



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

25. juli 2018*

»Appel – konkurrence – artikel 102 TEUF – misbrug af dominerende stilling – de polske engrosmarkeder for fast højhastighedsinternetadgang – nægtelse af at give adgang til netværket og levere engrosprodukter – forordning (EF) nr. 1/2003 – artikel 7, stk. 1 – artikel 23, stk. 2, litra a) – berettiget interesse i at fastslå en overtrædelse, der er ophørt – beregning af bøden – 2006-retningslinjerne for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 – grovhed – formildende omstændigheder – investeringer foretaget af den overtrædende virksomhed – legalitetskontrol – fuld prøvelsesret – ændring af begrundelsen«

I sag C-123/16 P,

angående en appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 27. februar 2016,

Orange Polska SA, Warszawa (Polen), ved avocat S. Hautbourg, adwokaci P. Paśnik og M. Modzelewska de Raad, barrister A. Howard og D. Beard, QC,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Europa-Kommissionen ved J. Szczodrowski, L. Malferrari og E. Gippini Fournier, som befuldmægtigede,

sagsøgt i første instans,

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji, Warszawa, ved advokat P. Litwiński,

European Competitive Telecommunications Association AISBL (ECTA), tidligere European Competitive Telecommunications Association, Bruxelles (Belgien), ved solicitors G.I. Moir og J. MacKenzie,

intervenienter i første instans,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Ilešič, og dommerne A. Rosas, C. Toader, A. Prechal og E. Jarašiūnas (refererende dommer),

generaladvokat: M. Wathelet,

* Processprog: engelsk.

justitssekretær: fuldmægtig L. Carrasco Marco,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 22. november 2017,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 21. februar 2018,

afsagt følgende

Dom

- 1 Orange Polska SA (herefter »Orange«) har med sit appelskrift nedlagt principal påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 17. december 2015, Orange Polska mod Kommissionen (T-486/11, herefter »den appellerede dom«, EU:T:2015:1002), hvorved Retten frifandt Kommissionen i det søgsmål, som Orange havde anlagt med principal påstand om annullation af Kommissionens afgørelse K(2011) 4378 endelig af 22. juni 2011 vedrørende en procedure i henhold til artikel 102 TEUF (sag COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska) (herefter »den omtvistede afgørelse«), samt om annullation af denne afgørelse.

Retsforskrifter

Forordning (EF) nr. 1/2003

- 2 2 11. betragtning til Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 101 TEUF og 102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1) har følgende ordlyd:

»For at [Europa-]Kommissionen kan sikre anvendelsen af traktatens bestemmelser, bør den ved beslutninger rettet til virksomheder eller virksomhedssammenslutninger kunne pålægge dem at bringe deres overtrædelser af [artikel 101 TEUF og 102 TEUF] til ophør. Når der foreligger en berettiget interesse heri, bør Kommissionen også kunne vedtage beslutninger, der fastslår en overtrædelse, efter at denne er ophørt, selv om der ved beslutningen ikke pålægges bøder. [...]«
- 3 Denne forordnings artikel 4, der er indeholdt i forordningens kapitel II med overskriften »Kompetence«, fastsætter, at »[m]ed hensyn til anvendelsen af [artikel 101 TEUF og 102 TEUF] har Kommissionen de i denne forordning fastsatte beføjelser«.
- 4 I denne forordnings kapitel III, der omhandler »[k]ommissionens beslutninger«, bestemmer forordningens artikel 7 med overskriften »Konstatering og standsning af overtrædelser« i stk. 1 følgende:

»Hvis Kommissionen på grundlag af en klage eller på eget initiativ konstaterer, at [artikel 101 TEUF eller 102 TEUF] er overtrådt, kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder eller virksomhedssammenslutninger at bringe den pågældende overtrædelse til ophør. I denne forbindelse kan den pålægge dem enhver forpligtelse af adfærdsregulerende eller strukturel karakter [...]. Når Kommissionen har en berettiget interesse deri, kan den endvidere fastslå, at der tidligere forelå en overtrædelse, som er bragt til ophør.«
- 5 Den nævnte forordnings artikel 16, der er indeholdt i forordningens kapitel IV vedrørende samarbejde, præciserer i stk. 1 bl.a., at »[n]år de nationale domstole i henhold til [artikel 101 TEUF eller 102 TEUF] træffer afgørelse om [...] praksis, som allerede er genstand for en kommissionsbeslutning, kan de ikke træffe afgørelser, der er i strid med den beslutning, som Kommissionen har truffet«.

- 6 Kapitel VI i forordning nr. 1/2003 angår sanktioner. I dette kapitel fastsætter forordningens artikel 23 med overskriften »Bøder« følgende:

»[...]

2. Kommissionen kan ved beslutning pålægge virksomheder og virksomhedssammenslutninger bøder, hvis de forsætligt eller uagtsomt:

- a) overtræder [artikel 101 TEUF eller 102 TEUF] [...]

[...]«

- 7 I den nævnte forordnings kapitel VII med overskriften »Forældelse« optræder forordningens artikel 25, der omhandler »[f]orældelsesfrister for pålæggelse af sanktioner«. Denne artikel bestemmer i stk. 1 og 2, følgende:

»1. Kommissionens beføjelse i henhold til artikel 23 og 24 forældes:

- a) efter tre år ved overtrædelse af bestemmelser om indhentning af oplysninger eller gennemførelse af kontrolundersøgelser
- b) efter fem år ved andre overtrædelser.

2. Forældelsesfristen regnes fra den dag, hvor overtrædelser er begået. Ved vedvarende eller gentagne overtrædelser regnes fristen dog først fra den dag, hvor overtrædelser er ophørt.«

- 8 Artikel 31 i forordning nr. 1/2003, der indgår i forordningens generelle bestemmelser, har følgende ordlyd:

»Domstolen har fuld prøvelsesret med hensyn til klager over beslutninger, hvorved Kommissionen fastsætter en bøde eller en tvangsbøde. Den kan ophæve, nedsætte eller forhøje den pågældende bøde eller tvangsbøde.«

Direktiv 2014/104/EU

- 9 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret (EUT 2014, L 349, s. 1) fastsætter i artikel 10 følgende:

»1. Medlemsstaterne fastsætter i overensstemmelse med denne artikel regler om forældelsesfrister for anlæggelse af erstatningssøgsmål. [...]

[...]

4. Medlemsstaterne sikrer, at en forældelsesfrist suspenderes eller, afhængigt af national ret, afbrydes, hvis en konkurrencemyndighed tager skridt til at undersøge eller forfølge den overtrædelse af konkurrenceretten, som erstatningssøgsmålet vedrører. Suspensionen ophører tidligst ét år, efter at afgørelsen om overtrædelse er blevet endelig, eller efter at sagen på anden måde er afsluttet.«

10 Dette direktivs artikel 18, stk. 3, bestemmer følgende:

»En konkurrencemyndighed kan betragte erstatning, der betales efter en mindelig tvistbilæggelse og inden beslutningen om at pålægge en bøde, som en formildende omstændighed.«

Retningslinjerne for beregning af bøder

11 Retningslinjerne for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 (EUT 2006, C 210, s. 2, herefter »2006-retningslinjerne«) præciserer i den del, der vedrører fastsættelsen af bødens grundbeløb, følgende:

»19. Bødens grundbeløb fastsættes på basis af en bestemt del af afsætningens værdi, som afhænger af overtrædelsens grovhed og multipliceres med det antal år, overtrædelsen har varet.

20. Overtrædelsens grovhed vurderes fra sag til sag for alle typer overtrædelser, idet der tages hensyn til alle relevante forhold i den enkelte sag.

21. Normalt vil den del af afsætningens værdi, der skal tages i betragtning, blive fastsat til et niveau, der kan udgøre op til 30%.

22. For at afgøre, om den del af afsætningens værdi, der skal tages i betragtning i en given sag, skal ligge i den nedre eller øvre del af denne skala, vil Kommissionen tage hensyn til en række faktorer, såsom overtrædelsens art, virksomhedernes samlede markedsandel, overtrædelsens geografiske udstrækning og spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen er blevet udmøntet i praksis eller ej.

[...]«

12 Disse retningslinjers punkt 29, der omhandler formildende omstændigheder, angiver, at »[b]ødens grundbeløb kan nedsættes, hvis Kommissionen fastslår, at der foreligger formildende omstændigheder«, og opstiller en liste med eksempler herpå.

Tvistens baggrund og den omtvistede afgørelse

13 Tvistens baggrund og den omtvistede afgørelse, således som de fremgår af den appellerede doms præmis 1-34, kan sammenfattes som følger:

14 Orange er retssuccessor til Telekomunikacja Polska SA (herefter ligeledes »Orange«), en telekommunikationsvirksomhed, der blev oprettet i Polen i 1991 efter privatiseringen af et tidligere statsmonopol.

15 Efter en kontrolundersøgelse, der blev gennemført fra den 23. til den 26. september 2008, vedtog Kommissionen den 26. februar 2010 en klagepunktsmeddelelse, som Orange besvarede den 2. juni 2010.

16 Kommissionen identificerede i den omtvistede afgørelse tre berørte produktmarkeder: Engrosmarkedet for bredbåndsinternetadgang, også kaldet »engrosmarkedet for BSA-adgang (*bitstream access* (højhastighedsadgang))«, engrosmarkedet for fysisk adgang til netværksinfrastrukturer på et fast sted, også kaldet »engrosmarkedet for LLU-adgang (*local loop unbundling* (ubundtet adgang til abonnentledninger))«, og massemarkedet på detailplan, dvs. markedet for de standardhøjhastighedsprodukter, der udbydes på et fast sted af telekommunikationsoperatører til deres egne slutbrugere. Det relevante geografiske marked blev defineret som værende hele det polske område.

