



Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK TRIBUNÁLU (osmého senátu)

29. března 2012*

„Hospodářská soutěž — Zneužití dominantního postavení — Španělské trhy širokopásmového přístupu k internetu — Rozhodnutí konstatující porušení článku 82 EŠ — Stanovení cen — Tarifní nůžky — Vymezení trhů — Dominantní postavení — Zneužití — Výpočet stlačené marže — Účinky zneužití — Právní moc Komise — Právo na obhajobu — Subsidiarita — Proporcionalita — Právní jistota — Loajální spolupráce — Zásada řádné správy — Pokuty“

Ve věci T-336/07,

Telefónica, SA, se sídlem v Madridu (Španělsko),

Telefónica de España, SA, se sídlem v Madridu,

původně zastoupené F. González Díazem a S. Sorinas Jimenem, poté F. González Díazem, advokáty,

žalobkyně,

proti

Evropské komisi, zastoupené F. Castillem de la Torre, É. Gippini Fournierem a K. Mojzesowicz, jako zmocněnci,

žalované,

podporované

France Telecom España, SA, se sídlem v Pozuelo de Alarcon (Španělsko), zastoupenou S. Martínez Lagem, H. Brokelmannem a M. Ganino, advokáty,

a

Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), se sídlem v Madridu, zastoupenou L. Pineda Salidem a I. Cámara Rubio, advokáty,

a

European Competitive Telecommunications Association, se sídlem ve Wokinghamu (Spojené království), zastoupenou M. Di Stefanem a A. Salerno, advokáty,

vedlejšími účastnicemi řízení,

* Jednací jazyk: španělština.

jejímž předmětem je návrh na zrušení rozhodnutí Komise C(2007) 3196 final ze dne 4. července 2007 v řízení podle článku 82 [ES] (věc COMP/38.784 – Wanadoo España v. Telefónica) a podpůrně návrh na zrušení nebo snížení výše pokuty uložené žalobkyním,

TRIBUNÁL (osmý senát),

ve složení L. Truchot, předseda, M. E. Martins Ribeiro (zpravodajka) a H. Kanninen, soudci,

vedoucí soudní kanceláře: J. Palacio González, vrchní rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 23. května 2011,

vydává tento

Rozsudek

Představení žalobkyň

- 1 Společnost Telefónica SA, žalobkyně v projednávaném případě, je mateřskou společností skupiny Telefónica, bývalého státního monopolu v odvětví telekomunikací ve Španělsku. V období, kterého se týká rozhodnutí Komise C(2007) 3196 final ze dne 4. července 2007 v řízení podle článku 82 [ES] (věc COMP/38.784 – Wanadoo España v. Telefónica) (dále jen „napadené rozhodnutí“), tedy v době od září 2001 do prosince 2006, poskytovala Telefónica služby vysokorychlostního přenosu dat prostřednictvím své dceřiné společnosti Telefónica de España SAU (dále jen „TESAU“), která je rovněž žalobkyní v projednávaném případě, jakož i dalších dvou dceřiných společností, Telefónica Data de España SAU a Terra Networks España SA, které se sloučily s TESAU dne 30. června 2006 a 7. července 2006 (body 11, 13 a 19 až 21 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Telefónica a její dceřiné společnosti (dále nazývané společně „Telefónica“) po celou dobu, které se týká šetření, tvořily jedinou a tutéž hospodářskou jednotku (bod 12 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 2 Do plné liberalizace telekomunikačních trhů v roce 1998 byla Telefónica v držení Španělského státu a měla zákonný monopol na maloobchodní dodávky telekomunikačních služeb prostřednictvím pevné linky. V současnosti provozuje jedinou pevnou telefonní síť celostátního rozsahu (bod 13 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

Správní řízení

- 3 Dne 11. července 2003 zaslala Wanadoo España SL (nyní France Telecom España SA) stížnost Komisi Evropských společenství, v níž tvrdila, že rozpětí mezi velkoobchodními cenami, které dceřiné společnosti Telefónica účtovaly ve Španělsku svým konkurentům při velkoobchodním poskytování vysokorychlostního přístupu k internetu, a maloobchodními cenami, které účtovaly konečným uživatelům, nebylo dostatečné k tomu, aby společnosti Telefónica mohli její konkurenti konkurovat (bod 26 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 4 Poté, co Komise provedla analýzu stížnosti a obdržela dodatečné informace, zaslala dne 20. února 2006 společnosti Telefónica oznámení námitek. Tato na něj odpověděla dne 19. května 2006. Slyšení se konalo ve dnech 12 a 13. června 2006 (body 27 a 30 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 5 Dne 11. ledna 2007 zaslala Komise společnosti Telefónica dopis, v němž ji vyzvala ke sdělení připomínek k závěrům, které Komise hodlala vyvodit z nových skutečností, které nebyly uvedeny v oznámení námitek (dále jen „dopis uvádějící skutkové okolnosti“). Telefónica na tento dopis odpověděla dne 12. února 2007 (bod 31 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

Napadené rozhodnutí

- 6 Dne 4. července 2007 přijala Komise napadené rozhodnutí, které je předmětem projednávané žaloby.
- 7 Komise v napadeném rozhodnutí nejprve označila tři relevantní výrobkové trhy, tedy maloobchodní trh připojení k vysokorychlostnímu přenosu dat a dva velkoobchodní trhy připojení k vysokorychlostnímu přenosu dat (body 145 až 208 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 8 Dotčený maloobchodní trh zahrnuje podle napadeného rozhodnutí veškeré produkty vysokorychlostního připojení bez rozdílu, ať již poskytované prostřednictvím ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, asymetrické digitální připojení uživatele), nebo prostřednictvím jakékoliv jiné technologie, uváděné na „trh pro širokou veřejnost“ a určené pro rezidenty i nerezidenty. Naopak nezahrnuje služby přístupu k vysokorychlostnímu připojení na míru, směřující především k „velkým zákazníkům“ (bod 153 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 9 Pokud jde o velkoobchodní trhy, Komise uvedla, že nabízeny byly tři základní velkoobchodní nabídky, a to referenční nabídka pro zpřístupnění účastnického vedení, nabízená pouze společností Telefónica, regionální velkoobchodní nabídka (GigADSL, dále jen „regionální velkoobchodní produkt“), rovněž nabízená pouze společností Telefónica, a několik celostátních velkoobchodních nabídek nabízených společností Telefónica (ADSL-IP a ADSL-IP Total, dále jen „celostátní velkoobchodní produkt“) i ostatními operátory na základě zpřístupnění účastnického vedení nebo regionálního velkoobchodního produktu (bod 75 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 10 Komise za účelem definice velkoobchodních trhů dotčených v projednávaném případě přezkoumala, zda velkoobchodní přístupové produkty popsané v předcházejícím bodě tvoří tentýž trh nebo různé výrobkové trhy (bod 162 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 11 V tomto ohledu měla Komise nejprve za to, že regionální velkoobchodní produkt a zpřístupnění účastnického vedení nejsou zaměnitelné (body 163 až 182 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Aby Komise tento závěr odůvodnila, odkázala stran zaměnitelnosti poptávky na významné investice do rozmístění sítě (body 163 a 164 odůvodnění napadeného rozhodnutí) a na rozdíly ve fungování uvedených velkoobchodních přístupů (bod 165 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Komise měla rovněž za to, že v případě těchto výrobků neexistuje zaměnitelnost nabídky, jelikož taková nabídka by předpokládala, že alternativní operátor je schopen nabídnout totožnou síť účastnického vedení jako společnost Telefónica na celém území Španělska, což z hospodářského hlediska není možné provést v přiměřené lhůtě (bod 167 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 12 Dále měla Komise za to, že neexistuje dostatečná zaměnitelnost mezi regionálním a celostátním velkoobchodním produktem (body 183 až 195 odůvodnění napadeného rozhodnutí), a zároveň upřesnila, že přesné hranice mezi regionálním a celostátním velkoobchodním trhem nejsou rozhodující, vzhledem k dominantnímu postavení společnosti Telefónica na každém z těchto trhů (bod 195 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Stran zaměnitelnosti poptávky měla Komise za to, že alternativní operátor, který si přeje poskytovat maloobchodní služby ADSL na celostátní úrovni za použití regionálního velkoobchodního produktu, musí nést vysoké a opakující se předběžné náklady za rozmístění a udržování sítě, která umožňuje připojení k 109 bodům nepřímých přístupů společnosti Telefónica (bod 183 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Přesun od regionálního k celostátnímu velkoobchodnímu produktu kromě toho nemá z hospodářského hlediska smysl, jelikož je nelogické a málo pravděpodobné, aby operátoři, kteří již investovali do rozmístění nějaké sítě, nesli náklady za nepoužívání jejich sítě a používali velkoobchodní celostátní produkt, jenž jim na rozdíl od velkoobchodního regionálního produktu neposkytuje stejné možnosti kontroly kvality služby maloobchodního produktu (bod 187 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Ohledně zaměnitelnosti nabídky Komise uvedla, že ačkoliv operátor, který si přeje nabízet celostátní velkoobchodní produkt, tak mohl učinit na základě regionální velkoobchodní nabídky, což zahrnovalo značné investice, tyto

investice nebyly srovnatelné s investicemi pro zpřístupnění účastnického vedení, které bylo na vstupu podmínkou toho, aby operátor mohl nabízet velkoobchodní regionální přístupový produkt konkurující společnosti Telefónica (bod 191 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

- 13 Závěrem měla Komise za to, že jiné technologie přístupu k vysokorychlostnímu přenosu dat nežli ADSL, zejména kabel, nemohou být považovány za zaměnitelné s nabídkami ADSL (body odůvodnění 196 až 207 napadeného rozhodnutí). Ohledně zaměnitelnosti poptávky Komise poukázala na značné náklady v případě přechodu z velkoobchodní nabídky ADSL k velkoobchodní nabídce založené na kabelu, jakož i na slabé pokrytí a fragmentaci kabelových sítí ve Španělsku (bod 199 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Komise také uvedla, že i kdyby bylo pro provozovatele kabelových sítí technicky možné poskytnout třetím stranám velkoobchodní přístup k vysokorychlostnímu přenosu dat, který by byl rovnocenný regionálním a celostátním velkoobchodním produktům, praktické a hospodářské obtíže jim v tom budou bránit takovým způsobem, že uvedenou nabídku nebude možné z ekonomického hlediska zrealizovat.
- 14 Komise dospěla k závěru, že velkoobchodní trhy dotčené napadeným rozhodnutím zahrnují regionální velkoobchodní produkt a celostátní velkoobchodní produkt, s výjimkou kabelových velkoobchodních služeb a jiných technologií nežli ADSL (body 6 a 208 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 15 Podle napadeného rozhodnutí mají relevantní velkoobchodní a maloobchodní zeměpisné trhy celostátní rozměr (španělské území) (bod 209 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 16 Dále Komise konstatovala, že společnost Telefónica má dominantní postavení na obou dotčených velkoobchodních trzích (body 223 až 242 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Ve sledovaném období tak Telefónica měla monopol na poskytování regionálního velkoobchodního produktu a více než 84% podíl na celostátním velkoobchodním trhu (body 223 a 235 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Podle napadeného rozhodnutí (body 243 až 277 odůvodnění) měla Telefónica dominantní postavení rovněž na maloobchodním trhu.
- 17 Poté Komise přezkoumala, zda Telefónica na dotčených trzích zneužila svého dominantního postavení (body 278 až 694 odůvodnění napadeného rozhodnutí). V tomto ohledu měla Komise za to, že Telefónica porušila článek 82 ES, jelikož svým konkurentům vnutila nespravedlivé ceny ve formě tarifních nůžek mezi maloobchodními cenami vysokorychlostního přístupu na trhu pro španělskou „širokou veřejnost“ a velkoobchodními cenami vysokorychlostního přístupu na regionální a celostátní úrovni v období od září 2001 do prosince 2006 (bod 694 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 18 Za účelem prokázání existence tarifních nůžek v projednávaném případě Komise zaprvé připomenula normativní kontext, v němž Telefónica poskytovala regionální a celostátní velkoobchodní produkt, zejména povinnost poskytnout spravedlivé podmínky velkoobchodního přístupu na regionální a celostátní úrovni, uloženou společnosti Telefónica španělským právem. Komise rovněž připomněla povinnost poskytovat regionální velkoobchodní produkt, kterou od března 1999 společnosti Telefónica uložila Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT, španělská Komise pro telekomunikační trh), a uvedla, že Telefónica začala nabízet svůj produkt ADSL-IP Total na základě vlastní iniciativy od září 1999, zatímco CMT uložila společnosti Telefónica poskytovat přístup k ADSL-IP od dubna 2002 (body 288 a 289 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 19 Zadruhé, co se týče způsobu určení tarifních nůžek, Komise měla za to, *primo*, že úroveň efektivnosti konkurentů společnosti Telefónica musí být posuzována v závislosti na jejich nákladech na navazujícím trhu (metoda „stejně výkonného soutěžitele“) (body 311 až 315 odůvodnění napadeného rozhodnutí), *secundo*, že relevantní metodou valorizace nákladů v projednávaném případě je metoda dlouhodobých průměrných přírůstkových nákladů (dále jen „DPPN“) (body 316 až 324 odůvodnění napadeného rozhodnutí), *tertio*, že posuzování výnosnosti v čase může být provedeno na základě dvou metod, a to tzv. metody „jednotlivých období“ a metody diskontovaných peněžních toků (dále jen „DPT“) (body 325 až 385 odůvodnění napadeného rozhodnutí), *quarto*, že určení tarifních nůžek musí

být stanoveno na základě škály služeb nabízených společnostmi Telefónica na relevantním maloobchodním trhu (body 386 až 388 odůvodnění napadeného rozhodnutí), a co se týče volby vstupů na předcházejícím trhu pro stanovení reprodukovatelnosti cen na navazujícím trhu, *quinto*, že tarify společnosti Telefónica musejí být reprodukovatelné stejně výkonným soutěžitelem, který využije přinejmenším jeden velkoobchodní produkt společnosti Telefónica na každém z relevantních velkoobchodních trhů (body 389 až 396 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

- 20 Zatřetí, Komise spočítala, zda rozdíl v cenách společnosti Telefónica na navazujícím trhu a na předcházejícím trhu pokrývá přinejmenším DPPN společnosti Telefónica na navazujícím trhu (body 397 až 511 odůvodnění napadeného rozhodnutí). S použitím metodologie stanovené v předcházejícím bodě Komise spočítala, že maloobchodní ceny společnosti Telefónica nebyly v období od září 2001 do prosince 2006 na základě jejich celostátních nebo regionálních velkoobchodních produktů reprodukovatelné (body 512 až 542 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 21 Začtvrté, co se týče účinků zneužití, Komise měla za to, že jednání společnosti Telefónica pravděpodobně omezilo schopnost trvalého růstu operátorů ADSL na maloobchodním trhu a pravděpodobně vedlo k újmě způsobené konečným uživatelům. Měla rovněž za to, že jednání společnosti Telefónica mělo konkrétní vylučující účinky a poškozovalo spotřebitele (body 544 až 618 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 22 Zapáté, Komise uvedla, že jednání společnosti Telefónica nebylo objektivně odůvodněné a nevedlo ke zvýšení efektivnosti (body 619 až 664 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 23 A konečně, zašesté, Komise uvedla, že Telefónica měla prostor pro to, aby vzniku tarifních nůžek zabránila. Telefónica tak mohla zvýšit své maloobchodní ceny nebo snížit velkoobchodní poplatky. Komise doplnila, že rozhodnutí CMT týkající se tarifních nůžek, které bylo určeno společnosti Telefónica, nemohlo vyloučit její odpovědnost (body 665 až 694 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 24 A nakonec Komise konstatovala, že v projednávaném případě byl dotčen obchod mezi členskými státy, jelikož se cenová politika společnosti Telefónica týká přístupových služeb operátora v dominantním postavení, které pokrývají celé španělské území tvořící podstatnou část vnitřního trhu (body 695 až 697 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 25 Pro účely stanovení výše pokut Komise v napadeném rozhodnutí použila metodiku uvedenou v pokynech o metodě stanovování pokut uložených podle čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17 a čl. 65 odst. 5 Smlouvy [UO] (Úř. věst. 1998, C 9, s. 3; Zvl. vyd. 08/01, s. 171, dále jen „pokyny z roku 1998“).
- 26 Zprvce Komise posoudila závažnost a dopad protiprávního jednání, jakož i velikost relevantního zeměpisného trhu. Co se nejprve týče závažnosti protiprávního jednání, měla za to, že se jednalo o typické zneužití ze strany podniku v prakticky monopolním postavení, které je s ohledem na pokyny z roku 1998 nutno kvalifikovat jako „velmi závažné“ (body 739 až 743 odůvodnění napadeného rozhodnutí). V bodech 744 až 750 odůvodnění napadeného rozhodnutí Komise odlišuje projednávanou věc zejména od rozhodnutí 2003/707/ES Komise ze dne 21. května 2003 v řízení podle článku 82 ES (věc COMP/C 1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (Úř. věst. L 263, s. 9, dále jen „rozhodnutí Deutsche Telekom“), v němž zneužití ze strany společnosti Deutsche Telekom spočívající rovněž ve stlačení marží nebylo kvalifikováno jako „velmi závažné“ ve smyslu pokynů z roku 1998. Co se dále týče dopadu konstatovaného protiprávního jednání, Komise zohlednila skutečnost, že relevantní trhy měly značnou hospodářskou hodnotu, že hrály zásadní roli z hlediska vytvoření informační společnosti a že dopad zneužití společnosti Telefónica na maloobchodní trh byl významný (body 751 a 753 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Konečně, pokud jde o velikost relevantního zeměpisného trhu, Komise zejména uvedla, že španělský trh vysokorychlostního přenosu dat byl pátým největším vnitrostátním trhem vysokorychlostního přenosu dat v Evropské unii, a že

ačkoliv případy tarifních nůžek byly nutně omezené na jediný členský stát, bránilo to operátorům z jiných členských států vstoupit na rychle rostoucí trh (body 754 a 755 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

- 27 Podle napadeného rozhodnutí zohledňuje výchozí částka pokuty, 90 000 000 eur, skutečnost, že závažnost zneužití se stala zjevnější během příslušného období, a konkrétně po přijetí rozhodnutí Deutsche Telekom (body 756 a 757 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Na uvedenou výchozí částku pokuty byl použit násobící faktor 1,25 pro zohlednění významné hospodářské síly společnosti Telefónica a pro zajištění dostatečně odrazující povahy pokuty, takže výchozí částka pokuty byla zvýšena na 112 500 000 eur (bod 758 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 28 Zadruhé, vzhledem k tomu, že protiprávní jednání trvalo od září 2001 do prosince 2006, tedy pět let a čtyři měsíce, zvýšila Komise výchozí částku pokuty o 50 %. Základní výše pokuty tak dosáhla 168 750 000 eur (body 759 až 761 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 29 Zatřetí, vzhledem k dostupným důkazům měla Komise za to, že v tomto případě lze uznat existenci určitých polehčujících okolností, jelikož k protiprávnímu jednání došlo přinejmenším z nedbalosti. Společnosti Telefónica tak bylo přiznáno snížení výše pokuty o 10 %, a v důsledku toho činila výše pokuty 151 875 000 eur (body 765 a 766 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 30 Výrok napadeného rozhodnutí zní následovně:

„Článek 1

[Telefónica] a [TESAU] tím, že mezi zářím 2001 a prosincem 2006 uplatňovaly nespravedlivé ceny vedoucí k nepoměru mezi velkoobchodními a maloobchodními cenami přístupu k širokopásmovému přenosu dat, porušily článek 82 ES.

Článek 2

Za protiprávní jednání konstatované v článku 1 se společností [Telefónica] a [TESAU] ukládá společně a nerozdílně pokuta ve výši 151 875 000 eur.“ (*neoficiální překlad*)

Řízení a návrhová žádání účastnic řízení

- 31 Návrhem došlým kanceláři Tribunálu dne 1. října 2007 podaly žalobkyně projednávanou žalobu.
- 32 Podáními došlými kanceláři Tribunálu ve dnech 10. a 24. prosince 2007 podaly společnost France Telecom a Asociación de usuarios de servicios bancarios (Ausbanc Consumo) (dále jen „asociace Ausbanc“) návrh na vstup do řízení jako vedlejší účastnice na podporu návrhových žádání Komise.
- 33 Dopisem ze dne 7. ledna 2008 žalobkyně požádaly o důvěrné zacházení s určitými informacemi, které jsou obsaženy v žalobě a jejích přílohách, vůči případným vedlejším účastníkům.
- 34 Dopisem ze dne 22. února 2008 požádaly žalobkyně o důvěrné zacházení s určitými informacemi, které jsou obsaženy v žalobě a jejích přílohách, ve vztahu k asociaci Ausbanc.
- 35 Dopisy ze dne 15. dubna 2008 požádaly žalobkyně o důvěrné zacházení s určitými informacemi, které jsou obsaženy v žalobní odpovědi a jejích přílohách, ve vztahu k asociaci Ausbanc a společnosti France Telecom.
- 36 Dopisy ze dne 25. července 2008 požádaly žalobkyně o důvěrné zacházení s určitými informacemi, které jsou obsaženy v replice a jejích přílohách, ve vztahu k asociaci Ausbanc a společnosti France Telecom.

- 37 Usnesením předsedy osmého senátu Tribunálu ze dne 31. července 2008 bylo povoleno vedlejší účastenství společnosti France Telecom a asociace Ausbanc na podporu návrhových žádání Komise. Rozhodnutí o opodstatněnosti žádosti o důvěrné zacházení bylo odloženo.
- 38 Nedůvěrná znění procesních písemností připravená žalobkyněmi byla doručena vedlejším účastnicím.
- 39 Dopisem ze dne 12. září 2008 asociace Ausbanc zpochybnila důvěrnost skrytých částí v nedůvěrných zněních procesních písemností, které jí byly doručeny.
- 40 Dopisem ze dne 15. září 2008 France Telecom zpochybnila žádosti o důvěrné zacházení v rozsahu, v němž se vztahovaly na veškeré přílohy žaloby, žalobní odpovědi a repliky.
- 41 Dne 28. října 2008 předložily France Telecom a asociace Ausbanc jejich spisy vedlejších účastnic.
- 42 Dopisem ze dne 25. listopadu 2008 informovaly žalobkyně Tribunál, že spisy vedlejších účastnic neobsahují důvěrné informace.
- 43 Dopisem ze dne 27. listopadu 2008 požádaly žalobkyně o důvěrné zacházení s určitými informacemi, které jsou obsaženy v duplice a jejich přílohách, ve vztahu k asociaci Ausbanc a společnosti France Telecom.
- 44 Dne 6. února 2009 předložily žalobkyně ke spisům vedlejších účastnic svá vyjádření.
- 45 Dopisem ze dne 6. února 2009 žalobkyně požádaly o důvěrné zacházení s určitými informacemi obsaženými v jejich vyjádřeních ke spisu vedlejší účastnice společnosti France Telecom a v příloze těchto vyjádření.
- 46 Dopisem ze dne 9. února 2009 se Komise rozhodla nevyužít svého práva podat vyjádření ke spisům vedlejších účastnic.
- 47 Usnesením ze dne 2. března 2010 předseda osmého senátu částečně vyhověl žádosti žalobkyň o důvěrné zacházení.
- 48 Podáním došlým Tribunálu dne 4. listopadu 2010 podala také European Competitive Telecommunications Association (dále jen „asociace ECTA“) návrh na vstup do řízení jako vedlejší účastnice na podporu návrhových žádání Komise.
- 49 Dopisem ze dne 7. prosince 2010 podaly žalobkyně proti tomuto návrhu námítky.
- 50 Usnesením předsedy osmého senátu Tribunálu ze dne 28. února 2011 bylo povoleno vedlejší účastenství asociace ECTA na podporu návrhových žádání Komise.
- 51 Žalobkyně navrhují, aby Tribunál:
- zrušil na základě článku 230 ES napadené rozhodnutí;
 - podpůrně na základě článku 229 ES zrušil nebo snížil pokutu, která jim byla uložena v napadeném rozhodnutí;
 - v každém případě uložil Komisi náhradu nákladů řízení.
- 52 Komise navrhuje, aby Tribunál:
- zamítl žalobu;

- uložil žalobkyním náhradu nákladů řízení.
- 53 Asociace Ausbanc navrhuje, aby Tribunál:
- zamítl hlavní a podpůrný návrh žalobkyň;
 - uložil žalobkyním náhradu nákladů řízení.
- 54 France Telecom navrhuje, aby Tribunál:
- zamítl žalobu žalobkyň v plném rozsahu;
 - uložil žalobkyním náhradu veškerých nákladů plynoucích z vedlejšího účastenství.
- 55 Na základě zprávy soudce zpravodaje Tribunál (osmý senát) rozhodl zahájit ústní část řízení. Řeči účastnic řízení a jejich odpovědi na ústní otázky položené Tribunálem byly vyslechnuty na jednání konaném dne 23. května 2011.
- 56 Na jednání asociace ECTA navrhla, aby Tribunál:
- zamítl žalobu;
 - uložil žalobkyním náhradu nákladů řízení.

Právní otázky

A – K přípustnosti argumentů žalobkyň, které byly údajně obsaženy v přílohách

- 57 Komise v duplice zpochybnila přípustnost některých argumentů žalobkyň, které byly údajně obsaženy v přílohách k jejich žalobě a replice. Tvrdí, že žalobkyně předložily právní nebo hospodářské argumenty, které nesloužily pouze na podporu nebo doplnění skutkových a právních okolností výslovně uvedených v daných procesních listinách, nýbrž předkládaly nová tvrzení. Komise je toho názoru, že v „celých částech písemností žalobkyň“ se tak odkazovalo v plném rozsahu na tyto přílohy, bez nichž by postrádaly tyto části smysl.
- 58 Z článku 21 statutu Soudního dvora a čl. 44 odst. 1 písm. c) jednacího řádu Tribunálu vyplývá, že každý návrh na zahájení řízení musí uvádět předmět sporu a stručný popis dovolávaných žalobních důvodů. Toto uvedení musí být dostatečně jasné a přesné, aby umožnilo žalovanému připravit si obhajobu a Tribunálu o žalobě rozhodnout případně bez ostatních podpůrných informací. Za účelem zajištění právní jistoty a řádného výkonu spravedlnosti je třeba pro to, aby byla žaloba přípustná, aby hlavní skutkové a právní okolnosti, na kterých je založena, vyplývaly, přinejmenším stručně, ale uceleně a srozumitelně, z textu samotné žaloby. Ačkoli obsah žaloby lze podpořit a doplnit v konkrétních bodech odkazy na určité části písemností, které tvoří její přílohu, obecný odkaz na jiné písemnosti, třebaže jsou k žalobě přiloženy, nemůže zhojit neexistenci základních prvků právní argumentace, které musí být uvedeny v žalobě (viz rozsudek Tribunálu ze dne 17. září 2007, Microsoft v. Komise, T-201/04, Sb. rozh. s. II-3601, bod 94 a citovaná judikatura).
- 59 Tribunálu mimoto nepřísluší vyhledávat a určovat v přílohách žalobní důvody a argumenty, které by mohl pokládat za důvody představující základ žaloby, neboť přílohy mají čistě důkazní a pomocnou funkci (rozsudky Tribunálu ze dne 7. listopadu 1997, Cipeke v. Komise, T-84/96, Recueil, s. II-2081, bod 34; ze dne 21. března 2002, Joynson v. Komise, T-231/99, Recueil, s. II-2085, bod 154, a ze dne 14. prosince 2005, Honeywell v. Komise, T-209/01, Sb. rozh. s. II-5527, bod 57). Tato čistě důkazní

a pomocná funkce příloh znamená, že pokud obsahují právní okolnosti, na nichž jsou založeny některé žalobní důvody uvedené v žalobě, musí být takové okolnosti obsaženy v samotném textu žaloby nebo v ní musí být alespoň dostatečně označeny (v tomto smyslu viz rozsudek Soudního dvora ze dne 28. června 2005, Dansk Rørindustri a další v. Komise, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P až C-208/02 P a C-213/02 P, Sb. rozh. s. I-5425, bod 99). Z toho důvodu musí žaloba ozřejmit, v čem spočívá žalobní důvod, na kterém se žaloba zakládá, takže jeho pouhé abstraktní vyjádření nesplňuje požadavky jednacího řádu (rozsudky Tribunálu ze dne 12. ledna 1995, Viho v. Komise, T-102/92, Recueil, s. II-17, bod 68, a ze dne 22. listopadu 2006, Itálie v. Komise, T-282/04, nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 60).

- 60 Přílohy tedy nemohou sloužit k rozvinutí žalobního důvodu stručně popsaného v žalobě uvedením výtek nebo argumentů, které v ní nebyly obsaženy (viz rozsudek Tribunálu ze dne 30. ledna 2007, France Télécom v. Komise, T-340/03, Sb. rozh. s. II-107, bod 167 a citovaná judikatura).
- 61 Tento výklad článku 21 statutu Soudního dvora a čl. 44 odst. 1 písm. c) jednacího řádu se vztahuje rovněž na podmínky přípustnosti repliky, která je určena podle čl. 47 odst. 1 téhož jednacího řádu k doplnění žaloby (viz rozsudek Microsoft v. Komise, bod 58 výše, bod 95 a citovaná judikatura).
- 62 V projednávaném případě žalobkyně ve svých písemnostech několikrát odkázaly na často objemné dokumenty, které k nim byly připojeny. Některé z těchto odkazů se k však dotýčným připojeným písemnostem vztahují pouze obecně, a Tribunálu tedy neumožňují přesně určit skutečnosti, u nichž by mohl mít za to, že podporují nebo doplňují v konkrétních bodech, odkazem na určené části uvedených písemností, žalobní důvody a argumenty rozvinuté v žalobě nebo v replice. Především písemnosti, na něž je odkazováno, výlučně nesměřují k podpoření a doplnění v konkrétních bodech určitých argumentů obsažených ve spisu účastnic, jehož přílohu tvoří, nýbrž obsahují samotné vysvětlení uvedených argumentů, takže bez analýzy těchto písemností jim nelze porozumět.
- 63 Z toho vyplývá, že v projednávaném případě budou přílohy žaloby a repliky zohledněny pouze v rozsahu, v němž podírají nebo doplňují žalobní důvody či argumenty výslovně uvedené žalobkyněmi v samotném textu jejich písemností, a kde je možné přesně určit, které ze skutečností obsažených v těchto přílohách podírají nebo doplňují uvedené žalobní důvody či argumenty (v tomto smyslu viz rozsudek Microsoft v. Komise, bod 58 výše, bod 99).

B – *K věci samé*

- 64 Žalobkyně ve svých žalobách uvádí hlavní a podpůrná návrhová žádání.
- 65 Na podporu svých hlavních návrhových žádání směřujících ke zrušení napadeného rozhodnutí se žalobkyně dovolávají šesti žalobních důvodů. První žalobní důvod vychází z porušení práva na obhajobu. Druhý žalobní důvod vychází z nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení při vymezení relevantních velkoobchodních trhů. Třetí žalobní důvod vychází z nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení při stanovení dominantního postavení společnosti Telefónica na dotčených trzích. Čtvrtý žalobní důvod vychází z nesprávného právního posouzení při uplatnění článku 82 ES na zneužívající jednání společnosti Telefónica. Pátý žalobní důvod vychází z nesprávných skutkových zjištění nebo z nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení, pokud jde o zneužívající jednání společnosti Telefónica a její protisoutěžní dopad. Konečně šestý žalobní důvod vychází z uplatnění článku 82 ES *ultra vires* a z porušení zásad subsidiarity, proporcionality, právní jistoty, loajální spolupráce a řádné správy.
- 66 Podpůrně žalobkyně uplatňují dva žalobní důvody směřující ke zrušení pokuty nebo na snížení její výše. První žalobní důvod vychází z nesprávných skutkových zjištění a nesprávného právního posouzení a z porušení čl. 15 odst. 2 nařízení Rady č. 17 ze dne 6. února 1962, první nařízení, kterým se

provádějí články [81 ES] a [82 ES] (Úř. věst. 1962, 13, s. 204; Zvl. vyd. 08/01, s. 3), a čl. 23 odst. 2 nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 [ES] a 82 [ES] (Úř. věst. 2003, L 1, s. 1; Zvl. vyd. 08/02, s. 205) a zásad právní jistoty a legitimního očekávání. Druhý žalobní důvod uvedený podpůrněji vychází z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení a z porušení zásad proporcionality, rovného zacházení, personality trestů a povinnosti uvést odůvodnění při stanovování výše pokuty.

1. *K hlavním návrhovým žádáním směřujícím ke zrušení napadeného rozhodnutí*

a) K rozsahu přezkumu prováděného unijním soudem a k důkaznímu břemeni

- 67 Z článku 2 nařízení č. 1/2003 a z judikatury ustálené v rámci uplatňování článků 81 ES a 82 ES vyplývá, že v oblasti práva hospodářské soutěže je Komise v případě sporu o existenci protiprávního jednání povinna prokázat protiprávní jednání, jejichž existenci zjistila, a předložit důkazy, které mohou právně dostačujícím způsobem prokázat skutečnosti zakládající protiprávní jednání (rozsudky Soudního dvora ze dne 17. prosince 1998, Baustahlgewebe v. Komise, C-185/95 P, Recueil, s. I-8417, bod 58, a ze dne 6. ledna 2004, BAI a Komise v. Bayer, C-2/01 P a C-3/01 P, Recueil, s. I-23, bod 62; v tomto smyslu rovněž viz rozsudek Microsoft v. Komise, bod 58 výše, bod 688). Za tímto účelem musí shromáždit dostatečně přesné a shodující se důkazy, aby doložila pevné přesvědčení, že k protiprávnímu jednání došlo (viz v tomto smyslu rozsudek Tribunálu ze dne 25. října 2005, Groupe Danone v. Komise, T-38/02, Sb. rozh. s. II-4407, bod 217 a citovaná judikatura).
- 68 Dále je třeba připomenout, že v rámci žaloby na neplatnost podané na základě článku 230 ES přísluší unijnímu soudu pouze přezkoumat legalitu napadeného aktu (rozsudek Tribunálu ze dne 8. července 2004, JFE Engineering a další v. Komise, T-67/00, T-68/00, T-71/00 a T-78/00, Sb. rozh. s. II-2501, bod 174). Role soudce tak v případě žaloby na neplatnost, která směřuje proti rozhodnutí Komise, jímž se konstatuje protiprávní jednání v oblasti práva hospodářské soutěže a ukládají se pokuty jeho adresátům, spočívá v posouzení, zda důkazy a jiné skutečnosti, kterých se Komise ve svém rozhodnutí dovolává, jsou pro prokázání vytýkaného protiprávního jednání dostatečné (v tomto smyslu viz rozsudek Tribunálu ze dne 20. dubna 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij a další v. Komise, T-305/94 až T-307/94, T-313/94 až T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 a T-335/94, Recueil, s. II-931, bod 891 a výše uvedený rozsudek JFE Engineering a další v. Komise, bod 175).
- 69 Kromě toho je třeba připomenout ustálenou judikaturu, podle níž v případě, že unijní soud vykonává obecně úplný přezkum otázky, zda byly, či nebyly splněny podmínky použití ustanovení o hospodářské soutěži, přezkum, který vykonává ohledně komplexních hospodářských posouzení Komise, se nutně omezuje na ověření dodržování procesních pravidel a pravidel týkajících se odůvodnění, a rovněž na přezkum věcné správnosti skutkových zjištění, neexistence zjevně nesprávného posouzení a zneužití pravomoci (rozsudky Soudního dvora ze dne 11. července 1985, Remia a další v. Komise, 42/84, Recueil, s. 2545, bod 34; ze dne 17. listopadu 1987, British American Tobacco a Reynolds Industries v. Komise, 142/84 a 156/84, Recueil, s. 4487, bod 62, a ze dne 7. ledna 2004, Aalborg Portland a další v. Komise, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P, Recueil, s. I-123, bod 279; rozsudek Tribunálu ze dne 10. dubna 2008, Deutsche Telekom v. Komise, T-271/03, Sb. rozh. s. II-477, bod 185).
- 70 Stejně tak, je-li rozhodnutí Komise výsledkem komplexních technických posouzení, tato posouzení jsou v zásadě rovněž předmětem omezeného soudního přezkumu, který předpokládá, že unijní soud nemůže nahradit svým posouzením skutkových okolností posouzení Komise (rozsudky Tribunálu Microsoft v. Komise, bod 58 výše, bod 88, a ze dne 9. září 2009, Clearstream v. Komise, T-301/04, Sb. rozh. s. II-3155, bod 94).

