



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

25. marts 2021 *

»Appel – konkurrence – artikel 102 TEUF – misbrug af dominerende stilling – det slovakiske marked for bredbåndsinternettjenester – reguleringsmæssig forpligtelse til at indrømme adgang til abonnentledningerne for de operatører, der har en stærk position – den etablerede operatørs betingelser for andre operatørers ubundtede adgang til abonnentledningerne – den absolutte nødvendighed af at indrømme adgang – avancepres – omkostninger – konkurrent, der er mindst lige så effektiv som den dominerende virksomhed – ret til forsvar«

I sag C-165/19 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 22. februar 2019,

Slovak Telekom a.s., Bratislava (Slovakiet), ved avocat D. Geradin, og R. O'Donoghue, QC,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Europa-Kommissionen, ved M. Farley, M. Kellerbauer, L. Malferrari, C. Vollrath og L. Wildpanner, som befuldmægtigede,

sagsøgt i første instans,

Slovanet a.s., Bratislava (Slovakiet), ved, advokát P. Tisaj,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden A. Prechal (refererende dommer), Domstolens præsident, K. Lenaerts, som fungerende formand for Tredje Afdeling, og dommerne N. Wahl, F. Biltgen, og L.S. Rossi,

generaladvokat: H. Saugmandsgaard Øe,

justitssekretær: kontorchef D. Dittert,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 17. juni 2020,

* Processprog: engelsk

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 9. september 2020, afsagt følgende

Dom

- 1 Med appellen har Slovak Telekom a.s. nedlagt påstand for det første om hel eller delvis ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 13. december 2018, Slovak Telekom mod Kommissionen (T-851/14, herefter »den appellerede dom«, EU:T:2018:929), hvorved Retten delvis frifandt Kommissionen for selskabets påstand om annullation af Kommissionens afgørelse C(2014) 7465 final af 15. oktober 2014 om en procedure i henhold til artikel 102 TEUF og artikel 54 i EØS-aftalen (sag AT.39523 – Slovak Telekom), som berigtiget ved Kommissionens afgørelse C(2014) 10119 final af 16. december 2014 og ved Kommissionens afgørelse C(2015) 2484 final af 17. april 2015 (herefter »den omtvistede afgørelse«), for det andet annullation, helt eller delvist, af den omtvistede afgørelse og for det tredje subsidiært annullation eller nedsættelse af størrelsen af den bøde, der var blevet pålagt appellanten ved den pågældende afgørelse.

Retsforskrifter

Forordning (EF) nr. 2887/2000

- 2 I tredje, sjette og syvende betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2887/2000 af 18. december 2000 om ubundet adgang til abonnentledninger (EFT 2000, L 336, s. 4) anføres følgende:

»(3) Abonnentledningerne er de parsnoede fysiske metalliske ledninger, der forbinder nettermineringspunktet hos en abonnent til en lokalcentrals hovedfordeler eller et tilsvarende punkt, i faste offentlige telefonnet. Som det fremgår af [Europa-]Kommissionens femte rapport om gennemførelsen af telesektorlovpakken, er accessnettet fortsat et af de segmenter i det liberaliserede telekommunikationsmarked, hvor der er mindst konkurrence. De nye udbydere på markedet har ikke en omfattende alternativ netinfrastruktur og kan ikke med de traditionelle teknologier opnå de stordriftsfordele og den dækning, som operatører, der er udpeget som værende i besiddelse af en stærk position på markedet for faste offentlige telefonnet, har. Årsagen er, at netoperatørerne har opbygget deres metalaccessnetinfrastrukturer over en længere periode, hvor de var beskyttet af eksklusive rettigheder og var i stand til at finansiere investeringsomkostningerne gennem monopolpriser.

[...]

- (6) Det vil ikke være økonomisk rentabelt for nye udbydere at duplikere det tidligere monopolselskabs metalaccessnetinfrastruktur i dets helhed inden for en rimelig tidshorisont. Alternative infrastrukturer (f.eks. kabel-TV-net, satellitnet, trådløse abonnentnet) giver for øjeblikket i almindelighed ikke samme funktionalitet og totaldækning, idet dog situationen kan variere i de forskellige medlemsstater.
- (7) Ubundet adgang til abonnentledninger giver nye udbydere mulighed for at konkurrere med de notificerede operatører inden for højhastighedstransmissionsydelser til åben opkobling til Internettet og til multimedieapplikationer baseret på digital abonnentledningsteknologi (DSL) og taletelefonitjenester. En rimelig anmodning om ubundet adgang indebærer, at en sådan adgang er nødvendig for den adgangsberettigedes levering af tjenester, og at afslag på anmodningen ville forhindre, begrænse eller forvride konkurrencen i denne sektor.«

3 Forordningens artikel 1 med overskriften »Formål og anvendelsesområde« bestemte følgende:

»1. Formålet med forordningen er at øge konkurrencen og stimulere teknologisk fornyelse på accessnetmarkedet gennem fastsættelse af harmoniserede vilkår for ubundet adgang til abonnentledninger for på konkurrencevilkår at stille en bred vifte af tjenesteydelser inden for elektronisk kommunikation til rådighed.