- 17 I øvrigt anførte Kommissionen for det første, at den operatør, der af den nationale tilsynsmyndighed var blevet udpeget som en operatør med en stærk markedsposition på markedet for levering af faste offentlige telefonnet, i den foreliggende sag Orange, på tidspunktet for de omhandlede faktiske omstændigheder var forpligtet til at indrømme nyttilkomne virksomheder, benævnt »alternative operatører«, ubundet adgang til sine abonnentledninger og til de dermed forbundne tjenester på gennemsigtige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår, der var mindst lige så gunstige som de vilkår, der var fastsat i et referencetilbud, som den udpegede operatør havde fremsat, og som den nationale tilsynsmyndighed havde vedtaget i forlængelse af en procedure ved denne myndighed. Kommissionen angav tillige, at den nationale polske tilsynsmyndighed fra 2005 flere gange havde grebet ind med henblik på at afhjælpe Oranges manglende opfyldelse af selskabets forskriftsmæssige forpligtelser, herunder ved at pålægge dette selskab bøder.
- 18 For det andet anførte Kommissionen, at Orange den 22. oktober 2009 havde underskrevet en aftale med formanden for den daværende nationale polske tilsynsmyndighed, Urząd Komunikacji Elektronicznej (UKE) (kontoret for elektroniske kommunikationstjenester), hvorefter Orange frivilligt forpligtede sig til navnlig at overholde sine forskriftsmæssige forpligtelser, at indgå aftaler med de alternative operatører vedrørende adgang på vilkår, der var i overensstemmelse med de relevante referencetilbud, og at investere i modernisering af selskabets højhastighedsnet (herefter »aftalen med UKE«).
- 19 Med hensyn til den omhandlede overtrædelse fastslog Kommissionen, at Orange indtog en dominerende stilling på de produktmarkeder, der er identificeret i nærværende doms præmis 16.
- 20 Kommissionen fastslog, at Orange havde misbrugt sin dominerende stilling på disse to engrosmarkeder med det formål at beskytte sin position på dette detailmarked ved at udarbejde en strategi, som tilsigtede at begrænse konkurrencen på alle trin af processen for adgang til selskabets net. Denne strategi bestod i at tilbyde de alternative operatører urimelige betingelser i de aftaler, der vedrørte bredbåndsadgang og ubundet adgang til abonnentledninger, at forsinke forhandlingsprocessen vedrørende de aftaler, der vedrørte adgangen til disse samme produkter, at begrænse adgangen til Oranges net og til abonnentlinjerne samt at nægte at give de oplysninger, der for de alternative operatører var uundværlige for at træffe afgørelser om adgang.
- 21 I den omtvistede afgørelses artikel 1 konkluderede Kommissionen, at Orange ved at nægte de alternative operatører adgang til selskabets engroshøjhastighedsprodukter havde begået en samlet og vedvarende overtrædelse af artikel 102 TEUF, som var begyndt den 3. august 2005, hvilket var datoen for de første forhandlinger mellem Orange og en alternativ operatør om adgangen til Oranges net på grundlag af referencetilbuddet vedrørende ubundet adgang til abonnentledninger, og som havde varet mindst indtil den 22. oktober 2009, hvilket var datoen for underskrivelsen af aftalen med UKE.
- 22 Kommissionen pålagde Orange en sanktion ved i den omtvistede afgørelses artikel 2 at pålægge selskabet en bøde på 127 554 194 EUR, der var beregnet i henhold til 2006-retningslinjerne. Ved denne beregning fastsatte Kommissionen denne bødes grundbeløb ved at beregne 10% af gennemsnitsværdien af Oranges afsætning på de berørte markeder og ved at anvende en multiplikationsfaktor på 4,16 for at afspejle overtrædelsens varighed. Selv om Kommissionen besluttede ikke at tilpasse dette beløb på baggrund af skærpende eller formildende omstændigheder, trak den dog fra dette beløb de bøder, som UKE havde pålagt Orange for tilsidesættelse af selskabets forskriftsmæssige forpligtelser.

Sagen for Retten og den appellerede dom

- 23 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 2. september 2011 anlagde Orange sag med påstand principalt om annullation af den omtvistede afgørelse og subsidiært om annullation eller nedsættelse af den bøde, som selskabet var blevet pålagt ved denne afgørelse.

- 24 Ved kendelse af 7. november 2012 imødekom formanden for Rettens Første Afdeling den begæring, som Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (PIIT) (det polske kammer for informationsteknologier og telekommunikation) havde fremsat om at måtte intervenere i sagen til støtte for Oranges påstande.
- 25 Ved kendelse af 3. september 2013 imødekom formanden for Rettens Første Afdeling den begæring, som European Competitive Telecommunications Association (ECTA) – der sidenhen er blevet en international sammenslutning uden gevinst for øje – havde fremsat om at måtte intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande.
- 26 Til støtte for sit søgsmål fremsatte Orange fem anbringender. Det første anbringende blev fremsat til støtte for selskabets påstand om fuldstændig annullation af den omtvistede afgørelse, det andet og det tredje anbringende blev fremsat til støtte for selskabets påstand om annullation af den omtvistede afgørelses artikel 2, og det fjerde og det femte anbringende blev fremsat til støtte for selskabets påstand om ændring af den i denne artikel 2 pålagte bøde. Idet Retten vurderede, at disse to sidstnævnte anbringender tilsigtede, at der blev pålagt en sanktion for en retlig fejl, og at anbringenderne – såfremt det blev påvist, at der var grundlag herfor – kunne medføre en delvis annullation af den omtvistede afgørelse, omkvalificerede den disse anbringender som henhørende under Unionens retsinstansers legalitetskontrol og ikke under deres fulde prøvelsesret. Da Retten under sin legalitetskontrol af den omtvistede afgørelse havde forkastet alle disse fem anbringender som ugrundede, og da den i øvrigt havde fastslået, at der ikke var noget andet grundlag for en ændring af bødebeløbet, frifandt den Kommissionen i det hele.

Parternes påstande og retsforhandlingerne ved Domstolen

- 27 Orange har nedlagt følgende påstande:
- Den appellerede dom ophæves.
 - Den omtvistede afgørelse annulleres i det hele.
 - Subsidiært annulleres den omtvistede afgørelses artikel 2 i det hele.
 - Mere subsidiært nedsættes den bøde, der er blevet pålagt ved den omtvistede afgørelse, i det omfang Domstolen måtte finde det passende.
 - Endnu mere subsidiært hjemvises afgørelsen vedrørende bøden til Kommissionen.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 28 Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og om, at Orange tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 29 PIIT har nedlagt følgende påstande:
- Den appellerede dom ophæves.
 - Den omtvistede afgørelses artikel 2 annulleres.
 - Subsidiært nedsættes den bøde, der er blevet pålagt ved den omtvistede afgørelse, i det omfang Domstolen måtte finde det passende.
 - Mere subsidiært hjemvises afgørelsen vedrørende bøden til Kommissionen.

– Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne, herunder de af PIIT afholdte omkostninger.

- 30 ECTA har i det væsentlige nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og om, at Orange tilpligtes at betale Kommissionens og ECTA's omkostninger.
- 31 Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 2. marts 2017 er proceduren i den foreliggende sag blevet udsat i henhold til artikel 55, stk. 1, litra b), i Domstolens procesreglement indtil afsigelsen af dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632).

Appellen

- 32 Orange har til støtte for sin appel fremsat tre anbringender.

Det første anbringende om en retlig fejl med hensyn til Kommissionens forpligtelse til at påvise, at der består en berettiget interesse i at vedtage en afgørelse, hvorved det fastslås, at der tidligere er begået en overtrædelse

Parternes argumenter

- 33 Orange har anført, at den omhandlede overtrædelse ophørte mere end seks måneder før fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen og atten måneder før vedtagelsen af den omtvistede afgørelse. Der er således tale om en tidligere begået overtrædelse, og Kommissionen var derfor ifølge artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 forpligtet til at påvise en berettiget interesse i at fastslå denne overtrædelse, hvilket den imidlertid undlod at gøre.
- 34 Retten fastslog i denne henseende i den appellerede doms præmis 76, at Kommissionen i medfør af denne bestemmelse er forpligtet til at godtgøre, at der foreligger en berettiget interesse i at vedtage en afgørelse, der fastslår en overtrædelse, såfremt overtrædelsen på det pågældende tidspunkt er ophørt, og Kommissionen ikke har pålagt en bøde. Imidlertid begrænsede Retten i denne doms præmis 77 rækkevidden af denne forpligtelse til alene det tilfælde, hvor Kommissionens beføjelse til at pålægge bøder er forældet. Herved begik den en retlig fejl ved fortolkningen og anvendelsen af denne bestemmelse.
- 35 Først og fremmest kan denne fortolkning ikke udledes af den utvetydige ordlyd af artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003. Såvel 11. betragtning til forordning nr. 1/2003 som forarbejderne til denne forordning og Kommissionens administrative praksis bekræfter, at denne institutions forpligtelse til at godtgøre, at der foreligger en berettiget interesse i at fastslå en tidligere begået overtrædelse, består uafhængigt af pålæggelsen af en bøde. Desuden er det alene denne artikel 7, stk. 1, der tillægger Kommissionen en beføjelse til at fastslå en overtrædelse af artikel 101 TEUF eller 102 TEUF.
- 36 Dernæst er der intet, som kan begrunde, at bestemmelserne i artikel 7 i forordning nr. 1/2003 gøres betinget af, at Kommissionen er beføjet til at pålægge bøder. Denne forordnings artikel 23, stk. 2, henviser til overtrædelser, der nødvendigvis allerede er fastslået, og denne bestemmelse er uden betydning for de omstændigheder, hvorunder en overtrædelse kan fastslås i henhold til denne artikel 7. Denne fortolkning understøttes af, at Kommissionens beføjelse til at fastslå en overtrædelse ikke er undergivet nogen forældelsesfrist, og at denne beføjelse er tillagt Kommissionen i en anden del af forordning nr. 1/2003 end dén, der giver denne institution beføjelse til at pålægge bøder. Det fremgår heller ikke af retspraksis, at det er en forhåndsbetingelse for forpligtelsen til at påvise en berettiget interesse, at det er umuligt at pålægge en bøde.

