



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 9. september 2020¹

Sag C-152/19 P og C-165/19 P

Deutsche Telekom AG (sag C-152/19 P)
Slovak Telekom a.s. (sag C-165/19 P)
mod

Europa-Kommissionen

»Appel – konkurrence – misbrug af dominerende stilling – det slovakiske marked for bredbåndsinternettjenester – den etablerede operatørs betingelser for andre operatørers ubundtede adgang til abonnentledningerne – afgørelse, hvorved der fastslås en overtrædelse af artikel 102 TEUF og af EØS-aftalens artikel 54 – forpligtelse til at indrømme adgang fastsat i rammebestemmelserne – retspraksis fra Bronner-dommen – uanvendelighed – tilregning til et moderselskab af et datterselskabs adfærd – begrebet »økonomisk enhed« – bestemmende indflydelse – faktisk udøvelse – en række samstemmende indicier«

I. Indledning

1. De foreliggende sager giver Domstolen lejlighed til atter at præcisere rækkevidden af Bronner-dommen² i det retlige landskab, der kendetegner artikel 102 TEUF. Den nævnte sag vedrører en dominerende virksomheds nægtelse af at stille en infrastruktur, som den er ejer af, til rådighed for konkurrerende virksomheder.
2. Nærmere bestemt har appellanterne, Deutsche Telekom AG (herefter »DT«), i sag C-152/19 P, og Slovak Telekom, a.s. (herefter »ST«), i sag C-165/19 P, henstillet til at anvende de betingelser, som fastlægges i den nævnte doms præmis 41 – særligt betingelsen med hensyn til den absolutte nødvendighed – på *implicitte* nægtelser af adgang, der skyldes, ikke længere en »eksplicit« nægtelse fra den dominerende virksomheds side, men urimelige kontraktvilkår.
3. Af de grunde, som jeg vil redegøre for nedenfor, vil jeg foreslå Domstolen at forkaste begrebet »implicit nægtelse af adgang« og at understrege den begrænsede rækkevidde af Bronner-dommen. Bronner-dommen er efter min opfattelse et særtilfælde i det retlige landskab, der kendetegner artikel 102 TEUF, og det bør den fortsat være.

¹ – Originalsprog: fransk.

² – Dom af 26.11.1998 (C-7/97, herefter »Bronner-dommen«, EU:C:1998:569).

4. Jeg vil ligeledes foreslå Domstolen, at det andet og tredje anbringende, som DT har fremsat i sag C-152/19 P, forkastes. Undersøgelsen af disse anbringender vil gøre det muligt for Domstolen at erindre om principperne vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt moderselskabet (DT) kan pålægges ansvaret for den adfærd, som et datterselskab (ST) har udvist, eftersom dette moderselskabs kapitalandel i datterselskabet er for ubetydelig til at kunne omfattes af »Akzo Nobel«-formodningen³.

II. Faktiske og retlige omstændigheder i forbindelse med tvisterne

5. De faktiske omstændigheder i forbindelse med tvisterne blev gengivet i præmis 1-11 i Rettens dom i sagen Deutsche Telekom mod Kommissionen (herefter »DT-dommen«)⁴ og i præmis 1-11 i Rettens dom i sagen Slovak Telekom mod Kommissionen (herefter »ST-dommen«)⁵. Disse omstændigheder kan sammenfattes som følger:

6. DT og ST er de etablerede teleoperatører i henholdsvis Tyskland og Slovakiet. Siden den 4. august 2000 og i hele den periode, der er omfattet af den omtvistede afgørelse, dvs. fra den 12. august 2005 til den 31. december 2010, havde DT en andel på 51% af kapitalen i ST.

7. I forbindelse med levering af internetadgang er abonnentledninger parsnoede fysiske ledninger af metal (også benævnt »linjer«), der forbinder nettermineringspunktet hos en abonnent til en lokalcentrals hovedfordeler eller et tilsvarende punkt, i faste offentlige telefonnet.

8. Ubundet adgang til abonnentledninger gør det muligt for nytilkomne – sædvanligvis benævnt »alternative operatører« – at anvende allerede eksisterende teleinfrastruktur, som tilhører de etablerede operatører, med henblik på at udbyde diverse tjenester til slutbrugerne i konkurrence med de etablerede operatører.

9. Ubundet adgang til abonnentledninger er på EU-plan bl.a. reguleret ved forordning (EF) nr. 2887/2000⁶ og ved direktiv 2002/21/EF⁷.

10. Disse retlige rammer forpligtede i det væsentlige den operatør, der »havde en stærk markedspostition«, og som den nationale tilsynsmyndighed havde identificeret således, til at indrømme alternative operatører ubundet adgang til sine abonnentledninger og til de dermed forbundne tjenester på gennemsigtige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår og til jævnlige at ajourføre et standardtilbud på en sådan ubundet adgang.

11. Efter en analyse af det nationale marked vedtog den slovakiske tilsynsmyndighed for telekommunikation den 8. marts 2005 en afgørelse, hvorved den udpegede ST som en operatør, der havde en stærk position på engrosmarkedet for ubundet adgang til abonnentledninger som omhandlet i forordning nr. 2887/2000. Denne afgørelse, som ST anfægtede, blev bekræftet af direktøren for denne myndighed den 14. juni 2005.

3 – Jf. bl.a. dom af 10.9.2009, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 60 og 63), og af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 54).

4 – Dom af 13.12.2018 (T-827/14, EU:T:2018:930).

5 – Dom af 13.12.2018 (T-851/14, EU:T:2018:929).

6 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 18.12.2000 om ubundet adgang til abonnentledninger (EFT 2000, L 336, s. 4). Denne forordning blev ophævet ved artikel 4 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25.11.2009 om ændring af direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, direktiv 2002/19/EF om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og direktiv 2002/20/EF om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.

7 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT 2002, L 108, s. 33).

12. Til gennemførelse af denne afgørelse offentliggjorde ST sit standardtilbud vedrørende ubundet adgang den 12. august 2005. Dette dokument, der blev ændret ni gange i perioden frem til udgangen af 2010, indeholdt de kontraktlige og tekniske betingelser for at få ubundet adgang til ST's abonnentledninger.

13. ST's tilbud dækkede 75,7% af de slovakiske husstande og alle abonnentledninger, som kunne anvendes til transmission af bredbåndssignaler. I perioden fra 2005 til 2010 blev der imidlertid kun givet ubundet adgang til nogle få af ST's abonnentledninger regnet fra den 18. december 2009, og disse blev anvendt af en enkelt alternativ operatør til levering af detailhøjhastighedstjenester til virksomheder.

III. Den omtvistede afgørelse

14. Den 15. oktober 2014 vedtog Kommissionen en afgørelse, hvorved DT og ST blev pålagt sanktioner for overtrædelse af artikel 102 TEUF og af EØS-aftalens artikel 54 (herefter »den omtvistede afgørelse«) på det slovakiske marked for bredbåndsiernetnetjenester⁸.

15. I den omtvistede afgørelse fastslog Kommissionen, at den virksomhed, der består af DT og ST, havde begået en samlet og vedvarende overtrædelse af artikel 102 TEUF og af EØS-aftalens artikel 54 i perioden fra den 12. august 2005 til den 31. december 2010 i forbindelse med de betingelser, på hvilke ST tilbød ubundet adgang til abonnentledningerne.

16. Nærmere bestemt bestod den overtrædelse, som Kommissionen konstaterede, i følgende praksis:

- at virksomheden holdt oplysninger om nettet, som var nødvendige for ubundet adgang til abonnentledninger, skjult for alternative operatører
- at virksomheden begrænsede anvendelsesområdet for ST's forpligtelser vedrørende ubundet adgang til abonnentledninger
- at virksomheden fastsatte urimelige vilkår og betingelser i ST's standardtilbud om ubundet adgang for så vidt angår samhusning, kvalificering, prognoser, reparationer og bankgarantier
- at virksomheden anvendte urimelige takster, der ikke gjorde det muligt for en lige så effektiv operatør med engrosadgang til ST's ubundtede abonnentledninger at kopiere de af ST udbudte detailtjenester uden at lide tab.

17. Kommissionen pålagde DT og ST en bøde på 38 838 000 EUR, som de hæfter solidarisk for, samt DT en bøde på 31 070 000 EUR.

IV. Retsforhandlingerne for Retten og de appellerede domme

A. DT-dommen

18. Til støtte for sit søgsmål for Retten havde DT fremsat fem anbringender om henholdsvis:

- retlige og faktiske fejl ved anvendelsen af artikel 102 TEUF for så vidt angår ST's misbrugsadfærd samt en tilsidesættelse af retten til forsvar

8 – Afgørelse C(2014) 7465 final (AT.39523 – Slovak Telekom). Denne afgørelse blev berigtiget ved Kommissionens afgørelse C(2014) 10119 final af 16.12.2014 og Kommissionens afgørelse C(2015) 2484 final af 17.4.2015.

- retlige og faktiske fejl hvad angår varigheden af ST's misbrugsadfærd
- retlige og faktiske fejl i forbindelse med, at DT blev holdt ansvarlig for ST's misbrugsadfærd, eftersom Kommissionen ikke havde ført bevis for, at DT faktisk havde udøvet en bestemmende indflydelse på ST
- en tilsidesættelse af begrebet »virksomhed« i EU-rettens forstand og af princippet om individuelle straffe samt en mangelfuld begrundelse
- fejl ved beregningen af størrelsen af den bøde, som DDT og STST blev pålagt.

