo točko pa tudi z obrazložitvijo Splošnega sodišča v točkah 74 in 75 izpodbijane sodbe naj bi bilo mogoče zadostno podpreti ugotovitve, navedene v točkah 78 in 79 iste sodbe, s katerima je Splošno sodišče zavrnilo prvi pritožbeni razlog, ki mu je bil predložen. Prvi pritožbeni razlog, s katerim se je izrecno izpodbijala točka 77, naj bi bil torej brezpredmeten. Trditev, navedena v repliki, v skladu s katero naj bi se ta prvi pritožbeni razlog v resnici nanašal na točke od 74 do 80 izpodbijane sodbe, naj bi bila nedopustna, ker naj bi bila predložena prepozno.

21. PIIT v zvezi s prvim pritožbenim razlogom ni predložila stališč.

22. ECTA v bistvu trdi, da pristojnost Komisije za naložitev glob, ne glede na to, ali je kršitev že prenehala ali ne, temelji na členu 23(2) Uredbe št. 1/2003 in da ta določba razen obveznosti, da se dokažeta naklep ali malomarnost, za to pristojnost ne nalaga nobenega drugega pogoja. Podjetje Orange naj bi se napačno sklicevalo na člen 7(1) navedene uredbe.

2. Presoja

a) Uvodne ugotovitve

23. Podjetje Orange s prvim pritožbenim razlogom Splošnemu sodišču očita, da je pri razlagi člena 7(1) Uredbe št. 1/2003 napačno uporabilo pravo, ker od Komisije ni zahtevalo, naj izkaže obstoj legitimnega interesa za sprejetje odločbe o ugotovitvi kršitve, ne glede na to, ali je bila globa naložena ali ne.

24. Člen 7(1) Uredbe št. 1/2003 določa, da „[k]adar Komisija […] ugotovi, da gre za kršitev člena [101 ali 102 PDEU], lahko z odločbo zahteva od zadevnih podjetij […], da tako kršitev odpravijo. […] Če ima Komisija pravni [legitimen] interes, lahko ugotovi kršitev po tem, ko je bila storjena.“

25. Splošno sodišče je v točki 76 izpodbijane sodbe iz besedila navedene določbe in iz zgornjega izvlečka obrazložitve predloga, na podlagi katerega je bila sprejeta navedena uredba, ugotovilo, „da mora Komisija izkazati obstoj legitimnega interesa za ugotovitev kršitve, kadar je ta kršitev že končana in Komisija ne naloži globe“.

26. Poleg tega je v točki 77 navedene sodbe menilo, da je ta ugotovitev v skladu s sodno prakso v zvezi z obstojem povezave med obveznostjo Komisije, da izkaže legitimen interes za ugotovitev kršitve, na eni strani in zastaranjem njene pristojnosti za naložitev glob na drugi. Zato je v točkah od 78 do 80 izpodbijane sodbe zavrnilo predloge podjetja Orange za razglasitev ničnosti izpodbijanega sklepa.

b) Trditve Komisije v zvezi z brezpredmetnostjo pritožbenega razloga

27. Utemeljitve Komisije v zvezi s tem (predstavljene v točki 20 teh sklepnih predlogov) ni mogoče sprejeti.

28. Čeprav podjetje Orange izrecno navaja le točki 76 in 77 izpodbijane sodbe, in ne izpodbija same vsebine točke 76, se utemeljitev podjetja Orange vseeno v bistvu nanaša na to, da iz povezanega branja teh dveh točk izhaja, da mora Komisija izkazati obstoj legitimnega interesa za ugotovitev kršitve konkurenčnega prava Unije samo v primerih, ko je ta kršitev že končana in Komisija ne naloži globe, zlasti ker je njena pristojnost za naložitev globe zastarala, in da je Splošno sodišče z ugotovitvijo take omejitve napačno uporabilo pravo pri razlagi člena 7(1) Uredbe št. 1/2003.

29. Vendar sta točki 76 in 77 bistveni del razlogovanja Splošnega sodišča in če se torej potrdi domneva, da je bilo v njih napačno uporabljeno pravo, bi bilo treba ugotovitve, do katerih je prišlo na podlagi navedenih točk, samodejno zavreči.

30. Prvi pritožbeni razlog zato ni brezpredmeten.

c) Utemeljenost prvega pritožbenega razloga

31. Iz razlage, ki temelji na besedilu, splošni sistematiki in cilju upoštevnih določb Uredbe št. 1/2003, pa je mogoče sklepati, da ta razlog ni utemeljen.

32. V skladu z Uredbo št. 1/2003 – in sicer zlasti z njenima členoma 7(1) in 23 – je Komisija v primeru bistvenih kršitev pravil Unije na področju konkurence pristojna za to, da naloži globe in da hkrati zahteva odpravo kršitve. V teh pristojnostih so povzete naloge Komisije, da zagotovi spoštovanje pravil konkurence. Med njunim izvajanjem Komisiji v zvezi s tem ni treba izkazati „legitimnega interesa“.

33. Da se lahko naložijo globe in zahteva odprava kršitve, je seveda treba kršitev najprej ugotoviti, česar, kot se zdi, podjetje Orange ne zanika. Kot pa navaja Komisija, za ugotovitev kršitve ni le pristojna, temveč je k temu tudi zavezana, da lahko zahteva odpravo kršitve ali naloži globo.

34. Prvič, v členu 7 Uredbe št. 1/2003 je jasno navedeno, da samo „[k]adar Komisija […] ugotovi, da gre za kršitev“, lahko sprejme odločbo, s katero zahteva odpravo ugotovljene kršitve.

35. Drugič, v skladu s členom 23(2) navedene uredbe lahko Komisija podjetjem ali podjetniškim združenjem naloži globe, kadar ta naklepno ali iz malomarnosti kršijo člen 101(1) ali člen 102 PDEU.

36. Besedilo člena 7(1) Uredbe št. 1/2003 se morda res zdi dvoumno, saj iz njega izrecno ne izhaja, da lahko Komisija, kadar naloži globo, sprejme odločbo o ugotovitvi, da je bila v preteklosti storjena kršitev, ne da bi morala posebej izkazati legitimen interes za to.

37. Vendar po mojem mnenju besedilo uvodne izjave 11 navedene uredbe podpira trditev Splošnega sodišča in Komisije. V tej uvodni izjavi je navedeno: „Pod pogojem, da za to obstaja pravni interes, mora Komisija imeti možnost sprejemanja odločb za ugotavljanje, da je bila kršitev v preteklosti storjena, *čeprav ne odredi globe*.“ (moj poudarek)

38. Kot poudarja Komisija, je uvodna izjava 11 v skladu s strukturo člena 7(1) navedene uredbe in potrjuje, da je v zadnjem stavku te določbe navedena posebna pristojnost, za katero velja poseben pogoj. Najprej se sklicuje na odločbe, s katerimi se zahteva odprava še trajajoče kršitve. V uvodni izjavi 11 je nato pojasnjeno, da lahko Komisija poleg te pristojnosti („tudi“) sprejme ugotovitveno odločbo (to pomeni brez naložitve globe), s katero ugotovi kršitev, storjeno v preteklosti, če obstaja legitimen interes za to. Navedbi „čeprav ne odredi globe“ in „tudi“ kažeta na to, da pristojnost Komisije za ugotovitev končane kršitve in naložitev globe na podlagi te ugotovitve že obstaja in zanjo ne velja poseben pogoj.

39. Obrazložitev predloga, na podlagi katerega je bila sprejeta Uredba št. 1/2003 (že citirana v točki 75 izpodbijane sodbe), je še bolj izrecna v podporo trditvi Splošnega sodišča.

40. V njej je v zvezi s predlogom člena 7 navedeno, da je ena od razlik glede na člen 3 Uredbe št. 17[7] ta, da „je podrobneje določeno, da je Komisija pristojna za sprejetje odločbe o ugotovitvi kršitve ne le, kadar odredi odpravo kršitve ali naloži globo, temveč tudi kadar je kršitev že končana in kadar ne naloži globe“, pri čemer je v zvezi s tem pojasnjeno, da „je v skladu s sodno prakso Sodišča [[…][8]], pristojnost, dodeljena Komisiji, za sprejetje odločbe o ugotovitvi kršitve v teh okoliščinah vseeno omejena na primere, v katerih ima Komisija legitimen interes za to“.

41. Iz sodne prakse (ki temelji na Uredbi št. 17) izhaja, da na pristojnost Komisije za naložitev kazni nikakor ne vpliva dejstvo, da so ravnanje, ki pomeni kršitev, in njegovi morebitni škodljivi učinki že prenehali.[9]

42. V skladu z ustaljeno sodno prakso poleg tega velja, da „[p]ristojnost [Komisije] za sprejemanje odločb, [s katerimi se podjetjem naložijo odprava ugotovljene kršitve in globe v primeru kršitve,] nujno vključuje pristojnost za ugotovitev zadevne kršitve“[10].