2. I denne forordning fastlægges vilkår for ubundet adgang til de i artikel 2, litra a), definerede notificerede operatørs abonnentledninger og tilhørende faciliteter.

[...]«

4 Nævnte forordnings artikel 2 indeholdt følgende definitioner:

»[...]

a) »notificeret operatør«: operatører af faste offentlige telefonnet, som de nationale tilsynsmyndigheder har udpeget som indehavere af en stærk markedsposition på det faste offentlige telefonnet- og tjenesteydelsesmarked [...]

[...]

c) »abonnentledning«: en parsnoet fysisk metallisk ledning, der forbinder nettermineringspunktet hos en abonnent til en lokalcentrals hovedfordeler eller et tilsvarende punkt, i faste offentlige telefonnet

[...]«

5 Samme forordnings artikel 3 har følgende ordlyd:

»1. Notificerede operatører skal fra den 31. december 2000 offentliggøre og jævnligt ajourføre et standardtilbud på ubundet adgang til abonnentledningerne og tilhørende faciliteter, der mindst skal omfatte de elementer, der er anført i bilaget. Tilbuddet skal være tilstrækkeligt ubundet til, at den adgangsberettigede ikke skal betale for elementer eller faciliteter på nettet, som ikke er nødvendige for hans udbud af tjenester, og skal indeholde en beskrivelse af tilbuddets bestanddele og dertil knyttede vilkår, herunder priser.

2. Notificerede operatører skal fra den 31. december 2000 imødekomme rimelige anmodninger fra adgangsberettigede om adgang til deres abonnentledninger og tilhørende faciliteter på gennemsigtige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår. Anmodninger kan kun afslås på grundlag af objektive kriterier, der vedrører teknisk gennemførlighed eller behov for at bevare nettets integritet. [...] Notificerede operatører skal tilbyde adgangsberettigede tilsvarende faciliteter, som de stiller til rådighed for deres egne tjenester eller deres associerede selskaber, på samme vilkår og i samme tidsomfang.

[...]«

6 I henhold til artikel 4 og 6 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25. november 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 (EUT 2009, L 337, s. 37) blev forordning nr. 2887/2000 ophævet med virkning fra den 19. december 2009.

Direktiv 2002/21/EF

- 7 Artikel 8 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 33), som ændret ved direktiv 2009/140, bestemmer:

»[...]

2. De nationale tilsynsmyndigheder fremmer konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationsnet, elektroniske kommunikationstjenester og dertil hørende faciliteter og tjenester ved bl.a. at:

[...]

- b) sikre, at der i sektoren for elektronisk kommunikation hverken hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning, herunder hvad angår transmission af indhold

[...]

5. De nationale tilsynsmyndigheder anvender med henblik på opfyldelse af de politiske mål, der henvises til i stk. 2, 3 og 4, objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmæssige reguleringsprincipper ved bl.a.:

[...]

- f) kun at indføre forhåndsregulerende forpligtelser, hvor der ikke er nogen effektiv konkurrence, og lempe eller ophæve sådanne forpligtelser, så snart denne betingelse er opfyldt.«

Twistens baggrund

- 8 Twistens baggrund, som fremgår af den appellerede doms præmis 1-53, kan sammenfattes som følger.
- 9 Appellanten er den etablerede teleoperatør i Slovakiet. I perioden fra den 12. august 2005 til den 31. december 2010 ejede Deutsche Telekom AG (herefter »DT«), den etablerede teleoperatør i Tyskland og det selskab, der stod i spidsen for Deutsche Telekom-koncernen, en andel på 51% af appellants kapital.
- 10 Appellanten, som indtil 2000 havde et retligt monopol på det slovakiske telemarked, er den største teleoperatør og leverandør af bredbåndsadgang i Slovakiet. Appellants kobbernet og mobilnet dækker næsten hele det slovakiske område.
- 11 Efter en markedsanalyse udpegede den slovakiske tilsynsmyndighed for telekommunikation (herefter »TUSR«) i 2005 appellanten som en operatør, der havde en stærk position på engrosmarkedet for ubundet adgang til abonnentledninger som omhandlet i forordning nr. 2887/2000.
- 12 TUSR pålagde følgelig appellanten at efterkomme enhver rimelig og begrundet anmodning om ubundet adgang til dennes abonnentledninger, således at alternative operatører kunne anvende disse ledninger til at udbyde deres egne tjenester på det generelle detailmarked (massemarkedet) for faste bredbåndstjenester i Slovakiet. For at opfylde denne forpligtelse offentliggjorde appellanten sit standardtilbud, som indeholdt de kontraktlige og tekniske betingelser for at få adgang til appellants abonnentledninger.