19. Med DT-dommen annullerede Retten delvist den omtvistede afgørelse. Den fastsatte dernæst det bødebeløb, som DT hæfter solidarisk for, til 38 061 963 EUR, og det bødebeløb, som DT hæfter alene for, til 19 030 981 EUR. Retten frifandt i øvrigt Europa-Kommissionen.

B. ST-dommen

20. Til støtte for sit søgsmål for Retten havde ST fremsat fem anbringender om henholdsvis:

- et åbenbart urigtigt skøn og retlige fejl ved anvendelsen af artikel 102 TEUF
- en tilsidesættelse af ST's ret til forsvar med hensyn til vurderingen af den praksis, der førte til avancepres
- fejl i forbindelse med konstateringen af avancepres
- et åbenbart urigtigt skøn og retlige fejl, da Kommissionen konkluderede, at DT og ST tilhørte én og samme virksomhed, og at de begge var ansvarlige for den omhandlede overtrædelse
- subsidiært fejl ved fastsættelsen af bødebeløbet.

21. Med ST-dommen annullerede Retten delvist den omtvistede afgørelse. Den fastsatte dernæst det bødebeløb, som ST hæfter solidarisk for, til 38 061 963 EUR. Retten frifandt i øvrigt Europa-Kommissionen.

V. Om appellerne for Domstolen

A. Appel iværksat af DT til prøvelse af DT-dommen

22. Til støtte for sin appel til prøvelse af DT-dommen i sag C-152/19 P har DT fremsat fire anbringender om henholdsvis:

- en urigtig fortolkning og en urigtig anvendelse af reglen om, at det, for at en nægtelse af adgang kan udgøre en overtrædelse af artikel 102 TEUF, forudsættes, at den anmodede adgang er absolut nødvendig for den aktivitet, der udøves på et efterfølgende marked
- en urigtig fortolkning og en urigtig anvendelse af reglen om, at et moderselskabs bestemmende indflydelse på sit datterselskab skal have været faktisk udøvet, for at moderselskabet kan tilregnes ansvaret for en overtrædelse af artikel 102 TEUF, som datterselskabet har begået

- en urigtig anvendelse af reglen om, at datterselskabet i det væsentlige skal have fulgt instrukser fra moderselskabet, for at moderselskabet kan tilregnes ansvaret for en overtrædelse af artikel 102 TEUF, som datterselskabet har begået
- en tilsidesættelse af retten til at blive hørt under den administrative procedure.

23. Derudover har DT anmodet om at blive omfattet af Domstolens eventuelle tiltrædelse af et anbringende, som ST har fremsat i sag C-165/19 P, idet dette anbringende har samme genstand som det tredje led under det første anbringende, som DT havde fremsat for Retten, nærmere bestemt beregningsrammen for de langsigtede gennemsnitlige marginalomkostninger som grundlag for konstateringen af, at der forelå et prispres, der var udtryk for misbrug.

24. Endelig har DT i sin appel nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves, for så vidt som Europa-Kommissionen heri er blevet frifundet.
- Den omtvistede afgørelse annulleres helt eller delvist, for så vidt som den vedrører DT, subsidiært ophæves eller nedsættes de bøder, som denne part er blevet pålagt.
- Mere subsidiært hjemvises sagen til Retten med henblik på fornyet afgørelse.
- Kommissionen tilpligtes at betale alle sagsomkostninger i forbindelse med nærværende sag og sagen for Retten.

25. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at DT tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

B. Appel iværksat af ST til prøvelse af ST-dommen

26. Til støtte for sin appel til prøvelse af ST-dommen i sag C-165/19 P har ST fremsat tre anbringender om henholdsvis:

- retlige fejl ved konstateringen af et misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF bestående i en nægtelse af at indgå aftale
- en tilsidesættelse af retten til forsvar i forbindelse med vurderingen af avancepreset
- retlige fejl ved vurderingen af, hvorvidt der forelå avancepres.

27. Derudover har ST anmodet om at blive omfattet af Domstolens eventuelle tiltrædelse af et anbringende, som DT har fremsat i sag C-152/19 P, idet dette anbringende har samme genstand som det fjerde anbringende, som ST havde fremsat for Retten, nærmere bestemt Kommissionens konstatering af, at DT og ST udgjorde én og samme virksomhed, og at de begge var ansvarlige for den overtrædelse, der gøres gældende over for ST.

28. Endelig har ST i sin appel nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves helt eller delvist.
- Den omtvistede afgørelse annulleres helt eller delvist.
- Subsidiært ophæves den bøde, som ST er blevet pålagt, eller bødebeløbet nedsættes yderligere.

– Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne i nærværende sag og i sagen for Retten.

29. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at ST tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

VI. Om retsforhandlingerne for Domstolen

30. I sag C-152/19 P har DT den 21. februar 2019 iværksat appel til prøvelse af DT-dommen. Kommissionen har indgivet skriftlige bemærkninger.

31. I sag C-165/19 P har ST den 22. februar 2019 iværksat appel til prøvelse af ST-dommen. Kommissionen har indgivet skriftlige bemærkninger.

32. Kommissionen, DT og ST har den 17. juni 2020 deltaget i retsmødet, der var fælles for begge sager, og i hvilket parterne har afgivet mundtlige indlæg.

VII. Bedømmelse

33. I overensstemmelse med Domstolens anmodning vil nærværende forslag til afgørelse være koncentreret om de tre første anbringender, som DT har fremsat i sag C-152/19 P, og det første anbringende, som ST har fremsat i sag C-165/19 P.

A. Om DT's første anbringende og ST's første anbringende

34. Såvel DT's første anbringende som ST's første anbringende vedrører retlige fejl, som Retten antageligt begik for så vidt angår betingelsen med hensyn til den absolutte nødvendighed, som blev fastslået i Bronner-dommen med henblik på at vurdere, hvorvidt der foreligger misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF.

35. Disse to anbringender krydser i vid udstrækning hinanden, ganske som de relevante uddrag af DT-dommen (præmis 86-116) og ST-dommen (præmis 92-154), således at de med fordel kan behandles samlet.

36. Inden jeg går i gang med undersøgelsen af de af DT og ST fremførte argumenter, finder jeg det hensigtsmæssigt at erindre om indholdet af den omhandlede praksis.

37. Det fremgår af DT-dommens præmis 92-94 såvel som af ST-dommens præmis 113 og 114, at DT og ST ikke har bestridt, at den adfærd, som Kommissionen konstaterede i den omtvistede afgørelses syvende del (herefter »den omhandlede praksis«), havde fundet sted, nærmere bestemt:

- at oplysninger om ST's net, som var nødvendige for ubundet adgang til denne operatørs abonnentledninger, blev holdt skjult for alternative operatører
- at ST begrænsede sine forpligtelser til at indrømme ubundet adgang i henhold til de gældende rammebestemmelser
- at ST fastsatte flere urimelige vilkår og betingelser i sit standardtilbud vedrørende ubundet adgang.

38. Disse faktiske omstændigheder blev ikke bestridt for Retten og må derfor anses for at være endeligt fastslået inden for rammerne af nærværende sag.

1. Sammenfatning af de af DT og ST fremførte argumenter

39. DT og ST har i det væsentlige gjort gældende, at Retten fejlagtigt fastslog, at Kommissionen ikke for at kvalificere den omhandlede praksis som en »samlet og vedvarende overtrædelse« af artikel 102 TEUF var forpligtet til at bevise, at adgangen til abonnentledninger var absolut nødvendig som omhandlet i Bronner-dommen for at konkurrerende leverandører kunne udøve aktiviteter på det generelle detailmarked, i betragtning af, at der forelå en retlig forpligtelse til at indrømme adgang.

40. For overskuelighedens skyld vil jeg følge inddelingen af det første anbringende, som ST har fremsat, og som består af fem led.

41. Inden for rammerne af det første anbringendes første led har ST for det første anført, at Retten i ST-dommens præmis 151 og 152 fejlagtigt konkluderede, at de betingelser, der opstilles i Bronner-dommen, ikke gælder i forbindelse med anvendelsen af artikel 102 TEUF, når der foreligger en forudgående retlig forpligtelse til at indrømme adgang. Denne konklusion tager ikke hensyn til den omstændighed, at den efterfølgende kontrol i medfør af artikel 102 TEUF afviger væsentligt fra den forudgående kontrol, som den slovakiske tilsynsmyndighed for telekommunikation foretager⁹.

42. ST har for det andet gjort gældende, at Retten i ST-dommens præmis 121 fejlagtigt fastslog, at Kommissionen ikke behøvede at efterprøve, om Bronner-dommens betingelse med hensyn til den »absolutte nødvendighed« var opfyldt, med den begrundelse, at det af en forudgående bestemmelse allerede fremgik, at adgangen til sagsøgerens abonnentledninger var »nødvendig«. Den vurdering, der blev foretaget af »nødvendigheden« i medfør af rammebestemmelserne, afviger nemlig væsentligt fra den vurdering af den »absolutte nødvendighed«, som blev foretaget i medfør af artikel 102 TEUF.

43. På lignende vis har DT gjort gældende, at Retten i DT-dommens præmis 101 fejlagtigt fastslog, at den retlige forpligtelse til at indrømme adgang træder i stedet for den absolutte nødvendighed af at indrømme adgang i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Bronner-dommen. En retlig forpligtelse til at indrømme adgang, som pålægges forud, og kravet om absolut nødvendighed som omhandlet i Bronner-dommen, som undersøges efterfølgende, imødekommer to grundlæggende forskellige hensyn.