- 71 Unijní soud Komisi sice přiznává v hospodářské oblasti volné uvážení, avšak neznamená to, že tento soud nesmí přezkoumávat výklad údajů této povahy provedený Komisí. Unijní soud totiž musí zejména ověřit nejen věcnou správnost uplatněných důkazů, jejich věrohodnost a soudržnost, ale rovněž musí přezkoumat, zda tyto důkazy představují veškeré relevantní údaje, jež musí být při posuzování komplexní situace vzaty v úvahu, a zda lze o ně opřít závěry, které z nich byly vyvozeny (rozsudek Soudního dvora ze dne 15. února 2005, Komise v. Tetra Laval, C-12/03 P, Sb. rozh. s. I-987, bod 39; rozsudky Microsoft v. Komise, bod 58 výše, bod 89, a Clearstream v. Komise, bod 70 výše, bod 95).
- 72 Pochybnosti soudce v tomto ohledu musí být ku prospěchu podniku, kterému je rozhodnutí konstatující protiprávní jednání určeno (v tomto smyslu viz rozsudek Soudního dvora ze dne 14. února 1978, United Brands a United Brands Continentaal v. Komise, 27/76, Recueil, s. 207, bod 265). Soudce tedy nemůže učinit závěr, že Komise právně dostačujícím způsobem prokázala dotčené protiprávní jednání, jestliže má o této otázce stále ještě pochybnosti, zejména v rámci žaloby směřující ke zrušení rozhodnutí, kterým je uložena pokuta (rozsudek JFE Engineering a další v. Komise, bod 68 výše, bod 177).
- 73 Za této posledně uvedené situace je totiž nezbytné vzít v úvahu zásadu presumpce nevinny, jak vyplývá zejména z čl. 6 odst. 2 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, podepsané v Římě dne 4. listopadu 1950, jež je součástí základních práv, která jsou podle judikatury Soudního dvora potvrzené i preambulí Evropského jednotného aktu a čl. 6 odst. 2 EU, jakož i článkem 47 Listiny základních práv Evropské unie, vyhlášené v Nice dne 7. prosince 2000 (Úř. věst. C 364, s. 1), chráněna v rámci unijního právního řádu. S ohledem na povahu dotčených protiprávních jednání i na povahu a stupeň přísnosti příslušných sankcí se zásada presumpce nevinny použije zejména v řízeních o porušení pravidel hospodářské soutěže použitelných na podniky, která mohou vést k uložení pokut či penále (viz rozsudek JFE Engineering a další v. Komise, bod 68 výše, bod 178 a citovaná judikatura; rovněž viz v tomto smyslu rozsudky Soudního dvora ze dne 8. července 1999, Hüls v. Komise, C-199/92 P, Recueil, s. I-4287, body 149 a 150, a Montecatini v. Komise, C-235/92 P, Recueil, s. I-4539, body 175 a 176).
- 74 S přihlédnutím k žalobním důvodům žalobkyně je třeba přezkoumat legalitu napadeného rozhodnutí ve světle výše uvedených úvah.
- b) K prvnímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z porušení práva na obhajobu
- 75 Žalobkyně tvrdí, že Komise použila poprvé v napadeném rozhodnutí na podporu svého závěru, že společnost Telefónica se dopustila protiprávního jednání, několik důkazů, které jí nebyly v průběhu správního řízení oznámeny a ke kterým tato společnost neměla možnost vyjádřit své stanovisko. Těchto důkazů se vůči ní nelze dovolávat, a jakožto důkazy podporující napadené rozhodnutí musí být odmítnuty. Tyto důkazy navíc vykazují hrubé chyby a mezery. Žalobkyně tvrdí, že kdyby k nim společnost Telefónica mohla vyjádřit svůj názor, mohla Komisi na chyby upozornit, a umožnit tak jejich opravu před přijetím napadeného rozhodnutí, takže obsah a závěry tohoto rozhodnutí by byly nutně jiné.
- 76 Je třeba připomenout, že z ustálené judikatury vyplývá, že dodržování práv obhajoby ve všech řízeních, která mohou vést k uložení sankcí, zejména pokut nebo penále, představuje základní zásadu unijního práva, která musí být dodržována, i když se jedná o správní řízení (rozsudky Soudního dvora ze dne 13. února 1979, Hoffmann-La Roche v. Komise, 85/76, Recueil, s. 461, bod 9, a ze dne 3. září 2009, Papierfabrik August Koehler a další v. Komise, C-322/07 P, C-327/07 P a C-338/07 P, Sb. rozh. s. I-7191, bod 34).
- 77 Právo přístupu ke spisu, které je důsledkem zásady ochrany práva na obhajobu, znamená, že Komise musí dotčenému podniku umožnit přezkoumat všechny dokumenty obsažené ve vyšetřovacím spise, které by mohly být relevantní pro jeho obhajobu. Mezi tyto dokumenty patří písemnosti svědčící jak

v neprospěch, tak ve prospěch, s výjimkou obchodních tajemství jiných podniků, interních dokumentů Komise a jiných důvěrných informací (viz rozsudek Aalborg Portland a další v. Komise, bod 69 výše, bod 68 a citovaná judikatura).

- 78 Nezpřístupnění dokumentu zakládá porušení práva na obhajobu pouze tehdy, jestliže dotčený podnik prokáže, že zaprvé Komise vycházela z tohoto dokumentu na podporu své námitky týkající se existence protiprávního jednání a zadruhé tato námitka mohla být prokázána pouze odkazem na tento dokument. Jestliže existují jiné listinné důkazy, se kterými byly strany ve správním řízení seznámeny a které konkrétně podporují závěry Komise, vyloučení nezpřístupněného usvědčujícího dokumentu jako důkazního prostředku nevyvrací opodstatněnost námitek uplatněných v napadeném rozhodnutí. Je tak na dotčeném podniku, aby prokázal, že výsledek, k němuž Komise dospěla ve svém rozhodnutí, by byl jiný, kdyby musela zamítnout jako důkazní prostředek v neprospěch dokument, který nebyl zpřístupněn a o který se Komise za účelem obvinění tohoto podniku opřela (rozsudek Aalborg Portland a další v. Komise, bod 69 výše, body 71 až 73 a citovaná judikatura).
- 79 Článek 27 odst. 1 nařízení č. 1/2003 kromě toho stanoví, že oznámení námitek zaslané účastníkům řízení musí jasným způsobem stanovit všechny podstatné skutečnosti, o které se Komise v tomto stadiu řízení opírá. Takové oznámení námitek představuje procesní záruku uplatňující základní zásadu unijního práva, jež vyžaduje dodržování práv obhajoby během celého řízení (v tomto smyslu viz rozsudek Papierfabrik August Koehler a další v. Komise, bod 76 výše, bod 35 a citovaná judikatura).
- 80 Tato zásada zejména vyžaduje, aby oznámení námitek zaslané Komisi podniku, kterému Komise zamýšlí uložit sankci za porušení pravidel hospodářské soutěže, obsahovalo základní skutečnosti uplatňované vůči tomuto podniku jako vytýkané skutkové okolnosti, jejich kvalifikaci a důkazy, o něž se Komise opírá, aby mohl uvedený podnik užitečně uplatnit své argumenty v rámci správního řízení, které je proti němu vedeno (viz rozsudek Papierfabrik August Koehler a další v. Komise, bod 76 výše, bod 36 a citovaná judikatura).
- 81 Tento požadavek je dodržen, když rozhodnutí Komise dotčeným osobám nepřičítá protiprávní jednání, která nebyla uvedena v oznámení námitek, a obsahuje pouze skutkové okolnosti, ke kterým se dotčené osoby měly příležitost vyjádřit (rozsudek Soudního dvora ze dne 15. července 1970, ACF Chemiefarma v. Komise, 41/69, Recueil, s. 661, bod 94; rozsudky Tribunálu ze dne 19. března 2003, CMA CGM a další v. Komise, T-213/00, Recueil, s. II-913, bod 109, a France Télécom v. Komise, bod 60 výše, bod 18).
- 82 Konečné rozhodnutí Komise nicméně nemusí být nutně kopií oznámení námitek. Jsou tedy přípustná doplnění oznámení námitek učiněná ve světle odpovědí účastníků řízení, jejichž argumenty prokazují, že skutečně mohli vykonat práva obhajoby. Komise rovněž může vzhledem ke správnímu řízení opravit nebo doplnit skutkové nebo právní argumenty na podporu námitek, které uvedla (viz rozsudky Tribunálu ze dne 28. února 2002, Compagnie générale maritime a další v. Komise, T-86/95, Recueil, s. II-1011, bod 442, a France Télécom v. Komise, bod 60 výše, bod 18 a citovaná judikatura).
- 83 Komise musí přihlídnout ke skutečnostem vyplývajícím ze správního řízení buď proto, aby upustila od námitek, které se ukázaly jako neopodstatněné, anebo aby upravila či doplnila po skutkové a právní stránce svou argumentaci na podporu uplatňovaných námitek (viz rozsudky Soudního dvora ze dne 29. října 1980, van Landewyck a další v. Komise, 209/78 až 215/78 a 218/78, Recueil, s. 3125, bod 68, a ze dne 3. září 2009, Prym a Prym Consumer v. Komise, C-534/07 P, Sb. rozh. s. I-7415, bod 40 a citovaná judikatura).
- 84 Práva obhajoby jsou tedy v případě nesouladu mezi oznámením námitek a konečným rozhodnutím porušena pouze za předpokladu, že by námitka obsažená v tomto rozhodnutí nebyla v uvedeném oznámení dostatečně objasněna tak, aby se osoby, jimž je toto oznámení určeno, mohly hájit (viz rozsudek Tribunálu ze dne 8. července 2004, Corus UK v. Komise, T-48/00, Sb. rozh. s. II-2325, bod 100 a citovaná judikatura).

- 85 O takový případ nejde, jestliže se údajné rozdíly mezi oznámením námitek a napadeným rozhodnutím netýkají jiných jednání než jednání, ke kterým se žalobkyně již vyjádřily, a vůči nimž tudíž nemohou být uplatněny jakékoliv nové námitky (v tomto smyslu viz rozsudek Soudního dvora ze dne 15. října 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij a další v. Komise*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P až C-252/99 P a C-254/99 P, Recueil, s. I-8375, bod 103).
- 86 Na prvním místě žalobkyně tvrdí, že Komise v napadeném rozhodnutí v rámci testu tarifních nůžek v „jednotlivých obdobích“ vycházela z „nových informací“.
- 87 Žalobkyně zaprvé tvrdí, že Komise k tomu, aby obhájila nutnost stanovit na základě průměrné délky obchodního vztahu mezi společností Telefónica a jejími předplatiteli na maloobchodním trhu „průměrnou délku vztahu“ [důvěrné]¹ let, použila „nové informace“, když na jednu stranu odkázala na původní obchodní plán společnosti Telefónica, který předpokládal návratnost nákladů vynaložených k získání zákazníků v horizontu jednoho nebo dvou let, a když na druhou stranu uvedla, že způsob výpočtu navržený společností Telefónica neodpovídal expandujícímu trhu (body 474 až 489 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Žalobkyně tak tvrdí, že kdyby se k této otázce mohly vyjádřit před přijetím napadeného rozhodnutí, mohly prokázat, že průměrná délka vztahu s předplatiteli byla [důvěrné].
- 88 V tomto ohledu je nejprve třeba konstatovat, že doba amortizace nákladů na získání předplatitelů v délce [důvěrné] let, uvedená v bodě 489 odůvodnění napadeného rozhodnutí se shoduje s dobou uvedenou v bodě 383 oznámení námitek. Příloha H oznámení námitek (body 595 až 598), nazvané „[o]dhad průměrné délky předplatného u společnosti Telefónica“ v tomto ohledu uvádí odhady společnosti Telefónica ohledně délky předplatného, jakož i důvody na jejichž základě měla Komise za to, že uvedené odhady této délky jsou podceněny (bod 598 oznámení námitek). V tomto ohledu Telefónica ostatně uplatňuje své argumenty v části 4.1 a v příloze 5 své odpovědi na oznámení námitek.
- 89 Co se dále týče odkazu v bodě 476 odůvodnění napadeného rozhodnutí na údaj o návratnosti nákladů na získání předplatitelů na základě původního obchodního plánu společnosti Telefónica, je třeba uvést, že tento údaj, který vychází z přílohy 10iii) k dopisu společnosti Telefónica zaslaném po oznámení námitek dne 21. července 2006 (poznámka pod čarou na straně 492 napadeného rozhodnutí), nebyl použit ke stanovení doby amortizace nákladů na získání předplatitelů v napadeném rozhodnutí (body 476 a 489 odůvodnění napadeného rozhodnutí), zároveň však tento údaj umožňuje konstatovat, že doba [důvěrné] let použitá Komisí pro provedení testu „jednotlivých období“, je pro společnost Telefónica výhodnější než doba uvedená v předmětném obchodním plánu.
- 90 Pokud jde závěrem o tvrzení Komise v bodě 482 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že způsob výpočtu navržený společností Telefónica nebyl vhodný pro expandující trh, je třeba uvést, že žalobkyně byly v oznámení námitek řádně informovány o významu vhodného výpočtu amortizace nákladů na získání nových zákazníků společnosti Telefónica, a to zejména na expandujících trzích. Komise tak již v bodě 380 oznámení námitek uvedla, že na takovém expandujícím trhu, jako je maloobchodní trh v projednávaném případě, tvoří náklady na získání zákazníků významný výdaj, které je třeba v přiměřeném časovém období amortizovat, takže by se měly provést úpravy v účetnictví společnosti Telefónica. Tvrzení obsažené v bodě 482 odůvodnění napadeného rozhodnutí v tomto ohledu představuje pouze odpověď na výpočty navržené společností Telefónica v dopise ze dne 26. března 2004, na které Komise odkázala již v příloze H (bod 595, poznámka pod čarou na straně 504) oznámení námitek.
- 91 Je každopádně třeba zamítnout argument žalobkyň obsažený v jejich replice, že kdyby věděly, že Komise průměrnou délku předplatného u společnosti Telefónica nezohlední, byly by mohly v každém případě prokázat, že uvedená délka byla v porovnání s délkou stanovenou Komisí v napadeném

1 — Důvěrné údaje byly vynechány.

rozhodnutí mnohem [důvěrné] a že praxe vnitrostátních regulačních orgánů (dále jen „VRO“) byla irelevantní. Jak bylo zmíněno v bodě 88 výše, doba amortizace nákladů na získání předplatitelů v délce [důvěrné] let byla obsažena již v bodě 383 oznámení námitek a Komise odkazovala na praxi vnitrostátních orgánů pro hospodářskou soutěž a VRO již v bodě 382 tohoto oznámení. Komise navíc v daném oznámení také uvedla, že bylo možné, že z důvodu protisoutěžního jednání společnosti Telefónica byla průměrná délka předplatného delší než na konkurenčním trhu (bod 381 oznámení námitek).

- 92 Námitka žalobkyně, že Komise k tomu, aby obhájila nutnost stanovit průměrnou délku předplatného [důvěrné] let, použila „nové informace“, tedy musí být zamítnuta.
- 93 Komise zadruhé v napadeném rozhodnutí dospěla k závěru, že určení nákladů společnosti Telefónica podhodnotilo marginální náklady za prodej služeb vysokorychlostního přenosu dat, zatímco předtím uvedla, že uvedené určení představovalo „horní hranici“ (body 407 a 424 oznámení námitek) nebo že zahrnovalo přiměřenou část obchodní struktury (bod 27 dopisu uvádějícího skutkové okolnosti).
- 94 V tomto ohledu je třeba uvést, že Komise již v bodech 401 až 407 a 424 oznámení námitek uvedla, že Telefónica ve své analýze CMILT podhodnotila náklady na prodej. Komise tak v bodě 401 oznámení námitek uvedla, že Telefónica „podhodnotila [CMILT] některých činností, zejména pak náklady na prodej“. Upřesnila, že „TESAU zahrnuje pouze náklady přímo vynaložené na každého nového předplatitele (prémie a provize poskytnuté prodejní síti), ale nezahrnuje žádný náklad související s její obchodní strukturou“. Dále v bodě 403 oznámení námitek Komise rovněž uvedla, že „maloobchodní činnost ADSL společnosti TESAU [tvořila] významnou část obchodní struktury TESAU a [že] část této struktury tedy [měla] být v [CMILT] společnosti TESAU zohledněna“. Závěrem Komise v bodě 29 dopisu uvádějícího skutkové okolnosti zdůraznila, že obchodní struktura TESAU byla především věnována k rozvoji širokopásmového přenosu dat. Žalobkyně ostatně v tomto ohledu předložily vyjádření ve své odpovědi na oznámení námitek a na dopis uvádějící skutkové okolnosti.
- 95 Co se týče tvrzení žalobkyně k nákladům za prodej, podle něhož se Komise „vzdala varianty nižší hodnoty [uvedené v bodě 406 oznámení námitek] ve prospěch varianty vyšší hodnoty [bod 407 oznámení námitek]“, když se poprvé v bodě 468 odůvodnění napadeného rozhodnutí opřela o vývoj obchodní kapacity společnosti Telefónica, je třeba zdůraznit, že uvedený vývoj byl již jasně zmíněn v bodě 402 oznámení námitek v bodě 27 dopisu uvádějícího skutkové okolnosti. Ve výše zmíněném bodě oznámení námitek Komise rovněž uvedla, že „varianta nižší hodnoty“, tj. výpočet nejnižší možné míry CMILT, představovala riziko jejich snížení na nižší míru než skutečné CMILT. V bodě 30 dopisu uvádějícího skutkové okolnosti také uvedla, když se opřela o bod 407 oznámení námitek odkazující na maximální míru CMILT, že měla za to, že pro účely případného rozhodnutí bylo důvodné do jejího hodnocení CMILT zahrnout náklady na prodej společnosti Telefónica. V bodě 424 oznámení námitek kromě toho Komise zdůraznila, že náklady obchodní sítě neobsahovaly pouze náklady vztahující se k této síti (varianta nižší hodnoty), ale i zvýšení nákladů obchodní struktury společnosti TESAU plynoucích z její maloobchodní činnosti v oblasti ADSL (varianta vyšší hodnoty). Námitka žalobkyně tedy nemůže obstát.
- 96 Na druhém místě žalobkyně tvrdí, že Komise v napadeném rozhodnutí uvedla skutečnosti týkající se metody DPT, ohledně kterých nebyla společnost Telefónica slyšena.
- 97 Žalobkyně zaprvé uvádí, že Komise tím, že v rámci analýzy „jednotlivých období“ změnila referenční zdroje, změnila také „zdroje většiny nákladů a příjmů použité v její analýze DPT“, takže úvahy žalobkyně o analýze „jednotlivých období“ jsou relevantní také pro účely analýzy DPT. Jelikož však byly argumenty žalobkyně v tomto ohledu zamítnuty (viz body 86 až 95 výše) a v rámci projednávaného žalobního důvodu žalobkyně neposkytly další upřesnění k případným jiným změnám zdrojů nákladů a příjmů použitých v analýze DPT, je třeba zamítnout také tuto námitku.

- 98 Žalobkyně jsou zadruhé toho názoru, že Komise měla v napadeném rozhodnutí nejprve provést „analýzu citlivosti“ koncové hodnoty použité v její analýze DPT, neboť – ač to nezmiňovala v dopise uvádějícím skutkové okolnosti – uvedenou hodnotu počítala na základě hypotetického odhadu budoucí výnosnosti maloobchodního prodeje společnosti Telefónica a přitom vycházela z předpokládaných zisků pro období 2007–2011 plynoucích od zákazníků získaných před rokem 2006. Žalobkyně v replice v tomto ohledu tvrdí, že z bodu 372 odůvodnění napadeného rozhodnutí plyne, že Komise z těchto „nových výpočtů“ vycházela, aby odůvodnila výběr koncové hodnoty.
- 99 Tento argument je však založen na mylném předpokladu. Komise v rozporu s tvrzením žalobkyň nepočítala koncovou hodnotu založenou na hypotetickém odhadu budoucí výnosnosti maloobchodního prodeje společnosti Telefónica z předpokládaných zisků pro období 2007–2011. V bodě 370 odůvodnění napadeného rozhodnutí Komise konkrétně uvedla, že „zjištění, zda ztráty společnosti Telefónica v období 2001–2006 mohly být kompenzovány hypotetickými budoucími zisky od roku 2007, [bylo] v projednávaném případě irelevantní“. Dále je třeba uvést, že bod 372 odůvodnění napadeného rozhodnutí směřuje k vyvrácení alternativního přístupu, který společnost Telefónica navrhla v rámci správního řízení za účelem výpočtu koncové hodnoty (bod 368 odůvodnění napadeného rozhodnutí), a k prokázání, že ve výpočtu této hodnoty bylo několik vážných chyb vedoucích k jejímu nadhodnocení (bod 371 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Jak přitom bylo uvedeno v bodech 82 a 83 výše, Komise musí ve svém konečném rozhodnutí zohlednit informace plynoucí ze správního řízení, aby upravila nebo doplnila jak z hlediska skutkového, tak právního svou argumentaci na podporu uplatňovaných námitek.
- 100 Komise v každém případě zdůraznila, že metoda, kterou použila v napadeném rozhodnutí za účelem výpočtu koncové hodnoty, již byla uvedena v bodě 446 poznámky pod čarou strany 302 a v tabulce 47 oznámení námitek (rovněž viz body 21 a 22 dopisu uvádějícího skutkové okolnosti). Telefónica tuto metodu ostatně již kritizovala v části 6.3 své odpovědi na uvedené oznámení a v části 5.1.2 své odpovědi na dopis uvádějící skutkové okolnosti.
- 101 Když byly žalobkyně na toto tvrzení při jednání dotázány, nejprve upřesnily, že mezi tabulkou 47 v oznámení námitek a tabulkou 67 v napadeném rozhodnutí byl zřejmý rozdíl, neboť údaje vztahující se k roku 2006 nebyly v daném oznámení uvedeny. Je však třeba uvážit, že neuvedení takových údajů, které je vysvětleno datem zaslání oznámení námitek, a to 21. února 2006, nevyvrací tvrzení Komise o uplatnění stejné metody v oznámení námitek i v napadeném rozhodnutí. Dále žalobkyně zopakovaly, že tabulka 67 napadeného rozhodnutí obsahovala „analýzu citlivosti“ (vztahující se k rokům 2007 až 2011) určenou k „potvrzení“ analýzy koncové hodnoty, což představovalo novou informaci. Tento argument je však třeba z důvodů uvedených v bodě 99 výše odmítnout. Následně žalobkyně tvrdily, že Komise v oznámení námitek použila minimální CMILT, kdežto v napadeném rozhodnutí použila maximální CMILT. Tento argument však již byl zamítnut v bodech 93 až 95 výše.
- 102 Komise zatřetí kritizovala znásobení příjmu, které Telefónica navrhla ve své odpovědi na oznámení námitek, a upravila výpočty DPT předložené společností Telefónica v uvedené odpovědi, aniž ji v tomto ohledu vyslechla (body 367 až 377 a 533 až 536 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Komise v napadeném rozhodnutí také odkázala na nedávné akvizice společností Terra Networks SA a O2 plc, které společnost Telefónica uskutečnila (bod 377 odůvodnění napadeného rozhodnutí), čímž se opřela o dokumenty neuvedené ve spisu.
- 103 Bod 377 odůvodnění napadeného rozhodnutí v tomto ohledu směřuje pouze k vyvrácení argumentace společnosti Telefónica v její odpovědi na oznámení námitek. Jak přitom bylo připomenuto v bodech 82 a 83 výše, doplnění oznámení námitek učiněná ve světle odpovědí účastníků řízení, jejichž argumenty prokazují, že skutečně mohli vykonávat práva obhajoby, jsou přípustná. Metoda hodnocení použitá při akvizicích společností Terra Networks a O2 samotnou společností Telefónica byla mimoto v daném bodě odůvodnění uvedena pro úplnost pouze jako příklad za účelem vyvrácení metody znásobení příjmu, kterou Telefónica použila pro hodnocení svých navazujících činností v odpovědi na oznámení námitek. Komise tedy z dotčených dokumentů nevycházela na podporu své námitky ohledně

protiprávního jednání v projednávaném případě. Námitku žalobkyň tedy nelze v souladu s judikaturou obsaženou v bodě 78 výše přijmout. Z dokumentace vztahující se k jednání ze dne 12. června 2006, která byla připojena ke spisu Tribunálu, dále vyplývá, že výpočet koncové hodnoty jako násobku příjmů uplatněný žalobkyněmi byl během dotčeného jednání předmětem diskuzí.

- 104 Na třetím místě žalobkyně tvrdí, že Komise v napadeném rozhodnutí srovnala podíly na trhu zaujímané širokopásmovými a úzkopásmovými produkty (body 574 až 578 odůvodnění napadeného rozhodnutí), což podle žalobkyň nebylo obsaženo v oznámení námitek ani uplatněno v dopise uvádějícím skutkové okolnosti.
- 105 Je třeba uvést, že Komise nezpochybnila ve svých písemnostech ani při dotazu k této otázce na jednání, že uvedené srovnání nebylo obsaženo ani v oznámení námitek ani v dopise uvádějícím skutkové okolnosti. Posouzení konkrétních dopadů protiprávního jednání obsažené v bodech 564 až 573 a 579 až 613 odůvodnění napadeného rozhodnutí se však opírá o mnoho dalších informací, které již byly uvedeny v bodech 475 až 532 oznámení námitek. Jelikož však nebylo prokázáno, že vyloučení srovnání podílů na trhu produktů vysokorychlostního a nízkorychlostního přenosu dat jako důkazu přispívá k neopodstatněnosti námitek uvedených v napadeném rozhodnutí, je třeba mít za to, že oznámení námitek v projednávaném případě obsahovalo základní skutečnosti, o něž Komise opřela svůj závěr týkající se konkrétních dopadů protiprávního jednání na trh.
- 106 Žalobkyně jsou na čtvrtém místě toho názoru, že k prokázání konkrétních účinků na velkoobchodní trh Komise použila nové údaje ohledně dalších čistých podílů společnosti Telefónica ve vztahu k jejím soutěžitelům (body 579 až 581 a graf 18 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 107 Jak Komise poznamenala na jednání, již v bodě 38 a poznámce pod čarou č. 45 dopisu uvádějího skutkové okolnosti uvedla [*důvěrné*]. Jak dále Komise zdůrazňuje, je třeba mít za to, že graf 18 napadeného rozhodnutí uvádí údaje o podílech na trzích nebo o objemech obsažených již v tabulce 64 v oznámení námitek. V tomto ohledu argument žalobkyň vznesený na jednání, že na rozdíl od grafu 18 napadeného rozhodnutí odkazuje tabulka 64 oznámení námitek rovněž na rok 2001, jakož i na operátora British Telecom, je třeba odmítnout, jelikož tyto údaje nejsou v napadeném rozhodnutí obsaženy. Uvedený argument tedy nemůže obstát.
- 108 Komise na pátém místě uvedla kritiku (body 606 až 609 odůvodnění napadeného rozhodnutí) ohledně studie o cenách připojené společností Telefónica k její odpovědi na oznámení námitek, která na rozdíl od kritiky vyslovené hlavním ekonomem Komise na jednání obsahovala nové a odlišné informace. V tomto ohledu postačí konstatovat, že žádné porušení práva společnosti Telefónica na obhajobu nelze konstatovat, neboť kritika Komise pouze vyvrací výpočty navržené společností Telefónica ve znaleckém posudku připojeném v příloze 6 její odpovědi na oznámení námitek a nepředstavuje nové informace k podpoření závěru Komise ohledně konkrétních účinků jednání společnosti Telefónica na dotčené trhy.
- 109 Z toho vyplývá, že projednávaný žalobní důvod je třeba zamítnout v plném rozsahu.
- c) K druhému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení při vymezení relevantních velkoobchodních trhů
- 110 Žalobkyně v rámci tohoto žalobního důvodu zpochybňují vymezení relevantních velkoobchodních trhů, které Komise uvedla v bodech 162 až 208 odůvodnění napadeného rozhodnutí (viz body 9 až 14 výše).
- 111 Pro účely přezkoumání případného dominantního postavení podniku na vymezeném sektorovém trhu musí být podle ustálené judikatury možnosti hospodářské soutěže posouzeny v rámci trhu zahrnujícího všechny výrobky, které mohou podle svých vlastností zvláště uspokojit konstantní potřeby a jsou málo zaměnitelné s jinými výrobky. Vzhledem k tomu, že vymezení relevantního trhu slouží k posouzení, zda má dotýčný

podnik možnost bránit účinné hospodářské soutěži a chovat se ve značné míře nezávisle na svých soutěžitelích, zákaznících a spotřebitelích, nelze se za tímto účelem omezovat pouze na přezkum objektivních vlastností dotčených výrobků, nýbrž je také třeba zohlednit podmínky hospodářské soutěže a strukturu poptávky a nabídky na trhu (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 9. listopadu 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise*, 322/81, Recueil, s. 3461, bod 37, a rozsudky *France Télécom v. Komise*, bod 60 výše, bod 78, a *Clearstream v. Komise*, bod 70 výše, bod 48 a citovaná judikatura).

- 112 Pojem „relevantní trh“ implikuje, že mezi výrobky, které tento trh tvoří, může existovat účinná hospodářská soutěž, což předpokládá, že výrobky, které jsou součástí téhož trhu, jsou pro účely téhož použití dostatečně zaměnitelné (rozsudky *Hoffmann-La Roche v. Komise*, bod 76 výše, bod 28, a *Clearstream v. Komise*, bod 70 výše, bod 49).
- 113 Ze sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (Úř. věst. 1997, C 372, s. 5, bod 7) rovněž vyplývá, že „[r]elevantní výrobní trh zahrnuje všechny výrobky a/nebo služby, které jsou spotřebitelem s ohledem na jejich vlastnosti, ceny a zamýšlené použití považovány za zaměnitelné nebo zastupitelné“. Z hospodářského hlediska představuje pro definici relevantního trhu možnost nahrazení poptávky nejbezprostřednější a nejúčinnější tlak na dodavatele určitého výrobku, zejména pokud jde o jejich rozhodnutí ohledně stanovení ceny (odstavec 13 uvedeného sdělení). Nahraditelnost nabídky lze také zohlednit při vymezování relevantního trhu v situacích, kdy se účinky této nahraditelnosti rovnají účinkům nahrazení poptávky ve smyslu účinnosti a bezprostřednosti. To znamená, že dodavatelé mohou převést výrobu na relevantní výrobky a v krátké době je uvést na trh, aniž jim vzniknou významné další náklady nebo rizika jako reakce na malé, ale trvalé změny relativních cen (odstavec 20 uvedeného sdělení).
- 114 Na prvním místě žalobkyně tvrdí, že zpřístupnění účastnického vedení, regionální velkoobchodní produkt a celostátní velkoobchodní produkt spadají do téhož relevantního výrobního trhu. Pokud jde o nahraditelnost poptávky těchto výrobků, tvrdí, že uvedené výrobky umožňují alternativním operátorům nabídnout stejné maloobchodní služby vysokorychlostního přenosu dat. Komise ostatně v bodech 154 a 155 odůvodnění napadeného rozhodnutí uznala, že uvedené produkty spadají do téhož relevantního maloobchodního trhu.
- 115 Žalobkyně zaprvé tvrdí, že Komise měla nesprávně za to, že náklady za nahrazení celostátních a regionálních velkoobchodních produktů zpřístupněním účastnického vedení jsou „extrémně vysoké“ a že takové nahrazení je „dlouhodobým procesem“ a vyžaduje „minimální kritický objem“. Žalobkyně rovněž tvrdí, že alternativní operátoři mohli k účastnickému vedení přejít od roku 2001 a že toto vedení prošlo v letech 2004 až 2006 značným vývojem.
- 116 Je třeba připomenout, že v napadeném rozhodnutí Komise zdůraznila značné investice, které přechod z celostátního velkoobchodního produktu k regionálnímu velkoobchodnímu produktu vyžaduje (bod 185 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Konstatovala také, že přechod od regionálního velkoobchodního produktu ke zpřístupnění účastnického vedení je extrémně nákladný, jelikož zahrnuje rozmístění sítě z bodu regionálního propojení do místních linek společnosti Telefónica, vysoké velkoobchodní ceny společnosti Telefónica za tento přechod a získání společného umístění a jiných přidružených služeb na umožnění poskytování služeb maloobchodního přístupu k vysokorychlostnímu přenosu dat. Mimoto podle Komise takový přestup zabere hodně času, není pro celé území Španělska vhodným řešením a vyžaduje určitý minimální kritický objem (body 173 až 177 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Komise rovněž v bodě 180 odůvodnění napadeného rozhodnutí připomněla, že sama společnost Telefónica v dopise Komisi ze dne 2. března 2005 poukázala na skutečnost, že alternativní operátoři musí dosáhnout minimálního kritického objemu před tím, než začnou investovat do vlastní infrastruktury, která jim zpřístupnění účastnického vedení umožní využívat.
- 117 Žalobkyně přitom nezpochybnily konstatování uvedená v napadeném rozhodnutí, že pro účely realizace zpřístupnění účastnického vedení museli být alternativní operátoři fyzicky přítomni a společně umístit svá zařízení se zařízením společnosti Telefónica, která byla jediným podnikem, jež na celém

španělském území vlastnila místní přístupovou síť, což je nutilo instalovat toto zařízení v 6 836 hlavních rozvaděčích společnosti Telefónica a znamenalo vysoké předběžné investice (body odůvodnění 80 a 81 a tabulka 8 napadeného rozhodnutí; rovněž viz bod 132 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Ani ve svých písemnostech ani na jednání nepopřely, že investice společnosti Telefónica z tohoto důvodu stouply na více jak 1 500 milionů eur, k nimž je třeba přidat nezbytné investice na připojení se ke 109 bodům nepřímého přístupu v rámci regionálního velkoobchodního produktu, které činily [důvěrné] milionů eur (body odůvodnění 164, 185, tabulka 9 a poznámky pod čarou č. 73 a 74 napadeného rozhodnutí). Jak přitom Komise správně uvádí, tyto investice jsou značné. Komise tedy uvedla, aniž jí žalobkyně odporovaly, že i samotná investice ve výši 200 milionů eur, jež byla podle společnosti Telefónica nezbytná k tomu, aby alternativní operátor mohl rozmístit svoji lokální síť, představovala více než 130 % kumulovaných příjmů společnosti Jazztel na maloobchodním trhu v letech 2001 a 2006.

- 118 Dále je třeba zamítnout argument žalobkyně, že společnost Jazztel, navzdory skutečnosti, že neměla k dispozici „minimální kritický objem“ (bod 177 odůvodnění napadeného rozhodnutí) a na počátku období 2001–2006 měla pouze jeden podíl na trhu nižší než 1 %, přesto byla schopná investovat částku 200 milionů eur, což popírá tvrzení obsažené v bodě 164 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že k rozmístění sítě účastnického vedení obsahující 550 až 575 ústředen bylo potřeba částku mezi 580 a 670 miliony eur.
- 119 Na jednu stranu argument žalobkyně spočívá výhradně na sdělení, které dne 27. července 2007 společnost Jazztel zaslala comisión nacional del mercado de valores (národní komise pro španělský trh cenných papírů), v němž uvedla, že „v průběhu zdaňovacích období 2005 a 2006 podnik investoval více než 200 milionů eur do rozmístění sítě účastnického vedení poslední generace, která byla nejrozsáhlejší a nejmodernější ve Španělsku“ a že „záměrem podniku bylo své investice v roce 2007 významně snížit, jakmile práce na rozvoji sítě skončí“. Z tohoto tvrzení však nevyplývá, že by celkové náklady za rozmístění sítě společnosti Jazztel dosahovaly „více než 200 milionů eur“, ale pouze to, že tato částka byla investována do rozmístění sítě v roce 2005 a 2006. Jak uvádí Komise, a žalobkyně jí v tomto směru neodporují, výše investic zmíněná v daném sdělení nezahrnuje investice společnosti Jazztel před rokem 2005 na rozmístění její sítě, zejména pak 2718 km sítě účastnického vedení, kterou společnost Jazztel rozmístila od konce roku 2004, ani investice, které budou ještě pro dokončení rozmístění dané sítě potřeba.
- 120 Na druhou stranu, i kdyby, jak tvrdí žalobkyně, se společnost Jazztel ke dni 28. února 2007 skutečně úspěšně připojila ke 607 rozvaděčům společnosti Telefónica, kromě toho, že tento údaj je z období následujícího po období protiprávního jednání, toto připojení nutně neznamená, že Jazztel skutečně učinila nezbytné investice pro rozmístění své sítě až k daným rozvaděčům. Společnost Jazztel tak v březnu 2006 připojila ke své síti 38 nebo 44 % (podle Komise) nebo 53 % (podle žalobkyně) ze 470 „místních ústředen“, jež nainstalovala. Argument žalobkyně, jehož přesnost Komise zpochybňuje, že připojení rozvaděčů k síti společnosti Jazztel je službou nezávislou na zpřístupnění, kterou alternativní operátoři mohou získat u jiného operátora, než je společnost Telefónica, přitom nezpochybňuje skutečnost, že tato investice byla součástí nutných investic k tomu, aby alternativní operátor mohl získat službu zpřístupnění účastnického vedení (bod 132 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Jelikož společnost Telefónica vlastní 6836 hlavních rozvaděčů, uzavření smluv pro přístup k jejím 607 rozvaděčům mimoto pokrývá z geografického hlediska méně než 10 % jejích ústředen a podle jejího názoru umožňuje dosáhnout jen přibližně na 60 % potenciálních klientů. Tohoto pokrytí bylo navíc dosaženo až na konci roku 2006, tedy šest let po zpřístupnění účastnického vedení.
- 121 V tomto ohledu je rovněž třeba zamítnout argument žalobkyně, že ačkoliv jsou investice požadované pro účely využívání jiného velkoobchodního produktu skutečně vysoké, Komise neprovedla výpočet zisků, které z používání účastnického vedení plynou (vyšší příjmy, rozmanitost konečných maloobchodních služeb a technologická nezávislost společnosti Telefónica). Jak Komise správně v bodě 176 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedla, alternativní operátor, jenž chce nahradit

regionální velkoobchodní produkt zpřístupněním účastnického vedení, musí provést nutné investice, aby svou síť rozmístil, ovšem zisky z této změny má až po dosažení dostatečné klientely, což není ani jisté, ani okamžité.