- 37 Endelig har Orange gjort gældende, at det for det første følger af artikel 16 i forordning nr. 1/2003, at Kommissionens konstatering af, at der tidligere er begået en overtrædelse, inden for rammerne af erstatningssøgsmål, godtgør den pågældende virksomheds ansvar. For det andet vil en sådan konstatering – selv uden en bødepålæggelse – kunne medføre skade for denne virksomhed på grund af dens opsættende virkning for de forældelsesfrister, der gælder for erstatningssøgsmål, og som er fastsat i artikel 10, stk. 4, i direktiv 2014/104. Disse forhold taler for, at Kommissionen er forpligtet til i enhver afgørelse, hvorved det fastslås, at der tidligere er begået en overtrædelse, som en virksomhed frivilligt har bragt til ophør, at redegøre for grundene til dens berettigede interesse i at forfølge en sådan overtrædelse.
- 38 Eftersom det første appelanbringende vedrører den appellerede doms præmis 74-80 og ikke blot dennes præmis 77, er dette anbringende i øvrigt ikke uvirksomt, som Kommissionen med urette har hævdet.
- 39 Kommissionen har gjort gældende, at dette anbringende er ugrundet. Det er under alle omstændigheder uvirksomt, da det alene vedrører den appellerede doms præmis 77, selv om den begrundelse, der er givet i denne doms præmis 76, er tilstrækkelig til at understøtte de konklusioner, der er formuleret i dommens præmis 78 og 79. Det af Orange i replikken fremførte argument om, at dette første appelanbringende reelt omhandler den appellerede doms præmis 74-80 eller i det mindste denne doms præmis 74-76 og 80, skal afvises efter procesreglementets artikel 169, stk. 2, idet disse præmisser ikke er blevet identificeret i appelskriftet.
- 40 ECTA har gjort gældende, at det nævnte anbringende er ugrundet, eftersom Kommissionens beføjelse til at pålægge bøder, uanset om overtrædelsen er ophørt eller ej, følger af artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003. Denne bestemmelse underlægger ikke denne beføjelse nogen betingelse, udover forpligtelsen til at bevise forsæt eller uagtsomhed. Det er følgelig med urette, at Orange har påberåbt sig denne forordnings artikel 7, stk. 1.

Domstolens bemærkninger

- 41 Eftersom Kommissionen har gjort gældende, at det første appelanbringende er uvirksomt, idet det kun er rettet mod den appellerede doms præmis 77, skal det indledningsvis fastslås, at alene den appellerede doms præmis 76 og 77 er eksplicit nævnt i appelskriftet, og at det ganske vist alene er denne præmis 77, der fremstår udtrykkeligt kritiseret.
- 42 Det fremgår dog klart af den argumentation, som Orange har fremført i dette appelskrift, at denne virksomhed anfægter den af Retten foretagne fortolkning af artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, hvorefter denne bestemmelse ikke pålagde Kommissionen i den omtvistede afgørelse at påvise, at der bestod en berettiget interesse i at fastslå den omhandlede overtrædelse, selv om denne overtrædelse allerede var ophørt, da denne afgørelse blev vedtaget, idet Kommissionens beføjelse til at pålægge en bøde ikke var forældet. Det er imidlertid åbenbart, at denne fortolkning kun fremgår af en kombineret læsning af præmis 76 og 77, således at appelskriftet klart tager sigte mod disse to præmisser.
- 43 Endvidere udgør de nævnte præmisser de væsentlige begrundelser til støtte for de konklusioner, som Retten redegjorde for i den appellerede doms præmis 78-80, idet denne doms præmis 74 og 75 – der er de eneste andre præmisser i dommen, der viser Rettens ræsonnement angående det første anbringende, der blev fremsat for denne – begrænser sig til at henvise til ordlyden af henholdsvis artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 og et uddrag af begrundelsen for forslaget til Rådets forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i [...] artikel 81 og 82 [EF] og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87 (KOM(2000) 582 endelig) (gennemførelsesforordning til [...] artikel 81 og 82 [EF]) (EFT 2000, C 365

E, s. 284, herefter »det forslag, der førte til vedtagelsen af forordning nr. 1/2003«). I relation til det første appelanbringende var det derfor ikke relevant udtrykkeligt at anføre præmis 74 og 75, eftersom rigtigheden af citaterne i dette appelanbringende ikke bestrides.

- 44 Under disse omstændigheder omfatter anfægtelsen af den appellerede doms præmis 76 og 77 nødvendigvis de konklusioner, der er indeholdt i denne doms præmis 78-80. Følgelig kan dette første anbringende ikke uden videre forkastes som værende uvirksomt med henvisning til, at det alene vedrører denne doms præmis 77.
- 45 Da Kommissionen i øvrigt har bestridt, at den argumentation, som Orange har fremført i replikken, kan antages til realitetsbehandling, idet dette selskab for sent har gjort gældende, at det første appelanbringende omfatter hele det ræsonnement fra Retten, der førte til forkastelsen af det første anbringende, der blev fremsat for denne, skal det bemærkes, at appelskriftet – som fastslået i nærværende doms præmis 42-44 – med den krævede præcision identificerer de punkter i præmisserne i den appellerede dom, der anfægtes inden for rammerne af dette første appelanbringende. Denne formalitetsindsigelse har derfor ikke støtte i de faktiske omstændigheder og skal følgelig forkastes.
- 46 Hvad angår sagens realitet skal det bemærkes, at artikel 7, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 1/2003 bestemmer, at Kommissionen, hvis den på grundlag af en klage eller på eget initiativ konstaterer, at artikel 101 TEUF eller 102 TEUF er overtrådt, ved en beslutning kan pålægge de deltagende virksomheder eller virksomhedssammenslutninger at bringe den pågældende overtrædelse til ophør. Forordningens artikel 7, stk. 1, sidste punktum, fastsætter desuden, at Kommissionen, når den har en berettiget interesse deri, endvidere kan fastslå, at der tidligere forelå en overtrædelse, som er bragt til ophør.
- 47 Som det fremgår af begrundelsen for det forslag, der førte til vedtagelsen af forordning nr. 1/2003, og hvis relevante passage Retten citerede i den appellerede doms præmis 75, er sidste punktum i denne artikel 7, stk. 1 – som svarer til det tilsvarende sidste punktum, der figurerede i dette forslag – et udtryk for den lære, som kan udledes af dom af 2. marts 1983, GVL mod Kommissionen (7/82, EU:C:1983:52).
- 48 I denne dom udtalte Domstolen sig om rækkevidden af bestemmelserne i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i [...] [artikel 81 EF og 82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81), og navnlig denne forordnings artikel 3, der i sit stk. 1 – hvis ordlyd i det væsentlige er blevet gentaget i artikel 7, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 1/2003 – alene bestemte, at »[k]onstaterer Kommissionen efter begæring eller på eget initiativ, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i [...] artikel [81 EF eller 82 EF], kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør«. Som det fremgår af den nævnte doms præmis 18, havde sagsøgeren i den sag, der lå til grund for denne dom, og hvori Kommissionen ikke havde pålagt nogen bøder, især anført, at denne artikel 3 ikke gav Kommissionen beføjelse til at vedtage en beslutning, hvorved det alene tilsigtedes at konstatere en tidligere overtrædelse.
- 49 Domstolen bemærkede i denne forbindelse, at bestemmelserne i forordning nr. 17 skulle fortolkes inden for rammerne af de ved EØF-traktaten fastsatte konkurrenceregler, og at denne forordning havde til formål at sikre virksomhedernes overholdelse af disse regler og med henblik herpå bemyndige Kommissionen til at tvinge virksomhederne til at bringe konstaterede overtrædelser til ophør og i tilfælde af overtrædelser pålægge bøder og tvangsbøder. Domstolen fastslog, at beføjelsen til at træffe beslutninger herom nødvendigvis omfatter beføjelsen til at konstatere den pågældende overtrædelse (jf. i denne retning dom af 2.3.1983, GVL mod Kommissionen, 7/82, EU:C:1983:52, præmis 18, 22 og 23).

- 50 Domstolen fandt derfor, at det relevante spørgsmål i den sag, der var blevet anlagt ved den, reelt ikke var, om Kommissionen havde kompetence til ved beslutning at konstatere en overtrædelse af konkurrencereglerne, men om Kommissionen i denne sag – på trods af at der ikke var blevet pålagt nogen bøde – havde en legitim interesse i at træffe en beslutning, hvorved der konstateredes en overtrædelse, som den pågældende virksomhed allerede havde bragt til ophør (dom af 2.3.1983, GVL mod Kommissionen, 7/82, EU:C:1983:52, præmis 24). Domstolen fastslog, at Kommissionen i den pågældende sag i tilstrækkelig grad havde godtgjort denne interesse i den omhandlede beslutning (jf. i denne retning dom af 2.3.1983, GVL mod Kommissionen, 7/82, EU:C:1983:52, præmis 25-28).
- 51 Det var på baggrund af disse omstændigheder uden at begå nogen retlig fejl, at Retten i den appellerede doms præmis 76 kunne udlede, dels af ordlyden af artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, dels af begrundelsen for det forslag, der førte til vedtagelsen af forordning nr. 1/2003, »at det påhviler Kommissionen at godtgøre, at der foreligger en berettiget interesse i at fastslå en tidligere overtrædelse, såfremt overtrædelsen på det pågældende tidspunkt er ophørt, og Kommissionen ikke har pålagt en bøde«.
- 52 Dernæst udtalte Retten i den appellerede doms præmis 77, at den konklusion, som den havde angivet i denne præmis 76, var »i overensstemmelse med den praksis fra Retten, [...] som i det væsentlige anerkender, at der foreligger en forbindelse mellem på den ene side den pligt, der er pålagt Kommissionen til at godtgøre, at der foreligger en berettiget interesse i at fastslå en overtrædelse, og på den anden side forældelsen af dens beføjelse til at pålægge bøder«, idet Retten i denne forbindelse bemærkede, at den havde »fastslået, at forældelse af Kommissionens beføjelse til at pålægge bøder ikke kunne påvirke dens forudsatte beføjelse til at konstatere overtrædelsen«, men at »udøvelsen af denne forudsatte beføjelse til at vedtage en beslutning, hvorved en overtrædelse konstateres efter forældelsesfristens udløb, [imidlertid forudsætter], at Kommissionen godtgør, at der foreligger en berettiget interesse i at skride til en sådan konstatering«, idet Retten i denne forbindelse henviste til to af sine tidligere domme.
- 53 Heraf udledte Retten for det første i den appellerede doms præmis 78, at »den fortolkning af artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, som [Orange] har gjort gældende, hvorefter Kommissionen skal godtgøre, at der foreligger en berettiget interesse i at fastslå en tidligere overtrædelse på trods af den omstændighed, at den sanktionerer denne overtrædelse med en bøde, er fejlagtig«, og Retten forkastede følgelig det første argument, som var fremført for den, og hvormed det gjordes gældende, at Kommissionen havde tilsidesat sin begrundelsespligt med hensyn til forekomsten af en sådan berettiget interesse.
- 54 Heraf udledte Retten for det andet i den appellerede doms præmis 79, at »for så vidt som det i det foreliggende tilfælde er ubestridt, at Kommissionens beføjelse til at pålægge bøder ikke var forældet, og at Kommissionen besluttede at pålægge [Orange] en bøde, var det med urette, at [Orange] foreholdt Kommissionen at have begået en retlig fejl, for så vidt som den ikke i den [omtvistede] afgørelse godtgjorde, at der forelå en berettiget interesse i at fastslå en tidligere begået overtrædelse«. Retten forkastede følgelig ligeledes det andet argument under det første anbringende, der var fremsat for den, samt – i denne doms præmis 80 – dette første anbringende i sin helhed og Oranges påstand om annullation af den omtvistede afgørelse i sin helhed.
- 55 Orange har med sit første appelanbringende i det væsentlige gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 77 opstillede en begrænsning – der tilmed var forkert – i den konstatering, der var foretaget i denne doms præmis 76, derved at det fremgår af denne præmis 77, at det kun er i tilfælde af, at de to betingelser, der er angivet i denne præmis 76, er kumulativt opfyldt, at Kommissionen er forpligtet til at godtgøre, at der består en berettiget interesse i at fastslå en overtrædelse, til trods for at en sådan fortolkning ikke kan udledes af ordlyden af artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003. De betragtninger, som Retten fremførte i den appellerede doms præmis 77, er desuden ikke tilstrækkelige til at kunne danne grundlag for at forkaste det anbringende, hvormed Orange gjorde gældende, at det følger af artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, at Kommissionen,