- 13 Efter en ex officio-undersøgelse, der bl.a. omfattede betingelserne for ubundet adgang til appellants abonnentledninger, en klagepunktsmeddelelse, der blev fremsendt til appellanten og DT henholdsvis den 7. og den 8. maj 2012, et forslag om tilsagn og forskellig korrespondance samt møder, vedtog Kommissionen den omtvistede afgørelse den 15. oktober 2014.
- 14 I denne afgørelse fastslog Kommissionen, at den virksomhed, der bestod af appellanten og DT, havde begået en samlet og vedvarende overtrædelse af artikel 102 TEUF og artikel 54 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992 (EFT 1994, L 1, s. 3.) i forbindelse med bredbåndsinternettjenester i Slovakiet i perioden fra den 12. august 2005 til den 31. december 2010.
- 15 Særligt bemærkede Kommissionen, at appellants abonnentnet kunne anvendes til levering af bredbåndsinternettjenester, efter at de pågældende linjer var blevet ubundet i forhold til denne operatør, og at det dækkede 75,7% af alle slovakiske husstande i perioden fra 2005 til 2010. I samme periode blev der imidlertid kun givet ubundet adgang til nogle få af appellants abonnentledninger regnet fra den 18. december 2009, og disse blev kun anvendt af en enkelt alternativ operatør til levering af detailhøjhastighedstjenester til virksomheder.
- 16 Ifølge Kommissionen bestod den overtrædelse, som den virksomhed, der udgjordes af appellanten og DT, havde begået, i for det første, at virksomheden holdt oplysninger om nettet, som var nødvendige for ubundet adgang til abonnentledninger, skjult for alternative operatører, for det andet, at virksomheden begrænsede anvendelsesområdet for sine forpligtelser vedrørende ubundet adgang til abonnentledninger, for det tredje, at virksomheden fastsatte urimelige vilkår og betingelser i standardtilbuddet om ubundet adgang for så vidt angik samhusning, kvalificering, prognoser, reparationer og bankgarantier og for det fjerde, at virksomheden anvendte urimelige takster, der ikke gjorde det muligt for en lige så effektiv operatør som appellanten med engrosadgang til denne operatørs ubundtede abonnentledninger at kopiere de af den pågældende operatør udbudte detailtjenester uden at lide tab.
- 17 Ved den omtvistede afgørelse pålagde Kommissionen for denne overtrædelse dels appellanten og DT en bøde til på 38 838 000 EUR til solidarisk hæftelse, dels DT en bøde på 31 070 000 EUR.

Sagen for Retten og den appellerede dom

- 18 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 26. december 2014 anlagde appellanten søgsmål med påstand principalt om annullation af den omtvistede afgørelse, for så vidt som den vedrørte selskabet, og subsidiært om nedsættelse af den bøde, som selskabet var blevet pålagt.
- 19 Til støtte for søgsmålet fremsatte appellanten fem anbringender vedrørende for det første åbenbart urigtige skøn og retlige fejl ved anvendelsen af artikel 102 TEUF, for det andet en tilsidesættelse af appellants ret til forsvar for så vidt angår vurderingen af den praksis, der førte til avancepres, for det tredje fejl ved konstateringen af avancepresset, for det fjerde åbenbart urigtige skøn og retlige fejl, da Kommissionen konkluderede, at appellanten udgjorde en enkelt virksomhed med DT, og at de begge var ansvarlige for den omhandlede overtrædelse, og for det femte og subsidiært nogle fejl ved fastsættelsen af bødens størrelse.
- 20 Ved den appellerede dom forkastede Retten alle appellants anbringender bortset fra det tredje anbringende, som den delvist tog til følge, med den begrundelse, at Kommissionen ikke havde ført bevis for, at appellanten havde udøvet den praksis, der førte til et avancepres i perioden fra den 12. august til den 31. december 2005. Retten annullerede derfor delvist den omtvistede afgørelse og fastsatte den bøde, som DT og appellanten blev pålagt til solidarisk hæftelse, til 38 061 963 EUR. Retten frifandt i øvrigt Kommissionen.