43. Pravna ureditev se delno razlikuje, kadar ni naložena globa in je kršitev že prenehala (v tem primeru ni nobene podlage, ki bi upravičevala zahtevo po odpravi kršitve). Če globa ni naložena ali ni naložena odprava kršitve, ugotovitev kršitve po mojem mnenju postane ugotovitvena in torej ne more biti nujen pogoj za to, da Komisija izvaja izvršilna pooblastila.

44. Le v teh okoliščinah (če torej globa ni naložena in je kršitev že končana) mora Komisija izkazati legitimen interes, s katerim je mogoče vseeno upravičiti njeno odločbo o ugotovitvi, da je bila storjena kršitev.

45. Splošno sodišče je namreč že upravičeno razsodilo, da le če Komisija ne naloži globe,[11] je njena pristojnost za sprejetje odločbe o ugotovitvi kršitve, storjene v preteklosti, pogojena s tem, da dokaže legitimen interes za tako ugotovitev.[12] Kadar pa je Komisija – tako kot v obravnavanem primeru – pristojna za naložitev globe in jo naloži, ji ni treba uveljavljati posebnega legitimnega interesa za ugotovitev kršitve. Da je potreba po ugotovitvi upravičena, zadostuje naložitev globe.

46. Iz navedenega izhaja, da je Komisija, kadar naloži globo, *nujno* pristojna za ugotovitev kršitve, tudi če se je ta že končala. Poleg tega podjetja po posredovanju Komisije pogosto prenehajo s spornim ravnanjem, še preden ta sprejme odločbo.

47. Splošno sodišče bi zato moralo razsoditi, da je uporaba člena 23(2)(a) Uredbe št. 1/2003 zadostovala za to, da Komisija ugotovi zadevno kršitev, tudi če je bila storjena v preteklosti, in torej zavrniti pritožbeni razlog podjetja Orange iz drugega razloga, kot ga je navedlo. Če se namreč ne naloži odprava kršitve, sklicevanje na člen 7 kot pravno podlago postane odveč.

48. Kot poudarja ECTA, je jasno, da ima pristojnost Komisije za naložitev glob, ne glede na to, ali je kršitev že prenehala ali ne, pravno podlago v členu 23(2) Uredbe št. 1/2003. Razen obveznosti, da se dokažeta naklep ali malomarnost podjetja Orange, je ta določba oblikovana široko in pristojnosti Komisije za naložitev glob ne pogojuje z ničimer drugim.

7 Uredba Sveta št. 17 z dne 21. februarja 1962, Prva uredba o izvajanju členov [101] in [102 PDEU] (UL 1962, 13, str. 204).

8 Sodba z dne 2. marca 1983, GVL/Komisija (7/82, EU:C:1983:52).

9 Glej v tem smislu sodbo z dne 15. julija 1970, ACF Chemiefarma/Komisija (41/69, EU:C:1970:71, točke od 171 do 175).

10 Glej sodbo z dne 2. marca 1983, GVL/Komisija (7/82, EU:C:1983:52, točki 22 in 23). Glej tudi sodbo z dne 6. oktobra 2005, Sumitomo Chemical in Sumika Fine Chemicals/Komisija (T-22/02 in T-23/02, EU:T:2005:349, točki 61 in 131).

11 Ne glede na razlog – med drugim, ker je petletni zastaralni rok potekel ali ker Komisija meni, da z zadevnim ravnanjem ni mogoče upravičiti naložitve globe.

12 Sodbi z dne 6. oktobra 2005, Sumitomo Chemical in Sumika Fine Chemicals/Komisija (T-22/02 in T-23/02, EU:T:2005:349, točki 131 in 132), in z dne 16. novembra 2006, Peróxidos Orgánicos/Komisija (T-120/04, EU:T:2006:350, točka 18).

49. Iz tega izhaja, da je treba kljub zgoraj ugotovljeni napaki Splošnega sodišča prvi pritožbeni razlog zavrniti kot neutemeljen.

B. Drugi pritožbeni razlog: napačna uporaba prava in izkrivljanje elementov v spisu v zvezi s presojo Komisije glede učinka kršitve za izračun globe

1. Povzetek trditev strank

50. Podjetje Orange trdi, da je Splošno sodišče izkrivilo izpodbijani sklep. Izkrivljanje naj bi se najprej nanašalo na dejanske učinke kršitve. Iz točke 902 obrazložitve izpodbijanega sklepa naj bi namreč izhajalo, da se je Komisija pri izračunu globe oprla na te dejanske učinke, kar naj bi celo potrdila pred Splošnim sodiščem, ker je priznala, da ima besedilo navedene uvodne izjave „vsebinsko napako“, ker naj bi se nanašalo na dejanske učinke kršitve. Vendar naj bi Splošno sodišče v točki 169 izpodbijane sodbe trdilo, da je mogoče navedeno točko obrazložitve razlagati le tako, da se „na splošno in abstraktno“ nanaša „na naravo kršitve“.

51. Splošno sodišče naj pri svoji razlagi ne bi upoštevalo jasnega pomena besed, uporabljenih v tej točki obrazložitve, ki naj bi se posebej nanašala na učinke na konkurenco, do katerih je prišlo zaradi konkretnega ravnanja podjetja Orange na trgu. V točki 182 izpodbijane sodbe naj bi Splošno sodišče poleg tega navajalo dogodke, ki so se v resnici zgodili, pri čemer naj bi se sklicevalo zlasti na točko 902 obrazložitve izpodbijanega sklepa, hkrati pa naj v točki 169 ne bi priznalo, da so bili v izpodbijanem sklepu ugotovljeni dejanski učinki.

52. Splošno sodišče naj bi dalje s tem, ko je presodilo, da je Komisija stvari predvidela samo „na splošno in abstraktno“, vsekakor izkrivilo izpodbijani sklep, kar zadeva verjetne učinke kršitve. Ugotoviti naj bi bilo namreč treba, da je Komisija pri izračunu globe v točki 902 obrazložitve izpodbijanega sklepa upoštevala vsaj njene verjetne učinke, kar naj bi poleg tega priznala v vlogah, predloženih Splošnemu sodišču. To naj bi kljub temu napačno menilo, da se pri upoštevanju narave kršitve ne upoštevajo tudi njeni verjetni učinki. Verjetni učinki ravnanja naj bi bili – tako kot dejanski učinki – bistveni kazalniki narave kršitve in s tem njene teže, ki naj je ne bi bilo mogoče presojati abstraktno. Splošno sodišče naj bi zato moralo preučiti, ali je bila ugotovitev teh verjetnih učinkov upravičena ali ne. Podjetje Orange dodaja, da ker Splošno sodišče tako ni pravilno preučilo izpodbijanega sklepa, naj bi bila njegova analiza sorazmernosti globe izkrivljena.

53. Druga napaka Splošnega sodišča naj bi bila kršitev načela učinkovitega sodnega varstva, ker naj ne bi presodilo, ali je Komisija pravilno ugotovila učinke kršitve. Podjetje Orange zato Sodišču predlaga, naj uporabi svojo neomejeno pristojnost in zmanjša znesek globe zaradi neobstoja konkretnih elementov, s katerimi bi bilo mogoče podpreti ugotovitev dejanskih učinkov.

54. Splošno sodišče naj bi se vsekakor napačno odreklo sodnemu nadzoru, ki bi ga moralo izvesti v zvezi z dokazovanjem verjetnih učinkov kršitve.

55. Komisija trdi, da je ta drugi pritožbeni razlog nedopusten v delu, v katerem podjetje Orange Sodišču predlaga novo presojo dejanskega stanja. Ta drugi razlog naj poleg tega ne bi izpolnjeval meril sodne prakse v zvezi z izkrivljanjem ter naj bi bil vsekakor neutemeljen in brezpredmeten.

56. Komisija najprej ugotavlja, da podjetje Orange izpodbija le točke od 169 do 173 izpodbijane sodbe, ne pa tudi točk 162, 163, 166 in 167, v skladu s katerimi v Smernicah (iz leta 2006) Komisiji ni naloženo, da mora pri določanju globe upoštevati dejanski učinek kršitve na trgu, niti točk od 176 do 187, v katerih naj bi Splošno sodišče preučilo sorazmernost globe. Ker naj bi bili ti vidiki zadostni za podprtje ugotovitve Splošnega sodišča, naj bi bila utemeljitev podjetja Orange brezpredmetna.