når den vedtager en afgørelse om konstatering af en tidligere begået overtrædelse, skal godtgøre, at der består en berettiget interesse i at gøre dette, uafhængigt af, hvorvidt Kommissionen ved sin afgørelse pålægger en bøde eller ej.

- 56 Denne kritik af den appellerede dom skal forkastes. Retten begrænsede således ikke med de betragtninger, som den fremførte i den appellerede doms præmis 77, rækkevidden af den konklusion, som den var nået til i dommens præmis 76, eftersom det allerede fremgår klart af denne præmis 76 alene, at anvendeligheden af artikel 7, stk. 1, sidste punktum, i forordning nr. 1/2003 forudsætter, at de to kumulative betingelser, der er angivet i denne præmis 76, er opfyldt, men forklarede og tydeliggjorde udelukkende, at denne konklusion i øvrigt var i overensstemmelse med Rettens egen praksis vedrørende Kommissionens forpligtelse til at godtgøre, at der består en berettiget interesse i at fastslå en overtrædelse, når forældelsesfristen for at pålægge en bøde er udløbet.
- 57 Disse betragtninger var desuden tilstrækkelige til at forkaste det for Retten fremsatte anbringende, eftersom de i det væsentlige henviser til Kommissionens forudsatte beføjelse til at konstatere overtrædelsen, som følger af denne institutions udtrykkelige beføjelse til at pålægge bøder. Det følger således af artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003, at Kommissionen ved beslutning kan pålægge virksomheder og virksomhedssammenslutninger bøder, hvis de forsætligt eller uagtsomt overtræder artikel 101 TEUF eller 102 TEUF. Som påpeget i nærværende doms præmis 49 har Domstolen imidlertid allerede fastslået, at Kommissionens beføjelse til at pålægge bøder i tilfælde af overtrædelser og til at træffe beslutninger herom nødvendigvis omfatter beføjelsen til at konstatere den pågældende overtrædelse (jf. i denne retning dom af 2.3.1983, GVL mod Kommissionen, 7/82, EU:C:1983:52, præmis 23). Domstolen har ligeledes allerede fastslået, at Kommissionens beføjelse til at pålægge sanktioner i henhold til artikel 15 i forordning nr. 17 – som artikel 23 i forordning nr. 1/2003 i det væsentlige svarer til – ikke berøres af det forhold, at den adfærd, der udgør overtrædelsen, er ophørt (dom af 15.7.1970, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, 41/69, EU:C:1970:71, præmis 175).
- 58 Det følger af det ovenstående, at Kommissionens udøvelse af sin beføjelse til at pålægge en bøde giver denne institution en forudsat beføjelse til at konstatere overtrædelsen, uden at Kommissionen er forpligtet til at påvise en berettiget interesse for at foretage denne konstatering, herunder når der er tale om en tidligere begået overtrædelse.
- 59 Det kan tillige bemærkes, at det følger af artikel 7, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 1/2003, at Kommissionen, hvis den konstaterer, at artikel 101 TEUF eller 102 TEUF er overtrådt, ved en beslutning kan pålægge de deltagende virksomheder eller virksomhedssammenslutninger at bringe den pågældende overtrædelse til ophør. Kommissionens udøvelse af sin beføjelse efter denne bestemmelse til at kræve overtrædelsen bragt til ophør – hvilken beføjelse Kommissionen i øvrigt udøvede i den omtvistede afgørelses artikel 3, for så vidt som dette ophør ikke allerede var sket, og hvilken beføjelse Orange ikke har bestridt – omfatter derfor nødvendigvis beføjelsen til at konstatere denne overtrædelse og indebærer følgelig heller ikke en forpligtelse for Kommissionen til at godtgøre, at der består en berettiget interesse i at gøre dette (jf. i denne retning dom af 2.3.1983, GVL mod Kommissionen, 7/82, EU:C:1983:52, præmis 22-24).
- 60 Da Kommissionen i den foreliggende sag pålagde Orange en bøde for at have overtrådt artikel 102 TEUF, da det er ubestridt, at denne beføjelse ikke var forældet, og da Kommissionen i den omtvistede afgørelses artikel 3 krævede overtrædelsen bragt til ophør, medmindre dette ophør allerede var sket, kunne Kommissionen, som Retten i det væsentlige fastslog i den appellerede doms præmis 79 og 80, såvel efter artikel 7, stk. 1, som efter artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 – idet den omtvistede afgørelse vedrørte disse to bestemmelser – således med rette konstatere den omhandlede overtrædelse uden i den omtvistede afgørelse specifikt at skulle godtgøre, at der bestod en berettiget interesse i at konstatere denne overtrædelse.
- 61 Den argumentation fra Orange, der er gennemgået i nærværende doms præmis 34-36, kan følgelig ikke tiltrædes.

- 62 For så vidt som Orange med sin argumentation, der er gennemgået i nærværende doms præmis 37, har gjort gældende, at det, henset til de konsekvenser, der er knyttet til en afgørelse fra Kommissionen om konstatering af en overtrædelse af artikel 101 TEUF eller 102 TEUF, under alle omstændigheder bør pålægges denne institution i en sådan afgørelse at godtgøre, at der består en berettiget interesse i at foretage denne konstatering, skal det endelig anføres, at sådanne generelle udsagn ikke er tilstrækkelige til at påvise, at de bedømmelser, som Retten foretog i den appellerede doms præmis 76-80, er urigtige.
- 63 På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger skal det første appelanbringende forkastes i sin helhed.

Det andet anbringende om retlige fejl og fejlskøn ved Kommissionens vurdering af overtrædelsens indvirkning med henblik på bødeberegningen

Parternes argumenter

- 64 Orange har gjort gældende, at Retten foretog en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelse ved at fastslå, at Kommissionen ved vurderingen af overtrædelsens grovhed med henblik på beregningen af bødens grundbeløb hverken havde taget hensyn til de reelle virkninger eller de sandsynlige virkninger af overtrædelsen og ved følgelig at afvise at undersøge selskabets argumentation om, at Kommissionen ikke havde fremlagt konkrete, troværdige og tilstrækkelige indicier for disse reelle og/eller sandsynlige virkninger.
- 65 Rettens første fejl består således i denne urigtige gengivelse. For det første fremgår det af sidste punktum i 902. betragtning til den omtvistede afgørelse, at Kommissionen støttede sig på overtrædelsens reelle virkninger ved bødeberegningen, hvilket denne institution bekræftede for Retten ved at anerkende, at formuleringen af denne betragtning udgjorde en »materiel fejl«, idet betragtningen vedrørte overtrædelsens reelle virkninger. I den appellerede doms præmis 169 udtalte Retten imidlertid, at den nævnte betragtning kun kunne læses som en generel og abstrakt henvisning til overtrædelsens art, hvilket var i strid med den klare betydning af den i denne betragtning benyttede ordlyd, som specifikt omhandler de virkninger for konkurrencen, der er opstået som følge af Oranges konkrete adfærd på markedet, hvilket bekræftes af benyttelsen af et udsagnsord i datid. I den appellerede doms præmis 182 henviste Retten i øvrigt til begivenheder, der reelt har fundet sted, ved bl.a. at henvise til den nævnte 902. betragtning.
- 66 For det andet og under alle omstændigheder foretog Retten en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelse ved at anføre, at Kommissionen ikke havde taget højde for de sandsynlige virkninger af overtrædelsen. I 902. betragtning til den omtvistede afgørelse tog Kommissionen således i det mindste højde for disse virkninger med henblik på bødeberegningen, hvilket denne institution i øvrigt også anerkendte i sine skriftlige indlæg for Retten. Retten fastslog imidlertid urigtigt, at dét at tage højde for overtrædelsens art ikke var ensbetydende med at tage hensyn til de sandsynlige virkninger af overtrædelsen. De sandsynlige virkninger af den omhandlede adfærd er imidlertid – ligesom de reelle virkninger af adfærden – væsentlige indikatorer for overtrædelsens art og følgelig for dens grovhed, hvilken ikke kan vurderes abstrakt. Retten var derfor forpligtet til at efterprøve, hvorvidt konstateringen af disse sandsynlige virkninger var berettiget.
- 67 Eftersom Retten ikke undersøgte den omtvistede afgørelse korrekt, var dens analyse af bødens forholdsmæssighed forkert. En bøde kan således ikke anses for at være forholdsmæssig, hvis de forhold, der har været bestemmende for dens størrelse, og som er beskrevet i den pågældende afgørelse, ikke er korrekt undersøgt.

