

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. MAZÁK

fremsat den 22. april 2010¹

1. Deutsche Telekom AG (herefter »appellanten«) har ved den foreliggende appel nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den af Retten i Første Instans (nu »Retten«) afsagte dom², hvorved Kommissionens beslutning om en procedure i henhold til artikel 82 EF (nu artikel 102 TEUF) blev stadfæstet³. Det er første gang, Domstolen skal tage stilling til et angiveligt misbrug af dominerende stilling i form af prispres.

I — Sagens faktiske omstændigheder

2. De faktiske omstændigheder beskrives i præmis 1-24 i den appellerede dom. Jeg skal

begrænse mig til de væsentligste punkter. Appellanten er den etablerede teleoperatør i Tyskland, hvor appellanten driver det faste telefonnet. De tyske markeder for tilrådighedsstillelse af infrastruktur og levering af teletjenester har været liberaliseret siden den 1. august 1996, hvor den tyske lov om telekommunikation (herefter »TKG«) trådte i kraft. Appellants lokale net består alle af et antal abonnentledninger til slutbrugerne (fysiske kredsløb, der forbinder nettermineeringspunktet hos abonnenten med hovedfordeleren eller et tilsvarende punkt i det faste offentlige telefonnet). Der skal sondres mellem de tjenester vedrørende adgang til det lokale net, sagsøgeren leverer til henholdsvis sine konkurrenter (herefter »engrosadgangstjenester«) og sine abonnenter (herefter »detailadgangstjenester«). Appellanten var forpligtet til at give sine konkurrenter fuld ubundet adgang til abonnentledningerne fra og med juni 1997. Sagsøgerens engrosafgifter skulle forhåndsgodkendes af den tyske tilsynsmyndighed for telekommunikation og post (herefter »RegTP«), som kontrollerede, om de engrosadgangsafgifter, sagsøgeren havde ansøgt om, bl.a. var baseret på omkostningerne ved en effektiv levering af ydelser og ikke indeholdt afslag, der undergravede konkurrenternes muligheder. For så vidt angår detailadgangstjenester tilbød appellanten to grundlæggende varianter, nemlig en traditionel analog forbindelse og en digital smalbandsforbindelse (Integrated Services Digital Network eller ISDN). Begge kunne leveres via appellants eksisterende kobbernet. Appellanten tilbød ligeledes slutbrugerne en bredbandsforbindelse (Asymmetrical Digital Subscriber Lines eller ADSL), med henblik på hvilken appellanten havde måttet opgradere

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Dom af 10.4.2008, sag T-271/03, Deutsche Telekom mod Kommissionen, Sml. II, s. 477, herefter »den appellerede dom«.

3 — Kommissionens beslutning 2003/707/EF af 21.5.2003 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (EUT L 263, s. 9, herefter »den anfægtede beslutning«).

de eksisterende net for at kunne tilbyde bredbåndstjenester, dvs. hurtigere internetadgang. Appellantens detailadgangsafgifter (herefter »detailafgifter« eller »detailpriser«) for analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger blev reguleret ved hjælp af en price cap-ordning. Appellanten fastsatte frit sine detailpriser for ADSL, som dog kunne underkastes en efterfølgende regulering.

RegTP. Afgiftsjusteringer blev godkendt, hvis gennemsnitsprisen for en kurv ikke oversteg det fastsatte price cap-indeks. Appellanten nedsatte i den nævnte periode detailpriserne i begge kurve; det var hovedsageligt samtaleafgifterne, der blev nedsat. Derimod blev detailpriserne for analoge tilslutninger ikke ændret. Med virkning fra den 1. januar 2002 blev der indført en ny price cap-ordning, hvorunder der blev indført nye kurve. Den 15. januar 2002 meddelte appellanten RegTP, at appellanten ønskede at forhøje de månedlige afgifter for analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger. Forhøjelsen blev godkendt. Den 31. oktober 2002 indgav sagsøgeren endnu en ansøgning om forhøjelse af sine detailpriser. Denne ansøgning blev delvis afslået. ADSL-afgifterne blev ikke forhåndsreguleret gennem price cap-ordningen, men kunne reguleres efterfølgende. Efter at have modtaget en række klager fra appellantens konkurrenter indledte RegTP den 2. februar 2001 en efterfølgende undersøgelse af appellantens ADSL-priser i henhold til de tyske konkurrencebestemmelser. Den 25. januar 2002 fastslog RegTP, at den prisforhøjelse, det drejede sig om, ikke længere gav anledning til mistanke om salg med manglende omkostningsdækning.

3. Detailpriserne for tilslutning til appellantens net og for telefonsamtaler blev fastsat for flere tjenester under ét, idet de forskellige ydelser var samlet i »kurve«. For perioden fra den 1. januar 2000 til den 31. december 2001 var det i medfør af afgørelser truffet først af forbundsministeriet for post og telekommunikation (herefter »BMPT«) og derpå af RegTP pålagt appellanten at nedsætte den samlede pris for hver af de to kurve. Inden for denne ramme for bindende prisnedsættelser kunne appellanten frit ændre afgifterne for de enkelte bestanddele af hver kurv efter at have indhentet forhåndsgodkendelse fra

4. Hovedpunkterne i den anfægtede beslutning gengives i præmis 34-46 i den appellerede dom, og jeg skal ikke gengive alle de

nævnte præmisser her. I det væsentlige havde 15 af appellanten konkurrenter i 1999 indgivet klager til Kommissionen, hvori de gjorde indsigelse mod appellanten priser. I betragtning 102 til den anfægtede beslutning anføres i det væsentlige, at der foreligger prispres, hvis de månedlige afgifter, der skal betales til appellanten for engrosadgang, er så høje, at det tvinger konkurrenterne til at opkræve priser, som er højere end dem, appellanten opkræver af sine egne slutbrugere. Selv hvis konkurrenterne er lige så effektive som appellanten, kan de ikke opnå en fortjeneste. Det anføres videre i betragtning 103 til den anfægtede beslutning, at konkurrenterne derved hindres i foruden almindelige telefonsamtaler også at tilbyde adgang via abonnentledninger. De ville være tvunget til i lighed med appellanten selv at dække tabene i forbindelse med adgangstjenesterne med højere indtægter fra telefonsamtalerne. Samtaletaksterne i Tyskland var imidlertid faldet betydeligt i de nærmest foregående år, og konkurrenterne havde ofte ikke nogen realistisk mulighed for at lade én pris kompensere for en anden. Ved beregningen af prispresset medtog Kommissionen kun afgifterne for adgang til abonnentledninger, idet den så bort fra samtaleafgifterne. Den nåede frem til, at der i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 (herefter »den første periode«) havde været et negativt spænd mellem appellanten detail- og engrospriser. I perioden fra den 1. januar 2002 til den 21. maj 2003 (herefter »den anden periode«) havde spændet været positivt. Der havde dog også været tale om et ulovligt prispres i 2002, idet det positive spænd ikke havde været tilstrækkeligt til at dække appellanten produktspecifikke omkostninger ved at levere detailtjenester. Kommissionen har medgivet, at appellanten engros- og detailafgifter er undergivet sektorspecifik regulering. Appellanten havde imidlertid haft tilstrækkeligt råderum til at tilpasse sine afgifter med henblik på — alt efter hvilken periode der var tale om — enten at mindske eller eliminere prispresset. Kommissionen vurderede, at prispresset havde udgjort en alvorlig

overtrædelse i den første periode og en lidt alvorlig overtrædelse i den anden periode, og pålagde appellanten en bøde på 12,6 mio. EUR.

II — Den appellerede dom

5. Med hensyn til den principale påstand — annullation af den anfægtede beslutning — gik det første anbringende ud på, at artikel 82 EF var blevet tilsidesat. Med hensyn til anbringendets første led henviser jeg til præmis 70-152 i den appellerede dom. Jeg gengiver her kun de væsentligste punkter. Hvad den første periode angår afgjorde Retten, at det var med føje, at Kommissionen havde fastslået, at appellanten havde haft råderum til at ansøge om forhøjelser af sine priser for adgang for analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger og samtidig overholde det samlede loft for kurvene. Retten tiltrådte ikke det argument, at appellanten efter RegTP's forhåndsregulering ikke længere havde været omfattet af artikel 82 EF. Den bemærkede, at

RegTP ikke undersøgte, om ansøgningerne var forenelige med artikel 82 EF. De nationale tilsynsmyndigheder handlede efter en (national) telekommunikationslovgivning, hvis mål kunne være forskellige fra Fællesskabets konkurrencepolitik. Under alle omstændigheder kunne Kommissionen ikke være bundet af en afgørelse truffet af en national myndighed. Med hensyn til den anden periode havde appellantens råderum til at forhøje ADSL-afgifterne givet mulighed for at mindske prispresset mellem på den ene side engrospriserne og på den anden side detailpriserne for samtlige analoge, ISDN- og ADSL-adgangstjenester, da de nævnte tjenester svarede til kun én tjenesteydelse i grossistledet, og da ADSL ikke kunne tilbydes slutbrugerne isoleret.

situation til grund for sin undersøgelse af, om appellantens afgifter havde været udtryk for misbrug. Desuden var det med føje, at Kommissionen havde vurderet, at kun adgangstjenester var relevante, og at den derfor kunne se bort fra samtaleafgifter. En sådan metode var forenelig med principperne om takstudligning og om lige muligheder. Med hensyn til det første anbringendes fjerde led — hvorefter prispresset ikke havde haft nogen indvirkning på markedet — henviser jeg til præmis 225-245 i den appellerede dom. Retten fastslog navnlig i præmis 237, at da appellantens »engrostopstjenester [var] en forudsætning for, at en konkurrent til [appellanten] [kunne] optage konkurrence med [denne] på det efterfølgende marked for adgang til abonnentnettet, [ville] prispres [under omstændigheder som i den foreliggende sag] i princippet udgøre en hindring for udvikling af konkurrencen på de efterfølgende markeder«. De små markedsandele, appellantens konkurrenter havde erhvervet på markedet for adgang til abonnentnettet, siden markedet blev liberaliseret, vidnede om de hindringer, selskabets afgifter havde medført for udviklingen af konkurrencen på de pågældende markeder.

6. Med hensyn til andet led, der vedrørte lovligheden af Kommissionens metode, henviser jeg til præmis 153-213 i den appellerede dom. Retten fastslog i det væsentlige, at da appellantens adfærd havde indebåret en urimelig forskel mellem engrosadgangspriserne og detailpriserne, havde Kommissionen ikke behovet at påvise, at appellantens detailpriser havde udgjort misbrug i sig selv. Endvidere var det med hensyn til beregningen med rette, at Kommissionen kun havde lagt appellantens særlige situation — dennes afgifter og omkostninger — og ikke appellantens aktuelle eller potentielle konkurrenters

7. Hvad det tredje anbringende angår — hvorefter der var begået magtfordrejning og en tilsidesættelse af principperne om

proportionalitet, retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning — henviser jeg til præmis 257-272 i den appellerede dom. Retten fastslog navnlig, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ikke var blevet overtrådt, da RegTP's afgørelser ikke havde indeholdt nogen henvisninger til artikel 82 EF, og da det implicit, men nødvendigvis, fremgik af RegTP's afgørelser, at appellantens afgifter havde været konkurrencebegrænsende, eftersom konkurrenterne havde måttet gribe til krydssubsidiering. Derudover forkastede Retten påstanden om, at Kommissionen havde begået magtfordrejning, idet den påpegede, at selv hvis RegTP havde overtrådt en fællesskabsbestemmelse, og selv hvis Kommissionen kunne have indledt en traktatbrudsprocedure mod Tyskland, kunne dette ikke have påvirket lovligheden af den anfægtede beslutning, ikke mindst fordi artikel 82 EF kun vedrørte erhvervsdrivende og ikke medlemsstaterne.

havde Kommissionen haft ret til at kvalificere overtrædelsen som alvorlig for så vidt angår den første periode. Endvidere havde den behørigt taget hensyn til RegTP's indgreb, da den nedsatte bødens grundbeløb med 10%. Endelig havde Kommissionen haft ret til at beslutte ikke at pålægge en symbolsk bøde. I betragtning af det ovenstående frifandt Retten Kommissionen.