- 21 Med sit første anbringende, som omfattede fem klagepunkter, foreholdt appellanten navnlig med det første og det femte klagepunkt Kommissionen at have kvalificeret det som nægtelse af at levere adgang til appellantens abonnentledninger, at selskabet for det første i forhold til de alternative operatører skjulte oplysninger vedrørende selskabets net, der var nødvendige for ubundet adgang til dets abonnentledninger (den omtvistede afgørelses punkt 431-534), for det andet, at appellanten havde begrænset sine forpligtelser vedrørende ubundet adgang, som fulgte af de gældende rammebestemmelser (den omtvistede afgørelses punkt 535-651), og for det tredje, at selskabet havde fastsat vilkår i dets standardtilbud vedrørende ubundet adgang til abonnentledninger (den omtvistede afgørelses punkt 655-819) uden forudgående at have efterprøvet, om en sådan adgang var absolut nødvendig som omhandlet i dom af 26. november 1998, Bronner (C-7/97, herefter »Bronner-dommen«, EU:C:1998:569). Retten forkastede disse klagepunkter i den appellerede doms præmis 107-129, idet den i det væsentlige fandt, at de bestemmelser inden for telekommunikationssektoren, der fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde, anerkendte behovet for adgang til appellantens abonnentledninger for at bane vej for og udvikle en effektiv konkurrence på det slovakiske marked for bredbåndsinternettjenester, således at det ikke længere var et krav fra Kommissionen, at den godtgjorde, at en sådan adgang var absolut nødvendig.
- 22 Med det første anbringendes andet klagepunkt gjorde appellanten gældende, at den omtvistede afgørelse ved at undlade at anvende betingelserne i Bronner-dommen gik imod den lære, der kunne udledes af dom af 9. september 2009, Clearstream mod Kommissionen (T-301/04, EU:T:2009:317). Retten forkastede dette klagepunkt i den appellerede doms præmis 138-140 med den begrundelse, at den sag, der var indbragt for den, ikke kunne sammenlignes med den sag, der gav anledning til denne dom.
- 23 Med det første anbringendes tredje klagepunkt gjorde appellanten gældende, at hvis en implicit nægtelse af adgang ikke skulle underkastes en efterprøvelse af, om den var absolut nødvendig i overensstemmelse med de betingelser, som Domstolen opstillede i Bronner-dommen, ville det være lettere at fastslå en implicit nægtelse af at levere adgang end en udtrykkelig nægtelse af at levere adgang. Retten forkastede dette klagepunkt i den appellerede doms præmis 133-135 med den begrundelse, at en overtrædelses grovhed kunne afhænge af mange faktorer, der ikke vedrører spørgsmålet om, hvorvidt den nævnte nægtelse er af eksplicit eller implicit karakter, således at appellantens ikke kunne støtte sig på en overtrædelses form for at vurdere dens grovhed.
- 24 Hvad angår det første anbringendes fjerde klagepunkt om retlige og faktiske fejl med hensyn til de begrundelser, som Kommissionen fremførte med henblik på at fravige betingelserne i Bronner-dommen med den begrundelse, at de ikke finder anvendelse, når det pågældende net udspringer af et statsligt monopol, forkastede Retten dette i den appellerede doms præmis 153 og 154 på grundlag af fast retspraksis, hvorefter det i forbindelse med anvendelsen af artikel 102 TEUF skal tages i betragtning, at en dominerende stilling har oprindelse i et lovmonopol.
- 25 Med det andet anbringende gjorde appellantens bl.a. gældende, at selskabets ret til forsvar var blevet tilsidesat derved, at Kommissionen ikke havde hørt appellantens vedrørende den metode, de principper og de data, der var blevet anvendt af denne institution til at beregne appellantens »langsigtede gennemsnitlige differensomkostninger« (long run average incremental costs, herefter »LRAIC«), med henblik på at fastslå, i hvilket omfang appellantens havde udøvet et avancepres. Retten forkastede dette anbringende, idet den bl.a. i den appellerede doms præmis 186-192 og 209 fastslog, at Kommissionen behørigt havde meddelt appellantens sin metode og sine beregningsprincipper, og at den ikke var forpligtet til at afsløre sine endelige avanceberegninger, inden den fremsendte den omtvistede afgørelse til appellantens.
- 26 Med det tredje anbringende gjorde appellantens gældende, at Kommissionen ikke korrekt havde fastslået den praksis, der førte til avancepres, bl.a. på grund af den manglende hensyntagen til selskabets optimerende justeringer ved LRAIC-beregningen. Retten forkastede dette anbringende i den appellerede doms præmis 223-239, idet den i det væsentlige anførte, at afvisningen af de optimerende

justeringer, som appellanten havde foreslået, var begrundet, for så vidt som en hensyntagen hertil ved beregningen af avancepresset ville have medført at der ikke blev taget hensyn til de omkostninger, som denne operatør selv havde afholdt i overtrædelsesperioden.

Parternes påstande

27 Appellanten har med appellen nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves helt eller delvist.
- Den omtvistede afgørelse annulleres helt eller delvist.
- Subsidiært ophæves den bøde, som appellanten er blevet pålagt, eller bødebeløbet nedsættes yderligere.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne i denne sag og i sagen i første instans.

28 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Appellanten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Om appellen

- 29 Til støtte for appellen har appellanten fremsat tre anbringender: Det første anbringende vedrører retlige fejl begået af Retten for så vidt angår Rettens kvalificering af appellants begrænsninger vedrørende adgangen til sit abonnentnet som misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF. Det andet anbringende vedrører en tilsidesættelse af selskabets ret til forsvar i forbindelse med vurderingen af avancepres. Det tredje anbringende vedrører retlige fejl ved Rettens bedømmelse af, om der forelå avancepres.
- 30 Appellanten har endvidere nedlagt påstand om at drage fordel af, at DT's anbringender i den konnekse sag C-152/19 P vedrørende DT's appel til prøvelse af Rettens dom af 13. december 2018, Deutsche Telekom mod Kommissionen (T-827/14, EU:T:2018:930), hvorved DT har bestridt, at selskabet udgjorde en enkelt virksomhed i forening med appellanten, tages til følge.