57. Kar zadeva zatrjevano izkrivljanje izpodbijanega sklepa, Komisija trdi, da je treba zadnji stavek točke 169 izpodbijane sodbe brati v povezavi s predhodnimi in naslednjimi točkami, ki se nanašajo na naravo kršitve, njen geografski obseg, tržne deleže podjetja Orange, izvajanje kršitve, cilj podjetja Orange, da izrine konkurente, in dejstvo, da se je podjetje Orange zavedalo nezakonitosti svojega ravnanja, pa tudi s preudarki, prestavljenimi v delu izpodbijanega sklepa, ki se nanaša na izračun globe. V skladu s sodno prakso naj bi bilo legitimno, da se je Komisija za ugotovitev, da je bil faktor teže v višini 10 % vrednosti zadevne prodaje ustrezen, oprla le na te elemente. Poleg tega naj bi bil zadnji stavek točke 902 obrazložitve oblikovan na splošno in abstraktno, ker naj bi se nanašal na inherentno zmožnost zlorabe podjetja Orange, da škodi konkurenci in torej potrošnikom. Glede na navedeno naj bi zatrjevano protislovje med točkami od 169 do 171 navedene sodbe na eni strani in točko 182 na drugi strani izginilo.

58. Poleg tega naj podjetje Orange pri svoji utemeljitvi ne bi upoštevalo razlike med verjetnimi učinki zlorabe in njenim dejanskim učinkom na trgu. Ravnanje podjetja Orange naj bi bilo dejansko, njegova intenzivnost s konkurenčnega vidika pa naj bi bila ugotovljena v točki 124 in naslednjih izpodbijane sodbe, ki naj je podjetje Orange ne bi izpodbijalo.

59. Dvig cen ter zmanjšanje izbire in števila inovativnih proizvodov naj bi opisovala vrsto negativnih posledic, tesno povezanih z zlorabami v obliki izključitve, kakršne se očitajo podjetju Orange, pri čemer naj to podjetje ne bi zanikalo, da je s svojim ravnanjem lahko povzročilo učinek izključitve konkurentov.

60. Poleg tega naj z logičnega vidika zloraba, s katero se lahko izključijo konkurenti in ki se izvaja, ne bi mogla drugega kot izkrivljati konkurenco in s tem škodovati potrošnikom. Zato naj ugotovitev Splošnega sodišča v točki 169 izpodbijane sodbe, ki se nanaša na edini sporni stavek iz točke 902 obrazložitve izpodbijanega sklepa, ne bi bila izkrivljena. Vprašanje, ali je zadnjenavedeni stavek vseboval pisno napako, naj ne bi bilo upoštevno, ker naj bi Splošno sodišče upravičeno ugotovilo, da Komisija v izpodbijanem sklepu pri izračunu globe ni upoštevala dejanskih učinkov kršitve.

61. Kar zadeva domnevno upoštevanje verjetnih učinkov kršitve pri preučitvi narave kršitve v izpodbijanem sklepu, naj ne bi bil utemeljen niti ta del utemeljitve podjetja Orange. Komisija naj bi zgolj podredno, če bi Splošno sodišče menilo, da so bili učinki upoštevani – *quod non* – navedla, da bi torej šlo za verjetne, in ne dejanske učinke. Komisija ob sklicevanju na točke 11, 112 in od 166 do 170 izpodbijane sodbe meni, da je Splošno sodišče brez izkrivljanja izpodbijanega sklepa v točki 171 navedene sodbe menilo, da Komisija pri presoji teže zlorabe podjetja Orange ni upoštevala verjetnih učinkov za namene določitve globe. Ugotovitev v točki 169 izpodbijane sodne pa naj bi bila glede na preudarke, predstavljene v izpodbijanem sklepu, pravilna.

62. Kar zadeva zatrjevano napačno uporabo prava in kršitev načela učinkovitega sodnega varstva v zvezi s presojo dokaznih elementov, ki jih je predložilo podjetje Orange, naj bi bilo treba to utemeljitev, kar zadeva dejanske učinke, zavrniti, saj naj bi Splošno sodišče v izpodbijani sodbi upravičeno menilo, da pri določitvi globe niso bili upoštevani. Kar zadeva verjetne učinke, naj bi podjetje Orange pred Splošnim sodiščem izpodbijalo le njihov obseg. Trditve, ki so v zvezi s tem navedene v pritožbi, naj bi bile nedopustne, ker naj bi se nanašale na dejanske okoliščine, ne da bi bilo zatrjevano izkrivljanje. Te trditve naj bi bile tudi neutemeljene: ker je Splošno sodišče upravičeno ugotovilo, da se Komisija pri določitvi teže kršitve ni posebej oprla na verjetne učinke, naj ne bi bilo treba odločiti o elementih, ki jih je predložilo podjetje Orange.

63. Če bi Sodišče v nasprotju s Splošnim sodiščem menilo, da so bili pri določitvi globe upoštevani učinki kršitve, Komisija navaja, da je treba izpodbijani sklep v celoti ohraniti. Dejanski vpliv kršitve na trg bi bilo treba šteti za dovolj dokazan, če lahko Komisija predloži konkretne in verodostojne indice, ki z razumno verjetnostjo kažejo, da je kršitev vplivala na trg. Komisija naj bi take indice v obravnavanem primeru predložila v delu 4.4 naslova 10 izpodbijanega sklepa. Poleg tega naj trditve v pritožbi, s katerimi so se poskušale prikazati napake, ki naj bi jih Komisija storila pri ugotovitvi verjetnih učinkov kršitve, ne bi bile upoštevne, ker naj bi se nanašale na obstoj dejanskih učinkov.

64. PIIT podpira utemeljitev, ki jo je predstavilo podjetje Orange. Poleg tega navaja, da je Komisija storila vsebinske napake pri presoji učinkov kršitve ter ni ustrezno upoštevala regulativnega in zgodovinskega ozadja razvoja širokopasovnega dostopa na Poljskem, s čimer naj bi izkrivila svojo analizo teže kršitve. Splošno sodišče naj teh napak ne bi kaznovalo.

65. ECTA meni, da Splošno sodišče ni izkrivilo izpodbijanega sklepa, in navaja podobno utemeljitev kot Komisija.

2. Presoja

66. Del izpodbijanega sklepa, katerega izkrivljanje zatrjuje podjetje Orange, je zadnji stavek točke 902 obrazložitve, navedene v razdelku tega sklepa, ki se nanaša na določitev osnovnega zneska globe, natančneje, v podrazdelku, v katerem Komisija presoja naravo kršitve, da bi določila njeno težo.

67. V tej točki obrazložitve je navedeno: „Prav tako, kot je opisano v oddelku VIII.1, ravnanje podjetja [Orange] spada med zlorabe s ciljem izključiti konkurente na maloprodajnem trgu ali vsaj zavreti njihov vstop na ta trg in/ali njihovo širitev na njem. Poleg tega, kot je bilo navedeno v točki 892 obrazložitve, se je podjetje [Orange] zavedalo, da je njegovo ravnanje nezakonito. To negativno vpliva na konkurenco in na potrošnike, ki se spopadajo z dvigom cen ter z zmanjšanjem izbire in števila inovativnih širokopasovnih proizvodov.“

68. Ne razumem, zakaj Splošno sodišče ni sprejelo dejstva, da se je Komisija v tem zadnjem stavku sklicevala na učinke kršitve na trgu, zlasti ob upoštevanju, da je njena ugotovitev kršitve temeljila na obstoju verjetnih posledic na konkurenco in potrošnike, čemur je namenila vsaj 60 točk obrazložitve izpodbijanega sklepa.

69. Poleg tega se mi zdi razlog, ki ga je Splošno sodišče v točki 170 izpodbijane sodbe navedlo za izključitev take razlage, in sicer dejstvo, da ta zadnji stavek ne napotuje na ta del izpodbijanega sklepa[13], še posebno šibek in neprepričljiv.

70. Ne glede na navedeno menim, da je glavna napaka Splošnega sodišča v izpodbijani sodbi, povezana s kršitvijo načela učinkovitega sodnega varstva, da ni presodilo, ali je Komisija pravilno ugotovila učinke kršitve, niti ni preučilo utemeljitev podjetja Orange v zvezi s tem. Ker je podjetje Orange zatrjevalo, da se je Komisija pri izračunu globe oprla na dejanske ali celo verjetne učinke kršitve, bi moralo Splošno sodišče te trditve preučiti (in ne le odločiti, da so „brezpredmetne“) ter preveriti, ali je izpodbijani sklep vseboval konkretne, verodostojne in zadostne indice za navedene učinke, česar očitno ni storilo.

71. To je še bolj res, ker je podjetje Orange Splošnemu sodišču predložilo elemente, s katerimi je želelo dokazati, da je bil pristop Komisije napačen. Teh elementov, ki jih je podjetje Orange ponovno podrobno opisalo v pritožbi, Splošno sodišče ni upoštevalo.

13 To je del, v katerem je Komisija predstavila svoje pripombe v zvezi z verjetnimi učinki kršitve.

72. Ker je veliki senat Sodišča po tistem, in sicer 6. septembra 2017, izdal sodbo Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632), menim, da jo je treba razložiti v delu, v katerem je upoštevna za obravnavani primer.