III — Appellen

8. Appellanten havde subsidiært nedlagt påstand om nedsættelse af den pålagte bøde. For så vidt angår appellantens tredje anbringende henviser jeg til præmis 290-300 i den appellerede dom. Retten fastslog i det væsentlige, at appellanten på trods af RegTP's afgørelser, hvori appellantens afgifter var blevet godkendt, ikke kunne have været uvidende om, at denne havde haft et reelt råderum til at fastsætte og forhøje sine detailpriser og dermed mindske prispresset. Desuden kunne appellanten ikke have været uvidende om, at prispresset ville medføre alvorlige konkurrencebegrænsninger. For så vidt angår det fjerde og sjette anbringende henviser jeg til præmis 301-321 i den appellerede dom. Navnlig

9. Den 25. november 2009 afgav dels appellanten, Vodafone og Kommissionen, dels Versatel, der ikke havde indgivet skriftligt indlæg, mundtlige indlæg for Domstolen.

10. Det er nødvendigt her først at behandle Vodafones argument om, at dels første, andet og tredje led af appellantens første anbringende, dels andet led af appellantens andet anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling, fordi appellanten blot har gentaget de argumenter, som allerede blev fremsat i første instans, og nu søger at opnå en fornyet prøvelse af dem. Det er imidlertid tilstrækkeligt at bemærke, at »retsspørgsmål, som Retten har behandlet«, ifølge retspraksis kan

»diskuteres på ny under en appelsag, såfremt appellanten bestrider Rettens fortolkning eller anvendelse af fællesskabsretten [...] Hvis en appellant således ikke kunne basere sin appel på anbringender og argumenter, som allerede havde været fremført for Retten, ville appelproceduren nemlig blive berøvet en del af sin mening«⁴. I den foreliggende sag mener jeg ikke, at appellanten kun har anmodet om en fornyet prøvelse af den stævning, der blev indgivet til Retten, eftersom appellanten med praktisk taget de samme argumenter har bestridt Rettens fortolkning og anvendelse af artikel 82 EF. Appellantens anbringender kan derfor antages til realitetsbehandling.

12. Med hensyn til første periode har appellanten hævdet, at Retten begik en fejl, da den afgjorde, at appellanten kun kunne undgå at blive fundet ansvarlig for overtrædelsen, hvis adfærden udelukkende havde været en følge af den nationale lovgivning, og der ikke havde været råderum til at ansøge om højere afgifter. Ved sit første klagepunkt har appellanten i det væsentlige gjort gældende, at eksistensen af et råderum var en nødvendig, men ikke en tilstrækkelig, forudsætning for, at appellanten kunne gores ansvarlig. Det afklarer ikke, om appellanten kunne have ansøgt om højere afgifter, eller om appellanten faktisk skulle have gjort dette. Desuden havde RegTP gentaget gange fundet, at prispresset ikke var konkurrencebegrænsende.

A — Det første anbringende: retlige fejl for så vidt angår den regulering, RegTP foretog som den kompetente nationale tilsynsmyndighed

1. Det første anbringendes første led: ansvaret for overtrædelsen

11. Kommissionen og Vodafone har gjort gældende, at dette led af det første anbringende bør forkastes.

13. Med hensyn til fastlæggelsen af ansvaret anvendte Retten den relevante retspraksis korrekt. At appellanten kunne have opfattet RegTP's manglende indgreb over for appellantens misbrug som en form for tilskyndelse, fritog ikke i sig selv appellanten fra ansvar i henhold til artikel 82 EF⁵. Ifølge retspraksis

4 — Dom af 12.9.2006, sag C-131/03 P, Reynolds Tobacco m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 7795, præmis 49-51 og den deri nævnte retspraksis.

5 — Jf. dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 36-73, og af 9.9.2003, sag C-198/01, CIF, Sml. I, s. 8055, præmis 56. Jf. ligeledes dom af 30.1.1985, sag 123/83, BNIC, Sml. s. 391, præmis 21-23.

»kan [artikel 82 EF] finde anvendelse [hvor konkurrence efter den nationale lovgivning] kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side«⁶. Hvis appellanten derfor havde haft et råderum, skulle appellanten have anmodet den nationale tilsynsmyndighed om at måtte forhøje sine detailpriser med henblik på at bringe misbruget til ophør. Domstolens Storre Afdeling bekræftede for nylig klart denne fortolkning i dommen i sagen *Sot. Lélos kai Sia EE m.fl.*⁷. Det var med rette, når det blev bemærket i præmis 113 i den appellerede dom, at det påhviler de nationale tilsynsmyndigheder at overholde EF-traktatens bestemmelser på samme måde som ethvert andet statsorgan. En afgørelse truffet af en national tilsynsmyndighed kan imidlertid ikke hindre Kommissionen i at gribe ind på et senere tidspunkt i henhold til forordning nr. 17 eller nu forordning nr. 1/2003⁸ for at kræve artikel 82 EF overholdt. I dommen i sagen *Masterfoods* mod *HB* fastslog Domstolen således i det væsentlige, at Kommissionen ikke kan være bundet af en afgørelse, en national ret har truffet i medfør af artikel 82 EF⁹. I den henseende mener jeg ikke, at det kan udelukkes, at de tyske myndigheder i det foreliggende tilfælde også tilsidesatte fællesskabsretten, således som det bemærkes i præmis 265 i den appellerede dom. Selv om det blev påvist, at de undlod at gribe ind, ville appellanten dog stadig have haft råderum til at mindske prispresset. At der kan indledes en traktatbrudsprocedure

mod vedkommende medlemsstat, udgør et supplement til Kommissionens ovennævnte beføjelser, men træder ikke i stedet for dem.

14. Appellanten har endvidere gjort gældende, at den nationale tilsynsmyndigheds ansvar i det foreliggende tilfælde erstattede og begrænsede den regulerede virksomheds særlige ansvar, som kun bestod i forpligtelsen til at meddele tilsynsmyndigheden korrekte og fuldstændige oplysninger. Appellanten har indledningsvis peget på, at afgifterne i den foreliggende sag var omfattet af bestemmelser, der havde til formål at skabe en telesektor, som er åben for konkurrence¹⁰. Desuden bygger »liberaliseringsdirektivet« 90/388¹¹ på konkurrenceretten, navnlig artikel 86, stk. 3, EF. RegTP havde følgelig pligt til at overholde Fællesskabets konkurrenceret. Ifølge § 27, stk. 3, i TKG skal RegTP således sikre, at afgifterne er i overensstemmelse »med andre [...] retsfor skrifter«, dvs. også med artikel 82 EF.

6 — Jf. dom af 11.11.1997, forenede sager C-359/95 P og C-379/95 P, Kommissionen og Frankrig mod *Ladbroke Racing*, Sml. I, s. 6265, præmis 33 og 34 og den deri nævnte retspraksis.

7 — Dom af 16.9.2008, forenede sager C-468/06 — C-478/06, Sml. I, s. 7139, præmis 62 ff.

8 — Henholdsvis Rådets forordning (EØF) nr. 17 af 6.2.1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i [artikel 81 EF og 82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81) og Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 81 EF] og [82 EF] (EFT 2003 L 1, s. 1).

9 — Dom af 14.12.2000, sag C-344/98, Sml. I, s. 11369, præmis 48.

10 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2887/2000 af 18.12.2000 om ubundet adgang til abonnentledninger (EFT L 336, s. 4).

11 — Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28.6.1990 om liberalisering af markedet for telejenester (EFT L 192, s. 10).

Endelig følger det af artikel 10 EF, at RegTP i sin egenskab af myndighed i en medlemsstat skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af traktatens målsætning i fare.

15. Med hensyn til den påståede forskydning af ansvaret skal det påpeges, at det i relation til konkurrenceretten er en virksomheds objektive adfærd, som er relevant¹². Ansvaret for en virksomheds adfærd skal normalt tilskrives virksomheden. Det var derfor korrekt, når Retten i præmis 85 og 86 i den appellerede dom fastslog, at undtagelser fra dette princip kun er blevet anerkendt på meget restriktive betingelser i Domstolens praksis. Under alle omstændigheder bør det ikke spille nogen rolle i denne henseende, at virksomheden har handlet i god tro. Således som jeg anførte indledningsvis, ændrer den blotte omstændighed, at en medlemsstat kan have tilskyndet til en konkurrencebegrænsende adfærd, ikke, at det stadig er virksomheden, der tilskrives ansvaret for overtrædelsen. Endvidere er appellants argumentation om, at de nationale bestemmelser, det drejede sig om i den retspraksis, hvortil der blev henvist i præmis 86-89 i den appellerede dom, tog sigte på at begrænse eller udelukke konkurrencen, hvorimod de rammebestemmelser, der er tale om i det foreliggende tilfælde, derimod tager sigte på at åbne telesektoren

for konkurrence i overensstemmelse med direktiv 90/388 og forordning nr. 2887/2000, ganske vist korrekt i sig selv, men de nævnte rammebestemmelser kompletterer traktatens konkurrencebestemmelser og skal garantere konkurrencemæssige forhold i en udstrækning, som ikke med samme sikkerhed ville kunne opnås ved hjælp af artikel 81 EF og 82 EF alene¹³. I denne henseende har Kommissionen med rette peget på, at fællesskabslovgiver klart har udtrykt ønske om navnlig at beskytte konkurrencen på det omhandlede marked ved at indføre yderligere foranstaltninger. Det følger heraf, at artikel 81 EF og 82 EF bør betragtes som udgørende en række minimumskriterier. Hvad specifikt angår appellants første klagepunkt ovenfor er det for så vidt angår perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 tilstrækkeligt at påpege, at appellants overtrædelse ifølge den anfægtede beslutnings artikel 1 ikke skyldtes manglende indgivelse af ansøgninger til RegTP, men en afgiftspolitik, der var uforenelig med artikel 82 EF. Ansøgningerne var et nødvendigt, men kun formelt, skridt med henblik på at udnytte det disponible råderum. I denne henseende var det med føje, at Retten i præmis 125-131 i den appellerede dom bekræftede Kommissionens vurdering.

16. For det andet har appellanten gjort gældende, at Bundesgerichtshof (den tyske

12 — Jf. dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 91. Jf. også dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 29.

13 — Jf. i denne forbindelse for så vidt angår forordning nr. 2887/2000 dom af 24.4.2008, sag C-55/06, Arcor, Sml. I, s. 2931, præmis 59-64.

højesteret) i sin dom af 10. februar 2004 ikke fandt, at appellants forpligtelse til at indgive ansøgninger om ændring af sine afgifter indebar, at appellanten skulle have ladet sin vurdering vedrørende artikel 82 EF træde i stedet for den nationale tilsynsmyndigheds. Den fastslog derimod, at det er den nationale tilsynsmyndigheds ansvar at opretholde markedets struktur.

17. Imidlertid er det tilstrækkeligt at bemærke, således som Kommissionen med rette anførte om Rettens fortolkning af førnævnte dom, at appellanten ikke har påstået, at beviserne blev gengivet urigtigt, og at Bundesgerichtshof under alle omstændigheder udtalte, at der godt kunne have foreligget misbrug, selv om afgifterne først skulle undersøges af RegTP.

18. For det tredje har appellanten med hensyn til præmis 120 i den appellerede dom gjort gældende, at dommen i sagen Masterfoods mod HB ikke kan anvendes på det foreliggende tilfælde. For det første drejer det sig i det foreliggende tilfælde kun om fastlæggelsen af ansvaret og ikke om, hvorvidt Kommissionen var bundet af RegTP's opfattelse af de faktiske omstændigheder. For det andet spiller de nationale tilsynsmyndigheder en selvstændig

rolle inden for rammerne af konkurrencebestemmelserne for telesektoren.