Det første anbringende

Parternes argumenter

- 31 Med sit første anbringende, som består af fem led, har appellanten gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen for at godtgøre, at appellanten havde misbrugt sin dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF ved at begrænse adgangen til sit abonnentnet, ikke var forpligtet til at bevise, at denne adgang var absolut nødvendig for udøvelsen af de pågældende erhvervsdrivendes virksomhed som omhandlet i Bronner-dommen, fordi den allerede var bundet af en reguleringsmæssig forpligtelse til at give adgang til sit abonnentnet.
- 32 Med det første anbringendes første led har appellanten gjort gældende, at Retten ved i den appellerede doms præmis 121 at fastslå, at betingelserne i Bronner-dommen ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde, fejlagtigt undlod at tage hensyn til forskellen mellem den efterfølgende kontrol,

der blev foretaget i henhold til artikel 102 TEUF med henblik på at bringe et misbrug til ophør, og den forudgående kontrol, som en tilsynsmyndighed på telekommunikationsområdet foretog med henblik på at fremme særlige former for konkurrence. Endvidere er de relevante markeder ikke identiske. Den reguleringsmæssige forpligtelse til adgang vedrører den absolutte nødvendighed af adgangen til engrosmarkedet for ubundet adgang til abonnentledninger, mens det af Kommissionen fastslåede misbrug vedrører et detailmarked, der er langt større end markedet for tjenester baseret på abonnentledninger, hvor det ikke er godtgjort, at adgangen til de pågældende abonnentledninger er absolut nødvendig. Endelig har appellanten gjort gældende, at betragtningen om, at tilsidesættelsen af en reguleringsmæssig forpligtelse ex officio udgør en tilsidesættelse af artikel 102 TEUF, henhører under en fejlagtig fortolkning af denne bestemmelse, som er strengere, og som fører til en differentieret behandling af en dominerende virksomhed, der er underlagt en allerede eksisterende lovmæssig betingelse.

- 33 Med det samme anbringendes andet led har appellanten gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 126 og 127 af dom af 17. februar 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, herefter »*TeliaSonera-dommen*«, EU:C:2011:83), fejlagtigt udledte, at betingelserne i *Bronner-dommen* ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde. Ifølge appellanten vedrørte *TeliaSonera-dommen* ikke en nægtelse af at kontrahere som i det foreliggende tilfælde, men et avancepres. Desuden besvarede Domstolen i denne doms præmis 55-58 spørgsmål, som ikke er blevet rejst i forbindelse med den foreliggende sag.
- 34 Med det første anbringendes tredje led har appellanten gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl i den appellerede doms præmis 138 og 139 ved at fastslå, at dom af 9. september 2009, *Clearstream mod Kommissionen* (T-301/04, EU:T:2009:317), ikke var relevant. Ifølge appellanten fremgår det for det første ikke af denne sidstnævnte dom, at tilstedeværelsen af et tidligere statsligt monopol eller en reguleringsmæssig forpligtelse har haft indflydelse på den analyse, som Retten foretog i denne dom. For det andet er den nævnte dom baseret på en reguleringsmæssig forhåndsbetingelse som i den foreliggende sag. For det tredje havde *Clearstream* i den sag, der gav anledning til nævnte dom, stadig et monopol på det tidspunkt, hvor selskabet misbrugte sin dominerende stilling, selv om appellants monopolstilling var ophørt fem år før det påståede misbrug begyndte. Endelig og for det fjerde ligner *Clearstreams* og appellants nægtelse hinanden.
- 35 Med det første anbringendes fjerde led har appellanten gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, en åbenbar fejl eller gav en mangelfuld begrundelse, da den i den appellerede doms præmis 133 og 134 fastslog, at en implicite nægtelse ikke nødvendigvis var mindre alvorlig end en faktisk nægtelse, og at en vurdering i hvert enkelt tilfælde var påkrævet. Ifølge appellanten er der intet, der begrundet Rettens tilgang, hvorefter den implicite nægtelse, der er omhandlet i den foreliggende sag, for at kunne kvalificeres som misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF ikke skal opfylde betingelserne i *Bronner-dommen*, selv om en udtrykkelig eller kategorisk nægtelse skal opfylde disse betingelser. En sådan tilgang indebærer, at en mere alvorlig adfærd behandles mere fordelagtigt end en mindre alvorlig adfærd.
- 36 Med det samme anbringendes femte og sidste led har appellanten fremført, at Retten i den appellerede doms præmis 153 og 154 fejlagtigt vurderede, at den omstændighed, at selskabet havde ejet et tidligere statsligt monopol, kunne begrunde, at betingelserne fastsat i *Bronner-dommen* ikke fandt anvendelse. Ifølge appellanten er denne tilgang ikke forenelig med den lære, der kan udledes af dom af 27. marts 2012, *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172), og den tilsidesætter forpligtelsen til at tage hensyn til vilkårene på tidspunktet for det påståede misbrug, i strid med retssikkerhedsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling og tager ikke hensyn til de investeringer, som selskabet har foretaget i sit net.
- 37 Kommissionen er i det væsentlige af den opfattelse, at kriterierne i *Bronner-dommen* ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde, eftersom det misbrug af dominerende stilling, der var tale om i den sag, der gav anledning til denne dom, var forskelligt fra det i den foreliggende sag omhandlede.

