



## Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА ОБЩИЯ СЪД (осми състав)

29 март 2012 година \*

„Конкуренция — Злоупотреба с господстващо положение — Испански пазари за ширококолов интернет достъп — Решение, с което се установява нарушение на член 82 ЕО — Определяне на цените — Ценова преса — Определяне на пазарите — Господстващо положение — Злоупотреба — Изчисляване на свиването на маржовете — Последици от злоупотребата — Компетентност на Комисията — Право на защита — Субсидиарност — Пропорционалност — Правна сигурност — Лоялно сътрудничество — Принцип на добра администрация — Глоби“

По дело T-336/07

**Telefónica, SA**, установено в Мадрид (Испания)

**Telefónica de España, SA**, установено в Мадрид,

за които се явяват първоначално F. González Díaz и S. Sorinas Jimeno, впоследствие González Díaz, avocats,

жалбоподатели,

срещу

**Европейска комисия**, за която се явяват г-н F. Castillo de la Torre, г-н É. Gippini Fournier и г-жа K. Mojzesowicz, в качеството на представители,

ответник,

подпомагана от

**France Telecom España, SA**, установено в Pozuelo de Alarcón (Испания), за което се явяват S. Martínez Lage, H. Brokelmann и M. Ganino, avocats,

от

**Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo)**, установено в Мадрид, за което се явяват L. Pineda Salido и M. I. Cámara Rubio, avocats,

и от

**European Competitive Telecommunications Association**, установено в Wokingham (Обединено кралство), за което се явяват M. Di Stefano и A. Salerno, avocats,

встъпили страни,

\* Език на производството: испански.

с предмет искане за отмяна на Решение С (2007) 3196 окончателен на Комисията от 4 юли 2007 година относно производство съгласно член 82 [ЕО] (дело COMP/38.784 — Wanadoo España срещу Telefónica), а при условията на евентуалност — искане за отмяна или намаление на размера на наложената на жалбоподателите глоба,

ОБЩИЯТ СЪД (осми състав),

състоящ се от: г-н L. Truchot, председател, г-жа M.E. Martins Ribeiro (докладчик) и г-н H. Kanninen, съдии,

секретар: г-н J. Palacio González, главен администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 23 май 2011 г.,

постанови настоящото

## Решение

### Представяне на жалбоподателите

- 1 Telefónica SA, което е жалбоподател по настоящото дело, е дружеството майка на групата Telefónica, бивш държавен монополист в сектора на далекосъобщенията в Испания. През периода, до който се отнася Решение С (2007) 3196 окончателен на Комисията от 4 юли 2007 година относно производство съгласно член 82 [ЕО] (дело COMP/38.784 — Wanadoo España срещу Telefónica) (наричано по-нататък „обжалваното решение“), тоест от септември 2001 г. до декември 2006 г., Telefónica предоставя широколентови услуги чрез дъщерното си дружество Telefónica de España SAU (наричано по-нататък „TESAU“), също жалбоподател по настоящото дело, както и чрез други две дъщерни дружества, Telefónica Data de España SAU и Terra Networks España SA, които се вливат в TESAU съответно на 30 юни 2006 г. и на 7 юли 2006 г. (съображения 11, 13 и 19—21 от обжалваното решение). Telefónica и дъщерните му дружества (наричани по-нататък заедно „Telefónica“) представляват един и същ стопански субект през целия период, до който се отнася разследването (съображение 12 от обжалваното решение).
- 2 Преди пълната либерализация на далекосъобщителните пазари през 1998 г. Telefónica се притежава от испанската държава и се ползва от законен монопол за доставка на дребно на далекосъобщителни услуги по фиксирани линии. Понастоящем то експлоатира единствената фиксирана телефонна мрежа с национален обхват (съображение 13 от обжалваното решение).

### Административно производство

- 3 На 11 юли 2003 г. Wanadoo España SL (понастоящем France Telecom España SA) (наричано по-нататък „France Telecom“) подава жалба до Комисията на Европейските общности, като твърди, че маржът между цените на едро, които дъщерните дружества на Telefónica прилагат за конкурентите си за доставката на едро на широколентов достъп в Испания, и прилаганите от тях за крайните потребители цени на дребно не е достатъчен, за да могат конкурентите на Telefónica да го конкурират (съображение 26 от обжалваното решение).
- 4 След като анализира жалбата и получава допълнителна информация, на 20 февруари 2006 г. Комисията изпраща изложение на възраженията на Telefónica. То отговаря на 19 май 2006 г. На 12 и 13 юни 2006 г. е проведено изслушване (съображения 27 и 30 от обжалваното решение).

- 5 На 11 януари 2007 г. Комисията изпраща на Telefónica писмо, с което го приканва да представи становището си по изводите, които тя възнамерява да направи въз основа на новите обстоятелства, непосочени в изложението на възраженията (наричано по-нататък „фактологичното писмо“). Telefónica отговаря на това писмо на 12 февруари 2007 г. (съображение 31 от обжалваното решение).

### **Обжалваното решение**

- 6 На 4 юли 2007 г. Комисията приема решението, срещу което е подадена настоящата жалба.
- 7 На първо място в обжалваното решение Комисията определя три съответни продуктови пазара — един пазар на дребно на широколентови услуги и два пазара на едро на широколентови услуги (съображения 145—208 от обжалваното решение).
- 8 Съгласно обжалваното решение съответният пазар на дребно включва всички недиференцирани широколентови продукти, независимо дали се предоставят чрез ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, асиметрична цифрова абонатна линия) или чрез която и да е друга технология, разпространена на „масовия пазар“ за домашни и други потребители. За сметка на това този пазар не включва услугите за широколентов достъп по поръчка, които са насочени главно към „големи клиенти“ (съображение 153 от обжалваното решение).
- 9 По отношение на пазарите на едро Комисията посочва, че се предлагат три оферти на едро, а именно референтна оферта за необвързан достъп до абонатна линия, която се предлага на пазара само от Telefónica, оферта на едро на регионално равнище (GigADSL, наричана по-нататък „продуктът за регионалния пазар на едро“), също предлагана единствено от Telefónica, и няколко оферти на едро на национално равнище, предлагани както от Telefónica (ADSL-IP и ADSL-IP Total, наричани по-нататък „продуктът за националния пазар на едро“), така и от други оператори въз основа на необвързан достъп до абонатна линия и/или на продукта за регионалния пазар на едро (съображение 75 обжалваното решение).
- 10 За да определи съответните в настоящия случай пазари на едро, Комисията анализира дали посочените в предходната точка продукти за достъп на едро принадлежат към един и същ продуктов пазар или към различни продуктови пазари (съображение 162 от обжалваното решение).
- 11 В това отношение Комисията най-напред приема, че продуктът за регионалния пазар на едро и необвързаният достъп до абонатна линия не са заменими (съображения 163—182 от обжалваното решение). За да обоснове този извод, по отношение на заменимостта при търсенето Комисията се позовава на значителните инвестиции за изграждане на мрежа (съображения 163 и 164 от обжалваното решение) и на функционалните различия между тези два вида достъп на едро (съображение 165 от обжалваното решение). Комисията приема също, че не е налице заменимост между тези продукти при предлагането, тъй като това предполага, че алтернативен оператор може да предложи мрежа от абонатни линии, идентична на мрежата на Telefónica, на цялата територия на Кралство Испания, което било икономически невъзможно в разумен срок (съображение 167 от обжалваното решение).
- 12 На следващо място Комисията приема, че не е налице достатъчна заменимост между продуктите за регионалния и за националния пазар на едро (съображения 183—195 от обжалваното решение), като същевременно пояснява, че точните граници между националния и регионалния пазар на едро не са определящи предвид господстващото положение на Telefónica на всеки един от тези пазари (съображение 195 от обжалваното решение). Що се отнася до заменимостта при търсенето, Комисията приема, че алтернативният оператор, който иска да предоставя ADSL услуги на дребно на национално равнище, използвайки продукта за регионалния пазар на едро, трябва да поеме

значителни периодични и първоначални разходи за изграждане и поддръжка на мрежа, позволяваща взаимно свързване в 109 непреки точки за достъп на Telefónica (съображение 183 от обжалваното решение). Освен това преходът от продукта за регионалния пазар на едро към продукта за националния пазар на едро няма смисъл от икономическа гледна точка, тъй като било нелогично и малко вероятно вече инвестирани в изграждането на мрежа оператори да правят разходи, като не използват своята мрежа, а използват продукта за националния пазар на едро, който нямало да им предостави същите възможности по отношение на контрола върху качеството на свързаната с продукта за пазара на дребно услуга, каквито предоставял продуктът за регионалния пазар на едро (съображение 187 от обжалваното решение). Що се отнася до заменимостта при предлагането, Комисията посочва, че макар наистина да е възможно оператор, който иска да предложи оферта на едро на национално равнище, да го направи въз основа на оферта на едро на регионално равнище, което предполага значителни инвестиции, последните инвестиции са несравними с нужните за необвързания достъп до абонатна линия, необходим нагоре по веригата, за да може операторът да предложи продукт за регионален достъп на едро, който да е конкурентен на продукта на Telefónica (съображение 191 от обжалваното решение).

- 13 Накрая Комисията приема, че технологиите за ширококолов достъп, различни от ADSL, и по-специално достъпът чрез кабел, не могат да се считат за заменими с офертите за ADSL (съображения 196—207 от обжалваното решение). Що се отнася до заменимостта при търсенето, Комисията отбелязва значителните разходи, които трябва да се направят при преминаването от оферта на едро за ADSL към оферта на едро, основана на кабел, както и слабото покритие и раздробяването на кабелните мрежи в Испания (съображение 199 от обжалваното решение). Комисията посочва също, че макар технически да е възможно за кабелните оператори да предоставят на трети лица ширококолов достъп на едро, еквивалентен на продуктите за регионалния и за националния пазар на едро, практически и икономически трудности не биха им позволили да го направят, така че подобна оферта не би била изпълнима от икономическа гледна точка.
- 14 Комисията заключава, че съответните за целите на обжалваното решение пазари на едро включват продукта за регионалния пазар на едро и продукта за националния пазар на едро, с изключение на услугите на едро за достъп чрез кабел и на различните от ADSL технологии (съображения 6 и 208 от обжалваното решение).
- 15 Съгласно обжалваното решение съответните географски пазари на едро и на дребно са с национален обхват (територията на Кралство Испания) (съображение 209 от обжалваното решение).
- 16 На второ място Комисията установява, че Telefónica заема господстващо положение на двата съответни пазара на едро (съображения 223—242 от обжалваното решение). Така през разглеждания период Telefónica притежавало монопол върху доставката на продукта за регионалния пазар на едро и дял от повече от 84 % за продукта за националния пазар на едро (съображения 223 и 235 от обжалваното решение). Съгласно обжалваното решение (съображения 243—277) Telefónica заемало господстващо положение и на пазара на дребно.
- 17 На трето място Комисията проверява дали Telefónica е злоупотребило с господстващото си положение на съответните пазари (съображения 278—694 от обжалваното решение). В това отношение Комисията приема, че Telefónica е нарушило член 82 ЕО, като е наложило на конкурентите си несправедливи цени под формата на ценова преса между цените за ширококолов достъп на дребно на испанския „масов“ пазар и цените за ширококолов достъп на едро на регионално и национално равнище през периода от септември 2001 г. до декември 2006 г. (съображение 694 от обжалваното решение).
- 18 За да установи наличието на ценова преса в настоящия случай, Комисията първо припомня правната уредба, в контекста на която Telefónica предоставя продуктите за регионалния и националния пазар на едро, по-специално наложеното от испанското право задължение за

Telefónica да предоставя при справедливи условия достъп на едро на регионално и национално равнище. Комисията припомня също задължението, наложено на Telefónica от Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (СМТ, Комисия за пазара на далекосъобщителни услуги в Испания) от март 1999 г., да предоставя продукта за регионалния пазар на едро и посочва, че Telefónica е започнало да предлага продукта ADSL-IP Total по собствена инициатива от септември 1999 г., а СМТ е наложила на Telefónica задължение да предоставя достъп до ADSL-IP от април 2002 г. (съображения 288 и 289 от обжалваното решение).

- 19 Второ, по отношение на метода за изчисляване на ценовата преса, Комисията приема, че 1) равнището на ефективност на конкурентите на Telefónica трябва да се преценява в зависимост от разходите на последното надолу по веригата (метод на „конкурента със същата ефективност“) (съображения 311—315 от обжалваното решение), 2) в настоящия случай релевантният метод за определяне на стойността на разходите е този на дългосрочните средни пределни разходи (наричани по-нататък „ДСПР“) (съображения 316—324 от обжалваното решение), 3) оценката на рентабилността във времето може да се извърши по два метода, а именно методът, наречен „период по период“, и методът на дисконтираните парични потоци (наричани по-нататък „ДПП“) (съображения 325—385 от обжалваното решение), 4) ценовата преса трябва да се изчисли въз основа на портфейла от предлаганите от Telefónica услуги на съответния пазар на дребно (съображения 386—388 от обжалваното решение) и 5) що се отнася до избора на входящите доставки нагоре по веригата за изчисляването на възможността за поддържане на цените надолу по веригата, тарифите на Telefónica трябва да могат да се поддържат от конкурент със същата ефективност, който използва поне един от продуктите на едро на Telefónica на всеки един от съответните пазари на едро (съображения 389—396 от обжалваното решение).
- 20 Трето, Комисията изчислява дали разликата между цените на Telefónica надолу и нагоре по веригата покрива поне ДСПР на Telefónica надолу по веригата (съображения 397—511 от обжалваното решение). Като прилага посочената в предходната точка методология, Комисията изчислява, че цените на дребно на Telefónica не са могли да бъдат поддържани въз основа на продуктите ѝ на националния или регионалния пазар на едро в периода от септември 2001 г. до декември 2006 г. (съображения 512—542 от обжалваното решение).
- 21 Четвърто, по отношение на последиците от злоупотребата Комисията смята, че поведението на Telefónica вероятно е ограничило възможностите на ADSL операторите за устойчив растеж на пазара на дребно и вероятно е причинило вреда на крайните потребители. Тя приема също, че поведението на Telefónica е довело до конкретен изключващ ефект и е причинило вреди на потребителите (съображения 544—618 от обжалваното решение).
- 22 Пето, Комисията отбелязва, че поведението на Telefónica не е обективно обосновано и не води до повишаване на ефективността (съображения 619—664 от обжалваното решение).
- 23 Шесто, Комисията изтъква, че Telefónica е имало свобода на действие, за да избегне ценовата преса. Така то можело да увеличи цените си на дребно или да намали цените си на едро. Комисията добавя, че решенията на СМТ във връзка с ценовата преса, чийто адресат е Telefónica, не могат да освободят последното от отговорност (съображения 665—694 от обжалваното решение).
- 24 На четвърто място Комисията установява, че в случая е засегната търговията между държавите членки, тъй като ценовата политика на Telefónica се отнася до услугите за достъп на оператор с господстващо положение, покриващи цялата територия на Кралство Испания, която представлява значителна част от вътрешния пазар (съображения 695—697 от обжалваното решение).
- 25 За определяне на размера на глобата в обжалваното решение Комисията е приложила метода, изложен в Насоките относно метода за определяне на размера на глобите, налагани съгласно член 15, параграф 2 от Регламент № 17 и член 65, параграф 5 от Договора за [ВС] (ОВ С 9, 1998 г., стр. 3; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 3, стр. 69, наричани по-нататък „Насоките от 1998 г.“).

- 26 На първо място, Комисията преценява тежестта и отражението на нарушението, както и размера на съответния географски пазар. Най-напред, по отношение на тежестта на нарушението, Комисията приема, че е налице ясна злоупотреба на предприятие в квазимонополно положение, която трябва да се квалифицира като „много тежка“ съгласно Насоките от 1998 г. (съображения 739—743 от обжалваното решение). В съображения 744—750 от обжалваното решение Комисията по-специално разграничава настоящия случай от Решение 2003/707/ЕО на Комисията от 21 май 2003 година относно производство по прилагане на член 82 ЕО (дело COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (ОВ L263, стр. 9, наричано по-нататък „Решението относно Deutsche Telekom“), в което злоупотребата на Deutsche Telekom, изразяваща се също в свиване на маржовете, не е била квалифицирана като „много тежка“ по смисъла на Насоките от 1998 г. На следващо място, що се отнася до отражението на установеното нарушение, Комисията взема предвид, че съответните пазари са с голямо стопанско значение, че имат решаваща роля в изграждането на информационното общество и че отражението на злоупотребата на Telefónica върху пазара на дребно е значително (съображения 751 и 753 от обжалваното решение). Накрая, по отношение на размера на съответния географски пазар Комисията по-специално посочва, че испанският пазар на ширококоловтови услуги е петият по големина национален пазар на ширококоловтови услуги в Европейския съюз и макар случаите на ценова преса непременно да се ограничават в рамките само на една държава членка, те възпрепятстват операторите от други държави членки да навлязат на бързо разрастващ се пазар (съображения 754 и 755 от обжалваното решение).
- 27 Съгласно обжалваното решение началният размер на глобата от 90 000 000 EUR отчита факта, че тежестта на злоупотребата на Telefónica се е конкретизирала през съответния период, и по-специално след приемането на Решението относно Deutsche Telekom (съображения 756 и 757 от обжалваното решение). Към посочения начален размер на глобата е приложен мултипликационен коефициент от 1,25, за да се вземе предвид значителният икономически капацитет на Telefónica и за да се осигури достатъчно възпиращо действие на глобата, като по този начин началният ѝ размер е определен на 112 500 000 EUR (съображение 758 от обжалваното решение).
- 28 На второ място, тъй като нарушението е продължило от септември 2001 г. до декември 2006 г., тоест пет години и четири месеца, Комисията е увеличила началния размер на глобата с 50 %. Така основният размер на глобата е определен на 168 750 000 EUR (съображения 759—761 от обжалваното решение).
- 29 На трето място, с оглед на наличните доказателства Комисията смята, че в настоящия случай може да се признае наличието на известни смекчаващи обстоятелства, тъй като нарушението най-малкото е извършено по небрежност. Поради това размерът на глобата на Telefónica е намален с 10 %, като вследствие на това размерът на глобата е определен на 151 875 000 EUR (съображения 765 и 766 от обжалваното решение).
- 30 Разпоредителната част на обжалваното решение гласи следното:

*„Член първи*

[Telefónica] и [TESAU] са нарушили член 82 ЕО, като са приложили несправедливи цени под формата на несъразмерност между цените на едро и цените на дребно за ширококоловтов достъп през периода от септември 2001 г. до декември 2006 г.

*Член 2*

За установеното в член 1 нарушение на [Telefónica] и на [TESAU] се налага глоба в размер на 151 875 000 EUR, при условията на солидарност“.

### **Производство и искания на страните**

- 31 На 1 октомври 2007 г. жалбоподателите подават настоящата жалба в секретариата на Общия съд.

- 32 С молби, подадени в секретариата на Общия съд съответно на 10 и на 24 декември 2007 г., France Telecom и Asociación de usuarios de servicios bancarios (Ausbanc Consumo) (наричано по-нататък „Ausbanc“) искат да встъпят в подкрепа на исканията на Комисията.
- 33 С писмо от 7 януари 2008 г. жалбоподателите искат поверително третиране по отношение на евентуалните встъпили страни на някои части от жалбата и приложенията към нея.
- 34 С писмо от 22 февруари 2008 г. жалбоподателите искат поверително третиране по отношение на Ausbanc на някои части от жалбата и приложенията към нея.
- 35 С писма от 15 април 2008 г. жалбоподателите искат поверително третиране по отношение на Ausbanc и France Telecom на някои части от писмената защита и приложенията към нея.
- 36 С писма от 25 юли 2008 г. жалбоподателите искат поверително третиране по отношение на Ausbanc и France Telecom на някои части от писмената реплика и приложенията към нея.
- 37 С определение на председателя на осми състав на Общия съд от 31 юли 2008 г. France Telecom и Ausbanc са допуснати да встъпят в подкрепа на исканията на Комисията. С него председателят не се произнася по основателността на искането за поверително третиране.
- 38 Подготвени от жалбоподателите неповерителни варианти на доказателствата са предоставени на встъпилите страни.
- 39 С писмо от 12 септември 2008 г. Ausbanc оспорва поверителността на заличените пасажии в получените от него неповерителни варианти на доказателствата.
- 40 С писмо от 15 септември 2008 г. France Telecom оспорва исканията за поверително третиране, тъй като те се отнасят до цели приложения към жалбата, писмената защита и писмената реплика.
- 41 На 28 октомври 2008 г. France Telecom и Ausbanc представят писмените си становища при встъпване.
- 42 С писмо от 25 ноември 2008 г. жалбоподателите уведомяват Общия съд, че писмените становища при встъпване не съдържат поверителни данни.
- 43 С писмо от 27 ноември 2008 г. жалбоподателите искат поверително третиране по отношение на Ausbanc и France Telecom на някои части от писмената дуплика и приложенията към нея.
- 44 На 6 февруари 2009 г. жалбоподателите представят становищата си по писмените становища при встъпване.
- 45 С писмо от 6 февруари 2009 г. жалбоподателите искат поверително третиране на някои сведения, съдържащи се в становищата им по писменото становище при встъпване на France Telecom и в едно приложение към тях.
- 46 С писмо от 9 февруари 2009 г. Комисията се отказва от възможността да представи становище по писмените становища при встъпване.
- 47 С определение от 2 март 2010 г. председателят на осми състав частично уважава искането за поверителност на жалбоподателите.
- 48 С молба, подадена в Общия съд на 4 ноември 2010 г., European Competitive Telecommunications Association (наричано по-нататък „ECTA“) също иска да встъпи в подкрепа на исканията на Комисията.

- 49 С писмо от 7 декември 2010 г. жалбоподателите възразяват срещу това искане.
- 50 С определение на председателя на осми състав на Общия съд от 28 февруари 2011 г. ЕСТА е допуснато да встъпи в подкрепа на исканията на Комисията.
- 51 Жалбоподателите молят Общия съд:
- като главно искане, на основание член 230 ЕО да отмени обжалваното решение,
  - при условията на евентуалност, на основание член 229 ЕО да отмени или намали размера на наложената им с обжалваното решение глоба,
  - при всички случаи да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.
- 52 Комисията моли Общия съд:
- да отхвърли жалбата,
  - да осъди жалбоподателите да заплатят съдебните разноски.
- 53 Ausbanc моли Общия съд:
- да отхвърли направените от жалбоподателите главно искане и искане при условията на евентуалност,
  - да осъди жалбоподателите да заплатят съдебните разноски.
- 54 France Telecom моли Общия съд:
- да отхвърли изцяло жалбата на жалбоподателите,
  - да осъди жалбоподателите да заплатят всички съдебни разноски, произтичащи от встъпването.
- 55 Въз основа на доклад на съдията докладчик Общият съд (осми състав) реши да започне устната фаза на производството. Устните състезания и отговорите на страните на поставените от Общия съд устни въпроси са изслушани в съдебното заседание от 23 май 2011 г.
- 56 В съдебното заседание ЕСТА моли Общия съд:
- да отхвърли жалбата,
  - да осъди жалбоподателите да заплатят съдебните разноски.

### **От правна страна**

*А – По допустимостта на доводите на жалбоподателите, за които се твърди, че се съдържат в приложенията*

- 57 В писмената дуплика Комисията оспорва допустимостта на някои доводи на жалбоподателите, за които се твърди, че се съдържат в приложенията към жалбата им и писмената им реплика. Комисията твърди, че по този начин жалбоподателите излагат доводи от правно или икономическо естество, които не се ограничават до поддържане или допълване на

фактическите или правните обстоятелства, изрично изложени в текста на посочените процесуални документи, а добавят нови твърдения. Според Комисията по този начин „цели части от писмените становища на жалбоподателите“ препращат към посочените приложения, без които становищата били лишени от съдържание.

- 58 От член 21 от Статута на Съда и от член 44, параграф 1, буква в) от Процедурния правилник на Общия съд следва, че в жалбата трябва да се съдържат предметът на спора и кратко изложение на изложените правни основания. Те трябва да са посочени достатъчно ясно и точно, за да се позволи на ответника да подготви защитата си, а на Общия съд — да се произнесе по жалбата, ако е необходимо, без да разполага с други данни. С оглед на гарантиране на правната сигурност и на доброто правораздаване, за да са допустими жалбите, е необходимо съществените правни и фактически обстоятелства, на които те се основават, да следват поне обобщено, но по логичен и разбираем начин, от самия им текст. Въпреки че съдържанието на жалбата може да бъде обосновавано и допълвано по конкретни въпроси чрез препращане към извлечения от приложения към нея доказателства, общото препращане към други документи, дори и приложения към жалбата, не заличава липсата на съществените обстоятелства от правните доводи, които следва да бъдат посочени в самата жалба (вж. Решение на Общия съд от 17 септември 2007 г. по дело Microsoft/Комисия, T-201/04, Сборник, стр. II-3601, точка 94 и цитираната съдебна практика).
- 59 Освен това Общият съд не е длъжен да изследва и установява сред приложенията правните основания и доводи, на които би могла да се основава жалбата, тъй като приложенията имат чисто доказателствена и документална функция (Решение на Общия съд от 7 ноември 1997 г. по дело Cipeke/Комисия, T-84/96, Recueil, стр. II-2081, точка 34, Решение на Общия съд от 21 март 2002 г. по дело Joynson/Комисия, T-231/99, Recueil, стр. II-2085, точка 154 и Решение на Общия съд от 14 декември 2005 г. по дело Honeywell/Комисия, T-209/01, Recueil, стр. II-5527, точка 57). Чисто доказателствената и документална функция на приложенията означава, че когато дадено приложение съдържа правни обстоятелства, на които почиват някои изложени в жалбата правни основания, тези обстоятелства трябва да бъдат включени в самия текст на жалбата или поне да бъдат в достатъчна степен идентифицирани в това писмено становище (вж. в този смисъл Решение на Съда от 28 юни 2005 г. по дело Dansk Rørindustri и др./Комисия, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P и C-213/02 P, Recueil, стр. I-5425, точка 99). Поради това в жалбата трябва да се посочва изрично в какво се изразява правното ѝ основание, като само по себе си абстрактното посочване на това основание не отговаря на изискванията на Процедурния правилник (Решение на Общия съд от 12 януари 1995 г. по дело Viho/Комисия, T-102/92, Recueil, стр. II-17, точка 68 и Решение на Общия съд от 22 ноември 2006 г. по дело Италия/Комисия, T-282/04, непубликувано в Recueil, точка 60).
- 60 При това положение приложенията не могат да служат за подробно изясняване на накратко изложено в жалбата основание, като включват оплаквания или доводи, които не се съдържат в нея (вж. Решение на Общия съд от 30 януари 2007 г. по дело France Télécom/Комисия, T-340/03, Сборник, стр. II-107, точка 167 и цитираната съдебна практика).
- 61 Това тълкуване на член 21 от Статута на Съда и на член 44, параграф 1, буква в) от Процедурния правилник важи и по отношение на условията за допустимост на писмената реплика, която съгласно член 47, параграф 1 от същия правилник има за цел да допълни исковата молба или жалбата (вж. Решение по дело Microsoft/Комисия, точка 58 по-горе, точка 95 и цитираната съдебна практика).
- 62 В настоящия случай жалбоподателите многократно препращат в писмените си изявления към приложения към тях документи, които понякога са обемисти. Някои от препращанията към съответните приложения доказателства обаче са направени само общо и поради това не позволяват на Общия съд да определи ясно сведенията, за които би могъл да приеме, че чрез препращане към извлечения от посочените доказателства обосновават или допълват конкретни точки от изложените в жалбата или в писмената реплика правни основания и доводи. Освен

това някои доказателства, към които се препраща, по-специално не целят единствено обосноваване и допълване на конкретни точки от определени доводи, посочени в текста на писменото становище, към което са приложени, а разясняват самите доводи, които са неразбираеми без анализ на посочените доказателства.

- 63 От това следва, че в настоящия случай приложенията към жалбата и писмената реплика трябва да бъдат взети предвид само доколкото обосновават или допълват правни основания или доводи, изрично посочени от жалбоподателите в текста на писмените им изявления, и доколкото е възможно с точност да се определи кои са съдържащите се в тях сведения, които обосновават или допълват посочените правни основания или доводи (вж. в този смисъл Решение по дело Microsoft/Комисия, точка 58 по-горе, точка 99).

*Б – По съществуването на спора*

- 64 В жалбата си жалбоподателите правят главни искания и искания при условията на евентуалност.
- 65 В подкрепа на главните си искания за отмяна на обжалваното решение жалбоподателите излагат шест правни основания. Първото правно основание е изведено от нарушение на правото на защита. Второто правно основание е изведено от фактически грешки и грешки при прилагане на правото при определянето на съответните пазари на едро. Третото правно основание е изведено от фактически грешки и грешки при прилагане на правото при установяването на господстващото положение на Telefónica на съответните пазари. Четвъртото правно основание е изведено от грешки при прилагането на член 82 ЕО, що се отнася до представляващото злоупотреба поведение на Telefónica. Петото правно основание е изведено от фактически грешки и/или грешки при преценката на фактите и грешки при прилагане на правото, що се отнася до представляващото злоупотреба поведение на Telefónica, както и до неговото антиконкурентно отражение. Накрая, шестото правно основание е изведено от прилагане ultra vires на член 82 ЕО и от нарушение на принципите на субсидиарност, пропорционалност, правна сигурност, лоялно сътрудничество и добра администрация.
- 66 При условията на евентуалност жалбоподателите излагат две правни основания за отмяна на глобата или за намаление на нейния размер. Първото правно основание е изведено от фактически грешки и грешки при прилагане на правото, както и от нарушение на член 15, параграф 2 от Регламент № 17 на Съвета от 6 февруари 1962 година — Първи регламент за прилагане на членове [81 ЕО] и [82 ЕО] (ОВ L13, 1962 г., стр. 204; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 3), на член 23, параграф 2 от Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове 81 [ЕО] и 82 [ЕО] (ОВ L1, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 167) и на принципите на правна сигурност и защита на оправданите правни очаквания. Второто правно основание, представено при условията на евентуалност по отношение на предходното, е изведено от фактически грешки и грешки при прилагане на правото, както и от нарушение при определянето на размера на глобата на принципите на пропорционалност, равно третиране и индивидуализиране на наказанията, както и на задължението за мотивиране.

*1. По главните искания за отмяна на обжалваното решение*

а) По обхвата на контрола на съдилищата на Съюза и тежестта на доказване

- 67 Съгласно член 2 от Регламент № 1/2003 и постоянната съдебна практика във връзка с прилагането на членове 81 ЕО и 82 ЕО в случай на спор за наличието на нарушение в областта на конкуренцията Комисията следва да докаже установените от нея нарушения и да посочи доказателствата, които

надлежно удостоверяват осъществяването на фактическия състав на нарушението (Решение на Съда от 17 декември 1998 г. по дело *Baustahlgewebe*/Комисия, C-185/95 P, Recueil, стр. I-8417, точка 58 и Решение на Съда от 6 януари 2004 г. по дело *BAI* и Комисия/*Bayer*, C-2/01 P и C-3/01 P, Recueil, стр. I-23, точка 62; в този смисъл вж. също Решение по дело *Microsoft*/Комисия, точка 58 по-горе, точка 688). За тази цел тя трябва да събере достатъчно точни и съвпадащи доказателства, за да обоснове твърдото убеждение, че твърдяното нарушение е било извършено (вж. в този смисъл Решение на Общия съд от 25 октомври 2005 г. по дело *Groupe Danone*/Комисия, T-38/02, Recueil, стр. II-4407, точка 217 и цитираната съдебна практика).

- 68 По-нататък трябва да се напомни, че в рамките на жалба за отмяна, подадена на основание член 230 ЕО, съдилищата на Съюза следва единствено да осъществяват контрол за законосъобразност на обжалвания акт (Решение на Общия съд от 8 юли 2004 г. по дело *JFE Engineering* и др./Комисия, T-67/00, T-68/00, T-71/00 и T-78/00, Recueil, стр. II-2501, точка 174). Така ролята на съда, сезиран с жалба за отмяна на решение на Комисията, в което се установява наличието на нарушение на правото в областта на конкуренцията и на адресатите се налагат глоби, се състои в това да преценява дали изтъкнатите от Комисията в нейното решение доказателства и други обстоятелства са достатъчни за установяване на наличието на твърдяното нарушение (вж. в този смисъл Решение на Общия съд от 20 април 1999 г. по дело *Limburgse Vinyl Maatschappij* и др./Комисия, T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 и T-335/94, Recueil, стр. II-931, точка 891 и Решение на Общия съд по дело *JFE Engineering* и др./Комисия, посочено по-горе, точка 175).
- 69 Освен това трябва да се напомни, че съгласно постоянната съдебна практика, макар съдилищата на Съюза да упражняват по общ начин пълен контрол за наличието на всички условия за прилагане на разпоредбите относно конкуренцията, упражняваният от тях контрол върху направените от Комисията сложни икономически преценки по необходимост се свежда до проверка дали са спазени процесуалните правила и изискването за мотивиране, както и дали фактите са установени точно и дали не е налице явна грешка в преценката или злоупотреба с власт (Решение на Съда от 11 юли 1985 г. по дело *Remia* и др./Комисия, 42/84, Recueil, стр. 2545, точка 34, Решение на Съда от 17 ноември 1987 г. по дело *British American Tobacco* и *Reynolds Industries*/Комисия, 142/84 и 156/84, Recueil, стр. 4487, точка 62 и Решение на Съда от 7 януари 2004 г. по дело *Aalborg Portland* и др./Комисия, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P и C-219/00 P, Recueil, стр. I-123, точка 279 и Решение на Общия съд от 10 април 2008 г. по дело *Deutsche Telekom*/Комисия, T-271/03, Сборник, стр. II-477, точка 185).
- 70 Също така, доколкото решението на Комисията е резултат от сложни технически преценки, те по правило също подлежат на ограничен съдебен контрол, което означава, че преценката на съдилищата на Съюза на фактическите обстоятелства не може да замести тази на Комисията (Решение на Общия съд по дело *Microsoft*/Комисия, точка 58 по-горе, точка 88 и Решение на Общия съд от 9 септември 2009 г. по дело *Clearstream*/Комисия, T-301/04, Сборник, стр. II-3155, точка 94).
- 71 При все това, макар съдилищата на Съюза да признават свобода на преценка на Комисията в икономическата област, това не означава, че те трябва да се въздържат от упражняване на контрол върху тълкуването от Комисията на данни с такъв характер. Всъщност съдилищата на Съюза трябва по-конкретно да проверяват не само дали представените доказателства установяват действителното положение и дали същите са достоверни и съгласувани, но и дали тези доказателства включват всички релевантни данни, които трябва да бъдат взети предвид, за да се направи преценка на дадена сложна ситуация, както и дали те са от такъв характер, че да подкрепят изведените от тях заключения (Решение на Съда от 15 февруари 2005 г. по дело *Комисия/Tetra Laval*, C-12/03 P, Recueil, стр. I-987, точка 39, Решение по дело *Microsoft*/Комисия, точка 58 по-горе, точка 89 и Решение по дело *Clearstream*/Комисия, точка 70 по-горе, точка 95).
- 72 В това отношение, ако съдът има съмнения, те трябва да бъдат в полза на предприятието — адресат на решението за установяване на нарушение (вж. в този смисъл Решение на Съда от 14 февруари 1978 г. по дело *United Brands* и *United Brands Continentaal*/Комисия, 27/76, Recueil,

стр. 207, точка 265). Следователно, особено в рамките на жалба за отмяна на решение за налагане на глоба, ако съдът все още има съмнения за това дали Комисията е установила надлежно наличието на разглежданото нарушение, той не би могъл да направи извод в тази насока (Решение по дело JFE Engineering и др./Комисия, точка 68 по-горе, точка 177).