44. DT har endvidere anfægtet henvisningen i DT-dommens præmis 97 til dommen i sagen Deutsche Telekom mod Kommissionen¹⁰, eftersom sidstnævnte dom ikke vedrører forholdet mellem den retlige forpligtelse til at indrømme adgang og den absolutte nødvendighed som omhandlet i Bronner-dommen.

45. Med det andet led har ST anført, at Retten i ST-dommens præmis 126 og 127 fejlagtigt udledte af TeliaSonera Sverige-dommen¹¹, at Bronner-betingelserne ikke fandt anvendelse. ST har fremhævet, at præmis 55-58 i TeliaSonera Sverige-dommen vedrørte en politik om avancepres, hvorimod dette selskab er anklaget for at nægte at indgå aftale med alternative operatører. Ifølge ST skal en sådan nægtelse vurderes i lyset af den retspraksis, der vedrører nægtelse af at indgå aftale, og som Bronner-dommen indgår i.

46. DT har fremført et lignende argument for at gøre gældende, at der i DT-dommens præmis 109 foreligger en retlig fejl.

9 – Jf. punkt 11 i nærværende forslag til afgørelse.

10 – Dom af 14.10.2010 (C-280/08 P, EU:C:2010:603).

11 – Dom af 17.2.2011 (C-52/09, EU:C:2011:83).

47. Med det tredje led har ST gjort gældende, at Retten i ST-dommens præmis 138 og 139 begik en retlig fejl, da den fastslog, at Rettens dom i sagen Clearstream mod Kommissionen¹² ikke var relevant med henblik på at vurdere ST's adfærd, med den begrundelse, at der ikke i sidstnævnte sag forelå en retlig forpligtelse til at levere den omhandlede tjeneste, og at den dominerende virksomhed ikke havde udviklet sin handelsstilling inden for rammerne af et lovbestemt monopol.

48. Med det fjerde led har ST gjort gældende, at Retten i ST-dommens præmis 133 og 134 fejlagtigt bekræftede, at en eksplicit eller kategorisk nægtelse af at indgå aftale, for at den kan kvalificeres som misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF, skal opfylde Bronner-dommens strenge betingelser, selv om disse betingelser ikke gælder i tilfælde af implicit nægtelse af at indgå aftale. Denne holdning fra Rettens side fører til at behandle en mere alvorlig adfærd (eksplicit nægtelse af at indgå aftale) gunstigere end en mindre alvorlig adfærd (implicit nægtelse af at indgå aftale). Ifølge ST er Rettens vurdering ligeledes i den henseende behæftet med en mangelfuld begrundelse.

49. DT har fremført et lignende argument for så vidt angår DT-dommens præmis 111, idet denne part har anfægtet den forskellige behandling af *eksplicit* nægtelse af adgang som omhandlet i Bronner-dommen og *implicit* nægtelse af adgang som omhandlet i nærværende sag.

50. Med det femte og sidste led har ST fremført, at Retten i ST-dommens præmis 153 og 154 fejlagtigt vurderede, at ST's tidligere statsmonopol udgjorde et retsgrundlag for ikke at anvende Bronner-betingelserne. ST har anført, at den eneste dom, som Retten henviste til i den forbindelse, nærmere bestemt Post Danmark-dommen¹³, på ingen måde understøtter denne holdning. ST har videre anført, at Bronner-dommen kræver en vurdering af den absolutte nødvendighed på tidspunktet for det hævdede misbrug, således at det er irrelevant, at der tidligere har været et lovmonopol.

2. Besvarelse af de af DT og ST fremførte argumenter

51. Samtlige de af DT og ST fremførte argumenter hviler på én forudsætning, nemlig at det ikke kunne konstateres, at den omhandlede praksis var udtryk for misbrug, uden at efterprøve den absolutte nødvendighed som omhandlet i Bronner-dommen.

52. Hvis Bronner-dommen ikke udgør en relevant kilde med henblik på at vurdere, om denne praksis var udtryk for misbrug, må samtlige DT's og ST's argumenter følgelig forkastes som ugrundede eller irrelevante.

53. Jeg er imidlertid faktisk overbevist om, at Bronner-dommen ikke er relevant i den foreliggende sag, af de nedenfor anførte grunde.

54. Mere generelt er denne sag en passende anledning til for Domstolen at klarlægge rækkevidden af Bronner-dommen, en problematik, der har været genstand for adskillige spørgsmål i retsmødet.

55. Jeg vil nærmere bestemt i det følgende påvise, at Bronner-dommen udgør et særtilfælde i det retlige landskab, der kendetegner artikel 102 TEUF. Rækkevidden af dette tilfælde bør fortolkes strengt for at beskytte den effektive virkning af artikel 102 TEUF¹⁴. Det er med andre ord udgangspunktet, at Bronner-betingelserne ikke kan anvendes med henblik på at vurdere, om der foreligger en overtrædelse af artikel 102 TEUF.

12 – Dom af 9.9.2009 (T-301/04, EU:T:2009:317).

13 – Dom af 27.3.2012 (C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 23).

14 – Jf. i denne retning dom af 17.2.2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 58).

a) Om den i Bronner-dommen undersøgte situation og de i denne dom fastsatte betingelser

56. Den situation, som Domstolen undersøgte i Bronner-dommen, blev tydeligt fastlagt i denne doms præmis 37: Domstolen undersøgte nærmere bestemt, om »den omstændighed, at den, der ejer den eneste landsdækkende udbringningsordning på en medlemsstats område, og som anvender ordningen med henblik på udbringning af sine egne dagblade, nægter at optage udgiveren af et konkurrerende dagblad i ordningen«, kunne kvalificeres som »misbrug« som omhandlet i artikel 102 TEUF.

57. Den situation, der blev undersøgt i Bronner-dommen, drejede sig med andre ord om en dominerende virksomheds nægtelse af at stille en infrastruktur, som den er ejer af – i det foreliggende tilfælde en udbringningsordning – til rådighed for en eller flere konkurrerende virksomheder. For enkeltheds skyld vil jeg herefter i nærværende forslag til afgørelse bruge udtrykket »nægtelse af tilrådighedsstillelse« ved henvisning til denne situation.

58. Dette principielle spørgsmål afviger ikke væsentligt fra spørgsmålet om, hvilke grænser der i medfør af artikel 102 TEUF kan anvendes i en situation, hvor en indehaver af en intellektuel ejendomsret udøver sin eneret. Dette forklarer de mange henvisninger i Bronner-dommen til dommen i sagen RTE og ITP mod Kommissionen, den såkaldte »Magill-dom«¹⁵.

59. Domstolen fastlagde i Bronner-dommens præmis 41 flere betingelser, der skal være opfyldt, for at en nægtelse af tilrådighedsstillelse kan udgøre et misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF. Med Domstolens formulering er det med henblik herpå en betingelse »ikke alene, at nægtelsen af at levere den tjenesteydelse, udbringningen udgør, medfører, at enhver konkurrence på dagbladsmarkedet fra den virksomheds side, som efterspørger tjenesteydelsen, udelukkes og ikke kan begrundes ud fra objektive forhold, men også, at tjenesteydelsen i sig selv er absolut nødvendig for udøvelsen af den pågældendes virksomhed i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ til den pågældende udbringningsordning«.

60. Jeg udleder af min læsning af Bronner-dommens præmis 41 tre betingelser, der skal være opfyldt, for at en nægtelse af tilrådighedsstillelse kan kvalificeres som »misbrug« (herefter »Bronner-betingelserne«):

- Nægtelsen af tilrådighedsstillelse skal medføre, at enhver konkurrence på det relevante marked fra den konkurrerende virksomheds side udelukkes.
- Nægtelsen kan ikke begrundes ud fra objektive forhold.
- Den pågældende infrastruktur skal være absolut nødvendig for udøvelsen af den konkurrerende virksomheds aktivitet i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ.

b) Om problemstillingen i nærværende sag med henblik på konkurrencepolitikken i EU

61. Ifølge DT og ST kan den omhandlede praksis kun kvalificeres som misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF, hvis Bronner-betingelserne er opfyldt kumulativt. Kommissionen har derimod gjort gældende, at den retspraksis, der følger af Bronner-dommen, ikke finder anvendelse på en sådan adfærd.

62. Jeg vil i den forbindelse gerne understrege problemstillingen i nærværende sag, hvilken rækker betydeligt ud over tvisten mellem alene disse parter.

¹⁵ – Dom af 6.4.1995 (C-241/91 P og C-242/91 P, EU:C:1995:98).

63. Bronner-betingelserne gør konstateringen af et misbrug betinget af en særligt høj retlig standard. De udgør på en måde en »top« i det retlige landskab, der kendetegner artikel 102 TEUF.

64. Heraf følger, at enhver udstrækning af rækkevidden af den retspraksis, der følger af Bronner-dommen, med logisk nødvendighed indebærer, at den effektive virkning af artikel 102 TEUF mindskes, ligesom Kommissionens beføjelse til at bekæmpe misbrug samtidig svækkes. Kommissionen forpligtes i praksis til at fremføre mærkbart vægtigere beviser for at konstatere, at der er tale om misbrug. På tilsvarende vis får virksomheder i en dominerende stilling en udvidet manøvremargin, idet der ikke længere pålægges sanktioner for deres adfærd, medmindre *alle* Bronner-betingelserne er opfyldt.