19. Heller ikke på dette punkt mener jeg, at appellants standpunkt støttes af dennes argumentation. Som anført ovenfor kan Kommissionen ikke være bundet af en afgørelse truffet af en national myndighed, og at en sådan myndighed har givet sin godkendelse, kan, alene på grundlag af en påstand om en vis grad af mangel på ansvar, ikke være til hinder for, at Kommissionen fastslår, at der er begået misbrug i henhold til artikel 82 EF. Kommissionens befojelser udspringer nemlig direkte af traktaten og af forordning nr. 17 eller nu forordning nr. 1/2003. Således som jeg ligeledes anførte ovenfor, kompletter rammebestemmelserne i det foreliggende tilfælde konkurrencebestemmelserne, og de to rækker bestemmelser skal betragtes som komplementære¹⁴. Endvidere kan — således som Kommissionen med rette har anført —

14 — Jf. Kommissionens meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren — Rammebestemmelser, relevante markeder og principper (herefter »meddelelsen om netadgang«) (EFT 1998 C 265, s. 2), punkt 22: »[V]irksomheder i telesektoren [bør] være opmærksomme på, at de ikke er fritaget for at overholde forpligtelserne på ONP-området, blot fordi de overholder EF's konkurrenceregler, og omvendt« (min fremhævelse). Jf. også punkt 60: »[Artikel 82 EF] finder på normal vis anvendelse på en aftale eller en praksis, som en national [tilsyns]myndighed har godkendt eller tilladt.« Jf. generelt A. de Stree: *On the edge of antitrust: the relationship between competition law and sector regulation in European electronic communications*, EU1 Florence, oktober 2006; P. Larouche: *Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences*, TILEC Discussion Paper, november 2006; G. Monti: *Managing the intersection of utilities regulation and EC competition law*, Competition Law Review, bind 4, 2. juli 2008; og R. Klotz, i Ch. Koenig, A. Bartosch, J.-D. Braun og H. Romes (red.): *EC competition and telecommunications law*, 2. udg., Wolters Kluwer, 2009, s. 108 ff.

et direktiv, der bygger på artikel 86, stk. 3, EF, ikke rejse tvivl om den kompetencefordeling ved anvendelsen af artikel 82 EF, som er fastsat på primærretligt niveau i artikel 83 EF og 85 EF. Endelig har Kommissionen i sine retningslinjer for markedsanalyse og beregning af stærk markedsposition¹⁵ nu klart angivet, hvad der i realiteten allerede var gældende ifølge de tidligere rammebestemmelser (jf. den i fodnote 14 nævnte meddelelse om netadgang), nemlig at det i praksis ikke kan udelukkes, at der dels i medfør af forhåndsregulering, dels i henhold til konkurrenceretten, indledes parallelle procedurer, og at konkurrencemyndighederne gennemfører deres egen markedsanalyse og fastsætter afhjælpende foranstaltninger samtidig med, at de nationale tilsynsmyndigheder fastsætter sektorspecifikke foranstaltninger.

20. For det fjerde finder appellanten, at retssikkerhedsprincippet kræver, at en dominerende virksomhed, som er undergivet regulering, kan fæste lid til, at reguleringen er korrekt. Hvis en national tilsynsmyndigheds foranstaltninger ikke er forenelige med artikel 82 EF, bør Kommissionen indlede en traktatbrudsprocedure mod medlemsstaten

og ikke en procedure mod den dominerende virksomhed.

21. Efter min opfattelse var det korrekt, når Retten fastslog, at det ganske vist påhvilede RegTP at overholde EF-traktatens bestemmelser på samme måde som ethvert andet statsorgan, men at RegTP på sagstidspunktet var den myndighed i Tyskland, der var ansvarlig for reguleringen af telesektoren og ikke den pågældende medlemsstats konkurrencemyndighed. Jeg mener, at den analogi med to barrierer, Kommissionen har anvendt i sin argumentation, er ganske velvalgt i denne forbindelse. Reguleringen udgør den ene barriere; den er iagttaget, hvis appellanten overholder reguleringens bestemmelser; på dette punkt er det RegTP, der bestemmer. Artikel 82 EF udgør den anden barriere og det henhører — uanset den forpligtelse til at overholde EF-traktatens bestemmelser, der påhviler RegTP — under den relevante konkurrencemyndighed, i det foreliggende tilfælde Kommissionen, at afgøre i påkommende tilfælde, om denne anden barriere er blevet iagttaget eller ej. Desuden kunne appellanten ikke være uvidende om, at regulering på teleområdet og anvendelse af artikel 82 EF udgør særskilte instrumenter, selv om begge tager sigte på at fremme konkurrence. Appellanten opfatter adskillelsen af de to instrumenter forkert, når appellanten under henvisning til punkt 61 i Kommissionens meddelelse om netadgang gør gældende, at Kommissionen bør indlede en traktatbrudsprocedure mod medlemsstaten, hvis den finder, at den nationale tilsynsmyndigheds foranstaltninger er uforenelige med artikel 82 EF. Ganske vist kan Kommissionen på denne måde korrigere fejl, medlemsstaterne har begået inden for rammerne af reguleringen, eller rettere

15 — Kommissionens retningslinjer for markedsanalyse og beregning af stærk markedsposition i henhold til EU-rammebestemmelserne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT 2002 C 165, s. 6), punkt 6-31, navnlig punkt 31.

deres ufyldstgørende anvendelse af rammebestemmelserne. Den foreliggende sag har imidlertid ikke til formål at fastslå, om RegTP begik en sådan fejl eller ej. Således som Kommissionen korrekt har anført, er kontrollen med anvendelsen af artikel 82 EF ikke blevet overført fra Kommissionen til den nationale tilsynsmyndighed.

appellanten grund til at tvivle på, at RegTP's fastslåelse af, at der ikke forelå prispres, var korrekt. Som anført i præmis 116 i den appellerede dom, havde RegTP ikke kun anvendt begrebet i relation til samtaleafgifter, men også i relation til samlingen i grupper af flere forskellige former for adgangstjenester på slutbrugerniveau — en metode, som Retten måtte anerkende udgør »krydssubsidiering«.

22. Med sit andet klagepunkt har appellanten gjort gældende, at betragtningerne i præmis 111-119 i den appellerede dom — vedrørende RegTP's undersøgelse angående et eventuelt prispres — er irrelevante eller behæftet med retlige fejl. RegTP har altid afvist, at der forekom konkurrencebegrænsende prispres. Appellanten har hævdet, for det første, at det med hensyn til fastlæggelsen af ansvaret ikke har nogen betydning, at Retten ikke var enig i RegTP's opfattelse. Ræsonnementet fører til en retsstridig ond cirkel: Eftersom Retten nåede frem til et andet resultat end det, RegTP tidligere var nået frem til, havde appellanten ikke ret til at forlade sig på resultatet af RegTP's undersøgelse. På det pågældende tidspunkt fandtes der ikke nogen retspraksis i Fællesskabet eller beslutningspraksis i Kommissionen vedrørende dette spørgsmål. Desuden havde begrebet »krydssubsidiering«, som RegTP anvendte i sin afgørelse af 29. april 2003, ikke givet

23. Efter min opfattelse er det med rette, at Kommissionen har påpeget, at Rettens bemærkning om, at RegTP ikke havde foretaget en undersøgelse i henhold til artikel 82 EF, udgør en fastslåelse af de faktiske omstændigheder, som ikke kan anfægtes inden for rammerne af den foreliggende appel. Under alle omstændigheder er jeg enig i Rettens bemærkninger i præmis 114 og 268 i den appellerede dom, hvorefter det er af betydning, at ingen af de af RegTP trufne afgørelser, hvortil appellanten havde henvist, indeholdt nogen henvisninger til artikel 82 EF. Det står derfor klart, at RegTP havde anvendt den nationale lovgivning og ikke Fællesskabets konkurrenceret. Således som Kommissionen har påpeget, drejede RegTP's bemærkninger vedrørende prispres sig ikke om det område, hvorpå appellanten havde et dokumenteret råderum, nemlig ændring af adgangspriserne for slutbrugere. Jeg mener, at det var korrekt, når Retten bemærkede, at RegTP ikke havde undersøgt, om de afgifter, der var tale om, var forenelige med artikel 82 EF, eller at RegTP — under alle omstændigheder — havde anvendt

artikel 82 EF fejlagtigt. Heraf følger, at det var korrekt, når Retten fastslog, at RegTP ikke havde foretaget nogen undersøgelse i henhold til artikel 82 EF. Endvidere bør appellanten ikke beskyldes Retten for cirkulær argumentation. Appellanten kunne have uledt af RegTP's afgørelse, at RegTP's skridt ikke trådte i stedet for eller foregreb en undersøgelse fra Kommissionens side i henhold til artikel 82 EF. Det er således ikke kun resultatet af henholdsvis RegTP's og Kommissionens undersøgelse, der er forskelligt, det relevante kriterium er også forskelligt, hvilket er væsentligt. Med hensyn til begrebet »krydssubsidiering« mener jeg ikke, at Retten tillagde det uforholdsmæssigt stor betydning. Både RegTP og Retten, i præmis 116 i den appellerede dom, fandt således klart, at det, det drejede sig om, var krydssubsidiering mellem »afgifterne for adgangstjenester og samtaleafgifterne«, ikke samlingen af flere forskellige former for adgang i grupper.

24. For det andet finder appellanten, at Retens argumentation i præmis 111-114 i den appellerede dom — hvorefter det ikke påhvilede RegTP at undersøge, om afgifterne var forenelige med artikel 82 EF — også er retligt forkert af de grunde, appellanten har angivet inden for rammerne af sin argumentation i punkt 14 ovenfor. Dette spørgsmål, eller spørgsmålet om, hvorvidt RegTP udtrykkeligt havde henvist til artikel 82 EF, er kun af ringe betydning. Det afgørende er, at RegTP

havde handlet inden for rammebestemmelser, der tager sigte på at åbne sektoren for konkurrence og at gøre den omfattet af Fællesskabets konkurrenceret, og at RegTP havde undersøgt, om der forelå konkurrencebegrænsende prispres, og afgjort, at dette ikke var tilfældet.

25. Ovenstående argument er fejlagtigt. Det er tilstrækkeligt at pege på, at RegTP havde anvendt telekommunikationslovgivningen og ikke konkurrenceretten. Det var korrekt, når Retten i præmis 113 bemærkede, at de nationale tilsynsmyndigheder handler efter nationale lovgivning, som kan have mål baseret på telepolitiske overvejelser, der afviger fra EF's konkurrencepolitik (jf. meddelelsen om netadgang, punkt 13).

26. Med sit tredje klagepunkt har appellanten hævdet, at den omstændighed, at appellants detailafgifter for analoge tilslutninger — i modsætning til hvad der anføres i præmis 109 og 110 i den appellerede dom — byggede på en godkendelse meddelt af BMPT, er irrelevant for fastlæggelsen af ansvaret. Det er kun det forhold, at RegTP havde undersøgt påstanden om konkurrencebegrænsende

prispres og erklæret den for grundløs, som er af betydning.

ikke kunne henvises til muligheden for krydssubsidiering mellem to markeder.

27. Således som det fremgår af præmis 109 og 110 i den appellerede dom, havde appellanten imidlertid ikke gjort gældende, at BMPT havde undersøgt, om afgifterne var forenelige med artikel 82 EF. Således som Kommissionen har påpeget, kunne spændet mellem afgifterne for analoge tilslutninger og engrosafgifterne ikke være blevet undersøgt på det pågældende tidspunkt, eftersom engrosafgifterne først blev godkendt på et senere tidspunkt, nemlig foreløbigt i maj 1998 og endeligt i februar 1999.