73 Всъщност в последната посочена хипотеза следва да се вземе предвид принципът на презумпцията за невиновност, който произтича по-специално от член 6, параграф 2 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г., и е част от основните права, които съгласно практиката на Съда, потвърдена и в преамбюла на Единния европейски акт и в член 6, параграф 2 ЕС, както и в член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз, прогласена на 7 декември 2000 г. в Ница (ОВ С 364, стр. 1), са защитени от правния ред на Съюза. Предвид естеството на разглежданите нарушения, както и предвид същността и степента на строгост на предвидените за тях санкции, принципът на презумпцията за невиновност се прилага по-специално при производствата за нарушения на приложимите за предприятията правила относно конкуренцията, които производства могат да доведат до налагане на глоби или на периодични имуществени санкции (вж. Решение по дело JFE Engineering и др./Комисия, точка 68 по-горе, точка 178 и цитираната съдебна практика; в този смисъл вж. също Решение на Съда от 8 юли 1999 г. по дело Hüls/Комисия, С-199/92 Р, Recueil, стр. I-4287, точки 149 и 150 и Решение на Съда по дело Montecatini/Комисия, С-235/92 Р, Recueil, стр. I-4539, точки 175 и 176).

74 Предходните съображения трябва да се вземат предвид при проверка на законосъобразността на обжалваното решение с оглед на правните основания на жалбоподателите.

б) По първото правно основание, изведено от нарушение на правото на защита

75 Жалбоподателите твърдят, че в обжалваното решение, в подкрепа на извода за нарушение от страна на Telefónica, Комисията за пръв път изтъква няколко доказателства, за които Telefónica не е било уведомено в хода на административното производство и по отношение на които не е имало възможност да изложи становището си. Тези доказателства не можело да му бъдат противопоставени и трябвало да се изключат от доказателствата в подкрепа на обжалваното решение. Освен това тези доказателства били опорочени поради сериозни грешки и пропуски. Според жалбоподателите, ако Telefónica бе имало възможност да изложи становището си по последните, то щяло да уведоми Комисията за съществуването им и следователно да направи възможно поправянето им преди приемането на обжалваното решение, поради което съдържанието и изводите на решението непременно щели да бъдат различни.

76 Следва да се напомни, че съгласно постоянната съдебна практика зачитането на правото на защита във всяко производство, което може да доведе до санкции, по-конкретно до глоби или до периодични имуществени санкции, представлява основен принцип на правото на Съюза, който трябва да бъде спазван дори ако става въпрос за производство с административен характер (Решение на Съда от 13 февруари 1979 г. по дело Hoffmann-La Roche/Комисия, 85/76, Recueil, стр. 461, точка 9 и Решение на Съда от 3 септември 2009 г. по дело Papierfabrik August Koehler и др./Комисия, С-322/07 Р, С-327/07 Р и С-338/07 Р, Сборник, стр. I-7191, точка 34).

77 Като следствие от принципа на зачитане на правото на защита правото на достъп до преписката предполага, че Комисията предоставя възможност на засегнатото предприятие да се запознае с всички документи, съдържащи се в преписката по разследването, които могат да бъдат относими към неговата защита. Същите обхващат както уличаващите, така и оневиняващите доказателства, с изключение на данни, представляващи търговска тайна на други предприятия, вътрешни документи на Комисията и други поверителни сведения (вж. Решение по дело Aalborg Portland и др./Комисия, точка 69 по-горе, точка 68 и цитираната съдебна практика).

- 78 Непредоставянето на документ представлява нарушение на правото на защита само ако засегнатото предприятие докаже, от една страна, че Комисията е основала на този документ твърдението си за наличие на нарушение, и от друга страна, че това твърдение може да бъде доказано само въз основа на този документ. Ако съществуват други писмени доказателства, с които страните са се запознали в хода на административното производство и които подкрепят конкретно изводите на Комисията, изключването от доказателствените средства на непредоставен уличаващ документ не би опровергало основателността на твърденията за нарушения, възприети в оспорваното решение. Ето защо задача на заинтересованото предприятие е да докаже, че резултатът, до който е стигнала Комисията в решението си, е щял да бъде различен, ако от уличаващите доказателства е трябвало да се изключи непредоставен документ, на който Комисията се е основала, за да подведе под отговорност това предприятие (вж. Решение по дело Aalborg Portland и др./Комисия, точка 69 по-горе, точки 71—73 и цитираната съдебна практика).
- 79 Освен това член 27, параграф 1 от Регламент № 1/2003 предвижда, че на страните се изпраща изложение на възраженията, в което трябва ясно да са посочени всички съществени данни, на които Комисията се основава на този етап на производството. Това изложение на възраженията представлява процесуална гаранция, с която се прилага основополагащ принцип на правото на Съюза, който изисква зачитане на правото на защита във всяко производство (вж. в този смисъл Решение по дело Papierfabrik August Koehler и др./Комисия, точка 76 по-горе, точка 35 и цитираната съдебна практика).
- 80 Този принцип изисква по-конкретно изложението на възраженията, отправено от Комисията до предприятие, на което тя възнамерява да наложи санкция за нарушение на правилата на конкуренция, да съдържа съществените обстоятелства, установени по отношение на него, като деянията, за които то е упреknато, дадената им правна квалификация и доказателствата, на които се основава Комисията, за да има предприятието възможност да изложи ефективно доводите си в рамките на воденото срещу него административно производство (вж. Решение по дело Papierfabrik August Koehler и др./Комисия, точка 76 по-горе, точка 36 и цитираната съдебна практика).
- 81 Това изискване е спазено, когато с решението на Комисията заинтересованите лица не са подведени под отговорност за нарушения, различни от посочените в изложението на възраженията, и се вземат предвид само фактите, по които заинтересованите лица са имали възможност да дадат обяснения (Решение на Съда от 15 юли 1970 г. по дело ACF Chemiefarma/Комисия, 41/69, Recueil, стр. 661, точка 94, Решение на Общия съд от 19 март 2003 г. по дело CMA CGM и др./Комисия, T-213/00, Recueil, стр. II-913, точка 109 и Решение на Общия съд по дело France Télécom/Комисия, точка 60 по-горе, точка 18).
- 82 Все пак окончателното решение на Комисията не трябва непременно да повтаря дословно изложението на възраженията. Допустими са също допълнения към изложението на възраженията, направени с оглед на писмения отговор на страните, чиито доводи доказват, че те са могли действително да упражнят правото си на защита. Във връзка с административното производство Комисията също може да изменя или добавя фактически или правни доводи в подкрепа на изложенията от нея твърдения за нарушения (вж. Решение на Общия съд от 28 февруари 2002 г. по дело Compagnie générale maritime и др./Комисия, T-86/95, Recueil, стр. II-1011, точка 442 и Решение на Общия съд по дело France Télécom/Комисия, точка 60 по-горе, точка 18 и цитираната съдебна практика).
- 83 Всъщност Комисията трябва да отчете произтичащите от административното производство доказателства било за да се откаже от неоснователните твърдения за нарушения, било за да преформулира и допълни както от фактическа, така и от правна страна доводите си в подкрепа на твърденията за нарушения, които продължава да поддържа (вж. Решение на Съда от 29 октомври 1980 г. по дело Van Landewuyck и др./Комисия, 209/78-215/78 и 218/78, Recueil, стр. 3125, точка 68 и Решение на Съда от 3 септември 2009 г. по дело Prym и Prym Consumer/Комисия, C-534/07 P, Сборник, стр. I-7415, точка 40 и цитираната съдебна практика).

- 84 Следователно правото на защита е нарушено поради несъответствие между изложението на възраженията и окончателното решение само когато възприетото в това решение твърдение за нарушение не е било посочено в изложението така, че адресатите да могат да се защитят (вж. Решение на Общия съд от 8 юли 2004 г. по дело Corus UK/Комисия, T-48/00, Recueil, стр. II-2325, точка 100 и цитираната съдебна практика).
- 85 Това не е така, когато твърдените различия между изложението на възраженията и обжалваното решение не се отнасят до действия, различни от тези, по които жалбоподателите вече са дали обяснения и които следователно нямат нищо общо с каквото и да било ново твърдение за нарушение (вж. в този смисъл Решение на Съда от 15 октомври 2002 г. по дело Limburgse Vinyl Maatschappij и др./Комисия, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P-C-252/99 P и C-254/99 P, Recueil, стр. I-8375, точка 103).
- 86 На първо място жалбоподателите твърдят, че в обжалваното решение Комисията се основава на „нови доказателства“ в рамките на теста „период по период“ на ценовата преса.
- 87 Първо, жалбоподателите твърдят, че Комисията използва „нови доказателства“, за да защити необходимостта от отчитане на „средна продължителност на жизнения цикъл“ от [поверително]<sup>1</sup> години във връзка със средната продължителност на търговското отношение между Telefónica и неговите абонати на пазара на дребно, от една страна, като се позовава на първоначалния бизнес план на Telefónica, предвиждащ възстановяване на извършените разходи за привличане на клиенти в рамките на една или две години, и от друга страна, като посочва, че предлаганата от Telefónica формула за изчисляване не е подходяща за разрастващ се пазар (съображения 474—489 от обжалваното решение). Така жалбоподателите твърдят, че ако са имали възможност да изразят становище по този въпрос преди приемането на обжалваното решение, са щели да докажат, че средната продължителност на абонамента на абонатите на Telefónica е [поверително].
- 88 Във връзка с това най-напред следва да се констатира, че периодът за възстановяване на разходите за привличане на абонати от [поверително] години, използван в съображение 489 от обжалваното решение, е идентичен с посочения в точка 383 от изложението на възраженията. В това отношение в приложение Н към изложението на възраженията (точки 595—598), озаглавено „[о]ценка на средната продължителност на абонамента на абонатите на Telefónica“, се съдържат оценките на Telefónica за тази продължителност и се посочват причините, поради които Комисията счита, че тя е занижена в тези оценки (точка 598 от изложението на възраженията). Впрочем Telefónica излага доводите си по този въпрос в раздел 4.1 от отговора си на изложението на възраженията и в приложение 5 към него.
- 89 На следващо място, що се отнася до позоваването в съображение 476 от обжалваното решение на възстановяването на разходите за привличане на абонати съобразно първоначалния бизнес план на Telefónica, което се основава на приложение 10iii към писмото на Telefónica от 21 юли 2006 г., последващо спрямо изложението на възраженията (бележка под линия 492 от обжалваното решение), трябва да се отбележи, че това позоваване не е било използвано в обжалваното решение при определянето на периода за възстановяване на разходите за привличане на абонати (съображения 476 и 489 от обжалваното решение), като въпреки това тази информация позволява да се констатира, че периодът от [поверително] години, използван от Комисията за изчисляването на теста „период по период“, е по-благоприятен за Telefónica спрямо периода, посочен във въпросния бизнес план.
- 90 На последно място, що се отнася до твърдението на Комисията в съображение 482 от обжалваното решение, че предлаганата от Telefónica формула за изчисляване не е подходяща за разрастващ се пазар, трябва да се отбележи, че в изложението на възраженията

1 — Заличени поверителни данни.

жалбоподателите са били надлежно уведомени за значимостта на подходящото изчисление на възстановяването на разходите за привличане на нови клиенти на Telefónica, по-специално на разрастващите се пазари. Така в точка 380 от изложението на възраженията Комисията вече е отбелязала, че на разрастващ се пазар, като пазара на дребно в настоящия случай, разходите за привличане на клиенти са значителни и трябва да бъдат възстановени в подходящ период, поради което в счетоводството на Telefónica трябва да се направят корекции. В това отношение твърдението в съображение 482 от обжалваното решение е само отговор на предлаганите от Telefónica изчисления в писмото му от 26 март 2004 г., на които Комисията вече се е позовала в приложение Н (точка 595, бележка под линия 504) към изложението на възраженията.

- 91 Във всеки случай трябва да бъде отхвърлен и посоченият в писмената реплика довод на жалбоподателите, съгласно който, ако са знаели, че Комисията няма да вземе предвид средната продължителност на абонамента на абонатите на Telefónica, те са щели да докажат, че посочената продължителност е твърде [поверително] спрямо възприетата от Комисията в обжалваното решение, и съгласно който практиката на националните регулаторни органи (наричани по-нататък „НРО“) е ирелевантна. Всъщност, както бе отбелязано в точка 88 по-горе, периодът за възстановяване на разходите за привличане на абонати от [поверително] години вече е бил посочен в точка 383 от изложението на възраженията и Комисията вече се е позовала на практиката на националните органи по конкуренция и на НРО в точка 382 от изложението на възраженията. Освен това в изложението Комисията посочва също, че поради антиконкурентното поведение на Telefónica е възможно средната продължителност на неговите абонаменти да е по-голяма от тази, която би съществувала на конкурентен пазар (точка 381 от изложението на възраженията).
- 92 Следователно трябва да бъде отхвърлено оплакването на жалбоподателите, че Комисията се основава на „нови доказателства“, за да защити необходимостта от отчитане на средна продължителност на абонамента от [поверително] години.
- 93 Второ, в обжалваното решение Комисията приела, че при разпределението на извършените от Telefónica разходи са занижени маргиналните разходи за предлагане на пазара на широколентови услуги, при положение че преди това тя посочила, че при така направеното разпределение е достигната „горната граница“ (точки 407 и 424 от изложението на възраженията) или че е включена достатъчна част от търговската структура (точка 27 от фактологичното писмо).
- 94 В това отношение трябва да се отбележи, че Комисията вече е посочила в точки 401—407 и 424 от изложението на възраженията, че Telefónica е занижило разходите за предлагане на пазара в анализа си на ДСПР. Така в точка 401 от изложението на възраженията Комисията е посочила, че Telefónica „е занижило [ДСПР] за някои дейности, по-специално разходите за предлагане на пазара“. Комисията е уточнила, че „TESAU е включило само преките разходи за всеки нов абонат („премии и комисиона“, предоставяни на търговската мрежа), но не е включило никакви разходи, свързани с търговската му структура“. Освен това в точка 403 от изложението на възраженията Комисията е посочила също, че „ADSL дейността на дребно на TESAU [заема] значителна част от търговската структура на TESAU и [че] поради това част от тази структура [трябва] да се вземе предвид в [ДСПР] на TESAU“. Накрая, в точка 29 от фактологичното писмо Комисията е подчертала, че търговската структура на TESAU е предназначена основно за разрастване на широколентовите услуги. Освен това жалбоподателите са представили становища по този въпрос в отговора си на изложението на възраженията и на фактологичното писмо.
- 95 По отношение на свързаното с разходите за предлагане на пазара твърдение на жалбоподателите, че Комисията „е отхвърлила по-тесния вариант [съдържащ се в точка 406 от изложението на възраженията] в полза на по-широкия вариант [съдържащ се в точка 407 от същото изложение]“, като за първи път в съображение 468 от обжалваното решение се е позовала на нарастването на търговските възможности на Telefónica, трябва да се подчертае, че това нарастване вече ясно е било отбелязано в точка 402 от изложението на възраженията и в точка 27 от фактологичното писмо. Освен това в посочената по-горе точка от изложението на

възраженията Комисията вече е отбелязала, че „по-тесният вариант“, а именно изчисляването на най-ниския възможен размер на ДСПР, крие опасност последните да бъдат намалени до размер, по-малък от действителните ДСПР. В точка 30 от фактологичното писмо, основавайки се на точка 407 от изложението на възраженията, която от своя страна се отнася до максималния размер на ДСПР, Комисията посочва също, че предвид евентуалното приемане на решение счита за обосновано част от разходите на Telefónica за предлагане на пазара да бъдат включени в оценката ѝ на ДСПР. Освен това в точка 424 от изложението на възраженията Комисията подчертава, че разходите за мрежа за предлагане на пазара включват не само свързаните с тази мрежа разходи (по-тесният вариант), но и нарастването на разходите за търговската структура на TESAУ, свързани с неговата ADSL дейност на дребно (по-широкият вариант). Поради това оплакването на жалбоподателите не може да се приеме.

- 96 На второ място жалбоподателите твърдят, че в обжалваното решение Комисията включва свързани с метода на ДПП доказателства, по които Telefónica не е изслушано.
- 97 Първо, жалбоподателите твърдят, че променяйки референтните източници в рамките на анализа „период по период“, Комисията променя също „източниците на повечето разходи и приходи, използвани в анализа ѝ [на] ДПП“, така че съображенията на жалбоподателите относно анализа „период по период“ били релевантни и за целите на анализа на ДПП. Настоящото оплакване обаче също трябва да бъде отхвърлено, тъй като доводите на жалбоподателите в това отношение не бяха приети (вж. точки 86—95 по-горе) и в рамките на настоящото правно основание няма допълнителни уточнения от тяхна страна за евентуални други промени в източниците на разходите и приходите, използвани в анализа на ДПП.
- 98 Второ, в обжалваното решение Комисията за първи път направила „анализ на чувствителността“ на окончателната стойност, използвана в нейния анализ на ДПП, тъй като изчислила тази стойност въз основа на хипотетична оценка за равнището на бъдеща рентабилност на търговията на дребно на Telefónica, изхождайки от очакваните бъдещи печалби за периода 2007—2011 г., получени от привлечените преди 2006 г. клиенти, при това без да го отбележи във фактологичното писмо. В това отношение в писмената си реплика жалбоподателите твърдят, че видно от съображение 372 от обжалваното решение, Комисията се позовава на тези „нови изчисления“, за да обоснове избора на окончателната стойност.
- 99 Този довод обаче почива на погрешна предпоставка. Всъщност, обратно на твърденията на жалбоподателите, Комисията не е изчислила окончателна стойност, основана на хипотетична оценка за равнището на бъдеща рентабилност на търговията на дребно на Telefónica, изхождайки от очакваните бъдещи печалби за периода 2007—2011 г. В съображение 370 от обжалваното решение Комисията ясно посочва, че „в разглеждания случай е ирелевантно дали загубите на Telefónica в периода 2001—2006 г. могат да бъдат възстановени чрез бъдещи хипотетични печалби от 2007 г. нататък“. Освен това трябва да се отбележи, че съображение 372 от обжалваното решение цели да опровергае алтернативния подход за изчисляване на окончателната стойност, предложен от Telefónica в рамките на административното производство (съображение 368 от обжалваното решение), и да докаже, че при изчисляването на окончателната стойност са допуснати редица сериозни грешки, които водят до нейното надценяване (съображение 371 от обжалваното решение). Както обаче бе посочено в точки 82 и 83 по-горе, в окончателното си решение Комисията трябва да отчита произтичащите от административното производство доказателства, за да преформулира и допълни както от фактическа, така и от правна страна доводите си в подкрепа на твърденията за нарушения, които продължава да поддържа.
- 100 Във всеки случай Комисията подчертава, че използваният от нея метод за изчисляване на окончателната стойност в обжалваното решение вече е бил посочен в точка 446, в бележка под линия 302 и в таблица 47 от изложението на възраженията (вж. също точки 21 и 22 от фактологичното писмо). Освен това Telefónica критикува този метод в раздел 6.3 от отговора си на изложението на възраженията и в раздел 5.1.2 от отговора си на фактологичното писмо.

- 101 При поставени въпроси относно това твърдение в хода на съдебното заседание жалбоподателите уточняват най-напред че има очевидна разлика между таблица 47 от изложението на възраженията и таблица 67 от обжалваното решение, тъй като данните за 2006 г. не били посочени в изложението на възраженията. Трябва обаче да се приеме, че липсата на тези данни, която се обяснява с датата на изложението на възраженията — 21 февруари 2006 г., не оборва твърдението на Комисията, че в изложението на възраженията и в обжалваното решение се използва един и същ метод. На следващо място жалбоподателите отбелязват повторно, че таблица 67 от обжалваното решение съдържа „анализ на чувствителността“ (относно периода 2007—2011 г.), целящ да „потвърди“ анализа на окончателната стойност, което било нещо ново. Този довод обаче трябва да бъде отхвърлен по съображенията, изложени в точка 99 по-горе. Накрая, жалбоподателите твърдят, че в изложението на възраженията Комисията използва минималните ДСПР, а в обжалваното решение използва максималните ДСПР. Този довод обаче вече бе отхвърлен в точки 93—95 по-горе.
- 102 Трето, Комисията критикувала използването на кратни стойности на приходите, предложени от Telefónica в отговора му на изложението на възраженията, и коригирала представените от Telefónica в същия отговор изчисления на ДПП, без Telefónica да бъде изслушано по този въпрос (съображения 367—377 и 533—536 от обжалваното решение). В обжалваното решение Комисията се позовава и на обстоятелството, че неотдавна Telefónica придобило Terra Networks SA и O2 plc (съображение 377 от обжалваното решение), основавайки се по този начин на документи, които не били включени в преписката.
- 103 В това отношение съображение 377 от обжалваното решение цели само да опровергае представените от Telefónica доводи в отговора му на изложението на възраженията. Както обаче бе напомнено в точки 82 и 83 по-горе, допустими са допълнения към изложението на възраженията, направени с оглед на писмения отговор на страните, чиито доводи доказват, че те са могли действително да упражнят правото си на защита. Освен това методът за оценяване, използван при придобиването на Terra Networks и на O2 от самото Telefónica, е изложен в посоченото съображение с оглед на изчерпателността и само като пример, за да се опровергае методът на кратните стойности на приходите, възприет от Telefónica в отговора му на изложението на възраженията за оценяването на неговите дейности надолу по веригата. Следователно в настоящия случай Комисията не се е основала на разглежданите документи, за да обоснове твърдението си за наличие на нарушение. Поради това съгласно посочената в точка 78 по-горе съдебна практика оплакването на жалбоподателите не може да бъде прието. Освен това, видно от документите от изслушването на 12 юни 2006 г., приложени към преписката на Общия съд, посоченото от жалбоподателите изчисление на окончателната стойност като кратна стойност на приходите е разисквано в хода на изслушването.
- 104 На трето място жалбоподателите твърдят, че в обжалваното решение Комисията прави сравнение на пазарните дялове на широколентовите и теснолентовите продукти (съображения 574—578 от обжалваното решение), което не е посочено в изложението на възраженията и във фактологичното писмо.
- 105 Трябва да се отбележи, че нито в писмените ѝ изявления, нито когато ѝ се поставя въпрос в това отношение в хода на съдебното заседание, Комисията оспорва, че това сравнение не е посочено в изложението на възраженията и във фактологичното писмо. Преценката на конкретните последици от нарушението, направена в съображения 564—573 и 579—613 от обжалваното решение, обаче се основава на множество други данни, които вече са били посочени в точки 475—532 от изложението на възраженията. Ето защо, след като не е доказано, че изключването на сравнението между пазарните дялове на широколентовите и теснолентовите продукти от доказателствения материал би опровергало основателността на твърденията за нарушения, възприети в обжалваното решение, трябва да се приеме, че в настоящия случай изложението на възраженията съдържа съществените данни, на които се основава изводът на Комисията за наличието на конкретните последици от нарушението.

- 106 На четвърто място, според жалбоподателите, за да установи наличието на конкретните последици върху пазара на едро, Комисията използва нови данни относно нетния допълнителен прираст на Telefónica спрямо неговите конкуренти (съображения 579—581 и фигура 18 от обжалваното решение).
- 107 Както отбелязва Комисията в хода на съдебното заседание, в точка 38 и в бележка под линия 45 от фактологичното писмо тя вече е посочила [*поверително*]. Освен това, както подчертава Комисията, трябва да се приеме, че фигура 18 от обжалваното решение илюстрира данните за пазарните дялове или за обемите, които вече са били посочени в таблица 64 от изложението на възраженията. В това отношение изтъкнатият от жалбоподателите в хода на съдебното заседание довод, че за разлика от фигура 18 от обжалваното решение, в таблица 64 от изложението на възраженията се посочват данни както за 2001 г., така и за оператора British Telecom, трябва да бъде отхвърлен, тъй като тези данни не са включени в обжалваното решение. Поради това доводът на жалбоподателите не може да се приеме.
- 108 На пето място, Комисията отправила критични бележки (съображения 606—609 от обжалваното решение) към проучването на цените, приложено от Telefónica към отговора му на изложението на възраженията, които били нови и различни от изложените от главния икономист на Комисията по време на изслушването. В това отношение е достатъчно да се констатира, че тъй като критичните бележки на Комисията само опровергават предложените от Telefónica изчисления в експертния доклад от приложение 6 към отговора му на изложението на възраженията, а не съставляват нови доказателства, обосноваващи извода на Комисията относно конкретните последици от поведението на Telefónica за съответните пазари, не може да се приеме, че е налице каквото и да било нарушение на правото на защита на Telefónica.
- 109 От това следва, че настоящото правно основание трябва да бъде отхвърлено в неговата цялост.
- в) По второто правно основание, изведено от фактически грешки и грешки при прилагане на правото при определянето на съответните пазари на едро
- 110 В рамките на настоящото правно основание жалбоподателите оспорват определянето на съответните пазари на едро, изложено от Комисията в съображения 162—208 от обжалваното решение (вж. точки 9—14 по-горе).
- 111 Съгласно постоянната съдебна практика, за да се изследва наличието на евентуално господстващо положение на дадено предприятие на определен отраслов пазар, възможностите за конкуренция трябва да се преценяват в рамките на пазара, обхващащ всички стоки, които в зависимост от характеристиките си са в състояние в голяма степен да задоволят постоянни нужди и са малко взаимозаменяеми с други стоки. Освен това, като се има предвид, че определянето на съответния пазар дава възможност да се оцени дали предприятието е в състояние да възпрепятства ефективната конкуренция и в значителна степен да действа независимо от конкурентите си, клиентите си и потребителите, изследване с тази цел не може да се ограничи само до обективните характеристики на разглежданите стоки, а следва също да се вземат предвид условията за конкуренция и структурата на търсене и предлагане на пазара (вж. Решение на Съда от 9 ноември 1983 г. по дело *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия*, 322/81, Recueil, стр. 3461, точка 37, Решение по дело *France Télécom/Комисия*, точка 60 по-горе, точка 78 и Решение по дело *Clearstream/Комисия*, точка 70 по-горе, точка 48 и цитираната съдебна практика).
- 112 Понятието за съответен пазар предполага, че между принадлежащите към него стоки може да съществува ефективна конкуренция, което изисква достатъчна степен на взаимозаменяемост с оглед на сходната употреба на всички стоки, които са част от един и същ пазар (Решение по дело *Hoffmann-La Roche/Комисия*, точка 76 по-горе, точка 28 и Решение по дело *Clearstream/Комисия*, точка 70 по-горе, точка 49).

- 113 От Известие на Комисията относно определянето на съответния пазар по смисъла на общностното право на конкуренция (ОВ С 372, 1997 г., стр. 5, параграф 7; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 3, стр. 60) следва още, че „[с]ъответният продуктов пазар обхваща всички продукти и/или услуги, които с[е] считат за взаимозаменяеми или [заместими] от потребителя поради характеристиките на продуктите, техните цени и целта на тяхната определена употреба“. От икономическа гледна точка за определянето на съответния пазар заменимостта при търсенето е най-непосредственият и ефективен дисциплиниращ фактор за доставчиците на даден продукт, по-специално във връзка с техните ценови решения (параграф 13 от това известие). Освен това заменимостта при предлагането може също да бъде взета предвид при определянето на съответния пазар в случаите, при които последиците от нея са еквивалентни на тези от заменимостта при търсенето по отношение на ефективността и непосредствеността им. Това означава, че доставчиците са в състояние да преориентират производството си към съответните продукти и да ги продават в краткосрочен план без значителни допълнителни разходи или рискове в отговор на малки, но трайни промени в съответните цени (параграф 20 от посоченото известие).
- 114 На първо място жалбоподателите твърдят, че необвързаният достъп до абонатна линия, продуктът за регионалния пазар на едро и продуктът за националния пазар на едро принадлежат към един и същ съответен продуктов пазар. По отношение на заменимостта при търсенето на тези продукти жалбоподателите твърдят, че продуктите позволяват на алтернативните оператори да предлагат същите ширококоловни услуги на дребно. Освен това в съображения 154 и 155 от обжалваното решение Комисията признала, че посочените продукти принадлежат към един и същ съответен пазар на дребно.
- 115 Първо, според твърденията на жалбоподателите Комисията погрешно приема, че разходите за замяна на продуктите за националния и регионалния пазар на едро с необвързан достъп до абонатна линия са „изключително високи“ и че тази замяна е „дълъг процес“ и изисква „минимална критична маса“. Жалбоподателите твърдят също, че алтернативните оператори са могли да използват абонатната линия от 2001 г. и че тя значително се е развила между 2004 г. и 2006 г.
- 116 Следва да се напомни, че в обжалваното решение Комисията подчертава значителните инвестиции, необходими за преминаването от продукта за националния пазар на едро към продукта за регионалния пазар на едро (съображение 185 от обжалваното решение). Комисията констатира също, че преминаването от продукта за регионалния пазар на едро към необвързания достъп до абонатна линия е изключително скъпо, тъй като предполага изграждането на мрежа и на регионална точка за взаимно свързване към местните линии на Telefónica, високи цени на едро, наложени от Telefónica за осъществяване на прехода, и извършването на съвместното разполагане и за други свързани с това услуги, за да стане възможно предоставянето на ширококоловни услуги за достъп на дребно. Освен това според Комисията този преход отнема много време, не предоставя трайно решение за цялата територия на Кралство Испания и изисква наличие на минимална критична маса (съображения 173—177 от обжалваното решение). В съображение 180 от обжалваното решение Комисията напомня също, че в писмо до нея от 2 март 2005 г. самото Telefónica се позовава на факта, че алтернативните оператори трябва да достигнат определена критична маса, преди да започнат да инвестират в своя собствена инфраструктура, която би им позволила да използват необвързания достъп до абонатна линия.
- 117 Преди всичко жалбоподателите не оспорват констатациите в обжалваното решение, че за да осъществят необвързания достъп до абонатна линия, алтернативните оператори трябва да присъстват физически и да разположат своето оборудване съвместно с това на Telefónica — единственото предприятие, притежаващо мрежа за местен достъп на цялата територия на Кралство Испания, — като това обстоятелство ги задължава да инсталират оборудването си в 6 836-те главни разпределителя на Telefónica и предполага много големи първоначални

инвестиции (съображения 80 и 81 и таблица 8 от обжалваното решение; вж. също съображение 132 от обжалваното решение). Също така нито в писмените си изявления, нито в хода на съдебното заседание жалбоподателите оспорват, че инвестициите, направени от Telefónica във връзка с това, надхвърлят 1 500 милиона евро, към която сума следва да се прибавят инвестициите, необходими за свързването на 109 точки за непряк достъп до продукта за регионалния пазар на едро в размер на [поверително] милиона евро (съображения 164 и 185, таблица 9 и бележки под линия 73 и 74 от обжалваното решение). Тези инвестиции обаче са значителни, както основателно отбелязва Комисията. Тя посочва, без възражения от страна на жалбоподателите, че дори инвестицията от 200 милиона евро, която според Telefónica е необходима на алтернативен оператор за изграждането на собствена местна мрежа, представлява повече от 130 % от общите приходи на Jazztel от пазара на дребно между 2001 г. и 2006 г.

118 На следващо място, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че макар Jazztel да не достига „минималната критична маса“ (съображение 177 от обжалваното решение) и в началото на периода 2001—2006 г. пазарният му дял да е дори по-малък от 1 %, то все пак било в състояние да инвестира 200 милиона евро, което опровергавало твърдението в съображение 164 от обжалваното решение, че за изграждането на мрежа за абонатна линия, включваща между 550 и 575 централи, са необходими между 580 и 670 милиона евро.

119 От една страна, доводът на жалбоподателите се основава изключително на съобщение от Jazztel до Comisión Nacional del Mercado de Valores (испанска национална комисия за надзор на пазара на ценни книжа) от 27 юли 2007 г., в което Jazztel твърдяло, че „през финансовите 2005 г. и 2006 г. предприятието инвестира[ло] повече от 200 милиона евро в изграждането на най-широката и модерна мрежа за абонатна линия от последно поколение в Испания“ и че „предприятието [имало] намерение да намали значително инвестициите си през 2007 г., когато [щели да] приключат работите по изграждането на мрежата“. От това твърдение обаче не следва, че всички разходи за изграждане на мрежата на Jazztel възлизат на „над 200 милиона евро“, а единствено че тази сума е инвестирана в изграждането на мрежата през 2005 г. и 2006 г. Както отбелязва Комисията, без възражения от страна на жалбоподателите в това отношение, размерът на посочените в съобщението инвестиции не включва вече направените инвестиции от Jazztel преди 2005 г. за изграждането на собствена мрежа, между които по-специално изградените от Jazztel в края на 2004 г. 2 718 km от мрежата за абонатна линия, нито инвестициите, които Jazztel ще трябва да направи, за да довърши изграждането на същата мрежа.

120 От друга страна, дори да се допусне, както твърдят жалбоподателите, че към 28 февруари 2007 г. Jazztel наистина е успяло да получи достъп до 607 разпределителя на Telefónica, освен че тази информация се отнася за по-късен период от периода на нарушението, тя не означава непременно, че Jazztel действително е направило необходимите инвестиции за изграждането на собствена мрежа до тези разпределители. Така през март 2006 г. Jazztel свързва в мрежата си 38 % или 44 % (според Комисията) или 53 % (според жалбоподателите) от 470-те „местни подразпределителя“, инсталирани от него. Доводът на жалбоподателите, чиято достоверност се оспорва от Комисията, че свързването на разпределителите в мрежата на Jazztel е независима от необвързания достъп услуга, която алтернативните оператори могат да получат от различен от Telefónica оператор, обаче не оборва факта, че тази инвестиция е част от инвестициите, необходими на алтернативен оператор, за да може да се ползва от услугата за необвързан достъп до абонатна линия (съображение 132 от обжалваното решение). Освен това, след като Telefónica притежава 6 836 главни разпределители, получаването на достъп до 607 разпределители на Telefónica от географска гледна точка обхваща по-малко от 10 % от централите на Telefónica и според самото него позволява достигане до едва 60 % от потенциалните клиенти. Впрочем този обхват е достигнат едва в края на 2006 г., тоест шест години след предоставянето на абонатната линия.