- 68 Rettens anden fejl består i en retlig fejl og en tilsidesættelse af princippet om effektiv domstolsbeskyttelse, idet denne undlod at vurdere, om de virkninger af overtrædelsen, der var blevet taget hensyn til ved bødeberegningen, var blevet korrekt godtgjort af Kommissionen. Eftersom Kommissionen ved bødeberegningen – i modsætning til, hvad Retten fastslog ved at foretage en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelse – havde støttet sig på de reelle virkninger af overtrædelsen, burde Retten ifølge Orange for det første have efterprøvet, hvorvidt den omtvistede afgørelse indeholdt konkrete, troværdige og tilstrækkelige indicier for disse reelle virkninger, frem for i den appellerede doms præmis 171-173 at forkaste den argumentation, som denne virksomhed i denne forbindelse havde fremført, som værende i det væsentlige uvirksom.
- 69 For det andet og under alle omstændigheder undlod Retten med urette at udøve den domstolskontrol, som påhvilede denne med hensyn til beviset for de sandsynlige virkninger af overtrædelsen, der var blevet taget hensyn til ved bødeberegningen. Orange forelagde i denne forbindelse Retten oplysninger, der godtgjorde, at Kommissionens fremgangsmåde med hensyn til, om der bestod en årsagsforbindelse mellem selskabets adfærd og de hævdede sandsynlige virkninger på markederne, var fejlagtig. Retten tog således ikke hensyn til disse oplysninger, der vedrørte udbredelsen af højhastighedstjenester i Polen, Kommissionens anvendelse af fejlagtige formodninger og metodikker, mobiltelefoners indvirkning på udbredelsen af højhastighedstjenester i Polen, den nationale polske tilsynsmyndigheds forsinkede indgivelse af et referencetilbud og højhastighedstjenesternes udviklingsrytme.
- 70 Orange har desuden anført, at det følger af dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632), at såfremt Kommissionen i en afgørelse om konstatering af et misbrug af dominerende stilling gennemfører en analyse af den pågældende adfærds udelukkelsesevne eller af denne adfærds egnethed til at forvolde skade på konkurrencen og forbrugerne, er Retten forpligtet til at undersøge alle de argumenter og beviser fra sagsøgeren, der tilsigter at anfægte rigtigheden af denne analyse. Denne lære, der angår bedømmelsen af en given adfærds egnethed til at begrænse konkurrencen, bør anvendes analogt på bedømmelsen af en overtrædelses art og grovhed med henblik på bødeberegningen, eftersom en overtrædelses art og grovhed for en stor del afhænger af den pågældende adfærds udelukkelsesevne.
- 71 Kommissionen har gjort gældende, at det andet appelanbringende bør forkastes i sin helhed. Det bør afvises fra realitetsbehandling, da Orange søger at opnå en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder fra Domstolen, da det heller ikke opfylder de i retspraksis fastsatte kriterier om fordrejning, og da det under alle omstændigheder er ugrundet såvel som uvirksomt. Dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632), er uden relevans for den foreliggende sag.
- 72 PIIT har i lighed med Orange anført, at det fremgår af den omtvistede afgørelse, at Kommissionen støttede sig på de reelle virkninger af denne virksomheds adfærd, og at denne institution i det mindste rent faktisk gennemførte en analyse af adfærdens sandsynlige virkninger. De i den omtvistede afgørelse gennemgåede betragtninger om virkningerne – nærmere bestemt spørgsmålet om, hvorvidt der forelå væsentlige fastlåsningsvirkninger og en omfattende skade for de polske forbrugere af højhastighedstjenester med hensyn til konkurrencepresset fra leverandørerne af højhastighedstjenester, samt analysen det polske højhastighedsmarked – er endvidere fejlagtige eller behæftede med selvmodsigelser, således som det fremgår af det for Retten fremlagte bevismateriale. Disse fejl forvanskede den analyse af overtrædelsens grovhed, som Kommissionen gennemførte.
- 73 ECTA har i lighed med Kommissionen gjort gældende, at Retten ikke foretog en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelse, da den konkluderede, at der ikke var blevet taget hensyn til de reelle eller sandsynlige virkninger af overtrædelsen med henblik på fastsættelsen af grundbeløbet for den Orange pålagte bøde. Det er derfor overflødigt at behandle spørgsmålet om, hvorvidt det var med urette, at Retten undlod at vurdere, om den omtvistede afgørelse indeholdt konkrete, troværdige og

tilstrækkelige indicier for, at der forelå sådanne virkninger. Dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632), rummer ikke noget element, som er relevant for analysen af det andet appelanbringende.

Domstolens bemærkninger

- 74 Det skal bemærkes, at Orange med dette andet anbringendes første led søger at godtgøre den forudsætning, som anbringendets andet led hviler på, dvs. den forudsætning, hvorefter det var på grundlag af en urigtig gengivelse af sidste punktum i 902. betragtning til den omtvistede afgørelse, der blev foretaget i den appellerede doms præmis 169, at Retten kunne fastslå, at Kommissionen hverken havde taget hensyn til de reelle virkninger eller de sandsynlige virkninger af den pågældende overtrædelse ved sin vurdering af dennes grovhed med henblik på bødeberegningen.
- 75 Ifølge Domstolens faste praksis skal en urigtig gengivelse af omstændighederne fremgå på åbenbar vis af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne (dom af 6.4.2006, General Motors mod Kommissionen, C-551/03 P, EU:C:2006:229, præmis 54, og af 19.4.2012, Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 27).
- 76 I den foreliggende sag udtalte Retten i den appellerede doms præmis 169, at »[d]en begrundelse, som Kommissionen gav i 899.-906. betragtning til den [omtvistede] afgørelse, efterlader ingen tvivl med hensyn til de oplysninger, som Kommissionen støttede sin bedømmelse af overtrædelsens grovhed på, og som er som følger: overtrædelsens art, dens geografiske udstrækning, [Oranges] markedsandele og det forhold, at overtrædelsen var blevet udmøntet i praksis«, at »[i] modsætning til det af [Orange] og PIIT hævdede, påstod Kommissionen ikke i 902. betragtning til den [omtvistede] afgørelse, og det kan heller ikke på nogen måde udledes af denne betragtning, læst i lyset af hele begrundelsen vedrørende overtrædelsens grovhed, at den tog hensyn til de reelle virkninger af overtrædelsen på markedet og forbrugerne ved fastlæggelsen i forhold til denne [grovhed] af den andel af værdien af afsætningen, der skulle lægges til grund ved fastlæggelsen af bødens grundbeløb«, og at »[n]ærmere bestemt kan den sætning, som [Orange] har henvist til, kun læses som en generel og abstrakt henvisning til overtrædelsens art og til den omstændighed, at denne, for så vidt som den var forsætlig og havde til formål at eliminere konkurrencen på detailmarkedet eller forsinke udviklingen på markedet, var i stand til at påvirke konkurrencen og forbrugerne på negativ vis«.
- 77 I denne forbindelse udtalte Retten desuden i den appellerede doms præmis 170, at til forskel fra de konstateringer, der blev foretaget i første og andet punktum i denne 902. betragtning, indeholder denne betragtnings sidste punktum »ingen henvisning til [den del af] den [omtvistede] afgørelse[...] [...], hvori Kommissionen kommenterer overtrædelsens mulige virkninger«. Heraf udledte Retten i denne doms præmis 171, at »Kommissionen ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed hverken tog hensyn til de reelle virkninger af den af [Orange] begåede overtrædelse på de berørte markeder eller de mulige virkninger af denne overtrædelse«.
- 78 Retten støttede denne læsning af den omtvistede afgørelse på de konstateringer, som den foretog i den appellerede doms præmis 166-168, der angik indholdet af de øvrige relevante betragtninger til denne afgørelse. I den appellerede doms præmis 166 udtalte Retten således indledningsvis, »at Kommissionens bedømmelse af overtrædelsens grovhed i 899.-908. betragtning til den [omtvistede] afgørelse er opdelt i fire dele, hvoraf de første [tre dele] vedrører overtrædelsens karakter, markedsandelene og overtrædelsens geografiske udstrækning, og den fjerde del er et sammendrag«, og at »Kommissionen [i dette sammendrag, i 906. betragtning til denne afgørelse], ved at fastlægge den del af værdien af afsætningen, der skulle lægges til grund ved fastlæggelsen af bødens grundbeløb, [anførte], at den havde taget hensyn til bl.a. overtrædelsens art, dens geografiske udstrækning, markedsandelene samt den omstændighed, at overtrædelsen var blevet udmøntet i praksis«.