28. For så vidt angår den anden periode har appellanten hævdet, at den forudsætning, at der havde foreligget et ulovligt prispres, som appellanten var ansvarlig for, er fejlagtig. Med sit første klagepunkt har appellanten gjort gældende, at den appellerede dom er fejlagtig, fordi — således som det også er tilfældet med hensyn til den første periode — prispresset som følge af RegTP's afgørelser ikke kunne tilskrives appellanten. Med sit andet klagepunkt har appellanten hævdet, at der i den appellerede dom er en uoverensstemmelse mellem vurderingen af, hvem der var ansvarlig for overtrædelsen, og beregningen af prispresset. Denne beregning forudsætter nemlig krydssubsidiering mellem to markeder, men der blev ved prispresberegningen ikke taget hensyn til konkurrenternes indtægter ved samtaletjenester, eftersom konkurrenterne

29. Jeg mener ikke, at Rettens argumentation er selvmodsigende. Det er ganske vist rigtigt, at det kun er detailmarkedet, der kan opdeles i et marked for bredbåndsadgang og et marked for smalbåndsadgang. På den anden side findes der for engrosmarkedets vedkommende kun ét marked for adgang til de faste abonnentnet. Det er væsentligt, at appellanten ikke har anfægtet præmis 148-150 i den appellerede dom, og jeg anser Rettens bemærkninger i disse præmisser for at være korrekte. I den henseende er det betydningsfuldt, at appellanten ikke anfægtede definitionen af de relevante markeder i første instans. Således som det fremgår af præmis 139 i den appellerede dom, havde appellanten ikke bestridt, at denne før 2002 havde tilstrækkeligt råderum til at bringe prispresset til ophør. Hvis appellanten havde udnyttet dette råderum, ville der heller ikke være forekommet prispres i perioden 2000-2003. På grund af den nye ordning, der gjaldt fra og med 2002, og som gav mulighed for en yderligere forhøjelse af detailadgangsafgifterne og dermed en mindskeelse af prispresset (jf. præmis 141 og 142 i den appellerede dom), skulle et prispres, som allerede var ophørt i 2001, således under alle omstændigheder ikke være opstået på ny som følge af ordningen i 2002. Jeg er enig med Kommissionen i, at appellanten ved at begå misbruget i den første periode lagde grunden til misbruget i den følgende periode. Denne konklusion drog Retten i præmis 135 i den appellerede dom for så vidt angår perioden indtil 2002, og

den samme argumentation danner grundlag for Rettens konklusion for så vidt angår den anden periode.

30. Med sit tredje klagepunkt har appellanten gjort gældende, at der blev begået en retlig fejl med hensyn til, om det havde været muligt at mindske prispresset. Bemærkningen i præmis 149 i den appellerede dom er ganske vist korrekt, men irrelevant. Den antagelse, at »en begrænset forhøjelse af ADSL-afgifterne [ville] have ført til en højere gennemsnitlig detailpris for adgangstjenester via smalbånd og bredbånd«, er retligt forkert, da den ikke er underbygget af fakta. Spørgsmålet om, hvorvidt og i hvilken udstrækning abonnenter på en smalbåndstilslutning ville have afstået fra at skifte til en bredbåndstilslutning på grund af forhøjelsen af afgifterne for bredbåndsadgang, blev ikke undersøgt. En stigning i afgifterne for bredbåndsadgang ville have ført til et fald i omsætningen.

31. I den forbindelse har, således som jeg påpegede ovenfor, appellanten ikke bestridt, at markederne var adskilte. Således som appellanten har medgivet i appelskriftet, voksede bredbåndsmarkedet betydeligt i den omhandlede periode (jf. betragtning 27 til den anfægtede beslutning), og på dette punkt har appellanten ikke hævdet, at beviserne blev gengivet forkert. Således som Kommissionen har påpeget, havde appellanten på grund af prispresset inden for analoge tilslutninger og på ISDN-området sikret sig, at appellanten

også havde kunder på ADSL-området. Heraf følger, at en forhøjelse af ADSL-afgifterne under alle omstændigheder ville have ført til en forbedring af konkurrencen og en mindske af prispresset. Jeg er ligeledes enig med Kommissionen i, at appellanten ikke har bestridt bemærkningen (jf. betragtning 77 ff. til den anfægtede beslutning) om, at slutbrugere, som af forretningsmæssige grunde er afhængige af en bredbåndsforbindelse, for størstedelens vedkommende ikke skifter til en enkel smalbåndsforbindelse i tilfælde af en prisforhøjelse. Derfor ville prispresset være blevet mindsket, selv hvis der havde været en mere begrænset stigning i antallet af nye kunder, som følge af de højere priser (priselasticitet). Jeg mener følgelig ikke, at Retten begik en retlig fejl, da den tiltrådte Kommissionens bemærkning om, at prispresset kunne være blevet mindsket gennem en forhøjelse af ADSL-afgifterne. Det følger af det foregående, at der ikke er grundlag for appellants første anbringende.

2. Det første anbringendes andet led: princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

32. Kommissionen og Vodafone har gjort gældende, at dette led af det første anbringende bør forkastes.

33. Appellanten har hævdet, at Retten anvendte princippet om beskyttelse af den berettigede forventning på en fejlagtig måde. RegTP's afgørelser havde rent faktisk givet appellanten grund til at nære en berettiget forventning om, at dennes afgifter var lovlige. I den forbindelse er spørgsmålet om, hvorvidt afgørelserne indeholdt en henvisning til artikel 82 EF, irrelevant af de grunde, jeg angav i punkt 24 ovenfor. Ifølge det andet klagepunkt følger det, i modsætning til hvad Retten bemærkede i præmis 267 og 268 i den appellerede dom, hverken af RegTP's bemærkning om muligheden for krydssubsidiering med samtaleafgifter eller anvendelsen af udtrykket »krydssubsidiering«, at appellants afgifter havde konkurrencebegrænsende virkning. På det omhandlede tidspunkt forelå der hverken nogen kommissionsafgørelse eller nogen dom afsagt af Fællesskabets retsinstanser angående dette spørgsmål. Appellanten havde derfor ret til at basere sig på RegTP's afgørelser.

implicit ligger den forudsætning til grund for appellants kritik af præmis 267 og 268, at Kommissionen var bundet af RegTP's vurdering, hvilket som anført ovenfor ikke var tilfældet. RegTP's afgørelser burde faktisk have vakt mistanke om potentielle problemer vedrørende appellants afgiftsstruktur — ikke mindst i lyset af den tidligere retspraksis (og Kommissionens beslutningspraksis), hvortil der henvises i præmis 188-191 i den appellerede dom, og hvorefter spørgsmålet om, hvorvidt en dominerende virksomheds priser er udtryk for misbrug, principielt skal afgøres på grundlag af virksomhedens egen situation. Desuden var, således som Vodafone korrekt har bemærket, appellanten vidende om, at 15 af dennes konkurrenter i 1988 og 1989 havde indgivet klage til Kommissionen over appellants afgiftsstruktur, og at Kommissionen var begyndt at undersøge de pågældende omstændigheder i henhold til artikel 82 EF.

34. Det følger imidlertid af de betragtninger, jeg anførte inden for rammerne af det første anbringendes første led, at da RegTP's bemærkninger ikke foregreb en vurdering fra Kommissionens side, kunne de ikke have givet appellanten grund til at nære en berettiget forventning om, at Kommissionen ville følge RegTP's opfattelse. Dette er i sig selv tilstrækkeligt til at udelukke, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning blev tilsidesat, og appellants argumenter imod præmis 267-269 i den appellerede dom bør ikke tiltrædes. Under alle omstændigheder er jeg enig med Kommissionen i, at der også

35. Med sit tredje klagepunkt har appellanten gjort gældende, at Rettens henvisning til Bundesgerichtshofs dom af 10. februar 2004 er irrelevant. Dommen blev afsagt efter den omhandlede periode og er ikke afgørende for, om appellanten have ret til at forlade sig på, at de afgørelser, RegTP traf i den relevante periode, var korrekte. Tværtimod kunne appellanten udlede af den dom, Oberlandesgericht Düsseldorf (appelretten i Düsseldorf) havde afsagt den 16. januar 2002, at virksomheden havde ret til at forlade sig på RegTP's

afgørelser, og at det var udelukket, at der var tale om misbrug i henhold til artikel 82 EF.

som helhed, at det første anbringendes andet led bør forkastes.

36. Med hensyn til Bundesgerichtshofs dom fremgår det, i modsætning til hvad der kunne udledes af appellantens argumentation, klart af den appellerede dom, at Retten ikke anså den for at give grundlag for berettigede forventninger, men kun ønskede at angive, at Bundesgerichtshof var nået til den samme konklusion som Retten. Hvad Oberlandesgericht Düsseldorf's dom angår er jeg enig med Vodafone i, at den under alle omstændigheder blev afsagt flere år efter begyndelsen af den omhandlede periode. Den kunne derfor højst kun være relevant for perioden efter den 16. januar 2002. Det kan endog hævdes, således som Vodafone har anført, at appellen i realiteten ikke havde nogen berettiget forventning, som var værdig til beskyttelse¹⁶. Det følger af de betragtninger, jeg anførte inden for rammerne af det første anbringendes første led, at appellen i sin egenskab af dominerende virksomhed selv skulle have undersøgt, om dens adfærd var forenelig med artikel 82 EF. Det er ligeledes af betydning, at appellen i henhold til forordning nr. 17, der stadig var gældende på det pågældende tidspunkt, havde kunnet ansøge Kommissionen om negativattest for sin afgiftsstruktur. Det følger således af de foregående betragtninger

3. Det første anbringendes tredje led: spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen var blevet begået forsætligt eller uagtsomt

37. Kommissionen og Vodafone har gjort gældende, at dette led af det første anbringende bør forkastes.

38. Ifølge appellantens første klagepunkt opfylder den appellerede dom ikke kravene i artikel 253 EF, da det fejlagtigt fastslås i præmis 284-289, at den anfægtede beslutning var tilstrækkeligt begrundet for så vidt angår spørgsmålet om uagtsomhed eller forsæt. Fra et retligt synspunkt er det ikke tilstrækkeligt, at Kommissionen i anden henvisning i den anfægtede beslutning anfører artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 som retsgrundlaget for at pålægge en bøde. En henvisning udgør ikke en del af begrundelsen for en beslutning. Under alle omstændigheder fremgår det ikke af henvisningen, hvorfor Kommissionen fandt, at overtrædelsen var blevet begået forsætligt eller uagtsomt. For det andet giver Kommissionens vurderinger af de faktiske

16 — Jf. dom af 20.3.1997, sag C-24/95, Alcan Deutschland, Sml. I, s. 1591, præmis 25 og 31.

omstændigheder, hvortil der henvises i præmis 287 i den appellerede dom, ikke grundlag for at fastslå, at der foreligger en forsætligt eller uagtsomt begået overtrædelse af artikel 82 EF. De har ikke nogen forbindelse med spørgsmålet om det subjektive ansvar for adfærden i henhold til retspraksis.

39. For det første fremgår det af retspraksis, at en virksomhed er klar over, at dens adfærd er konkurrencebegrænsende, når den er »bekendt med de faktiske forhold, der begrunder såvel konstateringen af dominerende stilling på markedet som [at Kommissionen har fundet, der foreligger] et misbrug af den dominerende stilling«¹⁷. Det er derfor tilstrækkeligt at bemærke, at da kendskab til, at konkurrencereglerne er blevet overtrådt, ikke er afgørende, kan der foreligge en forsætlig overtrædelse, selv når virksomheden ikke er klar over, hvorledes Kommissionen fortolker disse regler. I denne henseende kan appellantens

argument om sektorspecifik regulering højst spille en rolle i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt appellantens vidste, at dennes adfærd var ulovlig. Det har imidlertid ingen betydning for, om appellantens adfærd var forsætlig. Således som Kommissionen med rette har anført, er det første anbringendes første led herefter irrelevant, idet det er åbenbart, at appellantens opfyldte de subjektive betingelser i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, hvilket appellantens ikke har bestridt. Kommissionen har medgivet, at det ikke klarlægges nærmere i den anfægtede beslutning, om overtrædelsen blev begået forsætligt eller i det mindste uagtsomt. Jeg er imidlertid enig i, at eftersom forpligtelsen til at angive en begrundelse afhænger af de særlige omstændigheder i det konkrete tilfælde, kunne Retten med føje konkludere, at kravene i artikel 253 EF var opfyldt i den foreliggende sag. Det kan nævnes i denne forbindelse, at der ikke hersker nogen tvivl om, hvilke kriterier der er relevante for begrebet forsæt eller uagtsomhed, da kriterierne indgår i fast retspraksis¹⁸. Således som det korrekt bemærkes i præmis 286 i den appellerede dom, indeholder den anfægtede beslutning en henvisning til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, hvilket skal forstås således, at Kommissionen anså overtrædelsen for at være blevet begået forsætligt eller i det mindste uagtsomt. Kommissionen angiver derefter, således som Retten korrekt anfører i præmis 287 i den appellerede dom, udførligt i den anfægtede beslutning omstændighederne i forbindelse med overtrædelsen, herunder ikke mindst hvorfor den har fundet, at appellantens afgifter udgør misbrug, og hvorfor appellantens må anses for ansvarlig på trods af den gældende regulering. Påstanden

17 — Jf. dom af 9.11.1983, sag 322/81, NBIM mod Kommissionen, Sml. s. 3461 (»Michelin I-dommen«), præmis 107, og af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 45. Jf. ligeledes dom af 14.12.2006, forenede sager T-259/02 — T-264/02 og T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 5169, præmis 206.