- 121 В това отношение трябва да бъде отхвърлен и доводът на жалбоподателите, че макар инвестициите, необходими за използването на друг продукт за пазара на едро, наистина да са значителни, Комисията не изчислила печалбите от използването на абонатната линия (по-големи приходи, разнообразни крайни услуги на дребно и технологична независимост от Telefónica). Всъщност, както Комисията основателно посочва в съображение 176 от обжалваното решение, алтернативен оператор, който иска да замени продукта за регионалния пазар на едро с необвързания достъп до абонатна линия, трябва да направи необходимите инвестиции за изграждането на собствена мрежа, но ще реализира печалби от тази промяна едва след като набере достатъчен брой клиенти, което нито е сигурно, нито ще стане веднага.
- 122 Накрая, трябва да се отхвърли и доводът на жалбоподателите, че значителното и бързо разрастване на абонатната линия между 2004 г. и 2006 г., достигащо покритие от над 60 % от инсталациите на Telefónica, доказва, че „факторът време“ не е пречка за замяната на продуктите за националния или регионалния пазар на едро с необвързания достъп до абонатна линия.
- 123 Както произтича по-специално от параграфи 16, 20, 21 и 23 от посоченото в точка 113 по-горе Известие на Комисията относно определянето на съответния пазар по смисъла на общностното право на конкуренция и както Комисията основателно напомня в съображение 172 от обжалваното решение, необходимата за определянето на съответния пазар заменимост трябва да се материализира в краткосрочен план, а съгласно съображения 172—175 от обжалваното решение в настоящия случай това не е така.
- 124 В това отношение трябва да се отхвърли целящият да обори този извод довод на жалбоподателите, че алтернативните оператори не са счели за необходимо да поискат достъп до абонатна линия преди 2004 г., в който период щели да достигнат покритие от над 60 % от инсталациите на Telefónica.
- 125 Всъщност, макар TESAУ да има регулаторно задължение за отдаване под наем на двойния меден кабел на алтернативните оператори от декември 2000 г. (съображение 81 от обжалваното решение), ефективното използване на абонатната линия започва частично едва в края на 2004 г. и началото на 2005 г. (съображение 96 и фигура 2 от обжалваното решение). От една страна, предвид необходимите инвестиции (вж. точки 117—121 по-горе) и както признава самото Telefónica (съображение 180 от обжалваното решение), едва през 2004 г. алтернативните оператори достигат критична маса като свързвания и пазарен опит, която им позволява да инвестират в инфраструктурите на мрежата и по този начин да започнат прехода на свързванията си за непряк достъп на едро към необвързания достъп до абонатна линия (вж. също съображения 177—180 от обжалваното решение и точка 129 по-горе). От друга страна, както по-специално следва от съображение 143 от обжалваното решение, констатирани са големи срокове между момента, в който алтернативните оператори искат необвързан достъп до абонатна линия на Telefónica, и момента, в който такъв достъп им се предоставя. В това отношение трябва да се отбележи, че видно от таблица 60 от обжалваното решение, чиито данни не се оспорват от жалбоподателите, твърдяното покритие от над 60 % от инсталациите на Telefónica е достигнато едва през декември 2006 г., тоест в края на периода на нарушението.
- 126 В това отношение трябва да бъде отхвърлен и доводът на жалбоподателите, че наличието на пречки пред достъпа до абонатната линия е опровергано от Comisión Nacional de la Competencia (испанска национална комисия по конкуренцията) в нейно решение от 22 октомври 2007 г. Дори да се допусне, че в този случай съгласно същото решение в нито един момент от разследването натовареният със защитата на конкуренцията орган не „потвърждава, че наистина се е стигнало до твърдените закъснения“, това решение не оборва констатациите в съображения 139 и 140 от обжалваното решение, които не се оспорват от Telefónica в писмените му изявления, че от 2002 г. нататък до СМТ са отнесени 55 спора относно достъпа до абонатната линия и в повечето от тях се стига до решение, което не е в полза на Telefónica.

- 127 Второ, жалбоподателите твърдят, че съществуват продукти за пазара на едро, различни от необвързания достъп до абонатна линия, които позволяват да се направи „различна“ оферта, например за телефонните услуги чрез протокола IP (Internet Protocol). В хода на съдебното заседание обаче страните по същество потвърждават, че съществуват функционални разлики между продуктите за националния пазар на едро, продуктите за регионалния пазар на едро и необвързания достъп до абонатна линия, което освен това следва от съображения 66, 70, 82, 85, 87, 89, 165, 171 и бележка под линия 47 от обжалваното решение. Макар наистина в хода на съдебното заседание жалбоподателите да твърдят, че продуктът за регионалния пазар на едро позволява „известна степен на разграничаване“, следва да се приеме, както Комисията уточнява в посочените по-горе съображения, че оператор, който е избрал необвързания достъп до абонатна линия на Telefónica, може да контролира значителна част от веригата на стойността и много елементи от услугата си на дребно. Както следва от съображения 82, 87, 89 и 171 от обжалваното решение, за разлика от необвързания достъп до абонатна линия, достъпът до продуктите за националния и регионалния пазар на едро не позволява на алтернативните оператори съществено да разнообразят своя продукт за пазара на дребно спрямо този на Telefónica, поради което трябва да се ограничат до ценова конкуренция с Telefónica. В това отношение в писмената си реплика самите жалбоподатели подчертават, че инвестицията в абонатната линия предоставя по-голямо разнообразие на крайните услуги на дребно. Във връзка с това те посочват примера на France Telecom, което било първото предприятие, предлагащо в Испания продукт, включващ гласови повиквания и интернет, и примера на Jazztel, което било първото предприятие, предлагащо продукт за пазара на дребно със скорост на връзката, която може да достигне 20 мегабайта в секунда.
- 128 Трето, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че между продукта за регионалния пазар на едро, продукта за националния пазар на едро и необвързания достъп до абонатна линия съществува „достатъчна заменимост“, тъй като във всяка централа на Telefónica достатъчен брой алтернативни оператори ползвали онази комбинация от различни продукти за пазара на едро, която най-добре съответствала на техните нужди, и че тази заменимост „в диапазона“ била достатъчна, за да се приеме, че в разглеждания случай въпросните продукти принадлежат към един и същ съответен пазар на дребно.
- 129 Най-напред трябва да се отбележи — както прави Комисията — че макар някои оператори да са инвестирали в изграждането на собствени мрежи и да са успели да увеличат използването на абонатната линия от 2004 г. нататък, това не доказва наличието на истинска заменимост между продуктите за националния и регионалния пазар на едро и необвързания достъп до абонатна линия през периода на нарушението, а е резултат от процеса на постепенен преход, описан от Комисията по-специално в съображения 93—103 от обжалваното решение. От една страна обаче, такъв преход изисква значителни инвестиции в продължение на няколко години. От друга страна, поради значителните невъзстановими разходи, свързани с прехода, и изкачването по „стълбата на инвестициите“ (вж. бележка под линия 82 от обжалваното решение), е малко вероятно алтернативен оператор да замени продуктите за националния или регионалния пазар на едро с необвързан достъп до абонатна линия при малко, но осезаемо и трайно увеличение на цената на необвързания достъп до абонатна линия.
- 130 На следващо място, не е доказано използването от алтернативните оператори през периода на нарушението, във всяка централа, на оптимална комбинация от продукти за пазара на едро, която да включва необвързан достъп до абонатна линия. Така, видно от съображения 102 и 103 от обжалваното решение, чието съдържание не се оспорва от жалбоподателите в писмените им изявления, до 2002 г. France Telecom купува почти изключително продукта на Telefónica за националния пазар на едро, който е заменен в края на 2002 г. с алтернативна оферта за националния пазар на едро, основана на продукта на Telefónica за регионалния пазар на едро. Необвързаният достъп до абонатна линия на France Telecom нараства значително едва от февруари 2005 г., като същевременно намалява броят на алтернативните национални линии на пазара на едро, основани на продукта на Telefónica за регионалния пазар на едро. Освен това до

последното тримесечие на 2004 г. Ya.com купува изключително продукта на Telefónica за националния пазар на едро и започва постепенно да използва необвързан достъп до абонатна линия едва от юли 2005 г., след като е придобило Albura.

- 131 Накрая, доводът на жалбоподателите е приложим само за конкурентите на Telefónica, разполагащи с мрежа, която им осигурява необвързан достъп до абонатна линия, изключвайки потенциалните конкуренти на Telefónica, които все още не са направили инвестиции, за да използват продукта за регионалния пазар на едро или необвързания достъп до абонатна линия.
- 132 Четвърто, по отношение на довода на жалбоподателите, че Servicio de Defensa de la Competencia (испанска служба за защита на конкуренцията) признава съществуването на един-единствен съответен пазар на едро в случая Telefónica/Iberbanda (доклад на службата за защита на конкуренцията N-06038, Telefónica/Iberbanda), достатъчно е да се посочи, че жалбоподателите не оспорват твърдението на Комисията в писмените ѝ изявления, че в този случай преценката на операцията не е зависела от по-голямото или по-малкото ограничаване на пазарите, тъй като пазарните дялове на Iberbanda били много малки, и че в окончателното си решение посоченият орган изрично се позовава на извършеното от СМТ разграничение между необвързания достъп до абонатна линия и непрекия достъп на едро.
- 133 Пето, следва да се напомни, че в първоначалния си отговор на жалбата на France Telecom самите жалбоподатели посочват, че необвързаният достъп до абонатна линия и продуктите за пазара на едро за непряк достъп не са заменими (съображение 170 от обжалваното решение). Освен това, както посочва Комисията в съображение 182 от обжалваното решение, всички НРО, анализирали пазара на едро за ширококолов достъп в съответните си страни, включително СМТ по отношение на испанския пазар, по сходни причини приемат, че необвързаният достъп до абонатна линия и продуктите за пазара на едро за непряк достъп са отделни пазари. Както основателно отбелязва Комисията, този подход съответства и на Препоръка 2003/311/ЕО на Комисията от 11 февруари 2003 година относно съответните пазари на продукти и услуги от сектора на електронните съобщения, подлежащи на регулиране ex ante в съответствие с Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги (ОВ L 114, стр. 45), която разграничава пазара за доставка на едро на необвързан достъп (включително съвместния достъп) до металните вериги на абонатните линии и подлинни за целите на предоставяне на ширококолов и гласови услуги (пазар 11) от пазара за доставка на едро на ширококолов достъп (пазар 12).
- 134 Предвид гореизложеното трябва да се приеме, че в съображения 163—182 от обжалваното решение Комисията основателно е приела, че в разглеждания случай необвързаният достъп до абонатна линия не е част от съответния пазар.
- 135 На второ място жалбоподателите оспорват извода в обжалваното решение, че продуктите за регионалния и за националния пазар на едро не принадлежат към един и същ пазар. Първо, жалбоподателите твърдят, че Комисията използва теоретични и несъответстващи на действителното положение на испанския пазар примери.
- 136 В това отношение в съображение 185 от обжалваното решение Комисията наистина се позовава на оценките на френския регулаторен орган за далекосъобщенията (ART) относно разходите, извършени поради преминаването от продукти за националния пазар на едро към продукти за регионалния пазар на едро, в размер между 150 и 300 милиона евро, макар да се счита, че във Франция национално покритие би могло да се постигне чрез взаимно свързване на 20 непреки точки за достъп.
- 137 Въпреки че се отнасят до различен географски пазар, оценките на ART са релевантни за илюстрирането на инвестициите, необходими за изграждането на такава мрежа. Всъщност, както следва от бележка под линия 166 от обжалваното решение, броят на точките за непряк

достъп в Испания е около пет пъти по-голям в сравнение с Франция и поради това може да се приеме, че разходите за изграждането на мрежа в Испания съответно биха били явно по-големи отколкото във Франция. Освен това, както се посочва в съображение 723 от обжалваното решение, пазарът на широколентови услуги във Франция се характеризира със структура, която е подобна на тази в Испания предвид наличието на местен, регионален и национален достъп на едро.

- 138 Второ, жалбоподателите твърдят, че при определянето на два отделни пазара Комисията се основава на посочената от France Telecom липса на икономическо основание за преминаване от продукта за регионалния пазар на едро към продукта за националния пазар на едро (съображение 187 от обжалваното решение), макар самото France Telecom да опровергава това твърдение в постъпилите по преписката документи, като твърди, че алтернативен оператор би могъл да реши да премине от продукта за регионалния пазар на едро към продукта за националния пазар на едро, ако цената на последния се понижи. Освен това Albura успяло да дублира регионалната мрежа за достъп на Telefónica.
- 139 В това отношение най-напред трябва да се посочи, че както следва от съображение 187 от обжалваното решение, имайки предвид невъзстановимите разходи, алтернативните оператори, които вече са направили необходимите инвестиции, за да се свържат със 109-те непреки точки за достъп, ще капитализират инвестициите си и ще изберат по-скоро продукта за регионалния пазар на едро вместо да съсредоточат трафика в една-единствена точка за национален достъп. Всъщност предвид разходите за преминаване от продукта за националния пазар на едро към продукта за регионалния пазар на едро, дори при малко, но осезаемо и трайно увеличение на цената на продукта за регионалния пазар на едро, би било малко вероятно и нелогично от икономическа гледна точка вече инвестирани в изграждането на мрежа оператори да правят разходи, като не използват тази мрежа, а решат да използват продукта за националния пазар на едро, който не би могъл да им предостави същите възможности по отношение на контрола върху качеството на свързаната с продукта за пазара на дребно услуга, каквито предоставя продуктът за регионалния пазар на едро. Освен това, когато му се поставя въпрос в това отношение в хода на съдебното заседание, France Telecom действително потвърждава становището си, че няма икономическо основание за преминаване от продукта за регионалния пазар на едро към продукта за националния пазар на едро. Макар наистина такъв преход да е извършен еднократно по изключение, това е станало поради техническа принуда, свързана с нуждите на France Telecom от получаване на допълнителни мощности за продукта за регионалния пазар на едро. Поради това доводът на жалбоподателите не може да се приеме.
- 140 Трето, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че в миналото Комисията допуснала „асиметрична заменимост“ при определянето на границите на съответния продуктов пазар, защото в настоящия случай не може да става въпрос за такава заменимост, след като преминаването от продукта за националния пазар на едро към продукта за регионалния пазар на едро отнема време и изисква много големи инвестиции (вж. точка 129 по-горе), а преминаването от продукта за регионалния пазар на едро към продукта за националния пазар на едро е нелогично от икономическа гледна точка (вж. точка 139 по-горе). При това от практиката на Общия съд следва, че силно несъответствие в процента на преминавания между два продукта не подкрепя тезата за взаимозаменяемостта на тези услуги в очите на потребителите (Решение по дело France Télécom/Комисия, точка 60 по-горе, точки 86—91).
- 141 Четвърто, жалбоподателите твърдят, че в Препоръка 2003/311 Комисията признава двата продукта за непряк достъп на едро за част от един и същ пазар. Следва да се напомни обаче, че в изложението на мотивите в Препоръка 2003/311, от една страна, от приложното ѝ поле изрично се изключва пазарът на едро за препродажба на широколентов достъп, тоест на продуктите за национален достъп в една единствена точка като продукта за националния пазар на едро, при който трафикът на алтернативния оператор изцяло преминава през мрежата на Telefónica, а от друга страна, се подчертава наличието на твърде големи пречки за навлизането

по отношение на предлагането на едро на широколентов достъп, тъй като, за да се предоставя услугата, трябва да бъде изградена мрежа. Освен това член 15 от Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги (Рамкова директива) (ОВ L108, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 195), към който изрично препраща преамбюлт на Препоръка 2003/311, и съображение 18 от последната предвиждат, че за целите на регулаторната намеса пазарите се определят, без да се засягат пазарите, които могат да бъдат определени в специфични случаи съгласно правото за защита на конкуренцията.

142 Пето, според жалбоподателите в решение на СМТ от 6 април 2006 г., потвърдено с нейно решение от 1 юни 2006 г., тя също приема, че продуктът за регионалния пазар на едро и продуктът за националния пазар на едро са част от един и същ пазар. В това отношение, за разлика от обжалваното решение, решението на СМТ от 1 юни 2006 г. е прието след извършване на прогнозен анализ. Освен това в становището си по проекта на решение на СМТ Комисията впрочем посочва, че е възможно настоящите характеристики и условията на испанския пазар на широколентови услуги да обосноват сегментиране на пазара на едро за широколентов достъп на два съответни продуктови пазара. Накрая, в решението си от 1 юни 2006 г. самата СМТ изключва ADSL-IP Total от пазар 12. Telefónica обаче не оспорва, че ADSL-IP и ADSL-IP Total са част от един и същ пазар за национален достъп на едро (вж. в това отношение съображения 88—95, 109 и 110 от обжалваното решение).

143 С оглед на гореизложените съображения следва да се приеме, че в съображения 183—195 от обжалваното решение Комисията основателно приема, че продуктите за националния и регионалния пазар на едро не принадлежат към един и същ пазар.

144 Следователно второто правно основание трябва да се отхвърли.

г) По третото правно основание, изведено от фактически грешки и грешки при прилагане на правото при установяването на твърдяното господстващо положение на Telefónica на съответните пазари

145 В рамките на третото си правно основание жалбоподателите твърдят, че Комисията е допуснала фактически грешки и грешки при прилагане на правото при установяването на твърдяното господстващо положение на Telefónica на съответните пазари.

146 В самото начало трябва да се отхвърлят доводите на жалбоподателите, че за да констатира злоупотреба с господстващо положение от страна на Telefónica под формата на ценова преса, Комисията е трябвало да докаже, че Telefónica заема господстващо положение едновременно на пазара на едро и на пазара на дребно. Всъщност съгласно практиката на Съда характерът на злоупотреба на ценова практика, въведена от вертикално интегрирано предприятие с господстващо положение на съответния пазар на едро и водеща до свиване на маржовете на конкурентите на това предприятие на пазара на дребно, не зависи от съществуването на господстващо положение на това предприятие на последния пазар (Решение на Съда от 17 февруари 2011 г. по дело TeliaSonera Sverige, C-52/09, Сборник, стр. I-527, точка 89). Поради това доводите на жалбоподателите, свързани с установяването на господстващо положение на Telefónica, следва да се разглеждат само по отношение на съответните пазари на едро.

147 Съгласно постоянната съдебна практика господстващото положение може да се определи като състояние на икономическа мощ на определено предприятие, което му позволява да препятства поддържането на ефективна конкуренция на въпросния пазар, като му дава възможност в значителна степен да действа независимо спрямо своите конкуренти, своите клиенти и накрая спрямо потребителите (Решение на Съда по дело United Brands и United Brands Continenteal/Комисия, точка 72 по-горе, точка 65, Решение на Съда от 15 декември 1994 г. по

дело DLG, C-250/92, Recueil, стр. I-5641, точка 47, Решение на Общия съд от 22 ноември 2001 г. по дело AAMS/Комисия, T-139/98, Recueil, стр. II-3413, точка 51, Решение на Общия съд от 23 октомври 2003 г. по дело Van den Bergh Foods/Комисия, T-65/98, Recueil, стр. II-4653, точка 154 и Решение на Общия съд по дело France Télécom/Комисия, точка 60 по-горе, точка 99).

- 148 По принцип наличието на господстващо положение може да се дължи на редица фактори, които, взети поотделно, не са непременно определящи (Решение по дело United Brands и United Brands Continentaal/Комисия, точка 72 по-горе, точка 66 и Решение по дело DLG, точка 147 по-горе, точка 47). Сред тези фактори наличието на големи пазарни дялове е изключително показателно (Решение на Общия съд от 12 декември 1991 г. по дело Hilti/Комисия, T-30/89, Recueil, стр. II-1439, точка 90 и Решение на Общия съд от 25 юни 2010 г. по дело Imperial Chemical Industries/Комисия, T-66/01, Сборник, стр. II-2631, точки 255 и 256).
- 149 Така съгласно постоянната съдебна практика освен в изключителни случаи особено големите пазарни дялове сами по себе си доказват наличието на господстващо положение. Притежаването на особено голям пазарен дял поставя съответното предприятие за определен период от време поради неговия обем на производство и предлагане — без притежателите на значително по-малки дялове да са в състояние да задоволят бързо търсенето на тези, които не желаят да се снабдяват от предприятието с най-значителния дял — в силно положение, което го прави задължителен партньор и поради това му гарантира поне за относително дълги периоди възможност за независимо поведение, характерно за господстващото положение (Решение по дело Hoffmann-La Roche/Комисия, точка 76 по-горе, точка 41, Решение по дело Van den Bergh Foods/Комисия, точка 147 по-горе, точка 154 и Решение по дело Imperial Chemical Industries/Комисия, точка 148 по-горе, точка 256; вж. също Решение по дело France Télécom/Комисия, точка 60 по-горе, точка 100).
- 150 Съгласно съдебната практика освен в изключителни случаи пазарен дял от 50 % сам по себе си доказва наличието на господстващо положение (Решение на Съда от 3 юли 1991 г. по дело AKZO/Комисия, C-62/86, Recueil, стр. I-3359, точка 60 и Решение по дело Imperial Chemical Industries/Комисия, точка 148 по-горе, точка 256). Също така пазарен дял от 70—80 % сам по себе си е ясен показател за наличието на господстващо положение (Решение на Общия съд по дело Hilti/Комисия, точка 148 по-горе, точка 92, Решение на Общия съд от 30 септември 2003 г. по дело Atlantic Container Line и др./Комисия, T-191/98, T-212/98-T-214/98, Recueil, стр. II-3275, точка 907 и Решение на Общия съд по дело Imperial Chemical Industries/Комисия, точка 148 по-горе, точка 257).
- 151 В настоящия случай жалбоподателите твърдят, че Telefónica няма господстващо положение на „пазара на едро“ на ширококоловни услуги.
- 152 По отношение на пазарите на едро за ширококоловен интернет достъп трябва да се напомни, че както следва от съображения 162—208 от обжалваното решение и от точки 110—143 по-горе, продуктът за регионалния пазар на едро и продуктът за националния пазар на едро не принадлежат към един и същ продуктов пазар, поради което евентуалното наличие на господстващо положение на Telefónica на всеки от тези пазари трябва да се прецени поотделно.
- 153 На първо място, в съображение 232 от обжалваното решение Комисията приема, че Telefónica заема господстващо положение на регионалния пазар на едро. За да стигне до този извод, Комисията се позовава на пазарния дял от 100 % на Telefónica и на положението ѝ на фактически монополист на този пазар (съображение 223 от обжалваното решение). Комисията се позовава и на значителните пречки пред навлизането на този пазар, по-специално на факта, че алтернативните оператори трябва да изградят нова алтернативна мрежа за местен достъп или да осигурят необвързан достъп до абонатните линии на Telefónica.

- 154 Така в съображения 224—226 от обжалваното решение Комисията подчертава значителните невъзстановими разходи за новите оператори, които искат да предоставят широколентови услуги на едро за регионален достъп чрез абонатната линия на Telefónica, както и значителните икономии от мащаба и от обхвата, реализирани от Telefónica. Освен това в съображение 227 от обжалваното решение Комисията посочва, че през периода на нарушението има значителни пречки и забавяния при предоставянето на необвързан достъп до абонатна линия, поради което дори оператор с изградена собствена мрежа не е бил в състояние да се конкурира с Telefónica. В съображение 228 от обжалваното решение Комисията отбелязва, че необходимостта от наличие на достатъчен брой клиенти за широколентови услуги представлява допълнителна пречка пред навлизането на пазара на операторите, инвестиращи в необвързан достъп до абонатна линия, поради което те вероятно са имали по-високи разходи за единица продукция в сравнение с Telefónica при изграждането на местните си мрежи. Комисията прави извода, че алтернативните оператори, които понастоящем инвестират в необвързан достъп до абонатна линия, няма да окажат значително влияние върху конкуренцията на пазара на едро за регионален достъп дори в средносрочен план и че това влияние никога няма да придобие национален мащаб (съображения 229—230 от обжалваното решение).
- 155 Първо, трябва да се отбележи, че жалбоподателите не оспорват обстоятелството, че от 1999 г. Telefónica е било единственият оператор, предоставящ продукта за регионалния пазар на едро в Испания (съображение 223 от обжалваното решение), като следователно е имало фактически монопол на този пазар.
- 156 Второ, жалбоподателите твърдят, че въпреки пазарния си дял Telefónica е било подложено на постоянен конкурентен натиск от страна на конкурентите му, които трайно и постепенно увеличават присъствието си на „пазара на едро“. Както бе напомнено в точка 152 по-горе, в това отношение Комисията основателно приема, че продуктите за националния и регионалния пазар на едро не принадлежат към един и същ пазар. Следователно не могат да се приемат посочените от жалбоподателите в писмената им реплика примери, свързани с Arsys — което започнало да предлага широколентов продукт за пазара на дребно, използвайки изключително офертата на едро на Uni2 — с Tele2, с Tiscali и с Auna, които използвали услугите на едро на Albura, тъй като тези услуги са свързани с офертите на едро на национално равнище.
- 157 Трето, доводът на жалбоподателите, че „пазарът на едро“ е „оспорван пазар“, на който клиентите и конкурентите на Telefónica могат да дублират неговата мрежа, поради което могат да упражняват ефективен конкурентен натиск независимо от пазарните си дялове, също не може да се приеме предвид необходимите инвестиции за изграждането на нова алтернативна мрежа за местен достъп или за осигуряване на необвързан достъп до абонатните линии на Telefónica, които неизбежно трябва да се направят, за да може алтернативен оператор да предложи продукт за пазара на едро за регионален достъп, конкурентен на продукта за регионалния пазар на едро на Telefónica (вж. по-специално точка 129 по-горе).
- 158 Следователно жалбоподателите не представят нито едно доказателство, с което може да се оспори изводът на Комисията, че Telefónica има господстващо положение на регионалния пазар на едро през периода на нарушението.
- 159 На второ място Комисията приема, че Telefónica заема господстващо положение на пазара за национален достъп на едро. Така в съображение 234 от обжалваното решение Комисията твърди, че до последното тримесечие на 2002 г. не съществува никаква реална алтернатива на продукта за националния пазар на едро на Telefónica. Освен това от 2002 г. нататък и през целия период на нарушението пазарният дял на Telefónica се задържал устойчиво над 84 % (съображение 235 от обжалваното решение). В съображения 236—241 от обжалваното решение Комисията се позовава също, първо, на значителната разлика между пазарния дял на Telefónica и този на неговите основни конкуренти, като пазарният дял на Telefónica бил единадесет пъти по-голям от този на основния му конкурент (съображение 236 от обжалваното решение), второ,

на икономииите от мащаба и от обхвата, както и на вертикалната интеграция, от които се ползва Telefónica и които му позволяват да възстанови разходите си благодарение на значителния обем трафик, генериран от широката му мрежа от абонати (съображение 237 от обжалваното решение), трето, на контрола на Telefónica върху абонатна линия, което му позволява да оказва значително влияние върху предлагането на конкурентните продукти за пазара на едро (съображение 240 от обжалваното решение), и четвърто, на наследената от стар монопол мрежа на Telefónica, която не е лесна за дублиране (съображение 241 от обжалваното решение).

- 160 За да докажат липсата на господстващо положение на Telefónica на националния пазар на едро, жалбоподателите изтъкват няколко довода. Първо, те твърдят, че мрежата на Telefónica може да бъде дублирана.
- 161 Според жалбоподателите мрежата на Telefónica е дублирана изцяло от няколко алтернативни оператора. Както обаче Комисията основателно констатира в съображение 239 от обжалваното решение, тези примери не доказват липсата на господстващо положение на Telefónica на националния пазар на едро.
- 162 Евентуалното наличие на конкуренция на пазара несъмнено е подходящо обстоятелство, за да се прецени дали съществува господстващо положение. Въпреки това наличието на даден пазар на конкуренция, дори на интензивна конкуренция, не изключва възможността за господстващо положение на същия този пазар, тъй като това положение се характеризира основно със способността съответното предприятие да действа, без в пазарната си стратегия да държи сметка за тази конкуренция, и при това без да търпи неблагоприятни последици от това поведение (вж. Решение на Общия съд от 14 декември 2005 г. по дело General Electric/Комисия, T-210/01, Recueil, стр. II-5575, точка 117 и цитираната съдебна практика и Решение по дело France Télécom/Комисия, точка 60 по-горе, точка 101).
- 163 В настоящия случай обаче изтъкнатите от жалбоподателите примери не оборват посочените от Комисията доказателства в съображения 235—241 от обжалваното решение, свързани именно с факта че Telefónica поддържа пазарен дял над 84 % през целия период на нарушението, че от 2001 г. нататък този пазарен дял продължава да бъде единадесет пъти по-голям от този на основния му конкурент и че конкурентите на Telefónica са възпрепятствани да извличат печалби от предлагането на продукт за националния пазар на едро, който да се конкурира с неговия.
- 164 Второ, жалбоподателите твърдят, че Комисията е заела „основно догматична позиция“. Същата била непоследователна с позицията на Комисията, възприета в съобщенията ѝ до други европейски регулаторни органи. Всъщност в тези съобщения Комисията приела, че извършваната конкуренция на пазара на дребно от вертикално интегрирани предприятия може да окаже непряк конкурентен натиск върху пазара на едро. Следователно Комисията трябвало да анализира дали кабелните оператори и тези на абонатната линия са оказали непряк конкурентен натиск върху поведението на Telefónica на пазара на едро за непряк достъп.
- 165 В това отношение е достатъчно да се посочи, че подобен довод е неоснователен, тъй като, от една страна, Комисията действително е анализирала конкурентния натиск на кабелните оператори и в съображения 268—276 от обжалваното решение е отбелязала, че кабелните оператори не са оказали ценово влияние върху Telefónica на пазара на дребно, а от друга страна, както следва от съображения 264—266 от обжалваното решение, необвързаният достъп до абонатна линия отбелязва истински подем едва от септември 2004 г. нататък и е ограничен в географски план.
- 166 Трето, фактът, че от 2000 г. Telefónica е длъжно да предоставя достъп до абонатната линия на цени, основани на разходите, не е достатъчно, за да се докаже липсата на господстващо положение от негова страна. Всъщност, макар възможността за налагане на постоянни ценови

увеличения безспорно да съставлява обстоятелство, което може да указва наличието на господстващо положение, то изобщо не е задължително, тъй като независимостта, която има господстващо предприятие в областта на ценообразуването, е свързана по-скоро с възможността за определяне на цените, без да се взема предвид поведението на конкурентите, клиентите и доставчиците, отколкото с възможността за тяхното увеличаване (вж. Решение по дело *Atlantic Container Line* и др./Комисия, точка 150 по-горе, точка 1084 и цитираната съдебна практика). Като се има предвид обаче, че всички конкурентни продукти за достъп на едро се основават на абонатните линии на Telefónica или на продукта му за регионалния пазар на едро, наличието на конкурентни продукти зависи не само от реалното наличие на абонатни линии за необвързан достъп и/или на продукта за регионалния пазар на едро, но и от икономическите условия, в които те се предоставят (съображение 240 от обжалваното решение).

167 С оглед на гореизложеното следва да се заключи, че Комисията основателно е приела, че Telefónica заема господстващо положение на националния пазар на едро.

168 Следователно настоящото правно основание трябва да бъде отхвърлено в неговата цялост, защото, както бе посочено в точка 146 по-горе, за да установи наличието на ценова преса, Комисията не е била длъжна да докаже, че Telefónica заема господстващо положение на пазара на дребно.

д) По четвъртото правно основание, изведено от грешки при прилагането на член 82 ЕО, що се отнася до твърдяната злоупотреба от страна на Telefónica

169 В рамките на настоящото правно основание жалбоподателите твърдят, че обжалваното решение е опорочено поради две сериозни грешки при прилагането на член 82 ЕО, що се отнася до твърдяната злоупотреба от страна на Telefónica.

170 В самото начало следва да се напомни, че като забранява злоупотребата с господстващо положение на пазара, доколкото тя може да повлияе върху търговията между държавите членки, член 82 ЕО се отнася до действията, които могат да повлияят върху структурата на пазара, където равнището на конкуренция вече е отслабено именно поради присъствието на съответното предприятие, които действия — посредством методи, различни от прилаганите при нормална конкуренция между стоките или услугите въз основа на престациите на икономическите оператори — имат за последица създаването на пречка за запазването на все още съществуващото равнище на конкуренция на пазара или за развитието на тази конкуренция (Решение на Съда по дело *Hoffman-La Roche*/Комисия, точка 76 по-горе, точка 91, Решение на Съда по дело *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin*/Комисия, точка 111 по-горе, точка 70, Решение на Съда от 2 април 2009 г. по дело *France Télécom*/Комисия, C-202/07 P, Сборник, стр. I-2369, точка 104 и Решение на Съда от 14 октомври 2010 г. по дело *Deutsche Telekom*/Комисия, C-280/08 P, Сборник, стр. I-9555, точка 174).

171 При това положение, тъй като член 82 ЕО е насочен не само срещу практиките, които могат да причинят непосредствена вреда на потребителите, но и срещу тези, които им причиняват вреда, нарушавайки структурата на ефективна конкуренция, предприятието с господстващо положение носи особена отговорност да не засяга със своето поведение ефективната и ненарушена конкуренция в общия пазар (вж. Решение от 2 април 2009 г. по дело *France Télécom*/Комисия, точка 170 по-горе, точка 105 и Решение по дело *TeliaSonera*, точка 146 по-горе, точка 24 и цитираната съдебна практика).

172 Както Съдът вече е уточнил, от това следва, че член 82 ЕО забранява на предприятие с господстващо положение да отстранява конкурент и по този начин да засилва своето положение чрез прибягване до средства, различни от характерните за основаната на качества конкуренция. От тази гледна точка не всяка ценова конкуренция може да се счита за законосъобразна (вж. Решение от 2 април 2009 г. по дело *France Télécom*/Комисия, точка 170 по-горе, точка 106 и цитираната съдебна практика).

- 173 Що се отнася до това дали ценова практика като разглежданата в настоящия случай представлява злоупотреба, следва да се отбележи, че член 82, втора алинея, буква а) ЕО забранява изрично на предприятие с господстващо положение да налага пряко или непряко несправедливи цени (Решение по дело *TeliaSonera*, точка 146 по-горе, точка 25).
- 174 Освен това списъкът на представляващите злоупотреба практики в член 82 ЕО не е изчерпателен, поради което съдържащото се в тази разпоредба изброяване на такива практики не изчерпва начините за злоупотреба с господстващо положение, забранени от правото на Съюза (вж. Решение по дело *TeliaSonera*, точка 146 по-горе, точка 26 и цитираната съдебна практика).
- 175 За да се определи дали предприятието с господстващо положение злоупотребява с него, като прилага своите ценови практики, е необходимо да се преценят обстоятелствата в тяхната съвкупност и да се прецени дали тази практика има за цел да отнеме или да ограничи възможността за избор на купувача, що се отнася до източниците му за снабдяване, да препречва достъпа на конкурентите до пазара, да прилага различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговски партньори или да укрепва господстващото си положение, нарушавайки конкуренцията (вж. Решение по дело *TeliaSonera*, точка 146 по-горе, точка 28 и цитираната съдебна практика).
- 176 На първо място, според жалбоподателите от обжалваното решение ясно следва, че Комисията разглежда твърдяната ценова преса като злоупотреба, чийто изключващ ефект е аналогичен на ефекта от отказа *de facto* от сключване на договор. Комисията обаче не приложила съответстващия на този вид поведение правен критерий, определен от Съда в Решение от 26 ноември 1998 г. по дело *Bronner* (C-7/97, *Recueil*, стр. I-7791). По-специално Комисията не доказала нито че разглежданите продукти за пазара на едро са основни ресурси или инфраструктури, нито че отказът от предоставяне може да елиминира изцяло конкуренцията на пазара на дребно.
- 177 Този довод не може да бъде приет.
- 178 Всъщност следва да се отбележи, че обратно на твърденията на жалбоподателите, в обжалваното решение Комисията не разглежда ценовата преса като отказ *de facto* от договаряне. В действителност в него Комисията припомня схващането за злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО и задълженията, които произтичат от това (съображения 279 и 280 от обжалваното решение). В обжалваното решение Комисията определя също какво е практика на ценова преса, като се основава именно на практиката на съдилищата на Съюза и на практиката си при вземане на решения (съображения 281—284 от обжалваното решение). В това отношение в съображение 285 от обжалваното решение Комисията подчертава, че от септември 2001 г. до декември 2006 г. *Telefónica* злоупотребява с господстващото си положение на испанските пазари за ширококолов достъп чрез ценова преса, породена от несъразмерност между цените на дребно и на едро за ширококолов достъп, която води до вероятно ограничение на конкуренцията на пазара на дребно. В съображения 299—309 от обжалваното решение Комисията приема също, че критериите, изведени в Решение по дело *Bronner*, точка 176 по-горе, са неприложими в разглеждания случай.
- 179 По-специално трябва да се посочи, че в обжалваното решение Комисията не налага на *Telefónica* да предоставя достъп до продуктите за пазара на едро на конкурентите си, тъй като това задължение произтича от испанската регулаторна рамка. Така *Telefónica* е било длъжно да предоставя продукта за регионалния пазар на едро от март 1999 г., а продукта за националния пазар на едро (ADSL-IP) — от април 2002 г., като това задължение произтича от волята на публичноправните органи да насърчат *Telefónica* и неговите конкуренти да инвестират и правят нововъведения (съображения 88, 111, 287 и 303 от обжалваното решение).