- 79 Retten udtalte dernæst i den appellerede doms præmis 167, at »[d]en passus, der er anfægtet af [Orange], findes i 902. betragtning til den [omtvistede] afgørelse, som figurerer i den del, der vedrører bedømmelsen af overtrædelsens [art]«, at »Kommissionen [i denne del af den nævnte afgørelse anførte], at et misbrug af dominerende stilling i form af den nægtelse af at levere en ydelse, som er foreholdt [Orange], er blevet erklæret retsstridig ved adskillige lejligheder såvel af Kommissionen [...] som af Unionens retsinstanser«, idet Retten i denne henseende henviste til 899. betragtning til denne afgørelse, at »[Kommissionen] anførte, at markedet for de omhandlede produkter var af væsentlig økonomisk betydning, og at det spiller en afgørende rolle i opbygningen af et informationssamfund, eftersom bredbåndstilslutninger er et forhold, der betinger levering af forskellige digitale tjenester til slutbrugerne«, idet Retten i denne henseende henviste til 900. betragtning til denne afgørelse, og at »Kommissionen [...] ligeledes [tog] hensyn til den omstændighed, at [Orange] var eneste ejer af det nationale telekommunikationsnet, og at de alternative operatører, som ønskede at levere tjenester på grundlag af DSL-teknologi, var fuldstændigt afhængige af [Orange]«, idet Retten i denne henseende henviste til 901. betragtning til samme afgørelse.
- 80 Endelig udtalte Retten i den appellerede doms præmis 168, at »Kommissionen i 902. betragtning til den [omtvistede] afgørelse [anførte, at] »[t]ilsvarende og som beskrevet i [punkt] VIII.1 regnes [Oranges] adfærd blandt de former for misbrug, der har til formål at eliminere konkurrencen på detailmarkedet eller i det mindste forsinke nye virksomheders tilstedeværelse på markedet eller udviklingen af dette marked«, at »[e]ndvidere og som allerede anført i 892. betragtning [til den omtvistede afgørelse] var [Orange] vidende om den omstændighed, at selskabets adfærd var ulovlig«, og at »[d]enne har en negativ indvirkning på konkurrencen og forbrugerne, som oplever en prisstigning og en reduktion af valgmuligheder og innovative produkter««.
- 81 Det var derfor på grundlag af en samlet læsning af de betragtninger til den omtvistede afgørelse, der angår overtrædelsens art, at Retten i den appellerede doms præmis 169 støttede sin vurdering – som Orange har anfægtet under det andet appelanbringendes første led med den begrundelse, at denne vurdering indebærer en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelse – om, at sidste punktum i 902. betragtning til den omtvistede afgørelse »kun [kan] læses som en generel og abstrakt henvisning til overtrædelsens art og til den omstændighed, at denne, for så vidt som den var forsætlig og havde til formål at eliminere konkurrencen på detailmarkedet eller forsinke udviklingen på markedet, var i stand til at påvirke konkurrencen og forbrugerne på negativ vis«, og efterfølgende sin konklusion i denne doms præmis 171 om, at der hverken var tale om en henvisning til overtrædelsens reelle virkninger på de berørte markeder eller til overtrædelsens sandsynlige virkninger.
- 82 For det første er Rettens citat i den appellerede doms præmis 168 af 902. betragtning til den omtvistede afgørelse nøjagtigt. For det andet har Orange ikke hævdet, at Retten foretog en urigtig gengivelse af 899.-901. eller 906. betragtning til denne afgørelse. For det tredje kunne de i disse betragtninger anførte oplysninger utvivlsomt danne grundlag for den læsning af det nævnte sidste punktum, der skete i den appellerede doms præmis 169, og dette så meget desto mere som at det, således som det især fremgår af den appellerede doms præmis 124-136 og 146, i øvrigt var ubestridt, at Orange havde udmøntet den omhandlede overtrædelse i praksis, at udmøntningen i praksis af denne overtrædelse – ligesom overtrædelsens art, virksomhedernes markedsandel og overtrædelsens geografiske udstrækning – i henhold til 2006-retningslinjernes punkt 22 var et relevant forhold med henblik på at vurdere overtrædelsens grovhed, og at Kommissionen, som anført af Retten i den appellerede doms præmis 166, i 906. betragtning til den omtvistede afgørelse netop havde angivet i den foreliggende sag, at den ved fastlæggelsen af den pågældende overtrædelses grovhed havde taget hensyn til, at denne var blevet udmøntet i praksis, hvilket Orange i øvrigt ikke har bestridt.
- 83 Det var under disse omstændigheder uden at foretage en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelse, at Retten efter en samlet læsning af de relevante betragtninger til denne afgørelse i hovedtrækkene kunne fastslå i den appellerede doms præmis 169, at sidste punktum i 902. betragtning til afgørelsen

kun udgjorde en generel henvisning til arten af den overtrædelse, som Orange havde begået i den foreliggende sag, og som bestod i en adfærd, hvis retsstridige karakter allerede var godtgjort og forsætligt var blevet udmøntet i praksis af dette selskab med fuld viden om dennes ulovlighed.

- 84 Orange kan ikke i denne henseende udlede noget relevant argument af det forhold, at anden del af dette punktum er affattet i datid, hvilket skulle vise, at Kommissionen henviste til reelt opståede virkninger. Det er i denne anledning tilstrækkeligt at påpege, at kun den polske udgave af den omtvistede afgørelse er autentisk, og at denne er affattet i nutid.
- 85 Der kan heller ikke udledes noget relevant argument af det forhold, at Kommissionen i sine skriftlige indlæg for Retten anerkendte, at det nævnte punktum henviste til de reelle eller sandsynlige virkninger af overtrædelsen, samtidig med, at det hævdes, at der var tale om en skrivefejl. Selv hvis det forudsættes, at disse skriftlige indlæg har det indhold, som Orange tillægger dem, er det således tilstrækkeligt at minde om, dels at det fremgår af selve ordlyden af artikel 263 TEUF, at den i denne bestemmelse omhandlede legalitetskontrol ikke kan vedrøre indholdet af de processkrifter, som sagsøgte har indgivet for den EU-retsinstans, der skal udøve denne kontrol, dels at en appel kun vedrører den appellerede dom (dom af 2.10.2003, Ensidesa mod Kommissionen, C-198/99 P, EU:C:2003:530, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).
- 86 Den appellerede doms præmis 182 kan heller ikke påberåbes til støtte for den holdning, som Orange har forfægtet. Retten bemærkede således i denne præmis, at »[d]et fremgår [...] af 899.-902., 904. og 905. betragtning til den [omtvistede] afgørelse, at Kommissionen tog hensyn til disse forhold ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed«, idet disse »forhold« blev identificeret i den appellerede doms præmis 178-181 som bestående i henholdsvis den omstændighed, at »[Orange] indtog en dominerende stilling, som var en følge af et lovbestemt monopol både på BSA- og LLU-engrosmarkedet, hvor selskabet var eneste leverandør, og på detailmarkedet«, den omstændighed, at »den overtrædelse, som [Orange] begik, og som ikke i sig selv er bestridt, [bestod] af adskillige åbenbare, vedvarende og forsætlige overtrædelser af [...] lovramme[n]«, den omstændighed, at »det [var] ubestridt, at [Orange] var bekendt med, at selskabets adfærd var ulovlig både lovgivningsmæssigt [...] og i konkurrenceretlig henseende, hvor selskabets praksis tilsigtede at hindre eller forsinke nye virksomheders tilstedeværelse på de pågældende produktmarkeder«, og den omstændighed, at »de produktmarkeder, der blev påvirket af [Oranges] misbrug, som [...] strakte sig over hele området i en af de største medlemsstater i EU, er markeder med en væsentlig betydning både set fra en økonomisk og en social synsvinkel, for så vidt som bredbåndsadgang udgør et centralt element i udviklingen af et informationssamfund«.
- 87 I denne samme præmis 182 gennemgik Retten endvidere indholdet af 899.-902. betragtning til den omtvistede afgørelse, således som det allerede var blevet angivet i denne doms præmis 167 og 168, i formuleringer, der næsten var identiske med dem, der var blevet benyttet i disse præmisser, såvel som indholdet af 904. og 905. betragtning til den omtvistede afgørelse, der angik Oranges dominerende stilling og det berørte geografiske markeds udstrækning, hvilke to sidstnævnte konstateringer Orange ikke har fremsat nogen klagepunkter over for i forbindelse med nærværende appel.
- 88 I modsætning til, hvad Orange har anført på grundlag af en urigtig læsning af den appellerede doms præmis 182, fremgår det således på ingen måde af denne præmis, at Retten heri tillagde sidste punktum i 902. betragtning til den omtvistede afgørelse en anden betydning end den, som den allerede havde tillagt dette punktum i denne doms præmis 169.
- 89 Det følger af det ovenstående, at det var uden at støtte sig på en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelse, at Retten i den appellerede doms præmis 171 kunne fastslå, at Kommissionen ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed med henblik på bødeberegningen hverken tog hensyn til de reelle virkninger af den af Orange begåede overtrædelse på de berørte markeder eller de sandsynlige virkninger af denne overtrædelse. Følgelig var det med rette, at Retten for det første i denne samme præmis fastslog, at Kommissionen, idet den ikke havde taget hensyn til de reelle virkninger af

overtrædelsen ved bedømmelsen af dennes grovhed, ikke skulle påvise disse virkninger, og dernæst i præmis 172 forkastede Oranges argumentation om en begrundelsesmangel ved den omtvistede afgørelse for så vidt angik påvisningen af overtrædelsens reelle virkninger som ugrundet. Det var ligeledes med rette, at Retten for det andet i den appellerede doms præmis 173 og 174 forkastede de argumenter fra Orange og PIIT som uvirksomme, der tog sigte på at påvise de fejl, som Kommissionen havde begået ved vurderingen af overtrædelsens sandsynlige virkninger, eftersom Kommissionen heller ikke havde taget hensyn til disse virkninger ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed.

- 90 Det andet appelanbringendes første led, der har til formål at bevise, at Retten foretog en urigtig gengivelse af sidste punktum i 902. betragtning til den omtvistede afgørelse, skal følgelig forkastes i sin helhed som ugrundet.
- 91 Med hensyn til dette anbringendes andet led må det konstateres, at det udelukkende hviler på den forudsætning, at den under anbringendets første led påberåbte urigtige gengivelse er fastslået. Som konstateret i nærværende doms præmis 76-90 er dette imidlertid ikke tilfældet. Da dette andet led hviler på en urigtig forudsætning, skal det derfor, ligesom – forudsat at den måtte kunne realitetsbehandles – den argumentation fra PIIT, der er redegjort for i nærværende doms præmis 72, ligeledes forkastes i sin helhed som ugrundet.
- 92 Henset til ovenstående betragtninger må det andet appelanbringende forkastes i det hele.