18 — Jf. dom af 1.2.1978, sag 119/77, Miller, Sml. s. 131, præmis 18.

om, at det var fejlagtigt, når Domstolen konkluderede, at den anfægtede beslutning indeholdt en tilstrækkelig begrundelse, må derfor forkastes.

passende konklusioner af Kommissionens generelle handlemåde.

40. Ifølge appellanten andet klagepunkt gives der ikke en fyldestgørende begrundelse for vurderingen i præmis 295-300 i den appellerede dom. Desuden bygger begrundelsen på en fejlagtig anvendelse af artikel 15, stk. 2, første afsnit, i forordning nr. 17. Muligheden for at tilskrive appellanten et subjektivt ansvar for en potentiel overtrædelse af artikel 82 EF mangler. Som følge af RegTP's afgørelser og manglen på et fortilfælde i fællesskabsretten var appellanten ikke klar over, at dennes adfærd angiveligt var konkurrencebegrænsende. Bemærkningerne om RegTP's afgørelser i præmis 267-299 i den appellerede dom, hvortil der henvises i præmis 299 i dommen, underbygger ikke konklusionen om, at appellanten havde begået en (forsætlig) overtrædelse. Prøvelsen af, om der foreligger en overtrædelse, afhænger ikke af, om virksomheden var klar over, at dens adfærd udgjorde en overtrædelse af artikel 82 EF, men om, hvorvidt den var klar over, at dens adfærd var konkurrencebegrænsende. Endvidere støtter hverken det af RegTP anvendte begreb krydssubsidiering eller Bundesgerichtshofs dom den konklusion, at appellanten havde begået en overtrædelse. Endelig undlod Retten at prøve påstanden om, at appellanten i det foreliggende tilfælde havde ret til at drage

41. Efter min opfattelse opfyldte Retten begrundelseskraevne i præmis 295 ff. i den appellerede dom, da den drog den konklusion, at appellanten havde handlet forsætligt, fordi denne havde været klar over de faktiske omstændigheder, der var relevante for vurderingen af det pågældende tilfælde. Appellanten argument om, at denne ikke havde været klar over, at en bestemt adfærd ud fra en retlig vurdering, hvori der henvises til begreber som »konkurrencebegrænsende« eller »konkurrencebegrænsende karakter«, ikke var tilladt ifølge de gældende regler, kan ikke tiltrædes. Det er tilstrækkeligt at bemærke, at dette synspunkt ikke stemmer overens med de relevante kriterier i den retspraksis, hvortil jeg henviste i punkt 39 ovenfor, og hvorefter det afgørende er de omstændigheder eller faktiske forhold, der giver grundlag for at fastslå, at der foreligger misbrug i henhold til artikel 82 EF. Endelig var det med rette, at Retten i præmis 298 i den appellerede dom fastslog, at appellanten argumenter om, at der var indledt en administrativ procedure mod Forbundsrepublikken Tyskland, var irrelevante, da de ikke vedrørte kriterierne i ovennævnte retspraksis vedrørende begrebet forsætlig overtrædelse. Med hensyn til påstanden om, at Kommissionen havde givet løfte om ikke at ville forfølge sagen mod appellanten, havde denne ikke fremlagt noget

bevis for at underbygge den, og det påhvilede derfor ikke Retten at prøve den. Det første anbringendes tredje led bør derfor ligeledes forkastes. Det første anbringende bør følgelig forkastes i det hele.

faktorer appellantens afgifter skulle bedømmes. Appellantens indvending vedrørte imidlertid et tidligere trin i argumentationen, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionens metode til at fastslå prispres var hensigtsmæssig.

B — Det andet anbringende: retlige fejl ved anvendelsen af artikel 82 EF

1. Det andet anbringendes første led: relevansen af metoden til at fastslå prispres for påvisningen af, at der forelå misbrug

42. Kommissionen og Vodafone har gjort gældende, at dette led af det andet anbringende bør forkastes.

43. Med sit første klagepunkt har appellant hævdet, at Rettens begrundelse er mangelfuld, idet Retten ikke prøvede appellantens argumenter. Den appellerede dom bygger på en ond cirkel, eftersom Retten anvendte det kriterium, Kommissionen havde valgt, til at bestemme, på grundlag af hvilke

44. Det skal påpeges, at dette er første gang, Domstolen er blevet forelagt denne form for misbrug¹⁹. Den eneste tidligere retsafgørelse i Fællesskabet vedrørende prispres er Rettens dom i sagen *Industrie des poudres sphériques* mod Kommissionen²⁰. Denne sag drejede sig imidlertid om Kommissionens afvisning af en klage, og ikke om en beslutning, hvori der blev konstateret misbrug af en dominerende stilling. I den foreliggende sag vil Domstolen

19 — Jf. ligeledes den verserende sag C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, hvori der er blevet forelagt en række spørgsmål vedrørende prispres. Problemstillingerne og den faktiske og retlige sammenhæng er imidlertid anderledes i flere væsentlige henseender (f.eks. er der ikke nogen vekselvirkning mellem telekommunikationslovgivningen og konkurrenceretten, og navnlig var *TeliaSonera* ikke forpligtet til at tilbyde videresalgsprodukter til ADSL).

20 — Dom af 30.11.2000, sag T-5/97, Sml. II, s. 3755, »IPS«-sagen. Med hensyn til nationale sager, jf. bl.a. (Italien) *Telecom Italia*, A 351, provvedimento no 13752, 16.11.2004; (Frankrig) *France Télécom/SFR Cegetel/Bouygues*, afgørelse nr. 04-D-48, 14.10.2004; (Danmark) *Song Networks A/S /TDC/SONOFON*, 27.4.2004; (Sverige) *TeliaSonera*, dnr 1135/2004, 22.12.2004; (Det Forenede Kongerige) *BSkyB*, CA98/20/2002, og sag NCCN 500, Ofcom-afgørelse, 1.8.2008. Jf. desuden fodnote 26 og 29.

bl.a. skulle afgøre det principielle spørgsmål, om det var med rette, at Retten fastslog, at prispres udgør et selvstændigt misbrug af en dominerende stilling, dvs. også når der ikke er tale om urimelige engrospriser og/eller underbudsdetailpriser. Således som det vil fremgå nedenfor, mener jeg ikke, at Retten — ved at godkende Kommissionens definition af prispres i den anfægtede beslutning — begik en retlig fejl ved at fastslå, at prispres rent faktisk havde udgjort en selvstændig form for misbrug i det foreliggende tilfælde. Hvad specifikt angår det første klagepunkt om mangel på begrundelse deler jeg ikke appellansens opfattelse. Rettens argumentation vedrørende dette punkt begrænser sig nemlig ikke til præmis 166-168 i den appellerede dom. Præmis 169-213 er også relevante i denne forbindelse, eftersom Retten i disse præmisser behandler den metode, Kommissionen havde anvendt til at fastslå, om der var forekommet prispres og dermed misbrug i henhold til artikel 82 EF. Dette er tilstrækkelig grund til at fastslå, at Retten ikke tilsidesatte artikel 253 EF. Jeg mener heller ikke, at Retten kan beskylde for cirkulær argumentation. Ganske vist godtog Retten i præmis 166-168 i den appellerede dom blot Kommissionens standpunkt. Således som Vodafone korrekt har påpeget, prøvede Retten imidlertid i præmis 183 ff. appellansens argumenter og forklarede, hvorfor den fandt, at de måtte forkastes. Navnlig undersøgte Retten også, da den vurderede Kommissionens metode, om metoden var egnet til at påvise misbrug i henhold til artikel 82 EF. Det var derfor, at Retten, i overensstemmelse med Kommissionens synsmåde, kunne bemærke i præmis 167 i den appellerede dom, at det afgørende i forbindelse med denne form for misbrug er forskellen mellem priserne og ikke prisernes urimelighed i sig selv. Retten henviste i den sammenhæng i præmis 189-191 i den appellerede dom til relevante forhold, som vidner herom. På dette punkt

er den appellerede dom således klart ikke behæftet med nogen mangel på begrundelse.

45. Med sit andet klagepunkt har appellanten hævdet, at artikel 82 EF blev anvendt forkert, fordi en metode til at fastslå prispres på grund af sin art er uegnet til at fastslå, om der foreligger misbrug i en situation, hvor engrosafgifterne fastsættes af en national tilsynsmyndighed. Hvis den nationale tilsynsmyndighed har fastsat uforholdsmæssigt høje engrosafgifter, vil den regulerede virksomhed nemlig være nødsaget til at fastsætte uforholdsmæssigt høje detailpriser for at sikre, at der er en passende margin mellem engros- og detailafgifterne. I det foreliggende tilfælde måtte appellanten vælge mellem to former for misbrug: prispres eller urimeligt høje priser. Appellanten kunne derfor ikke undgå at begå misbrug. En dominerende virksomhed begår kun misbrug, når dens detailafgifter i sig selv er urimeligt lave.

46. Da det var med føje, at Retten fastslog, at prispresset afhænger af forskellen mellem to priser og ikke af prisernes absolutte niveau i sig selv, må en metode til at fastslå prispres efter min opfattelse også kunne anvendes, når den ene pris eller begge priser er undergivet regulering — naturligvis forudsat at virksomheden har råderum til at ændre i det mindste den ene af de to priser. At den nationale tilsynsmyndighed fastsætter uforholdsmæssigt høje engrospriser, mener jeg er

et teoretisk eksempel, og appellanten har ikke forklaret, hvorfor det skulle være relevant for den foreliggende sag, navnlig i betragtning af at engrospriserne blev fastsat på grundlag af appellantens omkostninger, således som det fremgår af præmis 8 i den appellerede dom, og appellant havde mulighed for at ansøge om, at der blev anvendt et ændret beregningsgrundlag for omkostningerne. Den appellerede dom er følgelig i overensstemmelse med artikel 82 EF, og det andet anbringendes første led bør forkastes.

ligeledes er behæftet med retlige fejl for så vidt angår vurderingen af Kommissionens metode, idet der lægges kriterier til grund i dommen, som ikke er forenelige med artikel 82 EF. Kriteriet om den lige så effektive konkurrent blev anvendt på en fejlagtig måde på sagens faktiske omstændigheder, eftersom appellant som en dominerende virksomhed ikke var undergivet de samme reguleringsvilkår som dens konkurrenter. Appellant var forpligtet til at overtage alle abonnenter, uanset om de var lønsomme eller ej. Endvidere skulle den tilbyde forvalg og »call-by-call« [under ét: »(for)valg«], hvori- mod der ikke påhvilede dens konkurrenter sådanne forpligtelser. Kriteriet om den lige så effektive konkurrent burde derfor være blevet tilpasset. Undersøgelsen burde ikke have været baseret på appellants kundestruktur.