- 180 Освен това в Решение по дело *TeliaSonera*, точка 146 по-горе, Съдът припомня, че от Решение по дело *Bronner*, точка 176 по-горе, не би могъл да се направи изводът, че необходимите условия, за да се установи наличието на злоупотреба поради отказ за предоставяне, трябва непременно да се прилагат и при преценката за наличие на злоупотреба поради поведение, състоящо се в доставка на услуги или продажба на стоки при неизгодни условия или при условия, които може да не представляват интерес за купувача. Действително подобно поведение би могло само по себе си да бъде самостоятелна форма на злоупотреба, различна от отказа за предоставяне (Решение по дело *TeliaSonera*, точка 146 по-горе, точки 55 и 56).
- 181 Обратното тълкуване на Решение по дело *Bronner*, точка 176 по-горе, би означавало, че за да се счита за злоупотреба поведението на господстващо предприятие във връзка с неговите търговски условия, трябва винаги да се изисква да са спазени условията за установяване на наличието на отказ да се договаря, което би намалило неоснователно полезното действие на член 82 ЕО (вж. в този смисъл Решение *TeliaSonera*, точка 146 по-горе, точка 58).
- 182 В това отношение, макар Съдът наистина да посочва в Решение по дело *TeliaSonera*, точка 146 по-горе (точка 69), че абсолютно необходимият характер на продукта за пазара на едро може да бъде релевантен при преценката на последиците от свиването на маржовете, трябва да се констатира, че жалбоподателите се позовават на абсолютно необходимия характер на продуктите за пазара на едро само в подкрепа на твърдението си, че Комисията не приложила подходящия правен критерий към твърдения отказ *de facto* от договаряне, който е санкциониран с обжалваното решение. Следователно доводът на жалбоподателите трябва да бъде отхвърлен.
- 183 На второ място, според жалбоподателите, дори да се допусне, че член 82 ЕО е приложим, Комисията не приложила правния критерий, съответстващ на понятието за ценова преса.
- 184 Първо, жалбоподателите твърдят, че Комисията е допуснала грешка при прилагане на правото, като е приложила теста си за установяване на ценова преса за ресурси, които не са основни. Този довод обаче трябва да бъде отхвърлен на основанията, изложени в точки 180—182 по-горе.
- 185 Второ, жалбоподателите твърдят, че за да установи наличието на злоупотреба поради ценова преса, Комисията е трябвало да докаже, че *Telefónica* заема господстващо положение и на пазара на дребно. Този довод вече бе отхвърлен в точка 146 по-горе.
- 186 Трето, жалбоподателите твърдят, че съгласно Решение на Общия съд от 30 ноември 2000 г. по дело *Industrie des poudres sphériques*/Комисия (T-5/97, Recueil, стр. II-3755, точка 179) практика на ценова преса е налице само когато фактурираната на конкурентите цена на едро за продукта нагоре по веригата е прекомерно висока или цената на дребно на производния продукт има хищнически характер.
- 187 В това отношение следва да се припомни, че именно свиването на маржовете при липсата на каквато и да било обективна обосновка може само по себе си да съставлява злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО. Свиването на маржовете обаче произтича от разликата между цените на услугите на едро и тези на услугите на дребно, а не от равнището на тези цени като такива. По-специално това свиване може да произтича не само от необичайно ниска цена на пазара на дребно, но и от необичайно висока цена на пазара на едро (вж. в този смисъл Решение по дело *TeliaSonera*, точка 146 по-горе, точки 97 и 98). Ето защо Комисията не е длъжна да доказва в обжалваното решение, че *Telefónica* прилага прекомерно високи цени за продуктите си за пазара на едро за непряк достъп или хищнически цени за продуктите си на дребно (вж. в този смисъл Решение от 14 октомври 2010 г. по дело *Deutsche Telekom*/Комисия, точка 170 по-горе, точка 169 и Решение от 10 април 2008 г. по дело *Deutsche Telekom*/Комисия, точка 69 по-горе, точка 167).

- 188 Четвърто, следва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че Комисията трябвало да допълни анализа си на твърдяната злоупотреба от страна на Telefónica, основан на критерия за „конкурента със същата ефективност“, с проучване на маржовете на основните алтернативни оператори на испанския пазар.
- 189 Всъщност следва да се припомни, че Съдът вече е уточнил, че член 82 ЕО забранява по-специално на предприятието с господстващо положение да осъществява ценови практики с отстраняващ ефект за неговите действителни или потенциални конкуренти, които са ефективни колкото него. Дадено предприятие злоупотребява с господстващото си положение, когато прилага ценова политика, целяща да изключи от пазара конкуренти, които вероятно имат същата ефективност като това предприятие, но поради по-малкия си финансов капацитет не могат да издържат на провежданата срещу тях конкуренция (вж. в този смисъл Решение по дело Teliasonera, точка 146 по-горе, точки 39 и 40 и цитираната съдебна практика).
- 190 За да се прецени обаче законността на прилаганата от господстващо предприятие ценова политика, по принцип следва да се изхожда от ценови критерии, основани на направените от самото господстващо предприятие разходи, както и от неговата стратегия (вж. Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точка 198 и Решение по дело Teliasonera, точка 146 по-горе, точка 41 и цитираната съдебна практика; вж. също Решение от 10 април 2008 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 69 по-горе, точки 188—191).
- 191 В частност, що се отнася до ценова практика, водеща до свиване на маржовете, използването на такива критерии за анализ позволява да се провери дали това предприятие е достатъчно ефективно, за да предлага услугите си на дребно на крайните потребители не на загуба, ако е трябвало предварително да заплаща собствените си цени на едро за междинните услуги (Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точка 201 и Решение по дело Teliasonera, точка 146 по-горе, точка 42).
- 192 Подобен подход е основателен в още по-голяма степен предвид обстоятелството, от една страна, че той е в съответствие и с общия принцип на правна сигурност, тъй като отчитането на разходите на предприятието с господстващо положение му позволява да прецени законосъобразността на собственото си поведение с оглед на особената отговорност, която носи на основание член 82 ЕО. Всъщност, макар предприятие с господстващо положение да познава собствените си разходи и тарифи, по принцип то не познава тези на своите конкуренти (Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точка 202 и Решение по дело Teliasonera, точка 146 по-горе, точка 44). От друга страна, злоупотребата чрез изключване засяга и потенциалните конкуренти на господстващото предприятие, които може да се разколебаят да навлязат на пазара поради перспективата за липса на рентабилност.
- 193 Наистина, съгласно съдебната практика не може да се изключи възможността разходите и цените на конкурентите да са от значение при разглеждането на съответната ценова практика. Въпреки това едва ако с оглед на указанията от Съда обстоятелства е невъзможно да се посочат цените и разходите на господстващото предприятие следва да се разгледат цените и разходите на конкурентите на същия пазар (Решение по дело Teliasonera, точка 146 по-горе, точки 45 и 46); жалбоподателите обаче не излагат твърдения в този смисъл.
- 194 Следователно Комисията основателно приема — като се позовава на направените от Telefónica разходи (съображения 311—315 от обжалваното решение) и без да проучва маржовете на основните алтернативни оператори на испанския пазар, — че подходящият тест за наличие на ценова преса се изразява в установяване на това дали конкурент със същата структура на разходите като тази за дейността надолу по веригата на вертикално интегрираното

предприятие, може да предлага услуги надолу по веригата, без да отчита загуби, ако посоченото вертикално интегрирано предприятие трябва да заплаща фактурираната на неговите конкуренти цена за достъп нагоре по веригата.

195 Пето, според жалбоподателите, дори да се допусне, че критерият за „хипотетичния конкурент със същата ефективност“ е подходящ, за да се докаже наличието на нарушение в настоящия случай, анализът на Комисията е опорочен поради грешка при избора на ресурсите за пазара на едро. Според тях, за да разгърне дейността си на пазара на дребно, конкурент със същата ефективност би използвал единствено абонатната линия или оптимална комбинация от продукти за пазара на едро. В точки 130 и 131 по-горе обаче бе посочено, че не е доказано използването от алтернативните оператори през периода на нарушението, във всяка централа, на оптимална комбинация от продукти за пазара на едро, която да включва необвързан достъп до абонатна линия.

196 Шесто, жалбоподателите твърдят, че теорията за стълбата на инвестициите не изисква всички етапи да бъдат достъпни. Този довод обаче трябва бъде отхвърлен. Всъщност, както основателно отбелязва Комисията, процесът, който позволява на алтернативните оператори да инвестират постепенно в своя собствена инфраструктура, може да бъде устойчива стратегия само при липсата на каквато и да било практика на ценова преса на различните нива на стълбата. Наложената от Telefónica ценова преса обаче вероятно е забавила навлизането и разрастването на неговите конкуренти и възможностите им за достигане на икономии от мащаба в достатъчен размер, който да обоснове инвестиции в самостоятелна инфраструктура и използването на необвързан достъп до абонатна линия (съображение 554 от обжалваното решение).

197 С оглед на гореизложените съображения настоящото правно основание следва да бъде отхвърлено.

е) По петото правно основание, изведено от фактически грешки и/или грешки при преценката на фактите и от грешки при прилагане на правото, що се отнася до твърденията за злоупотреба от страна на Telefónica и за антиконкурентното отражение на тази злоупотреба

198 Това правно основание е представено при условията на евентуалност и се състои от две части. Първата част е изведена от фактически грешки и/или грешки при преценката на фактите при прилагането на теста за установяване на ценова преса. Втората част е изведена от обстоятелството, че Комисията не е доказала надлежно възможните или конкретните последици от разглежданото поведение.

По първата част от петото правно основание, изведена от фактически грешки и/или грешки при преценката на фактите при прилагането на теста за установяване на ценова преса

199 В рамките на настоящата част жалбоподателите правят три оплаквания. Първото оплакване е изведено от грешка при избора на ресурсите за пазара на едро. Второто оплакване е изведено от грешки и пропуски, допуснати в анализа на ДПП. Накрая, третото оплакване е изведено от грешки и пропуски, допуснати при анализа „период по период“.

– По първото оплакване от първата част от петото правно основание, изведено от грешка при избора на ресурсите за пазара на едро

200 С това оплакване, обосновано чрез препращане към изложените във връзка с второто и четвъртото правно основание съображения, жалбоподателите твърдят, че Комисията не трябва да разглежда наличието на ценова преса за всеки продукт за пазара на едро, взет поотделно, тъй като алтернативните оператори използвали оптимална комбинация от продукти за пазара

на едро, включително необвързания достъп до абонатна линия, осигуряваща икономии на разходи. В писмената си реплика и в хода на съдебното заседание жалбоподателите твърдят също, че именно съгласно принципа на „конкурента със същата ефективност“ Комисията е трябвало да приложи теста за установяване на ценова преса въз основа на използваната от алтернативните оператори комбинация от продукти за пазара на едро.

- 201 Първо, трябва да се напомни, че член 82 ЕО забранява по-специално на предприятие с господстващо положение на определен пазар да осъществява ценови практики с отстраняващ ефект за неговите действителни или потенциални конкуренти, които са ефективни колкото него (вж. точка 189 по-горе). В това отношение изследването на това положение изисква преценка на възможностите за конкуренция в рамките на пазара, обхващащ всички стоки, които в зависимост от характеристиките си са в състояние в голяма степен да задоволят постоянни нужди и са малко взаимозаменяеми с други стоки, като определянето на съответния пазар дава възможност да се оцени дали даденото предприятие е в състояние да препятства ефективната конкуренция на посочения пазар (вж. точка 111 по-горе). Констатирано бе обаче, от една страна, в рамките на второто правно основание (вж. точки 110—144 по-горе), че Комисията основателно приема, че необвързаният достъп до абонатна линия, продуктът за националния пазар на едро и продуктът за регионалния пазар на едро не принадлежат към един и същ пазар, и от друга страна, в рамките на четвърто правно основание (вж. точки 169—197 по-горе), че само по себе си свиване на маржовете на съответен пазар може да представлява злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО.
- 202 Тъй като определянето на съответния пазар дава възможност да се оцени дали дадено предприятие е в състояние да препятства ефективната конкуренция на посочения пазар, жалбоподателите не могат да претендират чрез позоваване на съображенията, изложени в рамките на второто правно основание, че използването на оптимална комбинация от продукти за пазара на едро би позволило на конкурентите на Telefónica да подобрят своята рентабилност. Всъщност тези продукти за пазара на едро не принадлежат към същия продуктов пазар (вж. точки 114—134 по-горе).
- 203 Второ, трябва да се отбележи, че доводът на жалбоподателите означава да се приеме, че алтернативен оператор може да компенсира загубите, понесени поради ценовата преса при продукт за пазара на едро, с приходи от използването в някои по-рентабилни географски зони на други продукти на Telefónica, които не са предмет на ценова преса и принадлежат към друг пазар, по-специално на необвързания достъп до абонатна линия, чието използване впрочем изисква големи инвестиции и освен това не се предоставя веднага (вж. точка 125 по-горе и съображения 227, 231, 266 и 562 от обжалваното решение); това обаче е неприемливо.
- 204 Съгласно съдебната практика система на ненарушена конкуренция като предвидената в Договора може да бъде гарантирана само ако се осигурят равни възможности на различните икономически оператори. Равните възможности предполагат обаче Telefónica и неговите конкуренти с поне същата ефективност да са поставени при равни условия на пазара на дребно. Това не е така, от една страна, ако платените от алтернативните оператори на Telefónica цени за продуктите за националния и регионалния пазар на едро не могат да бъдат отразени в цените им на продуктите за пазара на дребно, и от друга страна, ако предвид цените на продуктите за националния и регионалния пазар на едро на Telefónica алтернативните оператори могат да предлагат последните само понасяйки загуби, които трябва да се опитат да компенсират с доходи от други пазари (вж. в този смисъл Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точка 230 и Решение от 10 април 2008 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 69 по-горе, точки 198 и 199 и цитираната съдебна практика).
- 205 Освен това, както подчертава Комисията, доводът на жалбоподателите, изведен от използването от алтернативните оператори през периода на нарушението, във всяка централа, на оптимална комбинация от продукти за пазара на едро, която да включва необвързан достъп до абонатна

- линия, противоречи на изразеното от самото Telefónica становище в отговора му от 22 септември 2003 г. на жалбата на France Telecom, в който Telefónica твърди, че анализът за установяването на евентуално наличие на ценова преса трябва да се извърши единствено въз основа на продукта за регионалния пазар на едро.
- 206 Трето, както бе подчертано в точка 131 по-горе, такава оптимална комбинация може да бъде използвана само от конкурентите на Telefónica, разполагащи с мрежа, която им осигурява необвързан достъп до абонатна линия, изключвайки потенциалните конкуренти на Telefónica.
- 207 Четвърто, трябва да бъде отхвърлен доводът на жалбоподателите, че конкурент със същата ефективност, който използва единствено абонатната линия, би реализирал печалба и че следователно конкурент със същата ефективност, който използва оптимална комбинация от ресурси, също би постигнал положителни резултати. Всъщност, както бе посочено в точка 125 по-горе, ефективното използване на абонатната линия започва частично едва в края на 2004 г. и началото на 2005 г. Освен това предвид необходимите инвестиции едва през 2004 г. алтернативните оператори започват прехода от свързванията за непряк достъп на едро към необвързания достъп до абонатна линия.
- 208 Пето, доводът на жалбоподателите, че евентуална оптимална комбинация от продукти за пазара на едро не позволявала установяване на ценова преса, противоречи на регулаторните задължения, които са наложени на Telefónica от СМТ и с които се цели именно да се гарантира, че всички оферти на пазара на дребно могат да бъдат възпроизведени въз основа на продукта му за регионалния пазар на едро (съображение 114 от обжалваното решение).
- 209 Шесто, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, с който се оспорва определянето на характеристиките на мрежата на конкурента със същата ефективност и съгласно който единствено е от значение дали алтернативен оператор може да бъде рентабилен предвид икономите от мащаба и мрежовите разходи на Telefónica. Всъщност, както отбелязва Комисията в съображение 315 от обжалваното решение, прилагането на метода на конкурента със същата ефективност не предполага конкурентите на Telefónica да могат да поддържат аналогични на неговите активи нагоре по веригата. Действително тестът за установяване на ценова преса се прилага спрямо оператор със същата ефективност надолу по веригата, а именно оператор, който използва продукта за пазара на едро на господстващото предприятие, конкурира се с последното на пазара надолу по веригата и разходите му на същия пазар са идентични с тези на господстващото предприятие.
- 210 Във всеки случай не е доказано използването от алтернативните оператори през периода на нарушението, във всяка централа, на оптимална комбинация от продукти за пазара на едро, която да включва необвързан достъп до абонатна линия. Така, макар TESAU да има регулаторно задължение за отдаване под наем на двойния меден кабел на алтернативните оператори от декември 2000 г. (съображение 81 от обжалваното решение), видно от съображения 102 и 103 от обжалваното решение, чието съдържание не се оспорва от жалбоподателите, до 2002 г. France Telecom купува почти изключително продукта на Telefónica за националния пазар на едро, който е заменен в края на 2002 г. с алтернативна оферта за националния пазар на едро, основана на продукта на Telefónica за регионалния пазар на едро. Необвързаният достъп до абонатна линия на France Telecom нараства значително едва от февруари 2005 г., като същевременно намалява броят на алтернативните национални линии на пазара на едро, основани на продукта на Telefónica за регионалния пазар на едро. Освен това до последното тримесечие на 2004 г. Ya.com купува изключително продукта на Telefónica за националния пазар на едро и започва постепенно да използва необвързан достъп до абонатна линия едва от юли 2005 г., след като е придобило Albura.
- 211 От гореизложените съображения следва, че Комисията не е допуснала явна грешка в преценката при избора си на ресурсите за пазара на едро, за да изчисли ценовата преса. Следователно първото оплакване от първата част на петото правно основание не може да бъде прието.

– По второто оплакване от първата част на петото правно основание, изведено от грешки и пропуски, допуснати при прилагането на анализа на ДПП

- 212 В рамките на настоящото оплакване жалбоподателите отправят няколко критики относно прилагането от Комисията на анализа на ДПП в настоящия случай (съображения 350—385 от обжалваното решение).
- 213 Трябва да се отбележи, както посочва Комисията в съображение 315 от обжалваното решение, че в настоящия случай тестът за установяване на ценова преса цели да се установи дали конкурент със същата структура на разходите като тази за дейността надолу по веригата на вертикално интегрираното предприятие може да бъде рентабилен на пазар надолу по веригата, като се имат предвид цените на едро и на дребно на това предприятие. Комисията припомня в обжалваното решение, че съгласно практиката на Съда и съгласно собствената ѝ практика при вземане на решения в областта на злоупотребата с цени, рентабилността на предприятие в господстващо положение винаги се е оценявала въз основа на анализа „период по период“, тъй като методът на ДПП за изчисляване на ценова преса има някои недостатъци (съображения 331 и 332 от обжалваното решение). Въпреки това при изчисляването на ценовата преса Комисията решава да изчисли рентабилността на Telefónica по двата метода, а именно по метода „период по период“ и по предлагания от Telefónica метод на ДПП, с цел, от една страна, да се избегне установяване на ценова преса поради счетоводни несъответствия, произтичащи от липсата на зрялост на испанския пазар на ширококоловни услуги, и от друга страна, да се увери, че с предложението от Telefónica метод няма да се опровергае изводът за наличие на ценова преса, който следва от анализа „период по период“ (съображение 349 от обжалваното решение).
- 214 Комисията разяснява също, че при анализ на ДПП се изчислява окончателна стойност, за да се вземе предвид наличието на ключови активи, които ще продължат да се използват дори след референтния период. Така отчитането на определена окончателна стойност при извършването на анализа може да се окаже необходимо, тъй като някои разходи не се покриват изцяло през референтния период. Според Комисията както адекватната окончателна стойност, която трябва да се включи при изчисляването на ДПП, така и адекватният референтен период имат за цел да се определи крайна дата, след която възстановяването на загубите вече не се взема предвид при извършването на анализа (съображения 360 и 361 от обжалваното решение). Тъй като методът на ДПП допуска първоначални загуби в краткосрочен план, но изисква тяхното възстановяване в разумно дълъг период от време, в настоящия случай Комисията е трябвало да определи адекватния период за възстановяване (съображение 351 от обжалваното решение).
- 215 В това отношение в съображение 354 от обжалваното решение Комисията приема, че най-разумният подход се изразява в ограничаване на анализирания период до икономическия жизнен цикъл на активите, използвани от съответното предприятие. В съображение 359 от обжалваното решение Комисията приема, че в настоящия случай подходящият период за анализа на ДПП е този между септември 2001 г. и декември 2006 г. (пет години и четири месеца), както и че посоченият период е благоприятен за Telefónica, тъй като диапазонът на неговите дейности надолу по веригата е нараснал с течение на времето.
- 216 На първо място жалбоподателите оспорват метода за изчисляване на окончателната стойност, използван от Комисията при анализа на ДПП (съображение 363 от обжалваното решение). Те твърдят, че методът на Комисията за изчисляване на окончателната стойност на ширококоловните услуги на дребно се отклонява от обичайно прилаганите методи за оценяване на предприятията. Подходът на Комисията бил неправилен, тъй като в настоящия случай ставало въпрос за оценяване на предприятие, разполагащо със сложни нематериални активи. Така разходите на Telefónica в търговската му дейност на пазара на ширококоловни услуги на дребно позволявали освен клиентската база да се остойностяват активи, като например неговите марки, връзки с клиенти, ноу-хау и организационен капацитет. Тези активи имали

много по-дълъг икономически жизнен цикъл от избрания от Комисията период от пет години и четири месеца, поради което референтният период трябвало да се продължи след декември 2006 г.

- 217 Първо, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че удължаването на референтния период при анализа на ДПП не увеличавало опасността от допускане на грешки в прогнозите или от отчитане в анализа на ползите от антиконкурентно поведение.
- 218 Както основателно подчертава Комисията в съображения 333 и 334 от обжалваното решение, след като методът на ДПП позволява първоначални загуби да се покриват от бъдещи печалби, има опасност резултатите от този метод действително или да се поставят в зависимост от необмислени прогнози на господстващото предприятие по отношение на очакваните от него бъдещи печалби, което може да доведе до погрешен резултат, или да включват печалби в дългосрочен план, които биха били резултат от засилване на пазарната мощ на господстващото предприятие.
- 219 В това отношение следва да се отхвърлят и доводите на жалбоподателите, че скъсяването на анализирания период води до занижаване на „търговската стойност“ на Telefónica и до пренебрегване на стойността на активите му след 2006 г.
- 220 Всъщност следва да се приеме, че Комисията не е пренебрегнала стойността на активите на Telefónica след 2006 г. Тя обаче основателно е приела, че за разлика от метода, с който се цели дадено дружество да бъде оценено с оглед на неговата покупка или продажба, в разглеждания случай е ирелевантно дали загубите на Telefónica през периода 2001—2006 г. могат да бъдат възстановени от бъдещи хипотетични печалби от 2007 г. нататък. Всъщност Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, като е приела, че дейността надолу по веригата на господстващото предприятие трябва да бъде рентабилна в периода, съответстващ на жизнения цикъл на неговите активи. В противен случай ценовата политика на Telefónica може да има отрицателни последици за конкуренцията (съображение 370 от обжалваното решение).
- 221 Второ, трябва да се отхвърли и доводът, че Комисията не предоставила никакви разяснения относно продължителността на периода, избран за анализа на ДПП, който следователно бил произволен.
- 222 Най-напред, в съображения 351—359 от обжалваното решение Комисията посочва, че най-разумният подход се изразява в ограничаване на анализирания период до жизнения цикъл на използваните от съответното предприятие активи, като в този случай съвкупността от очакваните икономически ползи от използването им се взема предвид при оценката на рентабилността на предприятието. Комисията добавя също, че периодът от пет години съответства на средната продължителност на икономическия жизнен цикъл на компонентите на мрежата на TESAУ, които са необходими за предоставянето на ADSL услуги на дребно въз основа на продукта за регионалния пазар на едро съгласно първоначалния му бизнес план, както и на средната продължителност на жизнения цикъл на компонентите на мрежата на алтернативни оператори като France Telecom и Auna. Комисията посочва също, че тази продължителност е по-голяма от периода за възстановяване на разходите за привличане на абонати на TESAУ и че тя съответства на периода, използван от регулатора на далекосъобщенията в Обединеното кралство. Предвид тези съображения, които във всеки случай не позволяват на жалбоподателите да претендират, че Комисията не дава никакви разяснения относно използваната от нея продължителност на анализирания период, трябва да се приеме, че посочената продължителност на анализирания период не е определена произволно и в резултат на явна грешка в преценката.
- 223 Във връзка с това, що се отнася до определянето на продължителността на периода, в който трябва да се постигне рентабилност, жалбоподателите оспорват позоваването на бизнес плановете на Telefónica, твърдейки, че анализът, на който се основава Комисията [*поверително*],

което потвърждава, че установените от Комисията загуби през периода [*поверително*] се дължат на липсата на зрялост на испанския пазар на широколентови услуги. От една страна обаче, от материалите по делото следва, че бизнес планът [*поверително*] действително се отнася до общата стойност на цялата дейност. От друга страна, както основателно отбелязва Комисията, осчетоводяването на разходите и бизнес планът на Telefónica показват най-напред че Telefónica [*поверително*] изчислява прага си на рентабилност на [*поверително*] крайни потребители на ADSL, който брой е достигнат [*поверително*], на следващо място, че Telefónica предвижда праг на рентабилност, изразен като резултат преди приспадане на данъци, лихви, амортизации и резерви (ЕБИТДА), и печалби преди приспадане на данъци и финансови задължения (ЕБИТ) през [*поверително*], и накрая, че Telefónica очаква нетна настояща стойност (наричана по-нататък „ННС“) [*поверително*] (изключвайки каквато и да било окончателна стойност) през периода [*поверително*]. Следователно Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, като е приела, че установените загуби през периода [*поверително*] не могат да се приемат за резултат от липсата на зрялост на испанския пазар на широколентови услуги.

224 Трето, според жалбоподателите не е вярно, че възприетата от Комисията методология, включваща окончателна стойност, която отразява остатъчния икономически жизнен цикъл на придобитите дълготрайни активи и привлечените клиенти, е по-благоприятна за Telefónica от методологията, използвана от него в първоначалния му бизнес план (съображения 362 и 363 от обжалваното решение), поради възприетия от Telefónica в неговия план по-широк времеви обхват от ([*поверително*] години). Жалбоподателите твърдят също, че посочените методологии не са сходни (бележка под линия 810 от обжалваното решение), тъй като Telefónica приема, че клиентската му база е постоянна, а не намалява. Освен това според жалбоподателите плановете за развитие на Telefónica, посочени в съображение 367 от обжалваното решение, били ирелевантни за изчисляването на окончателната стойност.

225 В това отношение следва да се отбележи, че в писмените си изявления жалбоподателите не уточняват причините, поради които доводът им, дори да е основателен, може да доведе до обявяване на обжалваното решение за незаконосъобразно. Всъщност, от една страна, дори да се допусне, както твърдят жалбоподателите, че възприетата от Комисията методология не е по-благоприятна за Telefónica от методологията, която то използва в първоначалния си бизнес план, или че разглежданите методологии не са сходни, от това не следва, че констатациите относно окончателната стойност, съдържащи се по-специално в съображения 360—362 от обжалваното решение, и относно определянето на окончателната стойност при изчисляването на ДПП, са погрешни. От друга страна, трябва да се отбележи, че плановете за развитие на Telefónica са посочени в съображение 367 от обжалваното решение, за да се докаже, че обратно на твърденията на Telefónica, изчисляването на окончателната стойност от Комисията не е безпрецедентно. Дори обаче да се допусне, че тази констатация е погрешна, това не води до незаконосъобразност на изчислението на окончателната стойност в обжалваното решение.

226 Освен това, макар времевият обхват, предвиден от Telefónica в неговия бизнес план [*поверително*], действително да е [*поверително*] години (период [*поверително*]), което е признато от Комисията в писмената ѝ защита, трябва да се приеме, че Комисията не е допуснала явна грешка, като е решила, че тази продължителност е твърде голяма, за да се предвиди рентабилността на хипотетичен оператор надолу по веригата (вж. в това отношение точки 216—220 по-горе).

227 Във всеки случай трябва да се подчертае, че видно от материалите по делото, изчисляването на ННС за дейността на дребно за периода [*поверително*], извършено съгласно същия метод като използвания от Telefónica в неговия бизнес план „Objetivo Verne 2002“, [*поверително*]. Не може да се приеме посоченият в хода на съдебното заседание довод на жалбоподателите, че Комисията е трябвало не да използва прогнозите на Telefónica в посочения план, а да поиска от него прогнозите му, актуализирани към момента, в който Комисията изчислява окончателната

стойност. Всъщност разумно е да се приеме, че такива прогнози, актуализирани към момента на посоченото изчисляване, биха увеличили опасността от отчитане в анализа на ползите от антиконкурентно поведение.

- 228 На второ място жалбоподателите твърдят, че Комисията е могла да изчисли по-адекватна окончателна стойност, основана на данни от пазара. От една страна, при алтернативен подход, предназначен за оценяване на паричните потоци от 2006 г. нататък, са щели да се използват сведения за сравними стойности при сделките в приложение на „метода на кратните стойности“, чиято цел е да оцени дейността на дадено предприятие, като я съпостави с платената цена за сходни търговски дейности. Използването на този метод имало предимството, че не изисква да се прави никакво предположение относно продължителността на съответната дейност. От друга страна, прилагането в съображение 377 от обжалваното решение на кратните стойности на EBITDA нямало смисъл за предприятията с голям потенциал за разрастване. При това положение отделно от кратната стойност на приходите, използвана от Telefónica в отговора му на изложението на възраженията, Комисията могла да използва характерна за този сектор кратна стойност.
- 229 Трябва да се констатира, че в съображение 369 от обжалваното решение Комисията основателно е приела, че в настоящия случай използването на окончателна стойност, която обхваща всички бъдещи печалби на съответното предприятие, не е нито разумно, нито подходящо при изчисляването на ценова преса.
- 230 Всъщност най-напред подход, при който се отчитат всички бъдещи печалби на съответното предприятие, не би позволил да се определи дали с оглед именно на платените от алтернативните оператори цени на Telefónica за продуктите за националния и регионалния пазар на едро оператор надолу по веригата със същата ефективност като Telefónica би могъл да възстанови първоначалните си загуби и да постигне равновесие чрез печалбите, реализирани от дейността му на пазара надолу по веригата през определен референтен период. На следващо място, този метод не би отчел средната продължителност на жизнения цикъл на съответните активи, нито факта, че навлизащ на конкурентен пазар нов оператор не може да разчита на всичките си евентуални бъдещи печалби, за да компенсира първоначалните си загуби от навлизането на пазара. Накрая, както отбелязва Комисията в съображение 334 от обжалваното решение, такъв подход евентуално би позволил на предприятие успешно да възприеме стратегия на ценова преса, като първоначално определи цени, които след определен период могат да изключат конкурентите, а след това или да увеличи цените, което в крайна сметка ще му позволи да възстанови първоначалните си загуби, или да поддържа тези цени над конкурентното равнище, което е възможно поради липсата на навлизане или значително разрастване на конкурентите на съответния пазар (вж. също съображение 334 от обжалваното решение).
- 231 На трето място жалбоподателите твърдят, че „прилагането на правилен метод за оценяване, който се основава на пазарните данни за изчисляване на окончателната стойност, би показал, че дейността на евентуален конкурент със същата ефективност като Telefónica би била рентабилна“. Този довод обаче изобщо не е разяснен, нито развит в писмените изявления, като жалбоподателите най-общо препращат към десет страници от добавено като приложение икономическо проучване. Ето защо предвид точки 58—63 по-горе този довод трябва да бъде отхвърлен.
- 232 С оглед на гореизложените съображения второто оплакване от първата част на петото правно основание трябва да бъде отхвърлено.
- По третото оплакване от първата част на петото правно основание, изведено от грешки, допуснати при анализа „период по период“
- 233 В рамките на настоящото оплакване жалбоподателите отправят няколко критики към извършения от Комисията анализ „период по период“.