Det tredje anbringende om retlige fejl og fejlskøn vedrørende den manglende hensyntagen til de af Orange foretagne investeringer som en formildende omstændighed

Parternes argumenter

- 93 Orange har gjort gældende, at Retten foretog en urigtig gengivelse af bevismateriale og begik flere retlige fejl og/eller anlagde flere åbenbare fejlskøn, som hver især burde have ført til en nedsættelse af den pålagte bøde, ved at forkaste selskabets argumentation om, at Kommissionen burde have kvalificeret de investeringer, som selskabet foretog efter indgåelsen af aftalen med UKE for at forbedre det faste højhastighedsnet i Polen (herefter »de omhandlede investeringer«), som en formildende omstændighed.
- 94 For det første anerkendte Retten i den appellerede doms præmis 195, at forhold, som var uden betydning for overtrædelsens art, kunne kvalificeres som formildende omstændigheder, og i denne doms præmis 208 anerkendte den, at det ved afgørelsen af, om visse omstændigheder kunne kvalificeres som formildende som omhandlet i 2006-retningslinjernes punkt 29, var uden betydning, om disse omstændigheder havde ændret overtrædelsens karakter. Retten forkastede således den begrundelse, som Kommissionen angav i 915. betragtning til den omtvistede afgørelse. I den appellerede doms præmis 192-209 så Retten imidlertid bort fra begrundelsen i den omtvistede afgørelse for ikke at kvalificere disse investeringer som en formildende omstændighed og erstattede den med sit eget ræsonnement, selv om den havde angivet, at den begrænsede sig til at kontrollere den omtvistede afgørelses lovlighed og ikke agtede at udøve sin fulde prøvelsesret. Herved så Retten bort fra reglen om, at den i forbindelse med legalitetskontrollen i henhold til artikel 263 TEUF ikke kan sætte sin egen begrundelse i stedet for den, som udstederen af den anfægtede retsakt har angivet.
- 95 For det andet begik Retten en retlig fejl og/eller anlagde et åbenbart fejlskøn ved at fastslå, at de omhandlede investeringer ikke kunne kvalificeres som en afhjælpningsforanstaltning. Dels kunne det i modsætning til, hvad der fastslås i den appellerede doms præmis 199-201, udledes af dom af 30. april 2009, Nintendo og Nintendo of Europe mod Kommissionen (T-13/03, EU:T:2009:131), og af de nationale konkurrencemyndigheders beslutninger, at begrebet afhjælpning kan omfatte gavnlige, skønt

indirekte, praktiske virkninger og ikke kun økonomiske virkninger. Artikel 18, stk. 3, i direktiv 2014/104 bekræfter dette og tilskynder endog til en hensyntagen til sådanne foranstaltninger ved bødeberegningen. Dels ville det i den foreliggende sag have været umuligt præcist og effektivt at fastsætte størrelsen af og udbetale direkte erstatninger. Hvis Orange således ikke ensidigt havde foretaget de omhandlede investeringer, som UKE og de alternative operatører har anerkendt betydningen og de gavnlige virkninger af, ville kun få personer have modtaget erstatning. I denne forbindelse fandt Retten i den appellerede doms præmis 204-206 med urette, at de gavnlige virkninger, der er omtalt i denne dom, udsprang af aftalen med UKE og ikke af disse investeringer.

- 96 For det tredje begik Retten en retlig fejl og foretog en urigtig gengivelse af oplysningerne i sagsakterne ved i den appellerede doms præmis 202 at udtale, at de omhandlede investeringer var begrundet i Oranges ønske om at undgå den funktionelle adskillelse, som UKE påtænkte at indføre. Der er ikke i processkrifterne eller i den omtvistede afgørelse anført noget argument vedrørende de grunde, der ledte Orange til at indgå aftalen med UKE, og Retten kunne ikke i forbindelse med legalitetskontrollen af den omtvistede afgørelse erstatte Kommissionens ræsonnement med sit eget uden uretmæssigt at erstatte en begrundelse og uden at tilsidesætte billighedshensyn og retten til forsvar. Ydermere var disse investeringer frivillige, som Kommissionen selv anerkendte i den omtvistede afgørelses punkt 140, og som det fremgår af de for Retten forelagte sagsakter.
- 97 For det fjerde anførte Retten i den appellerede doms præmis 203 med urette, at de omhandlede investeringer kun var et »normalt forhold inden for rammerne af en erhvervsvirksomhed«. Dette udsagn modsiger konstateringen i denne doms præmis 202, idet de samme investeringer ikke både kan være resultatet af en trussel om et lovgivningsmæssigt indgreb og et normalt forhold inden for rammerne af en erhvervsvirksomhed. Denne doms præmis 204 indebærer også en urigtig gengivelse af bevismaterialet, idet den ved at lægge vægt på begivenheder, der fandt sted i overtrædelsesperioden, giver anledning til at tro, at eftersom de lovgivningsmæssige foranstaltninger ikke havde givet de tilstræbte resultater, havde de senere investeringer ingen gavnlig virkning. Under alle omstændigheder blev disse investeringer ikke gennemført for at opnå et afkast, idet visse af dem ikke var økonomisk holdbare, men for at afhjælpe skaden hos ofrene for den ulovlige adfærd.
- 98 I øvrigt udgør de formildende omstændigheder ikke en lukket kategori. Ydermere udgør fraværet af retspraksis ikke en hindring for anerkendelsen af, at der foreligger en sådan omstændighed. I den foreliggende sag begrundede særlige omstændigheder, at de omhandlede investeringer blev anerkendt som udgørende en formildende omstændighed, navnlig tidspunktet for deres gennemførelse og deres omfang.
- 99 Det tredje appelanbringende udgør ikke en anmodning om fornyet behandling af det anbringende, der blev fremsat i første instans, men anfægter den af Retten udførte analyse, hvilken senere gav grundlag for Kommissionens afslag ved at erstatte begrundelserne i den omtvistede afgørelse med nye begrundelser, der ikke var blevet angivet i denne afgørelse, og som desuden var fejlagtige.
- 100 Kommissionen har gjort gældende, at dette anbringende er uvirksomt, idet Rettens anfægtede ræsonnement optræder i den appellerede dom for fuldstændighedens skyld som svar på den argumentation, som Retten var blevet forelagt. Alle de af Retten undersøgte forhold såvel som alle de begrundelser, der blev fremført for ikke at kvalificere de omhandlede investeringer som en formildende omstændighed, udsprang af de skriftlige indlæg, der blev afgivet for Retten, og af den omtvistede afgørelse. Ved beslutningen om ikke at ændre bøden udøvede Retten desuden sin fulde prøvelsesret, således som Orange havde anmodet den om.
- 101 Under alle omstændigheder kan det nævnte anbringende ikke antages til realitetsbehandling, eftersom Orange har anmodet Domstolen om at foretage en fornyet undersøgelse af de faktiske omstændigheder, eller er ugrundet, eftersom Orange ikke har bevist, at Retten i henhold til den gældende retlige ramme var forpligtet til at anse de omhandlede investeringer for en afhjælpningsforanstaltning.

- 102 PIIT har ligesom Orange gjort gældende, at de omhandlede investeringer efter deres art er afhjælpende, som det også fremgår af de faktiske omstændigheder, der blev redegjort for i de indlæg, som PIIT afgav for Retten. Dermed begik Retten en retlig fejl ved at undlade at tage hensyn hertil som en formildende omstændighed. Den begik endvidere en fejl ved bedømmelsen af de af PIIT fremlagte beviser og foretog en urigtig gengivelse af disse bevisers indhold, navnlig da den i den appellerede doms præmis 204 fastslog, at de argumenter, som PIIT havde fremført i sit interventionsindlæg, blev modsagt af indholdet af de dokumenter, som var vedlagt som bilag til interventionsindlægget. Retten fastslog således med urette i den appellerede doms præmis 206, at de gavnlige virkninger for de alternative operatører og slutbrugerne udelukkende skulle tilskrives aftalen med UKE og ikke de omhandlede investeringer.
- 103 ECTA har ligesom Kommissionen anført, at det tredje appelanbringende bør forkastes. ECTA har tilføjet, at Retten ikke foretog en erstatning af begrundelser.

Domstolens bemærkninger

- 104 For så vidt som Orange med dette tredje anbringende har anført, at Retten begik en retlig fejl ved at sætte sin egen begrundelse i stedet for den, som Kommissionen havde anført i den omtvistede afgørelse, for i strid med de begrænsninger, der gælder for Rettens legalitetskontrol, at afvise at kvalificere de omhandlede investeringer som en formildende omstændighed som omhandlet i 2006-retningslinjernes punkt 29, skal det for det første bemærkes, at systemet med retslig prøvelse af Kommissionens afgørelser vedrørende procedurerne i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF består i en legalitetskontrol af institutionernes retsakter, som er fastsat i artikel 263 TEUF, hvilken kontrol i henhold til artikel 261 TEUF og efter anmodning fra sagsøgeren kan suppleres af Rettens udøvelse af en fuld prøvelsesret vedrørende de sanktioner, som af Kommissionen pålægges på dette område (dom af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis).
- 105 Den legalitetskontrol, der er fastsat i artikel 263 TEUF, omfatter samtlige elementer ved Kommissionens afgørelser vedrørende procedurerne i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF, med hensyn til hvilke Retten sikrer en grundig kontrol, såvel retligt som faktisk, i lyset af de af sagsøgeren rejste anbringender og henset til samtlige de oplysninger, som denne sidstnævnte har fremlagt. EU-retsinstanser kan dog under alle omstændigheder ikke i forbindelse med denne kontrol sætte deres egen begrundelse i stedet for den, som udstederen af den omhandlede retsakt har angivet (jf. i denne retning dom af 10.4.2014, Areva m.fl. mod Kommissionen, C-247/11 P og C-253/11 P, EU:C:2014:257, præmis 56, og af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 72 og 73 og den deri nævnte retspraksis).
- 106 Når Unionens retsinstanser derimod udøver deres fulde prøvelsesret som fastsat i artikel 261 TEUF og i artikel 31 i forordning nr. 1/2003, er de beføjet til, ud over en simpel legalitetskontrol af sanktionen, ved udmålingen af denne sanktions beløb at sætte deres egen vurdering i stedet for den, der er foretaget af Kommissionen som udsteder af den retsakt, hvori dette beløb oprindeligt blev fastsat. Som følge heraf kan Unionens retsinstanser ændre den anfægtede retsakt, også selv om denne ikke annulleres, med henblik på at ophæve, nedsætte eller forhøje den pålagte bøde, idet denne kompetence udøves under hensyntagen til alle faktiske omstændigheder (jf. i denne retning dom af 15.10.2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P – C-252/99 P og C-254/99 P, EU:C:2002:582, præmis 692, af 8.2.2007, Groupe Danone mod Kommissionen, C-3/06 P, EU:C:2007:88, præmis 61, og af 3.9.2009, Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, C-534/07 P, EU:C:2009:505, præmis 86).
- 107 I den foreliggende sag skal der med det samme ske en forkastelse af ethvert argument, som Orange søger at udlede af den appellerede doms præmis 195, eftersom denne præmis, som det fremgår af selve dens ordlyd, begrænser sig til at gennemgå den argumentation, som Orange havde fremført for

Retten, hvorefter Kommissionen havde begået en retlig fejl ved at afvise at anse de omhandlede investeringer for en formildende omstændighed med den begrundelse, at de ikke ændrede ved overtrædelsens karakter.