65. Mere billedligt udtrykt fører enhver udstrækning af den retspraksis, der følger af Bronner-dommen, til, at alene »super-misbrug« af en dominerende stilling forbydes, nemlig misbrug, der opfylder Bronner-betingelserne. Modsat *pålægges der ikke længere sanktioner* for enhver praksis, som en virksomhed i en dominerende stilling udøver, og som falder inden for *én af følgende tre tænkte situationer*:

- den udelukker ikke *enhver* konkurrence på det relevante marked fra den konkurrerende virksomheds side (første Bronner-betingelse vendt om)
- den kan begrundes ud fra objektive forhold (anden Bronner-betingelse vendt om), *eller*
- den vedrører ikke varer eller tjenesteydelser, der er absolut nødvendige for udøvelsen af den konkurrerende virksomheds aktivitet (tredje Bronner-betingelse vendt om).

c) Om Bronner-betingelsernes berettigelse

66. Nu hvor problemstillingen i nærværende sag er præsenteret, skal Bronner-betingelsernes berettigelse undersøges, idet disse ikke som sådan fremgår af ordlyden af artikel 102 TEUF.

67. Hvorfor har Domstolen fastsat en højere retlig standard for at vurdere, om en nægtelse af tilrådighedsstillelse er udtryk for misbrug, mens andre former for praksis fra dominerende virksomheders side – såsom fastsættelse af en urimelig pris¹⁶, et prispres¹⁷ eller andre urimelige kontraktvilkår¹⁸ – undersøges uden nogensinde at anvende Bronner-betingelserne?

68. Efter min opfattelse fremstilles svaret på dette spørgsmål tydeligt i det af generaladvokat Jacobs fremsatte forslag til afgørelse i Bronner-sagen¹⁹. I al korthed er der en grundlæggende forskel mellem på den ene side at pålægge sanktioner for *vilkårene* i en aftale, navnlig den aftalte pris, med den begrundelse, at disse vilkår begunstiger en virksomhed, der som følge af sin dominerende stilling ikke er underlagt markedsdisciplinen, og, på den anden side, at pålægge sanktioner for *en nægtelse af tilrådighedsstillelse*. At pålægge sanktioner for en nægtelse af tilrådighedsstillelse, hvilket svarer til at forpligte en virksomhed til at indgå en aftale, udgør et mærkbart større indgreb i virksomhedernes frihed.

16 – Jf. bl.a. dom af 13.11.1975, General Motors Continental mod Kommissionen (sag 26/75, EU:C:1975:150, præmis 11 og 12), af 11.11.1986, British Leyland mod Kommissionen (sag 226/84, EU:C:1986:421, præmis 27-30), af 13.7.1989, Tournier (sag 395/87, EU:C:1989:319, præmis 38), af 17.5.2001, TNT Traco (C-340/99, EU:C:2001:281, præmis 46 og 47), af 11.12.2008, Kanal 5 og TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703, præmis 28 og 29), af 16.7.2009, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland mod Kommissionen (C-385/07 P, EU:C:2009:456, præmis 141 og 142), af 27.2.2014, OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, præmis 87 og 88), og af 14.9.2017, Autortiesibu un komunicēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība (C-177/16, EU:C:2017:689, præmis 35-51).

17 – Dom af 17.2.2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 54 og 55), og af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 75).

18 – Jf. bl.a. Rettens dom af 22.11.2001, AAMS mod Kommissionen (T-139/98, EU:T:2001:272, præmis 76) og kendelse af 28.9.2006, Unilever Bestfoods mod Kommissionen (C-552/03 P, EU:C:2006:607, præmis 137).

19 – C-7/97 (EU:C:1998:264).

69. Det er denne væsensforskel, der begrundet den højere retlige standard, som fastsættes i Bronner-dommen. Herpå beror ligeledes berettigelsen af princippet om vigtig infrastruktur («essential facilities») i amerikansk konkurrenceret, som generaladvokat Jacobs redegjorde udførligt for i punkt 45 ff. i sit forslag til afgørelse i Bronner-sagen. Generaladvokat Jacobs klarlagde desuden denne væsensforskel ved at fremhæve, at der er tale om en dobbelt afvejning.

70. Den første afvejning modstiller grundlæggende rettigheder og fri konkurrence.

71. Således forklarede generaladvokat Jacobs i punkt 56 i sit forslag til afgørelse, at »retten til at vælge sine forretningsforbindelser og retten til at disponere frit over sin ejendom er almindeligt anerkendte principper i medlemsstaternes retsordener og [har] i visse tilfælde forfatningsrang. Der kan kun foretages indgreb i disse rettigheder, såfremt dette er omhyggeligt begrundet«.

72. Siden da har artikel 16 og 17 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder knæsat henholdsvis friheden til at oprette og drive egen virksomhed, som indbefatter aftalefriheden²⁰, og ejendomsretten.

73. Den forpligtelse, der i medfør af artikel 102 TEUF kan pålægges en virksomhed i en dominerende stilling, og som består i at stille en infrastruktur, som den er ejer af, til rådighed for konkurrerende virksomheder, indebærer et alvorligt og specifikt indgreb i denne virksomheds aftalefrihed og ejendomsret.

74. Det er af hensyn til dette alvorlige og specifikke indgreb i ovennævnte grundlæggende rettigheder, at Domstolen med rette har foreskrevet supplerende betingelser ved anvendelsen af artikel 102 TEUF i en sådan situation. Domstolen har herved foretaget en afvejning mellem på den ene side det – mere alvorlige – indgreb i de grundlæggende rettigheder for en virksomhed i en dominerende stilling, som består i en forpligtelse til at stille sin ejendom til rådighed, og, på den anden side, de – strengere – anvendelsesbetingelser for artikel 102 TEUF i en sådan situation, dvs. Bronner-betingelserne.

75. Den anden afvejning modstiller kortsigtede fordele og langsigtede fordele for konkurrencen samt, in fine, for forbrugerne.

76. Generaladvokat Jacobs påpeger i den forbindelse i punkt 57 i sit forslag til afgørelse, at »det ofte [er] nødvendigt at foretage en meget nøje afvejning af modstridende argumenter, når man konkurrencepolitisk vil begrunde, at der foretages indgreb i en dominerende virksomheds aftalefrihed. Normalt er det på længere sigt konkurrencefremmende og i forbrugernes interesse, at det tillades en virksomhed at bestemme, at indretninger, som den har udviklet med henblik på sine forretninger, udelukkende skal anvendes til virksomhedens eget brug. [...] Desuden ville en dominerende virksomheds incitament til at investere i effektive faciliteter blive mindsket, hvis virksomhedens konkurrenter på anmodning herom ville have mulighed for at få del i gevinsten«.

77. Generaladvokat Jacobs giver i punkt 62 i sit forslag til afgørelse udtryk for lignende betragtninger for så vidt angår nægtelse af at give licens til brug af intellektuelle ejendomsrettigheder: »Når sådanne enerettigheder gives for en tidsmæssigt begrænset periode, [...] er der herved i sig selv foretaget en afvejning mellem hensynet til fri konkurrence og hensynet til at tilskynde til forskning, udvikling og kreativitet. Det er derfor med god grund, at Domstolen har fastslået, at nægtelse af at meddele en licens, når der ikke foreligger andre faktorer, ikke i sig selv udgør et misbrug«.

78. At foreskrive en højere retlig standard for at vurdere, om nægtelse af tilrådgivelsesstilling er udtryk for misbrug, kan således ligeledes begrundes ud fra økonomiske overvejelser, idet det tilsigtes at beskytte de langsigtede fordele ved konkurrencen i henseende til investeringer og kreativitet.

20 – Ifølge forklaringerne til chartret om grundlæggende rettigheder (EUT 2007, C 303, s. 17) er artikel 16 i chartret om grundlæggende rettigheder navnlig baseret på Domstolens praksis vedrørende aftalefriheden.

79. Sammenfattende belyser denne dobbelte afvejning – den første mellem grundlæggende rettigheder og fri konkurrence, den anden mellem langsigtede fordele og kortsigtede fordele ved konkurrencen – væsensforskellen mellem at pålægge sanktioner for *vilkårene* i en aftale og at pålægge sanktioner for en *nægtelse af tilrådighedsstilling*. Det er denne væsensforskel, der begrundes, at der i Bronner-dommen foreskrives en højere retlig standard for at vurdere, om en nægtelse af tilrådighedsstilling er udtryk for misbrug.

d) Hvorfor begrebet »implicit nægtelse af adgang« er vildledende

80. Et af de argumenter, som DT og ST har fremført til fordel for at anvende Bronner-betingelserne på den omhandlede praksis, er bygget op omkring begrebet »implicit nægtelse af adgang«. Ifølge DT og ST burde den retspraksis, der følger af Bronner-dommen, finde anvendelse ikke kun i tilfælde af »eksplicit« nægtelse af adgang, således som Domstolen lagde til grund i Bronner-dommens præmis 37, men tillige over for urimelige kontraktvilkår, som en virksomhed i en dominerende stilling har påtvunget, og som de facto fører til samme resultat, dvs. *implicit* nægtelse af adgang.

81. Jeg har forståelse for, at begrebet »implicit nægtelse af adgang« kan virke tillokkende, for så vidt som bestemte urimelige kontraktvilkår i visse tilfælde kan være til hinder for, at der bliver indgået en aftale. Jeg vil dog med det samme understrege, at et kunstigt fokus på virkningen af bestemte kontraktvilkår vil føre til, at den bredere analyseramme, som Bronner-dommen er støttet på, og i særdeleshed den dobbelte afvejning, hvis indhold jeg netop har erindret om, overses.