- 234 На първо място жалбоподателите твърдят, че Комисията не е оценила правилно ДСПР за предлагане на пазара.
- 235 В самото начало следва да се напомни, че в обжалваното решение Комисията констатира, че маргиналните разходи за предлагане на пазара са част от разходите за привличане на абонати на Telefónica (съображения 458—463 от обжалваното решение), която включва не само премиите и комисионите (с изключение на заплатите), предоставени на търговската мрежа на Telefónica за всеки нов абонат, но и разгръщането на търговската структура на Telefónica, след като такова разрастване е възможно благодарение на дейността му в областта на ширококоловите услуги.
- 236 По отношение на оценката на разходите за предлагане на пазара в съображения 464—473 от обжалваното решение Комисията твърди, че Telefónica е занижило ДСПР, тъй като е включило в тях само премиите и комисионите, предоставени на търговската мрежа за всеки нов абонат, изключвайки всички разходи, свързани с търговската структура на дружеството. Според Комисията, макар търговската структура на Telefónica да е включена в неговите общи разходи, не може да се твърди, че тя би имала същия размер (като брой служители), ако дружеството не предлага услуги на дребно за ширококолов достъп (съображения 465 и 470 от обжалваното решение). В съображение 472 от обжалваното решение Комисията твърди, че макар наистина, за да се преценят правилно допълнителните разходи за предлагане на пазара, да е възможно да се използва действителната заетост на търговския екип на Telefónica в предлагането на ширококолов достъп на пазара на услуги на дребно, в настоящия случай по отношение на оборота от всяка от своите дейности Telefónica явно занижава допълнителните разходи за дейността по предлагане на ширококолов достъп на дребно, което вече е било предмет на критика от страна на СМТ. Поради това в съображение 473 от обжалваното решение Комисията прави извода, че в настоящия случай предвид предоставената от Telefónica информация и липсата на каквото и да било проучване, анализиращо ангажираността на търговския екип на Telefónica на всеки от пазарите на дребно на дружеството, което впрочем е поискано от СМТ, остойносттаването на разходите за предлагане на пазара спрямо оборота трябва да се използва като приблизителен размер на ДСПР, което е благоприятно за дружеството.
- 237 Първо, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че Комисията не е трябвало да оценява ДСПР за предлагане на пазара въз основа на счетоводните данни на Telefónica, а като използва алтернативни източници на данни — например наборите от показатели на Telefónica.
- 238 Както следва от съображения 319 и 320 от обжалваното решение, дългосрочният пределен разход за даден продукт съответства на специфичните разходи за продукта, които предприятието заплаща в дългосрочен план и които са свързани с общия обем производство на посочения продукт, и следователно на разходите, които предприятието би избегнало в дългосрочен план, ако реши да не произвежда този продукт. Така Комисията посочва, че дългосрочният пределен разход за продукта трябва да включва не само всички фиксирани и променливи разходи, които са пряко свързани с производството на съответния продукт, но също и пропорционална част от общите разходи, свързани с тази дейност. Жалбоподателите не оспорват тази констатация. Следователно правилно изчисленият ДСПР трябва да включва пропорционална част от свързаните с търговската структура на Telefónica разходи, които дружеството би избегнало в дългосрочен план, ако не бе предоставяло ширококоловите услуги на дребно.
- 239 Жалбоподателите обаче не оспорват, че оценката на ДСПР за предлагане на пазара, така както са представени в анализа на загубите и печалбите от дейността на дребно (Economics ADSL) (съображение 407 от обжалваното решение) и в набора от показатели (ADSL Scorecard) за дейността в областта на ширококоловите услуги (съображения 408—410 от обжалваното решение), не включва като разходи за предлагане на пазара [*поверително*], занижавайки по този

начин ДСПР за широколентовия продукт за пазара на дребно на Telefónica. Макар наистина жалбоподателите да твърдят, че [поверително], трябва да се посочи че [поверително], поради което Комисията основателно приема, че ДСПР за широколентовия продукт за пазара на дребно на Telefónica са занижени.

- 240 Второ, както основателно отбелязва Комисията, подходът на жалбоподателите в настоящия случай не може да се приеме, тъй като това би означавало да се приеме, че търговските представители не отделят определена част от времето си за предлагане на широколентовите продукти за пазара на дребно на Telefónica. Освен това в изпратеното до Комисията писмо от 1 април 2005 г., цитирано в бележка под линия 472 от обжалваното решение, самото Telefónica признава за „очевидно“, че с разхода за премии не се изчерпва главата, озаглавена „Разходи за предлагане на пазара“, и че „всички разходи, свързани с търговската структура на TESAU (по-специално разходите за персонал, различен от заетия пряко с продажбата, и разходите за дълготрайни активи, структурните разходи и тези за поддръжка) трябва да се прибавят към разходите, свързани с предлагането на ADSL на дребно“.
- 241 В това отношение трябва да се отхвърлят доводите на жалбоподателите, от една страна, че търговската структура на Telefónica остава устойчива след навлизането на предприятието на пазара на широколентови услуги на дребно, и от друга страна, че личният състав на Telefónica е фиксиран разход, който трудно се променя поради липсата на гъвкавост на пазара на труда.
- 242 Всъщност, както отбелязва Комисията в съображение 468 от обжалваното решение, фактът, че Telefónica не е увеличило броя на служителите си с търговски функции от 1999 г., не означава, че част от търговската структура на Telefónica не може да бъде заета пряко с дейността на дружеството на пазара на широколентови услуги на дребно. Както Комисията посочва в съображение 469 от обжалваното решение, независимо от твърдяната липса на гъвкавост на пазара на труда в Испания, е било възможно размерът на търговската структура на Telefónica да не остане непроменен, ако предприятието не бе предлагало широколентовите си продукти за пазара на дребно, тъй като печалбите от традиционните дейности (гласови услуги и абонамент) бележат спад между 2002 г. и 2006 г. (съображение 466 от обжалваното решение). Освен това трябва да се приеме, както прави Комисията (съображение 466 от обжалваното решение, *in fine*), че търговската мощ на TESAU се дължи главно на разрастването на дейността му в областта на широколентовите услуги, което не се оспорва от жалбоподателите. Самото Telefónica приема, че разрастването на групата се дължи на широколентовия достъп. Освен това печалбите от широколентовите услуги значително нарастват между 2002 г. и 2006 г., докато печалбите от традиционните дейности намаляват през същия период (съображения 466 и 467 от обжалваното решение).
- 243 Освен това от материалите по делото следва, че между 1999 г. и 2006 г. Telefónica значително е намалило броя на служителите си (между 2003 г. и 2007 г. самото Telefónica намалява личния си състав с около 14 000 служители), при това запазвайки сравнително постоянен брой служители с търговски функции, и че процентът на зетия с търговски функции персонал от [поверително] през 2001 г. достига [поверително] от личния му състав през 2006 г.
- 244 След като няма надеждна оценка за действителната заетост на търговския екип на Telefónica в предлагането на широколентови продукти за пазара на дребно, изразена като предназначена за въпросното предлагане на пазара обща сума спрямо времето, отделено от търговския екип за тези продукти (съображения 472 и 473 от обжалваното решение), Комисията не е надхвърлила пределите на свободата си на преценка, приемайки, че частта от разходите, които самото Telefónica отчита като свързани с ADSL дейността на дребно [поверително] в счетоводството си за 2005 г., е разумна приблизителна стойност на ДСПР за предлагане на пазара. Всъщност в това отношение следва да се посочи, че начинът на отчитане на общата стойност, използван от Telefónica до 2004 г., е бил счетен за неподходящ от СМТ, тъй като не се основава на отчитането на общия разход за предлагане на пазара пропорционално на времето, отделено от търговския персонал за широколентовите продукти за пазара на дребно.

- 245 На второ място жалбоподателите твърдят, че Комисията е занижила средната продължителност на абонамента на клиентите на Telefónica.
- 246 В самото начало трябва да се припомни, че в обжалваното решение Комисията посочва, че са били извършени няколко корекции на разходите на Telefónica с цел да се предостави адекватна мерна единица за икономическото равновесие на ADSL услугите на дребно на Telefónica във връзка с теста за свиване на маржовете. Така Комисията подчертава, че на пазара на дребно разходите за привличане на нови клиенти съставляват значителна част от разходите, която ще се възстанови бързо и в дългосрочен план ще формира допълнителни печалби. Поради това Комисията извършва корекции в изчисленията на Telefónica, като предвижда възстановяване на разходите за привличане на нови абонати в адекватен период от време (съображение 474 от обжалваното решение). В това отношение в обжалваното решение Комисията приема, че за целите на настоящия случай подходящият период за възстановяване на разходите за привличане на абонатите на Telefónica е [поверително] години, като това е максималният период, използван от националните органи по конкуренция и НРО, включително СМТ, и е по-дълъг от времето за възстановяване на тези разходи, предвидено от Telefónica в първоначалния му бизнес план. Следователно Комисията не използва предлаганата от Telefónica средна продължителност на абонамента на неговите клиенти по причините, изложени в съображения 476—485 от обжалваното решение.
- 247 Първо, жалбоподателите твърдят, че Комисията не разяснява защо определеният от някои НРО и органи по конкуренция период за възстановяване е по-подходящ от възприетите оценки в Решение на Комисията от 16 юли 2003 г. (дело COMP/38.233 — Wanadoo Interactive), при положение че използваната от някои национални органи, по-специално от френския орган, максимална продължителност била [поверително] години, като се изхожда от средната продължителност на абонамента на абонатите (съображение 488 от обжалваното решение). Този довод обаче трябва бъде отхвърлен, тъй като в съображения 486—489 от обжалваното решение Комисията разяснява причините за направения избор.
- 248 Второ, според жалбоподателите Комисията не анализира адекватно бизнес плановете на Telefónica, тъй като анализът би показал, че предвидените в него хипотези се основават на оценките на създадената стойност за [поверително]. Когато в хода на съдебното заседание им се поставят въпроси относно обхвата и смисъла на това твърдение, жалбоподателите по същество посочват, че Комисията се основава на неправилно тълкуване на бизнес плановете на Telefónica и поради това не отчита действителната средна продължителност на абонамента на абонатите на Telefónica, която според него е [поверително]. Доводът им обаче не следвало да се разбира като целящ средната продължителност на абонамента на абонатите на Telefónica да се определи на [поверително] години.
- 249 В това отношение доводът на жалбоподателите трябва да се отхвърли, тъй като почива на погрешна предпоставка. Както следва от съображения 477—489 от обжалваното решение, Комисията не приема данните за действителната средна продължителност на абонамента на клиентите на Telefónica, тъй като: 1) средната продължителност на абонамента на абонатите на Telefónica най-вероятно е по-голяма от тази, която би трябвало да съществува на конкурентен пазар, 2) предлаганата от Telefónica продължителност на абонамента противоречи дори на собствените му твърдения, че пазарът на дребно се характеризира със сравнително малки разходи за смяна на доставчик и че процентът на подновяване при неговите абонати („churn rate“) е [поверително] % на месец, което съответствало на продължителност от [поверително] години, 3) формулата на Telefónica е неприложима за развиващ се пазар и 4) възприетата от Комисията продължителност представлява максималната такава, възприета от националните органи по конкуренция. Следователно Комисията не се основава на бизнес плановете на Telefónica, за да отхвърли предлаганата от него средна продължителност на абонамента, а в съображение 489 от обжалваното решение само твърди, че избраният период за възстановяване in fine е [поверително] спрямо посочения в същите планове период и следователно е по-благоприятен за Telefónica.

- 250 Трето, жалбоподателите твърдят, че хипотезата на Комисията не отговаря на действителното поведение на клиентите на Telefónica, тъй като средната продължителност на абонаментите на Telefónica е по-голяма от [поверително]. В това отношение жалбоподателите твърдят само че прилагането на текущи статистически техники за определяне на средната продължителност на абонамента на клиентите позволява да се получи стойност, по-голяма от [поверително]. Този довод обаче изобщо не е разяснен, нито развит в писмените изявления, като във връзка с него най-общо е направено препращане към десет страници от добавено като приложение икономическо проучване. Поради това доводът трябва да бъде отхвърлен.
- 251 Четвърто, жалбоподателите твърдят, че Комисията е могла да избере и приложи друг критерий за възстановяване. Те обаче посочват само една възможност, което не е достатъчно, за да се приеме, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката при избора на критерии за възстановяване. Следователно този довод трябва да бъде отхвърлен.
- 252 На трето място жалбоподателите твърдят, че Комисията надценява мрежовите разходи.
- 253 Първо, жалбоподателите твърдят, че Комисията е изчислила погрешно нетната балансова стойност на инвестицията, което се отразява на изчисляването на цената на капитала за IP мрежата на Telefónica. В писмената си защита Комисията признава твърдяната от Telefónica грешка в изчислението. Комисията обаче твърди, че тази грешка по никакъв начин не засяга изчисляването на ценовата преса при продукта за националния пазар на едро, че тя с нищо не променя резултатите от анализа на ДПП и че по отношение на анализа „период по период“ има само ограничени последици, които не засягат констатацията за наличие на ценова преса при продукта за регионалния пазар на едро. В писмената си реплика жалбоподателите повече не излагат доводи относно изчисляването от Комисията на нетната балансова стойност на инвестицията. Освен това в хода на съдебното заседание те потвърждават, че поправката на грешката на Комисията няма значение за резултата от обжалването. Следователно този довод повече не трябва да се разглежда.
- 254 Второ, жалбоподателите твърдят, че за целия разглеждан период Комисията прилага прекомерно висока и постоянна среднопретеглена цена на капитала (WACC).
- 255 Трябва да се напомни, че цената на капитала е очакваната цена, която предприятието трябва да заплати за набиране на необходимия капитал и която отразява също очакваната от инвеститорите възвръщаемост, за да инвестират в дейностите на предприятието (съображение 383 от обжалваното решение). В съображение 447 от обжалваното решение Комисията уточнява, че цената на капитала е изчислена чрез използваната от СМТ WACC при регламентирането на сектора на ширококоловия достъп на TESAУ и е изтъкната и от самото Telefónica, което претендираше, че разходите в ADSL сектора крият по-големи рискове в сравнение с другите сектори. Така в обжалваното решение WACC е определена на [поверително] %. Същата WACC е използвана от Telefónica и в отговора му на изложението на възраженията (съображения 384, 385, 447 и 451 от обжалваното решение).
- 256 Най-напред жалбоподателите твърдят по същество, че официалната и одобрена от СМТ WACC никога не е надхвърляла [поверително] %. Освен това средната WACC, използвана от Telefónica в неговия бизнес план за периода 2002—2011 г., била [поверително] %. Тези доводи обаче не могат да се приемат, тъй като в писмените си изявления Комисията разяснява, че посочената от Telefónica WACC съответства на средната WACC, изчислена не само за ширококоловите дейности на едро и на дребно на Telefónica, но и за дейностите му, свързани със стационарна телефония, което не се оспорва от жалбоподателите. Освен това, видно от материалите по делото, самото Telefónica счита, че WACC за ширококоловата му дейност на дребно е много по-висока ([поверително] %) в сравнение със средната WACC за дейността на TESAУ като цяло. По същия начин трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че коефициентите на възвръщаемост на капитала, които са одобрени от регулаторните органи или от

анализаторите при оценяването на предприятията, предоставящи ширококоловни услуги, не достигат размера на коефициента, възприет от Комисията в обжалваното решение, тъй като тези коефициенти на възвръщаемост не се отнасят конкретно за дейностите в областта на ширококоловните услуги на едро и на дребно на посочените предприятия.

- 257 На следващо място, според жалбоподателите СМТ никога не признала на Telefónica коефициент на възвръщаемост, който е по-голям за пазара на ширококоловни услуги в сравнение с коефициента за другите дейности. Този довод също не може да се приеме. Всъщност използваната в обжалваното решение WACC, която е използвана от СМТ в модела му „retail minus“, е WACC за ширококоловната дейност надолу по веригата на TESAУ, което е потвърдено от СМТ в отговор на искане за предоставяне на информация, отправено от Комисията на 18 ноември 2004 г.. От този отговор следва, че СМТ прави разграничение между, от една страна, използваната WACC при изчисляването на цените на услугата за непряк достъп, която е обвързана с разходите (от [поверително] %), и от друга страна, използваната WACC за изчисляването на цените на едро, определени по модела „retail minus“ (от [поверително] %). Още повече, жалбоподателите признават, че самото Telefónica използва WACC от [поверително] % в отговора си на изложението на възраженията.
- 258 Накрая жалбоподателите посочват, че твърденията им относно WACC, изложени във връзка с офертата за достъп до абонатната линия през 2002 г., не обосновават използването им за целия разглеждан период, тъй като посочената оферта е направена в момент, в който Telefónica извършвало значителни инвестиции в условията на максимална технологична несигурност и търсене на развитие на пазара на ширококоловни услуги. Както обаче посочва Комисията, без възражения от страна на жалбоподателите в това отношение, когато Telefónica предлага тази услуга през 2002 г., дейността му в областта на ширококоловните услуги вече е била рентабилна.
- 259 На четвърто място жалбоподателите твърдят, че Комисията отчита двойно редица разходни позиции [по-специално непериодичните разходи на платформата FAI (доставчик на интернет достъп) и разходите за проучване на пазара на ADSL] и че често разходните позиции са непоследователни във времето.
- 260 От една страна, по отношение на двойното отчитане на някои разходни позиции жалбоподателите претендират, че посочените в таблица 29 от обжалваното решение разходи за придобиване на платформата FAI вече са включени в съответната позиция при периодичните разходи за тази платформа в таблица 27 от обжалваното решение. Освен това включените в позиция „Наблюдение на пазара“ разходи също били отчетени два пъти.
- 261 В това отношение трябва да се констатира, че оспорваните данни, включени в таблици 27 и 29 от обжалваното решение, съответстват на данните, представени на Комисията от самите жалбоподатели в отговора им на изложението на възраженията.
- 262 Освен това трябва да се отбележи, че като се позовават на четири страници от приложение към жалбата си, жалбоподателите твърдят единствено че Комисията погрешно преценява разходите на Telefónica, използвайки непоследователни източници. В писмената си реплика те считат, че могат единствено да препратят към дадените в жалбата разяснения относно разходите и се позовават също на три страници от приложение към нея. Трябва да се подчертае, че в писмените си изявления жалбоподателите не представят никакви разяснения относно твърдяното двойно отчитане. От своя страна Комисията обяснява, че включените в таблица 27 разходи са периодични, докато включените в таблица 29 разходи са непериодични. Когато им се поставят въпроси в това отношение в хода на съдебното заседание, жалбоподателите твърдят, че Комисията използва данни от наборите от показатели на Telefónica, в които не се прави разграничение между разглежданите периодични и непериодични разходи. Съдържащите се в преписката пред Общия съд документи, на които жалбоподателите изрично се позовават в хода на съдебното заседание, за да обосновават твърденията си, обаче произтичат от документа

„Economics ADSL“, който представлява извършеният от Telefónica анализ на загубите и печалбите от неговата дейност на дребно. От съображение 407 от обжалваното решение, което не се оспорва от жалбоподателите, обаче следва, че този документ е анализ, „основен на собствената [...] оценка [на Telefónica] на пределните разходи от разходите му извън мрежата (разходи за привличане на абонатите и периодичните задължения на FAI)“, и че поради това разходите на платформата FAI в това проучване не включват непериодичните разходи. По отношение на твърдяното двойно отчитане на периодични разходи за „наблюдение на пазара“ в таблица 27 от обжалваното решение, които вече били включени в „други производствени разходи“ в същата таблица, трябва да се констатира, че то по никакъв начин не е обосновано. Поради това доводът на жалбоподателите не може да се приеме.

263 От друга страна, по отношение на довода, че разходните позиции били непоследователни във времето, трябва да се отбележи, че Telefónica не е предоставило разходите си за единица продукция през 2001 г. въпреки искането в този смисъл от страна на Комисията (бележка под линия 464 от обжалваното решение). Следователно Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, като е определила разходите на Telefónica за 2001 г. чрез счетоводната информация, с която разполага, или при липса на такава, въз основа на оценките, съдържащи се или в документа, озаглавен „Economics ADSL“, или в наборите от показатели на заинтересованото лице. Освен това жалбоподателите не оспорват този подход нито в отговора на изложението на възраженията, нито в отговора на фактологичното писмо. Поради това доводът им не може да се приеме.

264 С оглед на гореизложените съображения третото оплакване от първата част на петото правно основание трябва да бъде отхвърлено в неговата цялост, без да е необходимо произнасяне по последиците от твърдените грешки за изчисляването на ценовата преса.

265 Следователно първата част от петото правно основание трябва да бъде отхвърлена в нейната цялост.

По втората част от петото правно основание, изведена от твърдението, че Комисията не е доказала надлежно възможните или конкретните последици от разглежданото поведение

266 В рамките на настоящата част жалбоподателите твърдят, че Комисията не е доказала надлежно възможните или конкретните последици от поведението на Telefónica.

267 Съгласно посочената в точка 170 по-горе съдебна практика, като забранява злоупотребата с господстващо положение, доколкото тя може да повлияе върху търговията между държавите членки, член 82 ЕО се отнася до действията на предприятие с господстващо положение на пазар, където равнището на конкуренция вече е отслабено именно поради присъствието на съответното предприятие, които действия — посредством методи, различни от прилаганите при нормална конкуренция между стоките или услугите въз основа на престациите на икономическите оператори — имат за последица създаването на пречка за запазването на все още съществуващото равнище на конкуренция на пазара или за развитието на тази конкуренция.

268 Последиците, описани в посочената в предходната точка съдебна практика, не се отнасят непременно до конкретните последици от твърдяната злоупотреба. За да се установи нарушение на член 82 ЕО, е достатъчно да се докаже, че представляващото злоупотреба поведение на предприятието с господстващо положение е насочено към ограничаване на конкуренцията, или с други думи, че поведението е или може да бъде от естество да породи подобни последици (Решение на Общия съд от 30 септември 2003 г. по дело Michelin/Комисия, T-203/01, Recueil, стр. II-4071, точка 239, Решение на Общия съд от 17 декември 2003 г. по дело British Airways/Комисия, T-219/99, Recueil, стр. II-5917, точка 293 и Решение на Общия съд по дело

Microsoft/Комисия, точка 58 по-горе, точка 867). Следователно трябва да са налице антиконкурентни последици за пазара от съответната ценова практика, но не е необходимо те да бъдат конкретни, а е достатъчно доказването на потенциални антиконкурентни последици от естество да отстранят конкурентите, които са ефективни поне колкото предприятието с господстващо положение (Решение по дело TeliaSonera, точка 146 по-горе, точка 64).

- 269 От практиката на Съда е видно също че за да се определи дали предприятието с господстващо положение злоупотребява с него, като прилага своите ценови практики, е необходимо да се преценят обстоятелствата в тяхната съвкупност и да се прецени дали тази практика има тенденция да отнеме или да ограничи възможността за избор на купувача, що се отнася до източниците му за снабдяване, да препречва достъпа на конкурентите до пазара, да прилага различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговски партньори, като така ги поставя в неблагоприятно конкурентно положение, или да укрепва господстващото си положение, нарушавайки конкуренцията (вж. Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точка 175 и Решение по дело TeliaSonera, точка 146 по-горе, точка 28 и цитираната съдебна практика).
- 270 Тъй като член 82 ЕО се отнася не само до практиките, които могат да причинят непосредствена вреда на потребителите, но и до тези, които причиняват вреда на потребителите чрез нарушаване на структурата на конкуренцията, предприятието с господстващо положение носи особена отговорност да не засяга със своето поведение ефективната и ненарушена конкуренция в рамките на общия пазар (вж. Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точка 176 и цитираната съдебна практика).
- 271 От това следва, че член 82 ЕО забранява по-специално на предприятие с господстващо положение да осъществява ценови практики с отстраняващ ефект за неговите действителни или потенциални конкуренти, които са ефективни поне колкото него — тоест практики, които могат да затруднят, дори да лишат последните от достъп до пазара, както и да затруднят или лишат контрагентите на предприятието от избор между различни източници на снабдяване или различни търговски партньори — като по този начин засилва господстващото си положение, прибягвайки до средства, различни от характерните за основана на качества конкуренция. От тази гледна точка не всяка ценова конкуренция може да се счита за законосъобразна (вж. Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точка 177 и цитираната съдебна практика).
- 272 Първо, с оглед на предходните съображения трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че предвид изтеклия период от време между началото на поведението, за което са упреknати, и приемането на обжалваното решение, не е уместно да се прави тест за възможните последици, тъй като Комисията е разполагала с необходимото време, за да докаже, че твърдените антиконкурентни последици от разглежданото поведение действително са настъпили. Освен това този довод по никакъв начин не се подкрепя от съдебната практика.
- 273 Второ, следва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, който се основава на Решение на Общия съд от 25 октомври 2002 г. по дело Tetra Laval/Комисия (T-5/02, Recueil, стр. II-4381, точка 153) и съгласно който, дори да се позовава на анализ на възможните последици, Комисията е трябвало да докаже, че поведението на Telefónica „по всяка вероятност“ има отрицателни последици както за конкуренцията, така и за потребителите. Всъщност това решение е постановено по дело, свързано с контрола върху концентрациите, в което Общият съд приема, че при извършването на прогнозен анализ Комисията трябва да забрани концентрация от типа конгломерат, ако „предвид констатираните от нея последици от конгломерата тя стига до извода, че по всяка вероятност в близко бъдеще ще се създаде или ще се засили господстващо положение, в резултат на което съществено би се възпрепятствала ефективната конкуренция в рамките на съответния пазар“. Както посочва Съдът в Решение по дело Комисия/Tetra Laval, точка 71 по-горе (точки 42 и 43), прогнозният анализ на създаването

или засилването на господстващо положение, като необходимия в областта на контрола върху концентрациите, трябва да се извърши много внимателно, тъй като не се разглеждат събития от миналото, за които обикновено има много данни, позволяващи да се разберат причините за тях. Това положение обаче е несъпоставимо с разглеждания случай.

- 274 Трето, с оглед на посочената в точка 268 по-горе съдебна практика трябва да се провери твърдението на жалбоподателите, че констатациите на Комисията относно възможните последици от поведението на Telefónica са чисто теоретични и необосновани.
- 275 В това отношение трябва да се отбележи, че възможните последици от поведението на Telefónica са разгледани в съображения 545—563 от обжалваното решение. От една страна, в тях Комисията констатира, че въпросното поведение вероятно е ограничило възможностите на ADSL операторите за устойчив растеж на пазара на дребно. За да обоснове този извод, Комисията най-напред се позовава на факта, че за да привлекат клиенти, ADSL операторите е трябвало да прилагат по-ниски цени от цените на дребно на Telefónica. Комисията подчертава, че това е довело до загуби, които не са били възстановими в разумен период от време на конкурентен пазар (съображение 546 от обжалваното решение). В това отношение Комисията по-специално се основава на направените констатации в съображения 251—253 от обжалваното решение. На следващо място, като се позовава на направените констатации в съображения 223—242 от обжалваното решение, Комисията по-специално приема, че ADSL конкурентите на пазара на дребно не разполагат с трайна алтернативна входяща доставка. Така тя се позовава на зависимостта на алтернативните оператори от продуктите за пазара на едро на Telefónica (съображения 547 и 548 от обжалваното решение). Следователно Комисията приема, че поведението на Telefónica вероятно е затруднило поддържането на постоянно присъствие на пазара на конкуренти със същата ефективност и че с поведението си Telefónica е могло да принуди алтернативните оператори да търсят равновесие между рентабилността си и разрастването на техния пазарен дял, ограничавайки по този начин упражнявания върху Telefónica конкурентен натиск (съображения 549—552 от обжалваното решение). От друга страна, Комисията приема, че поведението на Telefónica вероятно е причинило вреда на крайните потребители, тъй като конкуренцията, която е била ограничена чрез ценовата преса, е щяла да доведе до намаление на цените на дребно (съображения 556—559 от обжалваното решение).
- 276 Съдържащите се в съображения 545—563 от обжалваното решение констатации на Комисията не могат да се приемат за „чисто теоретични“ или недостатъчно обосновани. Напротив, те надлежно доказват евентуалните пречки за равнището на конкуренция на пазара на дребно, които са могли да създадат ценовите практики на Telefónica. Следователно Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, като е направила извода, че поведението на Telefónica вероятно е засилило пречките за навлизането и разрастването на пазара и че ако е нямало нарушения поради ценовата преса, конкуренцията на пазара на дребно вероятно е щяла да бъде по-силна, което е щяло да бъде в полза на потребителите от гледна точка на цени, избор и нововъведения.
- 277 Изтъкнатите от жалбоподателите доводи, с които се цели оспорването на този извод, не могат да бъдат приети.
- 278 Ето защо трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че използваният от Комисията тест за установяване на ценова преса няма нищо общо с критериите, определящи стратегическите решения на алтернативните оператори на пазара на дребно.
- 279 От една страна, относно довода, че конкурент със същата ефективност като Telefónica не би взел стратегическите си решения в зависимост единствено от жизнения цикъл на активите си, но и в зависимост от периода, необходим за рентабилизиране на инвестицията в нови инфраструктури и за привличане на клиенти, трябва да се отбележи, както прави Комисията, че доказването на

антиконкурентните последици от злоупотребата до голяма степен се основава на тенденцията при разглежданата практика за увеличаване на разходите за навлизане на конкурентите и за забавяне на перспективите им за рентабилност, като по-специално се затруднява създаването на клиентска база, която може да обоснове изграждането на собствената им инфраструктура. Това положение обаче неизбежно е повлияло на стратегическите решения, поведението на пазара и резултатите на конкурентите на Telefónica и на потенциалните нови участници.

- 280 От друга страна, следва да се отхвърлят доводите на жалбоподателите, с които те целят да докажат, че в анализа на Комисията не се отчита фактът, че конкурентите на Telefónica имали достъп до стратегии за конкуренция, като например тази за навлизане на пазара на дребно въз основа на собствени инфраструктури или чрез комбиниране на собствените им инфраструктури и тези на Telefónica, или пък чрез поддържане на агресивна конкуренция, която да им позволи постепенно да се изкачат по стълбата на инвестициите. Най-напред, по отношение на довода на жалбоподателите, че алтернативен оператор може да оптимизира инвестициите си, като изгради инфраструктурата си само в рентабилните географски зони, трябва да се приеме, че в такъв случай операторът ще бъде принуден да покрива загуби в някои географски зони на територията на Кралство Испания с приходи, получени от други зони. На следващо място, трябва да бъде отхвърлен и доводът, че инвестициите, направени от алтернативните оператори в собствените им мрежи, не били толкова значителни, тъй като заинтересованите лица използвали оптимална комбинация от продукти за пазара на едро. Всъщност, както бе припомнено в точка 117 по-горе, изграждането на собствени инфраструктури налага значителни разходи. Освен това, както бе посочено в точка 130 по-горе, използването на комбинация от продукти за пазара на едро не е доказано. Накрая, доводът, че теорията за стълбата на инвестициите не изисквала всички етапи да бъдат достъпни, трябва да бъде отхвърлен на основанията, изложени в точка 196 по-горе.
- 281 Освен това трябва да се отхвърли твърдението, че в обжалваното решение Комисията не отчита конкурентния натиск на кабелните оператори върху пазара на дребно. Всъщност Комисията е разгледала това явление не само в раздела от обжалваното решение, свързан с възможните последици от поведението на Telefónica (съображения 559 и 560 от обжалваното решение), но и в съображения 268—276 от това решение, които са свързани с определянето на пазара на дребно.
- 282 С оглед на всички предходни съображения следва да се приеме, че в съображения 545—563 от обжалваното решение Комисията надлежно е доказала наличието на евентуални пречки, които ценовите практики на Telefónica са могли да създадат за развитието на предлагането на пазара на дребно и следователно за равнището на конкуренцията на този пазар.
- 283 При положение че за да се установи нарушение на член 82 ЕО, е достатъчно да се докаже, че представляващото злоупотреба поведение е насочено към ограничаване на конкуренцията (вж. точка 268 по-горе) и че съгласно утвърдената съдебна практика, ако определени мотиви на решението могат сами по себе си да го обосноват в достатъчна степен, пороците, от които биха могли да бъдат засегнати други мотиви на акта, във всеки случай не оказват влияние върху неговата разпоредителна част (Решение на Общия съд от 21 септември 2005 г. по дело EDP/Комисия, T-87/05, Recueil, стр. II-3745, точка 144; в този смисъл вж. също Решение на Съда от 12 юли 2001 г. по дело Комисия и Франция/TF1, C-302/99 P и C-308/99 P, Recueil, стр. I-5603, точки 26—29), твърденията на жалбоподателите относно липсата на доказателства за конкретните последици от поведението на Telefónica на пазара трябва да се отхвърлят като неотнормирани за установяването на твърдяното нарушение.
- 284 Поради това втората част от петото правно основание трябва да бъде отхвърлена.
- 285 Следователно петото правно основание трябва да бъде отхвърлено в неговата цялост.

ж) По шестото правно основание, изведено от прилагане *ultra vires* на член 82 ЕО и от нарушение на принципите на субсидиарност, пропорционалност, правна сигурност, лоялно сътрудничество и добра администрация

286 Настоящото правно основание се състои от три части. Първата част е изведена от прилагане *ultra vires* на член 82 ЕО. Втората част е посочена при условията на евентуалност и е изведена от нарушение на принципите на субсидиарност, пропорционалност и правна сигурност. Накрая, третата част е изведена от нарушение на принципите на лоялно сътрудничество и добра администрация.

По първата част от шестото правно основание, изведена от прилагане *ultra vires* на член 82 ЕО

287 В рамките на настоящата част жалбоподателите твърдят, че с приемането на обжалваното решение Комисията е приложила член 82 ЕО *ultra vires*.

288 По отношение на оспорваната от Комисията допустимост на настоящата част трябва да се посочи, че видно от текста на жалбата, изтъкнатите в настоящата част доводи на жалбоподателите целят да докажат, че при прилагането на член 82 ЕО Комисията е надхвърлила пределите на предоставените ѝ правомощия в областта на правото на конкуренция. Освен това в писмената си реплика жалбоподателите посочват, че обратно на разбраното от Комисията, те не твърдят, че е налице каквато и да било злоупотреба с власт. Следователно настоящата част трябва да се обяви за допустима, доколкото с нея се цели да се докаже, че в настоящия случай Комисията е надхвърлила пределите на правомощията си.

289 По отношение на основателността на настоящата част, първо, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, основан на изложените от тях съображения в рамките на четвърто им правно основание, съгласно който Комисията пренебрегва приложимите за член 82 ЕО правни критерии, тъй като този довод е неоснователен и във всеки случай не цели да докаже, че Комисията е надхвърлила пределите на правомощията си (вж. точки 169—197 по-горе). Освен това фактът, че представляващото злоупотреба поведение се осъществява на пазар, квалифициран от жалбоподателите като „регулируем“, тоест „създаден с цел регулиране“ пазар, е ирелевантен за прилагането на член 82 ЕО, тъй като правото на конкуренция е приложимо и за посочените пазари (вж. в този смисъл Решение на Съда от 13 ноември 1975 г. по дело *General Motors Continental/Комисия*, 26/75, *Recueil*, стр. 1367, точки 4—10 и Решение на Съда от 11 ноември 1986 г. по дело *British Leyland/Комисия*, 226/84, *Recueil*, стр. 3263, точка 5).

290 Второ, що се отнася до довода на жалбоподателите, че при преценката си на поведението на Telefónica в обжалваното решение Комисията навлиза в правомощията на НРО и се позовава на понятия, които имат регулаторен характер, като например понятието за „стълба на инвестициите“, трябва да се отбележи, че жалбоподателите твърдят единствено че посоченото понятие, чието използване при прилагането на член 82 ЕО било изцяло неоснователно, не отразява нито развитието на испанския пазар, нито развитието на конкурентната стратегия на алтернативните оператори. Макар жалбоподателите да твърдят, че това понятие с регулаторен характер не се отнася до правото на конкуренция, те не обясняват защо използването от Комисията на тази икономическа концепция, за да опише развитието на испанския пазар на широколентови услуги след либерализацията на далекосъобщителния сектор, доказва, че Комисията е надхвърлила пределите на правомощията си или е приложила член 82 ЕО „с регулаторна цел“, поради което твърдението им не може да се приеме. Освен това, видно от съображение 180 от обжалваното решение, в писмо до Комисията от 2 март 2005 г. самото Telefónica се позовава на концепцията за „стълбата на инвестициите“, за да опише развитието на испанския интернет пазар от 2001 г. година насам, и потвърждава, че „испанският широколентов пазар се развива с очакваните темпове по стълбата на инвестициите“. Макар жалбоподателите да твърдят, че вследствие на употребата на това понятие Комисията пренебрегнала обстоятелството,

че алтернативните оператори използвали оптимална комбинация от продукти за пазара на едро или че, както показвал примерът с Jazztel, те са могли и могат да направят значителни инвестиции, без да разполагат с голяма клиентска база, този довод, който отново не цели да докаже, че Комисията е надхвърлила пределите на правомощията си, трябва да бъде отхвърлен на основанията, посочени в точки 120 и 201—211 по-горе.