73. Če povzamem, sodba Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632) je bila izdana na podlagi pritožbe zoper sodbo, s katero je Splošno sodišče razsodilo, da pogojni rabati in druge omejitve, ki imajo učinke izrinjenja, pomenijo zlorabo prevladujočega položaja in so v nasprotju s členom 102 PDEU. Sodišče je razveljavilo sodbo Splošnega sodišča, saj je menilo, da Splošno sodišče ni pravilno preučilo zmožnosti, da se z zadevnimi rabati za zvestobo omeji konkurenca (v nadaljevanju: zmožnost omejevanja). Sodišče je menilo, da bi bilo treba pri analizi zmožnosti omejevanja upoštevati vse okoliščine vključno s preučitvijo vseh nasprotnih trditev in dokaznih elementov, ki jih je podjetje, ki se mu očita kršitev, predložilo za izpodbijanje ugotovitev Komisije.

74. Potem ko je Sodišče v točki 137 navedene sodbe citiralo svojo sodno prakso (sodba z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija, 85/76, EU:C:1979:36, točka 89), je v točki 138 navedlo, da je vseeno treba „*to sodno prakso podrobneje pojasniti* za primer, v katerem zadevno podjetje v upravnem postopku ob podpori dokazov trdi, da njegovo ravnanje ni moglo omejiti konkurence in zlasti imeti očitanih učinkov izrinjenja“ (moj poudarek).

75. V tem primeru v skladu z naslednjo točko (139) „ni potrebno samo, da Komisija analizira, prvič, moč prevladujočega položaja podjetja na upoštevnem trgu in, drugič, stopnjo pokritosti trga z očitanim ravnanjem ter pogoje in okoliščine odobritve zadevnih rabatov, njihovo trajanje in njihov znesek, ampak mora tudi presoditi morebiten obstoj strategije, katere namen je izriniti konkurente, ki so vsaj enako učinkoviti (glej po analogiji sodbo z dne 27. marca 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, točka 29)“.

76. Po mojem mnenju nikakor ne gre za izključno postopkovno zahtevo.

77. Naj spomnim tudi, da je v skladu s točko 133 navedene sodbe „[g]lede tega […] treba opozoriti, da cilj člena 102 PDEU nikakor ni preprečiti podjetju, da po lastni zaslugi osvoji prevladujoč položaj na trgu. Namen te določbe niti ni zagotoviti, da konkurenti, ki so manj učinkoviti kot podjetje s prevladujočim položajem, ostanejo na trgu (glej zlasti sodbo z dne 27. marca 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, točka 21 in navedena sodna praksa).“ [14]

78. Vsekakor in kolikor to zadeva obravnavano pritožbo, menim, da iz navedenega izhaja, da mora Splošno sodišče v primeru odločbe, s katero Komisija ugotovi obstoj zlorabe in analizira zmožnost, da se z določenim ravnanjem izrine konkurent ali ovirajo konkurenca in potrošniki ali da se nanje vpliva kakor koli drugače, nujno preučiti vse trditve tožeče stranke, s katerimi želi izpodbiti veljavnost ugotovitev Komisije v zvezi z zmožnostjo zadevne prakse, da ovira konkurenco.

79. Drugače povedano, načela, ki jih je Sodišče sprejelo v sodbi Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632) za presojo „zmožnosti omejevanja“, izhajajoče iz zlorabe, so upoštevna, ne le kadar se vsebinsko izpodbija ugotovitev kršitve (zadeva, v kateri je bila izdana navedena sodba), temveč tudi kadar je treba presoditi naravo in težo kršitve za določitev zneska globe (kot pri tukaj obravnavani pritožbi).

80. V nasprotju s trditvami Komisije se torej sodba Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632) po analogiji uporablja za izračun osnovnega zneska kazni, določene v členu 23(3) Uredbe št. 1/2003.

14 Glej tudi Coates, K., *The Intel CJ Ruling: More Than A Nudge Towards Economic Analysis*, Competition Policy International, oktober 2017, str. 4.

81. Kot je namreč poudarjeno v pravni teoriji, v zadevah, ki se nanašajo na kartele, Komisiji pri izračunu globe ni treba upoštevati vpliva ali učinkov kršitve, vendar mora biti pristop v primeru zlorabe prevladujočega položaja vseeno nujno drugačen, saj v tem primeru ne more temeljiti samo na splošnih pravilih *rules of thumb* [15] ali biti „splošen in abstrakten“ (točka 169 izpodbijane sodbe).

82. Komisija ima seveda pri določitvi glob polje proste presoje, [16] vendar to polje proste presoje ne more biti neomejeno. Pri navedeni določitvi je treba upoštevati določena načela, zlasti načeli enakega obravnavanja in sorazmernosti, saj v nasprotnem primeru preširoko polje proste presoje vodi v pravno negotovost. Načelo sorazmernosti je namreč pomembna omejitev polja proste presoje, ki ga ima Komisija pri določanju glob.

83. Generalni pravobranilec A. Tizzano je v sklepnih predlogih v zadevi Dansk Rørindustri in drugi/Komisija (C-189/02 P, EU:C:2004:415, točke 129, 130 in 132) že poudaril potrebo po preprečitvi nekaterih nevarnosti. Naj iz njih navedem dva odstavka: „moram kljub temu opozoriti, da ravno dosedanja presoja [v navedeni zadevi] razkriva, da metoda izračuna, ki jo je uporabila Komisija, kaže na določeno nevarnost z vidika pravičnosti sistema“ (točka 129) in „[n]e zdi se mi namreč, da je dejstvo, da je del računskih operacij, kot v obravnavanih zadevah, *v bistvu formalen in abstrakten in se zato konkretno ne odseva na končnem znesku globe [tu poudarjamo splošni in abstraktni pristop, povzet v točki 169 izpodbijane sodbe*], popolnoma skladno z zahtevo po individualizaciji in stopnjevitosti „kazni“ – osnovnima načeloma katerega koli sistema kazni, na kazenskem in upravnem področju. Ni mogoče niti prezreti, da iz enakega razloga obstaja nevarnost, da ne bo v celoti dosežen cilj večje preglednosti, ki ga zasledujejo Smernice“ (točka 130, moj poudarek). Generalni pravobranilec dodaja, da dvomi, da so torej globe v skladu z zahtevama po pravičnosti in razumni presoji glede kazni (točka 133).

84. Poleg tega mora imeti polje proste presoje Komisije v zvezi z globami določene meje (in biti v skladu z zahtevami) Uredbe št. 1/2003, zlasti njenega člena 23(3): „Pri določanju višine globe *se upošteva teža*, pa tudi trajanje kršitve,“ (moj poudarek), *naj gre za povečanje ali zmanjšanje kazni* (in to v nasprotju s Smernicami iz leta 2006, ki določajo upoštevanje učinkov kršitve le za povečanje globe) [17].

85. Toda te vidike je mogoče presojati le od primera do primera, ob upoštevanju vseh okoliščin posamezne zadeve, in ne le na podlagi „splošnega in abstraktnega“ pristopa (točka 169 izpodbijane sodbe). [18]

15 Glej Lianos, I. in Geradin, D., Handbook on European Competition Law – Enforcement and Procedure, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, str. 359. Glej tudi Al-Ameen, A., *Antitrust Fines-Seeking Justice, Competition*, Law Review, 2010, št. 7, str. 83 in 88.

16 Glej med drugim sodbo z dne 20. marca 2002, LR AF 1998/Komisija (T-23/99, EU:T:2002:75, točka 231).

17 Glej točko 31 Smernic („Komisija bo prav tako upoštevala potrebo po povečanju sankcije z namenom preseganja zneska protipravnih koristi, pridobljenih zaradi kršitve, kadar je ta znesek možno objektivno oceniti“). Pristop, ki ga predlagam, je podoben pristopu iz sodb z dne 20. junija 1978, Tepea/Komisija (28/77, EU:C:1978:133, točki 66 in 67); z dne 11. marca 1999, Thyssen Stahl/Komisija (T-141/94, EU:T:1999:48, točka 646); z dne 9. julija 2009, Peugeot in Peugeot Nizozemska/Komisija (T-450/05, EU:T:2009:262, točke od 301 do 305 ter 328 in 329), in z dne 1. julija 2010, AstraZeneca/Komisija (T-321/05, EU:T:2010:266, točka 905), ter, kar zadeva preučitev olajševalnih okoliščin, iz sodb z dne 6. aprila 1995, Martinelli/Komisija (T-150/89, EU:T:1995:70, točka 60), in z dne 11. marca 1999, Cockerill-Sambre/Komisija (T-138/94, EU:T:1999:47, točka 572).