- 122 Závěrem musí být zamítnut argument žalobkyně, že významné a rychlé rozšíření účastnického vedení mezi lety 2004 a 2006 vedlo k pokrytí více než 60 % zařízení společnosti Telefónica, prokazuje, že „faktor času“ není překážkou nahrazení celostátních nebo regionálních velkoobchodních produktů zpřístupněním účastnického vedení.
- 123 Jak vyplývá zejména z odstavců 16, 20, 21 a 23 sdělení o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství uvedeném v bodě 113 výše a jak Komise správně připomněla v bodě 172 odůvodnění napadeného rozhodnutí, nahraditelnost, která je pro účely vymezení relevantního trhu nezbytná, se musí projevit v krátkodobém časovém horizontu, což podle bodů 172 až 175 odůvodnění napadeného rozhodnutí v projednávaném případě nenastalo.
- 124 V tomto ohledu je také třeba zamítnout argument žalobkyně směřující k vyvrácení uvedeného závěru, podle něhož alternativní operátoři nepovažovali za vhodné požadovat přístup k účastnickému vedení před rokem 2004, tedy v období, kdy dosáhli pokrytí více než 60 % zařízení společnosti Telefónica.
- 125 Ačkoliv společnost TESAU podléhala od prosince 2000 právní povinnosti pronajímat alternativním operátorům drátové vedení (bod 81 odůvodnění napadeného rozhodnutí), skutečné používání účastnického vedení začalo v omezené míře až na konci roku 2004 a na začátku roku 2005 (bod odůvodnění 96 a schéma 2 napadeného rozhodnutí). S ohledem na nutné investice (viz body 117 až 121 výše) a jak sama Telefónica uznala (bod 180 odůvodnění napadeného rozhodnutí), až v roce 2004 alternativní operátoři dosáhli kritického objemu z hlediska připojení a zkušeností na trhu, který jim umožnil investovat do infrastruktur sítí, a začít tak s přesunem jejich spojení z nepřímého velkoobchodního přístupu ke zpřístupněnému účastnickému vedení (rovněž viz body 177 až 180 odůvodnění napadeného rozhodnutí a bod 129 výše). Jak dále vyplývá zejména z bodu 143 odůvodnění napadeného rozhodnutí, byly konstatovány značné prodlevy mezi okamžikem, kdy alternativní operátoři požádali o zpřístupnění účastnického vedení společnosti Telefónica a okamžikem, kdy byl takový přístup poskytnut. V tomto ohledu je třeba uvést, jak vyplývá z tabulky 60 v napadeném rozhodnutí, jejíž údaje žalobkyně nezpochybnily, že k údajnému pokrytí více než 60 % zařízení společnosti Telefónica došlo až v prosinci 2006, tedy na konci období protiprávního jednání.
- 126 V tomto ohledu je rovněž třeba zamítnout argument žalobkyně, že Comisión Nacional de la Competencia (státní komise pro španělskou hospodářskou soutěž) odmítla ve svém rozhodnutí ze dne 22. října 2007 existenci překážek v přístupu k účastnickému vedení. I kdyby z tohoto rozhodnutí vyplývalo, že v projednávaném případě subjekt pověřený ochranou hospodářské soutěže v žádném stádiu šetření „nekonstatoval, že k údajnému zpoždění opravdu došlo“, toto rozhodnutí nezpochybně konstatování obsažená v bodech 139 a 140 odůvodnění napadeného rozhodnutí, jež Telefónica ve svých písemnostech nezpochybnila, podle kterých bylo od roku 2002 podáno na CMT 55 sporů ohledně přístupu k účastnickému vedení, z nichž většina byla rozhodnuta v neprospěch společnosti Telefónica.
- 127 Zadruhé žalobkyně tvrdí, že kromě zpřístupnění účastnického vedení existují jiné velkoobchodní produkty, které umožňují vytvořit „odlišnou“ nabídku, tj. například telefonické služby prostřednictvím protokolu IP (Internet Protocol). Účastnice však na jednání v podstatě potvrdily, že mezi celostátními a regionálními velkoobchodními produkty a zpřístupněním účastnického vedení existují funkční rozdíly, což ostatně vyplývá i z bodů odůvodnění 66, 70, 82, 85, 87, 89, 165 a 171 a z poznámky pod čarou 47 napadeného rozhodnutí. Žalobkyně sice na jednání tvrdily, že regionální velkoobchodní produkt „určitou míru rozlišení“ umožňuje, avšak je třeba mít za to, jak Komise upřesňuje ve výše uvedených bodech odůvodnění, že operátor, který se rozhodl pro zpřístupnění účastnického vedení společnosti Telefónica, může kontrolovat značnou část hodnotového řetězce a mnoho oblastí svých maloobchodních služeb. Jak vyplývá z bodů 82, 87, 89 a 171 odůvodnění napadeného rozhodnutí, na rozdíl od zpřístupnění účastnického vedení přístup k celostátním a regionálním velkoobchodním

produktům neumožňuje alternativním operátorům dostatečně odlišit jejich maloobchodní produkt od produktu společnosti Telefónica, takže mohou společnosti Telefónica konkurovat pouze cenami. Žalobkyně v tomto směru ve své replice zdůrazňují, že investice do účastnického vedení přináší větší rozmanitost konečných maloobchodních služeb. V tomto ohledu odkazují na příklady společnosti France Telecom, která byla prvním podnikem, jenž ve Španělsku nabídnul produkt zahrnující hlasová volání a internet, a společnosti Jazztel, která byla prvním podnikem, jenž uvedl na trh maloobchodní produkt s rychlostí připojení až 20 megabytů za sekundu.

- 128 Zatřetí je třeba zamítnout argument žalobkyň, že existuje „dostačující nahraditelnost“ regionálního velkoobchodního produktu, celostátního velkoobchodního produktu a zpřístupnění účastnického vedení, neboť v každé ústředně společnosti Telefónica používá dostatečný počet alternativních operátorů kombinaci různých velkoobchodních produktů, která nejlépe odpovídá jejich potřebám, a že tato nahraditelnost „na úrovni marže“ stačí k tomu, aby bylo možné se v projednávaném případě domnívat, že uvedené produkty patří do stejného relevantního výrobového trhu.
- 129 Nejprve je třeba uvést, stejně jak to uvedla Komise, že skutečnost, že by někteří operátoři investovali, aby rozmístili vlastní sítě, a mohli by tak od roku 2004 zvýšit používání účastnického vedení, nepotvrzuje skutečnou nahraditelnost mezi celostátními a regionálními velkoobchodními produkty a zpřístupněním účastnického vedení po dobu protiprávního jednání, nýbrž je výsledkem postupného procesu přechodu, který Komise popsala zejména v bodech 93 až 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Takový přechod přitom na jednu stranu vyžaduje po několik let značné investice. Na druhou stranu z důvodu vysokých nevratných nákladů, jež souvisí s tímto přechodem a s posunem na „stupnici investic“ (viz poznámka pod čarou 82 odůvodnění napadeného rozhodnutí), je málo pravděpodobné, že by alternativní operátor zaměnil zpřístupnění účastnického vedení za celostátní nebo regionální velkoobchodní produkty v případě mírného zvýšení, leč citelného a trvalého, cen zpřístupnění účastnického vedení.
- 130 Dále není prokázána skutečnost, že během protiprávního jednání alternativní operátoři používali v každé ústředně optimální kombinaci velkoobchodních produktů, která zahrnovala zpřístupnění účastnického vedení. Z bodů 102 a 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí, které žalobkyně ve svých písemnostech nezpochybnily, tak vyplývá, že společnost France Telecom kupovala do roku 2002 téměř výhradně celostátní velkoobchodní produkt od společnosti Telefónica, jenž byl na konci roku 2002 nahrazen alternativní celostátní velkoobchodní nabídkou založenou na regionálním velkoobchodním produktu od společnosti Telefónica. Počet zpřístupněných účastnických vedení společnosti France Telecom se významně zvyšoval až od února 2005, zatímco počet alternativních celostátních velkoobchodních linek založených na regionálním velkoobchodním produktu společnosti Telefónica se snižoval. Mimoto, až do posledního čtvrtletí roku 2004 kupovala společnost Ya.com výhradně celostátní velkoobchodní produkt společnosti Telefónica a zpřístupnění účastnického vedení začala postupně používat až od července 2005, současně s akvizicí společnosti Albura.
- 131 Konečně, argument žalobkyň lze uplatnit pouze na konkurenty společnosti Telefónica vlastní síť, jež jim umožňuje zpřístupnění účastnického vedení, a to s výjimkou potenciálních konkurentů společnosti Telefónica, kteří dosud pro účely používání regionálního velkoobchodního produktu nebo zpřístupnění účastnického vedení neinvestovali.
- 132 Co se začtvrté týče argumentu žalobkyň, že Servicio de Defensa de la Competencia (španělský odbor ochrany hospodářské soutěže) připustil existenci pouze jednoho relevantního velkoobchodního trhu ve věci Telefónica v. Iberbanda (zpráva odboru ochrany hospodářské soutěže N-06038, Telefónica/Iberbanda), postačí uvést, že žalobkyně nepopírají tvrzení Komise obsažené v jejích písemnostech, podle něhož posouzení transakce v této věci nezáviselo na více či méně úzkém omezení trhů, neboť podíly na trhu společnosti Iberbanda byly velmi malé, a že uvedený orgán ve svém konečném rozhodnutí výslovně odkázal na rozlišení provedené ze strany CMT mezi zpřístupněním účastnického vedení a nepřímým velkoobchodním přístupem.

- 133 Zapáté je třeba připomenout, že samotné žalobkyně v jejich původní odpovědi na stížnost společnosti France Telecom uvedly, že zpřístupnění účastnického vedení a velkoobchodní produkty nepřímého přístupu nebyly nahraditelné (bod 170 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Jak Komise uvedla v bodě 182 odůvodnění napadeného rozhodnutí, všechny VRO, které analyzovaly velkoobchodní trh připojení k vysokorychlostnímu přenosu dat v jejich zemích, včetně CMT, pokud jde o španělský trh, kromě toho měly z obdobných důvodů za to, že zpřístupnění účastnického vedení a velkoobchodní produkty nepřímého přístupu tvoří různé trhy. Jak správně uvádí Komise, takový přístup je rovněž v souladu s doporučením Komise 2003/311/ES ze dne 11. února 2003 o relevantních trzích produktů a služeb v odvětví elektronických komunikací, které připadají v úvahu pro regulaci *ex ante* podle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (Úř. věst. L 114, s. 45), který rozlišuje velkoobchodní trh zpřístupnění (včetně sdíleného přístupu) účastnického metalického vedení a úseků účastnického metalického vedení pro poskytování služeb širokopásmového přenosu dat a hlasových služeb (trh 11) od velkoobchodního trhu poskytování přístupu k širokopásmovému přenosu dat (trh 12).
- 134 S ohledem na výše uvedené je třeba se domnívat, že Komise měla v bodech 163 až 182 odůvodnění napadeného rozhodnutí oprávněně za to, že zpřístupnění účastnického vedení v projednávaném případě nebylo součástí relevantního trhu.
- 135 Na druhém místě žalobkyně popírají závěr napadeného rozhodnutí, podle něhož regionální a celostátní velkoobchodní produkty nepatří do stejného trhu. Zprvce tvrdí, že Komise použila teoretické příklady, které jsou vzdáleny od reality španělských trhů.
- 136 V tomto ohledu sice Komise v bodě 185 odůvodnění napadeného rozhodnutí odkazuje na odhady autorité de régulation des télécommunications française (francouzského telekomunikačního regulačního úřadu, dále jen „ART“) týkající se nákladů v rozsahu 150 a 300 milionů eur, které vznikají přechodem z celostátních velkoobchodních produktů na regionální velkoobchodní produkty, zatímco se má za to, že ve Francii se mohlo dosáhnout pokrytí celostátního rozsahu propojením na úrovni 20 bodů nepřímého přístupu.
- 137 Ačkoliv se odhady ART vztahují k jinému zeměpisnému trhu, jsou vhodné k ilustraci nutných investic do rozmístění takové sítě. Jak vyplývá z poznámky pod čarou 166 napadeného rozhodnutí, počet nepřímých přístupových bodů je téměř pětkrát vyšší ve Španělsku než ve Francii, a lze se tedy domnívat, že náklady na rozmístění sítě ve Španělsku jsou proto mnohem vyšší než ve Francii. Jak je uvedeno v bodě 723 odůvodnění napadeného rozhodnutí, trh vysokorychlostního přenosu dat ve Francii se kromě toho vyznačuje obdobnou strukturou jako ve Španělsku vzhledem k velkoobchodnímu přístupu na místní, celostátní i regionální úrovni.
- 138 Žalobkyně zadruhé uvádí, že Komise opírá své vymezení dvou odlišných trhů o tvrzení společnosti France Telecom, podle kterého chybí hospodářský důvod přechodu od regionálního velkoobchodního produktu k celostátnímu velkoobchodnímu produktu (bod 187 odůvodnění napadeného rozhodnutí), zatímco France Telecom sama toto tvrzení popřela v dokumentech založených ve spise, neboť uvedla, že se alternativní operátor může rozhodnout přejít z regionálního velkoobchodního produktu k celostátnímu velkoobchodnímu produktu, pokud cena posledně uvedeného produktu klesne. Společnosti Albura se kromě toho podařilo duplikovat regionální přístupovou síť společnosti Telefónica.
- 139 V tomto ohledu je třeba nejprve připomenout, jak vyplývá z bodu 187 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že s ohledem na nevratné náklady alternativní operátoři, kteří již uskutečnili nezbytné investice, aby se připojili ke 109 nepřímým přístupovým bodům, budou chtít ze svých investic mít zisk a vyberou si regionální velkoobchodní produkt spíše, než aby koncentrovaly přenos dat do jediného celostátního přístupového bodu. S ohledem na náklady spojené s přechodem z celostátního velkoobchodního produktu k regionálnímu velkoobchodnímu produktu, a to i v případě mírného, ale citelného a trvalého zvýšení ceny regionálního velkoobchodního produktu, je málo pravděpodobné

a z hospodářského hlediska nelogické, aby operátoři, kteří již do rozmístění sítě investovali, nesli náklady za nepoužívání této sítě a rozhodli se použít celostátní velkoobchodní produkt, jenž jim neposkytuje stejné možnosti z hlediska kontroly kvality služby maloobchodního produktu jako regionální velkoobchodní produkt. Kromě toho France Telecom při odpovědi na tuto otázku na jednání skutečně potvrdila, že má za to, že není hospodářský důvod k přechodu od regionálního velkoobchodního produktu k celostátnímu velkoobchodnímu produktu. Ačkoliv k takovému přechodu jednou a výjimečně došlo, bylo tomu z důvodu technického omezení souvisejícího s povinností společnosti France Telecom získat na úrovni regionálního velkoobchodního produktu dodatečnou kapacitu. Argument žalobkyň tedy nelze přijmout.

- 140 Zatřetí je třeba zamítnout argument žalobkyň, že Komise v minulosti přijala „asymetrickou nahraditelnost“ za účelem vymezení relevantního výrobního trhu, neboť o takovou nahraditelnost se v projednávaném případě nemůže jednat, jelikož přechod z celostátního velkoobchodního produktu k regionálnímu velkoobchodnímu produktu je časově náročný a vyžaduje značné investice (viz bod 129 výše) a přechod z regionálního velkoobchodního produktu k celostátnímu velkoobchodnímu produktu je z hospodářského hlediska nelogický (viz bod 139 výše). Z judikatury Tribunálu ostatně vyplývá, že silná disproporce v mírách migrace mezi dvěma produkty nepotvrzuje tezi jejich vzájemné zaměnitelnosti v očích spotřebitelů (rozsudek France Télécom v. Komise, bod 60 výše, body 86 až 91).
- 141 Žalobkyně začtvrté tvrdí, že Komise ve svém doporučení 2003/311 uznala, že dva uvedené velkoobchodní produkty nepřímého přístupu patří do téhož trhu. Je však třeba připomenout, že uvedené doporučení 2003/311 ve svém odůvodnění na jednu stranu výslovně z rozsahu své působnosti vylučuje velkoobchodní trh dalšího prodeje vysokorychlostního přenosu dat, tj. celostátní přístupové produkty v jediném bodě, jako je celostátní velkoobchodní produkt, kterým prochází veškerý přenos dat alternativního operátora prostřednictvím sítě společnosti Telefónica, a na druhou stranu zdůrazňuje existenci skutečně velkých překážek vstupu, pokud jde o velkoobchodní přístup k širokopásmovému přenosu dat, jelikož k poskytování této služby je třeba rozmístit síť. Kromě toho článek 15 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. března 2002 o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (rámcová směrnice) (Úř. věst. L 108, s. 33; Zvl. vyd. 13/29, s. 349), na který doporučení 2003/311 ve svém odůvodnění výslovně odkazuje, a bod 18 odůvodnění uvedeného doporučení stanoví, že trhy vymezené pro účely regulačního zásahu jsou takovými trhy bez ohledu na trhy, které lze vymezit v rámci konkrétních případů v právu hospodářské soutěže.
- 142 Žalobkyně zapáté tvrdí, že CMT ve svém rozhodnutí ze dne 6. dubna 2006 schváleném jejím rozhodnutím ze dne 1. června 2006, měla rovněž za to, že regionální velkoobchodní produkt a celostátní velkoobchodní produkt jsou součástí téhož trhu. V tomto ohledu rozhodnutí CMT ze dne 1. června 2006 spadá na rozdíl od napadeného rozhodnutí do rámce výhledové analýzy. Komise mimoto ve svých vyjádřeních k otázce návrhu rozhodnutí CMT dále uvedla, že stávající znaky a podmínky španělského trhu vysokorychlostního přenosu dat případně mohou odůvodnit segmentaci velkoobchodního trhu vysokorychlostního přenosu dat na dva relevantní výrobní trhy. Nakonec CMT v rozhodnutí z 1. června 2006 sama vyloučila společnost ADSL-IP Total z trhu 12. Telefónica přitom nezpochybňuje, že společnosti ADSL-IP a ADSL-IP Total patří do téhož celostátního velkoobchodního trhu s připojením (v tomto ohledu viz body 88 až 95, 109 a 110 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 143 S ohledem na předcházející úvahy je třeba dospět k závěru, že Komise měla v bodech 183 až 195 odůvodnění napadeného rozhodnutí právem za to, že velkoobchodní celostátní a regionální produkty nepatří do téhož trhu.
- 144 V důsledku toho je třeba druhý žalobní důvod zamítnout.

d) Ke třetímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení při zjištění údajného dominantního postavení společnosti Telefónica na relevantních trzích

- 145 Ve svém třetím žalobním důvodu žalobkyně tvrdí, že se Komise dopustila nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení, když stanovila údajné dominantní postavení společnosti Telefónica na relevantních trzích.
- 146 Úvodem je třeba zamítnout argumenty žalobkyně, že Komise měla za účelem konstatování zneužití dominantního postavení společnosti Telefónica ve formě tarifních nůžek stanovit, že Telefónica měla dominantní postavení jak na velkoobchodním, tak na maloobchodním trhu. Jak vyplývá z judikatury Soudního dvora, zneužívající povaha tarifní praxe zavedené vertikálně integrovaným podnikem v dominantním postavení na relevantním velkoobchodním trhu, která vede ke stlačení marží konkurentů tohoto podniku na maloobchodním trhu, nezáleží na existenci dominantního postavení tohoto podniku na tomto posledně uvedeném trhu (rozsudek Soudního dvora ze dne 17. února 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, Sb. rozh. s. I-527, bod 89). Pokud jde o relevantní velkoobchodní trhy, je tedy třeba přezkoumat argumenty žalobkyně týkající se stanovení dominantního postavení společnosti Telefónica.
- 147 Podle ustálené judikatury lze dominantní postavení definovat jako situaci, v níž má podnik hospodářskou sílu, která mu umožňuje bránit zachování účinné hospodářské soutěže na relevantním trhu tím, že mu poskytuje možnost jednat do značné míry nezávisle na svých soutěžitelích, svých zákaznících a nakonec i spotřebitelích (rozsudky Soudního dvora *United Brands a United Brands Continaal v. Komise*, bod 72 výše, bod 65, a ze dne 15. prosince 1994, *DLG*, C-250/92, Recueil, s. I-5641, bod 47; rozsudky Tribunálu ze dne 22. listopadu 2001, *AAMS v. Komise*, T-139/98, Recueil, s. II-3413, bod 51; ze dne 23. října 2003, *Van den Bergh Foods v. Komise*, T-65/98, Recueil, s. II-4653, bod 154, a *France Télécom v. Komise*, bod 60 výše, bod 99).
- 148 Existence dominantního postavení může vyplývat obecně ze souhrnu několika faktorů, které samy o sobě nejsou nezbytně určující (rozsudky *United Brands a United Brands Continaal v. Komise*, bod 72 výše, bod 66, a *DLG*, bod 147 výše, bod 47). Mezi těmito faktory je existence značných tržních podílů velmi významná (rozsudky Tribunálu ze dne 12. prosince 1991, *Hilti v. Komise*, T-30/89, Recueil, s. II-1439, bod 90, a ze dne 25. června 2010, *Imperial Chemical Industries v. Komise*, T-66/01, Sb. rozh. II-2631, body 255 a 256).
- 149 Z ustálené judikatury tudíž vyplývá, že velmi vysoké tržní podíly jsou samy o sobě, kromě výjimečných okolností, důkazem existence dominantního postavení. Podnik, který má po určitou dobu velmi vysoký tržní podíl, disponuje z hlediska objemu výroby a nabídky, které tomuto podílu odpovídají – aniž držitelé znatelně nižších podílů mohou urychleně uspokojit poptávku subjektů, které si přejí odejít od podniku s největším tržním podílem – silou, která z něj činí nevyhnutelného partnera, a která mu již z toho důvodu, přinejmenším po relativně dlouhou dobu, zajišťuje nezávislost jednání typickou pro dominantní postavení (rozsudky *Hoffmann-La Roche v. Komise*, bod 76 výše, bod 41; *Van den Bergh Foods v. Komise*, bod 147 výše, bod 154, a *Imperial Chemical Industries v. Komise*, bod 148 výše, bod 256; rovněž viz rozsudek *France Télécom v. Komise*, bod 60 výše, bod 100).
- 150 Podle judikatury podíl na trhu ve výši 50 % představuje sám o sobě, kromě výjimečných okolností, dominantní postavení (rozsudek Soudního dvora ze dne 3. července 1991, *AKZO v. Komise*, C-62/86, Recueil, s. I-3359, bod 60, a rozsudek *Imperial Chemical Industries v. Komise*, bod 148 výše, bod 256). Stejně tak podíl na trhu ve výši 70 až 80 % představuje sám o sobě jasnou indicii o dominantním postavení (rozsudky Tribunálu *Hilti v. Komise*, bod 148 výše, bod 92; ze dne 30. září 2003, *Atlantic Container Line a další v. Komise*, T-191/98, T-212/98 až T-214/98, Recueil, s. II-3275, bod 907, a *Imperial Chemical Industries v. Komise*, bod 148 výše, bod 257).

- 151 V projednávaném případě žalobkyně tvrdí, že Telefonica nemá dominantní postavení na „velkoobchodním trhu“ vysokorychlostního přenosu dat.
- 152 Pokud jde o velkoobchodní trhy přístupu k vysokorychlostnímu internetu, je třeba připomenout, jak vyplývá z bodů 162 až 208 odůvodnění napadeného rozhodnutí a bodů 110 až 143 výše, že regionální velkoobchodní produkt a celostátní velkoobchodní produkt nepatří do téhož výrobního trhu, takže případné dominantní postavení společnosti Telefonica na každém z těchto trhů je třeba posoudit odděleně.
- 153 Na prvním místě měla Komise v bodě 232 odůvodnění napadeného rozhodnutí za to, že Telefonica byla na velkoobchodním regionálním trhu v dominantním postavení. Pro účely takového závěru se opřela o 100% podíl společnosti Telefonica na trhu a o její faktické monopolní postavení na tomto trhu (bod 223 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Odkázala rovněž na značné překážky vstupu na tento trh, především pak na skutečnost, že alternativní operátoři museli vybudovat novou alternativní místní přístupovou síť nebo si zpřístupnit účastnická vedení společnosti Telefonica.
- 154 Komise tak v bodech 224 až 226 odůvodnění napadeného rozhodnutí zdůraznila značné nevratné náklady nových operátorů, kteří se snaží poskytovat velkoobchodní služby regionálního přístupu k vysokorychlostnímu přenosu dat prostřednictvím účastnického vedení společnosti Telefonica, jakož i značné úspory z rozsahu a škály produkce společnosti Telefonica. Komise kromě toho v bodě 227 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedla, že během období protiprávního jednání existovaly značné překážky a opoždění v přístupu ke zpřístupnění účastnického vedení, takže i operátor, který rozmístil svoji vlastní síť, nebyl schopný společnosti Telefonica konkurovat. Dále v bodě 228 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedla, že nutnost mít dostatečný počet zákazníků pro poskytování služeb vysokorychlostního přenosu dat představuje další překážku vstupu na trh pro operátory, kteří investují do zpřístupnění účastnického vedení, takže při rozmístění jejich místních sítí mají pravděpodobně vyšší jednotkové náklady než Telefonica. Komise dospěla k závěru, že alternativní operátoři, kteří nyní investují do zpřístupnění účastnického vedení, nebudou mít ani ve střednědobém výhledu žádný významný dopad na hospodářskou soutěž na velkoobchodním trhu regionálního přístupu, a že uvedený dopad nebude nikdy celostátního rozsahu (body 229 a 230 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 155 Zaprvé je třeba uvést, že žalobkyně nezpochybují, že Telefonica byla jediným operátorem, který ve Španělsku poskytoval od roku 1999 regionální velkoobchodní produkt (bod 223 odůvodnění napadeného rozhodnutí), takže měla na tomto trhu faktický monopol.
- 156 Zadruhé žalobkyně tvrdí, že navzdory svému podílu na trhu byla společnost Telefonica vystavena stálému konkurenčnímu tlaku ze strany svých konkurentů, kteří trvale a postupně zvyšovali svoji přítomnost na „velkoobchodním trhu“. Jak bylo v tomto ohledu připomenuto v bodě 152 výše, Komise měla oprávněně za to, že celostátní a regionální velkoobchodní produkty nepatří do téhož trhu. Příklady citované žalobkyněmi v jejich replikách ohledně společnosti Arsys, která uvedla na trh maloobchodní produkt vysokorychlostního přenosu dat tak, že využila výhradně velkoobchodní nabídku společnosti Uni2, a dále ohledně společností Tele2, Tiscali a Auna, které využily velkoobchodní služby společnosti Albura, tedy nelze přijmout, neboť se týkají velkoobchodní celostátní nabídky.
- 157 Zatřetí argument žalobkyně, že „velkoobchodní trh“ je „napadnutelný trh“, na němž mohou zákazníci a soutěžitelé společnosti Telefonica reprodukovat její síť, a vytvořit tak skutečný konkurenční tlak nezávisle na jejich podílech na trhu, také nelze přijmout vzhledem k nutným investicím do vybudování nové alternativní místní přístupové sítě nebo ke zpřístupnění účastnických vedení společnosti Telefonica, které jsou nezbytné k tomu, aby alternativní operátor mohl nabízet velkoobchodní produkt regionálního přístupu, který konkuruje regionálnímu velkoobchodnímu produktu společnosti Telefonica (zejména viz bod 129 výše).

- 158 Z toho vyplývá, že žalobkyně nepředložily žádný důkaz, který by mohl vyvrátit závěr Komise, podle něhož Telefonica měla na velkoobchodním regionálním trhu dominantní postavení po dobu protiprávního jednání.
- 159 Na druhém místě má Komise za to, že Telefonica byla na celostátním velkoobchodním trhu přístupu v dominantním postavení. V bodě 234 odůvodnění napadeného rozhodnutí tak tvrdí, že do posledního čtvrtletí roku 2002 neexistovala k celostátnímu velkoobchodnímu produktu společnosti Telefonica žádná skutečná alternativa. Od roku 2002 a po celou dobu protiprávního jednání byl ostatně podíl společnosti Telefonica na trhu trvale vyšší než 84 % (bod 235 odůvodnění napadeného rozhodnutí). V bodech 236 až 241 odůvodnění napadeného rozhodnutí Komise rovněž odkázala zaprvé na významný rozdíl mezi podílem na trhu společnosti Telefonica a podílem jejích hlavních konkurentů, kdy podíl společnosti Telefonica byl více než jedenáctkrát vyšší než podíl jejího hlavního konkurenta (bod 236 odůvodnění napadeného rozhodnutí), zadruhé na úspory z rozsahu a škály produkce, jakož i na vertikální integraci společnosti Telefonica, která jí umožňovala získat zpět své náklady díky velkým objemům přenesených dat vytvořeným její širokou předplatitelskou základnou (bod 237 odůvodnění napadeného rozhodnutí), zatřetí na její kontrolu účastnického vedení, která jí umožňovala významně ovlivňovat dostupnost konkurenčních velkoobchodních produktů (bod 240 odůvodnění napadeného rozhodnutí), a začtvrté na její síť, již převzala od dřívějšího monopolu, kterou nebylo snadné reprodukovat (bod 241 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 160 Za účelem prokázání neexistence dominantního postavení společnosti Telefonica na celostátním velkoobchodním trhu žalobkyně uvádí několik argumentů. Zaprvé prohlašují, že síť uvedené společnosti bylo možné reprodukovat.
- 161 Tvrdí tedy, že síť společnosti byla několika alternativními operátory zcela reprodukována. Jak ovšem Komise správně konstatovala v bodě 239 odůvodnění napadeného rozhodnutí, tyto příklady neexistenci dominantního postavení společnosti Telefonica na celostátním velkoobchodním trhu neprokazují.
- 162 Je pravda, že případná hospodářská soutěž na trhu je relevantní okolností pro posouzení existence dominantního postavení. Avšak ani existence, byť účinné, hospodářské soutěže na daném trhu nevylučuje dominantní postavení na tomto trhu, jelikož uvedené postavení je především charakterizováno možností daného podniku jednat v rámci své tržní strategie bez nutnosti přihlížet k této hospodářské soutěži, aniž si tímto jednáním způsobí újmu (viz rozsudek Tribunálu ze dne 14. prosince 2005, *General Electric v. Komise*, T-210/01, Sb. rozh. s. II-5575, bod 117 a citovaná judikatura; rozsudek *France Télécom v. Komise*, bod 60 výše, bod 101).
- 163 Příklady předložené žalobkyněmi však v projednávaném případě nevyvracejí informace uplatněné Komisí v bodech 235 až 241 odůvodnění napadeného rozhodnutí, které se týkají zejména toho, že Telefonica si po celou dobu protiprávního jednání zachovala podíl na trhu vyšší než 84 %, a skutečnosti, že od roku 2001 je tento podíl na trhu stále jedenáctkrát vyšší než podíl jejího hlavního konkurenta, nebo také skutečnosti, že překážky bránily konkurentům společnosti Telefonica výnosným způsobem nabízet celostátní velkoobchodní produkt, který by jejímu produktu konkuroval.
- 164 Zadruhé žalobkyně tvrdí, že Komise zaujala „v podstatě dogmatický postoj“. Toto však není v souladu s postojem, který zaujala ve svých sděleních jiným evropským regulačním orgánům. V těchto sděleních měla za to, že hospodářská soutěž mezi vertikálně integrovanými podniky na úrovni maloobchodního trhu může vytvářet nepřímý konkurenční tlak na velkoobchodní trh. Komise tedy měla analyzovat otázku, zda kabeloví operátoři a operátoři účastnického vedení vytvářeli nepřímý konkurenční tlak na chování společnosti Telefonica na velkoobchodním trhu nepřímého přístupu.
- 165 V tomto ohledu stačí uvést, že takový argument je neopodstatněný, jelikož Komise skutečně konkurenční tlak kabelových operátorů analyzovala a v bodech 268 až 276 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedla, že kabeloví operátoři nevyvíjeli na společnost Telefonica na maloobchodním trhu

tarifní tlak, a dále z bodů 264 až 266 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že zpřístupnění účastnického vedení zaznamenalo skutečný rozmach až od září 2004 a ze zeměpisného hlediska bylo omezené.

166 Zatřetí k prokázání neexistence dominantního postavení společnosti Telefónica nestačí ani skutečnost, že byla od roku 2000 povinná poskytovat přístup k účastnickému vedení za ceny založené na nákladech. Ačkoliv je schopnost stanovit pravidelná zvýšení cen nesporně skutečností, která může vypovídat o existenci dominantního postavení, není nezbytným prvkem tohoto postavení, neboť nezávislost, jakou má dominantní podnik v oblasti cen, vyplývá hlavně ze schopnosti stanovit tyto ceny bez nutnosti zohlednění reakce konkurentů, zákazníků a dodavatelů, spíše než ze schopnosti uvedené ceny zvýšit (viz rozsudek Atlantic Container Line a další v. Komise, bod 150 výše, bod 1084 a citovaná judikatura). Vzhledem k tomu, že všechny konkurenční produkty velkoobchodního přístupu jsou založeny na účastnickém vedení společnosti Telefónica nebo na jejím velkoobchodním regionálním produktu, dostupnost konkurenčních produktů pak nezáleží jen na skutečné dostupnosti zpřístupněného účastnického vedení nebo regionálního velkoobchodního produktu, ale i na hospodářských podmínkách, ve kterých jsou poskytovány (bod 240 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

167 S ohledem na výše uvedené je třeba dospět k závěru, že Komise měla právem za to, že Telefónica byla na celostátním velkoobchodním trhu dominantní postavení.

168 Proto a jelikož, jak bylo uvedeno v bodě 146 výše, Komise nemá za účelem stanovení existence tarifních nůžek povinnosti prokázat, že Telefónica měla na maloobchodním trhu dominantní postavení, je třeba projednávaný žalobní důvod zamítnout v plném rozsahu.

e) Ke čtvrtému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného právního posouzení při uplatnění článku 82 ES na údajně zneužívající chování společnosti Telefónica

169 V rámci projednávaného žalobního důvodu žalobkyně tvrdí, že napadené rozhodnutí je stíženo dvěma závažnými chybami při uplatnění článku 82 ES na údajně zneužívající chování společnosti Telefónica.

170 Úvodem je třeba připomenout, že článek 82 ES tím, že zakazuje zneužití dominantního postavení na trhu v rozsahu, ve kterém může být ovlivněn obchod mezi členskými státy, se vztahuje na jednání, která mohou ovlivnit strukturu trhu, na němž je stupeň hospodářské soutěže již oslabený právě v důsledku přítomnosti dotčeného podniku, a která mají za následek bránění tím, že používají prostředky odlišné od těch, které jsou používány při běžné soutěži výrobků nebo služeb na základě plnění hospodářských subjektů, zachování stupně hospodářské soutěže, který ještě na trhu existuje, nebo rozvoji této hospodářské soutěže (rozsudky Soudního dvora Hoffman-La Roche v. Komise, bod 76 výše, bod 91; Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise, bod 111 výše, bod 70; ze dne 2. dubna 2009, France Télécom v. Komise, C-202/07 P, Sb. rozh. s. I-2369, bod 104, a ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, C-280/08 P, Sb. rozh. s. I-9555, bod 174).

171 Jelikož se článek 82 ES týká nejen jednání, která mohou způsobit bezprostřední újmu spotřebitelům, nýbrž také jednání, která jim způsobují újmu tím, že zasahují do struktury účinné hospodářské soutěže, má podnik zaujímající dominantní postavení zvláštní odpovědnost nezasahovat svým jednáním do účinné a nenarušené hospodářské soutěže na společném trhu (viz rozsudky ze dne 2. dubna 2009, France Télécom v. Komise, bod 170 výše, bod 105, a TeliaSonera, bod 146 výše, bod 24 a citovaná judikatura).

172 Jak již Soudní dvůr uvedl, vyplývá z toho, že článek 82 ES podniku v dominantním postavení zakazuje vyloučit konkurenta z trhu, a posílit tak své postavení za použití jiných prostředků než těch, které spadají do hospodářské soutěže na základě výkonnosti. Z tohoto hlediska tedy nelze každou cenovou soutěž považovat za legitimní (viz rozsudek ze dne 2. dubna 2009, France Télécom v. Komise, bod 170 výše, bod 106 a citovaná judikatura).

- 173 Pokud jde o zneužívající povahu takové tarifní praktiky, jako je praktika dotčená v projednávané věci, je třeba uvést, že článek 82 druhý pododstavec písm. a) ES výslovně zakazuje, aby dominantní podnik přímo či nepřímo vynucoval nepřiměřené ceny (rozsudek TeliaSonera, bod 146 výše, bod 25).
- 174 Kromě toho seznam zneužívajících jednání uvedený v článku 82 ES není taxativní, takže výčet zneužívajících jednání obsažený v tomto ustanovení nevyčerpává způsoby zneužití dominantního postavení zakázané unijním právem (viz rozsudek TeliaSonera, bod 146 výše, bod 26 a citovaná judikatura).
- 175 Za účelem určení, zda podnik v dominantním postavení toto postavení zneužil tím, že uplatňuje své tarifní praktiky, je třeba posoudit celkové okolnosti a přezkoumat, zda toto jednání nesměřuje k odnětí nebo omezení možnosti kupujícího zvolit si zdroje zásobování, k zabránění soutěžitelům v přístupu na trh, k uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy nebo k posilování dominantního postavení prostřednictvím narušené hospodářské soutěže (viz rozsudek TeliaSonera, bod 146 výše, bod 28 a citovaná judikatura).
- 176 Na prvním místě žalobkyně tvrdí, že z napadeného rozhodnutí jasně vyplývá, že Komise analyzuje údajné tarifní nůžky jako zneužití, jehož účinky vyloučení jsou podobné účinkům *de facto* odmítnutí uzavřít smlouvu. Komise přitom neuplatnila právní kritérium odpovídající tomuto druhu jednání, které Soudní dvůr stanovil ve svém rozsudku ze dne 26. listopadu 1998, Bronner (C-7/97, Recueil. s. I-7791). Zejména pak Komise neprokázala, že dotčené velkoobchodní produkty představovaly vstupy nebo základní infrastruktury, ani že odmítnutí dodávek mohlo vyloučit veškerou hospodářskou soutěž na maloobchodním trhu.
- 177 Takový argument nelze přijmout.
- 178 Je třeba uvést, že na rozdíl od tvrzení žalobkyň Komise v napadeném rozhodnutí neposuzovala tarifní nůžky jako *de facto* odmítnutí uzavřít smlouvu. Komise v uvedeném rozhodnutí připomněla koncept zneužití ve smyslu článku 82 ES a povinnosti, které z toho plynou (body 279 a 280 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Definovala také praktiku tarifních nůžek, přičemž se opřela zejména o judikaturu unijního soudu a o svou rozhodovací praxi (body 281 až 284 odůvodnění napadeného rozhodnutí). V tomto ohledu v bodě 285 odůvodnění napadeného rozhodnutí zdůraznila, že od září 2001 do prosince 2006 Telefónica zneužívala své dominantní postavení na španělských trzích přístupu k širokopásmovému přenosu dat tím, že uplatňovala tarifní nůžky, které vznikly nepoměrem mezi maloobchodními a velkoobchodními poplatky za přístup k širokopásmovému přenosu dat, což vedlo k pravděpodobnému omezení hospodářské soutěže na maloobchodním trhu. Komise měla rovněž v bodech 299 až 309 odůvodnění napadeného rozhodnutí za to, že se kritéria vyplývající z rozsudku Bronner, bod 176 výše, na projednávanou věc nevztahují.
- 179 Zejména je třeba uvést, že Komise v napadeném rozhodnutí společnosti Telefónica neuložila, aby svým konkurentům poskytla přístup k velkoobchodním produktům, neboť tato povinnost vyplývá ze španělského právního rámce. Telefónica tedy měla povinnost poskytnout regionální velkoobchodní produkt od března 1999 a celostátní velkoobchodní produkt (ADSL-IP) od dubna 2002, přičemž tato povinnost vyplývala z vůle veřejných orgánů pobídnout společnost a její konkurenty k investicím do inovací (body 88, 111, 287 a 303 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 180 Soudní dvůr kromě toho ve svém rozsudku TeliaSonera, bod 146 výše, připomenul, že z jeho rozsudku Bronner, bod 176 výše, nelze vyvodit, že podmínky nezbytné k prokázání existence zneužívajícího odmítnutí dodávek se musí nutně použít rovněž v rámci posouzení zneužívající povahy chování spočívajícího v tom, že poskytování služeb nebo prodej výrobků podléhají nevýhodným podmínkám nebo podmínkám, za kterých by kupující nemusel mít zájem. Taková chování mohou sama o sobě vést k samostatné formě zneužití, která se od odmítnutí dodávek liší (rozsudek TeliaSonera, bod 146 výše, body 55 a 56).