291 Трето, без да е необходимо произнасяне по оспорваната от Комисията допустимост, трябва да се констатира, че е неоснователен изтъкнатият в писмената реплика довод, че Комисията използва формален *ad hoc* инструмент за намеса, произтичащ от член 7 от Рамковата директива, който ѝ позволява да предприеме действия в случай като разглеждания.

292 Следва да се подчертае, че съгласно член 1, параграф 1 от Рамковата директива тя „установява хармонизирана рамка за регулирането на електронните съобщителни услуги, електронните съобщителни мрежи, свързаните с тях съоръжения и услуги, [...] установява задачите на [НРО] и установява съвкупност от процедури за осигуряване на хармонизирано прилагане на регулаторната рамка в цялата Общност“. Следва също да се отбележи, че законодателят на Съюза е искал да предостави централна роля на НРО, за да се постигнат посочените в Рамковата директива цели, което се потвърждава от използването на правния инструмент на Директивата, чиито единствени адресати са държавите членки, от структурата на Директивата, включваща по-специално две глави, озаглавени съответно, „[НРО]“ (Глава 2: членове 3—7) и „Задачи на [НРО]“ (Глава 3: членове 8—13), и от конкретните правомощия, предоставени на НРО. В това отношение член 7 от Рамковата директива описва участието на Комисията и на НРО в процеса на консолидиране на вътрешния пазар на електронни съобщения и съгласно съображение 15 от същата директива цели да „гарантира[...], че решенията на национално ниво не противоречат на целите на единния пазар или на други цели от [Д]оговора“.

293 Следователно наличието на този инструмент по никакъв начин не засяга правомощията, които Комисията черпи пряко от член 3, параграф 1 от Регламент № 17, а от 1 май 2004 г. — от член 7, параграф 1 от Регламент № 1/2003, за да констатира нарушенията на членове 81 ЕО и 82 ЕО (вж. в този смисъл Решение от 10 април 2008 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 69 по-горе, точка 263). Така предвидените в Договора за ЕО норми относно конкуренцията допълват — посредством упражняването на контрол *ex post* — нормативната уредба, приета от законодателя на Съюза с оглед на регулирането *ex ante* на далекосъобщителните пазари (Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точка 92).

294 Освен това жалбоподателите не могат да претендират, че съгласно член 7 от Рамковата директива Комисията била длъжна да контролира регулаторните мерки, приети от СМТ. Всъщност, както отбелязва Комисията в писмените си изявления, единствено мерките, приети през юни 2006 г. след прилагането от СМТ на Рамковата директива и Насоките на Комисията относно анализа на пазара и оценяването на значителната пазарна сила в съответствие с общностната регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги (ОВ С 165, 2002 г., стр. 6) (наричани по-нататък заедно „регулаторната рамка от 2002 г.“), са били нотифицирани на Комисията в съответствие с предвидената в посочения член процедура.

295 Поради това първата част от шестото правно основание трябва да бъде отхвърлена.

По втората част от шестото правно основание, изведена от нарушение на принципите на субсидиарност, пропорционалност и правна сигурност

296 В рамките на втората част от настоящото правно основание жалбоподателите твърдят, че дори да се предположи, че Комисията може да използва член 82 ЕО с регулаторна цел, *quod non*, нейната намеса в настоящия случай противоречи на принципите на субсидиарност, пропорционалност и правна сигурност, тъй като Комисията неоснователно се намесва в правомощията на СМТ.

- 297 Следва да се припомни, че принципът на субсидиарност е прогласен в член 5, втора алинея ЕО и е конкретизиран в приложения към Договора за ЕО Протокол относно прилагането на принципите на субсидиарност и пропорционалност, по силата на който в областите, които не са от нейната изключителна компетентност, Общността предприема действия само ако и доколкото целите на предлаганото действие не могат да бъдат достатъчно добре постигнати от държавите членки и поради обхвата или последиците от предлаганото действие могат да бъдат по-успешно осъществени от Общността. В параграф 5 от този протокол се определят основни насоки за преценка дали тези условия са изпълнени.
- 298 Освен това в параграф 3 от протокола се уточнява, че принципът на субсидиарност не поставя под въпрос правомощията, предоставени на Общността от посочения договор, така както ги тълкува Съдът. Така този принцип не поставя под съмнение правомощията, предоставени на Комисията от Договора за ЕО, сред които е прилагането на правилата за конкуренция, необходими за функциониране на вътрешния пазар [член 3, параграф 1, буква ж) ЕО], които са посочени в членове 81 ЕО и 82 ЕО и приложени с Регламент № 17, а от 1 май 2004 г. — с Регламент № 1/2003 (вж. в този смисъл Решение на Общия съд от 8 март 2007 г. по дело France Télécom/Комисия, T-339/04, Сборник, стр. II-521, точки 88 и 89).
- 299 Предвид изложените в точка 293 по-горе съображения Telefónica не е могло да не разбира, че спазването на испанската правна уредба в областта на далекосъобщенията не го предпазва от намеса на Комисията на основание член 82 ЕО, още повече че редица правни инструменти от регулаторната рамка от 2002 г. съдържат възможност за успоредни процедури пред НРО и органите по конкуренция (в това отношение вж. член 15, параграф 1 от Рамковата директива и точки 28, 31 и 70 от Насоките на Комисията относно анализа на пазара и оценяването на значителната пазарна сила в съответствие с общностната регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги).
- 300 От това следва, че приетите от НРО решения въз основа на регулаторната рамка от 2002 г. не лишават Комисията от правомощията ѝ за намеса на по-късен етап, за да приложи член 82 ЕО съгласно Регламент № 17, а от 1 май 2004 г. — Регламент № 1/2003. Освен това нито една разпоредба от посочената рамка не задължава Комисията да доказва наличието на изключителни обстоятелства, за да обоснове намесата си в такъв случай, както претендират жалбоподателите. Следователно трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че в настоящия случай нито Комисията, нито националните органи по конкуренция е трябвало на основание правото на конкуренция да анализират действия, за които се прилагат регулаторни мерки със сходни цели.
- 301 Във всеки случай най-напред СМТ не е орган по конкуренцията, а регулаторен орган, и тя никога не се е намесвала, за да осигури спазването на член 82 ЕО, нито е приела решения относно практиките, санкционирани с обжалваното решение (съображения 678 и 683 от обжалваното решение). Дори да се предположи, че СМТ е била длъжна да провери съвместимостта на практиките на Telefónica с член 82 ЕО, това обстоятелство не е пречка Комисията да установи нарушение, за което отговаря Telefónica. Всъщност Комисията не може да е обвързана от решение, постановено от национален орган в приложение на член 82 ЕО (вж. в този смисъл Решение от 10 април 2008 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 69 по-горе, точка 120).
- 302 На следващо място, СМТ многократно отбелязва, че не е разполагала с някои данни, необходими за извършване на проверка на ценовата преса на цените на Telefónica за широколентов достъп на едро и на дребно на регионално равнище (вж. по-специално съображения 494, 495, 509 и 511 от обжалваното решение).
- 303 Накрая, съгласно съображение 494 от обжалваното решение моделът за разходите, използван от СМТ в решенията ѝ ex ante, за да се увери в липсата на ценова преса, също не е подходящ за целите на прилагането на член 82 ЕО, тъй като, от една страна, този модел не се основавал на

актуални оценки за историческите разходи на Telefónica, а на оценки, изготвени от външни консултанти въз основа на предоставени данни от дружеството през октомври 2001 г., и от друга — моделът на разходите на посочените консултанти предвиждал по-ниски допълнителни разходи за мрежата надолу по веригата на Telefónica и не отчитал разходите му за промоционални оферти. Следователно трябва да се отхвърлят и доводите, че СМТ демонстрирала изключителна активност по отношение на ценовата политика на Telefónica и ex post многократно реагирала чрез регламентиране и контрол на ценовата политика на Telefónica от първоначалните етапи в развитието на испанския пазар на ширококоловни услуги насам.

304 При това положение трябва да се отхвърли и доводът на жалбоподателите, че Комисията няма правомощия да проверява дейността на НРО на основание член 82 ЕО, когато не е доказано, че НРО не са действали в пределите на правомощията си или са действали по явно неправилен начин. Всъщност в обжалваното решение Комисията проверява не дейността на СМТ с оглед на член 82 ЕО, а дейността на Telefónica.

305 Следователно не е доказано, че е нарушен принципът на субсидиарност.

306 По отношение на твърдените нарушения на принципите на пропорционалност и на правна сигурност жалбоподателите не посочват защо са нарушени тези принципи. Всъщност те само твърдят, че има нарушение на принципа на правна сигурност в резултат на намесата на Комисията на основание член 82 ЕО, при положение че тя дори не поставила под въпрос дейността на СМТ. Така у Telefónica се затвърдило убеждението, че ако спазва действащата регулаторна рамка, поведението му ще съответства на правото на Съюза. Този довод обаче трябва да бъде отхвърлен на основанията, изложени в точки 299—304 по-горе.

307 Накрая, относно довода на жалбоподателите, че Комисията е трябвало да предяви иск срещу Кралство Испания за неизпълнение на задължения на основание член 226 ЕО, в случай че бе стигнала до извода, че решенията на СМТ като орган на държава членка не позволяват да се избегне ценовата преса и следователно не зачитат регулаторната рамка от 2002 г., трябва да се отбележи, че Комисията не е направила такава констатация в обжалваното решение. Освен това, дори да се предположи, че СМТ е нарушила норма на Съюза и че на това основание Комисията е могла да предяви иск за неизпълнение на задължения срещу Кралство Испания, подобни възможности не могат да засегнат по никакъв начин законосъобразността на обжалваното решение. Всъщност в това решение Комисията само установява, че Telefónica е нарушило член 82 ЕО — разпоредба, която не се отнася до държавите членки, а единствено до икономическите оператори (вж. в този смисъл Решение от 10 април 2008 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 69 по-горе, точка 271). В допълнение съгласно практиката на Съда в рамките на установената с член 226 ЕО система Комисията разполага с право на преценка, за да предяви иск за установяване на неизпълнение на задължения, и съдилищата на Съюза не следва да преценяват дали е уместно да се упражни това право (Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точка 47).

308 От това следва, че втората част от шестото правно основание трябва да бъде отхвърлена.

По третата част от шестото правно основание, изведена от нарушение на принципите на лоялно сътрудничество и добра администрация

309 В самото начало трябва да се припомни, че установеният в член 10 ЕО принцип на лоялно сътрудничество се прилага за всички органи на държавите членки, действащи в рамките на своите правомощия, както и за институциите на Съюза, които са обвързани от взаимни задължения за лоялно сътрудничество с държавите членки (Определение на Съда от 13 юли 1990 г. по дело Zwartveld и др., C-2/88 IMM, Recueil, стр. I-3365, точка 17; вж. Решение на Съда от 22 октомври 2002 г. по дело Roquette Frères, C-94/00, Recueil, стр. I-9011, точка 31 и

цитираната съдебна практика). Това сътрудничество придобива особено голямо значение, когато — както в настоящия случай — националните органи и органите на Съюза трябва да си сътрудничат за постигането на целите на Договора, чрез координирано упражняване на съответните им правомощия (Решение по дело *Roquette Frères*, посочено по-горе, точка 32).

- 310 Обратно на твърденията на жалбоподателите, на СМТ действително е предоставена възможност да участва в административното производство, довело до приемане на обжалваното решение. Първо, Комисията е изпратила на СМТ три искания за предоставяне на информация, съответно на 18 ноември 2004 г., 17 декември 2004 г. и 17 януари 2005 г. Второ, на 24 май 2006 г. Комисията е изпратила на СМТ неуповителен вариант на изложението на възраженията. Комисията също така я е уведомила, че ако намира за необходимо, може да ѝ изпрати писменото си становище по изложението на възраженията, да изрази устно становище или да постави устно въпроси по време на изслушването. СМТ обаче не представя писмено становище. Трето, няколко представители на СМТ са присъствали на изслушването от 12 и 13 юни 2006 г. и СМТ е взела устно участие по време на последното. Четвърто, на 26 юни 2006 г. СМТ също така е отговорила писмено на поредица от въпроси, поставени от подалото жалба лице по време на изслушването. Пето, жалбоподателите не оспорват твърдението на Комисията, че членовете на екипа, на който е възложена преписката, са провели няколко срещи със СМТ, за да обсъдят разследването. Шесто, жалбоподателите не оспорват твърденията на Комисията, че на 14 юни 2007 г. е проведена среща между няколко представители на СМТ и Комисията, на която представителите са изложили становището си по текста на някои съображения от обжалваното решение, които са взети предвид с оглед на второто заседание на Консултативния комитет по член 14 от Регламент № 1/2003. СМТ не представя допълнително становище в това отношение. Освен това експерт от СМТ е участвал в заседание на посочения комитет, проведено на 15 юни 2007 г.
- 311 В това отношение не може да се приеме доводът на жалбоподателите, че отправените от Комисията до СМТ искания за предоставяне на информация имали технически характер и не се отнасяли до нарушенията, за които се упреква *Telefónica*, положението на пазарите, за които се твърди, че са засегнати, следваната методология за извършване на тестовете за установяване на ценова преса или евентуалното наличие на такава преса. Всъщност, въпреки покана в този смисъл от страна на Комисията, СМТ не представя писмено становище по изложението на възраженията, и по-специално по предварителните преценки на Комисията, свързани с изброените по-горе обстоятелства, както са изложени в точки 142—250 и 358—469 от същото известие.
- 312 Освен това трябва да се напомни — във връзка с отношенията, които се установяват в рамките на образуванията от Комисията в приложение на членове 81 ЕО и 82 ЕО производства, — че условията за изпълнение на произтичащия от член 10 ЕО принцип на лоялно сътрудничество, с който Комисията е обвързана в отношенията си с държавите членки, са уточнени по-специално в членове 11—16 от Регламент № 1/2003, в глава IV от него, озаглавена „Сътрудничество“. Тези разпоредби обаче не предвиждат изрично задължение на Комисията да се консултира с НРО.
- 313 При това положение жалбоподателите не могат да претендират и че изложението на възраженията и поканата до СМТ за участие в изслушването са ѝ изпратени прекалено късно, след като Комисията вече си била съставила мнение за твърдяната незаконосъобразност на поведението на *Telefónica*. Всъщност, освен че изложението на възраженията е подготвителен документ, съдържащ преценки с чисто временен характер, предназначени да очертаят предмета на административното производство за предприятията, за които то е образувано (Решение на Съда от 7 юни 1983 г. по дело *Musique Diffusion française* и др./Комисия, 100/80-103/80, Recueil, стр. 1825, точка 14, Решение на Съда по дело *Aalborg Portland* и др./Комисия, точка 69 по-горе, точка 67 и Решение на Съда по дело *Prym* и *Prym Consumer*/Комисия, точка 83 по-горе, точка 40), в точка 310 по-горе вече бе посочено, че Комисията е изпратила екземпляр от това известие на 24 май 2006 г., тоест повече от година преди приемането на обжалваното решение.

- 314 Следователно с оглед на предходните съображения не може да се приеме, че в настоящия случай Комисията не е изпълнила задължението си за лоялно сътрудничество. Трябва да се отхвърли и доводът на жалбоподателите, изведен от нарушение на принципа на добра администрация, тъй като той се основава изключително на неизпълнението на същото задължение.
- 315 Поради това третата част от настоящото правно основание трябва да се отхвърли.
- 316 Следователно шестото правно основание трябва да бъде отхвърлено в неговата цялост, а в резултат на това — и всички главни искания за отмяна на обжалваното решение.

*2. По исканията за отмяна или за намаление на размера на глобата, направени при условията на евентуалност*

- 317 Жалбоподателите излагат две правни основания в подкрепа на исканията си за отмяна или за намаление на размера на глобата. Първото правно основание е изведено от фактически грешки, грешки при преценката на фактите и при прилагане на правото и от нарушение на член 15, параграф 2 от Регламент № 17, на член 23, параграф 2 от Регламент № 1/2003 и на принципите на правна сигурност и на защита на оправданите правни очаквания. Второто правно основание, посочено при условията на евентуалност, е изведено от фактически грешки и грешки при прилагане на правото, от нарушение на принципите на пропорционалност, равно третиране и индивидуализиране на наказанията, както и от неизпълнение на задължението за мотивиране при определянето на размера на глобата.

а) По първото правно основание, изведено от фактически грешки, грешки при преценката на фактите и при прилагане на правото, от нарушение на член 15, параграф 2 от Регламент № 17, на член 23, параграф 2 от Регламент № 1/2003 и на принципите на правна сигурност и на защита на оправданите правни очаквания

- 318 С настоящото правно основание жалбоподателите оспорват констатациите на Комисията, от една страна, че през периода на нарушението Telefónica е действало умишлено или най-малкото с груба небрежност, а от друга страна, че извършеното от Telefónica нарушение представлява „ясна злоупотреба“, за която вече има прецеденти (съображения 720—736 от обжалваното решение).

- 319 На първо място, що се отнася до въпроса дали нарушението е извършено умишлено или поради небрежност и по тази причина може да се санкционира с глоба на основание член 15, параграф 2, първа алинея от Регламент № 17, а от 1 май 2004 г. — на основание член 23, параграф 2 от Регламент № 1/2003, от съдебната практика следва, че тази предпоставка е налице, когато съответното предприятие не може да не разбира антиконкурентния характер на поведението си, независимо дали знае, че нарушава правилата на Договора в областта на конкуренцията (вж. Решение на Общия съд от 14 декември 2006 г. по дело Raiffeisen Zentralbank Österreich и др./Комисия, T-259/02-T-264/02 и T-271/02, Recueil, стр. II-5169, точка 205 и Решение на Общия съд от 10 април 2008 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 69 по-горе, точка 295 и цитираната съдебна практика; в този смисъл вж. също Решение на Съда от 8 ноември 1983 г. по дело IAZ International Belgium и др./Комисия, 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 и 110/82, Recueil, стр. 3369, точка 45, Решение на Съда по дело Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия, точка 111 по-горе, точка 107 и Решение на Съда от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точка 124).

- 320 Съгласно съдебната практика дадено предприятие осъзнава антиконкурентния характер на поведението си, когато е запознато с обстоятелствата, обосноваващи както констатацията за наличие на господстващо положение на съответния пазар, така и преценката на Комисията за

злоупотреба с това положение (вж. в този смисъл Решение по дело *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия*, точка 111 по-горе, точка 107 и Решение по дело *Raiffeisen Zentralbank Österreich* и др./Комисия, точка 319 по-горе, точки 207 и 210; вж. също заключението на генералния адвокат *Mazák* по дело *Deutsche Telekom/Комисия*, по което е постановено решение от 14 октомври 2010 г., точка 170 по-горе, точка 39).

- 321 На първо място, за да оспорят констатацията на Комисията, че Telefónica е действало умишлено или най-малкото с груба небрежност, жалбоподателите твърдят, че Telefónica не е могло разумно да предвиди, че поведението му може да представлява противоречаща на член 82 ЕО злоупотреба с господстващо положение, предвид определянето на продуктите пазари, извършено преди това от испанските органи по конкуренция и от СМТ, което се различавало от направеното в обжалваното решение, предвид упражнявания от СМТ контрол върху цените и поведението на Telefónica през периода на нарушението и предвид липсата на достатъчна свобода на действие за Telefónica при определянето на ценовата му политика през този период.
- 322 Първо, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че Telefónica не е могло да предвиди, че Комисията ще определи пазар, различен от определения от испанските органи.
- 323 Всъщност като действащ с необходимата грижа икономически оператор Telefónica би трябвало да е запознато с принципите, регулиращи определянето на пазарите в свързаните с конкуренция случаи, и при необходимост да прибегне до компетентен съвет, за да може предвид конкретните обстоятелства да прецени в разумна степен какви последици могат да настъпят вследствие на определено действие. Това е особено вярно за упражняващите дейност по занятие лица, които са свикнали с необходимостта да показват високо равнище на грижа при упражняване на занаята си. Така може да се очаква, че те ще проявят особено внимание при оценката на рисковете, с които е свързана посочената дейност (вж. в този смисъл Решение по дело *Dansk Rørindustri* и др./Комисия, точка 59 по-горе, точка 219).
- 324 Освен това за съобразителен икономически оператор няма съмнение, че макар да не е непременно и във всеки случай единственият определящ признак за наличието на господстващо положение, притежаването на големи пазарни дялове все пак има много голямо значение, което той непременно трябва да взема предвид при възможното си поведение на пазара (Решение по дело *Hoffmann-La Roche/Комисия*, точка 76 по-горе, точка 133).
- 325 Както основателно отбелязва Комисията в съображение 721 от обжалваното решение, в това отношение Telefónica, което е традиционен оператор и собственик на единствената значителна инфраструктура за доставка на продуктите за регионалния и националния пазар на едро, не може да не разбира, че заема господстващо положение на съответните пазари. Следователно предвид значимостта на притежаваните от Telefónica пазарни дялове (вж. точки 153 и 159 по-горе) на националния и регионалния пазар на едро убеждението му, че не заема господстващо положение на тези пазари, може да бъде резултат само или на недостатъчен анализ на структурата на пазарите, на които действа, или на отказ да се съобрази с тези структури (вж. в този смисъл Решение по дело *Hoffmann-La Roche/Комисия*, точка 76 по-горе, точка 139). Поради това не може да се приеме доводът, че Telefónica не е могло да предвиди, че Комисията ще определи пазар, различен от определения от испанските органи.
- 326 С оглед на гореизложените съображения и точки 110—144 по-горе, където бе посочено, че Комисията основателно приема, че абонатната линия, продуктът за националния пазар на едро и продуктът за регионалния пазар на едро не принадлежат към един и същ продуктов пазар, не могат да се приемат доводите на жалбоподателите, че решенията на органите за национално регулиране във Франция и в Обединеното кралство, съгласно които продуктите за националния и регионалния пазар на едро не са заменими, не са им позволили да предвидят извършените в настоящия случай определяния на пазара. Същото се отнася и за довода на жалбоподателите,

изведен от преценката на СМТ в решението ѝ от 6 април 2006 г., че продуктите за националния и регионалния пазар на едро принадлежат към един и същ съответен пазар, който довод освен това изрично бе отхвърлен в точка 142 по-горе.

- 327 Второ, не може да се приеме доводът на жалбоподателите, че обратно на посоченото в съображение 724 от обжалваното решение, Telefónica не разполагало с достатъчна свобода на действие при определянето на ценовата си политика поради действащото секторно регулиране.
- 328 Трябва да се припомни, че член 82 ЕО се отнася само до антиконкурентното поведение, което предприятията са възприели по собствена инициатива. Ако антиконкурентното поведение е наложено на предприятията от национално законодателство или ако последното създава правна рамка, която премахва всяка възможност за конкурентно поведение от тяхна страна, член 82 ЕО е неприложим. В подобно положение ограничението на конкуренцията не се дължи, както предполага тази разпоредба, на самостоятелно поведение на предприятията (вж. Решение по дело Teliasonera, точка 146 по-горе, точка 49 и цитираната съдебна практика).
- 329 Обратно, член 82 ЕО може да се приложи, ако се окаже, че националното законодателство оставя възможност за конкуренция, която може да бъде възпрепятствана, ограничена или нарушена от самостоятелни действия на предприятията (вж. Решение по дело Teliasonera, точка 146 по-горе, точка 50 и цитираната съдебна практика).
- 330 Така Съдът е уточнил, че въпреки наличието на такова законодателство, ако вертикално интегрирано предприятие с господстващо положение разполага със свобода на действие, за да промени дори само цените си на дребно, то може на това единствено основание да се окаже отговорно за свиване на маржовете (вж. Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точка 85 и Решение по дело Teliasonera, точка 146 по-горе, точка 51).
- 331 В настоящия случай най-напред следва да се посочи, че по отношение на продукта за националния пазар на едро жалбоподателите не оспорват направената в съображения 109, 110 и 671 от обжалваното решение констатация, че от една страна, през периода на нарушението цените на продукта за националния пазар на едро никога не са били регулирани, а от друга страна, от септември 2001 г. Telefónica е било свободно да ги намали.
- 332 На следващо място, по отношение на продукта за регионалния пазар на едро жалбоподателите твърдят, че поне в периода от март 2004 г. до декември 2006 г. наложените от СМТ цени в приложение на механизма „retail minus“ са били de facto фиксирани цени.
- 333 Следва да се напомни, че както следва от съображение 113 от обжалваното решение, с наредба от 29 декември 2000 г. на испанското министерство на междуинституционалните връзки се определят максимални цени за продукта за регионалния пазар на едро. Освен това, видно от материалите по делото, с писмо от 2 февруари 2005 г. СМТ изрично потвърждава, че цените на продукта за регионалния пазар на едро са максималните цени и че Telefónica е свободно да поиска намаление на цените си (вж. също съображения 116—118 и 673 от обжалваното решение).
- 334 В това отношение доводът на жалбоподателите, изведен, от една страна, от решението на СМТ от 31 март 2004 г., в което тя потвърждава, че е разумно цените на продукта за регионалния пазар на едро да могат да допринасят за поддържането на инвестициите на кабелните оператори и че цената на продукта за регионалния пазар на едро трябва да се определи въз основа на абсолютна стойност, изчислена по метода „retail minus“, поради което „СМТ никога не би разрешила намаление на цената на регионалния продукт [на едро], като се има предвид, че това би застрашило съществуването на кабелните услуги“, и от друга страна, от решенията на СМТ от 29 април 2002 г. и от 22 юли 2004 г., в които СМТ се противопоставила на големи

намаления на цените на едро, за да не се допусне възпрепятстване на инвестициите в инфраструктури и нововъведенията, се основава на хипотетичната предпоставка, че СМТ никога нямало да разреши намаляване на цената на продуктите за пазара на едро. Поради това този довод трябва да бъде отхвърлен.

- 335 Във всеки случай този довод се опровергава от факта, че макар Telefónica да не предлага никакво изменение на цените си, СМТ намалява по собствена инициатива цените на продукта за регионалния пазар на едро с решение от 22 юли 2004 г. (Решение на СМТ от 22 юли 2004 г. по искането за изменение на офертата за достъп до абонатна линия (ОВА) на TESAУ, за да бъде съобразена с изменението на ADSL скоростите на пазара на дребно) и с решение от 19 май 2005 г. (Решение на СМТ от 19 май 2005 г. по искането за изменение на офертата за достъп до абонатна линия (ОВА) на TESAУ, за да бъде съобразена с увеличението на ADSL скоростите на пазара на дребно). Доводът, изтъкнат от жалбоподателите в писмената им реплика, че посочените решения доказват, че намалението на цените на продукта за регионалния пазар на едро налага намесата на СМТ и не може да се решава свободно от Telefónica, също трябва да бъде отхвърлен, тъй като в рамките на особената си отговорност като предприятие с господстващо положение на пазара на продукта за регионалния пазар на едро Telefónica е трябвало да подава искания за изменение на тарифите си до СМТ, когато те водят до засягане на ефективната и ненарушена конкуренция на общия пазар (вж. в този смисъл Решение от 10 април 2008 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 69 по-горе, точка 122).
- 336 Накрая, по отношение на цените на дребно на Telefónica, подобно на Комисията трябва да се отбележи, че жалбоподателите не оспорват твърдението на Комисията в съображение 724 от обжалваното решение, че Telefónica е свободно да увеличава цените си на дребно по всяко време. Също така жалбоподателите не оспорват констатациите в съображения 104—108 от обжалваното решение, че докато за цените на дребно на TESAУ от 3 август 2001 г. до 1 ноември 2003 г. Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (испанска комисия, отговаряща за икономическите въпроси, наричана по-нататък „CDGAE“) прилага административен разрешителен режим, то за цените на дребно на другите дъщерни дружества на Telefónica не се прилагало никакво регулиране, че цените на дребно, одобрени на 3 август 2001 г. от CDGAE като фиксирани цени, са били предложени от TESAУ и че цените на дребно на услугите за ADSL достъп на TESAУ са били освободени с решение на CDGAE от 25 септември 2003 г., което прекратява административния разрешителен режим за цените на дребно на услугите за ADSL достъп на TESAУ, оставяйки в сила задължението на последното да уведомява за всяка промяна на посочените цени десет дни преди началото на прилагането им на пазара. Следователно трябва да се приеме, че Telefónica е имало възможност да увеличи цените си на дребно, но не го е направило.
- 337 В това отношение жалбоподателите твърдят, че в съображенията на Комисията има противоречие, тъй като тя не може, от една страна, да упреква Telefónica за използването на практики на ценова преса, довели до много по-високи цени на дребно в Испания в сравнение с останалите европейски страни, а от друга страна, да упреква Telefónica за това, че не увеличава цените си на дребно с цел да се избегне ценова преса. Този довод трябва да бъде отхвърлен. Всъщност в миналото съдилищата на Съюза вече са приели, че увеличението на цените на продуктите на дребно може да се окаже необходимо с цел да се избегне ценова преса (Решение от 10 април 2008 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 69 по-горе, точки 141—151; вж. също Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия, точка 170 по-горе, точки 88 и 89).
- 338 Трето, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че Telefónica не е могло разумно да предвиди, че неговата предварително одобрена от СМТ ценова политика може да представлява нарушение на член 82 ЕО.

- 339 Най-напред трябва да се напомни, че не е релевантно обстоятелството, че обжалваното решение се отнася до регламентирани продукти и услуги. Всъщност при липса на изрично изключение в този смисъл конкурентното право се прилага за регламентирани сектори (вж. в този смисъл Решение на Съда от 16 декември 1975 г. по дело *Suiker Unie* и др./Комисия, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, *Recueil*, стр. 1663, точки 65—72 и Решение от 11 април 1989 г. по дело *Saeed Flugreisen* и *Silver Line Reisebüro*, 66/86, *Recueil*, стр. 803). Така приложимостта на правилата относно конкуренцията не е изключена, доколкото съответните секторни разпоредби оставят възможност за конкуренция, която може да бъде възпрепятствана, ограничена или нарушена от самостоятелното поведение на предприятията (вж. Решение на Съда от 11 ноември 1997 г. по дело *Комисия и Франция/Ladbroke Racing*, C-359/95 P и C-379/95 P, *Recueil*, стр. I-6265, точки 33 и 34 и цитираната съдебна практика), както е в настоящия случай (вж. точки 327—337 по-горе).
- 340 Следователно, както бе посочено в точка 299 по-горе, Telefónica няма как да не е разбирало, че спазването на испанската правна уредба в областта на далекосъобщенията не го предпазва от намеса на Комисията на основание член 82 ЕО.
- 341 На следващо място, макар наистина с решение от 26 юли 2001 г. СМТ да приема, че цените на Telefónica за продукта за регионалния пазар на едро ще се определят въз основа на система от цени „retail minus“, съгласно която цената за всяка разновидност на продукта за регионалния пазар на едро не надхвърля определен процент от месечната цена, съответстваща на цената на дребно на TESAU (съображения 114, 290 и бележка под линия 258 от обжалваното решение), жалбоподателите не оспорват, че СМТ не е анализирала наличието на ценова преса между продукта на Telefónica за регионалния пазар на едро и неговите продукти за пазара на дребно въз основа на действителните исторически разходи на Telefónica, а въз основа на оценки *ex ante*. Също така жалбоподателите не оспорват, че СМТ никога не е анализирала възможното наличие на ценова преса между продукта на Telefónica за националния пазар на едро и неговите продукти за пазара на дребно. Както обаче посочва Комисията в съображения 725—728 от обжалваното решение, след като Telefónica разполага с подробна информация за действителните си разходи и приходи, то не може да не разбира, че направените *ex ante* оценки от СМТ не са били потвърдени на практика от развитието на пазара, което е могло да наблюдава.
- 342 С оглед на гореизложените съображения трябва да се отхвърлят всички доводи на жалбоподателите, които целят да докажат, че Telefónica не е могло разумно да предвиди антиконкурентния характер на поведението си.
- 343 На второ място жалбоподателите твърдят, че Telefónica е могло да има оправдани правни очаквания относно действията и решенията на СМТ. Те твърдят също, че различията между действителните разходи *ex post* и използваните от СМТ оценки в нейния анализ *ex ante* за наличието на ценова преса, подчертани от Комисията в съображения 728 и 729 от обжалваното решение (вж. също таблица 59 от обжалваното решение), не са достатъчно очевидни, за да може Telefónica да се усъмни в действията на СМТ.
- 344 Трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че предвид липсата на намеса на Комисията в дейността на испанския регулатор, Telefónica не е могло да се усъмни нито в основателността на използвания от СМТ метод за установяване на наличието на ценова преса, нито в релевантността на исканията на СМТ за предоставяне на информация.
- 345 Всъщност този довод почива на погрешната предпоставка, че Комисията приела за неподходящ използвания от СМТ метод за установяване на наличието на ценова преса, тъй като регулаторната дейност на СМТ не е предмет на обжалваното решение. Обратно, както подчертава Комисията в съображение 733 от обжалваното решение, използваният в обжалваното решение метод за установяване на наличието на ценова преса не противоречи на използвания от СМТ метод „retail minus“.

- 346 Следователно липсата на намеса на Комисията по отношение на испанския регулатор не може да създаде у Telefónica никакви оправдани правни очаквания, че не извършва нарушение на член 82 ЕО.
- 347 Относно довода, че предвид намесата на СМТ Telefónica е могло да има оправдани правни очаквания, че зависимостта между цените му на едро и на дребно не води до ценова преса, най-напред трябва да се отбележи, че жалбоподателите не оспорват съдържащите се в съображение 726 от обжалваното решение констатации, че от една страна, СМТ никога не е анализирала наличието на ценова преса между продукта на Telefónica за националния пазар на едро и продукта му за пазара на дребно през разглеждания период, и от друга страна, че през посочения период продуктът за националния пазар на едро е имал по-голямо значение от продукта за регионалния пазар на едро.
- 348 На следващо място по отношение на продукта за регионалния пазар на едро, макар в редица решения, приети през периода на нарушението, СМТ наистина да е анализирала наличието на ценова преса в резултат на цените на Telefónica за продукта за регионалния пазар на едро, СМТ никога не е анализирала наличието на ценова преса въз основа на действителните исторически разходи на Telefónica.
- 349 В това отношение трябва да бъде отхвърлен доводът на жалбоподателите, че различията между действителните разходи ex post и използваните от СМТ оценки не били достатъчно очевидни, за да подтикнат Telefónica да се усъмни в основателността на действията на СМТ. Всъщност в подкрепа на този довод в жалбата си жалбоподателите посочват, че твърдените несъответствия между данните, предоставени от Telefónica на СМТ, и тези, които се съдържат в неговите бизнес планове или в наборите му от показатели, се дължат на неправилно тълкуване от Комисията на предоставените ѝ данни относно прогнозите за търсенето и относно разходите за мрежа от [поверително] ADSL линии. Дори обаче да се допусне, че този довод е основателен, сам по себе си той не може да оспори всички доказателства, съдържащи се по-специално в таблица 59 от обжалваното решение, които удостоверяват, че не е възможно Telefónica да не знае, че използваните в модела „retail minus“ на СМТ разходи не отговарят на действителността. Обратно, другите доводи на жалбоподателите, от една страна, че консултантът ARCOME не използвал предоставените от Telefónica данни, а за да изготви модела „retail minus“, се позовал на мрежа от над [поверително] ADSL линии, и от друга страна, че СМТ не използвала счетоводната отчетност на разходите на Telefónica, смятайки я за недостатъчно обоснована, потвърждават, че Telefónica е знаело или е трябвало да знае, че използваните в модела „retail minus“ на СМТ разходи не съответстват на действителните разходи.
- 350 Освен това трябва да се отхвърлят доводите на жалбоподателите, че нито от бизнес плановете, нито от наборите от показатели следва, че Telefónica търпи загуби на пазара на дребно. Първо, жалбоподателите твърдят, че [поверително]. Този довод обаче по никакъв начин не е подкрепен. Второ, жалбоподателите твърдят, че бизнес планът от 18 април 2002 г. не позволява да се направи такъв извод, като се има предвид, че [поверително]. От прогнозите в този документ следва обаче, че [поверително]. Поради това доводът им не може да се приеме. Трето, по отношение на наборите от показатели на Telefónica самите жалбоподатели твърдят, че тези документи, съдържащи месечни данни за приходите и разходите, позволяват да се осигури правилното изпълнение на бизнес плана и развиването на дейността. След като бизнес планът предвижда, че [поверително], жалбоподателите е трябвало да се уверят, че [поверително].
- 351 Накрая, както посочва Комисията, Telefónica не оспорва, че действителните пределни разходи за инфраструктура, мрежа и достъп са били значително по-големи от включените в модела „retail minus“ на СМТ. Тъй като тези действителни разходи са посочени в различни вътрешни документи на Telefónica, не е възможно то да не знае, че моделът на СМТ отчита по-ниски от действителните му разходи.