18 Pristop, ki ga predlagam, je že uporabljen v sodni praksi in praksi nekaterih držav članic: glej pomembno sodbo britanskega sodišča, specializiranega za konkurenčno pravo (Competition Appeal Tribunal) v zadevi „Construction Bid Rigging“, št. 1114-1119-1127-1129-1132-1133/1/1/09 (2011) CAT 3, točka 102; glej tudi osnutek novih smernic za izračun glob organa Združenega kraljestva, pristojnega za konkurenco, v katerem so pri določitvi globe upoštevani učinki (https://www.gov.uk/government/consultations/ca98-penalties-guidance). Podobno bi se bilo mogoče ravnati po načelih, ki se uporabljajo v kazenskem pravu, kjer učinek, oziroma neobstoj učinka, igra pomembno vlogo (glej na primer „Guideline – Overarching Principles: Seriousness“ Sentencing Guidelines Council britannique, 2004, str. 3 in 4). Glej tudi Lianos in Geradin, *op. cit.*, str. 359 in 360.

86. Zgoraj navedeno je potrjeno s sodbo Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632), ker prvič, zlorabe prevladujočega položaja v skladu s členom 102 PDEU ni mogoče določiti *in abstracto*, drugič, je potrebna temeljita preučitev vseh okoliščin obravnavanega primera (točka 142 navedene sodbe) in tretjič, kot poudarja generalni pravobranilec N. Wahl v svojih sklepnih predlogih [19], „stopnja verjetnosti, potrebna za ugotovitev, da sporno ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja, [bi morala biti ‚verjetna', in ne le omejena] *zgolj* […] [na] *možnost* izključevalnega učinka, kot se zdi, da predlaga Komisija".

87. Razlogovanje Sodišča v sodbi Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632), ki se je nanašalo na samo kršitev, bi bilo treba pri določitvi globe podobno uporabiti za analizo narave in posledično teže kršitve.

88. V obravnavanem primeru je podjetje Orange navedlo konkretne trditve, zakaj z naravo in težo zadevnega ravnanja ni bilo mogoče utemeljiti zneska globe.

89. *Narava* in posledično *teža* kršitve sta v veliki meri odvisni od težnje podjetja Orange, da izrinja konkurenco na maloprodajnem trgu širokopasovnih storitev na Poljskem ter da torej negativno vpliva na konkurenco in potrošnike.

90. Podjetje Orange navaja, da je Komisija pri presoji dejanskih ali verjetnih učinkov kršitve v izpodbijanem sklepu omejeno analizirala svojo teorijo o škodi. Podjetje Orange je med upravnim postopkom predložilo dokazne elemente in trditve za opredelitev glavnih napak Komisije pri presoji škodljivih učinkov.

91. Iz navedenega izhaja – kot je potrjeno v sodbi Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632) – da se Splošno sodišče ni več moglo odločiti za neupoštevanje trditev tožeče stranke ter bi moralo v obravnavanem primeru preučiti vse dokazne elemente in trditve podjetja Orange, s katerimi je poskušalo izpodbijati veljavnost ugotovitev Komisije v zvezi z zmožnostjo, da zadevna praksa negativno vpliva na konkurenco na Poljskem.

92. Toda Splošno sodišče v izpodbijani sodbi ni želelo preučiti tožbenih razlogov podjetja Orange, ki so se nanašali na to, da Komisija ni pravilno presodila dejanskih ali verjetnih učinkov kršitve tožeče stranke oziroma pri tej presoji ni navedla posameznih, verodostojnih in zadostnih elementov, s katerimi bi bilo mogoče utemeljiti zlasti uporabo 10-odstotnega praga za izračun osnovnega zneska globe.

93. Splošno sodišče je v celoti zavrnilo utemeljitev podjetja Orange, saj je menilo, da Komisija ni upoštevala *niti* dejanskih *niti* verjetnih učinkov kršitve ter da je naravo kršitve analizirala le „na splošno in abstraktno", pri čemer je presodilo, da bi lahko navedeno ravnanje negativno vplivalo na konkurenco in potrošnike (glej izpodbijano sodbo, točka 169), pri čemer je tak negotov, nejasen in hipotetičen pristop po mnenju navedenega sodišča zadosten.

94. Splošno sodišče je na podlagi navedenega ugotovilo, da ni treba preučiti trditve tožeče stranke v zvezi z napakami, ki naj bi jih storila Komisija pri preučitvi dejanskih ali verjetnih protikonkurenčnih učinkov, ker naj bi bile „brezpredmetne" (glej izpodbijano sodbo, točka 173).

19 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Wahla v zadevi Intel Corporation/Komisija (C-413/14, EU:C:2016:788, točka 118).

95. Menim (tako kot podjetje Orange), da je presenetljiva ugotovitev, da Komisija v točkah 25 in 26 duplike podpira ugotovitve Splošnega sodišča v točki 169 izpodbijane sodbe s tem, da trdi: „[…] Drži torej, da bi lahko ravnanje podjetja Orange negativno vplivalo na konkurenco in potrošnike. […] Primer, kakršen je obravnavani, *vključuje vsaj verjetne protikonkurenčne učinke*. […] [Z]loraba, s katero se lahko izključijo konkurenti in ki se izvaja, *lahko samo izkrivlja konkurenco* in s tem škoduje potrošnikom.“ (moj poudarek)

96. Iz tega je razviden formalistični pristop, ki ga je uporabila Komisija, da bi se otresla dokaznega bremena le na osnovi sklepanj in predpostavk namesto z uporabo dokazov o učinkih in brez ustrezno obrazložene zavrnitve nasprotnih pojasnil stranke, proti kateri je vložena pritožba.

97. Splošno sodišče ob strinjanju s pristopom Komisije na eni strani ni preverilo, ali so bila dejstva, na katera se je Komisija sklicevala pri ugotovitvi, da bi lahko kršitev negativno vplivala na konkurenco, pravilno predstavljena, in na drugi strani, ali je Komisija naredila napako pri presoji, ko je ocenila obseg in verjetnost škodljivih učinkov, in ali so bile pravne posledice teh dejstev pravilne.

98. Ta abstraktni pristop je v nasprotju z dokaznimi standardi, na katere se je generalni pravobranilec N. Wahl že skliceval v sklepnih predlogih v zadevi Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2016:788, točke od 114 do 121) in s katerimi se lahko samo strinjam: „zmožnost [protikonkurenčnega izrinjenja] ne sme biti zgolj hipotetična ali teoretično mogoča“ in „namen presoje zmožnosti [protikonkurenčnega izrinjenja] je ugotoviti, ali ima sporno ravnanje po vsej verjetnosti protikonkurenčni učinek izrinjenja,“ in „presojo zmožnosti, kar zadeva domnevo o nezakonitosti ravnanja, [je treba] razumeti tako, da se z njo ugotavlja, *da zadevno ravnanje ob upoštevanju vseh okoliščin nima samo ambivalentnih učinkov na trg* […], *ampak da so njegovi domnevni omejevalni učinki dejansko potrjeni*“ (moj poudarek).

99. Poleg tega se strinjam s sklepnimi predlogi generalnega pravobranilca J. Mazáka v zadevi Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:212), točka 64, in v zadevi TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2010:483), točki 39 in 40,[20] ki vsebujeta podobne standarde.

100. Menim (tako kot podjetje Orange), da je pristop Splošnega sodišča v izpodbijani sodbi nezdružljiv tudi s trditvijo Sodišča v točkah od 138 do 146 sodbe Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632), v skladu s katero „mora“ Komisija in tudi samo Splošno sodišče „preizkusiti *vse* trditve, s katerimi tožeča stranka izpodbija utemeljenost ugotovitev Komisije v zvezi s tem, ali zadevna [zloraba] lahko povzroči izrinjenje“ (moj poudarek).[21]

101. Tako je pristop, ki ga je Splošno sodišče sprejelo v izpodbijani sodbi, podoben pristopu, ki ga Sodišče graja v sodbi Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632) (in tudi generalni pravobranilec N. Wahl v navedeni zadevi) – kot se je zgodilo že v zadevi na prvi stopnji, v kateri je bila izdana sodba z dne 10. julija 2014, Telefónica in Telefónica de España/Komisija (C-295/12 P, EU:C:2014:2062), in v zvezi s katero sem že navedel očitke v svojih sklepnih predlogih v navedeni zadevi (C-295/12 P, EU:C:2013:619).

20 Glej tudi za zdaj še nerešeno zadevo Meo – Serviços de Comunicações e Multimédia (C-525/16) in sklepne predloge generalnega pravobranilca N. Wahla v navedeni zadevi (EU:C:2017:1020), ki so že na voljo.