- 181 Opačný výklad rozsudku Bronner, bod 176 výše, by znamenal, že k tomu, aby mohlo být jakékoliv jednání dominantního podniku týkající se jeho obchodních podmínek považováno za zneužívající, by bylo třeba vždy naplnit podmínky požadované k prokázání existence odmítnutí uzavřít smlouvu, což by nepatřičně omezilo užitečný účinek článku 82 ES (v tomto smyslu viz rozsudek TeliaSonera, bod 146 výše, bod 58).
- 182 Ačkoliv Soudní dvůr ve svém rozsudku TeliaSonera, bod 146 výše (bod 69) uvedl, že nepostradatelnost velkoobchodního produktu může být při posouzení účinků stlačení marží relevantní, je v tomto ohledu nutno konstatovat, že žalobkyně nepostradatelnost velkoobchodních produktů uplatnila až na podporu svého tvrzení, podle kterého Komise na údajné odmítnutí *de facto* uzavřít smlouvu, které bylo v napadeném rozhodnutí sankcionováno, neuplatnila vhodné právní kritérium. Jejich argument je tedy třeba odmítnout.
- 183 Na druhém místě žalobkyně tvrdí, že i za předpokladu, že by se článek 82 ES použil, Komise neuplatnila právní kritérium, které odpovídalo pojmu „tarifní nůžky“.
- 184 Žalobkyně zaprvé tvrdí, že se Komise dopustila nesprávného právního posouzení, když uplatnila test tarifních nůžek na vstupní produkt, který nebyl nezbytný. Tento argument je však třeba zamítnout z důvodů uvedených v bodech 180 až 182 výše.
- 185 Zadruhé žalobkyně tvrdí, že Komise měla podle nich za účelem stanovení existence zneužívajících tarifních nůžek prokázat, že Telefónica měla dominantní postavení také na maloobchodním trhu. Takový argument byl nicméně vyvrácen v bodě 146 výše.
- 186 Žalobkyně zatřetí tvrdí, že v souladu s rozsudkem Tribunálu ze dne 30. listopadu 2000, *Industrie des poudres sphériques v. Komise* (T-5/97, Recueil, s. II-3755, bod 179) lze o praktice tarifních nůžek hovořit pouze v případě, kdy je velkoobchodní cena za předcházející produkt fakturovaná konkurentům přemrštěná nebo kdy má maloobchodní cena za odvozený produkt predátorskou povahu.
- 187 V tomto ohledu je třeba připomenout, že stlačení marží může samo o sobě, není-li objektivně odůvodněno, představovat zneužití ve smyslu článku 82 ES. Stlačování marží přitom vyplývá z rozdílu mezi cenami za velkoobchodní plnění a cenami za maloobchodní plnění, a nikoliv z výše těchto cen jako takových. Toto stlačování může především vyplývat nejen z neobvykle nízké ceny na maloobchodním trhu, ale rovněž z neobvykle vysoké ceny na velkoobchodním trhu (v tomto smyslu viz rozsudek TeliaSonera, bod 146 výše, body 97 a 98). Komise proto v napadeném rozhodnutí nebyla povinna prokázat, že Telefónica uplatňovala nadměrné ceny za své velkoobchodní produkty nepřímého přístupu nebo predátorské ceny za své maloobchodní produkty (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 14. října 2010, *Deutsche Telekom v. Komise*, bod 170 výše, bod 169, a rozsudek ze dne 10. dubna 2008, *Deutsche Telekom v. Komise*, bod 69 výše, bod 167).
- 188 Začtvrté je třeba zamítnout argument žalobkyň, že Komise měla svou analýzu zneužívající povahy chování společnosti Telefónica založenou na kritériu „stejně výkonného soutěžitele“ doplnit studii marží hlavních alternativních operátorů na španělském trhu.
- 189 Je třeba připomenout, že Soudní dvůr již upřesnil, že článek 82 ES podniku v dominantním postavení zakazuje zejména to, aby užíval tarifní praktiky, jejichž důsledkem je vyloučení jeho stejně výkonných soutěžitelů, ať skutečných či potenciálních. Podnik zneužívá svého dominantního postavení, když uplatňuje cenovou politiku s cílem vyloučit z trhu soutěžitele, kteří jsou snad stejně výkonní jako tento podnik, ale z důvodu menší finanční schopnosti nemohou odolávat soutěži, která je vůči nim uplatňována (v tomto smyslu viz rozsudek TeliaSonera, bod 146 výše, body 39 a 40 a citovaná judikatura).
- 190 Za účelem posouzení legality cenové politiky dominantního podniku je přitom třeba vycházet v zásadě z cenových kritérií založených na nákladech vzniklých samotnému dominantnímu podniku a na jeho strategii (viz rozsudky ze dne 14. října 2010, *Deutsche Telekom v. Komise*, bod 170 výše, bod 198, a *TeliaSonera*, bod 146 výše, bod 41 a citovaná judikatura; rovněž viz rozsudek ze dne 10. dubna 2008, *Deutsche Telekom v. Komise*, bod 69 výše, body 188 až 191).

- 191 Pokud jde o tarifní praktiky vedoucí ke stlačování marží, použití takových kritérií analýzy umožňuje zvláště ověřit, zda by byl tento podnik dostatečně výkonný, aby mohl nabízet své maloobchodní plnění koncovým uživatelům jinak než se ztrátou, kdyby byl předtím povinen uhradit své vlastní velkoobchodní ceny za poskytování mezitímního plnění (rozsudky ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, bod 170 výše, bod 201, a TeliaSonera, bod 146 výše, bod 42).
- 192 Takový přístup je o to důvodnější, že na jednu stranu je rovněž v souladu s obecnou zásadou právní jistoty, protože zohlednění nákladů dominantního podniku mu s přihlédnutím ke zvláštní odpovědnosti, jež pro něj vyplývá z článku 82 ES, umožňuje posoudit legalitu vlastního jednání. Ačkoliv dominantní podnik zná své vlastní náklady a tarify, v zásadě nezná náklady a tarify svých konkurentů (rozsudky ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, bod 170 výše, bod 202, a TeliaSonera, bod 146 výše, bod 44). Zneužití ve formě vyloučení má dále také dopad na potenciální soutěžitele dominantního podniku, které může vyhlídka nízké výnosnosti odradit od vstupu na trh.
- 193 Z judikatury sice rovněž vyplývá, že nelze vyloučit, že náklady a ceny konkurentů mohou být při přezkumu dotčené tarifní praktiky relevantní. Avšak ceny a náklady konkurentů na tomtéž trhu je třeba přezkoumat pouze tehdy, není-li s ohledem na okolnosti uvedené Soudním dvorem možné odkázat na ceny a náklady dominantního podniku (rozsudek TeliaSonera, bod 146 výše, body 45 a 46), což žalobkyně netvrdily.
- 194 Komise odkázala na náklady společnosti Telefónica, a – i bez provedení studie marží hlavních alternativních operátorů na španělském trhu – tedy oprávněně dospěla k závěru, že ke stanovení tarifních nůžek je vhodný test, kterým se zjišťuje, zda je konkurent s totožnou strukturou nákladů, jako je struktura nákladů v rámci navazující činnosti vertikálně integrovaného podniku, schopný nabídnout navazující služby bez ztrát, musí-li tento vertikálně integrovaný podnik zaplatit cenu za předcházející přístup, která je fakturována jeho konkurentům (body 311 až 315 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 195 Zapáté žalobkyně tvrdí, že i kdyby bylo kritérium „stejně výkonného hypotetického soutěžitele“ vhodné k prokázání existence protiprávního jednání v projednávaném případě, analýza Komise je stížena vadou při výběru velkoobchodních vstupů. Podle nich by stejně výkonný soutěžitel použil k rozvoji svých maloobchodních aktivit výhradně účastnické vedení nebo optimální kombinaci velkoobchodních produktů. Jak ovšem bylo uvedeno v bodech 130 a 131 výše, nejeví se, že by alternativní operátoři používali po dobu protiprávního jednání v každé ústředně optimální kombinaci velkoobchodních produktů, jež zahrnovala zpřístupnění účastnického vedení.
- 196 Zašesté žalobkyně tvrdí, že podle teorie rozsahu investic není třeba, aby byly všechny stupně v rámci tohoto rozsahu byly přístupné. Takový argument však musí být odmítnut. Jak správně uvádí Komise, postup, který umožňuje alternativním operátorům postupně investovat do jejich vlastní infrastruktury, může být udržitelnou strategií pouze v případě, kdy na jednotlivých úrovních daného rozsahu není uplatňována praktika tarifních nůžek. Přitom tarifní nůžky stanovené společností Telefónica pravděpodobně zpomalily vstup a růst jejich konkurentů a jejich schopnost dosáhnout dostatečné úrovně úspor z rozsahu s cílem odůvodnit investice do vlastní infrastruktury a používání zpřístupnění účastnického vedení (bod 554 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 197 S ohledem na výše uvedené úvahy je třeba projednávaný žalobní důvod zamítnout.

f) K pátému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného skutkového zjištění nebo z nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení údajného zneužívajícího chování společnosti Telefónica a jeho údajně protisoutěžního dopadu

- 198 Tento žalobní důvod, který je uveden podpůrně, obsahuje dvě části. První vychází z nesprávného právního posouzení nebo nesprávného posouzení skutkového stavu při provedení testu tarifních nůžek. Druhá část vychází ze skutečnosti, že Komise nestanovila právně dostačujícím způsobem pravděpodobné nebo konkrétní účinky zkoumaného chování.

K první části pátého žalobního důvodu, vycházející z nesprávných skutkových zjištění nebo nesprávného posouzení skutkového stavu při provedení testu tarifních nůžek

199 V rámci projednávané části žalobkyně uvádí tři námitky. První námitka vychází z pochybení při výběru velkoobchodních vstupů. Druhá námitka vychází z pochybení a opomenutí při analýze DPT. Nakonec třetí námitka vychází z pochybení a opomenutí při analýze „jednotlivých období“.

– K první námitce první části pátého žalobního důvodu, vycházející z pochybení při výběru velkoobchodních vstupů

200 Žalobkyně v této námitce, na jejíž podporu odkazují na úvahy týkající se druhého a čtvrtého žalobního důvodu, tvrdí, že Komise nemusela existenci tarifních nůžek přezkoumávat pro jednotlivé velkoobchodní produkty zvlášť, neboť alternativní operátoři používali optimální kombinaci velkoobchodních produktů, včetně zpřístupnění účastnického vedení, což umožňuje úspory v nákladech. Žalobkyně ve své replice i na jednání také uvedly, že Komise měla podle zásady „stejně výkonného soutěžitele“ provést test tarifních nůžek na základě kombinace velkoobchodních produktů, jež alternativní operátoři používají.

201 Zaprvé je třeba připomenout, že článek 82 ES zakazuje zejména to, aby podnik v dominantním postavení užíval tarifní praktiky, jejichž důsledkem je vyloučení jeho stejně výkonných soutěžitelů, ať skutečných či potenciálních (viz bod 189 výše). V tomto ohledu přezkum takového postavení vyžaduje posouzení možností hospodářské soutěže v rámci trhu zahrnujícího všechny výrobky, které mohou podle svých vlastností zvláště uspokojit konstantní potřeby a jsou málo zaměnitelné s jinými produkty, přičemž vymezení relevantního trhu slouží k posouzení toho, zda má dotčený podnik možnost bránit účinné hospodářské soutěži na daném trhu (viz bod 111 výše). V rámci druhého žalobního důvodu již přitom bylo konstatováno (viz body 110 až 144 výše), že Komise měla oprávněně za to, že zpřístupnění účastnického vedení, celostátní velkoobchodní produkt a regionální velkoobchodní produkt nepatří do téhož trhu, a dále v rámci čtvrtého žalobního důvodu (viz body 169 až 197 výše), že stlačení marží na relevantním trhu mohlo být samo o sobě zneužitím ve smyslu článku 82 ES.

202 Jelikož vymezení relevantního trhu slouží k posouzení toho, zda má dotčený podnik možnost bránit účinné hospodářské soutěži na uvedeném trhu, žalobkyně nemohou tvrdit a vycházet přitom z úvah uvedených v rámci jejich druhého žalobního důvodu, že použití optimální kombinace velkoobchodních produktů umožňuje soutěžitelům společnosti Telefónica zlepšit jejich výnosnost. Tyto velkoobchodní produkty totiž nepatří do téhož výrobního trhu (viz body 114 až 134 výše).

203 Zadruhé je třeba uvést, že argument žalobkyň vede k úvaze, kterou nelze přijmout, že alternativní operátor může ztráty způsobené tarifními nůžkami na úrovni velkoobchodního produktu kompenzovat příjmy z používání v některých zeměpisných zónách, které jsou výnosnější, jiných produktů společnosti Telefónica, jichž se tarifní nůžky netýkají a které patří do jiného trhu, a to zpřístupnění účastnického vedení, jehož používání však vyžaduje vysoké investice a navíc nebyl ihned k dispozici (viz bod 125 výše a body 227, 231, 266 a 562 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

204 Podle judikatury takový systém nenarušené hospodářské soutěže, jaký je upraven ve Smlouvě, může být zaručen, pouze pokud je zajištěna rovnost příležitostí mezi jednotlivými hospodářskými subjekty. Rovnost příležitostí přitom znamená, že Telefónica a její alespoň stejně výkonní konkurenti jsou na maloobchodním trhu zrovnoprávněni. O takový případ se nejedná, pokud ceny celostátních a regionálních velkoobchodních produktů, které alternativní operátoři platí společnosti Telefónica, nelze přenést do jejich cen maloobchodních produktů a pokud alternativní operátoři vzhledem na ceny celostátního a regionálního velkoobchodního produktu společnosti Telefónica mohou nabízet posledně uvedené produkty jen tak, že vlastně vzniká ztráta, kterou se musí snažit kompenzovat příjmy z jiných trhů (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, bod 170 výše, bod 230, a rozsudek ze dne 10. dubna 2008, Deutsche Telekom v. Komise, bod 69 výše, body 198 a 199 a citovaná judikatura).

- 205 Jak navíc zdůraznila Komise, argument žalobkyně vycházející z toho, že v období protiprávního jednání alternativní operátoři používali v každé ústředně optimální kombinaci velkoobchodních produktů, která zahrnovala zpřístupnění účastnického vedení, jde proti vyjádření samotné společnosti Telefónica v její odpovědi ze dne 22. září 2003 na stížnost společnosti France Télécom, v níž Telefónica tvrdí, že analýzu případné existence tarifních nůžek je třeba provést pouze na základě regionálního velkoobchodního produktu.
- 206 Jak bylo zatřetí zdůrazněno v bodě 131 výše, takovou optimální kombinaci mohou použít pouze konkurenti společnosti Telefónica, kteří mají k dispozici síť, jež jim umožňuje zpřístupnění účastnického vedení, a nikoliv potenciální konkurenti společnosti Telefónica.
- 207 Začtvrté je třeba odmítnout argument žalobkyně, že stejně výkonný soutěžitel, který používá výhradně účastnické vedení, bude mít zisky, a že v důsledku toho stejně výkonný soutěžitel, který používá optimální kombinaci vstupů, bude mít také pozitivní hospodářské výsledky. Jak bylo stanoveno v bodě 125 výše, skutečné používání účastnického vedení začalo v omezené míře až na konci roku 2004 a začátkem roku 2005. Kromě toho z důvodu nutných investic alternativní operátoři začali převádět jejich spojení nepřímého velkoobchodního přístupu na zpřístupněné účastnické vedení až v roce 2004.
- 208 Zapáté, argumentace žalobkyně, podle níž případná optimální kombinace velkoobchodních produktů brání stanovení tarifních nůžek, je v rozporu s povinnostmi normativního charakteru, které CMT uložila společnosti Telefónica a které směřují zejména k dohledu nad tím, aby všechny její maloobchodní nabídky bylo možné reprodukovat na základě jejího regionálního velkoobchodního produktu (bod 114 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 209 Zašesté je třeba zamítnout argument žalobkyně směřující ke zpochybnění definice charakteristiky sítě stejně výkonného soutěžitele, podle něhož je relevantní pouze to, zda s úsporami z rozsahu a náklady za síť společnosti Telefónica mohl mít alternativní operátor výnos, či nikoliv. Jak Komise uvedla v bodě 315 odůvodnění napadeného rozhodnutí, uplatnění metody stejně výkonného soutěžitele neznámá, že by soutěžitelé společnosti Telefónica mohli reprodukovat aktiva této společnosti na vstupu. Test tarifních nůžek se uplatní v perspektivě stejně výkonného operátora na navazujícím trhu, a sice operátora, jenž používá velkoobchodní produkt dominantního podniku, kterému na navazujícím trhu konkuruje a jehož náklady na tomto posledně uvedeném trhu jsou totožné s náklady dominantního podniku.
- 210 V každém případě nebyla prokázána skutečnost, že po dobu protiprávního jednání alternativní operátoři používali v každé ústředně optimální kombinaci velkoobchodních produktů, jež zahrnovala zpřístupnění účastnického vedení. Zatímco má společnost TESAÚ od prosince 2000 právní povinnost pronajímat alternativním operátorům drátové vedení (bod 81 odůvodnění napadeného rozhodnutí), z bodů 102 a 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí, které žalobkyně nezpochybnily, tak vyplývá, že společnost France Telecom kupovala do roku 2002 téměř výhradně celostátní velkoobchodní produkt od společnosti Telefónica, jenž byl na konci roku 2002 nahrazen alternativní celostátní velkoobchodní nabídkou založenou na regionálním velkoobchodním produktu od společnosti Telefónica. Počet zpřístupněných účastnických vedení společnosti France Telecom se významně zvyšoval až od února 2005, kdežto počet alternativních celostátních velkoobchodních linek založených na regionálním velkoobchodním produktu společnosti Telefónica se snižoval. Mimoto až do posledního čtvrtletí roku 2004 kupovala společnost Ya.com výhradně celostátní velkoobchodní produkt společnosti Telefónica a zpřístupnění účastnického vedení začala postupně používat až od července 2005, současně s akvizicí společnosti Albura.
- 211 Z výše uvedených úvah vyplývá, že Komise se při výběru velkoobchodních vstupů za účelem výpočtu tarifních nůžek nedopustila zjevně nesprávného posouzení. První námitku první části pátého žalobního důvodu tedy nelze přijmout.

– Ke druhé námitce první části pátého žalobního důvodu, vycházející z pochybení a opomenutí při provádění analýzy DPT

- 212 V rámci projednávané námitky žalobkyně uvádějí několik námitek týkajících se toho, že Komise v projednávaném případě uplatnila analýzu DPT (body 350 až 385 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 213 Je třeba poznamenat, jak uvedla Komise v bodě 315 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že v projednávaném případě má test tarifních nůžek za cíl prokázat, zda soutěžitel, který má stejnou strukturu nákladů, jako je struktura nákladů v rámci navazující činnosti vertikálně integrovaného podniku, může být na navazujícím trhu rentabilní, vzhledem k velkoobchodním a maloobchodním cenám uvedeného podniku. V napadeném rozhodnutí Komise připomenula, že podle ustálené judikatury Soudního dvora a svojí vlastní rozhodovací praxe v oblasti cenového zneužívání je hospodářská výnosnost podniku v dominantním postavení vždy posuzována na základě analýzy „jednotlivých období“, jelikož metoda DPT pro výpočet tarifních nůžek má určité nedostatky (body 331 a 332 odůvodnění napadeného rozhodnutí). V rámci výpočtu tarifních nůžek Komise nicméně rozhodla, že výnosnost společnosti Telefónica vypočítá prostřednictvím dvou metod, a sice metodou „jednotlivých období“ a metodou DPT navrženou společností Telefónica, aby předešla závěru o existenci tarifních nůžek z důvodu účetních nesrovnalostí vyplývajících z nezralosti španělského trhu širokopásmového přenosu dat, a dále aby zajistila, že metoda navržená společností Telefónica nezpochybní závěr o existenci tarifních nůžek vyplývajících z analýzy „jednotlivých období“ (bod 349 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 214 Komise také uvádí, že v analýze DPT se koncová hodnota počítá s cílem reflektovat skutečnost, že existují klíčová aktiva, která jsou nadále používána i po referenčním období. Zohlednění koncové hodnoty v rámci analýzy se tak může jevit jako nezbytné, neboť některé náklady nejsou v referenčním období zcela pokryty. Jak koncová hodnota vhodná k zahrnutí do výpočtu DPT, tak vhodné referenční období slouží podle Komise k určení konečného data, po němž se náhrada ztrát již nezohledňuje v rámci analýzy (body 360 a 361 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Jelikož metoda DPT povoluje krátkodobé počáteční ztráty, ale ukládá jejich náhradu v přiměřeně dlouhé době, Komise měla v projednávaném případě stanovit přiměřené období náhrady (bod 351 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 215 V tomto ohledu měla Komise v bodě 354 odůvodnění napadeného rozhodnutí za to, že nejvhodnějším přístupem bylo období analýzy omezit na dobu hospodářské životnosti aktiv, která dotyčný podnik používal. V bodě 359 odůvodnění napadeného rozhodnutí měla za to, že v projednávaném případě je přiměřenou dobou pro analýzu DPT období od září 2001 do prosince 2006 (pět let a čtyři měsíce) a že toto období bylo mimoto pro společnost Telefónica výhodné, protože marže z její navazující činnosti se postupně zvyšovala.
- 216 Na prvním místě žalobkyně zpochybňují metodu výpočtu koncové hodnoty, kterou Komise použila v rámci analýzy DPT (bod 363 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Tvrdí, že metoda Komise k výpočtu koncové hodnoty maloobchodních služeb vysokorychlostního přenosu dat se liší od metod hodnocení, které se obvykle na podniky uplatňují. Přístup Komise není správný, jelikož v projednávaném případě jde o hodnocení podniku, který má nehmotná komplexní aktiva. Náklady společnosti Telefónica v rámci její maloobchodní činnosti vysokorychlostního přenosu dat tak umožňují zhodnocovat kromě klientské základny taková aktiva jako její ochranné známky, vztahy s jejími zákazníky, její know-how a její organizační schopnost. Taková aktiva přitom mají hospodářskou životnost mnohem delší než pět let a čtyři měsíce stanovené Komisí, takže referenční období mělo přesahovat prosinec 2006.
- 217 Zaprvé je třeba odmítnout argument žalobkyně, v němž tvrdí, že prodloužení referenčního období v analýze DPT nezvyšovalo riziko výskytu chyb týkajících se prognózy nebo riziko, že budou v rámci této analýzy zohledněny náhrady za protisoutěžní jednání.

- 218 Jak Komise správně zdůraznila v bodech 333 a 334 odůvodnění napadeného rozhodnutí, jelikož metoda DPT umožňuje kompenzovat původní ztráty budoucími zisky, existuje zde skutečné riziko, že výsledky této metody budou buď záviset na nereálných odhadech dominantního podniku ohledně jeho očekávaných budoucích zisků, což by mohlo vést k chybnému výsledku, nebo budou zahrnovat dlouhodobé zisky, jež jsou výsledkem posílení tržní síly dominantního podniku.
- 219 V tomto ohledu je třeba rovněž odmítnout argumenty žalobkyně, podle kterých zkrácení zkoumaného období vede k podcenění „obchodní hodnoty“ společnosti Telefónica a nezohledňuje hodnotu aktiv společnosti Telefónica po roce 2006.
- 220 Je třeba se domnívat, že Komise hodnotu aktiv společnosti Telefónica po roce 2006 neopomenula. Naopak měla oprávněně za to, že na rozdíl od metody, jejímž cílem by bylo posoudit společnost s ohledem na její nákup či prodej, v projednávaném případě nebylo relevantní zjišťovat, zda ztráty společnosti Telefónica za období 2001–2006 bylo možné kompenzovat budoucími hypotetickými zisky od roku 2007. Komise se nedopustila zjevně nesprávného posouzení, když měla za to, že navazující činnost dominantního podniku měla být v období odpovídajícím životnosti jejích aktiv výnosná. V opačném případě by mohla mít cenová politika společnosti Telefónica negativní dopad na hospodářskou soutěž (bod 370 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 221 Zadruhé je třeba zamítnout argument, že Komise nepodala žádný výklad ohledně délky období zvoleného pro analýzu DPT, a proto tato délka byla určena svévolně.
- 222 Komise nejprve v bodech 351 až 359 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedla, že nejvhodnější přístup spočívá v omezení období analýzy na dobu životnosti aktiv použitých dotyčným podnikem, takže celý plánovaný hospodářský přínos plynoucí z použití těchto aktiv je při hodnocení jeho výnosnosti zohledněn. Komise rovněž doplnila, že období pěti let se shodovalo s průměrnou dobou hospodářské životnosti součástí sítě společnosti TESAU nezbytných k poskytování maloobchodních služeb ADSL na základě regionálního velkoobchodního produktu, která vyplývala z jejího původního obchodního plánu, jakož i s průměrnou životností součástí sítě takových alternativních operátorů, jako France Telecom a Auna. Komise také uvedla, že tato doba byla delší než doba amortizace nákladů na získání předplatitelů společnosti TESAU a byla v souladu s obdobím použitým regulačním orgánem pro telekomunikace ve Spojeném království. S ohledem na tyto skutečnosti, které v žádném případě žalobkyním neumožňují tvrdit, že Komise nepodala žádné vysvětlení ohledně délky období analýzy, již použila, je třeba mít za to, že tato délka nebyla stanovena svévolně a není stížena zjevně nesprávným posouzením.
- 223 Pokud jde v tomto ohledu o stanovení délky období, během kterého je třeba dosáhnout výnosnosti, žalobkyně zpochybňuje odkaz na obchodní plány společnosti Telefónica a tvrdí, že analýza, o kterou se Komise opírá [důvěrné], což potvrzuje, že Komisi odhalené ztráty v období [důvěrné] byly způsobeny nevyspělostí španělského trhu vysokorychlostního přenosu dat. Na jednu stranu však ze spisu vyplývá, že obchodní plán [důvěrné] se skutečně týká celkové hodnoty všech činností. Na druhou stranu, jak správně uvádí Komise, slučitelnost nákladů a obchodního plánu společnosti Telefónica nejprve prokazují, že Telefónica [důvěrné], přičemž vypočítala, že její míra výnosnosti se nacházela [důvěrné] konečných uživatelů ADSL, což je počet, který byl dosažen [důvěrné], dále, že stanovila míru výnosnosti podle hospodářského výsledku před zdaněním, zaplacením úroků, amortizací a provizí (EBITDA) a zisků před zdaněním a uhrazením poplatků (EBIT) v [důvěrné] a konečně, že počítala s čistou současnou hodnotou (dále jen „ČSH“) [důvěrné] (při vyloučení jakékoliv koncové hodnoty) za období [důvěrné]. Komise se tedy nedopustila zjevně nesprávného posouzení, když měla za to, že odhalené ztráty za období [důvěrné] nebylo možné připisovat nevyspělosti španělského trhu vysokorychlostního přenosu dat.
- 224 Zatřetí žalobkyně tvrdí, že není pravda, že metoda přijatá Komisí, jež zahrnuje koncovou hodnotu, která odráží zbytkovou hospodářskou životnost stálých aktiv a získaných zákazníků, je pro společnost Telefónica výhodnější než metoda, již Telefónica použila ve svém původním obchodním plánu

(body 362 a 363 odůvodnění napadeného rozhodnutí), a to z důvodu širšího časového horizontu ([*důvěrné*] let), který v něm společnost Telefónica uvedla. Žalobkyně také tvrdí, že uvedené metody nejsou podobné (poznámka pod čarou 810 odůvodnění napadeného rozhodnutí), neboť Telefónica měla za to, že její klientská základna je stabilní a neklesá. Kromě toho plány rozvoje společnosti Telefónica uvedené v bodě 367 odůvodnění napadeného rozhodnutí nejsou podle žalobkyň při výpočtu koncové hodnoty relevantní.

- 225 V tomto ohledu je třeba uvést, že žalobkyně ve svých písemnostech neupřesňují důvody, proč je jejich argument, i kdyby byl opodstatněný, takové povahy, aby vedl k protiprávnosti napadeného rozhodnutí. I za předpokladu, jak tvrdí žalobkyně, že by metoda Komise nebyla pro společnost Telefónica výhodnější než metoda použitá společností Telefónica v jejím původním obchodním plánu, nebo že dotčené metody nejsou podobné, nevyplývá z toho, že konstatování ohledně koncové hodnoty, která jsou obsažena zejména v bodech 360 až 362 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a určení koncové hodnoty v rámci výpočtu DPT jsou chybná. Dále je třeba uvést, že plány rozvoje společnosti Telefónica byly uvedeny v bodě 367 odůvodnění napadeného rozhodnutí za účelem prokázání, že v rozporu s tvrzením společnosti Telefónica nebyl výpočet koncové hodnoty Komise bezprecedentní. I kdyby takové konstatování bylo chybné, nevede k protiprávnosti výpočtu koncové hodnoty obsažené v napadeném rozhodnutí.
- 226 Přestože časový horizont uvedený společností Telefónica v jejím obchodním plánu [*důvěrné*] byl skutečně [*důvěrné*] let (období [*důvěrné*]), což Komise ve své žalobní odpovědi uznala, je třeba mít za to, že se Komise nedopustila zjevného pochybení, když rozhodla, že taková doba byla příliš dlouhá na to, aby bylo možné předvídat výnosnost hypotetického operátora na navazujícím trhu (v tomto ohledu viz body 216 až 220 výše).
- 227 V každém případě je třeba zdůraznit, že ze spisu vyplývá, že výpočet ČSH pro maloobchodní činnost za období [*důvěrné*] byl proveden podle stejné metody, jako je ta, kterou použila Telefónica v jejím obchodním plánu „Objetivo Verne 2002“, [*důvěrné*]. Argument žalobkyň uvedený na jednání, podle něhož Komise neměla použít odhady společnosti Telefónica obsažené v daném plánu, ale měla si od posledně uvedené vyžádat aktualizované odhady v okamžiku, kdy výpočet koncové hodnoty prováděla, nelze přijmout. Je důvodné mít za to, že by takové odhady aktualizované k okamžiku uvedeného výpočtu zvýšily riziko, že budou v rámci analýzy zohledněny náhrady za protisoutěžní chování.
- 228 Na druhém místě žalobkyně tvrdí, že Komise mohla vypočítat vhodnější koncovou hodnotu založenou na údajích z trhu. Alternativní přístup určený k posouzení peněžních toků od roku 2006 by na jednu stranu spočíval v použití informací o srovnatelných transakčních hodnotách podle „multiplikační metody“, jejímž cílem je posoudit činnost podniku tak, že se tato činnost srovná s cenou zaplacenou za podobnou obchodní činnost. Použití takové metody má výhodu v tom, že neklade podmínky ohledně trvání dotyčné činnosti. Na druhou stranu uplatnění násobků EBITDA v bodě 377 odůvodnění napadeného rozhodnutí nemá smysl v případě podniků, které mají velký potenciál růstu. V takových podmínkách Komise mohla kromě násobku příjmů, který použila společnost Telefónica v její odpovědi na oznámení námitek, použít násobek vlastní danému sektoru.
- 229 Je třeba mít za to, že Komise měla oprávněně v bodě 369 odůvodnění napadeného rozhodnutí za to, že použití v projednávaném případě koncové hodnoty, která zahrnuje veškeré budoucí zisky dotyčného podniku, nebylo v rámci výpočtu tarifních nůžek ani důvodné, ani vhodné.
- 230 Takový přístup, v jehož rámci jsou zohledněny veškeré budoucí zisky dotyčného podniku, zaprvé neumožňuje určit, zda zejména s ohledem na poplatky, které alternativní operátoři platí společnosti Telefónica za celostátní a regionální velkoobchodní produkty, může stejně výkonný operátor na navazujícím trhu jako Telefónica pokrýt své počáteční ztráty a dosáhnout rovnováhy díky ziskům ze své činnosti na navazujícím trhu v průběhu stanoveného referenčního období. Taková metoda dále nezohledňuje ani průměrnou životnost dotčených aktiv ani skutečnost, že nový účastník na konkurenčním trhu nemůže počítat se všemi svými případnými budoucími zisky, aby vyrovnal

počáteční ztráty, které mu vznikly při vstupu na trh. Jak dále uvádí Komise v bodě 334 odůvodnění napadeného rozhodnutí, takový přístup případně podniku umožňuje úspěšně přijmout strategii tarifních nůžek, a to tak, že zaprvé stanoví ceny, které po určité době mohou vyloučit soutěžitele, a zadruhé zvýší ceny, což mu umožní postupně pokrýt původní ztráty, nebo výši uvedených cen udrží nad úrovní konkurence, což je možné díky tomu, že na relevantní trh nevstoupí konkurenti ani se významně nezvýší jejich počet (rovněž viz bod 334 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

231 Na třetím místě žalobkyně tvrdí, že „uplatnění správné metody hodnocení, která se za účelem výpočtu koncové hodnoty zakládá na údajích o trhu, ukazuje, že by činnost případného stejně výkonného soutěžitele jako společnost Telefónica byla výnosná“. Takový argument však není v písemnostech vysvětlen ani rozveden a žalobkyně pouze obecně odkazuje na deset stránek hospodářské studie připojené v příloze. Argument tedy musí být s ohledem na body 58 až 63 výše odmítnut.

232 S ohledem na výše uvedené úvahy je třeba druhou námitku první části pátého žalobního důvodu zamítnout.

– Ke třetí námitce první části pátého žalobního důvodu, vycházející z pochybení v analýze „jednotlivých období“

233 V rámci projednávané námitky žalobkyně kritizují v několika ohledech analýzu „jednotlivých období“ provedenou Komisí.

234 Žalobkyně na prvním místě tvrdí, že Komise neodhadla správně CMILT za prodej.

235 Úvodem je třeba připomenout, že Komise v napadeném rozhodnutí konstatovala, že marginální náklady na prodej byly nákladovou položkou společnosti Telefónica na získání předplatitelů (body 458 až 463 odůvodnění napadeného rozhodnutí), která zahrnovala nejen prémie a provize (s výjimkou platů) poskytnuté prodejní síti společnosti Telefónica za každého nového předplatitele, ale také vývoj obchodní struktury společnosti Telefónica, jelikož takový rozvoj byl možný díky její činnosti týkající se širokopásmového přenosu dat.

236 Co se týče odhadu nákladů na prodej, Komise v bodech 464 až 473 odůvodnění napadeného rozhodnutí tvrdila, že Telefónica podcenila CMILT, jelikož tam zahrнула pouze prémie a provize poskytnuté prodejní síti za každého nového předplatitele, s výjimkou veškerých nákladů za obchodní strukturu společnosti. Komise je toho názoru, že ačkoliv obchodní struktura společnosti Telefónica tvoří součást společných nákladů, nelze tvrdit, že by měla stejnou velikost (v počtu zaměstnanců), kdyby nenabízela maloobchodní služby vysokorychlostního přenosu dat (body 465 a 470 odůvodnění napadeného rozhodnutí). V bodě 472 odůvodnění napadeného rozhodnutí Komise tvrdí, že ačkoliv by v projednávaném případě bylo možné se za účelem přiměřeného odhadu dodatečných nákladů na prodej opřít o skutečné přidělení obchodního týmu společnosti Telefónica na prodej maloobchodních služeb širokopásmového přenosu dat, Telefónica v případě obratu z každé své činnosti jasně podceňuje dodatečný náklad na maloobchodní činnost související s širokým pásmem, což již kritizovala i CMT. V důsledku toho Komise dospěla v bodě 473 odůvodnění napadeného rozhodnutí k závěru, že s ohledem na informace, které Telefónica zveřejnila, a na skutečnost, že neexistuje žádná studie, přestože ji CMT požadovala, jež by zkoumala množství pozornosti věnované obchodním týmem každému maloobchodnímu trhu této společnosti, výpočet nákladů na prodej v porovnání s obratem měl být v projednávaném případě použit jako přibližný údaj o CMILT, který je pro společnost příznivý.

237 Zaprvé je třeba zamítnout argument žalobkyně, že Komise neměla odhadovat CMILT za prodej na základě účetních údajů společnosti Telefónica, ale měla použít takové alternativní zdroje údajů, jako výsledkové tabulky společnosti Telefónica.