82. Den strategiske interesse, som en virksomhed i en dominerende stilling, såsom den virksomhed, der udgøres af DT og ST, har i at fremføre en sådan argumentation omkring begrebet »implicit nægtelse«, er indlysende. Som jeg har redegjort for i punkt 62-65 i nærværende forslag til afgørelse, vil en udstrækning af Bronner-betingelserne til andre former for praksis gøre det muligt på én gang at mindske den effektive virkning af artikel 102 TEUF, svække Kommissionens beføjelse og udvide den manøvreremargen, som virksomheder i en dominerende stilling har.

83. Jeg har derimod sværere ved at forstå, at Kommissionen vedholdende fastholder brugen af denne sondring, hvad enten det er i denne form eller ifølge en anden terminologi, der modstiller *kategorisk* og *implicit* nægtelse af adgang. Adspurgt flere gange i retsmødet i denne forbindelse har Kommissionen haft vanskeligt ved at redegøre for, af hvilke grunde den omhandlede praksis ikke ville kunne kvalificeres som »*implicit* nægtelse af adgang«.

84. Disse vanskeligheder udspringer i virkeligheden af, at selve begrebet »implicit nægtelse af adgang« er vildledende. Dette begreb, der på ingen måde understøttes hverken af Bronner-dommen eller af generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i den pågældende sag, har nemlig en potentielt ubegrænset elastisk rækkevidde. Som illustration, udgør det at påtvinge en urimelig pris da ikke en *implicit* nægtelse af adgang?

85. I yderste konsekvens kunne man rejse det spørgsmål, om ikke *ethvert* misbrug på en vis måde udgør en *implicit* nægtelse af adgang, eftersom enhver ulempe, som en dominerende virksomhed påtvinger en anden virksomhed, vil kunne afskrække potentielle kunder fra at gøre brug af de varer og tjenesteydelser, som denne tilbyder.

86. Det må dog imidlertid konstateres, at Domstolen aldrig har anvendt Bronner-betingelserne eller et tilsvarende retligt kriterium på urimelige kontraktvilkår. Bronner-betingelsernes manglende relevans er særligt iøjnefaldende for så vidt angår prispolitikker, hvilke – hvis et sådant begreb fandtes – ville udgøre *implicitte* nægtelser af adgang par excellence, på grund af den afgørende rolle, som prisen spiller for konkurrencen. Domstolen har imidlertid ikke i sin meget tidlige praksis vedrørende

urimelige priser gjort brug af et retligt kriterium svarende til Bronner-betingelserne²¹.

87. Senest har Domstolen ligeledes undladt at anvende Bronner-betingelserne i to domme, der vedrørte takstpolitikker hos organisationer for kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder, alt imens det med rimelighed kan formodes, at disse organisationers tjenester var absolut nødvendige for bestemte efterfølgende aktiviteter²². Domstolen har ligeledes, i TeliaSonera Sverige-dommen²³ og i dommen i sagen Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen²⁴, forkastet relevansen af Bronner-dommen for så vidt angår avancepres, hvilket udgør en særlig kategori inden for prispolitik, der er udtryk for misbrug.

88. Sammenfattende har Domstolen aldrig anvendt Bronner-betingelserne på prispolitik, der er udtryk for misbrug, selv om en sådan praksis ville udgøre implicitte nægtelser af adgang par excellence.

89. Følgelig ville det at ligestille en sådan praksis med implicitte nægtelser af adgang i dag føre til at vende op og ned på store dele af den retspraksis, der vedrører misbrug, og optage Bronner-betingelserne i selve kernen af artikel 102 TEUF. Bronner-dommen ville blive udgangspunktet, og ikke længere et særtilfælde, hvilket ville gå imod selve ordlyden af artikel 102 TEUF, hvis rækkevidde ikke er begrænset til misbrug, der vedrører varer og tjenesteydelser, som er »absolut nødvendige« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i denne dom.

90. Med henblik på at begrænse rækkevidden af begrebet »implicit nægtelse« kunne nogle finde det hensigtsmæssigt at begrænse den til de mest alvorlige tilfælde af misbrug. Som illustration ville alene en *meget* urimelig pris blive kvalificeret som »implicit nægtelse af adgang« og bringe Bronner-betingelserne i anvendelse, mens *let* urimelige priser ville forblive »simpelt« misbrug.

91. At vælge denne fremgangsmåde ville efter min opfattelse være en alvorlig fejltagelse. Man ville derved bringe en anseelig kilde til vilkårlighed ind i selve hjertet af konkurrenceretten, et område, hvor retssikkerheden er af største betydning for virksomhederne. Grænsen mellem implicit nægtelse af adgang og simpelt misbrug kan nemlig kun være vilkårlig²⁵.

92. En sådan omkvalificering af de mest alvorlige tilfælde af misbrug som implicitte nægtelser af adgang ville desuden føre til en mildest talt paradoksal situation. Den ville føre til at anvende Bronner-betingelserne på de mest alvorlige tilfælde af misbrug – kvalificeret som implicit nægtelse af adgang – og dermed gøre det vanskeligere at pålægge sanktioner i disse tilfælde. Nærmere bestemt ville de mest alvorlige tilfælde af misbrug (f.eks. en *meget* urimelig pris) blive underlagt et mindre strengt regelsæt end de mindst alvorlige tilfælde af misbrug (f.eks. en *let* urimelig pris).

93. Modsat den argumentation fra appellanternes side, som er sammenfattet i punkt 48 og 49 i nærværende forslag til afgørelse, er det således faktisk selve begrebet implicit nægtelse af adgang, der ville føre til, at de mest alvorlige handlinger ville blive behandlet mest fordelagtigt.

21 – Jf. bl.a. dom af 13.11.1975, General Motors Continental mod Kommissionen (sag 26/75, EU:C:1975:150, præmis 11 og 12), af 11.11.1986, British Leyland mod Kommissionen (sag 226/84, EU:C:1986:421, præmis 27-30), af 13.7.1989, Tournier (sag 395/87, EU:C:1989:319, præmis 38), af 17.5.2001, TNT Traco (C-340/99, EU:C:2001:281, præmis 46 og 47), af 11.12.2008, Kanal 5 og TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703, præmis 28 og 29), og af 16.7.2009, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland mod Kommissionen (C-385/07 P, EU:C:2009:456, præmis 141 og 142).

22 – Jf. dom af 27.2.2014, OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, præmis 87 og 88), og af 14.9.2017, Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība (C-177/16, EU:C:2017:689, præmis 35-51).

23 – Dom af 17.2.2011 (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 55-58).

24 – Dom af 10.7.2014 (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 96).

25 – Som illustration, fra og med hvilken grænse ville en urimelig pris da blive til en implicit nægtelse af adgang? Når denne pris er 200% højere end den dominerende virksomheds omkostninger? Eller 175% højere end disse omkostninger? Hvis det ikke er 150% af den faktiske gennemsnitspris på de markeder, der er identificeret som værende ligestillede? Jeg vil understrege, at denne grænse forekommer mig endnu vanskeligere at fastlægge for så vidt angår betingelser, der ikke vedrører priser.

94. Jeg erindrer i denne henseende om, at grovheden af den dominerende virksomheds adfærd, således som Kommissionen med rette har anført, ikke er et relevant kriterium med henblik på at vurdere, om der foreligger en overtrædelse af artikel 102 TEUF. Grovheden kommer i henhold til artikel 23, stk. 3, i forordning (EF) nr. 1/2003²⁶ først i betragtning på stadiet for fastsættelsen af bødens størrelse.

95. Endeligt beror Bronner-betingelsernes berettigelse, hvorom der erindres i punkt 66-79 i nærværende forslag til afgørelse, på væsensforskellen mellem at pålægge sanktioner for vilkårene i en aftale og at pålægge sanktioner for en nægtelse af tilrådighedsstillelse. I lyset af denne berettigelse er der efter min opfattelse ingen tvivl om, at det ikke er hensigten med Bronner-betingelserne, at de skal anvendes på urimelige kontraktvilkår.

96. Henset til det ovenfor anførte er det efter min vurdering tvingende nødvendigt, at begrebet »implicit nægtelse af adgang« i forbindelse med artikel 102 TEUF forkastes, hvad enten det er i den dom, der skal afsiges, eller i en hvilken som helst anden sammenhæng.

e) Om Bronner-betingelsernes uanvendelighed i forhold til den omhandlede praksis

97. Nu hvor jeg har fremhævet problemstillingen i nærværende sag, Bronner-betingelsernes berettigelse og den omstændighed, at begrebet »implicit nægtelse af adgang« er vildledende, mangler jeg at undersøge, hvorvidt den omhandlede praksis er omfattet af den situation, der blev undersøgt i Bronner-dommen, og som jeg har erindret om i punkt 56 og 57 i nærværende forslag til afgørelse.

98. Denne situation omhandler en dominerende virksomheds nægtelse af at stille en infrastruktur, som den er ejer af, til rådighed for en eller flere konkurrerende virksomheder.

99. Den omhandlede praksis, som er beskrevet i punkt 37 i nærværende forslag til afgørelse, er imidlertid ikke omfattet af denne situation, således som Retten uden herved at begå fejl bemærkede i DT-dommens præmis 98 og 99 og i ST-dommens præmis 118 og 119.

100. ST nægtede nemlig ikke at indrømme ubundet adgang til de abonnentledninger, som den er ejer af, men påtvang de virksomheder, der ønskede adgang hertil, urimelige vilkår, således som Kommissionen med rette har fremhævet.