2. Det andet anbringendes andet led: fejlagtig beregning af prispresset

47. Kommissionen og Vodafone har gjort gældende, at dette led af det andet anbringende bør forkastes.

48. Med sit første klagepunkt har appellant gjort gældende, at den appellerede dom

49. Dette led af det andet anbringende drejer sig om, hvilke kriterier der er relevante for,

om et prispres skal betragtes som misbrug i henhold til artikel 82 EF. Således som det er fremgået, kritiserede Kommissionen i den anfægtede beslutning og Retten i den appellerede dom ikke appellanten for niveauet af dennes engrospriser, navnlig fordi de var blevet fastsat af den nationale tilsynsmyndighed (selv om denne omstændighed kun blev lagt til grund af hensyn til appellanten, således som det følger af præmis 93 i den appellerede dom). Problemet bestod således ikke i, at appellants engrospriser var blevet fastsat for højt, men snarere at dennes detailpriser havde været for lave, således at forskellen mellem detail- og engrospriserne — og dermed konkurrenternes margener — enten var blevet negative eller utilstrækkelige, alt efter hvilken periode, der var tale om²¹. Således som det følger af præmis 181 i den appellerede dom, er dette argument fra appellants side vedrørende produktspecifikke omkostninger derfor kun relevant for den anden periode (fra 2002 indtil maj 2003), eftersom spændet mellem appellants engros- og detailpriser var negativt i den første periode. Det kriterium, Domstolen skal tage stilling til i denne forbindelse, er, om kriteriet om den lige så effektive konkurrent er relevant, hvilket er genstanden for appellants første klagepunkt. Domstolen vil skulle besvare spørgsmålet om, hvorvidt det i sager om prispres principielt er den dominerende virksomheds egne omkostninger, der skal lægges til grund (kriteriet om den lige så effektive konkurrent), og ikke dens konkurrenters omkostninger (kriteriet

om den rimeligt effektive konkurrent)²². I 1988 anførte Kommissionen i meddelelsen om netadgang udtrykkeligt, at begge kriterier kunne være relevante. Den bemærkede med hensyn til det førstnævnte: »Man kan påvise, at prisen [presses], ved at vise, at det dominerende selskabs egne transaktioner i efterfølgende led ikke kan foretages med fortjeneste på grundlag af den pris i det forudgående led, som forlanges af selskabets konkurrenter.« Med hensyn til det sidstnævnte anførte den: »Under de rette omstændigheder kan man også påvise et pris[pres] ved at vise, at marginen mellem den pris, der afkræves konkurrenter på det efterfølgende marked [...] for adgang til faciliteten, og den pris, netoperatøren forlanger på det efterfølgende marked, ikke er tilstrækkelig stor til at give en rimelig effektiv tjenesteudbyder på det efterfølgende marked en normal fortjeneste [...]«²³. Domstolen anså imidlertid i dommen i sagen AKZO mod Kommissionen²⁴ kriteriet om den lige så effektive konkurrent for at være relevant i forbindelse med underbudspriser, således som det bemærkes i den appellerede dom. Efter min opfattelse var det med rette, at Retten fastslog, at kriteriet om den lige så effektive konkurrent er relevant, ikke kun når misbruget består i forskellen mellem den dominerende virksomheds priser og omkostninger, men også når det består i forskellen mellem dens engros- og detailpriser²⁵. Jeg finder det således vanskeligt at kritisere Rettens vurdering i præmis 186-194 i den appellerede dom, da det klart følger af relevante fortølfælde og

21 — Jf. den klage, der drejede sig om i Kommissionens beslutning af 18.7.1988 om en procedure i henhold til [artikel 82 EF] (sag IV/30.178 Napier Brown — British Sugar) (EFT 1988 L 284, s. 41), betragtning 65 og 66: »BS [...] levede [ikke] en virksomhed, der [...] sælger detailsukker ligeså effektivt som BS selv, en tilstrækkelig margen [...] Når et dominerende selskab [...] opretholder en så lille margen mellem [den pris for råvaren, der opkræver af de virksomheder, der konkurrerer med den dominerende virksomhed om fremstillingen af følgeproduktet] og den pris, der beregner for følgeproduktet, at denne margen ikke er tilstrækkelig stor til at afspejle det dominerende selskabs egne forarbejdningsomkostninger [...] er der tale om misbrug af dominerende stilling.« Jf. desuden betragtning 41.

22 — I forbindelse med dette kriterium kan der tages enten faktiske eller rent abstrakte (potentielle) konkurrenter i betragtning. Det blev fastslået af Det Forenede Kongeriges Competition Appeal Tribunal (herefter »CAT«) i dommen i sagen Genzyme (remedy), [2005] CAT 32, præmis 249, og af Cour d'appel, Bruxelles, i dommen i sagen TELE2 mod Belgacom, 18.12.2007, R.G. 2006/MR/3.

23 — Jf. også f.eks. Europa-Kommissionen: »Pricing Issues in Relation to Unbundled Access to the Local Loop«, ONP-Udvalget, ONPCOM 01-17, 25.6.2001, s. 1-17.

24 — Dom af 3.7.1991, sag C-62/86, Sml. I, s. 3359.

25 — Jf. i denne henseende generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse forud for dom af 16.3.2000, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1365, punkt 123-139.

retssikkerhedsprincippet, at kriteriet om den lige så effektive konkurrent er det passende kriterium under omstændighederne i det foreliggende tilfælde. Desuden mener et stort antal kommentatorer, at kriteriet om den lige så effektive konkurrent er et passende kriterium²⁶.

50. Hvad specifikt angår det første klagepunkt har appellanten kritiseret præmis 188 i den appellerede dom og gjort gældende, at det i det foreliggende tilfælde ikke er den dominerende virksomheds, men dens konkurrenters situation, som er relevant. Ifølge appellanten burde kriteriet om den lige så effektive konkurrent være blevet tilpasset, fordi appellanten som en dominerende virksomhed er undergivet andre retlige og faktiske omstændigheder i det foreliggende tilfælde. Navnlig burde vurderingen ikke have bygget

på appellants kundestruktur. Jeg henleder indledningsvis opmærksomheden på, at appellanten selv har anerkendt, at det nævnte kriterium generelt er hensigtsmæssigt, da det er mindre fremmede for ineffektive konkurrenter og øger dominerende virksomheders retssikkerhed, idet sådanne virksomheder inden for rammerne af dette kriterium på forhånd kan vurdere, om deres egen handlinger er lovlige. Endvidere kan, således som Kommissionen med rette har påpeget, appellanten ikke forsvare sig ved at gøre gældende, at denne ikke var lige så effektiv som sine konkurrenter. Konkurrenceretten giver ikke en virksomhed mulighed for at »forsvare sig ved at henvises til sin ineffektivitet«. I stedet tager artikel 82 EF sigte på at forebygge adfærd udvist af en dominerende virksomhed, der forsøger at kvæle konkurrencen, når den pågældende virksomhed netop er tvunget til at bestræbe sig på at eliminere ineffektivitet. Jeg er derfor ikke overbevist om, at det foreliggende tilfælde giver grundlag for at ændre de kriterier, der fastslås i artikel 82 EF i denne sammenhæng.

26 — I Det Forenede Kongerige er dette blevet bekræftet af CAT i *Genzyne-dommen*, sag nr. 1016/1/1/03 [2004] CAT 4, og af Court of Appeal i *Albion-dommen* (*Dwr Cymru Cyfyngedig og Albion Water Limited og Water Services Regulation Authority*, (2008) EWCA Civ 536, præmis 105). Retten kan dog i den appellerede dom (navnlig præmis 188) siges principielt ikke fuldstændig at have udelukket kriteriet om den rimeligt effektive konkurrent, og jeg mener da heller ikke, at det er utænkeligt, at der kan forekomme tilfælde, hvori kriteriet om den rimeligt effektive konkurrent kan være passende som et sekundært og supplerende kriterium. Med hensyn til det eventuelle brud på retssikkerhedsprincippet har nogle kommentatorer anført, at dette spørgsmål bør vurderes fra tilfælde til tilfælde, og at etablerede aktører med lang erfaring ofte har særdeles gode muligheder for at vurdere, hvilke omkostninger nye virksomheder på markedet — i det mindste rimeligt effektive nye virksomheder — må bære, navnlig fordi de har et markedskendskab uden sidestykke. Jf. B. Amory og A. Verheyden: *Comments on the CFI's recent ruling in Deutsche Telekom* i *Global Competition Policy*, maj 2008, og S. Clerckx og L. De Muyter: *Price squeeze abuse in the EU telecommunications sector* i *Global Competition Policy*, april 2009. Jf. ligeledes R. O'Donoghue, og A.J. Padilla: *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, s. 191 og 331.

51. Med sit andet klagepunkt har appellanten hævdet, at Retten begik en retlig fejl ved ikke at tage afgifter for supplerende teletjenester i betragtning (telefonsamtaler). En sådan metode er hverken forenelig med økonomiske principper eller den beslutningspraksis, der følges af andre myndigheder i Europa og USA. Den står i modsætning til markedets realiteter, idet hverken abonnenter eller operatører betragter adgangstjenester isoleret. Set fra et økonomisk synspunkt er det ved

undersøgelsen af, om der foreligger prispres, nødvendigt at tage alle indtægter og omkostninger ved engrostitjenesterne i betragtning. Når der er tale om virksomheder, der tilbyder flere produkter, og som har omkostninger ved engrostitjenester, der danner grundlag for flere forskellige tjenester til slutbrugere på flere markeder på samme tid, bør sammenlægnin-gen foretages på et højere niveau, hvorpå alle de pågældende tjenester til abonnenterne ta-ges i betragtning.

52. Kriteriet om den lige så effektive konkurrent er hensigtsmæssigt, da det viser, om en konkurrent kan konkurrere med den dominerende virksomhed på grundlag af lige muligheder. Desuden kunne enhver anden fremgangsmåde være i strid med det almindelige princip om retssikkerhed, således som Domstolen med rette bemærkede i

præmis 192 i den appellerede dom. Appellanten har imidlertid gjort gældende, at dennes konkurrenter kunne konkurrere med appellanten på trods af prispresset på grundlag af andre forretningsmodeller end appellants eller ved at tilbyde produkter gennem tjenester uden for det pågældende marked. Således som det fremgår af præmis 195-199 i den appellerede dom, viste kriteriet om den lige så effektive konkurrent, at appellants konkurrenter var økonomisk ude af stand til at anvende den konkrete model, appellanten anvendte på markedet for adgang. Appellanten kan ikke kræve, at kriteriet om den lige så effektive konkurrent tilpasses i det foreliggende tilfælde, blot fordi virksomhedens situation ikke er den samme som konkurrenternes. At det ikke er muligt, skyldes ganske enkelt, at den dominerende virksomhed og dens konkurrenter pr. definition aldrig helt vil være i den samme situation. Med hensyn til appellants argumentation vedrørende de vanskeligheder, denne var stillet over for som et tidligere statsligt foretagende, som havde en anden kundestruktur end sine konkurrenter, og som var under omdannelse til en kommerciel virksomhed, er det tilstrækkeligt at pege på, at der, som nævnt ovenfor, ikke i konkurrenceretten tages hensyn til en sådan ineffektivitet hos dominerende virksomheder. Desuden har Kommissionen bemærket, at appellants analoge kunder snarere udgjorde en konkurrencefordel, når de ønskede at opgradere deres adgangsabonnement. Med hensyn til argumentet om, at det kun var appellanten, der tilbød »call-by-call«, har Kommissionen påpeget, at det er fejlagtigt — nogle af appellants konkurrenter tilbød også denne tjeneste til deres kunder. Appellants forpligtelse til at give mulighed for tjenesten skyldtes appellants særlige stilling på markedet og indebar derfor ikke forskelsbehandling i forhold til konkurrenterne — forskellige situationer blev behandlet forskelligt. Således som jeg anførte i begyndelsen af dette forslag til afgørelse, kunne reguleringen ikke påvirke anvendelsen af artikel 82 EF, så længe appellanten havde et tilstrækkeligt kommercielt

råderum. Appellanten kan derfor ikke nu forsøge at udlede en særlig status på grund af reguleringen.

53. Appellanten har gjort gældende, at Rettens vurdering vedrørende prispresset var ufuldstændig, idet der ikke blev taget hensyn til, at engrostenesterne havde mulig-gjort samtaler. Konkurrenterne kunne nemlig udelukke operatør(for)valg og tilbyde pakker, der omfattede adgang, samtaler osv. gennem abonnentnettet. For det andet er præmis 196-202 i den appellerede dom behæftet med flere retlige fejl. Spørgsmålet om, hvorvidt samtaleafgifter er relevante eller ej, afhænger af det principielle spørgsmål om, hvilken metode det er korrekt at anvende i forbindelse med virksomheder, der tilbyder flere produkter. Retten kunne ikke undgå at tage stilling her-til ved i præmis 185 i den appellerede dom at henvise til, at den kan udøve en begrænset kontrol.