- 238 Jak vyplývá z bodů 319 a 320 odůvodnění napadeného rozhodnutí, dlouhodobý přírůstkový náklad produktu odpovídá zvláštním nákladům na produkt, které podnik dlouhodobě nese a které jsou vázány na celkový objem výroby daného produktu, a proto odpovídá nákladům, kterým by se podnik z dlouhodobého hlediska vyhnul, kdyby se rozhodl tento produkt nevyrábět. Komise tak uvedla, že dlouhodobé přírůstkové náklady na produkt musejí zahrnovat nejen všechny fixní a variabilní náklady přímo související s výrobou dotyčného produktu, ale i část společných nákladů souvisejících s touto činností. Žalobkyně toto konstatování nezpochybňují. Z tohoto vyplývá, že správně vypočítané CMILT musí zahrnovat část nákladů spojených s obchodní strukturou společnosti Telefónica, kterým by se společnost dlouhodobě vyhnula, kdyby neposkytovala maloobchodní služby vysokorychlostního přenosu dat.
- 239 Žalobkyně přitom nezpochybňují, že odhad takových CMILT za prodej, jaké jsou obsaženy v analýze ztrát a zisků z maloobchodní činnosti (Economics ADSL) (bod 407 odůvodnění napadeného rozhodnutí) a ve výsledkové tabulce (ADSL Scorecard) činnosti související se širokopásmovým přenosem dat (body 408 až 410 odůvodnění napadeného rozhodnutí), nezahrnuje jako náklady za prodej [důvěrné], což vedlo k podhodnocení CMILT za maloobchodní produkt širokopásmového přenosu dat společnosti Telefónica. I když žalobkyně tvrdí, že [důvěrné], je třeba uvést, že tento [důvěrné], takže Komise měla oprávněně za to, že CMILT za maloobchodní produkt širokopásmového přenosu dat společnosti Telefónica byly podhodnoceny.
- 240 Zadruhé, jak správně uvádí Komise, přístup žalobkyň v projednávaném případě nelze obhájit, jelikož z něj vyplývá, že obchodní zástupci nevěnují část svého času prodeji maloobchodních výrobků širokopásmového přenosu dat společnosti Telefónica. V dopise ze dne 1. dubna 2005 adresovaném Komisi, který byl citován v poznámce pod čarou 472 napadeného rozhodnutí, ostatně sama Telefónica uznala, že bylo „zřejmé, že výdaje na prémie nebyly jedinou položkou kapitoly nazvané, „náklady na prodej““ a že „do maloobchodní nabídky ADSL bylo třeba zahrnout veškeré náklady obchodní struktury TESAU (a sice výdaje na zaměstnance, jiné, než které [byly] přímo určeny na prodej, a náklady na stálá aktiva, strukturu a podporu)“.
- 241 V tomto ohledu je třeba odmítnout argumenty žalobkyň, že obchodní struktura společnosti Telefónica je na jednu stranu stabilní od vstupu podniku na maloobchodní trh vysokorychlostního přenosu dat, a že zaměstnanci společnosti Telefónica na druhou stranu představovali fixní náklad, jež není lehké přizpůsobit z důvodu strnulosti trhu práce.
- 242 Jak Komise uvedla v bodě 468 odůvodnění napadeného rozhodnutí, skutečnost, že Telefónica od roku 1999 nezvýšila počet zaměstnanců v obchodní oblasti, neznamená, že část obchodní struktury společnosti Telefónica nemohla být přidělena přímo na maloobchodní činnost širokopásmového přenosu dat společnosti. Jak Komise uvedla v bodě 469 odůvodnění napadeného rozhodnutí, nezávisle na údajné strnulosti trhu práce ve Španělsku je pravděpodobné, že velikost obchodní struktury společnosti Telefónica by nebyla zachována, kdyby podnik nenabízel své maloobchodní produkty širokopásmového přenosu dat, a to vzhledem k poklesu zisků z tradiční činnosti (hlasová služba a předplatné) v letech 2002 až 2006 (bod 466 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Dále je třeba mít stejně jako Komise za to (konec bodu 466 odůvodnění napadeného rozhodnutí), že obchodní síla společnosti TESAU je věnována především rozvoji její činnosti širokopásmového přenosu dat, což žalobkyně nezpochybňují. Telefónica se tudíž sama domnívala, že růst skupiny udržuje širokopásmový přenos dat. Mezi lety 2002 a 2006 kromě toho příjmy ze služeb souvisejících se širokopásmovým přenosem dat významně vzrostly, kdežto příjmy z tradičních činností za toto stejné období klesly (body 466 a 467 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 243 Ze spisu dále vyplývá, že Telefónica mezi lety 1999 a 2006 výrazně snížila počet svých zaměstnanců (kdy samotná Telefónica svůj zaměstnanecký stav snížila mezi lety 2003 a 2007 téměř o 14 000 zaměstnanců), i když počet zaměstnanců v obchodní oblasti zachovala relativně stabilní, a že podíl zaměstnanců přidělených na obchodní funkce, se změnil z [důvěrné] v roce 2001 na [důvěrné] z jejich zaměstnanců v roce 2006.

- 244 Jelikož neexistuje spolehlivý údaj o skutečném vyčlenění obchodního týmu společnosti Telefónica na prodej maloobchodních produktů vysokorychlostního přenosu dat, a to ve smyslu celkové sumy vyhrazené na prodej v porovnání s časem, který tomuto prodeji obchodní tým věnoval (body 472 a 473 odůvodnění napadeného rozhodnutí), Komise nepřekročila svůj prostor pro uvážení, když považovala část nákladů, jež Telefónica sama na maloobchodní činnost ADSL [důvěrné] ve svém účetnictví na rok 2005 vyčlenila, za přiměřený přibližný odhad CMILT za prodej. V tomto ohledu je třeba uvést, že CMT nepovažovala pravidlo určení nákladů používané společností Telefónica do roku 2004 za vhodné, jelikož nebylo založeno na určení celkového nákladu na prodej v poměru k času věnovanému personálem obchodního oddělení prodeji maloobchodních produktů širokopásmového přenosu dat.
- 245 Žalobkyně na druhém místě tvrdí, že Komise podhodnotila průměrnou délku vztahu se zákazníky společnosti Telefónica.
- 246 Úvodem je třeba připomenout, že ohledně testu stlačení marží Komise v napadeném rozhodnutí uvedla, že bylo provedeno několik úprav nákladů společnosti Telefónica s cílem poskytnout odpovídající měřítko pro hospodářskou rovnováhu maloobchodních služeb ADSL této společnosti. Komise tak zdůraznila, že výdaje na získání nových zákazníků na maloobchodním trhu představují významnou část nákladů, které budou rychle amortizovány a které budou z dlouhodobého hlediska generovat další zisk. Komise proto provedla úpravy v účetnictví společnosti Telefónica a amortizovala náklady na získání nových předplatitelů v odpovídajícím období (bod 474 odůvodnění napadeného rozhodnutí). V napadeném rozhodnutí měla Komise v tomto ohledu za to, že pro účely projednávaného případu bylo odpovídající období pro amortizaci nákladů za získání předplatitelů společnosti Telefónica dlouhé [důvěrné] let, přičemž toto období představovalo maximální dobu používanou vnitrostátními orgány pro hospodářskou soutěž a VRO, včetně CMT, a bylo delší než období, které Telefónica stanovila pro návratnost svých nákladů ve svém původním obchodním plánu. Komise tedy nepoužila průměrnou délku vztahu se zákazníky společnosti Telefónica, již poslední uvedená navrhla, z důvodu uvedených v bodech 476 až 485 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
- 247 Žalobkyně zaprvé tvrdí, že Komise neuvádí, proč je doba amortizace uplatňovaná některými VRO a orgány pro hospodářskou soutěž vhodnější, než odhady uvedené v rozhodnutí Komise ze dne 16. července 2003 (věc COMP/38.233 – Wanadoo Interactive), a to tím spíše že maximální doba používaná některými vnitrostátními orgány, konkrétně francouzským orgánem, je [důvěrné] let a vychází z průměrné délky předplatného (bod 488 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Takový argument však musí být zamítnut, jelikož Komise jasně vysvětlila důvody pro zvolenou dobu amortizace v bodech 486 až 489 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
- 248 Žalobkyně jsou zadruhé toho názoru, že Komise neanalyzovala odpovídajícím způsobem obchodní plány společnosti Telefónica, jelikož taková analýza by prokázala, že teorie, na kterých byly tyto plány založeny, vycházely z odhadů hodnoty vytvořené pro [důvěrné]. Při dotazu na jednání na obsah a smysl tohoto tvrzení, žalobkyně v podstatě prohlásily, že Komise vycházela z nesprávného výkladu obchodních plánů společnosti Telefónica, aby nemusela zohlednit skutečnou průměrnou délku předplatného u společnosti Telefónica, která podle Komise byla [důvěrné]. Jejich argument však nelze chápat, že má prokázat, že průměrná délka předplatného u společnosti Telefónica je [důvěrné] let.
- 249 Argument žalobkyň je v tomto ohledu třeba zamítnout, jelikož je založen na nesprávném předpokladu. Jak vyplývá z bodů 477 až 489 odůvodnění napadeného rozhodnutí, Komise odmítla údaje ohledně skutečné průměrné délky vztahu se zákazníky společnosti Telefónica zaprvé proto, že průměrná délka předplatného u společnosti Telefónica byla velmi pravděpodobně delší, než měla být na konkurenčním trhu, zadruhé že délka předplatného navržená společností Telefónica byla v rozporu s jejími tvrzeními, že pro maloobchodní trh jsou typické relativně nízké náklady na změnu dodavatele a že sazba za obnovení předplatného („churn rate“) činí [důvěrné] % za měsíc, což odpovídá délce [důvěrné] let, zatřetí že postup společnosti Telefónica nelze uplatnit na rozvíjejícím se trhu a začtvrté že délka uvedená Komisí je maximální délkou používanou vnitrostátními orgány pro hospodářskou soutěž.

Komise se tedy neopřela o obchodní plány společnosti Telefónica, aby odmítla průměrnou délku předplatného navrženou touto společností, nýbrž v bodě 489 odůvodnění napadeného rozhodnutí pouze uvedla, že ve výsledku zvolená doba amortizace byla [důvěrné] než doba uvedená ve zmíněných plánech, a tudíž pro společnost Telefónica výhodnější.

- 250 Zatřetí žalobkyně tvrdí, že tvrzení Komise neodpovídá skutečnému chování zákazníků společnosti Telefónica, neboť průměrná délka jejího vztahu s předplatiteli byla delší než [důvěrné]. Žalobkyně v tomto ohledu pouze tvrdí, že použití běžných statistických technik na odhad průměrné délky vztahu se zákazníky umožňuje získat vyšší číslo než [důvěrné]. Takový argument však není v písemnostech nijak vysvětlen či rozveden a je předmětem obecného odkazu na deset stran hospodářské studie připojené v příloze. Argument je tedy třeba odmítnout.
- 251 Začtvrté žalobkyně tvrdí, že Komise se mohla rozhodnout použít jiné kritérium amortizace. Odkazuje ovšem pouze na možnost, což nestačí k tomu, aby bylo možné mít za to, že při výběru kritérií amortizace se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení. Tento argument tedy musí být odmítnut.
- 252 Na třetím místě žalobkyně tvrdí, že Komise nadhodnocuje náklady sítě.
- 253 Žalobkyně zaprvé tvrdí, že Komise nevypočítala správně čistou účetní hodnotu investice, která se odrazila ve výpočtu kapitálových nákladů na síť IP společnosti Telefónica. Komise ve své žalobní odpovědi uznala chybu ve výpočtu uváděnou společností Telefónica. Tvrdí nicméně, že uvedená chyba nijak neovlivňuje výpočet tarifních nůžek na úrovni celostátního velkoobchodního produktu, že nemění výsledky analýzy DPT a že má na analýzu „jednotlivých období“ pouze omezený dopad, který se nedotýká konstatování existence tarifních nůžek na úrovni regionálního velkoobchodního produktu. Ve své replice již žalobkyně neuplatňuje argumenty ohledně výpočtu čisté účetní hodnoty investice Komisí. Na jednání kromě toho potvrdily, že oprava chyby Komise neměla na výsledek žaloby vliv. Tento argument již tedy není třeba přezkoumávat.
- 254 Žalobkyně zadruhé tvrdí, že Komise uplatnila vážený průměr kapitálových nákladů (WACC) v nadměrné míře a konstantním způsobem v průběhu celého zkoumaného období.
- 255 Je třeba připomenout, že kapitálové náklady jsou odhadovaná cena, kterou musí podnik zaplatit za získání vloženého kapitálu, která rovněž odráží výnos očekávaný investory k tomu, aby mohli investovat do činností podniku (bod 383 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Komise v bodě 447 odůvodnění napadeného rozhodnutí upřesňuje, že kapitálové náklady se vypočítávají na základě WACC, jež použila CMT při regulaci odvětví širokopásmového přenosu dat společností TESAÚ a jež předložila i samotná Telefónica, která tvrdila, že náklady na odvětví ADSL byly ve srovnání s ostatními odvětvími rizikovější. WACC byl tedy v napadeném rozhodnutí stanoven na [důvěrné] %. Tento WACC je rovněž totožný s WACC použitým společností Telefónica v její odpovědi na oznámení námitek (body 384, 385, 447 a 451 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 256 Nejprve žalobkyně v podstatě tvrdí, že oficiální WACC, který CMT potvrdila, nikdy nepřekročil [důvěrné] %. Kromě toho průměrný WACC použitý společností Telefónica v jejím obchodním plánu pro období 2002–2011 je [důvěrné] %. Takové argumenty však nelze přijmout, neboť Komise ve svých písemnostech uvedla, aniž jí žalobkyně v tomto bodě odporovaly, že WACC, na nějž Telefónica odkazuje, odpovídá průměrnému WACC počítanému nejen u velkoobchodních a maloobchodních činností společnosti Telefónica souvisejících s vysokorychlostním přenosem dat, ale i u jejích činností souvisejících s pevnou telefonní linkou. Ze spisu kromě toho vyplývá, že sama Telefónica má za to, že WACC v případě maloobchodní činnosti související s vysokorychlostním přenosem dat je mnohem vyšší (a to [důvěrné] %) než průměrný WACC na činnost společnosti TESAÚ jako celku. Stejně tak je třeba odmítnout argument žalobkyň, že míry návratnosti kapitálu schválené regulačními orgány nebo analytiky při hodnocení podniků, které se věnují poskytování služeb vysokorychlostního přenosu dat,

nedosahovaly úrovně míry návratnosti uplatněné Komisí v napadeném rozhodnutí, neboť se netýkaly konkrétně velkoobchodních a maloobchodních činností daných podniků souvisejících s vysokorychlostním přenosem dat.

- 257 Dále mají žalobkyně za to, že CMT pro trh vysokorychlostního přenosu dat nikdy společnosti Telefónica nepřiznala vyšší míru návratnosti než pro jiné činnosti. Ani takový argument nelze přijmout. WACC použitý v napadeném rozhodnutí, který CMT použila i ve svém modelu „retail minus“, je WACC na navazující činnosti vysokorychlostního přenosu dat poskytovanou společností TESAU, což CMT potvrdila v odpovědi na žádost Komise o informace ze dne 18. listopadu 2004. Z této odpovědi vyplývá, že CMT rozlišovala mezi WACC používaným při výpočtu cen za službu nepřímého přístupu zaměřeným na náklady (ve výši [důvěrné] %), a dále WACC používaným při výpočtu velkoobchodních cen stanovených podle modelu „retail minus“ (ve výši [důvěrné] %). Žalobkyně navíc uznávají, že sama Telefónica ve své odpovědi na oznámení námitek použila WACC ve výši [důvěrné] %.
- 258 Žalobkyně na závěr prohlašují, že jejich tvrzení ohledně WACC uvedená v rámci nabídky přístupu předplatitele k účastnickému vedení v roce 2002 nejsou důvodem pro to, aby se WACC používal po celé zkoumané období, jelikož uvedená nabídka byla formulována v okamžiku, kdy Telefónica uskutečnila významné investice v podmínkách naprosté technické nejistoty a poptávky po rozvoji vysokorychlostního přenosu dat. Činnost vysokorychlostního přenosu dat společnosti Telefónica však byla podle tvrzení Komise, čemuž žalobkyně na jednání neodporovaly, již v okamžiku vyslovení nabídky v roce 2002 výnosná.
- 259 Na čtvrtém místě žalobkyně tvrdí, že Komise zaúčtovala dvakrát několik nákladových položek [a sice jednorázové náklady platformy FAI (dodavatel připojení k internetu) a náklady za studie trhu ADSL] a že nákladové položky jsou často z hlediska času nekoherentní.
- 260 Co se týče dvojího zaúčtování některých nákladových položek, žalobkyně na jednu stranu tvrdí, že poplatky za získání platformy FAI uvedené v tabulce č. 29 napadeného rozhodnutí, jsou již obsaženy v položce odpovídající jednorázovým nákladům za tuto platformu zahrnuté v tabulce č. 27 napadeného rozhodnutí. Náklady uvedené v položce „Sledování trhu“ byly navíc také zaúčtovány dvakrát.
- 261 V tomto ohledu je nutné konstatovat, že sporné údaje uvedené v tabulkách č. 27 a č. 29 napadeného rozhodnutí jsou v souladu s údaji, které samotné žalobkyně sdělily Komisi v jejich odpovědi na oznámení námitek.
- 262 Kromě toho je třeba uvést, že žalobkyně ve své žalobě pouze tvrdí, že Komise neodhadla správně náklady společnosti Telefónica, jelikož použila nekoherentní zdroje, a odkazují na čtyři strany jedné přílohy. Ve své replice uvedly, že mohou pouze odkázat na vysvětlení ohledně nákladů poskytnutých v žalobě a odkazují také na tři strany přílohy připojené k žalobě. Je třeba zdůraznit, že žalobkyně ve svých písemnostech neposkytují k tomuto údajnému dvojímu zaúčtování žádné vysvětlení. Sama Komise vysvětluje, že v tabulce č. 27 jsou obsaženy opakující se náklady, kdežto v tabulce č. 29 jsou obsaženy náklady jednorázové. Při dotazu k tomuto bodu na jednání žalobkyně uvedly, že Komise použila údaje z výsledkových tabulek společnosti Telefónica, které nerozlišují mezi dotčenými opakujícími se a jednorázovými náklady. Dokumenty obsažené ve spise Tribunálu, na které žalobkyně na jednání výslovně odkázaly s cílem podpořit své výroky, však pochází z dokumentu „Economics ADSL“, který je analýzou provedenou společností Telefónica, pokud jde o ztráty a zisky z její maloobchodní činnosti. Z bodu 407 odůvodnění napadeného rozhodnutí, jež žalobkyně nepopřely, přitom výslovně vyplývá, že tento dokument je analýzou „založenou na vlastním hodnocení [společnosti Telefónica], pokud jde o přírůstkové náklady v rámci jejich výdajů mimo síť (náklady na získání předplatitelů a opakující se poplatky týkající se FAI)“, a proto náklady platformy FAI obsažené v této studii nezahrnují jednorázové náklady. Pokud jde o údajné dvojí zaúčtování opakujících se

nákladů na „sledování trhu“ obsažených v tabulce č. 27 napadeného rozhodnutí, které již byly zahrnuty do „jiných výrobních nákladů“ obsažených ve stejné tabulce, je třeba konstatovat, že toto zaúčtování není nijak podloženo. Argument žalobkyň tedy nemůže obstát.

263 Pokud jde na druhou stranu o argument, že nákladové položky nejsou z časového hlediska koherentní, je třeba uvést, že navzdory žádostem Komise Telefonica nepředložila své jednotkové náklady za rok 2001 (poznámka pod čarou 464 napadeného rozhodnutí). Komise se tedy nedopustila žádného zjevně nesprávného posouzení, když určila náklady společnosti Telefonica za rok 2001 na základě účetních údajů, které měla k dispozici, nebo – pokud je neměla – na základě odhadů uvedených buď v dokumentu nazvaném „Economics ADSL“, nebo ve výsledkových tabulkách dotčené strany. Žalobkyně ostatně nezpochybnily tento přístup v odpovědi na oznámení námitek nebo na dopis uvádějící skutkové okolnosti. Tento argument tedy nelze přijmout.

264 S ohledem na výše uvedené úvahy je třeba třetí námitku první části pátého žalobního důvodu zamítnout v plném rozsahu, a to aniž je nutné se vyjádřit k dopadům uváděných pochybení na výpočet tarifních nůžek.

265 První část pátého žalobního důvodu tedy musí být zamítnuta v plném rozsahu.

K druhé části pátého žalobního důvodu, vycházející ze skutečnosti, že Komise neprokázala právně dostačujícím způsobem pravděpodobné nebo konkrétní účinky zkoumaného chování

266 V rámci projednávané části žalobkyně tvrdí, že Komise neprokázala právně dostačujícím způsobem pravděpodobné nebo konkrétní účinky chování společnosti Telefonica.

267 V souladu s judikaturou připomenutou v bodě 170 výše, článek 82 ES tím, že zakazuje zneužití dominantního postavení na trhu v rozsahu, ve kterém může být ovlivněn obchod mezi členskými státy, se vztahuje na jednání podniku v dominantním postavení, která mají na trhu, na němž je stupeň hospodářské soutěže již oslabený právě v důsledku přítomnosti takového podniku, za následek bránění, za použití prostředků odlišných od těch, které jsou používány při běžné soutěži výrobků nebo služeb na základě plnění hospodářských subjektů, zachování stupně hospodářské soutěže, který ještě na trhu existuje, nebo rozvoji této hospodářské soutěže.

268 Účinek, o kterém hovoří judikatura uvedená v předcházejícím bodě, se nezbytně netýká konkrétního účinku oznámeného zneužívajícího jednání. Pro účely stanovení porušení článku 82 ES postačí prokázat, že zneužívající chování podniku v dominantním postavení směřuje k omezení hospodářské soutěže nebo jinými slovy, že jednání má nebo může mít takový účinek (rozsudky Tribunálu ze dne 30. září 2003, *Michelin v. Komise*, T-203/01, Recueil, s. II-4071, bod 239; ze dne 17. prosince 2003, *British Airways v. Komise*, T-219/99, Recueil, s. II-5917, bod 293, a *Microsoft v. Komise*, bod 58 výše, bod 867). Protisoutěžní účinek dotyčné tarifní praxe na trhu tedy musí existovat, ale nemusí být nezbytně konkrétní, jelikož je dostačující prokázání potenciálního protisoutěžního účinku, který může vytlačit z trhu přinejmenším stejně výkonné soutěžitele, jako je podnik v dominantním postavení (rozsudek *TeliaSonera*, bod 146 výše, bod 64).

269 Z judikatury Soudního dvora rovněž vyplývá, že za účelem určení, zda podnik v dominantním postavení toto postavení zneužil tím, že uplatňuje své tarifní praktiky, je třeba posoudit celkové okolnosti a přezkoumat, zda toto jednání nesměruje k odnětí nebo omezení možností kupujícího zvolit si zdroje zásobování, k zabránění soutěžitelům v přístupu na trh, k uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodněni v hospodářské soutěži, nebo k posilování dominantního postavení prostřednictvím narušené hospodářské soutěže (viz rozsudky ze dne 14. října 2010, *Deutsche Telekom v. Komise*, bod 170 výše, bod 175, a *TeliaSonera*, bod 146 výše, bod 28 a citovaná judikatura).

- 270 Vzhledem k tomu, že se tak článek 82 ES týká nejen praktik, které mohou způsobit bezprostřední újmu spotřebitelům, nýbrž také praktik, které jim způsobují újmu tím, že zasahují do hospodářské soutěže, má podnik zaujímající dominantní postavení zvláštní odpovědnost nezasahovat svým jednáním do účinné a nenarušené hospodářské soutěže na společném trhu (viz rozsudek ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, bod 170 výše, bod 176 a citovaná judikatura).
- 271 Z toho plyne, že článek 82 ES podniku v dominantním postavení zakazuje zejména to, aby uplatňoval tarifní praktiky mající za následek vyloučení jeho stejně výkonných soutěžitelů, ať skutečných či potenciálních, tj. praktiky, které ztěžují nebo dokonce znemožňují přístup těchto soutěžitelů na trh, jakož i ztěžují, nebo dokonce znemožňují, aby si jeho smluvní partneři volili z několika zdrojů zásobování nebo z několika obchodních partnerů, čímž se posiluje jeho dominantní postavení uplatněním jiných prostředků, než jsou ty, které spadají do hospodářské soutěže na základě výkonnosti. Z tohoto hlediska nelze tedy za legitimní považovat jakoukoliv cenovou soutěž (viz rozsudek ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, bod 170 výše, bod 177 a citovaná judikatura).
- 272 S ohledem na výše uvedené úvahy je třeba zaprvé odmítnout argument žalobkyň, že vzhledem k době, která uplynula mezi začátkem předmětného chování a přijetím napadeného rozhodnutí, nebylo vhodné provádět test pravděpodobných účinků, neboť Komise měla čas nezbytný k prokázání skutečné povahy údajných protisoutěžních účinků, které s dotčeným chováním souvisely. Takový argument navíc nemá žádnou oporu v judikatuře.
- 273 Zadruhé je třeba odmítnout argument žalobkyň založený na rozsudku Tribunálu ze dne 25. října 2002, Tetra Laval v. Komise (T-5/02, Recueil, s. II-4381, bod 153), podle kterého měla Komise prokázat, i kdyby vycházela z analýzy pravděpodobných účinků, že chování společnosti Telefónica mělo „se vši pravděpodobností“ negativní účinky na hospodářskou soutěž, jakož i na spotřebitele. Tento rozsudek byl vydán ve věci týkající se kontroly spojování podniků, v níž měl Tribunál za to, že Komise musí v rámci prospektivní analýzy zakázat spojení konglomerátního typu, pokud „dospěje k závěru, že se vzhledem ke konglomerátním účinkům, které zjistila, v poměrně blízké budoucnosti s největší pravděpodobností vytvoří nebo posílí dominantní postavení, v jehož důsledku dojde na dotčeném trhu k významnému narušení hospodářské soutěže“. Jak Soudní dvůr uvedl ve svém rozsudku Komise v. Tetra Laval, bod 71 výše (body 42 a 43), taková analýza možného vytvoření nebo posílení dominantního postavení, jaká je nezbytná v oblasti kontroly spojování podniků, musí být provedena velmi obezřetně, neboť nejde o zkoumání událostí v minulosti, ohledně kterých často existuje řada poznatků umožňujících porozumět jejich příčinám. Takovou situaci však nelze srovnávat se situací v projednávaném případě.
- 274 Zatřetí je třeba s ohledem na judikaturu uvedenou v bodě 268 výše ověřit tvrzení žalobkyň, podle kterého jsou konstatování Komise ohledně pravděpodobných účinků chování společnosti Telefónica čistě teoretická a nepodložená.
- 275 V tomto ohledu je třeba uvést, že pravděpodobné účinky chování společnosti Telefónica byly přezkoumány v bodech 545 až 563 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Komise v nich konstatovala, že uvedená společnost pravděpodobně omezila schopnost operátorů ADSL se trvale rozvíjet na maloobchodním trhu. Aby tento závěr odůvodnila, Komise odkázala nejprve na skutečnost, že operátoři ADSL museli za účelem získání zákazníků uplatňovat nižší ceny než maloobchodní ceny společnosti Telefónica. Zdůraznila, že to mělo za následek ztráty, které nebylo možné na konkurenčním trhu vyrovnat v přiměřené lhůtě (bod 546 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Za tímto účelem se opřela zejména o konstatování uvedená v bodech 251 až 253 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Dále odkázala na konstatování uvedená v bodech 223 až 242 odůvodnění napadeného rozhodnutí a uvedla zejména to, že konkurenti ADSL na maloobchodním trhu neměli k dispozici vhodný alternativní vstupní produkt. Odkázala tak na vztah závislosti operátorů na alternativních velkoobchodních produktech společnosti (body 547 a 548 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Měla tudíž za to, že chování společnosti Telefónica pravděpodobně ztížilo trvalé udržení stejně výkonných

soutěžitelů na trhu a že Telefónica mohla svým chováním nutit alternativní operátory, aby hledali rovnováhu mezi výnosností a růstem jejich podílu na trhu, čímž omezila konkurenční tlak, jenž byl na ni vyvíjen (body 549 až 552 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Dále je Komise toho názoru, že chování společnosti Telefónica pravděpodobně poškodilo konečné spotřebitele, jelikož hospodářská soutěž, která byla tarifními nůžkami omezena, mohla způsobit snížení maloobchodních cen (body 556 až 559 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

- 276 Konstatování Komise obsažená v bodech 545 až 563 odůvodnění napadeného rozhodnutí nelze považovat za „čistě teoretická“ nebo nedostatečně potvrzená. Tato konstatování naopak právně dostačujícím způsobem prokazují případné překážky, které mohly tarifní praktiky společnosti Telefónica vytvořit, pokud jde o stupeň hospodářské soutěže na maloobchodním trhu. Komise se tak nedopustila zjevně nesprávného posouzení, když měla za to, že chování společnosti Telefónica pravděpodobně posílilo překážky vstupu a vývoje na tomto trhu, a že kdyby nedošlo k narušení hospodářské soutěže tarifními nůžkami, byla by soutěž na maloobchodním trhu pravděpodobně silnější, z čehož by měli prospěch spotřebitelé z hlediska cen, výběru a inovací.
- 277 Argumenty uvedené žalobkyněmi, jejichž cílem je tento závěr zpochybnit, nemohou obstát.
- 278 Argument žalobkyň, podle něhož test tarifních nůžek uplatněný Komisí nesouvisí s kritérii, jež určují strategická rozhodnutí alternativních operátorů na maloobchodním trhu, je tedy třeba zamítnout.
- 279 Co se na jednu stranu týče argumentu, že by stejně výkonný soutěžitel jako Telefónica nepřijal svá strategická rozhodnutí pouze v závislosti na délce životnosti svých aktiv, ale také podle období potřebného ke zhodnocení investice do nových infrastruktur a přilákání svých zákazníků, je třeba uvést, podobně jako Komise, že prokázání protisoutěžních účinků zneužití je z velké části založeno na tendenci plánované praktiky zvýšit konkurentům náklady na vstup na trh a oddálit jejich vyhlídky na výnos konkrétně tím, že ztíží vytvoření vlastní zákaznické základny, která by odůvodňovala rozmístění jejich vlastní infrastruktury. Taková situace přitom musela mít vliv na strategická rozhodnutí, chování na trhu a výsledky soutěžitelů společnosti Telefónica a nových potenciálních účastníků trhu.
- 280 Na druhou stranu je třeba odmítnout argumenty žalobkyň směřující k prokázání, že analýza Komise nezohlednila skutečnost, že konkurenti společnosti Telefónica mají přístup k takovým soutěžním strategiím jako proniknutí na maloobchodní trh na základě jejich vlastních infrastruktur nebo pomocí kombinace jejich vlastních infrastruktur a infrastruktury společnosti Telefónica nebo také agresivní hospodářskou soutěží umožňující postupně naplňovat rozsah investic. Pokud jde zprv o argument žalobkyň, že alternativní operátor by optimalizoval své investice vytvořením vlastní infrastruktury pouze ve výnosných zeměpisných zónách, je třeba mít za to, že v takovém případě by uvedený operátor byl nucen kompenzovat ztráty z některých zeměpisných zón Španělska zisky z jiných zón. Dále je také třeba zamítnout argument, že investice alternativních operátorů do jejich vlastních sítí nejsou tak významné zejména proto, že dotčené subjekty používají optimální kombinaci velkoobchodních produktů. Jak bylo uvedeno v bodě 117 výše, rozvoj vlastních infrastruktur představuje značné náklady. Jak bylo dále uvedeno v bodě 130 výše, používání kombinace velkoobchodních produktů se neprokázalo. Konečně argument, že teorie rozsahu investic nevyžaduje, aby všechny stupně byly přístupné, je třeba odmítnout z důvodů uvedených v bodě 196 výše.
- 281 Dále je třeba odmítnout tvrzení, že Komise v napadeném rozhodnutí nepřihlédla ke konkurenčnímu tlaku kabelových operátorů na maloobchodním trhu. Komise tento jev přezkoumala nejen v části napadeného rozhodnutí vztahující se k pravděpodobným účinkům chování společnosti Telefónica (body 559 a 560 odůvodnění napadeného rozhodnutí), ale i v bodech 268 až 276 odůvodnění uvedeného rozhodnutí, jež se týkají definice maloobchodního trhu.

282 S ohledem na veškeré výše uvedené úvahy je třeba dospět k závěru, že v bodech 545 až 563 odůvodnění napadeného rozhodnutí Komise právně dostačujícím způsobem prokázala, že existují případné překážky, jež tarifní praktiky společnosti Telefónica mohly vytvořit ve vztahu k vývoji nabídky na maloobchodním trhu, a tudíž i stupni soutěže na něm.

283 Jelikož k prokázání porušení článku 82 ES stačí dokázat, že zneužívající chování směřuje k omezení hospodářské soutěže (viz bod 268 výše) a že podle ustálené judikatury, pokud určité důvody rozhodnutí samy o sobě mohou právně dostačujícím způsobem toto rozhodnutí odůvodňovat, vady, jimiž mohou být stíženy jiné důvody uvedeného aktu, nemají v žádném případě vliv na jeho výrok (rozsudek Tribunálu ze dne 21. září 2005, EDP v. Komise, T-87/05, Sb. rozh. s. II-3745, bod 144; rovněž v tomto smyslu viz rozsudek Soudního dvora ze dne 12. července 2001, Komise a Francie v. TF1, C-302/99 P a C-308/99 P, Recueil, s. I-5603, body 26 až 29), tvrzení žalobkyň o chybějícím důkazu konkrétních účinků jednání společnosti Telefónica na trh je třeba odmítnout jako neúčinná v rámci prokázání údajného protiprávního jednání.

284 Z toho vyplývá, že druhá část pátého žalobního důvodu musí být zamítnuta.

285 Pátý žalobní důvod je tedy třeba zamítnout v plném rozsahu.

g) K šestému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z uplatnění článku 82 ES *ultra vires* a z porušení zásad subsidiarity, proporcionality, právní jistoty, loajální spolupráce a řádné správy

286 Projednávaný žalobní důvod obsahuje tři části. První část vychází z uplatnění článku 82 ES *ultra vires*. Druhá část, která je uvedena podpůrně, vychází z porušení zásad subsidiarity, proporcionality, právní jistoty. Konečně třetí část vychází z porušení zásad loajální spolupráce a řádné správy.

K první části šestého žalobního důvodu, vycházející z uplatnění článku 82 ES *ultra vires*

287 Žalobkyně v rámci projednávané části tvrdí, že přijetím napadeného rozhodnutí Komise uplatnila článek 82 ES *ultra vires*.

288 Pokud jde o přípustnost projednávané části, kterou Komise zpochybňuje, je třeba uvést, že ze znění žaloby vyplývá, že argumenty předložené žalobkyněmi v rámci projednávané části mají za cíl prokázat, že Komise uplatnila článek 82 ES nad rámec pravomocí, jež jí byly v oblasti práva hospodářské soutěže svěřeny. Ve své replice žalobkyně kromě toho tvrdí, že, na rozdíl od názoru Komise, se zneužití pravomoci nedovolávají. Jelikož projednávaná část má prokázat, že Komise, v projednávaném případě překročila své pravomoci, je třeba ji prohlásit za přípustnou.

289 Co se týče opodstatněnosti projednávané části, je třeba odmítnout argument žalobkyň založený na úvahách přednesených v rámci jejich čtvrtého žalobního důvodu, podle něhož Komise nepřihlédla k právním kritériím, kterým podléhá použití článku 82 ES, neboť tento argument, jehož cílem každopádně není prokázat, že Komise překročila své pravomoci, je neopodstatněný (viz body 169 až 197 výše). Mimoto je pro účely uplatnění článku 82 ES nerelevantní skutečnost, že ke zneužívajícímu chování došlo na trhu, který žalobkyně kvalifikovaly jako „instrumentální“, tj. trhu „vytvořeném pro účely regulace“, jelikož se právo hospodářské soutěže uplatní i na tyto trhy (viz v tomto smyslu rozsudky Soudního dvora ze dne 13. listopadu 1975, General Motors Continental v. Komise, 26/75, Recueil, s. 1367, body 4 až 10, a ze dne 11. listopadu 1986, British Leyland v. Komise, 226/84, Recueil, s. 3263, bod 5).

290 Pokud jde zadruhé o argument žalobkyň, že Komise svým posouzením chování společnosti Telefónica v napadeném rozhodnutí zasáhla do pravomocí VRO a odkázala na takové pojmy normativní povahy, jako „rozsah investic“, je třeba uvést, že žalobkyně pouze tvrdí, že uvedený pojem, jehož uplatnění je v rámci použití článku 82 ES zcela neopodstatněné, neodráží vývoj španělského trhu, ani vývoj soutěžní strategie

alternativních operátorů. Ačkoliv žalobkyně uvádí, že tento pojem normativní povahy nespadá do práva hospodářské soutěže, nevysvětlují, proč by uplatnění tohoto ekonomického konceptu při popisu vývoje trhu širokopásmového připojení, kterým španělský trh prošel od liberalizace odvětví telekomunikací, mělo nasvědčovat tomu, že Komise překročila své pravomoci nebo použila článek 82 ES „k normativním účelům“, a jejich tvrzení tudíž nelze přijmout. Jak ostatně vyplývá z bodu 180 odůvodnění napadeného rozhodnutí, sama Telefonica odkázala v dopise Komisi ze dne 2. března 2005 na koncept „rozsahu investic“, aby popsala vývoj španělského internetového trhu od roku 2001 a potvrdila, že „španělský trh vysokorychlostního přenosu dat se v rámci rozsahu investic rozvíjel v očekávaném tempu“. Přestože žalobkyně tvrdí, že použití tohoto pojmu vedlo Komisi k tomu, že nezohlednila skutečnost, že alternativní operátoři používají optimální kombinaci velkoobchodních produktů nebo – jak ukazuje příklad společnosti Jazztel – že operátoři mohli a mohou uskutečnit významné investice i bez široké zákaznické základny, takový argument, který již nesměruje k prokázání, že Komise překročila své pravomoci, je třeba zamítnout z důvodů uvedených v bodech 120 a 201 až 211 výše.