- 352 С оглед на гореизложените съображения следва да се приеме, че действията и решенията на СМТ не са могли да породят у жалбоподателите оправдани правни очаквания, че ценовите им практики съответстват на член 82 ЕО. Поради това първото оплакване, изведено от липсата на извършено умишлено или поради небрежност нарушение, трябва да бъде отхвърлено.
- 353 На второ място жалбоподателите упрекуват Комисията, че в обжалваното решение не посочва никакво фактическо или правно основание, което позволява да се приеме, че нарушението представлява „ясна злоупотреба“, за която вече имало прецеденти (съображения 731—736 от обжалваното решение).
- 354 В самото начало следва да се подчертае, че видно от точки 319—352 по-горе, Комисията основателно приема, че установеното в обжалваното решение нарушение е извършено умишлено или поради небрежност. Както обаче бе припомнено в точка 319 по-горе, такова нарушение може да се санкционира с глоба на основание член 15, параграф 2, първа алинея от Регламент № 17, а от 1 май 2004 г. — на основание член 23, параграф 2 от Регламент № 1/2003.
- 355 Въпреки това в рамките на настоящото оплакване жалбоподателите твърдят, че принципът на правна сигурност не позволява на Комисията да наложи глоба за антиконкурентни действия, ако противоправността им не произтича от ясни и предвидими прецеденти. В това отношение обосновката на Комисията в съображения 731—736 от обжалваното решение била опорочена поради фактически грешки и грешки при преценката на фактите.
- 356 Първо, жалбоподателите твърдят, че ценовата преса, за която Telefónica е подведено под отговорност в настоящия случай, не се основава на ясни прецеденти.
- 357 Най-напред, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, изведен от практиката на Комисията при вземане на решения, съгласно която липсата на ясни прецеденти, доказващи противоправността на дадени действия, би могла да обоснове неналагането на глоба. В това отношение следва да се припомни, че решението на Комисията да не налага глоба в някои решения предвид относителната новост на констатираните нарушения не предоставя „имунитет“ на предприятията, които впоследствие извършват същия вид нарушение. Всъщност именно предвид особеностите на всяко дело, при упражняване на правото си на преценка Комисията взема решение дали е уместно да наложи глоба, за да санкционира установеното нарушение и да запази ефективността на правото в областта на конкуренцията (Решение на Общия съд от 22 октомври 1997 г. по дело SCK и FNK/Комисия, T-213/95 и T-18/96, Recueil, стр. II-1739, точка 239).
- 358 На следващо място, трябва да се отхвърли доводът, изведен от твърдяното противоречие в обосновката на Комисията между, от една страна, съдържащото се в съображение 733 от обжалваното решение твърдение, че изчисляването на ценовата преса в настоящия случай ясно произтича от решения и от съдебната практика, предхождащи приемането на Решението относно Deutsche Telekom, и от друга страна, съдържащото се в съображение 744 от обжалваното решение твърдение, че приложеният в Решението относно Deutsche Telekom метод за изчисляване преди това не бил използван в нито едно официално решение на Комисията.
- 359 Всъщност по същество Комисията основателно твърди, че видно от съображение 206 от Решението относно Deutsche Telekom, приложеният в това решение метод за изчисляване, към който препраща съображение 744 от обжалваното решение, следва от предходната ѝ практика при вземане на решения, макар тя наистина да включва нов елемент, а именно използването на подход на претегляне. Посоченото съображение гласи, че „методът за установяване на пресата е част от установената от Комисията практика при вземане на решения и новият елемент е подходът на претегляне, който е трябвало да се използва в настоящия случай, за да се отчете фактът, че в Германия е била определена само една цена на едро за необвързан достъп до абонатна линия, докато цените за съответните услуги на дребно са различни за аналогови, ISDN и ADSL линии“.

- 360 Освен това по отношение на твърдението на жалбоподателите, че посочените от Комисията прецеденти в съображение 733 от обжалваното решение били твърде общи и неточни, за да може Telefónica да предвиди, че действията му може да са противоположни, трябва да се отбележи, че независимо от релевантността за настоящото дело на Решение по дело *Industrie des poudres sphériques/Комисия*, точка 186 по-горе, в съображение 66 от Решение 88/518/ЕИО от 18 юли 1988 година относно производство по прилагане на член [82 ЕО] (IV/30.178 — *Napier Brown — British Sugar* (ОВ L 284, стр. 41) Комисията вече е приела, че „е налице злоупотреба с господстващо положение, когато предприятие с господстващо положение както на пазара на суровината, така и на пазара на производния продукт поддържа между цената на суровината за предприятията, които са негови конкуренти на пазара на производния продукт, и цената на производния продукт разлика, която е твърде малка, за да се покрият разходите за преработка на самото предприятие с господстващо положение [...], като в резултат на това се ограничава конкуренцията на пазара на производния продукт“.
- 361 Накрая, както отбелязва Комисията в съображение 735 от обжалваното решение, Решението относно *Deutsche Telekom* също е прецедент, който прави по-ясни условията за прилагане на член 82 ЕО по отношение на икономическа дейност, която е предмет на *ex ante* специфично секторно регулиране. В това отношение не могат да се приемат доводите на жалбоподателите, които целят да докажат, че това решение не позволило на Telefónica да определи с точност при какви условия Комисията и съдилищата на Съюза приемат, че наличието на свиване на маржовете може да представлява нарушение на член 82 ЕО. Първо, трябва да се отхвърли доводът, че пред съдилищата на Съюза има висящо производство по жалба срещу Решението относно *Deutsche Telekom*, тъй като съгласно презумпцията за законосъобразност на актовете на институциите на Съюза те произвеждат правно действие, докато не бъдат оттеглени, отменени в производство по жалба за отмяна или обявени за невалидни в резултат на преюдициално запитване или на възражение за незаконосъобразност (вж. Решение на Съда от 5 октомври 2004 г. по дело Комисия/Гърция, C-475/01, *Recueil*, стр. I-8923, точка 18 и цитираната съдебна практика). Второ, липсата на предвидимост при определянето на продуктите пазари трябва да бъде отхвърлена на основанията, изложени в точка 323 по-горе. Трето, относно довода, че пазарът бил бързо разрастващ се, е достатъчно да се припомни, че това обстоятелство не може да изключи прилагането на правилата за конкуренция, и по-специално тези на член 82 ЕО (Решение от 30 януари 2007 г. по дело *France Télécom/Комисия*, точка 60 по-горе, точка 107). Четвърто, по отношение на факта, че настоящото дело се отнася за ресурс, който не е основен, достатъчно е да се припомни, че за констатацията за наличието на преса не е задължително продуктът за съответния пазар на едро да бъде абсолютно необходим (вж. точки 180—182 по-горе). Пето, на основанията, изложени в точки 339—342 по-горе, не може да се приеме и доводът, изведен от строгия секторен контрол в Испания.
- 362 От това следва, че Telefónica не е могло да не разбира, че поведението му може да ограничи конкуренцията. Освен това жалбоподателите не могат да твърдят, че дори след изложението на възраженията не са могли да предвидят какъв модел на разходите и приходите щяла да възприеме Комисията в обжалваното решение, тъй като този модел се основавал на допълнителни доказателства, които не били посочени нито в изложението на възраженията, нито във фактологичното писмо. Всъщност, както вече бе отбелязано при анализа на първото правно основание от главните искания на жалбоподателите, в това отношение не бе констатирано никакво нарушение на правото им на защита.
- 363 Второ, жалбоподателите твърдят, че в нито един момент — нито преди, нито след октомври 2003 г., когато е публикувано Решението относно *Deutsche Telekom — Telefónica* не е могло да предвиди новата методология, която Комисията използва в решението си, за да установи наличието на ценова преса.
- 364 В това отношение, първо, трябва да се отхвърлят доводите на жалбоподателите, че Telefónica не могло да предвиди източниците, метода и изчисленията, използвани от Комисията в обжалваното решение. Всъщност източниците, използвани при изчисляването на ценовата

преса, са приходите и историческите разходи на Telefónica, които са предоставени от самите жалбоподатели. Освен това предвид прецедентите в решенията, посочени в точки 360 и 361 по-горе, Telefónica разумно е могло да предвиди, че поведението му на пазара може да ограничи конкуренцията.

- 365 Второ, в точки 323—326 по-горе вече бе отхвърлен доводът, че Telefónica не е могло да предвиди определянето на съответните пазари от Комисията в обжалваното решение.
- 366 Трето, относно довода, че в обжалваното решение тестът за установяване на ценова преса се прилага за пръв път за бързо разрастващ се пазар, в точка 361 по-горе бе припомнено, че бързото разрастване на определен пазар не може да изключи прилагането на правилата за конкуренция.
- 367 Четвърто, в точка 182 по-горе бяха отхвърлени доводите, че при извършването на теста на ценовата преса трябва да се докаже абсолютно необходимият характер на продукта нагоре по веригата.
- 368 Пето, твърдението на жалбоподателите, че испанската правна уредба била по-строга през периода на нарушението в сравнение с анализиранията правна уредба в Решението относно Deutsche Telekom, е ирелевантно и във всеки случай е неоснователно, както следва от съображение 748 от обжалваното решение.
- 369 Следователно второто оплакване от първото правно основание, както и първото правно основание в неговата цялост, трябва да бъде отхвърлено.

б) По второто правно основание, изведено от фактически грешки и грешки при прилагане на правото, от нарушение на принципите на пропорционалност, равно третиране и индивидуализиране на наказанията, както и от неизпълнение на задължението за мотивиране при определянето на размера на глобата

- 370 Второто правно основание се състои от пет части. Първата част е изведена от фактически грешки и грешки при прилагане на правото, както и от неизпълнение на задължението за мотивиране при квалифицирането на нарушението като „много тежко“ и определянето на началния размер на глобата на 90 милиона евро. Втората част е изведена от нарушение на принципите на пропорционалност, равно третиране и индивидуализиране на наказанията и от неизпълнение на задължението за мотивиране при определянето на началния размер на глобата на 90 милиона евро. Третата част е изведена от допуснати фактически грешки и грешки при прилагане на правото, както и от липса на мотиви във връзка с увеличението на началния размер на глобата с цел гарантиране на възпиращо действие. Четвъртата част е изведена от фактически грешки и грешки при прилагане на правото, допуснати при квалифицирането на нарушението като „продължително“. Петата част е изведена от фактически грешки и грешки при прилагане на правото, допуснати при отчитането на смекчаващи обстоятелства.

По първата част от второто правно основание, изведена от фактически грешки и грешки при прилагане на правото, както и от неизпълнение на задължението за мотивиране при квалифицирането на нарушението като „много тежко“ и определянето на началния размер на глобата на 90 милиона евро

- 371 С първата част от второто правно основание от исканията на жалбоподателите, направени при условията на евентуалност, те оспорват установената в обжалваното решение тежест на нарушението, а поради това и определянето на началния размер на наложената на Telefónica глоба (вж. точки 25—29 по-горе).

- 372 В самото начало трябва да се напомни, че както следва от постоянната съдебна практика, Комисията разполага с широко право на преценка по отношение на методиката за изчисляване на глобите. Тази методика, описана в Насоките от 1998 г., съдържа различни елементи на гъвкавост, позволяващи на Комисията да упражни правото си на преценка в съответствие с разпоредбите на член 23, параграф 2 от Регламент № 1/2003 (вж. в този смисъл Решение по дело *Papierfabrik August Koehler/Комисия*, точка 76 по-горе, точка 112 и цитираната съдебна практика).
- 373 Тежестта на нарушението на правото на Съюза в областта на конкуренцията трябва да бъде установена в зависимост от голям брой елементи, като например специфичните обстоятелства по случая, неговия контекст и възпиращото действие на глобите, и то без да има изработен обвързващ или изчерпателен списък на критерии, които задължително трябва да бъдат взети предвид (Решение на Съда от 19 март 2009 г. по дело *Archer Daniels Midland/Комисия*, С-510/06 Р, Сборник, стр. I-1843, точка 72 и Решение на Съда по дело *Prum и Prum Consumer/Комисия*, точка 83 по-горе, точка 54).
- 374 Както бе посочено в точка 25 по-горе, в настоящия случай Комисията определя размера на глобите, като прилага посочения в Насоките от 1998 г. метод.
- 375 Независимо че не могат да се разглеждат като правна норма, която администрацията във всеки случай е длъжна да спазва, Насоките от 1998 г. съдържат правило за поведение, поясняващо практиката, която трябва да се следва, от което в конкретен случай администрацията не може да се отклони, без да изложи причини, които да са съвместими с принципа на равно третиране (вж. Решение по дело *Dansk Rørindustri и др./Комисия*, точка 59 по-горе, точка 209 и цитираната съдебна практика, Решение на Общия съд от 8 октомври 2008 г. по дело *Carbone-Lorraine/Комисия*, T-73/04, Сборник, стр. II-2661, точка 70).
- 376 Като приема такива правила за поведение и като обявява посредством публикуването им, че ще ги прилага занапред към съответните случаи, Комисията се самоограничава в упражняването на своето право на преценка и не би могла да се отклонява от тези норми, тъй като това би означавало да бъде евентуално санкционирана за нарушение на общи принципи на правото като принципите на равно третиране, на правна сигурност или на защита на оправданите правни очаквания (вж. Решение по дело *Dansk Rørindustri и др./Комисия*, точка 59 по-горе, точка 211 и цитираната съдебна практика и Решение по дело *Carbone-Lorraine/Комисия*, точка 375 по-горе, точка 71).
- 377 Освен това Насоките от 1998 г. определят общо и абстрактно методологията, която Комисията си е наложила за целите на определянето на размера на глобите, и следователно гарантират правната сигурност на предприятията (Решение по дело *Dansk Rørindustri и др./Комисия*, точка 59 по-горе, точки 211 и 213).
- 378 Трябва да се напомни, че що се отнася до преценката на тежестта на нарушението, в точка 1 А, първа и втора алинея от Насоките от 1998 г. се посочва следното:
- „При оценяване на тежестта на нарушението трябва да бѐд[ат] взет[и] предвид неговият характер, неговото действително отражение върху пазара, [когато] това може да бѐде определено, а [също] така [...] и размерът на съответния географски пазар. Така, нарушенията ще следва да бѐдат класифицирани в една от следните три категории: незначителни нарушения, [тежки] нарушения и много [тежки] нарушения“.
- 379 От Насоките от 1998 г. следва, че незначителните нарушения могат да се изразяват например в „ограничения, обикновено имащи вертикален характер, но с ограничено влияние върху пазара, засягащи единствено значителна, но сравнително ограничена част от пазара на Общността“ (точка 1 А, втора алинея, първо тире). По отношение на тежките нарушения Комисията

уточнява, че „[т]е ще са най-често хоризонтални или вертикални ограничения като [незначителните нарушения], но прилагани по-стриктно, със значително влияние върху пазара и с последици в обширни области от общия пазар“. Комисията посочва, че те могат също „да бъдат злоупотреба с господстващо положение“ (точка 1 А, втора алинея, второ тире). По отношение на много тежките нарушения Комисията посочва, че това са „по принцип хоризонтални ограничения, като ценови картели и квоти за разделяне на пазара или други практики, които излагат на опасност правилното функциониране на [вътрешния] пазар, като разпределяне на националните пазари и ясна злоупотреба с господстващо положение от страна на предприятия [в квазимонополно положение]“ (точка 1 А, втора алинея, трето тире).

- 380 Комисията уточнява още, от една страна, че в рамките на всяка от тези категории, и по-специално що се отнася до тежките и много тежките нарушения, предложената скала на глоби дава възможност за прилагане на диференциран подход по отношение на предприятията в зависимост от характера на извършеното нарушение, и от друга страна, че е необходимо да бъде взет предвид ефективният икономически капацитет на нарушителите за нанасяне на значителни вреди на други оператори, и по-специално потребители, и да се определи глоба в размер, който гарантира, че тя има сериозно възпиращо действие (точка 1 А, трета и четвърта алинея).
- 381 Съгласно Насоките от 1998 г. за „много тежките“ нарушения предвиденият начален размер на глобите е над 20 милиона евро; за „тежките“ нарушения този размер може да варира между 1 милион и 20 милиона евро; накрая, за „незначителните“ нарушения предвиденият начален размер на глобите е между 1 000 EUR и 1 милион евро (точка 1 А, втора алинея, от първо до трето тире).
- 382 На първо място, следва да се разгледат доводите на жалбоподателите, целящи да се докаже, че Комисията не трябвало да квалифицира нарушението като „много тежко“ и поради това началният размер на глобата трябвало да бъде определен в размер, значително по-нисък от 90 милиона евро.
- 383 В това отношение, първо, на основанията, изложени в точки 353—368 по-горе, трябва да се отхвърли доводът, че установеното нарушение не представлява ясна злоупотреба.
- 384 Второ, по отношение на доводите на жалбоподателите, че Telefónica не е в квазимонополно положение на пазарите на едро, в точка 155 по-горе вече бе напомнено, че Telefónica не оспорва, че от 1999 г. е било единственият оператор, предоставящ продукта за регионалния пазар на едро в Испания, който следователно е имал фактически монопол на този пазар. Освен това, както бе посочено в точка 163 по-горе, по отношение на продукта за националния пазар на едро пазарният дял на Telefónica е бил над 84 % през целия период на нарушението. Доводът на жалбоподателите, че наличието на квазимонополно положение е изключено, ако засегнатите от нарушението продукти не са „основни инфраструктури“ или са предмет на секторно регулиране, не може да се обоснове нито с Насоките от 1998 г., нито със съдебната практика, и не може да бъде приет.
- 385 Трето, на основанията, изложени в точки 358 и 359 по-горе, трябва да бъде отхвърлен доводът, изведен от твърдените противоречия между съображения 744 и 746 от обжалваното решение (последното препраща към съображение 733 от същото решение). Така приложеният в Решението относно Deutsche Telekom метод за изчисляване, към който препраща съображение 744 от обжалваното решение, следва от предходната практика на Комисията при вземане на решения, макар наистина тя да включва нов елемент, а именно използването на подход на претегляне.
- 386 Четвърто, на основанията, изложени в точка 361 по-горе, не може да се приеме доводът на жалбоподателите, че дори след публикуването на Решението относно Deutsche Telekom в *Официален вестник на Европейския съюз* на 14 октомври 2003 г., Telefónica не е имало никакво

основание да счита, че поведението му може да представлява нарушение на член 82 ЕО, тъй като неговото положение значително се различавало от анализирания в посоченото дело. Трябва да се отхвърли основаният на практиката на Комисията при вземане на решения довод на жалбоподателите, че поне за периода преди 2003 г. нарушението трябвало да се квалифицира като „тежко“, тъй като съгласно постоянната съдебна практика практиката на Комисията при вземане на решения не може да служи за правна уредба на глобите в областта на конкуренцията; тази уредба се състои само от Регламент № 17, а от 1 май 2004 г. — от Регламент № 1/2003. Решенията по други дела имат само насочващ характер за евентуалното наличие на дискриминация, тъй като е малко вероятно свързаните с тях обстоятелства, като например съответните пазари, продукти, държави, предприятия и периоди, да са еднакви (вж. Решение на Съда от 7 юни 2007 г. по дело *Britannia Alloys & Chemicals/Комисия*, С-76/06 Р, Сборник, стр. I-4405, точка 60 и цитираната съдебна практика). Освен това останалите доводи на жалбоподателите, с които се цели да се докаже невъзможността за Telefónica да предвиди, че поведението му може да представлява нарушение на член 82 ЕО, бяха отхвърлени в точки 322—352 по-горе.

- 387 С оглед на гореизложените съображения първото оплакване на жалбоподателите, изложено в точка 382 по-горе, не може да се приеме.
- 388 На второ място, жалбоподателите твърдят, че началният размер на глобата е прекомерно висок предвид липсата на действително отражение или ограниченото отражение на спорните практики.
- 389 Следва да се напомни, че съгласно точка 1 А, първа алинея от Насоките от 1998 г. при преценката на тежестта на нарушението Комисията трябва да провери действителното му отражение върху пазара само ако то видимо може да бъде определено (вж. в този смисъл Решение по дело *Prum и Prum Consumer/Комисия*, точка 83 по-горе, точка 74 и цитираната съдебна практика).
- 390 Освен това, когато Комисията намира за уместно с цел изчисляване на глобата да вземе предвид действителното отражение на нарушението върху пазара като факултативен фактор, тя не може само да направи презумпция, а трябва да представи конкретни, достоверни и пълни доказателства, които позволяват да се прецени действителното въздействие, което нарушението е могло да окаже върху конкуренцията на посочения пазар (Решение по дело *Prum и Prum Consumer/Комисия*, точка 83 по-горе, точка 82).
- 391 В настоящия случай от обжалваното решение следва, че Комисията е решила да вземе предвид действителното отражение на нарушението като факултативен фактор, като тя изрично е потвърдила това в хода на съдебното заседание в отговор на поставен в това отношение въпрос. Всъщност, както следва от съображения 751 и 752 от обжалваното решение, Комисията приема, че „отражението на злоупотребата на Telefónica върху пазара е [било] значително“. Така Комисията посочва, от една страна, че при оценяването на тежестта на нарушението е взела предвид, че съответните пазари са с голямо стопанско значение и имат решаваща роля в изграждането на информационното общество, а от друга страна, като се позовава на раздела от обжалваното решение относно последиците от злоупотребата, че въведената от Telefónica ценова преса е довела до пряк изключващ ефект върху пазара на дребно и обстоятелството, че поведението на Telefónica е ограничило възможността на ADSL операторите да се развият устойчиво на пазара на дребно, изглежда е изиграло значителна роля, за да бъдат цените на дребно в Испания едни от най-високите в Европа.
- 392 Тъй като, за да установи действителното отражение на нарушението върху пазара, в обжалваното решение Комисията се основава не само на голямото стопанско значение и на решаващата роля на съответните пазари в изграждането на информационното общество, но и на последиците от злоупотребата, в рамките на настоящото правно основание следва да се

разгледат доводите на жалбоподателите, изтъкнати в рамките на втората част от петото правно основание от главните им искания, а именно че Комисията не е доказала надлежно конкретните последици от злоупотребата на Telefónica.

- 393 По отношение на твърдения конкретен изключващ ефект върху пазара на дребно, в обжалваното решение Комисията твърди, че има емпирични доказателства, че 1) разрастването на Telefónica далеч е надхвърлило това на неговите конкуренти (съображения 567—570 от обжалваното решение), 2) Telefónica е останало най-големият ADSL доставчик на масовия пазар на дребно през целия период на разследването (съображения 571—573 от обжалваното решение), 3) за разлика от неговите ADSL конкуренти Telefónica е придобило дял от пазара на широколентови услуги на дребно, който е по-голям от притежавания от него дял за теснолентовите услуги (съображения 574—578 от обжалваното решение), и 4) поведението на Telefónica е ограничило конкуренцията на националния пазар на едро (съображения 579—584 от обжалваното решение). Комисията твърди също, че ограничената конкуренция, която продължава да съществува на пазара на дребно, не е достатъчна, за да се обори фактът, че ценовата преса е имала конкретен изключващ ефект (съображения 585—591 от обжалваното решение).
- 394 Първо, според жалбоподателите пазарният дял на Telefónica на пазара на дребно чувствително е намалял през анализирания период, което не съответства на разгръщането на стратегия за изключване. Равнището на привличане на клиенти за услугите на дребно на Telefónica (съображения 568—570 от обжалваното решение) винаги било по-ниско от дела на Telefónica на този пазар. Освен това данните, на които се позовавала Комисията, засягали само сегмента ADSL на дребно и изключвали продуктите, основаващи се на други широколентови продукти, които били част от пазара на дребно, така както е определен в обжалваното решение.
- 395 В това отношение най-напред трябва да се отбележи, че жалбоподателите не оспорват данните, представени от Комисията в съображения 568—570 от обжалваното решение. Съгласно тези данни между януари 2002 г. и октомври 2004 г. Telefónica се е разраснало с четири пъти по-бързи темпове на пазара на дребно в сравнение с неговите ADSL конкуренти, взети заедно, и съответно с шест и с четиринадесет пъти по-бързи темпове в сравнение с двамата му основни конкуренти. Освен това през последното тримесечие на 2004 г. и през първата половина на 2005 г. Telefónica е поело почти 70 % от разрастването на пазара на ADSL. Накрая, постепенното увеличение на офертите на дребно на конкурентите, основани на необвързания достъп до абонатна линия, не е попречило между април 2005 г. и юли 2006 г. Telefónica да привлече над 70 % от новите абонати в сегмента ADSL.
- 396 На следващо място, трябва да се подчертае, че обратно на твърденията на жалбоподателите, пазарният дял на Telefónica от сегмента ADSL на пазара на дребно остава сравнително устойчив през периода на нарушението (фигура 13 от обжалваното решение), като след спад от [поверително] между декември 2001 г. и юли 2002 г. от 58 % през юли 2002 г. (тоест само шест месеца след началото на периода на нарушението) този дял става 56 % в края на периода на нарушението, през декември 2006 г. Следователно жалбоподателите не могат да твърдят, че пазарният им дял от сегмента ADSL на дребно е намалял чувствително.
- 397 В това отношение, обратно на твърденията на жалбоподателите, Комисията не може да бъде упреквана, че анализира по-специално последиците от ценовата преса върху сегмента ADSL на пазара на дребно. Всъщност този сегмент обхваща между 72 % и 78,7 % от широколентовите линии в Испания между 2002 г. и 2006 г. (съображения 39 и 555 и таблица 1 от обжалваното решение). Освен това той е засегнат пряко от ценовата преса, тъй като тя се упражнява върху продуктите за националния и регионалния пазар на едро, позволяващи на алтернативните ADSL оператори да предлагат продуктите си на пазара на дребно.

- 398 Накрая, както вече бе отбелязано в точка 281 по-горе, Комисията взема предвид присъствието на кабелните оператори. Тя приема, че те не са били засегнати пряко от ценовата преса и освен това не са упражнили достатъчен конкурентен натиск върху Telefónica на пазара на дребно (съображения 559 и 560 от обжалваното решение).
- 399 Второ, жалбоподателите твърдят, че Комисията не е обосновала твърдението си, че ценовата преса изтощила финансово конкурентите на Telefónica (съображения 587—591 от обжалваното решение). Това твърдение обаче цели само да опровергае довода на Telefónica в отговора му на изложението на възраженията, че то било изправено пред интензивен конкурентен натиск от страна на значителен брой ефективни конкуренти (съображение 585 от обжалваното решение), което според Telefónica оборвало твърдението, че ценовата преса имала конкретен изключващ ефект. Доводът на жалбоподателите обаче не може да се приеме, тъй като те не оспорват констатацията в съображение 588 от обжалваното решение, че нито един ADSL оператор не е достигнал пазарен дял, по-голям от 1 %, преди 2005 г. Освен това, обратно на твърденията на жалбоподателите и както отбелязва Комисията в съображение 590 от обжалваното решение, Jazztel не е могло да достигне пазарен дял над 1 % въз основа на продуктите за националния и регионалния пазар на едро на Telefónica. Накрая, доводът на жалбоподателите, че многобройните придобивания на алтернативни оператори от други оператори на високи цени отразявали големите перспективи за разрастване на алтернативните оператори, не доказва липсата на изключващ ефект от поведението на Telefónica през периода на нарушението. В допълнение придобиването на Ya.com от France Telecom, на което жалбоподателите специално се позовават, се е осъществило през юни 2007 г. Следователно то е извършено след посочения период.
- 400 Трето, Комисията изопачила както данните, така и темповете на разрастване на пазара на дребно, за да докаже, че поведението на Telefónica е довело до ограничаване на конкуренцията на пазара на едро (съображения 579—584 от обжалваното решение). Когато в хода на съдебното заседание им се поставят въпроси относно смисъла и обхвата на техните доводи, жалбоподателите твърдят, че те не се отнасят до темповете на разрастване на пазара на дребно. За сметка на това Комисията се позовава на темповете на присъединяване на линии на едро, без да взема предвид собственото потребление на много оператори, които се интегрират вертикално. Този довод обаче не е обоснован и не може да се приеме, тъй като от бележка под линия 654 от обжалваното решение относно фигура 18 в съображение 579 от обжалваното решение следва, че „[н]етните печалби се изчисляват въз основа на увеличението на линиите (включително собственото потребление) на националния пазар на едро“. Следователно Комисията действително взема предвид посоченото собствено потребление.
- 401 Във всеки случай трябва да се отбележи, че макар Telefónica да губи няколко пазарни дяла при продукта за националния пазар на едро (фигура 18 от обжалваното решение), жалбоподателите не оспорват констатациите на Комисията, че разрастването на Telefónica във връзка с продукта за националния пазар на едро между януари 2002 г. и октомври 2004 г. се е развило с темпове, които са шест пъти по-големи в сравнение с тези на неговите ADSL конкуренти, взети заедно, десет пъти по-големи в сравнение с темповете на основния му ADSL конкурент ONO и 30 пъти по-големи в сравнение с темповете на втория му ADSL конкурент France Telecom (съображение 580 от обжалваното решение). Освен това от обжалваното решение следва, че от октомври 2004 г. нататък Telefónica е продължило да се разраства във връзка с продукта за националния пазар на едро с темпове, които са три пъти по-големи в сравнение с тези на неговите ADSL конкуренти, взети заедно, седем пъти по-големи в сравнение с темповете на основния ADSL конкурент France Telecom и десет пъти по-големи в сравнение с темповете на втория му ADSL конкурент Jazztel. Освен това през същия период са намалели обемите на Auna, което е основният конкурент на Telefónica на националния пазар на едро (съображение 581 от обжалваното решение). Разрастването на Telefónica на пазара на ADSL линиите във връзка с продукта за националния пазар на едро и намалението на обемите на Auna на националния пазар на едро трябва да се приемат като признаци за конкретен изключващ ефект върху неговите конкуренти.

- 402 Предвид гореизложеното и без да е необходимо произнасяне по доводите на жалбоподателите, целящи да оспорят сравнението между теснолентовите и широколентовите услуги, направено от Комисията в съображения 574—578 от обжалваното решение, трябва да се приеме, че Комисията представя достатъчно конкретни, достоверни и пълни доказателства, за да докаже, че поведението на Telefónica има конкретен изключващ ефект върху пазара.
- 403 Четвърто, жалбоподателите оспорват твърдяната вреда, нанесена на потребителите. Те оспорват констатацията на Комисията, че вследствие на поведението на Telefónica цените на дребно достигнали едно от най-високите и дори най-високото равнище в Съюза, когато е бил съставен от петнадесет държави членки, дори надхвърлили най-високите цени на дребно в тези държави членки.
- 404 В това отношение трябва да се отбележи, че в съображения 592—602 от обжалваното решение Комисията констатира следното:
- в проучване от 18 юни 2004 г. Организацията за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР) стига до извода, че средната месечна цена за широколентова интернет връзка в Испания е една от най-високите в Европа като съотношение цена—качество, което е потвърдено от проучване на испанското сдружение на потребителите Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) (съображение 594 от обжалваното решение),
  - анализите, извършени от СМТ между 2004 г. и 2006 г., показват, че цените на дребно за широколентов интернет достъп в Испания са високи и значително надхвърлят средните за Европа (съображение 595 от обжалваното решение),
  - проучване от декември 2006 г. (наричано по-нататък „проучването от 2006 г.“), поръчано от ирландския НРО Commission for Communications Regulation (ComReg) и извършено от консултантското бюро Teligen, стига до извода, че цените на дребно на Telefónica надхвърлят с 85 % средната цена за Европа (съображения 596—601 от обжалваното решение),
  - въз основа на собствените си данни Telefónica изчислило, че средната цена на дребно в Испания надхвърля с 20 % средната за Съюза, когато е бил съставен от петнадесет държави членки (съображение 602 от обжалваното решение).
- 405 От една страна, в жалбата си жалбоподателите твърдят, че в обжалваното решение Комисията не е доказала, че цените на дребно в Испания са едни от най-високите в Европа. В това отношение те само оспорват резултатите от проучването от 2006 г., като твърдят, че сравняваните оферти са разнородни, че проучването не взема предвид нито промоционалните оферти, нито цените на най-популярните продукти и че възприетата извадка обхваща само положението на петнадесет страни към определен момент. Те обаче не оспорват посочените от Комисията други проучвания, които потвърждават високото равнище на цените на продукта за пазара на дребно в Испания, поради което доводът им не може да бъде приет. Във всеки случай, както подчертава Комисията в съображение 602 от обжалваното решение, в отговора си на изложението на възраженията самото Telefónica признава, че обикновено сравнение на цените на дребно в държавите членки води до заключението, че цените на дребно в Испания са най-високите в Съюза, когато е бил съставен от петнадесет държави членки „в периода 1999—2005г.“.
- 406 От друга страна, в писмената си реплика и в хода на съдебното заседание жалбоподателите твърдят, че никое от посочените от Комисията проучвания не дава отговор на въпроса дали испанските потребители са заплащали по-високи цени на дребно за широколентов интернет достъп поради антиконкурентна ценова преса.
- 407 Както обаче бе напомнено в точка 390 по-горе, Комисията трябва да представи конкретни, достоверни и пълни доказателства, които позволяват да се прецени действителното въздействие, което нарушението е могло да окаже върху конкуренцията на съответния пазар.

Трябва да се заключи, че Комисията основателно е могла да приеме, че високото равнище на цените на дребно в Испания представлява такова доказателство за действителното отражение на поведението на Telefónica върху испанския пазар.