54. For det første er bemærkningerne i præmis 196 og 197 i den appellerede dom, hvorefter princippet om takstudligning kræ-ver, at adgangs- og samtaleafgifter betragtes

særskilt, retligt forkerte. Den appellerede dom er selvmodsigende. I præmis 113 lægger Retten med hensyn til ansvarsfastlæggelsen til grund, at en sektorspecifik regulerings mål kan være forskellige fra Fællesskabets kon-kurrencepolitik, men udleder derpå netop af et princip i reguleringen, at adgangsafgif-ter og samtaleafgifter må betragtes hver for sig, selv om abonnenterne opfatter de pågæl-dende tjenester som en helhed. Dernæst in-deholder præmis 161 i den appellerede dom en utilstrækkelig begrundelse, idet Retten i præmissen hverken angiver, hvorfor dens opfattelse er rigtig, eller prøver appellants indvendinger.

55. Også på dette punkt er jeg enig med Kommissionen i, at det i det foreliggende til-fælde kun er en metode, som gør det muligt at betragte to markeder hver for sig og at un-dersøge prispresset mellem engrosmarkedet og detailmarkedet, der er forenelig med arti-kel 82 EF. I præmis 195-207 i den appellerede dom begik Retten derfor ikke en retlig fejl ved at tiltræde Kommissionens standpunkt. Med hensyn til argumentet om, hvilken me-tode der skal anvendes til at fastslå prispres, når der er tale om virksomheder, som tilby-der flere produkter, har Kommissionen med rette peget på, at appellanten ser bort fra, at adgangstjenester ikke er en forudsætning for at opnå indtægter fra samtaler. Takket være »call-by-call« kunne appellanten også selv opnå indtægter på samtalemarkedet på

samme måde som sine konkurrenter, uanset om der var indgået abonnementsaftaler. Kommissionen har korrekt forklaret, hvorfor appellanten påstand om, at alle konkurrenterne deaktiverede »call-by-call«, er fejlagtig — appellanten sammenblander årsag og virkning; det prispres, appellanten havde skabt, forhindrede konkurrenterne i kun at tilbyde adgangstjenester og samtidig få dækket deres omkostninger. Eksemplerne på afgørelser truffet af andre reguleringsmyndigheder, som havde draget andre konklusioner, kan højst være relevante ved en sammenligning af retsforskrifter. De ændrer ikke målene for artikel 82 EF og de bedømmelseskriterier, der skal anvendes i forbindelse med denne. Hvad dernæst angår bemærkningen i præmis 185 i den appellerede dom fremgår det, at Retten på trods af denne bemærkning foretog en udførlig prøvelse, hvorved den tiltrådte Kommissionens metode.

56. Endvidere er den opfattelse, at princippet om takstudligning kræver, at der ses bort fra teletjenester, ifølge appellanten grundlæggende forkert og i strid med artikel 82 EF. Dette princip indeholder ikke kriterier for anvendelsen af artikel 82 EF. Desuden gælder princippet om takstudligning kun for appellanten og dennes afgiftsregulering og ikke for konkurrenterne. Det siger intet om deres muligheder for at konkurrere. Regulering på teleområdet kan anvendes til at gennemføre

artikel 82 EF, men denne artikel udgør ikke et redskab, som har til formål at gennemføre sektorspecifik regulering.

57. For så vidt angår princippet om takstudligning synes den appellerede dom ikke at indeholde nogen selvmodsigelse. Det er uomtvisteligt, at situationen på og den lovgivning, der gælder for vedkommende marked, skal tages i betragtning i forbindelse med artikel 82 EF. Påstanden om, at den appellerede dom er behæftet med en mangel på begrundelse på dette punkt, kan ikke tiltrædes, da den ikke er tilstrækkeligt udførlig. Navnlig har appellanten ikke angivet, hvilke indvendinger denne har mod anvendelsen af princippet om takstudligning. Endvidere redegøres der i præmis 196 i den appellerede dom for forholdet mellem rammebestemmelserne og vurderingen i henhold til artikel 82 EF, mens der i præmis 197 henvises til Kommissionens argumentation. Jeg er enig med Kommissionen i, at den takstudligning, hvortil der henvises i Kommissionens direktiv 96/19/EF²⁷, i modsætning til hvad appellanten har hævdet, klart tager sigte på at adskille det almene tjenesteudbud og tjenester, som er omfattet af konkurrence, og at indføre sondring på grundlag af omkostninger. Krydssubsidiering bør derfor forhindres. Dette leder imidlertid til den konklusion, der blev draget korrekt i præmis 196 i den appellerede dom, at der må

27 — Kommissionens direktiv 96/19/EF af 13.3.1996 om ændring af direktiv 90/388/EØF for så vidt angår gennemførelse af liberaliseringen af markederne for teletjenester (EFT L 74, s. 13).

skelnes mellem tilslutningsafgifter og samtaleafgifter, selv inden for rammerne af en undersøgelse i henhold til artikel 82 EF. Det er irrelevant, om konkurrenterne er omfattet af reguleringen i denne henseende, idet direktiv 96/19 netop har til formål at beskytte appellantens konkurrenter.

ifølge hvilket det kun er appellantens omkostningsstruktur og afgifter, som er afgørende.

58. Appellanten har, for det første, gjort gældende, at præmis 199 i den appellerede dom indeholder en utilstrækkelig begrundelse. Retten burde have undersøgt, hvilke tjenester der byggede på abonnentledninger som en engrostop tjeneste. Først da kunne Retten have draget en konklusion med hensyn til, om der var lige muligheder. Lige muligheder kan kun sikres, hvis der foretages en samlet vurdering af alle de tjenester, der er baseret på abonnentledninger. Appellanten har henvist til præmis 238 i den appellerede dom og hævdet, at Retten trodsede logikkens love. Rettens antagelse, hvorefter tilslutninger ikke indebærer nogen omkostninger for appellant, er åbenlyst forkert. Da appellantens detailafgifter for tilslutninger er lavere end dennes egne omkostninger, bør appellant i realiteten, på samme måde som sine konkurrenter, gribe til krydssubsidiering mellem adgangsafgifter og samtaleafgifter. Endvidere er bemærkningen i præmis 202 i den appellerede dom selvmodsigende, da den er i direkte modstrid med kriteriet om den lige så effektive konkurrent,

59. Efter min opfattelse er bemærkningerne i præmis 199-201 i den appellerede dom, ifølge hvilke lige muligheder forudsætter adskillelse, korrekte, eftersom en samlet vurdering af tilslutninger og samtaler ville tvinge appellantens konkurrenter til udelukkende at konkurrere med denne på grundlag af en bestemt krydssubsidieringsmodel, som ville konsolidere appellantens stærke stilling inden for tilslutningstjenester, således som Kommissionen med rette har gjort gældende. Den model, appellant går ind for, ville — således som Retten bemærkede i præmis 202 i den appellerede dom — tvinge appellantens konkurrenter til at lade højere afgifter på samtaleområdet kompensere for de tab, de led inden for tilslutningstjenester. Det skal i den forbindelse fremhæves, at appellant ikke har anfægtet definitionen af markedet, ifølge hvilken detailtilslutningstjenester og samtaleafgifter hver udgør et separat marked. Desuden kan samtale-tjenester også leveres uden at gøre brug af tilslutningstjenesten. Kommissionen har med rette gjort gældende, at påstanden om brud på logikkens principper ikke støtter appellantens sag. I den anfægtede beslutning blev prispresset kun kritiseret på grund af dets virkning på detailmarkedet, og det påhvilede derfor ikke Kommissionen at foretage en undersøgelse af, om konkurrenterne var ringere stillet end appellant

på samtalemarkedet. Det er efter min opfattelse tilstrækkeligt at pege på, at præmis 237 i den appellerede dom allerede indeholder et fuldstændigt svar på de argumenter, der blev fremsat i første instans, og at dette svar er tilstrækkeligt med henblik på at stadfæste den anfægtede beslutning. Kritikken af præmis 238 i den appellerede dom er derfor irrelevant. Under alle omstændigheder har appellanten ikke bevist, at der er grundlag for denne kritik. Desuden bemærkede Retten med rette — uden at modsige sig selv — på grundlag af kriteriet om den lige så effektive konkurrent, at konkurrenterne havde en mulighed på markedet, hvis de med tilslutningsafgifter, der var tilstrækkeligt høje til at dække omkostningerne, tilbød lavere samtaleafgifter end appellanten, således at pakkerne af tjenester var sammenlignelige.

61. Jeg er enig med Kommissionen i, at Retten traf en afgørelse vedrørende det af appellanten rejste faktuelle spørgsmål og ikke løste tvisten på grundlag af bevisbyrden. Retten bemærkede i præmis 202 i den appellerede dom, at appellanten havde nedsat sine samtaleafgifter stærkt. Denne bemærkning kan appellanten ikke bestride, da denne ikke har gjort gældende, at de faktiske omstændigheder blev gengivet forkert. Det andet anbringendes andet led må følgelig afvises.

3. Det andet anbringendes tredje led: prispresets virkninger

60. Endelig anvendte Retten efter appellans opfattelse et fejlagtigt retligt kriterium ved fordelingen af bevisbyrden, idet den i præmis 201 og 202 i den appellerede dom indskrænkede sig til at bemærke, at det »ikke [kunne] udelukkes«, at konkurrenterne ikke havde økonomisk mulighed for at lade indtægter fra samtaler kompensere for eventuelle tab i forbindelse med telefontilslutninger, når appellanten i sin stævning i første instans havde ønsket at vise, at det var muligt at foretage krydssubsidiering.

62. Kommissionen og Vodafone har gjort gældende, at dette led af det andet anbringende bør forkastes.

63. Med sit første klagepunkt har appellanten hævdet, at den fejlagtige beregning af det påståede prispres betyder, at vurderingen af dets virkninger ligeledes er behæftet med retlige fejl. I præmis 234 og 235 i den appellerede dom forkastede Retten med rette Kommissionens opfattelse, hvorefter det ikke var fornødent at påvise konkurrencebegrænsende virkninger. Vurderingen i præmis 237 i den appellerede dom bygger imidlertid på et

prispres, hvori der kun er medtaget tilslutningsafgifter. I præmis 238 i den appellerede dom henvises der til den fejlagtige forudsætning, at konkurrenterne for så vidt angår krydssubsidiering mellem tilslutningstjenester og samtaletjenester forskelsbehandles i forhold til appellant, som ikke lider nogen tab på tilslutninger. Med sit andet klagepunkt har appellant gjort gældende, at den argumentation, der skal vise, at der forelå konkurrencebegrænsende virkninger, ligeledes er behæftet med retlige fejl. I præmis 239 i den appellerede dom anføres det blot, at konkurrenternes markedsandel på markederne for bredbånds- og smalbandstilslutninger var forblevet ubetydelige, og der angives ikke nogen årsagsforbindelse mellem de nævnte markeder og det påståede prispres. Desuden bygger præmis 240 i dommen på en misforståelse af betragtning 182 til den anfægtede beslutning.

appellantens afgifter havde kunnet medføre for udviklingen af konkurrencen på det pågældende marked. Skønt det således ifølge Retten ikke påhvilede Kommissionen at påvise faktiske konkurrencebegrænsende virkninger, påhvilede det den at vise, at der var blevet skabt barrierer for adgangen til markedet, og således påvise, at der forelå potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Hvad dette angår fandt Retten i præmis 237 i den appellerede dom, at da appellants engrostop tjenester var en forudsætning for, at en konkurrent til appellant kunne optage konkurrence med denne på det efterfølgende marked for detailadgangstjenester, ville prispres mellem appellantens engros- og detailpriser i princippet udgøre en hindring for udvikling af konkurrencen på de efterfølgende markeder. Retten betonedes således efter min mening korrekt, at engrostop tjenesterne var en forudsætning, og at appellantens konkurrenter uden at have adgang til disse tjenester end ikke ville kunne få fodfæste på det efterfølgende marked for detailtjenester. Dette er i overensstemmelse med det standpunkt, Retten har udviklet sin egen praksis, som Domstolen har bekræftet, og hvorefter den krævede virkning ikke nødvendigvis vedrører den konkrete virkning af en som misbrug påtalt adfærd. Til fastlæggelse af, om artikel 82 EF er blevet overtrådt, er det tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til formål at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning²⁸. Efter min opfattelse