101. Det er i den henseende uden relevans, at ST blev nødt til at give adgang til abonnentledningerne som følge af retlige forpligtelser. Konklusionen ville være den samme, hvis ST frit havde valgt at give adgang til abonnentledningerne. Det eneste forhold, der har betydning for at udelukke relevansen af Bronner-dommen, er, at ST ikke nægtede adgang til en infrastruktur, som den er ejer af.

102. I modsætning til, hvad DT og ST har gjort gældende, understøttes denne fortolkning af dommen i sagen TeliaSonera Sverige²⁷, således som Retten med føje bemærkede i DT-dommens præmis 106-110 og i ST-dommens præmis 123-127.

103. Domstolen erindrede i præmis 55 i TeliaSonera Sverige-dommen²⁸ i det væsentlige om, at Bronner-betingelserne, og i særlig grad kravet om nødvendighed, ikke kunne finde anvendelse i forbindelse med vurderingen af misbrug som følge af en adfærd, som har bestået i at lade udbud af tjenester eller varesalg være omfattet af ufordelagtige vilkår eller vilkår, som køberen ikke kunne være interesseret i.

26 – Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [...] artikel [101 TEUF og 102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1). Ifølge ordlyden af artikel 23, stk. 3, heri »[skal der] ved fastlæggelse af bødens størrelse [...] tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og varighed«.

27 – Dom af 17.2.2011 (C-52/09, EU:C:2011:83).

28 – Dom af 17.2.2011 (C-52/09, EU:C:2011:83).

104. Derudover bemærkede Domstolen i denne doms præmis 58, at en udvidelse af rækkevidden af Bronner-dommen til enhver adfærd, der udvises af en dominerende virksomhed i forbindelse med dennes handelsvilkår, ville kræve, at »[Bronner-]betingelserne altid skal være opfyldt, hvilket utilbørligt vil svække den effektive virkning af artikel 102 TEUF«.

105. Domstolen afslog i den forbindelse at følge generaladvokat Mazáks vurdering i denne sag. Generaladvokat Mazák havde nemlig talt for teorien om implicit nægtelse af at handle og den tilsvarende forpligtelse til at efterprøve, hvorvidt videresalgsprodukterne er absolut nødvendige, i overensstemmelse med den af TeliaSonera Sverige fremførte argumentation, som Domstolen til slut med rette forkastede²⁹.

106. Domstolen erindrede ligeledes i præmis 96 i dommen i sagen Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen³⁰ om, at prispres udgør en selvstændig form for misbrug, der er forskellig fra en leveringsnægtelse, som Bronner-betingelserne ikke finder anvendelse på.

107. Disse to domme bekræftede således den begrænsede rækkevidde af Bronner-dommen, som udgør et særtilfælde i det retlige landskab, der kendetegner artikel 102 TEUF.

108. Efter denne præcisering må DT's og ST's anfægtelser vedrørende henvisningerne i DT-dommen og ST-dommen til dommen i sagen Deutsche Telekom mod Kommissionen³¹ og til Post Danmark-dommen³² samt til Rettens dom i sagen Clearstream mod Kommissionen³³ forkastes som ugrundede. Hensigten med disse argumenter er nemlig at anfægte det ræsonnement, der førte til, at Retten udelukkede relevansen af Bronner-dommen i forhold til omstændighederne i de foreliggende sager. Som jeg netop har præciseret, begik Retten imidlertid i den forbindelse ingen retlig fejl.

109. Jeg går nu videre til undersøgelsen af det sidste argument, som DT og ST har fremført, og som er sammenfattet i punkt 41-44 i nærværende forslag til afgørelse. Dette argument er særligt rettet mod DT-dommens præmis 101 og ST-dommens præmis 121, der har samme ordlyd:

»Da det fremgik klart af de relevante rammebestemmelser, at der var behov for adgang til ST's abonnentledninger for at bane vej for og udvikle en effektiv konkurrence på det slovakiske marked for bredbåndsinternettjenester, behøvede Kommissionen således ikke at påvise, at en sådan adgang var absolut nødvendig som omhandlet i den sidste betingelse, der er fastsat i [Bronner-dommens] præmis 41.«

110. Ifølge DT og ST betragtede Retten fejlagtigt den forudgående undersøgelse, som den nationale tilsynsmyndighed foretager i medfør af rammebestemmelserne, som ligestillet med den undersøgelse af den absolutte nødvendighed, som det efterfølgende påhviler Kommissionen at foretage i henhold til artikel 102 TEUF som fortolket i Bronner-dommen.

111. Jeg vil gerne indrømme, at det, i overensstemmelse med, hvad DT og ST har anført, forekommer mig vanskeligt at ligestille disse to typer undersøgelser. Nævnte parters argument er imidlertid irrelevant, da det beror på en urigtig fortolkning af de appellerede domme.

112. I modsætning til, hvad DT og ST har anført, ligestillede Retten nemlig ikke disse to typer undersøgelser, men vurderede med rette, at Bronner-betingelserne *ikke finder anvendelse* i forhold til omstændighederne i de foreliggende sager.

29 – Generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2010:483, punkt 11-32, jf. særligt punkt 11 og 16).

30 – Dom af 10.7.2014 (C-295/12 P, EU:C:2014:2062).

31 – Dom af 14.10.2010 (C-280/08 P, EU:C:2010:603).

32 – Dom af 27.3.2012 (C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 23).

33 – Dom af 9.9.2009 (T-301/04, EU:T:2009:317).

113. Denne fortolkning fremgår for det første af den formulering, der anvendes i DT-dommens præmis 101 og i ST-dommens præmis 121, hvis ordlyd er gengivet ovenfor, idet denne formulering ikke fastslår, at disse to typer undersøgelser er ligestillede. For det andet indgår disse præmisser i et mere omfattende ræsonnement, der fremstilles i DT-dommens præmis 97-105 og i ST-dommens præmis 117-122, i forlængelse af hvilket Retten med føje konkluderede, at Bronner-betingelserne ganske enkelt ikke finder anvendelse i forhold til disse omstændigheder.

114. Retten begik i den forbindelse ingen retlig fejl. Som jeg har erindret om i punkt 101 i nærværende forslag til afgørelse, er det afgørende forhold for at udelukke relevansen af Bronner-dommen, at ST ikke nægtede adgang til en infrastruktur, som den er ejer af.

115. Desuden erindrede Retten i DT-dommens præmis 97 og i ST-dommens præmis 117 med føje om, at da bestemmelserne inden for telekommunikationssektoren fastlægger de retlige rammer for denne sektor og herved bidrager til at fastlægge konkurrencevilkårene for, hvornår en virksomhed er aktiv på de pågældende markeder, er retsforskrifterne relevante i forbindelse med anvendelsen af artikel 102 TEUF på denne virksomheds adfærd, uanset om det er for at definere de pågældende markeder, for at vurdere, om en virksomhed er ansvarlig for en sådan adfærd, eller for at fastsætte bøder³⁴.

116. Det er i den foreliggende sag ubestridt, at rammebestemmelserne påtvang ST en forpligtelse til at indrømme adgang, således som Retten bemærkede i DT-dommens præmis 99 og 100 og i ST-dommens præmis 119 og 120.

117. Det følger af det ovenfor anførte, at DT's første anbringende og ST's første anbringende må forkastes som ubegrundede.

B. Om DT's andet anbringende

1. Sammenfatning af de af DT fremførte argumenter

118. Med det andet anbringende har DT gjort gældende, at DT-dommen er behæftet med retlige fejl for så vidt angår anvendelsen af reglen om, at moderselskabets bestemmende indflydelse på datterselskabet skal have været faktisk udøvet. DT har således anført, at Retten i DT-dommens præmis 230 gengav denne regel korrekt, men at den imidlertid begik to typer fejl i forbindelse med anvendelsen af nævnte regel.

119. Med det andet anbringendes første led har DT anført, at Retten fejlagtigt vurderede, at visse faktiske omstændigheder, hvoraf der følger en mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse, ligeledes kan anvendes som indicier for en faktisk udøvelse af denne bestemmende indflydelse.

120. DT er af den opfattelse, at faktiske omstændigheder, hvoraf der alene følger en mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse, ikke kan anvendes til at fastslå, at der faktisk udøves en bestemmende indflydelse. Enhver anden fortolkning ville ophæve sondringen mellem mulighed for udøvelse og faktisk udøvelse og føre til en uretmæssig udstrækning af den formodning, der finder anvendelse på datterselskaber, der ejes 100%³⁵.

34 – Dom af 14.10.2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 224).

35 – Jf. bl.a. dom af 16.11.2000, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen (C-286/98 P, EU:C:2000:630, præmis 29), af 10.9.2009, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 60 og 63), og af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 54).

121. Retten begik ifølge DT denne fejl flere steder i DT-dommen, idet den antog, at indicier, på grundlag af hvilke der alene blev fastslået en mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse, beviste, at en sådan indflydelse faktisk blev udøvet:

- i præmis 233 for så vidt angår et sammenfald af funktioner hos datterselskabet og hos moderselskabet
- i præmis 249 ff. for så vidt angår tilstedeværelsen af nogle af sagsøgerens ledende medarbejdere i ST's bestyrelse
- i præmis 280 ff. for så vidt angår DT's tilrådighedsstillelse af medarbejdere med henblik på udførelsen af bestemte aktiviteter hos ST, og
- i præmis 294 for så vidt angår ST's oversendelse af rapporter vedrørende selskabets handelspolitik.

122. Med det andet anbringendes andet led har DT gjort gældende, at Retten i forbindelse med den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder, som Kommissionen havde støttet sig på, fejlagtigt anvendte reglen om, at en bestemmende indflydelse skal have været faktisk udøvet.