- 408 Пето, според жалбоподателите твърдението на Комисията в съображение 603 от обжалваното решение, че степента на навлизане на ширококоловия достъп в Испания била по-ниска от средната за Европа, е погрешно. В това отношение те твърдят, че данните за Испания се намират само „малко“ под средната стойност за Европа, че за нарастването вече били правени прогнози през 2001 г. поради закъснялото развитие на ширококоловия интернет достъп в Испания, както и че тази констатация се обяснява със социално-демографски фактори.
- 409 Следователно, макар жалбоподателите наистина да изтъкват някои доводи, които биха могли да обяснят защо посочената степен е по-ниска от средната за Европа, те не оспорват, че тази степен действително е по-ниска от средната. Следва да се заключи обаче, че Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, като е приела, че по-ниската степен на навлизане на ширококоловия достъп в Испания в сравнение с останалите държави членки също представлява доказателство за действителното отражение на поведението на Telefónica върху испанския пазар.
- 410 С оглед на гореизложените съображения второто оплакване на жалбоподателите, изложено в точка 388 по-горе, също не може да се приеме.
- 411 На трето място жалбоподателите твърдят, че началният размер на глобата е прекомерно висок предвид географския обхват на пазарите, за които се твърди, че са засегнати.
- 412 Първо, трябва да се отхвърлят доводите, изведени от практиката на Комисията при вземане на решения, че в решенията, приети в областта на злоупотребата с господстващо положение в далекосъобщителния сектор, Комисията всеки път приемала, че нарушенията са „тежки“, когато съответните пазари са имали характеристики, сходни с испанския пазар на ширококолов интернет достъп. Всъщност, както бе посочено в точка 386 по-горе, практиката на Комисията при вземане на решения не може да служи за правна уредба на глобите в областта на конкуренцията.
- 413 Второ, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че нарушението трябвало да се квалифицира като „тежко“, тъй като „съответният пазар се ограничава (най-много) до територията на една държава членка“. Всъщност, както основателно подчертава Комисията в съображение 755 от обжалваното решение, освен обстоятелството, че макар непременно да се ограничават в рамките само на една държава членка, случаите на ценова преса възпрепятстват операторите от другите държави членки да навлязат на бързо разрастващ се пазар, испанският пазар на ширококолови услуги е петият по големина национален пазар на ширококолови услуги в Съюза. Освен това, както подчертава Комисията в съображение 742 от обжалваното решение, злоупотребата на Telefónica представлява ясна злоупотреба на предприятие в квазимонополно положение. Освен това, както следва от точки 388—410 по-горе, Комисията основателно е приела, че поведението на Telefónica е имало сериозно отражение върху пазара на дребно. Накрая, от съдебната практика е видно, че размерът на съответния географски пазар е само един от трите релевантни критерия, въз основа на които съгласно Насоките от 1998 г. следва да се извърши цялостна оценка на тежестта на нарушението. Сред тези взаимозависими критерии характерът на нарушението има първостепенна роля. За сметка на това размерът на географския пазар не е самостоятелен критерий в смисъл, че само нарушенията, засягащи няколко държави членки, могат да бъдат квалифицирани като „много тежки“. Нито Договорът за ЕО, нито Регламент № 17, нито Регламент № 1/2003, нито Насоките 1998 г. или съдебната практика дават основание да се счита, че само ограничения с голям географски обхват могат да се квалифицират по този начин (вж. в този смисъл Решение по дело Raiffeisen Zentralbank Österreich и др./Комисия, точка 319 по-горе, точка 311 и цитираната съдебна практика).

Предвид тези съображения в настоящия случай Комисията основателно е квалифицирала нарушението като „много тежко“, въпреки че съответният географски пазар се ограничава до територията на Кралство Испания.

- 414 Поради това третото оплакване на жалбоподателите, изложено в точка 411 по-горе, трябва да бъде отхвърлено.
- 415 На четвърто място жалбоподателите твърдят, че Комисията не е изпълнила задължението си за мотивиране и е допуснала грешка при прилагане на правото, като не е взела предвид променливата степен на тежестта на нарушението през периода на нарушението.
- 416 Първо, що се отнася до неизпълнението на задължението за мотивиране, съгласно постоянната съдебна практика по отношение на изчисляването на размера на глобата в случай на нарушение на правилата на конкуренцията, съществени процесуални изисквания, каквото е задължението за мотивиране, са изпълнени, когато Комисията посочи в решението си факторите за преценка, които са ѝ позволили да определи тежестта и продължителността на нарушението (Решение на Съда от 16 ноември 2000 г. по дело *Sarrío/Комисия*, С-291/98 Р, Recueil, стр. I-9991, точка 73 и Решение по дело *Atlantic Container Line и др./Комисия*, точка 150 по-горе, точка 1521). Тези изисквания не задължават Комисията да посочи в решението си цифровите данни относно начина за изчисляване на глобите (вж. Решение по дело *Microsoft/Комисия*, точка 58 по-горе, точка 1361 и цитираната съдебна практика).
- 417 В настоящия случай в съображение 750 от обжалваното решение Комисията смята, че „нарушението трябва да се приеме за много тежко“. Освен това в съображение 756 от обжалваното решение Комисията посочва, от една страна, че „на първо място нарушението трябва да се квалифицира като много тежко, макар тежестта му да не е била еднаква през целия разглеждан период“, а от друга страна, че „началният размер на глобата отчита, че във всеки случай тежестта на злоупотребата на Telefónica се е изяснила именно след Решението относно Deutsche Telekom“.
- 418 В това отношение следва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, изведен от твърдяно противоречие на мотивите, произтичащо от това, че Комисията счела нарушението за „много тежко“, а преди октомври 2003 г., когато е публикувано Решението относно Deutsche Telekom, то е могло да бъде по-леко. Всъщност, както следва от съображения 738—758 от обжалваното решение, Комисията приема, че нарушението е било „много тежко“ през целия разглеждан период, макар тежестта да не е била еднаква през този период. Освен това, предвид съдебната практика, посочена в точка 416 по-горе, трябва се отхвърли и доводът, изведен от пълната липса на мотиви относно „особения начин на изчисляване на „основния размер“.
- 419 Второ, следва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че Комисията не е извела последиците от констатациите, припомнени в точка 417 по-горе, по отношение на квалифицирането на нарушението или по отношение на определянето на началния размер на глобата, тъй като Комисията трябвало да квалифицира нарушението най-много като „тежко“ и да определи значително по-малък начален размер на глобата. Всъщност този довод почива на погрешна предпоставка, тъй като, от една страна, съгласно гореизложените съображения (вж. точки 371—414 по-горе) Комисията основателно е приела, че нарушението трябва да се квалифицира като „много тежко“ за целия разглеждан период, а от друга страна, от съображения 750 и 760 от обжалваното решение изрично следва, че въпреки квалифицирането на нарушението като „много тежко“ за целия период, при определянето на началния размер на глобата Комисията действително е взела предвид променливия интензитет на нарушението (вж. точки 27 и 417 по-горе).
- 420 Следователно четвъртото оплакване на жалбоподателите, изложено в точка 388 по-горе, не може да се приеме.

421 От гореизложените съображения следва, че първата част от второто правно основание трябва да бъде отхвърлена в нейната цялост.

По втората част от второто правно основание, изведена от нарушение на принципите на пропорционалност, равно третиране и индивидуализиране на наказанията, както и от неизпълнение на задължението за мотивиране при определянето на началния размер на глобата

422 В рамките на настоящото правно основание жалбоподателите твърдят, че Комисията е нарушила принципите на пропорционалност, равно третиране и индивидуализиране на наказанията, както и че не е изпълнила задължението за мотивиране при определянето на началния размер на глобата.

423 На първо място, трябва да се разгледа оплакването на жалбоподателите, изведено от нарушение на принципите на пропорционалност, равно третиране и индивидуализиране на наказанията.

424 Първо, трябва да се напомни, че принципът на равно третиране не допуска по-конкретно да се третират по различен начин сравними положения, освен ако такова третиране е обективно обосновано (вж. Решение на Съда от 10 януари 2006 г. по дело IATA и ELFAA, C-344/04, Recueil, стр. I-403, точка 95, Решение на Съда от 17 юни 2010 г. по дело Lafarge/Комисия, C-413/08 P, Сборник, стр. I-5361, точка 40 и Решение на Общия съд от 1 юли 2008 г. по дело Compagnie maritime belge/Комисия, T-276/04, Сборник, стр. II-1277, точка 92 и цитираната съдебна практика).

425 В настоящия случай, за да докажат, че принципът на равно третиране е нарушен, жалбоподателите подчертават разликите при определянето на началния размер на глобата, между, от една страна, обжалваното решение, и от друга страна, редица предходни решения на Комисията. Както обаче бе напомнено в точка 386 по-горе, практиката на Комисията при вземане на решения не може да служи за правна уредба на глобите в областта на конкуренцията.

426 Освен това съгласно утвърдената съдебна практика фактът, че Комисията е наложила в миналото глоба в определен размер за някои видове нарушения, не може да я лиши от възможността да увеличи този размер в определените в Регламент № 17 граници, ако това е необходимо, за да се осигури прилагането на политиката на Съюза в областта на конкуренцията (вж. Решение по дело Dansk Rørindustri и др./Комисия, точка 59 по-горе, точка 169 и цитираната съдебна практика).

427 Напротив, ефективното прилагане на правилата за конкуренция на Съюза изисква Комисията да може във всеки момент да съобрази размера на глобите с нуждите на тази политика. Това поведение не означава, че Комисията е нарушила принципа на равно третиране спрямо предходната си практика (вж. Решение по дело Groupe Danone/Комисия, точка 67 по-горе, точка 154 и цитираната съдебна практика). Следователно в настоящия случай не може да се установи никакво нарушение на принципа на равно третиране.

428 Второ, следва да се напомни, че съгласно постоянната съдебна практика принципът на пропорционалност, който е част от общите принципи на правото на Съюза, изисква актовете на институциите да не надхвърлят границите на подходящото и необходимото за постигането на легитимните цели, следвани от разглежданата правна уредба, като се има предвид, че когато съществува избор между няколко подходящи мерки, трябва да се прибегне до мярката, която създава най-малко ограничения, а породените от нея неудобства не трябва да са несъразмерни с тези цели (вж. Решение на Съда от 12 юли 2001 г. по дело Jipres и др., C-189/01, Recueil, стр. I-5689, точка 81 и цитираната съдебна практика).

429 В контекста на изчисляване на глобите принципът на пропорционалност изисква Комисията да определи глобата пропорционално на взетите предвид при преценката на тежестта на нарушението фактори и в това отношение да приложи тези фактори последователно и обективно обосновано (вж. Решение на Общия съд от 27 септември 2006 г. по дело Jungbunzlauer/Комисия, T-43/02, Recueil, стр. II-3435, точка 228 и цитираната съдебна практика).

- 430 В това отношение най-напред следва да се отбележи, че по силата на Регламент № 1/2003 Комисията разполага с право на преценка при определяне на размера на глобите, с цел да насочи поведението на предприятията към спазване на правилата на конкуренция (вж. Решение по дело *Groupe Danone*/Комисия, точка 67 по-горе, точка 134 и цитираната съдебна практика).
- 431 Трябва да се напомни също, че изложената в точка 1 А от Насоките от 1998 г. методология отговаря на логиката на стандартното определяне, че началният размер на глобата, определен с оглед на тежестта на нарушението, се изчислява в зависимост от характера на нарушението, от неговото действително отражение върху пазара, когато то може да бъде определено, и от размера на съответния географски пазар (Решение на Общия съд от 6 май 2009 г. по дело *Wieland-Werke*/Комисия, T-116/04, *Recueil*, стр. II-1087, точка 62).
- 432 Както следва от точки 371—421 по-горе, в настоящия случай Комисията основателно е квалифицирала нарушението като „много тежко“. Предвид обстоятелството, от една страна, че злоупотребата на *Telefónica* трябва да се счита за ясна злоупотреба, за която вече има прецеденти и която застрашава постигането на целта за изграждане на вътрешен пазар на далекосъобщителните мрежи и услуги, и от друга страна, че тази злоупотреба има сериозно отражение върху испанския пазар на дребно (съображения 738—757 от обжалваното решение), начален размер на глобата от 90 милиона евро не може да се счита за непропорционален.
- 433 Трето, жалбоподателите не могат да претендират, че е бил нарушен принципът на индивидуализиране на наказанията. Всъщност, когато преценява тежестта на нарушението с цел определяне на размера на глобата, Комисията трябва да следи за възпиращия характер на взетата от нея мярка, преди всичко що се отнася до видовете нарушения, които са особено вредни за постигане целите на Съюза (вж. Решение по дело *Groupe Danone*/Комисия, точка 67 по-горе, точка 169 и цитираната съдебна практика). Възпиращото действие трябва да бъде едновременно индивидуално и общо. Когато се санкционира индивидуално нарушение, глобата се вписва и в рамките на обща политика за спазване от предприятията на правилата на конкуренция (вж. в този смисъл Решение по дело *Musique Diffusion française* и др./Комисия, точка 313 по-горе, точка 106). Следователно, макар наистина да е възможно глобата да има общо възпиращо действие спрямо останалите предприятия, които биха опитали да нарушат правилата на конкуренцията, от обжалваното решение следва, че в настоящия случай глобата е била изчислена предвид индивидуалното положение на *Telefónica*, а именно предвид тежестта на нарушението, за което то е упреknато, с оглед на неговия характер, последиците му за пазара и размера на съответния географски пазар, продължителността му и наличието на смекчаващо обстоятелство. Следователно жалбоподателите не могат да претендират, че „първа и последна цел на глобата“ било нейното общо възпиращо действие.
- 434 На второ място, що се отнася до оплакването, изведено от неизпълнение на задължението за мотивиране, следва да се напомни, че както бе посочено в точка 416 по-горе, съществените процесуални изисквания, каквото е задължението за мотивиране, са изпълнени, когато Комисията посочи в решението си факторите за преценка, които са ѝ позволили да определи тежестта и продължителността на нарушението, без да е длъжна да включва в решението по-подробно изложение или цифровите данни относно начина за изчисляване на глобите. Тези фактори обаче са посочени в съображения 713—767 от обжалваното решение. В допълнение, логиката на стандартното определяне, характерна за изчисляването на началния размер на глобата, бе напомнена в точка 431 по-горе. Следователно трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че в обжалваното решение Комисията е трябвало да обясни по-подробно как е определила началния размер на глобата от 90 милиона евро.
- 435 Освен това, както бе напомнено в точка 386 по-горе, тъй като практиката на Комисията при вземане на решения не може да служи за правна уредба на глобите в областта на конкуренцията, жалбоподателите не могат да упреknат Комисията, че в обжалваното решение не посочва причините, поради които началният размер на глобата на *Telefónica* е значително

по-голям от началния размер на глобата, наложена в Решението относно Wanadoo Interactive, нито дори че не уточнява по-подробно причините, поради които в настоящия случай е обосновано на Telefónica да бъде наложена глоба в размер, по-голям от определения в Решението относно Deutsche Telekom (вж. в този смисъл Решение по дело Michelin/Комисия, точка 268 по-горе, точка 255).

- 436 Предвид гореизложеното оплакването, изведено от неизпълнение на задължението за мотивиране, както и втората част от второто правно основание в нейната цялост трябва да бъдат отхвърлени.

По третата част от второто правно основание, изведена от фактически грешки, грешки при прилагане на правото и липса на мотиви във връзка с увеличението на началния размер на глобата с цел постигане на възпиращо действие

- 437 В рамките на настоящата част жалбоподателите твърдят, че Комисията е допуснала фактически грешки и грешки при прилагане на правото при увеличението на началния размер на глобата с цел постигане на възпиращо действие.

- 438 В самото начало следва да се напомни, че съгласно точка 1 А, четвърта алинея от Насоките от 1998 г. при определянето на началния размер на глобата е „необходимо да бъде взет предвид ефективният икономически капацитет на нарушителите за нанасяне на значителни вреди на други оператори, и по-специално потребители, и да се определи глоба в размер, който гарантира, че тя има сериозно възпиращо действие“. Освен това съгласно точка 1 А, пета алинея Комисията може да вземе предвид факта, че „големите предприятия обикновено притежават юридически и икономически познания и имат инфраструктури, които им дават възможност по-лесно да установят, че тяхното поведение представлява нарушение и са наясно с последиците, произтичащи от него съгласно законодателството в областта на конкуренцията“.

- 439 Първо, относно довода на жалбоподателите, изведен от липса на мотиви за увеличението с цел постигане на възпиращо действие, трябва да се отбележи, че в съображение 758 от обжалваното решение Комисията посочва, че „[к]ато се има предвид значителният икономически капацитет на Telefónica, за осигуряването на достатъчно възпиращо действие на глобата началният размер трябва да бъде коригиран чрез увеличение с коефициент от 1,25“. В бележка под линия 791 от обжалваното решение Комисията уточнява, че Telefónica е най-големият традиционен далекосъобщителен оператор в Европа по отношение на борсовата капитализация и че финансовите средства и печалбите на Telefónica са значителни. Комисията посочва и че съгласно декларацията на Telefónica пред United States Securities and Exchange Commission (Комисия по ценните книжа и фондовите борси на Съединените щати) за данъчната 2006 г. към 31 декември 2006 г. Telefónica разполага с паричен резерв и краткосрочни финансови инвестиции в размер на 5 472 милиона евро и че през данъчната 2006 година печалбите му достигат 6 579 милиона евро при приходи от 52 901 милиона евро. Следователно увеличението на размера на глобата с цел постигане на възпиращо действие е надлежно мотивирано.

- 440 Второ, трябва да се отхвърлят доводите, от една страна, че Комисията трябвало да провери дали началният размер на глобата от 90 милиона евро сам по себе си вече нямал достатъчно възпиращо действие дори без увеличение, и от друга страна, че необходимостта от увеличаване на глоба с цел постигане на възпиращо действие трябвало да се реши след изчисляването на окончателния размер на глобата. В това отношение следва да се отбележи, че жалбоподателите не оспорват законосъобразността на Насоките от 1998 г., съгласно които отчитането на възпиращото действие на определена глоба съставлява един от факторите, вземани предвид при определянето на началния размер на глобата. Следователно трябва да се приеме, че Комисията основателно е счела, че значителният икономически капацитет на Telefónica, което при приемането на обжалваното решение е най-големият традиционен далекосъобщителен оператор по отношение на борсовата

капитализация (съображение 758 и бележка под линия 791 от обжалваното решение), обосновава използването на възпиращ коефициент, при това жалбоподателите не оспорват, че в настоящия случай началният размер на глобата представлява едва 0,17 % от оборота на Telefónica.

- 441 Трето, жалбоподателите се позовават на практиката на Комисията при вземане на решения, за да докажат, че като увеличава началния размер на глобата с цел постигане на възпиращо действие, тя нарушава принципите на пропорционалност и равно третиране. Така финансовият капацитет на Telefónica не можел да обоснове различното му третиране спрямо предприятията Wanadoo Interactive и Deutsche Telekom, за които Комисията не приложила увеличение с цел постигане на възпиращо действие. Този довод обаче трябва бъде отхвърлен, защото, както бе посочено в точка 386 по-горе, практиката на Комисията при вземане на решения не може да служи за правна уредба на глобите в областта на конкуренцията. Следователно сама по себе си констатацията, че Комисията е увеличила размера на наложената на Telefónica глоба в настоящото дело с цел постигане на възпиращо действие, при положение че в решенията относно Wanadoo Interactive и Deutsche Telekom не е приложено увеличение с тази цел, не може да докаже наличието на нарушение на принципите на равно третиране и пропорционалност. Ето защо оплакването на жалбоподателите трябва да бъде отхвърлено.
- 442 Четвърто, по отношение на довода, изведен от нарушение на принципа на индивидуализиране на наказанията, е достатъчно да се направи препращане към съображенията в точка 433 по-горе.
- 443 Предвид всички изложени по-горе съображения доводите на жалбоподателите, че Комисията е допуснала редица грешки, като е увеличила началния размер на наложената на Telefónica глоба с цел постигане на възпиращо действие, са неоснователни, поради което третата част от второто правно основание трябва да се отхвърли.

По четвъртата част от второто правно основание, изведена от грешки при прилагане на правото и явни грешки в преценката, допуснати при квалифицирането на нарушението като „продължително“

- 444 В рамките на настоящата част жалбоподателите твърдят, че Комисията е допуснала грешки при прилагане на правото и явни грешки в преценката на фактите при определянето на началния момент и крайната дата на нарушението.
- 445 Следва да се напомни, че съгласно член 23, параграф 3 от Регламент № 1/2003 продължителността на нарушението е един от факторите, които трябва да се вземат предвид при определянето на размера на глобата, която да бъде наложена на предприятията, извършили нарушение на правилата на конкуренцията.
- 446 По отношение на фактора, отнасящ се до продължителността на нарушението, Насоките от 1998 г. правят разграничение между нарушенията с малка продължителност (по принцип по-малко от една година), при които не би следвало да се увеличава началният размер на глобата, определен с оглед на тежестта, нарушенията със средна продължителност (по принцип от една до пет години), при които този размер може да бъде увеличен с 50 %, и нарушенията за дълъг период (по принцип повече от пет години), при които този размер може да бъде увеличен с 10 % за всяка година (точка 1 Б, първа алинея, от първо до трето тире от Насоките от 1998 г.).
- 447 На първо място жалбоподателите оспорват определянето на началната дата на нарушението в съображение 759 от обжалваното решение.
- 448 Първо, на основанията, изложени в точки 356—369 по-горе, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че преди октомври 2003 г. Telefónica не е могло да знае, че поведението му може да представлява нарушение на член 82 ЕО.

449 Второ, трябва да се напомни, че в точка 419 по-горе бяха отхвърлени изтъкнатите от жалбоподателите доводи относно неотчитането на променливия интензитет на нарушението при определянето на началния размер на глобата.

450 Трето, доводите на жалбоподателите, че с оглед продължителността на нарушението варирането на неговата тежест обоснова допълнително намаление, водят да смесване на критерия за тежест и критерия за продължителност на нарушението, предвидени в член 23, параграф 3 от Регламент № 1/2003, както и в Насоките от 1998 г. Всъщност с доводите си жалбоподателите оспорват увеличението на началния размер на глобата с до 10 % на година, като се позовават на обстоятелства от значение за преценката на тежестта на нарушението, които впрочем не са доказани (вж. точка 419 по-горе). След като увеличението с оглед на продължителността се извършва с прилагане на определен процент към началния размер на глобата, определен в зависимост от тежестта на цялото нарушение, като по този начин вече са отразени различните му степени на интензитет, за увеличението на този размер с оглед на продължителността на нарушението не трябва да се взема предвид варирането на интензитета на нарушението през разглеждания период (Решение на Общия съд от 28 април 2010 г. по дело Gütermann и Zwicky/Комисия, T-456/05 и T-457/05, Сборник, стр. II-1443, точка 159). Поради същите мотиви трябва да се отхвърли и доводът, изведен от факта, че между 26 юли 2001 г. и 21 декември 2006 г. СМТ проверила маржовете на Telefónica, както и доводът, основан на определянето на испанския пазар като възникващ и на значителните инвестиции на Telefónica на този пазар.

451 На второ място, по отношение на определянето на датата на преустановяване на нарушението следва да се отбележи, че единственият довод на жалбоподателите се основава на факта, че за констатиране на ценовата преса Комисията се позовава само на данни, обхващащи периода от 2001 г. до юни 2006 г. Жалбоподателите обаче не оспорват твърдението на Комисията в съображение 124 от обжалваното решение, че равнището на цените на продуктите за националния и регионалния пазар на едро е останало непроменено между решението на СМТ от 1 юни 2006 г., когато СМТ изменя регулирането на цените, приложимо за продуктите за регионалния и за националния пазар на едро, задължавайки Telefónica да ги ориентира спрямо разходите (съображение 123 от обжалваното решение), и 21 декември 2006 г., когато СМТ приема временни мерки, предвиждащи значителни намаления на цените на посочените продукти, като намалението на цените на продукта за регионалния пазар на едро е между 22 % и 54 %, а намалението на цените на продукта за националния пазар на едро (ADSL-IP) е между 24 % и 61 %. Освен това жалбоподателите не оспорват констатацията в съображение 62 от обжалваното решение, че към датата на приемане на обжалваното решение цените на дребно на TESAУ са били непроменени от септември 2001 г. Те не твърдят също да е имало каквато и да било промяна в разходите, които са взети предвид от Комисията в настоящия случай. Поради това може да се приеме, че нарушението е преустановено на 21 декември 2006 г. (вж. също съображение 747 от обжалваното решение).

452 При това положение, след като трябва да се приеме, че жалбоподателите нямат основание да се позовават на продължителността на спорното нарушение, за да искат намаление с поне 20 % на размера на наложената на Telefónica глоба, четвъртата част от второто правно основание следва да се отхвърли.

По петата част от второто правно основание, изведена от грешки при прилагане на правото и от фактически грешки, допуснати при отчитането на смекчаващите обстоятелства

453 В самото начало следва да се напомни, че съгласно Насоките от 1998 г. основният размер на глобата може да бъде намален, когато нарушението е извършено поради небрежност, а не умишлено (точка 3, първа алинея, пето тире).

454 Трябва да се отбележи също, че съгласно съдебната практика подходящият размер на евентуалното намаление на глобата поради смекчаващи обстоятелства трябва да се преценява от обща гледна точка, като се вземат предвид всички релевантни обстоятелства (Решение на Общия съд от 8 юли 2004 г. по дело Mannesmannröhren-Werke/Комисия, T-44/00, Recueil, стр. II-2223, точка 274).

- 455 Приемането на Насоките през 1998 г. не лишава от релевантност съдебната практика, съгласно която при определяне на размера на глобите, които възнамерява да наложи, Комисията разполага със свобода на преценка, която ѝ позволява да вземе или да не вземе предвид определени фактори в зависимост от обстоятелствата на конкретния случай. Така, когато в Насоките липсват императивни указания относно смекчаващите обстоятелства, които могат да бъдат взети предвид, Комисията си запазва определена свобода да прецени общо размера на евентуалното намаление на глобите с оглед на смекчаващи обстоятелства (Решение по дело Raiffeisen Zentralbank Österreich и др./Комисия, точка 319 по-горе, точка 473).
- 456 В настоящия случай, що се отнася до регулаторната намеса на СМТ по отношение на цените на продукта за регионалния пазар на едро, в съображение 765 от обжалваното решение Комисията заключава, че Telefónica е действало небрежно, като се има предвид, че дори при благоприятната хипотеза, при която то е могло да приеме модела на СМТ за основан на реалистични оценки, то е трябвало или би трябвало бързо да установи, че действителните разходи не съответстват на оценките, използвани от СМТ в анализа ѝ ex ante (вж. също съображения 727—730 от обжалваното решение). Поради това Комисията предоставя намаление от 10 % на Telefónica с оглед на смекчаващи обстоятелства (съображение 766 от обжалваното решение).
- 457 На първо място жалбоподателите твърдят, че Комисията не е отчела в достатъчна степен, че нарушението може да е извършено отчасти поради небрежност.
- 458 Първо, в това отношение трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че Комисията е допуснала грешка в преценката, като е приела, че небрежността на Telefónica се отнася само за продукта за регионалния пазар на едро. Всъщност, както следва от точки 110—143 по-горе, Комисията основателно е заключила, че продуктите за националния и регионалния пазар на едро не принадлежат към един и същ пазар. Освен това, след като цените на продукта за националния пазар на едро изобщо не са били регулирани през периода на нарушението, Комисията основателно е приела, че смекчаващото обстоятелство, свързано с небрежността на Telefónica, се отнася само за продукта за регионалния пазар на едро. Наличието на секторно регулиране, което позволява на СМТ да се намеси по отношение на продукта за националния пазар на едро на Telefónica, е ирелевантно, тъй като съгласно съдебната практика, макар да не е изключено, че при определени обстоятелства национална правна уредба или поведение на националните органи могат да представляват смекчаващи обстоятелства, одобряването или толерирането на нарушението от страна на националните органи не може да се вземе предвид на това основание, когато въпросните предприятия разполагат с необходимите средства, за да се добият с точна и вярна юридическа информация (Решение на Съда от 24 септември 2009 г. по дело Erste Group Bank и др./Комисия, С-125/07 Р, С-133/07 Р, С-135/07 Р и С-137/07 Р, Сборник, стр. I-8681, точки 228 и 230).
- 459 Второ, на основанията, изложени в точки 343—352 по-горе, следва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че предвид оправданите правни очаквания на Telefónica от действията на СМТ и сложността на случая, Комисията е допуснала грешка, като е приела, че небрежността на Telefónica е изключително тежка.
- 460 Трето, въпреки твърденията на жалбоподателите не може да се приеме доводът им, че намалението от 10 % с оглед на смекчаващи обстоятелства, предоставено на съответното предприятие в Решението относно Deutsche Telekom, в настоящия случай е недостатъчно, от една страна, поради определения за Telefónica по-голям основен размер, и от друга страна, поради различното секторно регулиране в Испания. Най-напред, както бе посочено в точка 386 по-горе, практиката на Комисията при вземане на решения не може да служи за правна уредба на глобите в областта на конкуренцията. На следващо място, както съдилищата на Съюза вече са подчертали, фактът, че Комисията е предоставила в по-ранната си практика при вземане на решения определен процент на намаление за дадено поведение, сам по себе си не означава, че тя е длъжна да предоставя съразмерно намаление при преценката на сходно поведение в

рамките на последващо административно производство (Решение по дело Dansk Rørindustri и др./Комисия, точка 59 по-горе, точка 192). Следователно в настоящия случай трябва да се приеме, че сам по себе си фактът, че в Решението относно Deutsche Telekom Комисията е предоставила процент на намаление за определено обстоятелство, не означава, че тя е длъжна да предостави същото намаление, нито дори съразмерно по-голямо намаление при преценката на смекчаващите обстоятелства в настоящия случай. Ето защо са ирелевантни доводите на жалбоподателите, които се основават на предоставения в Решението относно Deutsche Telekom процент на намаление и целят да докажат, че Telefónica е трябвало да получи по-голям процент на намаление с оглед на смекчаващите обстоятелства. Накрая, във всеки случай трябва да се напомни, че съгласно Насоките от 1998 г. основният размер на глобата е определен в зависимост от тежестта и продължителността на нарушението. Следователно Комисията не е длъжна да го взема предвид при определянето на процента на намаление на размера на глобата, предоставен на предприятие с оглед на смекчаващо обстоятелство.

- 461 На второ място, по отношение на твърдението, че настоящият случай е от непознато естество, е достатъчно да се направи препращане към точки 356—368 по-горе.
- 462 От изложените по-горе съображения следва, че петата част от второто правно основание трябва да бъде отхвърлена, както и второто правно основание в неговата цялост.
- 463 Следователно исканията, направени при условията на евентуалност, както и жалбата в нейната цялост трябва да бъдат отхвърлени.

#### **По съдебните разноски**

- 464 Съгласно член 87, параграф 2 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане.
- 465 След като жалбоподателите са загубили делото, те трябва да бъдат осъдени да понесат направените от тях съдебни разноски, както и съдебните разноски на Комисията, France Telecom, Ausbanc и ЕСТА, в съответствие с исканията на последните.

По изложените съображения

ОБЩИЯТ СЪД (осми състав)

реши:

- 1) **Отхвърля жалбата.**
- 2) **Осъжда Telefónica, SA и Telefónica de España, SA да понесат направените от тях съдебни разноски, както и съдебните разноски на Европейската комисия, France Telecom España, SA, Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) и European Competitive Telecommunications Association, в съответствие с исканията на последните.**

Truchot

Martins Ribeiro

Kanninen

Обявено в открито съдебно заседание в Люксембург на 29 март 2012 година.

Подписи

Съдържание

Представяне на жалбоподателите .....	2
Административно производство .....	2
Обжалваното решение .....	3
Производство и искания на страните .....	6
От правна страна .....	8
А – По допустимостта на доводите на жалбоподателите, за които се твърди, че се съдържат в приложенията .....	8
Б – По съществуването на спора .....	10
1. По главните искания за отмяна на обжалваното решение .....	10
а) По обхвата на контрола на съдилищата на Съюза и тежестта на доказване .....	10
б) По първото правно основание, изведено от нарушение на правото на защита .....	12
в) По второто правно основание, изведено от фактически грешки и грешки при прилагане на правото при определянето на съответните пазари на едро .....	18
г) По третото правно основание, изведено от фактически грешки и грешки при прилагане на правото при установяването на твърдяното господстващо положение на Telefónica на съответните пазари .....	25
д) По четвъртото правно основание, изведено от грешки при прилагането на член 82 ЕО, що се отнася до твърдяната злоупотреба от страна на Telefónica .....	29
е) По петото правно основание, изведено от фактически грешки и/или грешки при преценката на фактите и от грешки при прилагане на правото, що се отнася до твърденията за злоупотреба от страна на Telefónica и за антиконкурентното отражение на тази злоупотреба .....	33
По първата част от петото правно основание, изведена от фактически грешки и/или грешки при преценката на фактите при прилагането на теста за установяване на ценова преса .....	33
– По първото оплакване от първата част от петото правно основание, изведено от грешка при избора на ресурсите за пазара на едро .....	33
– По второто оплакване от първата част на петото правно основание, изведено от грешки и пропуски, допуснати при прилагането на анализа на ДПП .....	36
– По третото оплакване от първата част на петото правно основание, изведено от грешки, допуснати при анализа „период по период“ .....	39
По втората част от петото правно основание, изведена от твърдението, че Комисията не е доказала надлежно възможните или конкретните последици от разглежданото поведение .....	45

ж) По шестото правно основание, изведено от прилагане ultra vires на член 82 ЕО и от нарушение на принципите на субсидиарност, пропорционалност, правна сигурност, лоялно сътрудничество и добра администрация .....	49
По първата част от шестото правно основание, изведена от прилагане ultra vires на член 82 ЕО .....	49
По втората част от шестото правно основание, изведена от нарушение на принципите на субсидиарност, пропорционалност и правна сигурност .....	50
По третата част от шестото правно основание, изведена от нарушение на принципите на лоялно сътрудничество и добра администрация .....	52
2. По исканията за отмяна или за намаление на размера на глобата, направени при условията на евентуалност .....	54
а) По първото правно основание, изведено от фактически грешки, грешки при преценката на фактите и при прилагане на правото, от нарушение на член 15, параграф 2 от Регламент № 17, на член 23, параграф 2 от Регламент № 1/2003 и на принципите на правна сигурност и на защита на оправданите правни очаквания .....	54
б) По второто правно основание, изведено от фактически грешки и грешки при прилагане на правото, от нарушение на принципите на пропорционалност, равно третиране и индивидуализиране на наказанията, както и от неизпълнение на задължението за мотивиране при определянето на размера на глобата .....	62
По първата част от второто правно основание, изведена от фактически грешки и грешки при прилагане на правото, както и от неизпълнение на задължението за мотивиране при квалифицирането на нарушението като „много тежко“ и определянето на началния размер на глобата на 90 милиона евро .....	62
По втората част от второто правно основание, изведена от нарушение на принципите на пропорционалност, равно третиране и индивидуализиране на наказанията, както и от неизпълнение на задължението за мотивиране при определянето на началния размер на глобата .....	71
По третата част от второто правно основание, изведена от фактически грешки, грешки при прилагане на правото и липса на мотиви във връзка с увеличението на началния размер на глобата с цел постигане на възпиращо действие .....	73
По четвъртата част от второто правно основание, изведена от грешки при прилагане на правото и явни грешки в преценката, допуснати при квалифицирането на нарушението като „продължително“ .....	74
По петата част от второто правно основание, изведена от грешки при прилагане на правото и от фактически грешки, допуснати при отчитането на смекчаващите обстоятелства .....	75
По съдебните разноски .....	77