21 Kot je poudarjeno v pravni teoriji (Venit, J. S., The judgment of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?, *European Competition Journal*, str. 11), „The Court's ruling, which decisively rejects the position advocated by the Commission and supported by the General Court, establishes that, whether or not the rebate is conditioned on exclusivity, facts do matter in competition cases and that it would be a grave error not to consider all the relevant facts, at least in cases where there is a plausible claim, based on these facts, that the dominant firm's conduct may not have been capable of foreclosing its rivals. […] *the Court came down squarely against the Commission and the General Court by rejecting the ‚facts are irrelevant approach' at least where the defendant, with supporting evidence, submits that its conduct was not capable of producing the alleged foreclosure effects*“ in „the General Court is required to examine all of the defendant's arguments concerning the application of the test“ (moj poudarek).

102. Ta pristop Splošnega sodišča je tudi v nasprotju s točko 20 Smernic o določanju glob iz leta 2006, v kateri je navedeno: „[t]eža kršitve se bo presodila v vsakem posameznem primeru za vsako vrsto kršitve, ob upoštevanju vseh relevantnih okoliščin zadevnega primera“ [22].

103. Zavrnitev Splošnega sodišča, da celovito in podrobno preuči trditve in dokazne elemente, ki jih je predložilo podjetje Orange, je tudi enakovredna neizvajanju ustreznega in celovitega nadzora nad zakonitostjo izpodbijanega sklepa na podlagi člena 263 PDEU. [23]

104. Splošno sodišče je poleg tega napačno uporabilo načelo sorazmernosti globe glede na naravo in torej težo kršitve, s čimer je podjetju Orange onemogočilo učinkovito sodno varstvo.

105. Globe namreč ni mogoče šteti za sorazmerno, [24] če Splošno sodišče ne preuči pravilno elementov, na podlagi katerih se določi njen znesek in ki so opisani v izpodbijanem sklepu (zlasti če gre za naravo in torej za težo kršitve), saj se ne more omejiti na nadzor nad skladnostjo s Smernicami, temveč mora sámo nadzirati ustreznost zadevne kazni. [25]

106. Sodišče je v sodbi Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632) zelo jasno opozorilo, da celo ravnanja, za katero je mogoče šteti, da vzbuja pomisleke na področju konkurence, *ni mogoče obsoditi kot takega*.

107. Ne glede na navedeno je mogoče, da bo predlogu Komisije v obravnavanem primeru nazadnje ugodeno, vendar šele, ko bo Splošno sodišče preučilo trditve podjetja Orange v okviru drugega dela tretjega tožbenega razloga na prvi stopnji.

108. Zato se mi zdi drugi pritožbeni razlog utemeljen. Izpodbijano sodbo je torej treba razveljaviti in zadevo vrniti v odločanje Splošnemu sodišču, da preuči trditve podjetja Orange.

C. Tretji pritožbeni razlog: napačna uporaba prava in izkrivljanje elementov v spisu, ker kot olajševalna okoliščina niso bile upoštevane naložbe podjetja Orange

1. Povzetek trditev strank

109. Podjetje Orange trdi, da je Splošno sodišče z zavrnitvijo njegovih trditev, v skladu s katerimi bi morala Komisija kot olajševalno okoliščino opredeliti naložbe, ki jih je izvedlo za izboljšanje fiksnega širokopasovnega omrežja na Poljskem, izkrivilo elemente v spisu ter večkrat napačno uporabilo pravo in/ali storilo očitno napako pri presoji, pri čemer bi morala vsaka od teh napak privesti do znižanja globe.

22 Točka 19 teh smernic, v kateri je navedeno: „Osnovni znesek globe bo povezan z deležem vrednosti prodaje, določenim glede na stopnjo teže kršitve, pomnoženo s številom let trajanja kršitve,“ in točka 22, v kateri je navedeno: „Pri odločitvi, ali bi moral biti delež vrednosti prodaje, ki se upošteva v posameznem primeru, v spodnjem ali zgornjem delu tega razpona, bo Komisija upoštevala več dejavnikov, kot so narava kršitve, skupni tržni delež vseh zadevnih podjetij, geografski obseg kršitve in dejstvo, ali je bila kršitev izvršena ali ne.“

23 Sodba z dne 8. decembra 2011, KME Germany in drugi/Komisija (C-272/09 P, EU:C:2011:810, točke od 129 do 133).

24 Glej moje sklepne predloge v zadevi Telefónica in Telefónica de España/Komisija (C-295/12 P, EU:C:2013:619, točka 107 in naslednje). Kot je poudarjeno v pravni teoriji (Forrester, I. S., A challenge for Europe's judges: the review of fines in competition cases, *European Law Review*, zv. 36, št. 2, 2011, str. 185 in 197), „review [of fines should ask] whether the punishment imposed on an undertaking corresponded to the individual gravity of misconduct“.

25 Glej v tem smislu sodbo z dne 8. decembra 2011, Chalkor/Komisija (C-386/10 P, EU:C:2011:815, točka 78). Poleg tega bi bil sistem določanja glob, pri katerem se upoštevata učinek ali vpliv kršitve, bolj skladen z načelom sorazmernosti, v skladu s katerim „penalties should come as a direct response to an infringer's wrongdoing“ (glej Fish, M., An Eye for an Eye:Proportionality as a Moral Principle of Punishment, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, str. 28 in 57).

110. Prvič, v zadnjem delu točke 208 izpodbijane sodbe naj bi Splošno sodišče upravičeno zavrnilo trditev Komisije, ki jo je navedla v točki 915 obrazložitve izpodbijanega sklepa, ker je presodilo, da za opredelitev olajševalne okoliščine ni pomembno, da te naložbe ne spremenijo narave kršitve. Vendar naj bi se v točkah od 192 do 209 izpodbijane sodbe oddaljilo od obrazložitve, vsebovane v izpodbijanem sklepu, tako da teh naložb ni opredelilo kot olajševalno okoliščino in je namesto tega predstavilo svoje razlogovanje. S tem naj bi prezrlo pravilo, ki določa, da v okviru nadzora nad zakonitostjo iz člena 263 PDEU ne more nadomestiti obrazložitve avtorja izpodbijanega akta s svojo obrazložitvijo.

111. Drugič, Splošno sodišče naj bi napačno uporabilo pravo in/ali storilo očitno napako pri presoji z odločitvijo, da zadevnih naložb ni mogoče opredeliti kot ukrep za popravo kršitve. Po eni strani, v nasprotju s tem, kar je bilo razsojeno v točkah od 199 do 201 izpodbijane sodbe, naj bi bilo mogoče iz sodbe z dne 30. aprila 2009, Nintendo in Nintendo of Europe/Komisija (T-13/03, EU:T:2009:131), ter iz odločb nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco, sklepati, da se lahko pojem poprave kršitve nanaša na pozitivne učinke v naravi, in ne toliko na finančne učinke, tudi če so posredni. Člen 18(3) Direktive 2014/104 naj bi to potrjeval. Po drugi strani naj bi bilo v obravnavanem primeru nemogoče količinsko določiti ter natančno in učinkovito dodeliti neposredne poprave kršitve. Če torej podjetje Orange ne bi enostransko izvedlo zadevnih naložb, katerih pomembnost in pozitivne učinke naj bi priznala UKE in AO, naj bi bilo le malo oseb deležnih poprave kršitve. Splošno sodišče naj bi poleg tega v točkah od 204 do 206 izpodbijane sodbe napačno menilo, da ti pozitivni učinki izhajajo iz sporazuma z UKE, in ne iz navedenih naložb.

112. Tretjič, Splošno sodišče naj bi napačno uporabilo pravo in izkrivilo elemente v spisu s tem, da je v točki 202 izpodbijane sodbe menilo, da so naložbe izhajale iz želje podjetja Orange, da se izogne funkcionalni ločitvi, ki jo je predvidel UKE. V pisanjih ali izpodbijanem sklepu naj ne bilo nobene trditve glede razlogov, iz katerih je podjetje Orange sklenilo sporazum z UKE, in Splošno sodišče naj ne bi smelo – razen ob nepravilni nadomestitvi obrazložitve ter kršitvi načela pravičnosti in pravice do obrambe – s svojim razlogovanjem nadomestiti razlogovanja Komisije. Poleg tega naj bi bile te naložbe vsekakor prostovoljne, kot naj bi Komisija sama priznala v točki 140 izpodbijanega sklepa.

113. Četrtič, Splošno sodišče naj bi v točki 203 izpodbijane sodbe napačno menilo, da so bile zadevne naložbe le „običajen element v poslovnem svetu“. Ta trditev naj bi bila v nasprotju z ugotovitvijo iz točke 202 navedene sodbe, ker naj te naložbe ne bi mogle biti rezultat grožnje z regulativnim posredovanjem in obenem običajen element v poslovnem svetu. Vsekakor naj te naložbe ne bi bile izvedene v pričakovanju donosa, saj naj nekatere ne bi bile ekonomsko upravičene, temveč naj bi bil njihov namen popraviti škodo, povzročeno žrtvam kršitvenega ravnanja.