123. I den appellerede doms præmis 262, 273, 274 og 278 konkluderede Retten således, at der var tale om faktisk udøvelse af en bestemmende indflydelse, alene ud fra, at der forelå en mulighed for en sådan udøvelse, og idet den undlod at foretage en særskilt undersøgelse af, hvorvidt nævnte faktiske udøvelse forelå.

2. Besvarelse af de af DT fremførte argumenter

124. Jeg erindrer indledningsvis om, at det alene er Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de faktiske omstændigheder og i princippet til at bedømme de beviser, den har lagt til grund ved fastlæggelsen af disse faktiske omstændigheder. Rettens vurdering heraf udgør derfor ikke et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret, medmindre oplysningerne er gengivet urigtigt³⁶.

125. I den foreliggende sag har DT ikke hævdet, at der er tale om urigtig gengivelse af det bevismateriale, som Retten undersøgte. Det tilkommer derfor ikke Domstolen, der træffer afgørelse som appelinstans, at foretage en fornyet undersøgelse af bevisværdien af de faktuelle indicier, som DT har anført inden for rammene af sit andet anbringende.

126. For præcist at fastlægge rækkevidden af DT's argumentation finder jeg det hensigtsmæssigt at betragte den i sammenhæng med Domstolens praksis vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt moderselskabet kan pålægges ansvaret for den adfærd, som et datterselskab har udvist, således at forstå, at dette moderselskabs kapitalandel i datterselskabet er for ubetydelig til at kunne omfattes af »Akzo Nobel«-formodningen³⁷. I den periode, der er relevant for nærværende sager, havde DT nemlig en andel på 51% af kapitalen i ST³⁸.

36 – Jf. eksempelvis dom af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 84 og den deri nævnte retspraksis).

37 – Jf. den i fodnote 3 nævnte retspraksis.

38 – Jf. punkt 6 i nærværende forslag til afgørelse.

127. Det følger af fast retspraksis, at begrebet *virksomhed* omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde. Domstolen har herved præciseret, dels at begrebet virksomhed i denne kontekst skal forstås som en økonomisk enhed, også når denne økonomiske enhed juridisk set udgøres af flere fysiske eller juridiske personer, dels at når en sådan økonomisk enhed overtræder konkurrencereglerne, påhviler det den ifølge princippet om personligt ansvar at stå til regnskab for overtrædelsen³⁹.

128. Et datterselskabs adfærd kan således tilregnes moderselskabet, bl.a. når datterselskabet, selv om det er en selvstændig juridisk person, ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet, navnlig under hensyn til de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem disse to virksomheder⁴⁰.

129. Moderselskabet og datterselskabet er nemlig i en sådan situation en del af samme økonomiske enhed og udgør derfor *én virksomhed* i overensstemmelse med den retspraksis, der er erindret om ovenfor. Den omstændighed, at et moderselskab og dets datterselskab således udgør én virksomhed, giver Kommissionen mulighed for at rette en afgørelse, hvorved der pålægges en bøde, til moderselskabet, uden at der kræves en konstatering af, at sidstnævnte var direkte impliceret i overtrædelsen⁴¹.

130. I forbindelse med, at konkurrenceretten på denne måde er bygget op omkring det økonomiske begreb »virksomhed«, har Domstolen præciseret, at der ved vurderingen af, om moderselskabet kan udøve en bestemmende indflydelse over dets datterselskabs adfærd på markedet, skal tages hensyn til alle de faktorer, der er relevante for de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem datterselskabet og dets moderselskab, og således tages hensyn til den økonomiske virkelighed⁴².

131. Domstolen har i denne henseende videre påpeget, at Kommissionen ikke bør begrænse sig til at fastslå, at moderselskabet er *i stand til* at udøve en bestemmende indflydelse på datterselskabets adfærd, men ligeledes bør undersøge, om denne indflydelse *faktisk* er blevet udøvet⁴³.

132. Det tilkommer med andre ord Kommissionen på grundlag af en helhed af faktiske omstændigheder, herunder navnlig, at den ene af disse enheder har haft ledelsesbeføjelser over for den anden, at godtgøre, at moderselskabet faktisk udøver en bestemmende indflydelse på datterselskabet⁴⁴.

39 – Jf. bl.a. dom af 29.3.2011, ArcelorMittal Luxembourg mod Kommissionen og Kommissionen mod ArcelorMittal Luxembourg m.fl. (C-201/09 P og C-216/09 P, EU:C:2011:190, præmis 95), af 29.9.2011, Elf Aquitaine mod Kommissionen (C-521/09 P, EU:C:2011:620, præmis 53), og af 26.10.2017, Global Steel Wire m.fl. mod Kommissionen (C-457/16 P og C-459/16 P – C-461/16 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:819, præmis 81 og 82).

40 – Jf. bl.a. dom af 10.9.2009, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 58), af 10.4.2014, Areva m.fl. mod Kommissionen (C-247/11 P og C-253/11 P, EU:C:2014:257, præmis 30), og af 24.6.2015, Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen og Kommissionen mod Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P og C-294/13 P, EU:C:2015:416, præmis 75).

41 – Jf. bl.a. dom af 10.9.2009, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 59), af 26.9.2013, The Dow Chemical Company mod Kommissionen (C-179/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:605, præmis 53), og af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 53).

42 – Jf. bl.a. dom af 24.6.2015, Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen og Kommissionen mod Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P og C-294/13 P, EU:C:2015:416, præmis 76), og af 18.1.2017, Toshiba mod Kommissionen (C-623/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:21, præmis 46).

43 – Jf. bl.a. dom af 26.9.2013, The Dow Chemical Company mod Kommissionen (C-179/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:605, præmis 55), og af 26.9.2013, EI du Pont de Nemours mod Kommissionen (C-172/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:601, præmis 44). Retten har ligeledes jævnligt omtalt dette krav: jf. bl.a. dom af 15.7.2015, Socitrel og Companhia Previdente mod Kommissionen (T-413/10 og T-414/10, EU:T:2015:500, præmis 200, af 9.9.2015, Toshiba mod Kommissionen (T-104/13, EU:T:2015:610, præmis 95), og af 12.7.2018, The Goldman Sachs Group mod Kommissionen (T-419/14, EU:T:2018:445, præmis 84).

44 – Jf. bl.a. dom af 26.9.2013, EI du Pont de Nemours mod Kommissionen (C-172/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:601, præmis 47), af 26.9.2013, The Dow Chemical Company mod Kommissionen (C-179/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:605, præmis 67), og af 18.1.2017, Toshiba mod Kommissionen (C-623/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:21, præmis 48).

133. For så vidt angår bevisformen har Domstolen præciseret, at den faktiske udøvelse af en bestemmende indflydelse kan udledes af en række sammenfaldende omstændigheder, selv om ingen af disse omstændigheder isoleret betragtet er tilstrækkeligt til at fastslå, at der er tale om en sådan indflydelse⁴⁵.

134. Det er på dette trin, at den argumentation, som DT har fremsat inden for rammerne af sit andet anbringende, indgår.

135. DT har gjort gældende, at Retten fejlagtigt vurderede, at visse faktiske omstændigheder, hvoraf der alene følger en *mulighed* for at udøve en bestemmende indflydelse, ligeledes kan anvendes som indicier for en *faktisk udøvelse* af denne bestemmende indflydelse.

136. DT tilsigter med andre ord at udelukke en hel kategori af faktuelle indicier, nærmere bestemt de indicier, hvoraf der fremgår en mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse, fra de bevismidler, som Kommissionen kan anvende for at fastslå, at der faktisk udøves en sådan indflydelse.

137. Denne argumentation er efter min opfattelse helt grundløs af mindst tre grunde.

138. For det første følger en sådan begrænsning på ingen måde af Domstolens praksis vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt moderselskabet kan pålægges ansvaret for den adfærd, som et datterselskab har udvist, således som jeg har sammenfattet ovenfor.

139. Mere specifikt fremgår det udtrykkeligt af denne retspraksis, at den faktiske udøvelse af en bestemmende indflydelse kan udledes af en række sammenfaldende omstændigheder, selv om ingen af disse omstændigheder isoleret betragtet er tilstrækkelig til at fastslå, at der er tale om en sådan indflydelse⁴⁶. Domstolen har i den henseende ikke fastlagt nogen begrænsning eller noget kriterium med hensyn til, hvilke »sammenfaldende omstændigheder« Kommissionen kan anvende.

140. For det andet ser jeg ingen logisk grund, der taler for at udelukke, at det samme faktuelle indicium på én gang kan medvirke til at godtgøre, dels at der er *mulighed* for en bestemmende indflydelse, dels at denne indflydelse *faktisk udøves*.

141. En række indicier, hvorved der fastslås en faktisk udøvelse, skal naturligvis være stærkere og mere detaljeret end en række indicier, hvorved der alene fastslås en mulighed. Det står ikke desto mindre fast, at det samme indicium gyldigt kan benyttes i begge sammenhænge.

142. For det tredje mener jeg, at DT's argumentation i praksis fører til at indskrænke de faktiske omstændigheder, som Kommissionen kan anvende, til alene at omfatte »flagrante« beviser⁴⁷, som f.eks. en skriftlig besked indeholdende en instruks fra moderselskabet om, at datterselskabet skal ændre sin prispolitik.

143. Kommissionen har dog kun sjældent sådanne klare beviser til sin rådighed. Det er derfor tvungende nødvendigt for at sikre virkningen af Kommissionens indgreb på konkurrenceområdet, at den kan støtte sig på ethvert faktuel indicium, uanset dets karakter, forstået således, at rækken af faktuelle indicier betragtet samlet skal fastslå, at der er tale om faktisk udøvelse af en bestemmende indflydelse.