- 108 Det skal ikke desto mindre fastslås, at Retten i denne doms præmis 208 ganske vist som bemærket af Orange udtalte, at det var uden betydning, om det kun var de forhold, der ændrede overtrædelsens karakter, eller ligeledes de forhold, som ikke havde denne egenskab, der kunne kvalificeres som formildende omstændigheder, samtidig med, at den i denne præmis 208 såvel som i samme doms præmis 209 fastslog, at afvisningen af over for Orange at anerkende, at der forelå formildende omstændigheder i form af de investeringer, der blev foretaget i medfør af aftalen med UKE, hverken kunne anses for en tilsidesættelse af 2006-retningslinjernes punkt 29 eller en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet. Retten støttede sig i den anledning på de betragtninger, som den havde redegjort for i denne doms præmis 196-207.
- 109 Retten citerede i disse præmisser visse passager fra aftalen med UKE og udledte heraf, at de af Orange gennemførte investeringer ikke kunne anses for afhjælpningsforanstaltninger, der var sammenlignelige med dem, som Kommissionen havde anerkendt i den sag, der lå til grund for Rettens dom af 30. april 2009, Nintendo og Nintendo of Europe mod Kommissionen (T-13/03, EU:T:2009:131), eller med andre, der var blevet positivt vurderet af Det Forenede Kongeriges konkurrencemyndighed. Retten bemærkede tillige, at de tilsagn, der var defineret i aftalen med UKE, havde været begrundet i Oranges ønske om at undgå en funktionel adskillelse, og den fandt, at disse investeringer udgjorde et normalt forhold inden for rammerne af en erhvervsvirksomhed, da de først og fremmest gavnede Orange selv. Retten forkastede endvidere de af PIIT fremførte argumenter, idet den bemærkede, at de dokumenter, som PIIT havde fremlagt for Retten, godtgjorde, at de få gavnlige virkninger for de alternative operatører og slutbrugerne, der fulgte af aftalen med UKE og de heri foreskrevne investeringer, burde tilskrives denne aftale som sådan og ikke i særlig grad de omhandlede investeringer, og den bemærkede, at Kommissionen havde taget hensyn til den forbedring af situationen på det berørte marked, der var resultatet af den ændring i Oranges adfærd, som var sket i forlængelse af undertegnelsen af denne aftale, eftersom Kommissionen havde valgt datoen for denne undertegnelse som datoen for overtrædelsens ophør.
- 110 Det må ikke desto mindre fastslås, at de af Orange for Retten fremførte kritikpunkter, der er gennemgået i den appellerede doms præmis 192-194, og som Retten forkastede i denne doms præmis 196-207, ikke vedrørte nogen af de udredninger i den omtvistede afgørelse, der omhandlede Kommissionens afvisning af at tage hensyn til formildende omstændigheder, men havde til formål at udvirke, at Retten i overensstemmelse med den i nærværende doms præmis 106 gengivne retspraksis udøvede sin fulde prøvelsesret, og at den nedsatte den af Kommissionen pålagte bøde, for at der skulle blive taget hensyn til den kompensationsforanstaltning, som de omhandlede investeringer udgjorde, således som det udtrykkeligt fremgår af den appellerede doms præmis 63 og 64 såvel som af stævningen i første instans.
- 111 Selv om det var med urette, at Retten – som det i hovedtrækkene fremgår af den appellerede doms præmis 63-68 og af denne doms opbygning – foretog disse vurderinger som led i sin legalitetskontrol af den omtvistede afgørelse, må det således fastslås, at Retten med de begrundelser, der blev anført i den appellerede doms præmis 196-207, rent faktisk besvarede den argumentation, som Orange havde fremført for Retten, og som er sammenfattet i den appellerede doms præmis 192-194, med henblik på at opnå en ændring af den bøde, der blev pålagt i den omtvistede afgørelses artikel 2.
- 112 Da Orange udtrykkeligt havde fremført denne argumentation for at opnå en sådan ændring, og da de omhandlede betragtninger alene angik vurderingen af den af Kommissionen pålagte bøde, var Retten i medfør af de begrænsninger, som den er underlagt, når den udøver sin fulde prøvelsesret (jf. i denne retning dom af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 76 og 77), i den foreliggende sag på grundlag af sin fulde prøvelsesret berettiget til at give den begrundelse, der er anført i den appellerede doms præmis 196-207.

- 113 Følgelig og i medfør af den retspraksis, der er gengivet i nærværende doms præmis 106, var Retten på dette grundlag beføjet til at erstatte Kommissionens begrundelse med sin egen.
- 114 Som følge heraf skal det tredje appelanbringende forkastes, for så vidt som Orange med dette har foreholdt Retten at have overskredet begrænsningerne for legalitetskontrollen, eftersom den fejl, der er blevet identificeret i nærværende doms præmis 111, ikke er af en sådan karakter, at den kan medføre en ophævelse af den appellerede dom (jf. analogt dom af 12.11.1996, Ojha mod Kommissionen, C-294/95 P, EU:C:1996:434, præmis 52).
- 115 For så vidt som Orange og PIIT med den argumentation, der er gennemgået i nærværende doms præmis 95-98 og 102, har anfægtet rigtigheden af de bedømmelser, som Retten foretog i den appellerede doms præmis 196-207, skal det for det andet bemærkes, at det ikke tilkommer Domstolen, når den træffer afgørelse vedrørende retlige spørgsmål under en appelsag, af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som pålægges virksomheder på grund af disses overtrædelse af EU-retten, og at det kun er i det omfang, Domstolen måtte finde, at sanktionens størrelse ikke blot er upassende, men også så vidtgående, at den bliver uforholdsmæssig, at det skal fastslås, at Retten begik en retlig fejl på grund af den upassende karakter af en bødes størrelse (dom af 22.11.2012, E.ON Energie mod Kommissionen, C-89/11 P, EU:C:2012:738, præmis 125 og 126 og den deri nævnte retspraksis, og af 27.4.2017, FSL m.fl. mod Kommissionen, C-469/15 P, EU:C:2017:308, præmis 77 og 78 og den deri nævnte retspraksis). I den foreliggende sag må det dog fastslås, at dette ikke er tilfældet. Denne argumentation skal derfor afvises fra realitetsbehandling.
- 116 Det følger af det ovenstående, at det tredje appelanbringende må forkastes i sin helhed.
- 117 For så vidt som Orange og PIIT har nedlagt subsidiære påstande om nedsættelse af den bøde, der er blevet pålagt ved den omtvistede afgørelse, i det omfang Domstolen måtte finde det passende, er det i øvrigt tilstrækkeligt at bemærke, at disse påstande nødvendigvis hviler på de samme anbringender som Oranges og PIIT's principale påstande og følgelig ligeledes skal forkastes med de begrundelser, der er anført i nærværende dom (jf. analogt dom af 1.6.1978, Mulcahy mod Kommissionen, 110/77, EU:C:1978:118, præmis 30).
- 118 For så vidt som Orange og PIIT har nedlagt mest subsidiære påstande om, at afgørelsen vedrørende bøden hjemvises til Kommissionen, og således ønsker, at Domstolen pålægger Kommissionen at vedtage en ny afgørelse vedrørende bøden, er det endelig tilstrækkeligt at anføre, at Domstolen ikke har kompetence til at meddele påbud inden for rammerne af en appelsag (jf. i denne retning dom af 8.7.1999, DSM mod Kommissionen, C-5/93 P, EU:C:1999:364, præmis 34-37, og af 22.1.2004, Mattila mod Rådet og Kommissionen, C-353/01 P, EU:C:2004:42, præmis 15 og 16), således at disse påstande skal afvises fra realitetsbehandling.
- 119 På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger skal appellen forkastes i sin helhed, idet den delvis skal afvises, delvis er uvirksom og delvis er ugrundet.

Sagsomkostninger

- 120 Det bestemmes i artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement, at såfremt appellen ikke tages til følge, eller såfremt appellen tages til følge, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, træffer den afgørelse om sagsomkostningerne.
- 121 I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i medfør af samme procesreglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

- ¹²² Da Orange har tabt appelsagen, og da Kommissionen har nedlagt påstand om, at selskabet tilpligtes at betale sagsomkostningerne, pålægges det Orange at bære sine egne omkostninger og at betale de af Kommissionen afholdte omkostninger.
- ¹²³ I medfør af procesreglementets artikel 184, stk. 4, kan en intervenient i første instans, som ikke selv har iværksat appel, kun pålægges at betale sagsomkostninger i appelsagen, hvis den pågældende har deltaget i den skriftlige eller den mundtlige del af retsforhandlingerne for Domstolen. Deltager en intervenient i første instans i appelsagen, kan Domstolen bestemme, at den pågældende skal bære sine egne omkostninger.
- ¹²⁴ Da PIIT har deltaget i den skriftlige del af retsforhandlingerne for Domstolen, og da ECTA har deltaget i den skriftlige del og i den mundtlige del af disse retsforhandling, bestemmes det under den foreliggende sags omstændigheder, at hver af disse intervenienter i første instans bærer deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Anden Afdeling):

- 1) Appellen forkastes.**
- 2) Orange Polska SA bærer sine egne omkostninger og betaler de af Europa-Kommissionen afholdte omkostninger.**
- 3) Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji og European Competitive Telecommunications Association AISBL (ECTA) bærer hver deres egne omkostninger.**

Underskrifter