- 291 Zatřetí je třeba konstatovat, že argument uvedený v replice, podle kterého měla Komise k dispozici formální nástroj k zásahu *ad hoc* dle článku 7 „rámcové“ směrnice, a jenž jí umožňoval zasáhnout v takové situaci, jako je situace dotčená v projednávaném případě, je neopodstatněný, a to aniž je třeba se vyjádřit k jeho přípustnosti, kterou Komise zpochybňuje.
- 292 Je třeba zdůraznit, že podle čl. 1 odst. 1 „rámcové“ směrnice, tato směrnice „vytváří harmonizovaný rámec pro regulaci sítí a služeb elektronických komunikací, přiřazených zařízení a doplňkových služeb, [...] stanoví úkoly [VRO] a zavádí soubor postupů s cílem zajistit harmonizované uplatňování předpisového rámce v celém Společenství“. Rovněž je třeba uvést, že unijní zákonodárce chtěl přidělit VRO centrální úlohu za účelem dosažení cílů „rámcové“ směrnice, což potvrzuje skutečnost, že byla použita jako právní nástroj směrnice, jejímiž adresáty jsou jen členské státy, dále struktura této směrnice, která obsahuje zejména dvě kapitoly nazvané „[VRO]“ (Kapitola 2: články 3 až 7), a „Úkoly [VRO]“ (Kapitola 3: články 8 až 13) a přesné pravomoci, které jsou VRO přiděleny. V tomto ohledu článek 7 „rámcové“ směrnice popisuje účast Komise a VRO na procesu upevnění vnitřního trhu elektronických komunikací a v souladu s bodem 15 odůvodnění dané směrnice směřuje k „zajištění, aby rozhodnutí na vnitrostátní úrovni neměla nepříznivý vliv na jednotný trh nebo jiné cíle Smlouvy“.
- 293 Existence tohoto nástroje se tedy nijak nedotýká pravomocí, kterými je Komise za účelem konstatování porušení článků 81 ES a 82 ES nadána přímo na základě čl. 3 odst. 1 nařízení č. 17 a od 1. května 2004 čl. 7 odst. 1 nařízení č. 1/2003 (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 10. dubna 2008, Deutsche Telekom v. Komise, bod 69 výše, bod 263). Soutěžní pravidla zakotvená Smlouvou o ES v podobě dohledu *ex post* tak doplňují normativní rámec stanovený unijním zákonodárcem s cílem regulovat telekomunikační trhy *ex ante* (rozsudek ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, bod 170 výše, bod 92).
- 294 Žalobkyně kromě toho nemohou tvrdit, že podle článku 7 „rámcové“ směrnice náleželo Komisi, aby přezkoumávala normativní opatření přijatá CMT. Jak Komise uvedla ve svých písemnostech, postupem stanoveným v daném článku jí byla oznámena pouze opatření přijatá v červnu 2006 poté, co CMT provedla „rámcovou“ směrnici a pokyny Komise pro analýzu trhu a hodnocení významné tržní síly podle předpisového rámce Společenství pro sítě a služby elektronických komunikací (Úř. věst. 2002, C 165, s. 6) (dále jen společně „normativní rámec z roku 2002“).
- 295 Z toho vyplývá, že první část šestého žalobního důvodu musí být zamítnuta.

K druhé části šestého žalobního důvodu, vycházející z porušení zásad subsidiarity, proporcionality a právní jistoty

- 296 V rámci druhé části projednávaného žalobního důvodu žalobkyně uplatňují, že i za předpokladu, že by Komise mohla článek 82 ES použít pro regulační účely, *quod non*, v projednávaném případě by její zásah byl v rozporu se zásadami subsidiarity, proporcionality a právní jistoty, jelikož by se bezdůvodně vměšovala do výkonu pravomocí CMT.

- 297 Je třeba připomenout, že zásada subsidiarity je stanovena v čl. 5 druhém pododstavci ES a upřesněna v Protokolu o používání zásad subsidiarity a proporcionality připojeném ke Smlouvě ES, podle kterého Společenství jedná v oblastech, které nespádají do jeho výlučné pravomoci, pouze tehdy a do té míry, pokud sledovaných cílů nemůže být dosaženo uspokojivě na úrovni členských států, a proto jich z důvodu jejich rozsahu či účinků může být lépe dosaženo na úrovni Společenství. Tento protokol rovněž stanoví ve svém odstavci 5 pokyny k určení, zda jsou tyto podmínky splněny.
- 298 Uvedený protokol ve svém třetím odstavci kromě toho uvádí, že zásada subsidiarity nezpochybňuje pravomoci svěřené uvedenou Smlouvou Společenství, jak jsou vykládány Soudním dvorem. Tato zásada tak nezpochybňuje pravomoci svěřené Komisi Smlouvou o ES, mezi které patří uplatňování pravidel hospodářské soutěže nezbytných k fungování vnitřního trhu [čl. 3 odst. 1 písm. g) ES], která jsou uvedena v člancích 81 ES a 82 ES a která jsou provedena nařízením č. 17 a od 1. května 2004 nařízením č. 1/2003 (v tomto smyslu viz rozsudek Tribunálu ze dne 8. března 2007, France Télécom v. Komise, T-339/04, Sb. rozh. s. II-521, body 88 a 89).
- 299 S ohledem na úvahy uvedené v bodě 293 výše nemohla Telefónica nevědět, že ji dodržování španělské právní úpravy v oblasti telekomunikací neochrání před zásahem Komise na základě článku 82 ES, a to tím spíše že několik právních nástrojů z normativního rámce z roku 2002 uvádí možnost souběžných řízení před VRO a orgány pro hospodářskou soutěž (v tomto směru viz čl. 15 odst. 1 „rámcové“ směrnice a body 28, 31 a 70 pokynů Komise pro analýzu trhu a hodnocení významné tržní síly podle předpisového rámce Společenství pro sítě a služby elektronických komunikací).
- 300 Z toho vyplývá, že rozhodnutí přijatá VRO na základě normativního rámce z roku 2002 Komisi nezabavují její pravomoci následně zasáhnout a uplatnit článek 82 ES podle nařízení č. 17 a od 1. května 2004 nařízení č. 1/2003. Žádné ustanovení uvedeného rámce mimoto Komisi neukládá, aby prokázala existenci výjimečných okolností k odůvodnění svého zásahu v takovém případě, jak tvrdí žalobkyně. V důsledku toho je třeba zamítnout argument žalobkyně, podle kterého ani Komise, ani vnitrostátní orgány pro hospodářskou soutěž v podstatě nesmí na základě práva hospodářské soutěže zkoumat jednání podléhající normativním opatřením s podobným předmětem.
- 301 Nejprve je třeba uvést, že CMT není v žádném případě orgánem pro hospodářskou soutěž, ale regulačním orgánem a že nikdy nezasahovala za účelem prosazení dodržování článku 82 ES ani nepřijala rozhodnutí, která by se týkala jednání sankcionovaného napadeným rozhodnutím (body 678 a 683 odůvodnění napadeného rozhodnutí). I za předpokladu, že by CMT byla povinna zkoumat slučitelnost jednání společnosti Telefónica s článkem 82 ES, taková okolnost nebrání tomu, aby Komise mohla konstatovat protiprávní jednání přičtené uvedené společnosti. Komise totiž nemůže být vázána rozhodnutím vydaným vnitrostátním orgánem na základě článku 82 ES (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 10. dubna 2008, Deutsche Telekom v. Komise, bod 69 výše, bod 120).
- 302 CMT dále několikrát uvedla, že neměla k dispozici určité informace požadované k tomu, aby mohla provést přezkum tarifních nůžek vztahující se k cenám společnosti Telefónica za velkoobchodní a maloobchodní přístup k širokopásmovému přenosu dat na regionální úrovni (zejména viz body 494, 495, 509 a 511 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 303 Konečně podle bodu 494 odůvodnění napadeného rozhodnutí nákladový model, který CMT použila ve svých *ex ante* rozhodnutích a jehož cílem bylo potvrzení neexistence tarifních nůžek, není pro uplatnění článku 82 ES relevantní, jelikož nevychází z nejnovějších odhadů, pokud jde o historické náklady společnosti Telefónica, ale z odhadů externích konzultantů na základě informací poskytnutých společnostmi v říjnu roku 2001, a dále nákladový model uvedených konzultantů podhodnotil dodatečné náklady sítě společnosti Telefónica na navazujícím trhu, a nezohlednil výdaje na její reklamní kampaň. Rovněž je třeba zamítnout argumenty, že se CMT ukázala jako zvláště činná v oblasti cenové politiky společnosti Telefónica a opakovaně jednala *ex post*, když od prvních fází vývoje španělského trhu s přístupem k širokopásmovému přenosu dat regulovala a kontrolovala cenovou politiku této společnosti.

304 V tomto kontextu je rovněž třeba zamítnout argument žalobkyně, podle kterého Komise nemá na základě článku 82 ES pravomoc pro přezkum činnosti VRO, dokud se neprokáže, že nejednaly v rámci svých pravomocí nebo jednaly zjevně nesprávně. Komise totiž v napadeném rozhodnutí přezkoumala s ohledem na článek 82 ES činnost společnosti Telefónica, a nikoliv činnost CMT.

305 Skutečnost, že došlo k porušení zásady subsidiarity, tedy není prokázána.

306 Pokud jde o údajná porušení zásad proporcionality a právní jistoty, žalobkyně neprokázaly, v čem byly tyto zásady porušeny. Uvádí pouze, že došlo k porušení zásady právní jistoty zásahem Komise na základě článku 82 ES, přestože Komise nezpochybnila činnost CMT. Telefónica se tak údajně mohla domnívat, že pokud dodržovala platný právní rámec, je její jednání v souladu s unijním právem. Takový argument je však třeba z důvodů uvedených v bodech 299 až 304 výše zamítnout.

307 Konečně, co se týče argumentu žalobkyně, že Komise měla na základě článku 226 ES podat proti Španělskému království žalobu pro nesplnění povinnosti, dospěla-li k závěru, že rozhodnutí CMT jakožto orgánu členského státu neumožňují zabránit tarifním nůžkám, a tudíž nedodržují právní rámec na rok 2002, je třeba poznamenat, že Komise takové konstatování v napadeném rozhodnutí nečinila. I za předpokladu, že by CMT porušila unijní právní normu, a Komise by tedy mohla zahájit proti Španělskému království řízení pro nesplnění povinnosti, takové okolnosti by každopádně nemohly nijak ovlivnit legalitu napadeného rozhodnutí. V tomto rozhodnutí se Komise omezila na konstatování, že Telefónica porušila článek 82 ES, tedy ustanovení, které se netýká členských států, ale pouze hospodářských subjektů (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 10. dubna 2008, Deutsche Telekom v. Komise, bod 69 výše, bod 271). Podle judikatury Soudního dvora navíc v systému zavedeném článkem 226 ES má Komise při podání žaloby pro nesplnění povinnosti diskreční pravomoc a unijní soudům nepřísluší posuzovat vhodnost toho, jak je tato pravomoc vykonávána (rozsudek ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, bod 170 výše, bod 47).

308 Z toho plyne, že druhá část šestého žalobního důvodu musí být zamítnuta.

Ke třetí části šestého žalobního důvodu, vycházející z porušení zásad loajální spolupráce a řádné správy

309 Úvodem je třeba připomenout, že povinnost loajální spolupráce zakotvená článkem 10 ES nesou všechny orgány členských států jednající v rámci svých pravomocí, jakož i unijní orgány, jež mají vzájemnou povinnost loajální spolupráce s členskými státy (usnesení Soudního dvora ze dne 13. července 1990, Zwartveld a další, C-2/88 IMM, Recueil, s. I-3365, bod 17; viz rozsudek Soudního dvora ze dne 22. října 2002, Roquette Frères, C-94/00, Recueil, s. I-9011, bod 31 a citovaná judikatura). Pokud, jako v tomto případě, jsou unijní orgány a vnitrostátní orgány povolány k tomu, aby přispívaly k dosažení cílů stanovených ve Smlouvě společným výkonem svých příslušných pravomocí, je tato spolupráce zvláště důležitá (výše uvedený rozsudek Roquette Frères, bod 32).

310 V rozporu s tvrzením žalobkyně byla CMT do správního řízení, které vedlo k přijetí napadeného rozhodnutí, skutečně zapojena. Zaprvé Komise jí ve dnech 18. listopadu a 17. prosince 2004 a 17. ledna 2005 zaslala tři žádosti o informace. Zadruhé Komise dne 24. května 2006 předala CMT nedůvěrnou verzi oznámení námitek. Rovněž ji informovala, že může případně Komisi zaslat písemné připomínky k oznámení námitek nebo na jednání podat ústní vyjádření či vznést otázky. Žádné písemné vyjádření však CMT neformulovala. Zatřetí několik zástupců CMT bylo přítomno na jednání konaném ve dnech 12. a 13. června 2006, kde CMT také ústně vystoupila. Začtvrté dne 26. června 2006 CMT rovněž písemně odpověděla na řadu otázek stěžovatelky položených při jednání. Zapáté žalobkyně nezpochybňují tvrzení Komise, že se členové týmu pověřeného tímto případem opakovaně s CMT setkali, aby projednali šetření. Zašesté žalobkyně nezpochybňují tvrzení Komise, že se s ní dne 14. června 2007 setkalo několik zástupců CMT a formulovalo vyjádření ke znění některých bodů odůvodnění napadeného rozhodnutí, jež bylo zohledněno pro účely druhé schůze poradního

výboru stanoveného v článku 14 nařízení č. 1/2003. CMT v tomto ohledu nepředložila doplňující připomínky. Jedné schůze uvedeného poradního výboru konané dne 15. června 2007 se ostatně účastnil i odborník z CMT.

- 311 V tomto ohledu nelze přijmout argument žalobkyně, že žádosti o informace, které Komise CMT zaslala, byly technického rázu a netýkaly se námitek vytýkaných společností Telefónica, skutečného stavu na údajně dotčených trzích, metodologie použité pro testy tarifních nůžek nebo také případné existence takových nůžek. Navzdory výzvě Komise v tomto smyslu, CMT nezaslala Komisi žádné písemné připomínky ohledně oznámení námitek, a zejména ohledně předběžného posouzení Komise týkající se takových výše uvedených skutečností, jako jsou skutečnosti uvedené v bodech 142 až 250 a 358 až 469 daného oznámení.
- 312 Co se týče vztahů, které vznikají v rámci řízení vedených Komisí podle článků 81 ES a 82 ES, je třeba kromě toho připomenout, že podmínky naplnění povinnosti loajální spolupráce, která vyplývá z článku 10 ES a kterou je Komise vázána ve svých vztazích s členskými státy, byly upřesněny zejména v člancích 11 až 16 nařízení č. 1/2003 v kapitole IV nazvané „Spolupráce“. Tato ustanovení přitom výslovně povinnost Komise konzultovat VRO nestanoví.
- 313 Žalobkyně nemohou v tomto kontextu ani tvrdit, že k zaslání oznámení námitek CMT a jejímu pozvání na jednání došlo pozdě, zatímco Komise si na údajnou protiprávnost jednání společnosti Telefónica již vytvořila názor. Kromě toho, že oznámení námitek je přípravným dokumentem, jehož závěry mají čistě předběžnou povahu a jsou určeny k vymezení předmětu správního řízení ve vztahu k podnikům, vůči nimž je toto řízení vedeno (rozsudky Soudního dvora ze dne 7. června 1983, *Musique Diffusion française a další v. Komise*, 100/80 až 103/80, Recueil, s. 1825, bod 14; *Aalborg Portland a další v. Komise*, bod 69 výše, bod 67, a *Prym a Prym Consumer v. Komise*, bod 83 výše, bod 40), v bodě 310 výše již bylo uvedeno, že Komise zaslala CMT kopii takového oznámení dne 24. května 2006, což je více než rok před přijetím napadeného rozhodnutí.
- 314 S ohledem na výše uvedené úvahy tedy nelze mít za to, že Komise v projednávaném případě svoji povinnost loajální spolupráce porušila. Argument žalobkyně vycházející z porušení zásady řádné správy je tedy třeba zamítnout, neboť výhradně spočívá na neznalosti dané povinnosti.
- 315 Třetí část projednávaného žalobního důvodu tedy musí být zamítnuta.
- 316 Šestý žalobní důvod je tudíž třeba zamítnout v plném rozsahu, a tedy i všechna hlavní návrhová žádání směřující ke zrušení napadeného rozhodnutí.

2. K podpurným návrhovým žádáním směřujícím ke zrušení nebo snížení výše pokuty

- 317 Na podporu svých návrhových žádání směřujících ke zrušení nebo snížení výše pokuty žalobkyně uplatňují dva žalobní důvody. První žalobní důvod vychází z nesprávných skutkových zjištění, nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení a z porušení čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17 a čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003 a zásad právní jistoty a legitimního očekávání. Druhý žalobní důvod uvedený podpurněji vychází z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení a z porušení zásad proporcionality, rovného zacházení, personaly trestů, jakož i povinnosti uvést odůvodnění při stanovení výše pokuty.
- a) K prvnímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávných skutkových zjištění, nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení a z porušení čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17 a čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003 a zásad právní jistoty a legitimního očekávání
- 318 Projednávaným žalobním důvodem žalobkyně zpochybňují konstatování Komise, že chování společnosti Telefónica během období protiprávního jednání bylo úmyslně nesprávné nebo alespoň hrubě nedbalé a že protiprávní jednání, kterého se společnost Telefónica dopustila, představuje

„typické zneužití“, u kterého existují předchozí rozhodnutí (body 720 až 736 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

- 319 Pokud jde zaprvé o otázku, zda došlo k protiprávnímu jednání úmyslně nebo z nedbalosti, a může tedy být sankcionováno pokutou podle čl. 15 odst. 2 prvního pododstavce nařízení č. 17 a od 1. května 2004 podle čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003, z judikatury vyplývá, že tato podmínka je splněna, jestliže si dotčený podnik nemohl nepovšimnout protisoutěžní povahy svého jednání bez ohledu na to, zda věděl, či nevěděl o tom, že porušuje pravidla Smlouvy v oblasti hospodářské soutěže (viz rozsudky Tribunálu ze dne 14. prosince 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich a další v. Komise, T-259/02 až T-264/02a T-271/02, Sb. rozh. s. II-5169, bod 205, a ze dne 10. dubna 2008, Deutsche Telekom v. Komise, bod 69 výše, bod 295 a citovaná judikatura; v tomto smyslu rovněž viz rozsudky Soudního dvora ze dne 8. listopadu 1983, IAZ International Belgium a další v. Komise, 96/82 až 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 a 110/82, Recueil, s. 3369, bod 45; Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise, bod 111 výše, bod 107, a ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, bod 170 výše, bod 124).
- 320 Podle judikatury si je podnik vědom protisoutěžní povahy svého jednání tehdy, pokud byl obeznámen s podstatnými skutkovými okolnostmi odůvodňujícími jak konstatování existence dominantního postavení na dotčeném trhu tak posouzení Komise o zneužití takového postavení (v tomto smyslu viz rozsudek Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komise, bod 111 výše, bod 107 a rozsudek Raiffeisen Zentralbank Österreich a další v. Komise, bod 319 výše, body 207 a 210; rovněž viz stanovisko generálního advokáta J. Mazáka předcházející rozsudku ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, bod 170 výše, bod 39).
- 321 Aby zpochybnily konstatování Komise, že chování společnosti Telefónica bylo úmyslně nesprávné nebo alespoň hrubě nedbalé, žalobkyně zaprvé uvádí, že Telefónica nemohla rozumně předvídat, že její chování může být zneužitím dominantního postavení v rozporu s článkem 82 ES, a to s ohledem na definici výrobních trhů – kterou předtím poskytly španělské orgány pro hospodářskou soutěž a CMT a která se od definice uvedené v napadeném rozhodnutí liší – na kontrolu vykonávanou CMT, pokud jde o ceny a chování společnosti Telefónica během protiprávního jednání a na chybějící dostatečný rozhodovací prostor společnosti Telefónica k určení její cenové politiky v tomto období.
- 322 Nejprve je třeba odmítnout argument žalobkyně, že Telefónica nemohla předvídat, že Komise přijme definici trhu, která bude odlišná od definice přijaté španělskými orgány.
- 323 Telefónica jakožto obezřetný hospodářský subjekt měla být obeznámená se zásadami, které řídí definici trhů ve věcech hospodářské soutěže, a případně požádat o odborné rady s cílem posoudit v míře přiměřené okolnostem případu, důsledky, jež mohou z daného jednání vyplývat. To platí zvláště pro profesionály, kteří musejí při výkonu svého povolání prokazovat značnou obezřetnost. Lze od nich tedy očekávat, že zvláště pečlivě posoudí rizika, která toto povolání přináší (v tomto smyslu rozsudek viz Dansk Rørindustri a další v. Komise, bod 59 výše, bod 219).
- 324 Mimoto obezřetný hospodářský subjekt nemůže mít pochybnosti o tom, že držení významných podílů na trhu, ačkoliv není nutně a ve všech případech jediným rozhodujícím nepřímým důkazem o dominantním postavení, má přesto značný význam, který uvedený subjekt musí v rámci svého případného chování na trhu zohlednit (rozsudek Hoffmann-La Roche v. Komise, bod 76 výše, bod 133).
- 325 Jak Komise v tomto ohledu správně uvedla v bodě 721 odůvodnění napadeného rozhodnutí, Telefónica, historický operátor a majitel jediné významné infrastruktury pro poskytování regionálních a celostátních velkoobchodních produktů, nemohla nevědět, že má na relevantních trzích dominantní postavení. Velikost tržních podílů společnosti Telefónica (viz body 153 a 159 výše) na celostátním a regionálním velkoobchodním trhu tedy znamená, že její přesvědčení, že na uvedených trzích neměla dominantní postavení, bylo pouze výsledkem nedostatečné analýzy struktury trhů, na kterých působila,

nebo odmítnutí tyto struktury zohlednit (viz v tomto smyslu rozsudek Hoffmann-La Roche v. Komise, bod 76 výše, bod 139). Argument, že Telefónica nemohla předvídat, že Komise přijme odlišnou definici trhu než španělské orgány, tedy nemůže obstát.

- 326 S ohledem na předcházející úvahy a na skutečnost, že v bodech 110 až 144 výše bylo uvedené, že Komise měla právem za to, že účastnické vedení, celostátní velkoobchodní produkt a regionální velkoobchodní produkt nespádají do téhož výrobového trhu, nelze přijmout argumenty žalobkyně, podle kterých rozhodnutí přijatá vnitrostátními regulačními orgány ve Francii a Spojeném království, že celostátní a regionální velkoobchodní produkty nejsou nahraditelné, jim neumožnily předvídat definice trhu, které budou v projednávaném případě přijaty. To stejné platí v případě argumentu žalobkyně – který byl ostatně v bodě 142 výše výslovně zamítnut – vycházejícího z posouzení, které uvedla CMT ve svém rozhodnutí ze dne 6. dubna 2006, podle něhož celostátní a regionální velkoobchodní produkty patřily do téhož relevantního trhu.
- 327 Zadržet nelze ani přijmout argument žalobkyně, že na rozdíl od toho, co je uvedeno v bodě 724 odůvodnění napadeného rozhodnutí, Telefónica neměla dostatečný prostor, aby stanovila svoji cenovou politiku z důvodu uplatnitelné odvětvové regulace.
- 328 Je třeba připomenout, že se článek 82 ES vztahuje pouze na protisoutěžní jednání, které podniky uskutečňují z vlastní iniciativy. Je-li podnikům protisoutěžní jednání uloženo vnitrostátními právními předpisy nebo tvoří-li tyto předpisy právní rámec, který sám vylučuje jakoukoliv možnost jejich soutěžního jednání, článek 82 ES se nepoužije. V takové situaci totiž nemá omezení hospodářské soutěže, jak předpokládá toto ustanovení, příčinu v samostatném jednání podniků (viz rozsudek TeliaSonera, bod 146 výše, bod 49 a citovaná judikatura).
- 329 Článek 82 ES lze naopak použít, ukáže-li se, že vnitrostátní právní předpisy zachovávají možnost hospodářské soutěže, kterou mohou podniky autonomním jednáním vyloučit, omezit nebo narušit (viz rozsudek TeliaSonera, bod 146 výše, bod 50 a citovaná judikatura).
- 330 Soudní dvůr tak upřesnil, že, bez ohledu na existenci takových právních předpisů, i pokud má vertikálně integrovaný podnik v dominantním postavení rozhodovací prostor k úpravě byť jen svých maloobchodních cen, lze mu pouze z tohoto důvodu přičíst stlačování marží (rozsudky ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, bod 170 výše, bod 85, a TeliaSonera, bod 146 výše, bod 51).
- 331 V projednávaném případě je třeba nejprve uvést, že žalobkyně v případě celostátního velkoobchodního produktu nezpochybují konstataci uvedené v bodech 109 až 110 a 671 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že ceny celostátního velkoobchodního produktu nebyly nikdy regulovány v průběhu protiprávního jednání a od září 2001 je Telefónica mohla svobodně snižovat.
- 332 Dále, pokud jde o regionální velkoobchodní produkt, žalobkyně uvádí, že ceny stanovené ze strany CMT na základě mechanismu „retail minus“ byly ve skutečnosti pevnými cenami, a to přinejmenším v období mezi březnem 2004 a prosincem 2006.
- 333 Je třeba připomenout, jak vyplývá z bodu 113 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že usnesením španělského předsedy vlády ze dne 29. prosince 2000 byly stanoveny maximální ceny pro regionální velkoobchodní produkt. Jak ostatně vyplývá ze spisu, dopisem ze dne 2. února 2005 CMT výslovně potvrdila, že ceny regionálního velkoobchodního produktu byly maximálními cenami a že Telefónica mohla o snížení svých cen požádat (rovněž viz body 116 až 118 a 673 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 334 Argument žalobkyně v tomto ohledu založený zaprvé na rozhodnutí CMT ze dne 31. března 2004, ve kterém CMT uvedla, že je důvodné, aby cena za regionální velkoobchodní produkt přispívala k zachování investic kabelových operátorů, a že cena regionálního velkoobchodního produktu by měla

být stanovená na základě celkové částky vypočítané podle metody „retail minus“, takže „CMT by nikdy neschválila snížení ceny regionálního [velkoobchodního] produktu, neboť by to ohrozilo životaschopnost kabelových operátorů“, a zadruhé na rozhodnutí CMT ze dne 29. dubna 2002 a dne 22. července 2004, v nichž se CMT vyjádřila proti výrazným snížením velkoobchodních cen, aby neodradila od investic do infrastruktury a inovací, je založen na hypotetickém předpokladu, že by CMT nikdy neschválila snížení ceny velkoobchodních produktů. Argument tedy musí být zamítnut.

- 335 V každém případě takový argument je vyvrácen tím, že ceny regionálního velkoobchodního produktu byly sníženy ze strany CMT z její vlastní iniciativy, zatímco Telefónica žádnou změnu svých cen nenavrhl, a to rozhodnutími ze dne 22. července 2004 [rozhodnutí CMT ze dne 22. července 2004 ohledně žádosti o změnu nabídky přístupu k účastnickému vedení (OBA) společnosti TESAU za účelem přizpůsobení změně rychlostí ADSL na maloobchodní úrovni] a ze dne 19. května 2005 [rozhodnutí CMT ze dne 19. května 2005 o žádosti o změnu nabídky přístupu k účastnickému vedení (OBA) společnosti TESAU za účelem přizpůsobení zvýšení rychlostí ADSL na maloobchodní úrovni]. Argument uvedený žalobkyněmi v jejich replice, podle kterého uvedená rozhodnutí prokazují, že snížení cen regionálního velkoobchodního produktu vyžadovalo intervenci CMT a Telefónica o něm nemohla volně rozhodnout, je také třeba zamítnout, jelikož bylo povinností společnosti Telefónica, aby v rámci zvláštní odpovědnosti, která jí jakožto podniku v dominantním postavení na trhu regionálního velkoobchodního produktu náleží, předložila CMT žádosti o změnu svých tarifů, jestliže tyto tarify vedly k zásahu do účinné a nenarušené hospodářské soutěže na společném trhu (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 10. dubna 2008, Deutsche Telekom v. Komise, bod 69 výše, bod 122).
- 336 Závěrem, pokud se jedná o maloobchodní ceny společnosti Telefónica, je třeba uvést, stejně jak uvedla Komise, že žalobkyně nepochybně potvrzují tvrzení Komise obsažené v bodě 724 odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle kterého Telefónica mohla kdykoli své maloobchodní ceny zvýšit. Nepochybně ani konstatování obsažená v bodech 104 až 108 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že zatímco maloobchodní ceny společnosti TESAU podléhaly režimu správního povolení ze strany Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (španělská komise pro hospodářské věci, dále jen „CDGAE“) v období od 3. srpna 2001 do 1. listopadu 2003 maloobchodní, ceny jiných dceřiných společností společnosti Telefónica nepodléhaly žádné regulaci, že maloobchodní ceny, které dne 3. srpna 2001 CDGAE schválila jako pevné ceny, navrhla TESAU a že maloobchodní ceny za služby přístupu ADSL společnosti TESAU byly liberalizovány rozhodnutím CDGAE ze dne 25. září 2003, což ukončilo režim správního povolení v případě maloobchodních cen za služby přístupu ADSL společnosti TESAU, ačkoliv byla zachována povinnost společnosti TESAU oznámit jakoukoliv změnu daných cen deset dní před jejich uvedením na trh. Je tedy třeba mít za to, že Telefónica měla možnost zvýšit své maloobchodní ceny, což neučinila.
- 337 Žalobkyně v tomto ohledu tvrdí, že v odůvodnění Komise jsou rozpory, jelikož společnosti Telefónica nemůže vytýkat, že uplatňovala praktiky tarifních nůžek vedoucí ve Španělsku k mnohem vyšším maloobchodním cenám než v jiných evropských zemích, a na druhou stranu kritizovat, že Telefónica maloobchodní ceny nezvýšila, aby se tarifních nůžek vyvarovala. Takový argument musí být zamítnut. Unijní soudce již měl v minulosti za to, že za účelem zamezení vzniku tarifního nůžkového efektu může být nezbytné zvýšit tarify maloobchodních produktů (rozsudek ze dne 10. dubna 2008, Deutsche Telekom v. Komise, bod 69 výše, body 141 až 151; rovněž viz rozsudek ze dne 14. října 2010, Deutsche Telekom v. Komise, bod 170 výše, body 88 a 89).
- 338 Zatřetí je třeba zamítnout argument žalobkyně, že Telefónica nemohla rozumně předvídat, že její cenová politika, již CMT předběžně potvrdila, může porušovat článek 82 ES.
- 339 Nejprve je nutno připomenout, že skutečnost, že se napadené rozhodnutí týká regulovaných produktů a služeb, není rozhodující. Neexistuje-li výslovná výjimka v tomto smyslu, právo hospodářské soutěže se na regulovaná odvětví použije (v tomto smyslu viz rozsudky Soudního dvora ze dne 16. prosince 1975, Suiker Unie a další v. Komise, 40/73 až 48/73, 50/73, 54/73 až 56/73, 111/73, 113/73 a 114/73, Recueil, s. 1663, body 65 až 72, a ze dne 11. dubna 1989, Saeed Flugreisen a Silver Line Reisebüro,

66/86, Recueil, s. 803). Použitelnost pravidel hospodářské soutěže tak není vyloučena, jakmile dotyčná odvětvová ustanovení ponechávají možnost vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže v důsledku samostatného chování podniků (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 11. listopadu 1997, Komise a Francie v. Ladbroke Racing, C-359/95 P a C-379/95 P, Recueil, s. I-6265, body 33 a 34 a citovaná judikatura), což je případ projednávané věci (viz body 327 až 337 výše).

- 340 Jak bylo uvedeno v bodě 299 výše, Telefónica tedy nemohla nevědět, že dodržování španělské právní úpravy v oblasti telekomunikací ji neochrání před zásahem Komise na základě článku 82 ES.
- 341 I když měla CMT v rozhodnutí ze dne 26. července 2001 dále za to, že ceny regionálního velkoobchodního produktu společnosti Telefónica byly stanoveny na základě cenového systému „retail minus“, podle něhož cena za každou verzi tohoto produktu nepřevyšuje danou procentní sazbu z měsíčního poplatku odpovídajícího maloobchodní ceně společnosti TESAU (body 114, 290 odůvodnění napadeného rozhodnutí a poznámka pod čarou 258 napadeného rozhodnutí), žalobkyně nekritizují skutečnost, že CMT přezkoumala existenci tarifních nůžek mezi regionálním velkoobchodním produktem společnosti Telefónica a jejími maloobchodními produkty nikoli na základě skutečných historických cen této společnosti, ale na základě odhadů *ex ante*. Nekritizují ani to, že CMT nikdy neanalyzovala případnou existenci tarifních nůžek mezi celostátním velkoobchodním produktem společnosti Telefónica a jejími maloobchodními produkty. Jak přitom Komise uvedla v bodech 725 až 728 odůvodnění napadeného rozhodnutí, Telefónica, jež měla podrobné informace o svých skutečných nákladech a příjmech, nemohla nevědět, že vývoj na trhu, který mohla pozorovat, ve skutečnosti nepotvrdil odhady provedené *ex ante* CMT.
- 342 S ohledem na předcházející úvahy je třeba zamítnout všechny argumenty žalobkyň směřující k prokázání, že Telefónica nebyla odpovídajícím způsobem schopná předvídat protisoutěžní povahu jejího chování.
- 343 Žalobkyně zadruhé tvrdí, že Telefónica mohla mít stran jednání a rozhodování CMT legitimní očekávání. Tvrdí také, že rozdíl mezi skutečnými náklady *ex post* a odhady, které CMT použila při svém přezkumu existence tarifních nůžek *ex ante*, jak Komise zdůraznila v bodech 728 a 729 odůvodnění napadeného rozhodnutí (rovněž viz tabulka č. 59 napadeného rozhodnutí), nebyly dostatečně zjevné na to, aby Telefónica mohla mít o zásahu CMT pochybnosti.
- 344 Je třeba zamítnout argument žalobkyň, že Telefónica nemohla zpochybnit opodstatněnost metody, kterou CMT použila, aby prokázala existenci tarifních nůžek, ani relevanci žádostí CMT o informace vzhledem k tomu, že Komise nezasáhla ohledně činnosti španělského regulačního orgánu.
- 345 Takový argument je totiž založen na nesprávném předpokladu, že metoda použitá CMT za účelem prokázání existence tarifních nůžek byla podle Komise nevhodná, neboť normativní činnost CMT nebyla předmětem napadeného rozhodnutí. Jak naopak zdůraznila Komise v bodě 733 odůvodnění napadeného rozhodnutí, metoda použitá v napadeném rozhodnutí za účelem prokázání existence tarifních nůžek není v rozporu s metodou „retail minus“, již použila CMT.
- 346 Skutečnost, že Komise ve vztahu ke španělskému regulačnímu orgánu nezasáhla, tedy nemohla u společnosti Telefónica vést k jakémukoliv legitimnímu očekávání, že neporušila článek 82 ES.
- 347 Pokud jde o argument, že společnost Telefónica mohla s ohledem na zásah CMT legitimně očekávat, že vztah mezi jejími velkoobchodními a maloobchodními cenami nezpůsobil tarifní nůžkový efekt, je třeba nejprve uvést, že žalobkyně nezpochybňují konstatování uvedená v bodě 726 odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle nichž CMT existenci tarifních nůžek mezi celostátním velkoobchodním a maloobchodním produktem společnosti Telefónica během dotyčné doby nikdy neanalyzovala a podle nichž měl celostátní velkoobchodní produkt v průběhu uvedeného období větší význam než regionální velkoobchodní produkt.