114. Poleg tega naj olajševalne okoliščine ne bi bile zaprta kategorija in neobstoj precedensa v sodni praksi naj ne bi oviral priznanja obstoja olajševalne okoliščine.

115. Komisija opozarja, da bi bilo treba obravnavani predlog zavreči kot brezpredmeten in/ali nedopusten.

116. Obravnavani predlog naj poleg tega ne bi bil utemeljen, saj naj podjetje Orange ne bi dokazalo, da bi moralo Splošno sodišče v skladu z veljavnim pravnim okvirom zadevne naložbe obravnavati kot ukrep za popravo kršitve.

117. Prvič, Komisija naj bi imela pri določitvi višine morebitnega znižanja globe na podlagi olajševalnih okoliščin polje proste presoje.

118. Drugič, Splošno sodišče naj se ne bi oprlo na „nove razloge, s katerimi je mogoče upravičiti zavrnitev Komisije“, da se zniža globa.

119. Tretjič, trditev Splošnega sodišča, da so naložbe izhajale iz želje po izognitvi regulativnim kaznim, naj bi izhajala iz njegove preučitve dokaznih elementov v zvezi z grožnjo funkcionalne ločitve, ki jo je Komisija omenila v izpodbijanem sklepu. Poleg tega naj ne bi niti ugotovilo, da je bilo tveganje funkcionalne ločitve edini razlog za podpis sporazuma z UKE, niti naj ne bi zanikalo prostovoljne narave teh naložb.

120. Četrtič, Splošno sodišče naj ne bi napačno uporabilo prava s tem, da je menilo, da so bile naložbe in njihovi morebitni pozitivni učinki del sporazuma, sklenjenega z UKE.

121. PIIT podobno kot podjetje Orange meni, da so zadevne naložbe po naravi popravljalne, kakor naj bi izhajalo iz dejanskih okoliščin, predstavljenih v stališčih, ki jih je PIIT predložila Splošnemu sodišču. Splošno sodišče naj bi zato napačno uporabilo pravo, ker jih ni upoštevalo kot olajševalno okoliščino. Poleg tega naj bi storilo napako pri presoji dokaznih elementov, ki jih je predložila PIIT, in izkrivilo njihovo vsebino, zlasti s trditvijo v točki 204 izpodbijane sodbe, da so bile trditve PIIT v njeni vlogi v nasprotju z dokumenti, ki so ji bili priloženi. V točki 206 izpodbijane sodne naj bi napačno menilo, da je treba pozitivne učinke za AO in končne uporabnike pripisati izključno sporazumu z UKE, in ne navedenim naložbam.

122. ECTA v bistvu navaja podobno utemeljitev kot Komisija.

2. Presoja

123. Menim, da je ta pritožbeni razlog nedopusten, ker podjetje Orange dejansko izpodbija presojo dejanskega stanja, ki jo je navedlo Splošno sodišče, in poziva Sodišče, naj ponovno preuči dejansko stanje, ki ga je ugotovilo Splošno sodišče.

124. Podjetje Orange dejansko izpodbija ugotovitev Splošnega sodišča glede razlogov, iz katerih je to podjetje izvedlo zadevne naložbe, njihove narave in njihovih morebitnih posledic. Vse te okoliščine so dejanske okoliščine. V skladu s sodno prakso Sodišča „[…] ugotovitev glede dejanskega stanja izhaja iz suverene diskrecijske pravice Splošnega sodišča, ki je Sodišče v okviru svojega nadzora ne more nadomestiti s svojo“ (sklep z dne 15. junija 2012, Otis Luxembourg in drugi/Komisija (C-494/11 P, neobjavljen, EU:C:2012:356, točka 48).

125. Poleg tega se mi zdi ta pritožbeni razlog neutemeljen.

126. Čeprav je Splošno sodišče v okviru nadzora nad zakonitostjo iz člena 263 PDEU pristojno za preučitev in uporabo dokaznih elementov, ki mu jih predložijo stranke,[26] vseeno v skladu z ustaljeno sodno prakso sodišča Unije v okviru nadzora nad zakonitostjo nikakor ne morejo nadomestiti obrazložitve avtorja izpodbijanega akta s svojo obrazložitvijo.[27]

127. Nasprotno pa je sodišče Unije pri izvajanju svoje neomejene pristojnosti pristojno, da poleg samega nadzora nad zakonitostjo kazni presojo avtorja akta, v katerem je bila prvotno določena višina zneska te kazni, za določitev tega zneska nadomesti s svojo presojo, pri čemer je obseg te pristojnosti strogo omejen na določitev zneska globe.[28]

26 Glej v tem smislu zlasti sodbo z dne 21. januarja 2016, Galp Energía España in drugi/Komisija (C-603/13 P, EU:C:2016:38, točka 72 in navedena sodna praksa).

27 Sodbi z dne 24. januarja 2013, Frucona Košice/Komisija (C-73/11 P, EU:C:2013:32, točka 89 in navedena sodna praksa), ter z dne 21. januarja 2016, Galp Energía España in drugi/Komisija (C-603/13 P, EU:C:2016:38, točka 73).

28 Glej sodbo z dne 21. januarja 2016, Galp Energía España in drugi/Komisija (C-603/13 P, EU:C:2016:38, točki 75 in 76 ter navedena sodna praksa); glej tudi sodbo z dne 8. decembra 2011, KME Germany in drugi/Komisija (C-389/10 P, EU:C:2011:816, točke od 129 do 133). Glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Telefónica in Telefónica de España/Komisija (C-295/12 P, EU:C:2013:619), v katerih sem podrobno analiziral ta vprašanja.

128. Izhajajoč iz teh načel se strinjam z ugotovitvami Splošnega sodišča.

129. Splošno sodišče se je namreč tu oprlo na svojo presojo izpodbijanega sklepa in na ugotovitve, ki so jih stranke predstavile med postopkom.[29] Te ugotovitve so bile navedene v odgovor na trditve podjetja Orange, ki se je sklicevalo prav na te zadeve. Podjetje Orange torej ne more trditi, da je Splošno sodišče s svojo obrazložitvijo nadomestilo obrazložitev Komisije v zvezi s tem.

130. Dalje, ugotovitev Splošnega sodišča, da so naložbe izhajale iz želje po izognitvi kazni, kakršna je funkcionalna ločitev, jasno temelji na nekaterih elementih, vsebovanih v izpodbijanem sklepu.[30] Podjetje Orange je bilo s temi dokaznimi elementi seznanjeno in jih ni nikoli izpodbijalo.

131. Poleg tega tudi kar zadeva ugotovitev Splošnega sodišča, da so bile zadevne naložbe „[…] element v poslovnem svetu“ in „[so bile] izv[edene] v pričakovanju donosa“, ni mogoče trditi, da je Splošno sodišče s svojo obrazložitvijo nadomestilo obrazložitev Komisije. Splošno sodišče je pri izvajanju nadzora, da bi ugotovilo, ali je Komisija naredila napako, nasprotno, odgovorilo na trditve podjetja Orange, tudi z vidika dokaznih elementov, ki so jih predložile stranke. Replika Komisije (točka 133) in duplika (točka 64) namreč vsebujeta elemente, na podlagi katerih je lahko Splošno sodišče zavrnilo trditve tožeče stranke in ugotovilo, da je podjetje Orange naložbe izvedlo v svojem interesu. Poleg tega izpodbijani sklep vsebuje nekatere elemente, iz katerih sta razvidni pomembnost nenehnih prizadevanj za naložbe v telekomunikacijski sektor (točka 807 obrazložitve izpodbijanega sklepa) in splošno zanimanje podjetja Orange (ekonomija obsega) za naložbe (točka 661 obrazložitve tega sklepa).

132. Nazadnje (tako kot Komisija) menim, da se Splošno sodišče ni oprlo na „nove razloge, s katerimi je mogoče utemeljiti zavrnitev Komisije,“ da se zniža globa. Vsi elementi, ki jih je preučilo Splošno sodišče, pa tudi vsi razlogi, ki so bili navedeni za zavrnitev opredelitve zadevnih naložb kot olajševalne okoliščine, so izhajali iz vlog, ki so mu bile predložene, in izpodbijanega sklepa. Splošno sodišče je poleg tega z odločitvijo, da ne spremeni globe, zgolj izvajalo svojo neomejeno pristojnost.