Domstolens bemærkninger

- 38 Appellanten har med sit første anbringende navnlig kritiseret den appellerede doms præmis 113-122, hvori Retten bekræftede, at den omtvistede afgørelse var velbegrundet, for så vidt som det ikke tilkom Kommissionen at godtgøre, at det var absolut nødvendigt, at de alternative operatører fik adgang til appellants abonnentledninger, for at kunne kvalificere appellants praksis, som denne institution i 365. betragtning til den omtvistede afgørelse anså for at udgøre en implicit nægtelse af adgang, som »misbrug«, idet denne praksis bestod i, for det første, i forhold til de alternative operatører at skjule oplysninger vedrørende selskabets net, der var nødvendige for ubundet adgang til selskabets abonnentledninger, for det andet, at appellanten havde begrænset sine forpligtelser til at indrømme ubundet adgang i henhold til de gældende rammebestemmelser, og for det tredje, at operatøren fastsatte flere urimelige vilkår og betingelser i sit standardtilbud vedrørende ubundet adgang (herefter »den omtvistede praksis«).
- 39 Retten fastslog særligt i den appellerede doms præmis 121, at da det klart fremgik af de relevante rammebestemmelser, at der var behov for adgang til appellants abonnentledninger for at bane vej for og udvikle en effektiv konkurrence på det slovakiske marked for bredbåndsinternettjenester, behøvede Kommissionen ikke at påvise, at en sådan adgang var absolut nødvendig som omhandlet i den sidste betingelse, der er fastsat i præmis 41 i Bronner-dommen. Retten tilføjede i det væsentlige i den appellerede doms præmis 123-127, at de betingelser, der følger af Bronner-dommen, og nærmere bestemt betingelsen om, at en tjenesteydelse eller infrastruktur, der ejes af den dominerende virksomhed, er absolut nødvendig, ikke fandt anvendelse på andre former for adfærd end nægtelse af adgang, såsom den omtvistede praksis.
- 40 Med henblik på at vurdere, om disse betragtninger er behæftet med en retlig fejl, som appellanten har gjort gældende, skal det bemærkes, at artikel 102 TEUF, for så vidt som samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes, forbyder, at en eller flere virksomheder misbruger en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf. En dominerende virksomhed er således særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 153 og den deri nævnte retspraksis).
- 41 Ifølge Domstolens faste praksis er begrebet »misbrug af en dominerende stilling« som omhandlet i artikel 102 TEUF et objektivi begreb, som omfatter en adfærd fra en virksomhed i en dominerende stilling, der på et marked, hvor konkurrencegraden allerede er svækket netop som følge af tilstedeværelsen af den pågældende virksomhed, idet der anvendes metoder, der adskiller sig fra dem, der regulerer en normal konkurrence med hensyn til varer eller tjenesteydelser på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser, har til følge at skabe hindringer for opretholdelsen af den grad af konkurrence, der stadig findes på markedet, eller for udviklingen af denne konkurrence (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 148, og den deri nævnte retspraksis).
- 42 Undersøgelsen af, om en dominerende virksomheds praksis udgør misbrug i henhold til artikel 102 TEUF, skal foretages under hensyntagen til alle de konkrete omstændigheder i sagen (jf. i denne retning TeliaSonera-dommen, præmis 68, af 6.10.2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 68, og af 19.4.2018, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, C-525/16, EU:C:2018:270, præmis 27 og 28).
- 43 Som det fremgår af Bronner-dommens præmis 37, vedrørte den sag, der gav anledning til denne dom spørgsmålet, 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 en konkurrerende udgiveren i ordningen, udgjorde et misbrug af dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF, idet en sådan nægtelse afskærer den pågældende konkurrent fra at benytte en form for distribution, der er væsentlig for salget af dennes produkter.