45 – Jf. bl.a. dom af 24.6.2015, Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen og Kommissionen mod Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P og C-294/13 P, EU:C:2015:416, præmis 77), og af 18.1.2017, Toshiba mod Kommissionen (C-623/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:21, præmis 47).

46 – Jf. punkt 133 og den deri nævnte retspraksis i nærværende forslag til afgørelse.

47 – Flagrant er lånt fra klassisk latin *flagrans*, »brændende, flammende«, der på juridisk senlatin anvendes i overført betydning (»iøjnefaldende og åbenlyst« som ild) i udtrykket *flagranti crimine*, »i flagrant forbrydelse [på forsk gerning]«. Adjektivet anvendes om det, der begås for øjnene af den, der konstaterer det, når der er tale om en forbrydelse, deraf flagrant forbrydelse [fersk gerning]. Jf. A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française* (Paris, Le Robert, 2016).

144. Som Kommissionen har påpeget, ville anvendeligheden af visse faktiske omstændigheder og indicier, hvis man fulgte DT's ræsonnement, afhænge af formelle kriterier, der ikke ville være tilpasset virksomhedernes økonomiske virkelighed.

145. Det følger af det ovenfor anførte, at den forudsætning, som DT's andet anbringende er baseret på, er fejlagtig, således at dette anbringende må forkastes i sin helhed.

C. Om DT's tredje anbringende

1. Sammenfatning af de af DT fremførte argumenter

146. Med det tredje anbringende har DT gjort gældende, at DT-dommen er behæftet med retlige fejl for så vidt angår anvendelsen af reglen om, at datterselskabet i det væsentlige skal have fulgt de instrukser, som det modtog fra moderselskabet.

147. Det fremgår ifølge DT af fast retspraksis siden dommen i sagen Imperial Chemical Industries mod Kommissionen⁴⁸, at spørgsmålet om, hvorvidt moderselskabet kan pålægges ansvaret for den adfærd, som et datterselskab har udvist, er betinget af, at fire kumulative betingelser er opfyldt samtidig:

- moderselskabet har skullet være i stand til at udøve en bestemmende indflydelse
- moderselskabet har faktisk udøvet en sådan bestemmende indflydelse
- datterselskabet har som følge heraf ikke selvstændigt fastlagt sin adfærd på markedet, og
- datterselskabet har i det væsentlige fulgt de instrukser, som det modtog fra moderselskabet.

148. Den fjerde betingelse, der forudsætter, at datterselskabet »i det væsentlige« har fulgt de instrukser, som det modtog fra moderselskabet, tjener angiveligt til at efterprøve, hvorvidt den bestemmende indflydelse, som moderselskabet har udøvet, er relevant.

149. Ifølge DT nøjedes Retten i denne henseende med at konstatere dels, at en vis selvstændighed fra datterselskabets side ikke er uforenelig med dette datterselskabs tilhørsforhold til samme økonomiske enhed som dets moderselskab (DT-dommens præmis 470), dels at ST's overordnede strategi på markedet blev fastlagt af DT (DT-dommens præmis 471).

150. For så vidt angår denne anden konstatering har DT præciseret, at den ikke underbygges af DT-dommens præmis 237-464, hvortil Retten henviste i denne doms præmis 471. Ifølge DT opregnede Retten i nævnte præmisser flere indicier for, at DT havde udøvet en bestemmende indflydelse på ST, uden af den grund at konstatere, at der forelå konkrete instrukser, som DT havde givet til ST.

151. Som følge heraf og a fortiori kunne Retten ikke konstatere, at ST »i det væsentlige« havde fulgt DT's instrukser. DT har videre anført, at DT-dommen er behæftet med en mangelfuld begrundelse i denne henseende.

48 – Dom af 14.7.1972 (sag 48/69, EU:C:1972:70, præmis 137).

2. Besvarelse af de af DT fremførte argumenter

152. DT's tredje anbringende er behæftet med samme uafhjælpelige mangel som den, der kendetegner denne parts første og andet anbringende, nærmere bestemt en fejlagtig forudsætning.

153. I modsætning til, hvad DT har gjort gældende, har Domstolen nemlig aldrig fastslået, at spørgsmålet om, hvorvidt moderselskabet kan pålægges ansvaret for den adfærd, som et datterselskab har udvist, er betinget af, at de fire betingelser, der er nævnt i punkt 147 i nærværende forslag til afgørelse, er opfyldt samtidig.

154. Der findes i virkeligheden kun ét eneste relevant kriterium i den henseende, nemlig kriteriet med hensyn til, hvorvidt der er tale om en økonomisk *enhed*, med andre ord én virksomhed, der udgøres af moderselskabet og datterselskabet, således som Kommissionen med rette har gjort gældende. Det er udelukkende i denne situation, at Kommissionen er bemyndiget til at pålægge moderselskabet ansvaret for den adfærd, som datterselskabet har udvist, eller, udtrykt på en anden måde, til at foretage »ansvarsgennembrud« i forhold til adskilte retlige strukturer med det formål at forstærke konkurrenceretens virkning⁴⁹.

155. Det er i lyset af disse principper, at den regel om fire betingelser, som DT har anført, skal forstås.

156. Domstolen har efter min opfattelse *på det nuværende udviklingstrin* af sin praksis fastlagt to bevismæssige fremgangsmåder, hvorved Kommissionen konkret kan fastslå, at der er tale om en økonomisk enhed mellem et moderselskab og dets datterselskab:

- Kommissionen kan dels fastslå, at moderselskabet er i stand til at udøve en bestemmende indflydelse på datterselskabets adfærd, og at det faktisk har udøvet en sådan indflydelse⁵⁰.
- Dels kan Kommissionen bevise, at datterselskabet ikke selvstændigt bestemmer sin adfærd på markedet, men at det i det væsentlige følger de instrukser, som det modtager fra moderselskabet, navnlig henset til de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem disse to retlige enheder⁵¹.

157. DT's argumentation svarer i det væsentlige til at forene disse to bevismæssige fremgangsmåder og kræve af Kommissionen, at den fremlægger et »dobbelt bevis«: Den vil på én gang skulle godtgøre, at moderselskabet faktisk har udøvet en bestemmende indflydelse, og at der foreligger instrukser, som datterselskabet i det væsentlige har fulgt.

158. Der er efter min opfattelse ikke videre tvivl om, at denne argumentation er helt grundløs såvel på det plan, der vedrører retspraksis, som på det fornuftsmæssige plan.

159. På det plan, der vedrører retspraksis, fremgår det ikke af nogen dom afsagt af Domstolen, at Kommissionen skulle være forpligtet til at fremlægge et sådant dobbelt bevis.

160. På det logiske plan har disse to *bevismæssige* fremgangsmåder samme formål, nemlig at fastslå, at der er tale om en økonomisk enhed (eller en virksomhed), der udgøres af moderselskabet og datterselskabet. Det ville derfor være overflødigt at kræve af Kommissionen, at den skulle følge disse to fremgangsmåder samtidigt. Som Kommissionen har påpeget, bør disse to bevismæssige fremgangsmåder betragtes som lige gyldige.

49 – Jf. punkt 127 i nærværende forslag til afgørelse og den deri nævnte retspraksis.

50 – Jf. punkt 130-132 i nærværende forslag til afgørelse og den deri nævnte retspraksis.

51 – Jf. bl.a. dom af 10.9.2009, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 57), af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 52), og af 26.10.2017, Global Steel Wire m.fl. mod Kommissionen (C-457/16 P og C-459/16 P – C-461/16 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:819, præmis 83).

161. Retten fremhævede i DT-dommens præmis 471, at Kommissionen, i lyset af de forhold, der fremgår af denne doms præmis 237-464, og hvorved det blev fastslået, at DT faktisk havde udøvet en bestemmende indflydelse på ST, med rette havde konkluderet, at disse to retlige enheder udgjorde én økonomisk enhed.

162. Følgelig, og i modsætning til, hvad DT har gjort gældende, begik Retten ingen retlig fejl, da den fastslog, at Kommissionen ikke var forpligtet til *desuden* at godtgøre, at ST »i det væsentlige« havde fulgt DT's instrukser.

163. Jeg vil yderligere præcisere, at begrundelsen for en dom i overensstemmelse med de krav, der følger af fast retspraksis⁵², klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som Retten har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne afgørelse, og således at Domstolen kan udøve sin prøvelsesret.

164. I DT-dommens præmis 237-473 angives klart og utvetydigt samt detaljeret det grundlag, hvorpå Retten vurderede, at DT og ST udgjorde én økonomisk enhed.

165. Det følger af det ovenfor anførte, at DT's tredje anbringende ligeledes må forkastes i sin helhed.

VIII. Forslag til afgørelse

166. Henset til ovenstående betragtninger, og uden at foregribe spørgsmålet, om hvorvidt de øvrige appelanbringender er begrundede, foreslår jeg Domstolen, at de tre første anbringender, som Deutsche Telekom AG har fremsat i sag C-152/19 P, og det første anbringende, som Slovak Telekom, a.s. har fremsat i sag C-165/19 P, forkastes.

52 – Jf. bl.a. dom af 11.7.2013, Ziegler mod Kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 81), af 25.10.2017, PPG og SNF mod ECHA (C-650/15 P, EU:C:2017:802, præmis 44), og af 19.12.2019, HK mod Kommissionen (C-460/18 P, EU:C:2019:1119, præmis 38).