- 348 Co se dále týče regionálního velkoobchodního produktu, CMT sice v několika rozhodnutích, která přijala v průběhu protiprávního jednání, analyzovala existenci tarifního nůžkového efektu vyplývajícího z tarifů společnosti Telefónica v případě regionálního velkoobchodního produktu, nikdy však neanalyzovala existenci takového efektu na základě skutečných historických cen společnosti Telefónica.
- 349 V tomto ohledu je třeba zamítnout argument žalobkyně, že rozdíly mezi skutečnými cenami *ex post* a odhady *ex ante*, které CMT použila, nebyly dostatečně jasné k tomu, aby společnost Telefónica vedly ke zpochybnění postupu CMT. Na podporu tohoto argumentu totiž žalobkyně v žalobě tvrdí, že údajné nesrovnalosti mezi informacemi, jež Telefónica poskytla CMT, a informacemi obsaženými v jejích obchodních plánech nebo ve výsledkových tabulkách vyplývaly z toho, že Komise špatně vyložila informace, které měla k dispozici ohledně předpovědi poptávky a které se týkaly nákladů na síť [důvěrné] linek ADSL. I za předpokladu, že by takový argument byl odůvodněný, nemůže sám o sobě zpochybnit všechny důkazy obsažené zejména v tabulce č. 59 napadeného rozhodnutí, která prokazuje, že Telefónica nemohla nevědět, že náklady, jež CMT použila v modelu „retail minus“, neodpovídají skutečnosti. Ostatní argumenty žalobkyně, že konzultantská kancelář ARCOME nepoužila informace poskytnuté společností Telefónica, ale použila jako odkaz pro vypracování modelu „retail minus“ síť více jak [důvěrné] linek ADSL, a dále že CMT nepoužila nákladové účetnictví společnosti Telefónica, neboť měla za to, že nebylo dostatečně podrobné, naopak nasvědčují tomu, že Telefónica věděla nebo měla vědět, že náklady použité v modelu „retail minus“ CMT neodpovídaly skutečným nákladům.
- 350 Dále je třeba odmítnout argumenty žalobkyně, že z obchodních plánů ani z výsledkových tabulek nevyplývalo, že Telefónica vykazovala na maloobchodním trhu ztráty. Žalobkyně zaprvé tvrdí, že [důvěrné]. Takový argument však není jakkoliv podpořen. Žalobkyně zadruhé tvrdí, že vzhledem k [důvěrné] obchodní plán z 18. dubna 2002 neumožňuje k takovému závěru dospět. Z předpovědí obsažených v tomto dokumentu však vyplývá, že [důvěrné]. Jejich argument tedy nemůže obstát. Co se zatřetí týče výsledkových tabulek společnosti Telefónica, žalobkyně samy tvrdí, že tyto dokumenty obsahující měsíční informace o příjmech a výdajích jsou s to zaručit správné plnění obchodního plánu a vývoj činnosti. Jelikož uvedený plán předpovídal, že [důvěrné], bylo na žalobkyních, aby se ujistily, že [důvěrné].
- 351 Jak dále Komise poukazuje, Telefónica nepopírá, že skutečné přírůstkové náklady na infrastrukturu, síť a přístup byly mnohem vyšší než náklady obsažené v modelu „retail minus“ CMT. Vzhledem k tomu, že tyto skutečné náklady byly uvedené v různých interních dokumentech společnosti Telefónica, tato společnost nemohla nevědět, že v modelu CMT byly skutečné náklady podceněny.
- 352 S ohledem na výše uvedené úvahy je třeba dospět k závěru, že postup a rozhodnutí CMT nemohly u žalobkyně vyvolat legitimní očekávání, že jejich tarifní praktiky byly s článkem 82 ES v souladu. V důsledku toho je tedy třeba zamítnout první žalobní důvod vycházející z neexistence protiprávního jednání, jež bylo spácháno úmyslně nebo z nedbalosti.
- 353 Na druhém místě žalobkyně Komisi vytýkají, že v napadeném rozhodnutí neuvedla žádný faktický nebo právní základ, jenž by umožňoval dospět k závěru, že protiprávní jednání představuje „typické zneužití“, které bylo shledáno v předchozích rozhodnutích (body 731 až 736 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 354 Úvodem je třeba zdůraznit, že, jak vyplývá z bodů 319 až 352 výše, Komise měla oprávněně za to, že k protiprávnímu jednání konstatovanému v napadeném rozhodnutí došlo úmyslně nebo z nedbalosti. Jak přitom Tribunál připomenul v bodě 319 výše, za takové protiprávní jednání lze uložit pokutu podle čl. 15 odst. 2 prvního pododstavce nařízení č. 17 a od 1. května 2004 podle čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003.

- 355 Žalobkyně v rámci projednávané námitky tvrdí, že zásada právní jistoty brání tomu, aby Komise uložila pokutu za protisoutěžní jednání, pokud by protiprávní povaha uvedeného jednání nevyplývala z jasných a předvídatelných předchozích rozhodnutí. V tomto ohledu je odůvodnění Komise uvedené v bodech 731 až 736 odůvodnění napadeného rozhodnutí podle žalobkyň stiženo nesprávným skutkovým zjištěním a nesprávným posouzením skutkového stavu.
- 356 Žalobkyně zaprvé tvrdí, že tarifní nůžky, které byly v projednávaném případě přičteny společnosti Telefónica, nejsou založeny na jasných předchozích rozhodnutích.
- 357 Nejprve je třeba odmítnout argument žalobkyň vycházející z rozhodovací praxe Komise, podle níž by mohla neexistence jasných předchozích rozhodnutí, které prokazují protiprávnost chování, odůvodnit neuložení pokuty. V tomto ohledu je třeba připomenout, že rozhodnutí Komise, že z důvodu poměrně nové povahy konstatovaných protiprávních jednání v některých svých rozhodnutích pokutu neuloží, neposkytuje „imunitu“ podnikům, které se posléze dopustily protiprávního jednání téhož druhu. Komise při výkonu své posuzovací pravomoci rozhoduje ve zvláštním rámci každé věci o vhodnosti uložení pokuty, aby sankcionovala konstatované protiprávní jednání a chránila účinnost práva hospodářské soutěže (rozsudek Tribunálu ze dne 22. října 1997, SCK a FNK v. Komise, T-213/95a T-18/96, Recueil, s. II-1739, bod 239).
- 358 Dále je třeba zamítnout argument vycházející z údajného rozporu v odůvodnění Komise mezi tvrzením obsaženým v bodě 733 odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle něhož výpočet tarifních nůžek v projednávaném případě jasně vyplývá z rozhodnutí a z judikatury předcházející přijetí rozhodnutí Deutsche Telekom a tvrzením uvedeným v bodě 744 odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle něhož nebyla metoda výpočtu uplatněná v rozhodnutí Deutsche Telekom před tím použitá v žádném formálním rozhodnutí Komise.
- 359 Komise tedy správně uvedla, že z bodu 206 rozhodnutí Deutsche Telekom v podstatě vyplývá, že metoda výpočtu použitá v uvedeném rozhodnutí, na kterou odkazuje bod 744 odůvodnění napadeného rozhodnutí, vyplývá z její dřívější rozhodovací praxe, i když vskutku zahrnuje nový prvek, tj. použití přístupu poměrného vážení. Daný bod odůvodnění tak uvádí, že „metoda k určení existence tarifního nůžkového efektu je součástí rozhodovací praxe Komise a novým prvkem je přístup poměrného vážení, který bylo třeba v tomto případě uplatnit za účelem zohlednění skutečnosti, že v Německu byl pro zpřístupnění účastnického vedení stanoven jediný velkoobchodní tarif, zatímco tarify za příslušné maloobchodní služby se různí podle toho, zda se jedná o analogové linky, linky ISDN nebo linky ADSL“.
- 360 Co se dále týče tvrzení žalobkyň, že předchozí rozhodnutí uvedená Komisí v bodě 733 odůvodnění napadeného rozhodnutí jsou příliš obecná a nepřesná na to, aby umožnila společnosti Telefónica předvídat, že její chování může mít protiprávní povahu, je třeba v rámci projednávaného případu uvést – a to nezávisle na relevanci rozsudku *Industrie des poudres sphériques* v. Komise, bod 186 výše – že Komise měla již ve svém rozhodnutí 88/518/EHS ze dne 18. července 1988 v řízení podle článku [82 ES] (IV/30.178 – *Napier Brown – British Sugar*) (Úř. věst. L 284, s. 41) v bodě 66 za to, že „když si podnik, který je dominantní jak na trhu se surovinou, tak na trhu s příslušným odvozeným produktem, ponechá rozpětí mezi cenou, kterou za surovinu fakturuje podnikům, jež s ním soutěží na trhu s odvozeným produktem, a cenou, kterou fakturuje za odvozený produkt, příliš úzké na to, aby odrazilo náklady samotného dominantního podniku na zpracování [...], a když toto vede k omezení hospodářské soutěže s odvozeným produktem, jedná se o zneužití dominantního postavení“.
- 361 Konečně, jak Komise uvedla v bodě 735 odůvodnění napadeného rozhodnutí, rozhodnutí Deutsche Telekom je také předchozím rozhodnutím, které objasňuje podmínky pro uplatnění článku 82 ES s ohledem na hospodářskou činnost, jež spadá pod specifickou odvětvovou regulaci *ex ante*. V tomto ohledu nelze přijmout argumenty žalobkyň, jež mají prokázat, že toto rozhodnutí neumožnilo společnosti Telefónica přesně určit podmínky, za kterých měla Komise a unijní soudce za to, že stlačení marží může porušit článek 82 ES. Zaprvé je třeba zamítnout argument, že rozhodnutí

Deutsche Telekom bylo předmětem žaloby podané k unijnímu soudu, jelikož presumpce legality aktů orgánů Unie znamená, že tyto akty mají právní účinky tak dlouho, dokud nejsou vzaty zpět, zrušeny v rámci žaloby na neplatnost nebo prohlášeny neplatnými v návaznosti na předběžnou otázku nebo námitku protiprávnosti (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 5. října 2004, Komise v. Řecko, C-475/01, Sb. rozh. s. I-8923, bod 18 a citovaná judikatura). Zadruhé je třeba zamítnout argument týkající se nepředvídatelnosti definice výrobních trhů z důvodů uvedených v bodě 323 výše. Pokud jde zatřetí o argument vycházející ze skutečnosti, že trh byl silně rostoucí, postačí připomenout, že taková okolnost nemůže vyloučit uplatnění pravidel hospodářské soutěže, zejména pak pravidel obsažených v článku 82 ES (rozsudek ze dne 30. ledna 2007, France Télécom v. Komise, bod 60 výše, bod 107). Co se začtvrté týče skutečnosti, že projednávaný případ se týkal vstupního produktu, který nebyl nezbytný, postačí připomenout, že konstatování existence núžkového efektu nevyžaduje, aby byl dotýčný velkoobchodní produkt nepostradatelný (viz body 180 až 182 výše). Zapáté nelze přijmout ani argument vycházející z přísné kontroly odvětví ve Španělsku, a to z důvodů uvedených v bodech 339 až 342 výše.

362 Z toho vyplývá, že Telefónica nemohla nevědět, že její chování mohlo omezit hospodářskou soutěž. Žalobkyně krom toho nemohou tvrdit, že dokonce ani po oznámení námitek nebyly schopné předpovědět, jaký model nákladů a příjmů Komise v napadeném rozhodnutí přijme, protože daný model spočíval na doplňujících důkazech, jež nebyly uvedeny ani v daném rozhodnutí ani v dopisu uvádějícím skutkové okolnosti. Jak již bylo uvedeno v rámci přezkumu prvního žalobního důvodu návrhových žádání žalobkyň, v tomto ohledu nebylo konstatováno žádné porušení jejich práva na obhajobu.

363 Zadruhé žalobkyně uvádí, že Telefónica nemohla nikdy předpovědět novou metodologii, kterou Komise ve svém rozhodnutí použila pro účely stanovení tarifních núžek, a to ani před říjnem 2003 ani po tomto datu, což je datum zveřejnění rozhodnutí Deutsche Telekom.

364 V tomto ohledu je třeba zaprvé odmítnout argumenty žalobkyň, že Telefónica nemohla předvídat zdroje, metodu a výpočty, které Komise v napadeném rozhodnutí použila. Zdroje použité v rámci výpočtu tarifních núžek jsou historické příjmy a náklady společnosti Telefónica, které předložily samotné žalobkyně. S ohledem na předchozí rozhodnutí Komise uvedená v bodech 360 a 361 výše Telefónica mohla rozumně předpokládat, že její chování na trhu může omezit hospodářskou soutěž.

365 Zadruhé argument, že Telefónica nemohla předvídat, jak Komise v napadeném rozhodnutí definuje dotčené trhy, byl již odmítnut v bodech 323 až 326 výše.

366 Co se zatřetí týče argumentu, že v napadeném rozhodnutí byl test tarifních núžek poprvé použit na rychle rozvíjející se trh, v bodě 361 výše bylo uvedeno, že okolnost, že trh silně roste, nevylučuje uplatnění pravidel hospodářské soutěže.

367 Začtvrté, argumenty vycházející z nutnosti prokázat v rámci testu tarifních núžek nepostradatelnost předcházejícího produktu byly odmítnuty v bodě 182 výše.

368 Jak zapáté vyplývá z bodu 748 odůvodnění napadeného rozhodnutí, tvrzení žalobkyň, že španělská právní úprava byla v průběhu protiprávního jednání přísnější než právní úprava přezkoumaná v rozhodnutí Deutsche Telekom, je irrelevantní a v každém případě neopodstatněné.

369 V důsledku toho je třeba zamítnout druhou námitku prvního žalobního důvodu, jakož i uvedený žalobní důvod v plném rozsahu.

b) K druhému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení a z porušení zásad proporcionality, rovného zacházení, personality trestů, jakož i povinnosti uvést odůvodnění při stanovení výše pokuty

370 Druhý žalobní důvod obsahuje pět částí. První část vychází z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení, jakož i z porušení povinnosti uvést odůvodnění ohledně kvalifikace protiprávního jednání jako „velmi závažného“ a stanovení výchozí částky pokuty ve výši

90 milionů eur. Druhá část vychází z porušení zásady proporcionality, rovného zacházení a personality trestů, jakož i povinnosti uvést odůvodnění při stanovení výchozí částky pokuty ve výši 90 milionů eur. Třetí část vychází z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení, jakož i nedostatku odůvodnění, ke kterým došlo při zvýšení výchozí částky pokuty pro účely zaručení odrazujícího účinku. Čtvrtá část vychází z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení při kvalifikaci protiprávního jednání jakožto „dlouhodobého“. Pátá část vychází z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení při zohlednění polehčujících okolností.

K první části druhého žalobního důvodu, vycházející z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení, jakož i z porušení povinnosti uvést odůvodnění ohledně kvalifikace protiprávního jednání jako „velmi závažného“ a stanovení výchozí částky pokuty ve výši 90 milionů eur

- 371 Žalobkyně v první části druhého žalobního důvodu svých podpůrných návrhových žádání zpochybňují závažnost protiprávního jednání, která byla v napadeném rozhodnutí konstatována, a tudíž i stanovení výchozí částky pokuty uložené společnosti Telefónica (viz body 25 až 29 výše).
- 372 Úvodem je třeba připomenout, že z ustálené judikatury vyplývá, že Komise požívá širokou posuzovací pravomoc, pokud jde o metodu výpočtu pokut. Tato metoda popsaná v pokynech z roku 1998 obsahuje různé proměnné umožňující Komisi vykonávat její posuzovací pravomoc v souladu s ustanoveními čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003 (viz v tomto smyslu rozsudek Papierfabrik August Koehler v. Komise, bod 76 výše, bod 112 a citovaná judikatura).
- 373 Závažnost porušení práva hospodářské soutěže Unie musí být stanovena v závislosti na mnoha skutečnostech, jako jsou zejména zvláštní okolnosti věci, její kontext a odrazující účinek pokut, a to aniž je sestaven závazný nebo taxativní výčet kritérií, ke kterým musí být povinně přihlédnuto (rozsudky Soudního dvora ze dne 19. března 2009, Archer Daniels Midland v. Komise, C-510/06 P, Sb. rozh. s. I-1843, bod 72, a Prym a Prym Consumer v. Komise, bod 83 výše, bod 54).
- 374 Jak bylo uvedeno v bodě 25 výše, Komise v projednávaném případě stanovila výši pokut použitím metody definované v pokynech z roku 1998.
- 375 Pokyny z roku 1998 sice nemohou být kvalifikovány jako právní pravidlo, které správa musí v každém případě dodržovat, představují však orientační pravidlo chování, podle něhož má být v praxi postupováno a od něhož se správa může v konkrétním případě odchýlit, pouze uvede-li důvody, které jsou slučitelné se zásadou rovného zacházení (viz rozsudek Dansk Rørindustri a další v. Komise, bod 59 výše, bod 209 a citovaná judikatura; rozsudek Tribunálu ze dne 8. října 2008, Carbone-Lorraine v. Komise, T-73/04, Sb. rozh. s. II-2661, bod 70).
- 376 Komise se přijetím takových pravidel chování a zveřejněním oznámení, že je napříště použije na případy jimi dotčené, omezuje při výkonu své posuzovací pravomoci a nemůže se od těchto pravidel odchýlit, aniž je případně sankcionována z důvodu porušení obecných právních zásad, jako je zásada rovného zacházení nebo ochrana legitimního očekávání (viz rozsudek Dansk Rørindustri a další v. Komise, bod 59 výše, bod 211 a citovaná judikatura; rozsudek Carbone-Lorraine v. Komise, bod 375 výše, bod 71).
- 377 Pokyny z roku 1998 kromě toho obecně a abstraktně určují metodu, ke které se Komise zavázala pro účely stanovování výše pokut, a v důsledku toho zajišťují právní jistotu podniků (rozsudek Dansk Rørindustri a další v. Komise, bod 59 výše, body 211 a 213).

378 Je třeba připomenout, že pokud jde o posouzení závažnosti protiprávního jednání, pokyny z roku 1998 v bodě 1A v prvním a druhém pododstavci uvádí následující:

„[P]ři hodnocení závažnosti protiprávního jednání je třeba brát v úvahu jeho povahu, skutečný dopad na trh, pokud jej lze měřit, a velikost relevantního zeměpisného trhu. Protiprávní jednání se tak zařadí do jedné ze tří kategorií: méně závažná protiprávní jednání, závažná protiprávní jednání a velmi závažná protiprávní jednání.“

379 Z pokynů z roku 1998 vyplývá, že méně závažnými protiprávními jednáními mohou být například „omezení, obvykle vertikální povahy, avšak s omezeným dopadem na trh, jež ovlivňují pouze podstatnou, avšak relativně omezenou část trhu Společenství“ (bod 1 A druhý pododstavec první odrážka). Pokud jde o závažná protiprávní jednání, Komise upřesňuje, že „jimi budou častěji horizontální nebo vertikální omezení stejného typu jako protiprávní jednání uvedená výše, avšak přísněji uplatňovaná, s širším dopadem na trh a s účinky v rozsáhlých oblastech společného trhu.“ Dále uvádí, že by se přitom mohlo též „jednat o zneužití dominantního postavení“ (bod 1 A druhý pododstavec druhá odrážka). Pokud se jedná o velmi závažná protiprávní jednání, Komise uvádí, že jimi jsou „obecně horizontální omezení, jako ‚cenové kartely‘ a kvóty podílů na trhu nebo jiná jednání, které ohrožují řádné fungování vnitřního trhu, jako je rozdělování vnitrostátních trhů a jasné zneužívání dominantního postavení podniky majícími praktický monopol“ (bod 1 A druhý pododstavec třetí odrážka).

380 Komise rovněž na jednu stranu uvádí, že v každé z těchto kategorií, a zejména u kategorií závažných a velmi závažných protiprávních jednání, navržený rozsah pokut umožňuje, aby se na podniky použilo diferencované zacházení podle povahy protiprávního jednání, kterého se dopustily, a na druhou stranu, že je nezbytné brát v úvahu, zda původci protiprávních jednání skutečně měli hospodářskou možnost způsobit významnou škodu jiným hospodářským subjektům, zejména pak spotřebitelům, a určit výši pokuty na úrovni, která zajistí její dostatečně odrazující účinek (bod 1 A třetí a čtvrtý pododstavec).

381 Podle pokynů z roku 1998 přesahuje v případě „velmi závažných“ protiprávních jednání možná výchozí částka pokuty výši 20 milionů eur; v případě „závažných“ protiprávní jednání se může různit od částky 1 milion do 20 milionů eur; konečně v případě „méně závažných“ protiprávních jednání se možná výchozí částka pokuty pohybuje v intervalu 1 000 až 1 milion eur (bod 1 A druhý pododstavec první až třetí odrážka).

382 Na prvním místě je třeba přezkoumat argumenty žalobkyň směřující k prokázání, že Komise neměla protiprávní jednání kvalifikovat jakožto „velmi závažné“, a proto měla být výchozí částka pokuty stanovena ve výrazně nižší výši než 90 milionů eur.

383 V tomto ohledu je třeba zaprvé odmítnout argument, že konstatované protiprávní jednání nepředstavuje z důvodů uvedených v bodech 353 až 368 výše typické zneužití.

384 Co se zadruhé týče argumentů žalobkyň, podle nichž se Telefónica nenacházela na velkoobchodních trzích v situaci quasi monopolu, v bodě 155 výše již bylo připomenuto, že Telefónica nepopírá, že byla jediným operátorem, který od roku 1999 poskytoval ve Španělsku regionální velkoobchodní produkt a který tedy měl na tomto trhu faktický monopol. Jak bylo kromě toho ohledně celostátního velkoobchodního produktu uvedeno v bodě 163 výše, podíl na trhu společnosti Telefónica byl po celou dobu protiprávního jednání vyšší než 84 %. Argument žalobkyň, že existence *quasi* monopolu je vyloučena, jelikož produkty dotčené protiprávním jednáním nejsou „nezbytnými infrastrukturami“ nebo jsou předmětem odvětvové regulace, nemá základ ani v pokynech z roku 1998 ani v judikatuře, a nelze jej přijmout.

- 385 Zatřetí je z důvodů již uvedených v bodech 358 a 359 výše třeba zamítnout argument, který vychází z údajných rozporů mezi body 744 a 746 odůvodnění napadeného rozhodnutí (posledně uvedený odkazuje na bod 733 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Metoda použitá v rozhodnutí Deutsche Telekom, na kterou odkazuje bod 744 odůvodnění napadeného rozhodnutí, plyne z dřívější rozhodovací praxe Komise, i když vskutku zahrnuje nový prvek, a to uplatnění přístupu poměrného vážení.
- 386 Ačkoliv žalobkyně začtvrté tvrdí, že Telefónica neměla i po zveřejnění rozhodnutí Deutsche Telekom v *Úředním věstníku Evropské unie* dne 14. října 2003 žádný důvod mít za to, že její chování mohlo porušovat článek 82 ES, jelikož její situace se jasně lišila od situace analyzované v daném případě, takový argument nelze přijmout z důvodů uvedených v bodě 361 výše. Argument žalobkyň založený na rozhodovací praxi Komise, podle níž mělo být jakožto „závažné“ kvalifikováno alespoň protiprávní jednání před rokem 2003, je třeba zamítnout, jelikož – jak vyplývá z ustálené judikatury – rozhodovací praxe Komise nemůže sloužit jako právní rámec pro pokuty v oblasti hospodářské soutěže, který je tvořen pouze nařízením č. 17 a od 1. května 2004 nařízením č. 1/2003. Pokud jde o případnou diskriminaci, rozhodnutí týkající se jiných případů mají pouze orientační povahu, protože je málo pravděpodobné, že by takové okolnosti jim vlastní, jako jsou dotčené trhy, produkty, země, podniky a období byly totožné (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 7. června 2007, *Britannia Alloys & Chemicals v. Komise*, C-76/06 P, Sb. rozh. s. I-4405, bod 60 a citovaná judikatura). Další argumenty předložené žalobkyněmi s cílem prokázat, že Telefónica nemohla předvídat, že její chování mohlo porušovat článek 82 ES, byly dále odmítnuty v bodech 322 až 352 výše.
- 387 S ohledem na předcházející úvahy nemůže taková první námitka žalobkyň, jako je ta uvedená v bodě 382 výše, obstát.
- 388 Na druhém místě žalobkyně uvádí, že výchozí částka pokuty je nepřiměřená s ohledem na neexistenci skutečného dopadu sporných jednání či jejich omezeného dopadu.
- 389 Je třeba připomenout, že v souladu s bodem 1 A prvním pododstavcem pokynů z roku 1998 je Komise povinna provést v rámci posouzení závažnosti protiprávního jednání přezkum skutečného dopadu na trh pouze tehdy, pokud je zjevné, že takový dopad lze měřit (viz v tomto smyslu rozsudek *Prym a Prym Consumer v. Komise*, bod 83 výše, bod 74 a citovaná judikatura).
- 390 Jestliže dále Komise pro účely výpočtu pokuty považuje za účelné zohlednit tuto fakultativní skutečnost, jako je skutečný dopad protiprávního jednání na trh, nemůže se omezit na pouhou domněnku, ale musí poskytnout konkrétní, důvěryhodné a dostatečné indicie, které jí umožní posoudit, jaký skutečný dopad mohlo mít protiprávní jednání z hlediska hospodářské soutěže na uvedeném trhu (rozsudek *Prym a Prym Consumer v. Komise*, bod 83 výše, bod 82).
- 391 V projednávaném případě z napadeného rozhodnutí vyplývá, že Komise hodlala zohlednit tuto fakultativní skutečnost, kterou je skutečný dopad protiprávního jednání, což při otázce položené v tomto smyslu na jednání výslovně potvrdila. Jak vyplývá z bodů 751 a 752 odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle Komise byl „dopad zneužití společností Telefónica na maloobchodní trh významný“. Na jednu stranu tak uvádí, že při hodnocení závažnosti protiprávního jednání zohlednila skutečnost, že relevantní trhy měly značnou hospodářskou hodnotu a hrály zásadní roli z hlediska vytvoření informační společnosti a na druhou stranu – zároveň odkazuje na část napadeného rozhodnutí týkající se účinků zneužití – měla za to, že tarifní nůžky uplatněné společností Telefónica měly na maloobchodním trhu přímý vylučovací účinek a že skutečnost, že chování společnosti Telefónica omezilo schopnost operátorů ADSL trvale se rozvíjet na maloobchodním trhu, hrála patrně důležitou roli v tom, proč maloobchodní ceny ve Španělsku patřily mezi nejvyšší v Evropě.
- 392 Jelikož se Komise v napadeném rozhodnutí za účelem prokázání skutečného dopadu protiprávního jednání na trh opírá nejen o značnou hospodářskou hodnotu a zásadní roli dotčených trhů při vytváření informační společnosti, ale také o účinky zneužití, je třeba v rámci projednávaného

žalobního důvodu přezkoumat argumenty žalobkyně, které vznesly v rámci druhé části pátého žalobního důvodu jejich hlavních návrhových žádání směřující k prokázání, že Komise právně dostačujícím způsobem neprokázala skutečné dopady zneužití, kterého se Telefonica dopustila.

- 393 Pokud jde o údajné skutečné vylučující účinky na maloobchodním trhu, Komise v napadeném rozhodnutí tvrdila, že existují empirické důkazy o tom, že zaprvé růst společnosti Telefonica byl mnohem vyšší než růst jejích soutěžitelů (body 567 až 570 odůvodnění napadeného rozhodnutí), zadruhé že Telefonica zůstala zdaleka největším poskytovatelem ADSL na masovém maloobchodním trhu po celou dobu šetření (body 571 až 573 odůvodnění napadeného rozhodnutí), zatřetí že na rozdíl od svých konkurentů v oblasti ADSL Telefonica získala větší podíl na maloobchodním trhu vysokorychlostního přenosu, než měla v případě služeb nízkorychlostního přenosu dat (body 574 až 578 odůvodnění napadeného rozhodnutí), a začtvrté že chování společnosti Telefonica omezilo hospodářskou soutěž na celostátním velkoobchodním trhu (body 579 až 584 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Komise rovněž tvrdí, že omezená hospodářská soutěž na maloobchodním trhu nestačila k vyvrácení skutečnosti, že tarifní nůžky měly skutečně vylučující účinky (body 585 až 591 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 394 Žalobkyně jsou zaprvé toho názoru, že podíl společnosti Telefonica na maloobchodním trhu se během zkoumaného období značně zmenšil, což je s uplatňováním vylučovací strategie neslučitelné. Míra získání zákazníků pro maloobchodní služby společnosti Telefonica (body 568 až 570 odůvodnění napadeného rozhodnutí) byla vždy nižší než podíl společnosti Telefonica na tomto trhu. Údaje, o něž se Komise opírá, se kromě toho týkají pouze maloobchodního segmentu ADSL a vylučují produkty založené na jiných produktech vysokorychlostního přenosu dat, které jsou součástí takového maloobchodního trhu, jaký je definován v napadeném rozhodnutí.
- 395 V tomto ohledu je nejprve třeba uvést, že žalobkyně nezpochybňují údaje, jež Komise uvedla v bodech 568 až 570 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Podle těchto údajů se Telefonica rozvíjela na maloobchodním trhu čtyřikrát rychleji než všichni její konkurenti v oblasti ADSL dohromady a šestkrát a čtrnáctkrát rychleji než její dva hlavní soutěžitelé mezi lednem roku 2002 a říjnem roku 2004. V průběhu posledního čtvrtletí roku 2004 a prvního pololetí roku 2005 bylo dále téměř 70 % růstu trhu s ADSL dosaženo prostřednictvím společnosti Telefonica. Konečně postupné posílení maloobchodních nabídek konkurentů založených na zpřístupnění účastnického vedení nezabránilo společnosti Telefonica v tom, aby v období mezi dubnem 2005 a červencem 2006 získala více než 70 % nových předplatitelů v segmentu ADSL.
- 396 V rozporu s tvrzením žalobkyně je dále třeba zdůraznit, že tržní podíl společnosti Telefonica v segmentu ADSL maloobchodního trhu zůstal v období protiprávního jednání relativně stejný (graf 13 napadeného rozhodnutí), když se po snížení o [důvěrné] mezi prosincem 2001 a červencem 2002 zmenšil z 58 % v červenci 2002 (což je pouze šest měsíců od začátku období protiprávního jednání) na 56 % na konci období protiprávního jednání v prosinci 2006. Žalobkyně tedy nemohou tvrdit, že jejich tržní podíl v maloobchodním segmentu ADSL se významně snížil.
- 397 V tomto ohledu nelze v rozporu s tvrzením žalobkyně Komisi vytýkat, že analyzovala zejména účinky tarifních nůžek na segment ADSL maloobchodního trhu. V letech 2002 až 2006 představoval tento segment 72 % až 78,7 % linek vysokorychlostního přenosu dat ve Španělsku (body 39, 555 odůvodnění napadeného rozhodnutí a tabulka 1 napadeného rozhodnutí). Kromě toho se daného segmentu tarifní nůžky dotýkaly přímo, neboť byly uplatňovány na celostátní a regionální velkoobchodní produkty, které alternativním operátorům ADSL umožňovaly nabízet jejich produkty na maloobchodním trhu.
- 398 Jak bylo konečně uvedeno v bodě 281 výše, Komise existenci kabelových operátorů zohlednila. Měla za to, že uvedení operátorů nebyli tarifními nůžkami přímo dotčeni a že ostatně na maloobchodním trhu nevyvíjeli na společnost Telefonica dostatečný konkurenční tlak (body 559 a 560 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

- 399 Zadruhé žalobkyně tvrdí, že Komise nepodložila své tvrzení, že tarifní nůžky soutěžitele společnosti Telefónica finančně vyčerpaly (body 587 až 591 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Toto tvrzení však směřovalo pouze k vyvrácení argumentu společnosti Telefónica uvedenému v její odpovědi na oznámení námitek, podle kterého musela čelit intenzivní hospodářské soutěži ze strany značného počtu výkonných soutěžitelů (bod 585 odůvodnění napadeného rozhodnutí), což podle jmenované společnosti vyvracelo skutečné vylučující účinky tarifních nůžek. Jelikož však žalobkyně nepopírají konstatování uvedené v bodě 588 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že žádný operátor ADSL nedosáhl podílu na trhu, jenž byl před rokem 2005 vyšší než 1 %, nemůže jejich argument obstát. V rozporu s tvrzením žalobkyň a jak uvedla Komise v bodě 590 odůvodnění napadeného rozhodnutí, společnost Jazztel kromě toho nebyla na základě celostátních a regionálních velkoobchodních produktů společnosti Telefónica schopná dosáhnout vyššího než 1% podílu na trhu. Nakonec, pokud jde o argument žalobkyň, že početné akvizice alternativních operátorů jinými operátory za vysoké ceny odrážely zvýšený potenciál alternativních operátorů rozvíjet se, tento argument neprokazuje neexistenci vylučujících účinků společnosti Telefónica v období protiprávního jednání. Akvizice společnosti Ya.com společností France Telecom, na kterou žalobkyně výslovně odkazují, se navíc uskutečnila v červnu 2007. Došlo k ní tedy po uvedeném období.
- 400 Zatřetí Komise podle žalobkyň zkreslila údaje, jakož i míru růstu na maloobchodním trhu, aby prokázala, že důsledkem chování společnosti Telefónica bylo omezení hospodářské soutěže na velkoobchodním trhu (body 579 až 584 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Když byla žalobkyním na jednání položena otázka ohledně významu a rozsahu jejich argumentace, tvrdily, že se tato argumentace netýká míry růstu na maloobchodním trhu. Komise podle nich naopak odkazuje na míru růstu velkoobchodních linek bez zohlednění spotřeby pro vlastní účely mnohých operátorů, kteří se vertikálně spojují. Tento argument, který nebyl podložen, však nelze přijmout, jelikož z poznámky pod čarou 654 napadeného rozhodnutí vztahující se ke grafu 18 v bodě 579 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že „čistý zisk se počítá na základě vývoje linek (včetně spotřeby pro vlastní účely) na celostátním velkoobchodním trhu“. Komise tedy skutečně zohlednila uvedenou spotřebu pro vlastní účely.
- 401 V každém případě je třeba poznamenat, že navzdory skutečnosti, že Telefónica ztratila některé podíly na trhu na úrovni celostátního velkoobchodního produktu (graf 18 odůvodnění napadeného rozhodnutí), žalobkyně nezpochybňují konstatování Komise, podle kterých Telefónica rostla na úrovni celostátního velkoobchodního produktu v období mezi lednem 2002 a říjnem 2004 šestkrát rychleji než všichni její konkurenti v oblasti ADSL, desetkrát rychleji než její hlavní konkurent společnost ADSL ONO a třicetkrát rychleji než její druhý konkurent v oblasti ADSL společnost France Telecom (bod 580 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Z napadeného rozhodnutí kromě toho vyplývá, že od října 2004 Telefónica pokračovala v růstu na úrovni celostátního velkoobchodního produktu třikrát rychleji než všichni její konkurenti v oblasti ADSL, sedmkrát rychleji než její hlavní konkurent v oblasti ADSL společnost France Telecom a desetkrát rychleji než její druhý konkurent v oblasti ADSL společnost Jazztel. Společnost Auna, jež byla hlavním konkurentem společnosti Telefónica na celostátním velkoobchodním trhu, kromě toho během tohoto posledního období zaznamenala snížení svých objemů (bod 581 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Růst společnosti Telefónica na trhu linek ADSL na úrovni celostátního velkoobchodního produktu a pokles objemů společnosti Auna na celostátním velkoobchodním trhu je pak třeba považovat za nepřímé důkazy o skutečných účincích vyloučení konkurentů společnosti Telefónica.
- 402 S ohledem na výše uvedené a bez potřeby se vyjadřovat k argumentům žalobkyň směřujícím ke zpochybnění srovnání služeb nízkorychlostního a vysokorychlostního přenosu dat, které Komise provedla v bodech 574 až 578 odůvodnění napadeného rozhodnutí, je třeba mít za to, že Komise předložila dostatek konkrétních, důvěryhodných a dostatečných nepřímých důkazů k tomu, aby prokázala, že chování společnosti Telefónica mělo na trhu skutečné účinky vyloučení.
- 403 Žalobkyně začtvrté zpochybňují údajnou újmu způsobenou spotřebitelům. Napadají konstatování Komise, že chování společnosti Telefónica vedlo ke zvýšení maloobchodních cen na jednu z nejvyšších úrovní či na nejvyšší úroveň v Unii v době, kdy měla patnáct členských států, nebo dokonce je zvedlo nad rámec nejvyšších maloobchodních cen v těchto členských státech.

404 V tomto ohledu je třeba uvést, že Komise v bodech 592 až 602 odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatovala následující:

- Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD) ve studii ze dne 18. června 2004 dospěla k závěru, že průměrný měsíční poplatek za přístup k vysokorychlostnímu internetu ve Španělsku byl jeden z nejdražších v Evropě z hlediska poměru cena-výkon, což bylo potvrzeno studií, kterou vypracovala asociace španělských spotřebitelů, l'Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) (bod 594 odůvodnění napadeného rozhodnutí);
- analýzy, jež provedla CMT v období mezi lety 2004 a 2006, prokázaly, že maloobchodní ceny za přístup k vysokorychlostnímu internetu ve Španělsku byly vysoké a zjevně vyšší než evropský průměr (bod 595 odůvodnění napadeného rozhodnutí);
- studie z prosince 2006 (dále jen „studie z roku 2006“), již si objednal irský VRO – Commission for Communications Regulation (ComReg) – a kterou vypracovala kancelář Teligen, dospěla k závěru, že maloobchodní ceny společnosti Telefónica byly o 85 % vyšší než evropský průměr (body 596 až 601 odůvodnění napadeného rozhodnutí);
- Telefónica na základě vlastních údajů vypočítala, že v době, kdy měla Unie patnáct členských států, byla průměrná maloobchodní cena ve Španělsku o 20 % vyšší než průměrná unijní cena (bod 602 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

405 Žalobkyně ve své žalobě na jednu stranu tvrdí, že Komise v napadeném rozhodnutí neprokázala, že maloobchodní ceny ve Španělsku byly mezi nejvyššími v Evropě. Za tímto účelem však pouze zpochybnily výsledky studie z roku 2006 s tvrzením, že nabídky, které byly předmětem srovnání, byly různorodé, že daná studie nezohlednila reklamní kampaně či cenu nejoblíbenějších produktů a že příslušný vzorek se týkal pouze stavu v patnácti zemích v určitý okamžik. Nezpochybnily však další studie citované Komisí, které zvýšenou úroveň cen maloobchodního produktu ve Španělsku potvrzují, takže jejich argument nelze přijmout. Jak Komise zdůraznila v bodě 602 odůvodnění napadeného rozhodnutí, sama Telefónica ve své odpovědi na oznámení námitek v každém případě uznala, že pouhé srovnání maloobchodních cen v členských státech vedlo k závěru, že v době, kdy měla Unie patnáct členských států, tedy „v období 1999–2005“, byly maloobchodní ceny ve Španělsku nejvyšší v rámci Unie.

406 Na druhou stranu žalobkyně ve své replice a na jednání uvedly, že žádná ze studií, které Komise citovala, neodpověděla na otázku, zda španělští spotřebitelé platili vyšší maloobchodní ceny za přístup k širokopásmovému internetu z důvodu protisoutěžního tarifního nůžkového efektu.

407 V bodě 390 výše však bylo připomenuto, že Komise musí předložit konkrétní, důvěryhodné a dostatečné nepřímé důkazy, jež umožní posoudit skutečný vliv, který protiprávní jednání může mít na hospodářskou soutěž na relevantním trhu. Je přitom třeba dospět k závěru, že Komise mohla mít oprávněně za to, že zvýšená úroveň maloobchodních cen ve Španělsku takový nepřímý důkaz o skutečném dopadu chování společnosti Telefónica na španělský trh představovala.