- 44 Som svar på dette spørgsmål fastslog Domstolen i denne doms præmis 41, at den pågældende nægtelse udgjorde et misbrug betinget ikke alene af, at nægtelsen af at levere den tjenesteydelse, udbringningen udgør, medførte at enhver konkurrence på dagbladsmarkedet fra den virksomheds side, som efterspørger tjenesteydelsen, udelukkes og ikke kunne begrundes ud fra objektive forhold, men også, at tjenesteydelsen i sig selv var absolut nødvendig for udøvelsen af den pågældendes virksomhed i den forstand, at der ikke fandtes noget reelt eller potentielt alternativ til den pågældende udbringningsordning.
- 45 Indførelsen af disse betingelser var begrundet i de særlige omstændigheder i denne sag, som bestod i, at en dominerende virksomhed nægtede at give en konkurrent adgang til en infrastruktur, som den havde udviklet til brug for sin egen aktivitet, idet enhver anden adfærd blev udelukket.
- 46 Som generaladvokaten ligeledes i det væsentlige har anført i punkt 68, 73 og 74 i forslaget til afgørelse, medfører konstateringen af, at en dominerende virksomhed har misbrugt sin stilling som følge af en nægtelse af at kontrahere med en konkurrent, i denne forbindelse, at virksomheden er tvunget til at kontrahere med konkurrenten. En sådan forpligtelse er imidlertid særligt indgribende i den dominerende virksomheds aftalefrihed og ejendomsret, når det i princippet står virksomheden, uanset om den er dominerende eller ej, frit for at nægte at indgå aftale og udnytte den infrastruktur, den har udviklet til egne formål (jf. analogt dom af 5.10.1988, Volvo, 238/87, EU:C:1988, præmis 8).
- 47 Selv om domfældelsen af en virksomhed for at have misbrugt sin dominerende stilling som følge af en nægtelse af at kontrahere med en konkurrent på kort sigt har til følge, at konkurrencen fremmes, er det derimod på lang sigt generelt til fordel for udviklingen af konkurrencen og i forbrugernes interesse at gøre det muligt for et selskab at forbeholde de anlæg, som det har udviklet til egen aktivitet, til eget brug. Hvis man f.eks. gav for let adgang til en produktions-, indkøbs- eller distributionsfacilitet, ville konkurrenterne ikke blive tilskyndet til at udvikle konkurrerende anlæg. Desuden ville en dominerende virksomhed være mindre villig til at investere i effektive anlæg, hvis den på anmodning fra sine konkurrenter kunne blive tvunget til at dele de fordele, der hidrørte fra dens egne investeringer, med dem.
- 48 Når en dominerende virksomhed nægter at give adgang til en infrastruktur, som den har udviklet til brug for sin egen aktivitet, kan beslutningen om at pålægge denne virksomhed at give denne adgang konkurrencepolitisk kun begrundes, når den dominerende virksomhed virkelig tager kvælertag på markedet.
- 49 Anvendelsen på et konkret tilfælde af de betingelser, som Domstolen opstillede i Bronner-dommen, og som er nævnt i denne doms præmis 44, og navnlig betingelsen om, at adgangen til den dominerende virksomheds infrastruktur er absolut nødvendig, gør det muligt for den kompetente nationale myndighed eller domstol at afgøre, om denne virksomhed tager et sådant kvælertag ved hjælp af denne infrastruktur. En sådan virksomhed kan således udelukkende være tvunget til at give en konkurrent adgang til en infrastruktur, som den har udviklet til brug for sin egen aktivitet, når en sådan adgang er absolut nødvendig for en sådan konkurrents aktiviteter, dvs. uden et reelt eller potentielt alternativ til denne infrastruktur.
- 50 Når en dominerende virksomhed giver adgang til sin infrastruktur, men undergiver denne adgang eller levering af tjenesteydelser eller salg af varer urimelige vilkår, finder de betingelser, som Domstolen har opstillet i Bronner-dommens præmis 41, derimod ikke anvendelse. Når adgangen til en sådan infrastruktur eller til en tjeneste eller et input er absolut nødvendig for at gøre det muligt for den dominerende virksomheds konkurrenter at operere på et efterfølgende marked på en rentabel måde, er det ganske vist så meget desto mere sandsynligt, at urimelig praksis på dette marked i det mindste vil have potentielle konkurrencebegrænsende virkninger og udgøre misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF (jf. i denne retning dom af 14.10.2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 234 og TeliaSonera-dommen, præmis 70 og 71). Hvad imidlertid

angår andre former for praksis end nægtelse af adgang er fraværet af en sådan absolut nødvendighed ikke i sig selv afgørende for undersøgelsen af en adfærd, der potentielt kan udgøre misbrug fra en dominerende virksomheds side (jf. i denne retning TeliaSonera-dommen, præmis 72).