133. Poleg tega Splošno sodišče v nasprotju s trditvijo podjetja Orange v točkah od 204 do 206 izpodbijane sodbe ni ugotovilo, da ni bilo pozitivnih učinkov, ki bi jih bilo mogoče pripisati zadevnim naložbam. Splošno sodišče je namreč na podlagi lastne analize dokumentov, ki jih je uporabila Komisija, ugotovilo, da so nekateri med njimi potrjevali, da so AO in UKE priznali pozitivne učinke naložb. Tudi Splošno sodišče je v točki 203 izpodbijane sodbe priznalo, da lahko obstajajo nekatere posredne koristi za končne uporabnike in AO. Vendar je menilo, da ti pozitivni učinki še ne pomenijo napačne presoje Komisije glede zavrnitve, da se podjetju Orange priznajo olajševalne okoliščine ali da se vsekakor na podlagi tega zniža znesek globe – kar se po svojem bistvu razlikuje od nepriznavanja pozitivnih učinkov.

134. Po navedbah podjetja Orange (pritožba, točka 64) sta napačna uporaba prava in očitna napaka pri presoji olajševalnih okoliščin povezani z ugotovitvijo, da je lahko, prvič, ukrep za popravo kršitve le neposredno finančno nadomestilo in da, drugič, namen zadevnih naložb ni povrniti škodo tretjim osebam.

29 Glej točke 193, 194, 196 in 197 izpodbijane sodbe in ugotovitev Splošnega sodišča v točkah 200 in 201.

30 Glej izpodbijano sodbo (točka 215); poleg tega je bila nevarnost funkcionalne ločitve navedena tudi v točki 17 te sodbe, podrobno pa je analizirana v točki 197 iste sodbe.

135. S to trditvijo se ne morem strinjati. Prvič, v skladu z ustaljeno sodno prakso Unije v Smernicah niso nujno naštete olajševalne okoliščine, ki bi jih morala Komisija upoštevati. Posledično Komisija delno ohrani določeno polje proste presoje, da v splošnem oceni obseg morebitnega znižanja zneska glob iz naslova olajševalnih okoliščin.[31] Smernice iz leta 2006 torej vsebujejo neizčrpen seznam dejavnikov, ki jih lahko Komisija po svoji presoji upošteva kot olajševalne okoliščine.

136. Poleg tega je mogoče ugotoviti, da Komisija vse bolj izjemoma upošteva olajševalne okoliščine za znižanje osnovnega zneska globe, zlasti od sprejetja Smernic iz leta 2006.[32]

137. Drugič, sodišča Unije in Komisija niso nikoli sprejeli, da je mogoče naložbe, kakršne so obravnavane, šteti za olajševalne okoliščine, ki upravičujejo znižanje višine globe.

138. Splošno sodišče je v edini sodbi, ki se nanaša na možnost odobritve zmanjšanja zneska globe zaradi izplačanih nadomestil,[33] ob upoštevanju izjemnih okoliščin sprejelo, da se upoštevajo „finančn[a] nadomestil[a], ki jih je [zadevno] podjetje ponudilo tretjim, ki so bili oškodovani zaradi [kršitve] in so bili opredeljeni v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah“.

139. V tej zadevi je Komisija globo, naloženo družbi Nintendo, znižala za 300.000 EUR, da bi se upoštevala nadomestila v skupnem znesku 375.000 EUR, ki jih je ponudila tretjim, za katere je bilo v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah navedeno, da so zaradi kršitev utrpeli finančno škodo.[34] V zvezi s tem je upoštevna tudi sodba Independent Schools (odločba organa Združenega kraljestva, pristojnega za konkurenco, z dne 20. novembra 2006, zadeva CA 98/05/2006), ki jo je Splošno sodišče navedlo v točki 201 izpodbijane sodbe.

140. Poleg tega v praksi odločanja Komisije še vedno ni mogoče zaslediti milejšega pristopa. Komisija je med drugim v odločbi v zvezi z zadevo „Predizolirane cevi“,[35] odločila, da zniža *globo enemu od udeležencev v kartelu zaradi „velike odškodnine“, ki jo je plačal podjetju, opredeljenemu v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah*, kot podjetju, proti kateremu so povzročitelji kršitve sprejeli skupne ukrepe, da bi škodovali njegovim dejavnostim, omejili njegove dejavnosti na ozemlje ene države članice ali čisto preprosto izrinili podjetje s trga.

141. Nazadnje, kot poudarja Komisija, zadevne naložbe nikakor niso povezane s kršitvijo ter njihov namen ni AO in končnim uporabnikom nadomestiti morebitno škodo, ki naj bi jo utrpeli.

142. Mislim, da tega scenarija ni mogoče kategorično izključiti, vendar to ne spremeni dejstva, da bi bilo poseženo v odvračalni učinek glob, če bi bile naložbe podjetja s prevladujočim položajem v lastno infrastrukturo po kršitvi „samodejno“ opredeljene kot olajševalna okoliščina.

31 Sodbe z dne 8. julija 2004, Dalmine/Komisija (T-50/00, EU:T:2004:220, točka 326); z dne 16. junija 2011, FMC Foret/Komisija (T-191/06, EU:T:2011:277, točka 333); z dne 3. marca 2011, Siemens in VA Tech/Komisija (od T-122/07 do T-124/07, EU:T:2011:70, točka 208); z dne 14. Decembra 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich/Komisija (od T-259/02 do T-264/02 in T-271/02, EU:T:2006:396, točka 473); z dne 6. maja 2009, KME Germany in drugi/Komisija (T-127/04, EU:T:2009:142, točka 115); in z dne 8. septembra 2010, Deltafina/Komisija (T-29/05, EU:T:2010:355, točka 348).

32 Glej Bernardeau, L., in Christienne, J.-P., *Les amendes en droit de la concurrence*, Larcier, Bruselj, 2013, str. 166 (v prvih desetih odločbah, v katerih je Komisija uporabila Smernice iz leta 2006, namreč ni bila priznana nobena olajševalna okoliščina).

33 Sodba z dne 30. aprila 2009, Nintendo in Nintendo of Europe/Komisija (T-13/03, EU:T:2009:131, točka 23).

34 Sodba z dne 30. aprila 2009, Nintendo in Nintendo of Europe/Komisija (T-13/03, EU:T:2009:131, točka 204), in Odločba Komisije z dne 30. oktobra 2002 v zvezi s postopkom na podlagi člena 81 Pogodbe ES in člena 53 Pogodbe o EGS (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution in COMP/36.321 Omega – Nintendo) (UL 2003, L 255, str. 33), točki 440 in 441 obrazložitve.

35 Odločba Komisije 1999/60/ES z dne 21. oktobra 1998 v zvezi s postopkom na podlagi člena 85 Pogodbe ES (IV/35.691/E-4 – predizolirane cevi), UL 1999, L 24, str. 1 (točki 25 in 172 obrazložitve). Glej tudi Odločbo Komisije 75/75/EGS z dne 19. decembra 1974 v zvezi s postopkom na podlagi člena 86 Pogodbe EGS (IV/28851 – General Motors Continental), UL 1975, L 29, str. 14.

143. Kot poudarja Komisija, člen 18(3) Direktive 2014/104 potrjuje samo, da imajo organi, pristojni za konkurenco, diskrecijsko pravico pri upoštevanju neposrednih plačil oškodovancem kot olajševalnih okoliščin in da je načeloma edina poprava kršitve, ki jo je mogoče upoštevati, neposredna denarna odškodnina, izplačana oškodovancu.

144. Splošno sodišče nazadnje ni storilo napake, ko je menilo, da so bile naložbe in njihovi morebitni pozitivni učinki del sporazuma, sklenjenega z UKE. Poleg tega je lahko glede na elemente, ki so mu bili predloženi, upravičeno ugotovilo, da tudi če so imele zadevne naložbe dodatne pozitivne učinke, na katere se sklicuje podjetje Orange, niso pomenile poprave kršitve, ki bi jo lahko Komisija upoštevala.

145. Iz tega sledi, da je treba ta tretji pritožbeni razlog zavreči kot nedopusten in vsekakor zavrniti kot neutemeljen.

IV. Stroški

146. Ker se zadeva vrne v razsojanje Splošnemu sodišču, se odločitev o stroških tega pritožbenega postopka pridrži.

V. Predlog

147. Iz teh razlogov Sodišču predlagam, naj odloči tako, da:

– razveljavi sodbo Splošnega sodišča Evropske unije z dne 17. decembra 2015, Orange Polska/Komisija (T-486/11, EU:T:2015:1002), v delu, v katerem je navedeno sodišče napačno uporabilo pravo, ker ni preučilo trditev podjetja Orange Polska S.A. v okviru drugega dela tretjega tožbenega razloga na prvi stopnji, ki se nanaša na obstoj napak v ugotovitvah Komisije v zvezi z vplivom kršitve na zadevne trge, s čimer je kršilo načeli učinkovitega sodnega varstva in sorazmernosti globe;

– v preostalem pritožbo zavrne in

– zadevo vrne v razsojanje Splošnemu sodišču, da bi to znova preučilo trditve, na katerih temelji drugi pritožbeni razlog, ter pridrži odločitev o stroških.