408 Zapáté žalobkyně tvrdí, že prohlášení Komise obsažené v bodě 603 odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle něhož je míra rozšíření širokopásmového přenosu dat ve Španělsku nižší než evropský průměr, je chybné. Za tímto účelem tvrdí, že se Španělsko nachází pouze „mírně“ pod evropským průměrem, že tento vývoj byl již předpovídán v roce 2001 z důvodu opožděného zavedení přístupu k vysokorychlostnímu internetu ve Španělsku nebo že toto konstatování se též vysvětluje sociodemografickými faktory.

409 Žalobkyně sice předkládají určité argumenty, jež by mohly objasnit, proč je uvedená míra nižší než evropský průměr, avšak zároveň nepopírají, že daná míra skutečně byla pod tímto průměrem. Přitom je třeba mít za to, že Komise se nedopustila zjevně nesprávného posouzení, když zastávala názor, že nižší míra rozšíření širokopásmového přenosu dat ve Španělsku oproti ostatním členským státům také představovala nepřímý důkaz o skutečném dopadu chování společnosti Telefónica na španělský trh.

- 410 S ohledem na výše uvedené úvahy nemůže obstát ani druhá námitka žalobkyně, která je uvedena v bodě 388 výše.
- 411 Na třetím místě žalobkyně uvádí, že výchozí částka pokuty je s ohledem na zeměpisný rozsah údajně dotčených trhů nepřiměřená.
- 412 Zaprvé je třeba odmítnout argumenty vycházející z rozhodovací praxe Komise, podle nichž Komise v rozhodnutích vydaných v oblasti zneužití dominantního postavení v telekomunikačním sektoru dospěla k závěru, že protiprávní jednání byla „závažná“ – v každém případě v době, kdy měly relevantní trhy srovnatelné rysy se španělským trhem přístupu k vysokorychlostnímu internetu. Jak bylo uvedeno v bodě 386 výše, rozhodovací praxe Komise nemůže vytvářet právní rámec pro pokuty v oblasti hospodářské soutěže.
- 413 Zadruhé je třeba zamítnout argument žalobkyň vycházející ze skutečnosti, že protiprávní jednání mělo být kvalifikováno jako „závažné“, jelikož se „relevantní trh omezuje (nanejvýš) na území jednoho členského státu“. Jak Komise správně zdůraznila v bodě 755 odůvodnění napadeného rozhodnutí, praktiky tarifních nůžek brání operátorům z jiných členských států vstoupit na silně rostoucí trh, i když se nutně nachází v jednom členském státu, a španělský trh vysokorychlostního přenosu dat je mimoto pátým největším celostátním trhem vysokorychlostního přenosu dat v Unii. Jak uvedla Komise v bodě 742 odůvodnění napadeného rozhodnutí, zneužití, jehož se společnost Telefónica dopustila, je typickým zneužitím ze strany podniku v prakticky monopolním postavení. Jak ostatně vyplývá z bodů 388 až 410 výše, Komise měla oprávněně za to, že chování společnosti Telefónica mělo významný dopad na maloobchodní trh. Z judikatury dále vyplývá, že rozsah zeměpisného trhu představuje pouze jedno ze tří kritérií podle pokynů z roku 1998, jež jsou relevantní pro účely celkového posouzení závažnosti protiprávního jednání. Povaha protiprávního jednání hraje mezi těmito vzájemně závislými kritérii prvořadou roli. Rozsah zeměpisného trhu naopak není samostatným kritériem v tom smyslu, že by pouze protiprávní jednání týkající se několika členských států mohla být kvalifikována jako „velmi závažná“. Ani Smlouva o ES, ani nařízení č. 17 či nařízení č. 1/2003, ani pokyny z roku 1998 či judikatura neumožňují učinit závěr, že pouze zeměpisně velmi rozsáhlá omezení mohou být takto kvalifikována (v tomto smyslu viz rozsudek Raiffeisen Zentralbank Österreich a další v. Komise, bod 319 výše, bod 311 a citovaná judikatura). S ohledem na tyto okolnosti Komise správně v projednávaném případě kvalifikovala protiprávní jednání jakožto „velmi závažné“, přestože velikost relevantního zeměpisného trhu se omezovala pouze na španělské území.
- 414 Třetí námitku žalobkyň uvedenou v bodě 411 výše je tedy třeba odmítnout.
- 415 Na čtvrtém místě žalobkyně tvrdí, že Komise porušila svoji povinnost uvést odůvodnění a dopustila se nesprávného právního posouzení, když nezohlednila proměnlivý stupeň závažnosti protiprávního jednání v průběhu jeho období.
- 416 Co se zaprvé týče porušení povinnosti uvést odůvodnění, z ustálené judikatury vyplývá, že při stanovování částky pokuty v případě porušení pravidel hospodářské soutěže, jsou podstatné formální náležitosti, mezi něž patří povinnost uvést odůvodnění, splněny, jestliže Komise ve svém rozhodnutí uvede posuzované skutečnosti, které jí umožnily vymezit závažnost a dobu trvání protiprávního jednání (rozsudek Soudního dvora ze dne 16. listopadu 2000, Sarrió v. Komise, C-291/98 P, Recueil, s. I-9991, bod 73, a rozsudek Atlantic Container Line a další v. Komise, bod 150 výše, bod 1521). Tyto náležitosti přitom neukládají Komisi, aby ve svém rozhodnutí uvedla číselné údaje týkající se způsobu výpočtu pokut (viz rozsudek Microsoft v. Komise, bod 58 výše, bod 1361 a citovaná judikatura).
- 417 V projednávaném případě měla Komise v bodě 750 odůvodnění napadeného rozhodnutí za to, že „protiprávní jednání je třeba považovat za velmi závažné“. Kromě toho v bodě 756 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedla, že „protiprávní jednání [musí] být kvalifikováno především jako velmi

závažné, přestože nemělo tutéž závažnost po celé posuzované období“ a že „původní částka pokuty zohledňuje skutečnost, že zejména po vydání rozhodnutí Deutsche Telekom byla závažnost zneužití ze strany společnosti Telefónica v každém případě jasnější“.

418 V tomto ohledu je třeba odmítnout argument žalobkyň vycházející z údajného rozporu v odůvodnění, jenž vyplýval z toho, že podle Komise bylo protiprávní jednání „velmi závažné“, přestože před říjnem roku 2003, což je datum zveřejnění rozhodnutí Deutsche Telekom, mohlo být méně závažné. Jak vyplývá z bodů 738 až 758 odůvodnění napadeného rozhodnutí, Komise měla za to, že protiprávní jednání bylo „velmi závažné“ po celé dotčené období, přestože tato závažnost nebyla v průběhu daného období jednotná. Kromě toho argument vycházející z naprosté neexistence odůvodnění, co se týče „zvláštního způsobu výpočtu ‚základní částky‘“, musí být s ohledem na judikaturu citovanou v bodě 416 výše také odmítnut.

419 Zadruhé je třeba odmítnout argument žalobkyň, že Komise nevyvodila důsledky z konstatování připomenutých v bodě 417 výše, pokud jde o kvalifikaci protiprávního jednání nebo stanovení výchozí částky pokuty v rozsahu, v němž měla protiprávní jednání kvalifikovat nanejvýš jako „závažné“ a stanovit mnohem nižší výchozí částku pokuty. Tento argument je založen na mylném předpokladu, neboť z předcházejících úvah vyplývá (viz body 371 až 414 výše), že Komise měla správně za to, že protiprávní jednání musí být kvalifikováno jako „velmi závažné“ pro celé dotyčné období a že z bodů 750 a 760 odůvodnění napadeného rozhodnutí výslovně vyplývá, že navzdory kvalifikaci jako „velmi závažné“ ve vztahu k celému uvedenému období, Komise skutečně zohlednila různou intenzitu protiprávního jednání při stanovování výchozí částky pokuty (viz body 27 a 417 výše).

420 Čtvrtou námitku žalobkyň, tak jak je uvedena v bodě 388 výše, tedy nelze přijmout.

421 Z výše uvedených úvah vyplývá, že první část druhého žalobního důvodu je třeba zamítnout v plném rozsahu.

K druhé části druhého žalobního důvodu, vycházející z porušení zásady proporcionality, rovného zacházení a personalitě trestů, jakož i povinnosti uvést odůvodnění při stanovování výchozí částky pokuty

422 V rámci projednávaného žalobního důvodu žalobkyně tvrdí, že Komise porušila zásadu proporcionality, rovného zacházení a personalitě trestů, jakož i povinnost uvést odůvodnění při stanovování výchozí částky pokuty.

423 Na prvním místě je třeba přezkoumat námitku žalobkyň vycházející z porušení zásad proporcionality, rovného zacházení a personalitě trestu.

424 Zaprvé je třeba připomenout, že zásada rovného zacházení brání zejména tomu, aby se srovnatelnými situacemi bylo zacházeno odlišně a s odlišnými situacemi stejně, není-li takové zacházení objektivně odůvodněno (viz rozsudky Soudního dvora ze dne 10. ledna 2006, IATA a ELFAA, C-344/04, Sb. rozh. s. I-403, bod 95; ze dne 17. června 2010, Lafarge v. Komise, C-413/08 P, Sb. rozh. s. I-5361, bod 40, a rozsudek Tribunálu ze dne 1. července 2008, Compagnie maritime belge v. Komise, T-276/04, Sb. rozh. s. II-1277, bod 92 a citovaná judikatura).

425 Za účelem prokázání, že zásada rovného zacházení byla v projednávaném případě porušena, žalobkyně poukazují na rozdíly při stanovování výchozí částky pokuty mezi napadeným rozhodnutím a všemi dřívějšími rozhodnutími Komise. Jak ovšem bylo připomenuto výše v bodě 386, rozhodovací praxe Komise nemůže vytvářet právní rámec pro pokuty v oblasti hospodářské soutěže.

426 Podle ustálené judikatury skutečnost, že Komise v minulosti použila pokuty určité úrovně na určité typy protiprávních jednání, ji dále nemůže zbavit možnosti zvýšit tuto úroveň v mezích stanovených nařízením č. 17 a nařízením č. 1/2003, pokud to je nezbytné k zajištění uplatňování unijní politiky hospodářské soutěže (viz rozsudek Dansk Rørindustri a další v. Komise, bod 59 výše, bod 169 a citovaná judikatura).

- 427 Účinné použití unijních pravidel hospodářské soutěže naopak vyžaduje, aby Komise mohla kdykoliv přizpůsobit úroveň pokut potřebám této politiky. Takové chování nelze označit jako porušení zásady rovného zacházení ze strany Komise ve vztahu k její dřívější praxi (viz rozsudek *Groupe Danone v. Komise*, bod 67 výše, bod 154 a citovaná judikatura). Porušení zásady rovného zacházení proto nelze v projednávaném případě konstatovat.
- 428 Zadruhé je třeba připomenout, že podle ustálené judikatury vyžaduje zásada proporcionality, jež je jednou z obecných unijních právních zásad, aby akty orgánů nepřekročily meze toho, co je přiměřené a nezbytné k dosažení legitimních cílů sledovaných dotčenou právní úpravou, přičemž se rozumí, že pokud se nabízí volba mezi několika přiměřenými opatřeními, je třeba zvolit nejméně omezující opatření a způsobené nevýhody nesmějí být nepřiměřené vzhledem ke sledovaným cílům (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 12. července 2001, *Jippes a další, C-189/01, Recueil, s. I-5689, bod 81 a citovaná judikatura*).
- 429 Zásada proporcionality v kontextu výpočtu pokut znamená, že Komise musí stanovit pokutu přiměřeně k faktorům vzatým v úvahu za účelem posouzení závažnosti protiprávního jednání a že musí v tomto ohledu tyto faktory používat uceleně a objektivně odůvodněně (viz rozsudek Tribunálu ze dne 27. září 2006, *Jungbunzlauer v. Komise, T-43/02, Sb. rozh. s. II-3435, bod 228 a citovaná judikatura*).
- 430 V tomto ohledu je třeba nejprve uvést, že Komise disponuje v rámci nařízení č. 1/2003 při stanovování výše pokut určitým prostorem pro uvážení za účelem směrování chování podniků ve smyslu dodržování pravidel hospodářské soutěže (viz rozsudek *Groupe Danone v. Komise*, bod 67 výše, bod 134 a citovaná judikatura).
- 431 Rovněž je třeba připomenout, že metodika obsažená v bodě 1 A pokynů z roku 1998 vychází z logiky paušalizace, podle níž se výchozí částka pokuty určená podle závažnosti protiprávního jednání vypočte v závislosti na povaze protiprávního jednání, na jejím skutečném dopadu na trh, pokud jej lze měřit, a na velikosti relevantního zeměpisného trhu (rozsudek Tribunálu ze dne 6. května 2009, *Wieland-Werke v. Komise, T-116/04, Sb. rozh. s. II-1087, bod 62*).
- 432 Jak vyplývá z bodů 371 až 421 výše, Komise v projednávaném případě kvalifikovala oprávněně protiprávní jednání jako „velmi závažné“. S ohledem na skutečnost, že zneužití, kterého se Telefonica dopustila, je třeba považovat za typické zneužití, kterým se zabývala předchozí rozhodnutí Komise a které ohrožuje dosažení vnitřního trhu pro síť a telekomunikační služby a dále, že toto zneužití mělo významný dopad na maloobchodní španělský trh (body 738 až 757 odůvodnění napadeného rozhodnutí), nelze výchozí částku pokuty ve výši 90 milionů eur považovat za nepřiměřenou.
- 433 Zatřetí žalobkyně nemohou tvrdit, že byla porušena zásada personalit trestů. Při posouzení závažnosti protiprávního jednání s cílem stanovit částku pokuty Komise musí dbát na to, aby její jednání mělo odrazující účinek zejména při takových druzích protiprávního jednání, které jsou zvláště škodlivé pro dosažení unijních cílů (viz rozsudek *Groupe Danone v. Komise*, bod 67 výše, bod 169 a citovaná judikatura). Odrazení musí být konkrétní i obecné zároveň. Tím, že pokuta potlačuje jednotlivá protiprávní jednání, spadá rovněž do rámce obecné politiky dodržování pravidel hospodářské soutěže podniky (v tomto smyslu viz rozsudek *Musique Diffusion française a další v. Komise*, bod 313 výše, bod 106). Ačkoliv pokuta může mít také obecný odrazující účinek ve vztahu k ostatním podnikům, které by byly v pokušení porušit pravidla hospodářské soutěže, z napadeného rozhodnutí vyplývá, že v projednávaném případě byla vypočítána s ohledem na vlastní situaci společnosti Telefonica, a sice závažnost protiprávního jednání vytkaného s ohledem na jeho povahu, účinky na trh a rozsah relevantního zeměpisného trhu, jeho trvání a existenci polehčující okolnosti. Žalobkyně proto nemohou tvrdit, že „hlavním a jediným cílem pokuty“ byl obecný odrazující účinek.
- 434 Pokud jde na druhém místě o námitku vycházející z porušení povinnosti uvést odůvodnění, je třeba připomenout, jak bylo uvedeno v bodě 416 výše, že podstatné formální náležitosti, mezi něž patří povinnost uvést odůvodnění, jsou splněny, jestliže Komise ve svém rozhodnutí uvede posuzované

skutečnosti, které jí umožnily vymezit závažnost a dobu trvání protiprávního jednání, aniž je povinna v něm uvádět podrobnější popis nebo číselné údaje týkající se způsobu výpočtu pokuty. Takové prvky jsou přitom uvedeny v bodech 713 až 767 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Logika paušalizace, která je vlastní výpočtu výchozí částky pokuty, byla navíc připomenuta v bodě 431 výše. Argument žalobkyně, že Komise měla v napadeném rozhodnutí podrobněji vysvětlit, jak stanovila výchozí částku pokuty ve výši 90 milionů eur, je třeba v důsledku toho odmítnout.

435 Kromě toho, jak bylo připomenuto v bodě 386 výše, rozhodovací praxe Komise neslouží jako právní rámec pro pokuty v oblasti hospodářské soutěže, a žalobkyně tedy nemohou Komisi vytýkat, že v napadeném rozhodnutí neuvedla důvody, proč je výchozí částka pokuty uložená společnosti Telefónica výrazně vyšší než v rozhodnutí Wanadoo Interactive, ani že neupřesnila důvody, proč bylo v projednávaném případě důvodné uložit společnosti Telefónica pokutu, která je vyšší než pokuta stanovená v rozhodnutí Deutsche Telekom (v tomto smyslu viz rozsudek Michelin v. Komise, bod 268 výše, bod 255).

436 S ohledem na výše uvedené je třeba zamítnout námitku, která vychází z porušení povinnosti uvést odůvodnění, jakož i celou druhou část druhého žalobního důvodu.

Ke třetí části druhého žalobního důvodu, vycházející z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení, jakož i nedostatku odůvodnění, ke kterým došlo při zvýšení výchozí částky pokuty pro účely odrazujícího účinku

437 V rámci projednávané části žalobkyně tvrdí, že Komise se dopustila nesprávných skutkových zjištění a nesprávného právního posouzení při zvýšení výchozí částky pokuty pro účely odrazujícího účinku.

438 Úvodem je třeba připomenout, že podle bodu 1 A čtvrtého pododstavce pokynů z roku 1998 je v rámci určování výchozí částky pokuty „nezbytné brát v úvahu, zda původci protiprávních jednání skutečně měli hospodářskou možnost způsobit významnou škodu jiným hospodářským subjektům, zejména pak spotřebitelům, a určit výši pokuty na úrovni, která zajistí její dostatečně odstrašující účinek“. Podle bodu 1 A pátého pododstavce Komise kromě toho může zohlednit skutečnost, že „velké podniky obvykle mají právní a ekonomické znalosti a infrastruktury, které jim umožní lépe rozpoznat, že jejich chování představuje protiprávní jednání, a jaké důsledky z něj vyplývají podle právních předpisů o hospodářské soutěži“.

439 Pokud jde zaprvé o argument žalobkyně vycházející z chybějícího odůvodnění zvýšení částky pokuty k odrazujícím účelům, je třeba uvést, že Komise v bodě 758 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedla, že „[s] ohledem na významnou hospodářskou sílu společnosti Telefónica, [musela] být původní částka zvýšena násobícím faktorem 1,25, aby zajistila dostatečný odrazující účinek pokuty“. V poznámce pod čarou 791 napadeného rozhodnutí Komise upřesnila, že z hlediska tržní kapitalizace byla společnost Telefónica největším historickým operátorem v oblasti telekomunikací v Evropě, a že její zdroje a zisky byly značné. Dále Komise uvedla, že podle prohlášení společnosti Telefónica před United States Securities and Exchange Commission (Komise Spojených států pro cenné papíry a burzu) za daňový rok 2006, tato společnost měla hotovostní rezervy a krátkodobé finanční investice ve výši 5 472 milionů eur ke dni 31. prosince 2006 a že její zisk se zvýšil na 6 579 milionů eur v průběhu daňového roku 2006 z příjmů ve výši 52 901 milionů eur. Z toho vyplývá, že zvýšení pokuty pro odrazující účely je odůvodněno právně dostačujícím způsobem.

440 Zadruhé je třeba odmítnout argumenty, podle kterých Komise měla ověřit, zda výchozí částka pokuty 90 milionů eur byla sama o sobě dostatečně odrazující i bez zvýšení, a nezbytnost zvýšit pokutu pro účely odrazení měla být stanovena poté, co byla vypočítána její konečná výše. V tomto ohledu je třeba uvést, že žalobkyně nepochybují legalitu pokynů z roku 1998, podle kterých je zohlednění odrazujícího účinku pokuty jedním z faktorů, které je třeba vzít v úvahu pro stanovení výchozí částky pokuty. Je však třeba konstatovat, že Komise mohla mít oprávněně za to, že významná hospodářská

síla společnosti Telefónica, jež byla v době přijetí napadeného rozhodnutí největším historickým operátorem v oblasti telekomunikací z hlediska tržní kapitalizace (bod 758 odůvodnění napadeného rozhodnutí a poznámka pod čarou 791 napadeného rozhodnutí), odůvodňovala použití faktoru odrazení, a to tím spíše že žalobkyně nezpochybňují, že výchozí částka pokuty v projednávaném případě představuje pouze 0,17 % z obrátu společnosti Telefónica.

441 Zatřetí se žalobkyně opírají o rozhodovací praxi Komise, aby prokázaly, že když Komise zvýšila výchozí částku pokuty pro odrazující účely, porušila zásady proporcionality a rovného zacházení. Finanční kapacita společnosti Telefónica tak neodůvodňuje, aby s ní bylo zacházeno jinak než s podniky Wanadoo Interactive a Deutsche Telekom, vůči kterým Komise zvýšení k odrazujícím účelům nepoužila. Takový argument je však třeba odmítnout, jelikož jak bylo připomenuto výše v bodě 386, rozhodovací praxe Komise nemůže vytvářet právní rámec pro pokuty v oblasti hospodářské soutěže. Pouhé konstatování, že Komise v projednávaném případě zvýšila částku pokuty uložené společnosti Telefónica za účelem odrazení, zatímco žádné takové zvýšení nebylo uplatněno v rozhodnutích Wanadoo Interactive a Deutsche Telekom, tudíž nemůže zakládat porušení zásad rovného zacházení a proporcionality. Námitku žalobkyň je tedy třeba zamítnout.

442 Co se začtvrté týče argumentu vycházejícího z porušení zásady personalit trestů, postačí odkázat na úvahy obsažené v bodě 433 výše.

443 Ze všech výše uvedených úvah plyne, že argumenty žalobkyň, podle nichž se Komise dopustila několika pochybení, když zvýšila výchozí částku pokuty uloženou společnosti Telefónica z důvodu odrazujícího účinku, jsou neopodstatněné, takže třetí část druhého žalobního důvodu je třeba zamítnout.

Ke čtvrté části druhého žalobního důvodu, vycházející z nesprávného právního posouzení a zjevně nesprávného posouzení skutkového stavu při kvalifikaci protiprávního jednání jako „dlouhodobého“

444 V rámci projednávané části žalobkyň tvrdí, že se Komise při stanovení počátku a konečného data protiprávního jednání dopustila nesprávného právního posouzení a zjevně nesprávného posouzení skutkového stavu.

445 Je třeba připomenout, že v souladu s čl. 23 odst. 3 nařízení č. 1/2003 představuje délka trvání protiprávního jednání jeden ze znaků, které je třeba zohlednit při stanovení výše pokuty ukládané podnikům, které se dopustily protiprávních jednání porušujících pravidla hospodářské soutěže.

446 Pokyny z roku 1998 v souvislosti s faktorem doby trvání protiprávního jednání rozlišují mezi krátkodobými protiprávními jednáními (obecně kratšími než jeden rok), u nichž by výchozí částka pokuty zjištěná na základě závažnosti neměla být zvyšována, střednědobými protiprávními jednáními (obecně jeden až pět roků), u nichž lze tuto částku zvýšit o 50 %, a dlouhodobými protiprávními jednáními (obecně déle než pět roků), u nichž lze tuto částku zvýšit o 10 % za rok (bod 1 B první pododstavec první a třetí odrážka pokynů z roku 1998).

447 Žalobkyně na prvním místě zpochybňují stanovení data počátku protiprávního jednání uvedeného v bodě 759 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

448 Zaprvé je třeba z důvodů uvedených v bodech 356 až 369 výše odmítnout argument žalobkyň, že Telefónica nemohla před říjnem 2003 vědět, že její chování může porušovat článek 82 ES.

449 Zadruhé je nutné připomenout, že žalobkyněmi předložené argumenty ohledně zohlednění různé intenzity protiprávního jednání při stanovování výchozí částky pokuty byly odmítnuty v bodě 419 výše.

450 Zatřetí argumenty žalobkyň, podle kterých různá intenzita závažnosti protiprávního jednání odůvodňuje dodatečné snížení na základě doby trvání tohoto protiprávního jednání, vedou k tomu, že se zaměňují kritéria závažnosti a doby trvání protiprávního jednání stanovená v čl. 23 odst. 3 nařízení

č. 1/2003 a v pokynech z roku 1998. Svoji argumentací zpochybňují zvýšení výchozí částky pokuty o 10 % za rok a odkazují na okolnosti související s posouzením závažnosti protiprávního jednání, které navíc ani neprokázaly (viz bod 419 výše). Jelikož se zvýšení na základě doby trvání provádí použitím určitého procentního podílu výchozí částky pokuty stanovené podle závažnosti celého protiprávního jednání, která tak již odráží různou intenzitu protiprávního jednání, není třeba pro zvýšení této částky zohlednit z důvodu doby trvání protiprávního jednání proměnlivou intenzitu tohoto jednání během dotčeného období (rozsudek Tribunálu ze dne 28. dubna 2010, Gütermann a Zwicky v. Komise, T-456/05 a T-457/05, Sb. rozh. s II-1443, bod 159). Na základě týchž důvodů musí být odmítnut argument vycházející ze skutečnosti, že mezi dny 26. července 2001 a 21. prosince 2006 CMT přezkoumala marže společnosti Telefónica, jakož i argument založený na tom, že španělský trh se rozvíjel a že uvedená společnost na tomto trhu značně investovala.

451 Co se na druhém místě týče určení data ukončení protiprávního jednání, je nutno uvést, že jediný argument žalobkyň spočívá na skutečnosti, že se Komise k prokázání tarifních nůžek opírá pouze o údaje z období od roku 2001 do června 2006. Žalobkyně však nezpochybňují tvrzení Komise obsažené v bodě 124 odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle něhož úroveň ceny celostátních a regionálních velkoobchodních produktů nebyla dotčena v období mezi rozhodnutím CMT z 1. června 2006 – tj. datem, kdy CMT změnila regulaci cen použitelnou na regionální a celostátní velkoobchodní produkty, přičemž bylo společnosti Telefónica uloženo, aby ceny odpovídaly nákladům (bod 123 odůvodnění napadeného rozhodnutí) – a 21. prosincem 2006, tedy datem, kdy CMT přijala předběžná opatření stanovující významná snížení cen daných produktů, přičemž ceny za regionální velkoobchodní produkt byly sníženy poměrně od 22 do 54 % a ceny celostátního velkoobchodního produktu (ADSL-IP) byly sníženy poměrně od 24 do 61 %. Kromě toho nepopírají konstatování uvedené v bodě 62 odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle něhož se od září 2001 do přijetí napadeného rozhodnutí maloobchodní ceny společnosti TESAU nezměnily. Žalobkyně neuplatňují ani žádnou změnu nákladů zohledněných Komisí v projednávaném případě. Je tedy možné mít za to, že protiprávní jednání skončilo ke dni 21. prosince 2006 (viz rovněž bod 747 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

452 Jelikož je třeba mít za to, že se žalobkyně nemohly důvodně odvolávat na dobu trvání sporného protiprávního jednání, aby požadovaly přinejmenším 20% snížení výše pokuty uložené společnosti Telefónica, je za těchto podmínek třeba zamítnout čtvrtou část druhého žalobního důvodu.

K páté části druhého žalobního důvodu, vycházející z nesprávného právního posouzení a nesprávných skutkových zjištění, ke kterým došlo při zohlednění polehčujících okolností

453 Úvodem je třeba připomenout, že z pokynů z roku 1998 plyne, že základní částku pokuty lze snížit v případě, že k protiprávnímu jednání dojde z nedbalosti, a nikoliv úmyslně (bod 3 první pododstavce pátá odrážka).

454 Také je třeba uvést, že v souladu s judikaturou musí být vhodnost případného snížení výše pokuty na základě polehčujících okolností posouzena celkově a s přihlédnutím ke všem relevantním okolnostem (rozsudek Tribunálu ze dne 8. července 2004, Mannesmannröhren-Werke v. Komise, T-44/00, Sb. rozh. s II-2223, bod 274).

455 Judikatura, podle které je Komise nadána posuzovací pravomocí, v jejímž rámci může při stanovování výše ukládaných pokut zohlednit nebo nezohlednit některé skutečnosti, zejména v závislosti na okolnostech projednávané věci, přitom platí i navzdory přijatým pokynům z roku 1998. Vzhledem k tomu, že pokyny neobsahují závazné ustanovení ohledně polehčujících okolností, k nimž lze přihlídnout, Komise si ponechala určitý prostor pro celkové posouzení rozsahu možného snížení částky pokut z důvodu polehčujících okolností (rozsudek Raiffeisen Zentralbank Österreich a další v. Komise, bod 319 výše, bod 473).

- 456 V projednávaném případě měla Komise v bodě 765 odůvodnění napadeného rozhodnutí za to, pokud jde o regulační zásahy CMT ve vztahu k cenám regionálního velkoobchodního produktu, že Telefónica jednala nedbale, neboť i v případě příznivé hypotézy, že mohla z počátku věřit, že model CMT byl založen na reálných odhadech, si musela nebo měla rychle uvědomit, že skutečné náklady neodpovídaly odhadům, které CMT použila ve své analýze *ex ante* (rovněž viz body 727 až 730 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Komise tudíž přiznala společnosti Telefónica snížení o 10 % za polehčující okolností (bod 766 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 457 Na prvním místě žalobkyně tvrdí, že Komise nezohlednila dostatečně skutečnost, že k protiprávnímu jednání mohlo dojít částečně z nedbalosti.
- 458 V tomto ohledu je třeba zaprvé odmítnout argument žalobkyň, že se Komise dopustila nesprávného posouzení skutkového stavu, když měla za to, že se nedbalost společnosti Telefónica týkala pouze regionálního velkoobchodního produktu. Jak vyplývá z bodů 110 až 143 výše, dospěla Komise správně k závěru, že celostátní a regionální velkoobchodní produkty nepatřily do téhož trhu. Jelikož ceny celostátního velkoobchodního produktu nebyly v období protiprávního jednání nikdy regulovány, Komise měla oprávněně za to, že polehčující okolnost související s nedbalostí společnosti Telefónica se týkala pouze regionálního velkoobchodního produktu. Skutečnost, že existovala sektorová regulace, která CMT umožňovala zasáhnout ohledně celostátního velkoobchodního produktu společnosti Telefónica, je irelevantní, jelikož – jak vyplývá z judikatury – i když není vyloučeno, že za určitých okolností vnitrostátní právní rámec nebo jednání vnitrostátních orgánů mohou být považovány za polehčující okolnosti, povolení nebo tolerování protiprávního jednání ze strany vnitrostátních orgánů nemůže být z tohoto titulu zohledněno, pokud dotčené podniky disponují prostředky nezbytnými k tomu, aby si opatřili přesné a správné právní informace (rozsudek Soudního dvora ze dne 24. září 2009, Erste Group Bank a další v. Komise, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P a C-137/07 P, Sb. rozh. s. I-8681, body 228 a 230).
- 459 Zadruhé je třeba z důvodů uvedených v bodech 343 až 352 výše odmítnout argument žalobkyň, podle kterého se Komise dopustila pochybení, když měla za to, že nedbalost společnosti Telefónica byla mimořádně vážná, a to s ohledem na její legitimní očekávání, pokud jde o činnost CMT, a na složitost případu.
- 460 Zatřetí, pokud žalobkyně tvrdí, že snížení o 10 % na základě polehčujících okolností, které bylo poskytnuto podniku dotčenému v rozhodnutí Deutsche Telekom, je v projednávaném případě nedostačující z důvodu vyšší výchozí částky stanovené pro společnost Telefónica a odlišné sektorové regulace ve Španělsku, nelze takový argument přijmout. Nejprve, jak bylo připomenuto výše v bodě 386, rozhodovací praxe Komise nemůže vytvářet právní rámec pro pokuty v oblasti hospodářské soutěže. Dále, jak již unijní soud zdůraznil, pouhá skutečnost, že Komise ve své předchozí rozhodovací praxi přiznávala určité snížení, neznamená, že je povinna poskytnout stejné poměrné snížení při posouzení obdobného jednání v rámci pozdějšího správního řízení (rozsudek Dansk Rørindustri a další v. Komise, bod 59 výše, bod 192). V projednávaném případě je tedy třeba mít za to, že pouhá skutečnost, že Komise ve svém rozhodnutí Deutsche Telekom přiznala určité snížení za určitou okolnost, neznamená, že je povinna přiznat stejné snížení, či dokonce úměrně vyšší snížení, při posouzení polehčujících okolností v projednávané věci. Argumenty žalobkyň založené na snížení přiznaném v rozhodnutí Deutsche Telekom tudíž nejsou relevantní pro účely prokázání toho, že společnosti Telefónica se mělo přiznat vyšší snížení z důvodu polehčujících okolností. Závěrem je v každém případě třeba připomenout, že se základní částka pokuty stanoví v souladu s pokyny z roku 1998 v závislosti na závažnosti a době trvání protiprávního jednání. Komise ji tedy nemůže být povinna zohlednit v rámci stanovení snížení výše pokuty poskytnutého podniku na základě polehčujících okolností.
- 461 Pokud jde na druhém místě o údajnou novou povahu projednávaného případu, postačí odkázat na body 356 až 368 výše.

462 Z výše uvedených úvah plyne, že pátá část druhého žalobního důvodu musí být zamítnuta, jakož i uvedený žalobní důvod v plném rozsahu.

463 Z toho vyplývá, že podpůrná návrhová žádání je třeba zamítnout, jakož i žalobu v plném rozsahu.

K nákladům řízení

464 Podle čl. 87 odst. 2 jednacího řádu se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval.

465 Vzhledem k tomu, že žalobkyně neměly ve věci úspěch, je důvodné jim uložit, že ponесou vlastní náklady řízení a nahradí náklady řízení vzniklé Komisi, společnosti France Telecom a asociacím Ausbanc a ECTA.

Z těchto důvodů

TRIBUNÁL (osmý senát)

rozhodl takto:

1) Žaloba se zamítá.

2) Společnosti Telefónica, SA, a Telefónica de España, SA, ponесou vlastní náklady řízení a nahradí náklady řízení vzniklé Evropské komisi, společnosti France Telecom España, SA, Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) a European Competitive Telecommunications Association v souladu s návrhovými žádáními posledně uvedených.

Truchot

Martins Ribeiro

Kanninen

Takto vyhlášeno na veřejném zasedání v Lucemburku dne 29. března 2012.

Podpisy.

Obsah

Představení žalobkyně	2
Správní řízení	2
Napadené rozhodnutí	3
Řízení a návrhová žádání účastnic řízení	6
Právní otázky	8
A – K přípustnosti argumentů žalobkyně, které byly údajně obsaženy v přílohách	8
B – K věci samé	9
1. K hlavním návrhovým žádáním směřujícím ke zrušení napadeného rozhodnutí	10
a) K rozsahu přezkumu prováděného unijním soudem a k důkaznímu břemeni	10
b) K prvnímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z porušení práva na obhajobu	11
c) K druhému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení při vymezení relevantních velkoobchodních trhů	16
d) Ke třetímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení při zjištění údajného dominantního postavení společnosti Telefónica na relevantních trzích	23
e) Ke čtvrtému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného právního posouzení při uplatnění článku 82 ES na údajně zneužívající chování společnosti Telefónica	26
f) K pátému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného skutkového zjištění nebo z nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení údajného zneužívajícího chování společnosti Telefónica a jeho údajně protisoutěžního dopadu	29
K první části pátého žalobního důvodu, vycházející z nesprávných skutkových zjištění nebo nesprávného posouzení skutkového stavu při provedení testu tarifních nůžek	30
– K první námitce první části pátého žalobního důvodu, vycházející z pochybení při výběru velkoobchodních vstupů	30
– Ke druhé námitce první části pátého žalobního důvodu, vycházející z pochybení a opomenutí při provádění analýzy DPT	32
– Ke třetí námitce první části pátého žalobního důvodu, vycházející z pochybení v analýze „jednotlivých období“	35
K druhé části pátého žalobního důvodu, vycházející ze skutečnosti, že Komise neprokázala právně dostačujícím způsobem pravděpodobné nebo konkrétní účinky zkoumaného chování	40
g) K šestému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z uplatnění článku 82 ES ultra vires a z porušení zásad subsidiarity, proporcionality, právní jistoty, loajální spolupráce a řádné správy	43

K první části, vycházející z uplatnění článku 82 ES ultra vires	43
K druhé části šestého žalobního důvodu, vycházející z porušení zásad subsidiarity, proporcionality a právní jistoty.....	44
Ke třetí části šestého žalobního důvodu, vycházející z porušení zásad loajální spolupráce a řádné správy	46
2. K podpůrným návrhovým žádáním směřujícím ke zrušení nebo snížení výše pokuty	47
a) K prvnímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávných skutkových zjištění, nesprávného posouzení skutkového stavu a nesprávného právního posouzení a z porušení čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17 a čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003 a zásad právní jistoty a legitimního očekávání	47
b) K druhému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení a z porušení zásad proporcionality, rovného zacházení, personaly trestů, jakož i povinnosti uvést odůvodnění při stanovení výše pokuty	54
K první části druhého žalobního důvodu, vycházející z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení, jakož i z porušení povinnosti uvést odůvodnění ohledně kvalifikace protiprávního jednání jako „velmi závažného“ a stanovení výchozí částky pokuty ve výši 90 milionů eur	55
K druhé části druhého žalobního důvodu, vycházející z porušení zásady proporcionality, rovného zacházení a personaly trestů, jakož i povinnosti uvést odůvodnění při stanovování výchozí částky pokuty	62
Ke třetí části druhého žalobního důvodu, vycházející z nesprávných skutkových zjištění a z nesprávného právního posouzení, jakož i nedostatku odůvodnění, ke kterým došlo při zvýšení výchozí částky pokuty pro účely odrazujícího účinku	64
Ke čtvrté části druhého žalobního důvodu, vycházející z nesprávného právního posouzení a zjevně nesprávného posouzení skutkového stavu při kvalifikaci protiprávního jednání jako „dlouhodobého“	65
K páté části druhého žalobního důvodu, vycházející z nesprávného právního posouzení a nesprávných skutkových zjištění, ke kterým došlo při zohlednění polehčujících okolností ..	66
K nákladům řízení	68