64. Det skal understreges, at Retten i præmis 235 i den appellerede dom korrekt anførte, at det påhvilede Kommissionen at påvise, at appellantens afgifter havde konkurrencebegrænsende virkning. Det fremgår klart af denne præmis, at Retten fandt, at den konkurrencebegrænsende virkning, som Kommissionen skulle påvise i det foreliggende tilfælde, bestod i de eventuelle hindringer,

28 — Dom af 15.3.2007, sag C-95/04 P, British Airways mod Kommissionen, Sml. I, s. 2331, præmis 30, som har forbindelse med Rettens dom i sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen («Michelin II-dommen»), Sml. II, s. 4071, præmis 238 og 239, og i sag T-219/99, British Airways mod Kommissionen, Sml. II, s. 5917, præmis 293. Jf. ligeledes generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse forud for dommen i sagen Sot. Lélou kai Sia m.fl., nævnt i fodnote 7, punkt 50. Jf. vedrørende dette emne generaladvokat Kokott: Economic thinking in EU competition law, Madrid, 29.10.2009.

følger det klart heraf, at Kommissionen skal påvise, at der foreligger potentielle konkurrencebegrænsende virkninger i den specifikke markedssammenhæng, der er tale om²⁹. En ren påstand om, at der ville kunne forekomme fjerne, abstrakte virkninger, vil ikke være tilstrækkelig. Det følger af det foregående som helhed, at Retten ikke begik nogen retlig fejl.

det på dette trin i vurderingen var nødvendigt at ændre den metode, der var blevet anvendt som grundlag for prispresberegningen, og medtage samtaletjenester. Endelig skal det bemærkes vedrørende argumentet om betragtning 182 til den anfægtede beslutning, at det ikke er rettet imod den appellerede dom. Desuden kan det, således som Kommissionen har gjort gældende, ikke antages til realitetsbehandling, da det ikke blev fremsat i første instans, og det savner under alle omstændigheder grundlag, eftersom prispresset i det foreliggende tilfælde, uanset dets omfang, gjorde det umuligt for konkurrenter at tilbyde adgangstjenester til samme pris som appellanten. Det andet anbringendes tredje led bør derfor dels afvises, dels under alle omstændigheder forkastes som grundløst. Det andet anbringende bør følgelig forkastes i det hele.

65. Appellantens første klagepunkt om, at vurderingen af virkningerne under alle omstændigheder er fejlagtig, fordi kun tilslutningsafgifter er taget i betragtning, er irrelevant. Jeg har allerede forklaret ovenfor i mit forslag til afgørelse, hvorfor denne argumentation bør forkastes. Med hensyn til appellantens andet klagepunkt om årsagsforbindelsen og navnlig appellantens argument om, at det på telekommunikationsområdet ikke er overraskende, at en operatør er længe om at etablere sig på markedet, blev argumentet som sådant ikke fremsat i første instans, og det er under alle omstændigheder ikke relevant. Med hensyn til medtagelsen af samtaletjenester har appellanten ikke forklaret, hvorfor

C — Det tredje anbringende: retlige fejl ved udmålingen af bøderne

1. Det tredje anbringendes første led: spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen var alvorlig

29 — Denne opfattelse er i overensstemmelse med dommen i sagen Sot. Lélos kai Sia m.fl., ibidem, hvori Domstolen tilsyneladende implicit forkastede begrebet »misbrug i sig selv« og undersøgte de objektive begrundelser under hensyn til den specifikke markedssammenhæng. Jf. sag CW/00615/03, Vodafone/O2/Orange/T-Mobile, Ofcom-afgørelse, maj 2004, og BTOpenworld's consumer broadband products, Ofcom-afgørelse, november 2003.

66. Appellanten har gjort gældende, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 blev tilsidesat,

idet hverken Kommissionens argumenter eller Rettens argumentation i præmis 306-310 i den appellerede dom underbygger påstanden om, at appellanten havde begået en alvorlig overtrædelse i den første periode. Retten så bort fra, at det i afsnit 1 A i retningslinjerne for beregningen af bøder³⁰ kun bestemmes, at adfærd, der medfører eksklusion, »kan« udgøre alvorlige overtrædelser. Retten undlod således at prøve argumenterne imod, at overtrædelsen blev kvalificeret som alvorlig.

angår perioden fra den 1. januar 2002, for hvilken overtrædelsen ikke var blevet kvalificeret som alvorlig, men kun som lidet alvorlig. Med hensyn til perioden 1998-2001 har Kommissionen korrekt gjort gældende, at den i overensstemmelse med retningslinjernes afsnit 1 A, første afsnit, ikke ved bestemmelsen af overtrædelsens grovhed er forpligtet til at tage hensyn til, at virksomheden kun har bidraget til overtrædelsen i ubetydelig grad (jf. præmis 311 i den appellerede dom). Kommissionen benyttede muligheden for at anerkende, at der i denne henseende forelå en formildende omstændighed, således som det fremgår af præmis 312 i den appellerede dom. Desuden har appellantens ikke angivet nærmere, hvilken del af RegTP's medvirken ved fastsættelsen af priserne der burde have medført en yderligere nedsættelse af bøden. Dette led af det tredje anbringende bør derfor forkastes.

67. Kommissionen har gjort gældende, at dette led af det tredje anbringende bør forkastes.

2. Det tredje anbringendes andet led: utilstrækkelig hensyntagen til formildende omstændigheder

68. Det er tilstrækkeligt at bemærke, at appellantens argument er irrelevant for så vidt

69. Appellanten har gjort gældende, at Kommissionen i betragtning 212 til den anfægtede beslutning kun tog i betragtning, at der havde været sektorspecifik regulering på nationalt plan, men ikke indholdet af reguleringen, dvs. RegTP's undersøgelse og afvisning af, at der

30 — Retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne«).

forelå et konkurrencebegrænsende prispres. Retten begik en retlig fejl ved ikke at kritisere Kommissionen for at have set bort fra to andre formildende omstændigheder som omhandlet i afsnit 3 i retningslinjerne. Appellanten havde på baggrund af RegTP's afgørelser været overbevist om, at dennes adfærd var lovlig. Under alle omstændigheder blev overtrædelsen begået uagtsomt.

3. Det tredje anbringendes tredje led: pålægelsen af en symbolsk bøde

70. Kommissionen har gjort gældende, at dette led af det tredje anbringende bør forkastes.

71. Således som Kommissionen har anført, ser appellanten under alle omstændigheder bort fra, at betragtning 212 til den anfægtede beslutning er bredt formuleret og fuldt ud underbygger den fortolkning af betragtningen, der foretages i præmis 312 i den appellerede dom. Argumentet om, at appellanten kun havde handlet uagtsomt, blev ikke fremsat i første instans. Under alle omstændigheder var det med rette, at Retten i præmis 295-297 i den appellerede dom afgjorde, at appellants adfærd var i overensstemmelse med definitionen af en forsætlig overtrædelse. Dette led i det tredje anbringende er derfor dels uantageligt til pådømmelse, dels grundløst under alle omstændigheder.

72. I præmis 319 i den appellerede dom tilsidesættes retten til ligebehandling. Appellanten burde være blevet pålagt en symbolsk bøde ligesom i Deutsche Post-beslutningen³¹. Appellants handlemåde var i overensstemmelse med retspraksis ved de tyske domstole og RegTP's afgørelser. Det er irrelevant, at Oberlandesgerichts dom senere blev ophævet, idet dette skyldtes muligheden for en undtagelse, som ikke er relevant i det foreliggende tilfælde; det var først efter, at dommen var blevet ophævet, at appellanten kunne gå ud fra, at denne kunne være ansvarlig i henhold til artikel 82 EF. Appellants situation svarer til den, der dannede grundlag for Deutsche Post-beslutningen. Meddelelsen om netadgang kan næppe betragtes som »retspraksis«. Endelig kan et tilsagn om at ville ophøre med en overtrædelse ikke udgøre en nødvendig forudsætning for at pålægge en symbolsk bøde.

31 — Kommissionens beslutning 2001/892/EF af 25.7.2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Nægtelse af at viderebefordre grænseoverskridende post) (EFT L 331, s. 40, herefter »Deutsche Post-beslutningen«).

73. Kommissionen har gjort gældende, at dette led af det tredje anbringende bør forkastes.

74. Det er med rette, at Kommissionen har hævdet, at appellants påstand er irrelevant. Denne argumentation ville kun støtte appellants sag, hvis den faktiske og retlige ramme i de to tilfælde var direkte sammenlignelig³². Det fremgår af præmis 317-320 i den appellerede dom, at dette ikke er tilfældet, og appellant har da heller ikke gjort gældende, at bemærkningerne i de nævnte præmisser er faktisk forkerte, og at de forskelle, hvortil der henvises heri, ikke foreligger. Kommissionen har ligeledes ret i, at symbolske bøder udgør en undtagelse, og at det ikke bør påhvile den at begrunde en beslutning om at fastsætte en bøde i overensstemmelse med

de normale regler. Under alle omstændigheder tog Kommissionen RegTP's afgørelser i betragtning som en formildende omstændighed. Retten bekræftede i præmis 312 og 313, at der ikke var foretaget en fejlagtig vurdering i denne henseende. Med hensyn til Oberlandesgerichts dom er det tilstrækkeligt at bemærke, at Retten korrekt anførte i præmis 319 i den appellerede dom, at den blev afsagt i den periode, hvori Kommissionen ikke pålagde sådanne bøder, som ville have været passende under normale forhold. Under alle omstændigheder er det ligeledes rigtigt, at Oberlandesgericht på ingen måde behandlede spørgsmålet om, hvilke faktorer der bør tages i betragtning ved bestemmelsen af, om der foreligger prispres. Den nævnte dom er derfor irrelevant for spørgsmålet om, hvorvidt der burde være pålagt en symbolsk bøde. Endelig er dommen uforenelig med Domstolens praksis. At den blev ophævet af Bundesgerichtshof, bekræftede blot, hvad appellant burde have vidst. For det andet havde Kommissionen i sine kontakter med appellant gjort opmærksom på, hvorledes den stillede sig med hensyn til bestemte former for praksis. RegTP's udtalelser vedrørte ikke artikel 82 EF, og Kommissionen havde under alle omstændigheder oplyst i 1998 i meddelelsen om netadgang, at Fællesskabets konkurrenceret fandt anvendelse side om side med telekommunikationslovgivningen, og at traktatens konkurrencebestemmelser også omfattede praksis, der var blevet godkendt af nationale tilsynsmyndigheder. Endelig mener jeg, at det er tilstrækkeligt at pege på, at appellant i det foreliggende tilfælde, i modsætning til i Deutsche Post-sagen, ikke havde givet noget tilsagn med henblik på at undgå yderligere overtrædelser i fremtiden. Desuden har Kommissionen tilføjet, at appellant i det foreliggende tilfælde ikke havde lettet dens opgave som konkurrencemyndighed. Dette led af det tredje anbringende bør ligeledes forkastes som grundløst, og det tredje anbringende bør derfor forkastes i det hele. Det følger af det foregående som helhed, at appellen må forkastes.

32 — Jf. hvad dette angår dom af 2.10.2003, sag C-196/99 P, Ari-stain mod Kommissionen, Sml. I, s. 11005, præmis 76 ff.

IV — Forslag til afgørelse

75. På baggrund af det foranstående som helhed, foreslår jeg, at Domstolen:

- forkaster appellen
- pålægger Deutsche Telekom at bære sine egne omkostninger og at betale Kommissionens omkostninger
- pålægger Vodafone og Versatel at bære deres egne omkostninger.