- 51 Selv om en sådan adfærd kan udgøre en form for misbrug, når den kan skabe i det mindste potentielle konkurrencebegrænsende virkninger eller endog fortrængende virkninger på de pågældende markeder, kan adfærden ikke sidestilles med en ren og simpel nægtelse af at give en konkurrent adgang til en infrastruktur, eftersom konkurrencemyndigheden eller den kompetente nationale domstol ikke skal tvinge den dominerende virksomhed til at give adgang til sin infrastruktur, idet denne adgang allerede er blevet tildelt. De foranstaltninger, der skal træffes i en sådan sammenhæng, vil derfor være mindre indgribende i den dominerende virksomheds aftalefrihed og ejendomsret end at tvinge den til at give adgang til virksomhedens infrastruktur, når den reserverede den til brug for sin egen aktivitet.
- 52 Domstolen har i denne retning allerede fastslået i præmis 75 og 96 i dom af 10. juli 2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062), at de betingelser, som Domstolen opstillede i Bronner-dommens præmis 41, og navnlig betingelsen om, at adgangen er absolut nødvendig, ikke finder anvendelse i tilfælde af misbrug, som avancepresset fra konkurrerende operatører på et efterfølgende marked udgør.
- 53 I samme retning fastslog Domstolen i TeliaSonera-dommens præmis 58 i det væsentlige, at det ikke kan kræves, at undersøgelsen af, om en dominerende virksomheds adfærd over for konkurrenterne er udtryk for misbrug, skal foretages systematisk på grundlag af de betingelser, som Domstolen opstillede i Bronner-dommen, som vedrørte en nægtelse af levering af tjenesteydelser. Det var derfor med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 125-127 fastslog, at Domstolen i TeliaSonera-dommens præmis 58 ikke udelukkende henviste til den særlige form for misbrug, som avancepresset fra konkurrerende operatører på et efterfølgende marked udgør, da den vurderede de former for praksis, hvorpå Bronner-dommens betingelser ikke fandt anvendelse.
- 54 I den foreliggende sag var appellants situation bl.a. kendetegnet ved den omstændighed, der er nævnt i den appellerede doms præmis 119, at appellant var underlagt en reguleringsmæssig forpligtelse på telekommunikationsområdet, hvorefter appellant var forpligtet til at give adgang til sit abonnentnet. Efter TUSR's afgørelse af 8. marts 2005, som blev bekræftet af direktøren for denne myndighed den 14. juni 2005, var appellant nemlig forpligtet til i sin egenskab af operatør med en stærk markedsposition at efterkomme alle rimelige og begrundede anmodninger om ubundet adgang til selskabets abonnentledninger fra alternative operatører med henblik på dette grundlag at kunne tilbyde deres egne tjenester på det generelle detailmarked for faste bredbåndstjenester i Slovakiet.
- 55 En sådan forpligtelse opfylder de af EU-lovgiver fastsatte mål om udvikling af en effektiv konkurrence på telekommunikationsmarkederne. Som det præciseres i tredje, sjette og syvende betragtning til forordning nr. 2887/2000, er pålæggelsen af en sådan adgangsforpligtelse begrundet i dels den omstændighed, at eftersom de stærke operatører i relativt lange perioder har kunnet opbygge deres lokale adgangsnet ved at nyde beskyttelse af enerettigheder, og at de har kunnet finansiere deres investeringsudgifter takket være monopolrenter, vil det ikke være økonomisk rentabelt for nye udbydere at duplikere det tidligere monopolselskabs accessnetinfrastruktur, dels udgør alternative infrastrukturer ikke en erstatning for disse lokale adgangsnet. Ubundet adgang til abonnentledninger ville således gøre det muligt for nye udbydere at konkurrere med de stærke operatører. Det følger heraf, som Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 119, at den af TUSR i det foreliggende tilfælde pålagte forpligtelse til at give adgang var udtryk for et ønske om at tilskynde appellant og dennes konkurrenter til at investere og innovere, samtidig med at det sikredes, at konkurrencen på markedet blev opretholdt.
- 56 Denne reguleringsmæssige forpligtelse gjaldt for appellant i hele den overtrædelsesperiode, som Kommissionen lagde til grund i den omtvistede afgørelse, dvs. fra den 12. august 2005 til den 31. december 2010. Ud over den omstændighed, at tilsynsmyndighederne på

telekommunikationsområdet i henhold til artikel 8, stk. 5, litra f), i direktiv 2002/21, som ændret ved direktiv 2009/140, kun kan pålægge en sådan adgangsforpligtelse, når der ikke foreligger en effektiv og varig konkurrence, og er forpligtet til at suspendere eller ophæve den, så snart denne betingelse er opfyldt, har appellanten nemlig hverken påstået eller godtgjort at have bestridt, at selskabet var underlagt denne forpligtelse i overtrædelsesperioden. Endvidere begrundede Kommissionen grundlaget for, at der forelå en sådan forpligtelse til adgang i den omtvistede afgørelses afsnit 5.1, og anførte i afgørelsens punkt 377, at den havde foretaget sin egen efterfølgende analyse af de pågældende markeder med henblik på at konkludere, at situationen på disse markeder ikke havde ændret sig væsentligt i denne henseende i overtrædelsesperioden.

- 57 På tilsvarende måde som Domstolen allerede har anført i præmis 224 i dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 224), som er nævnt i den appellerede doms præmis 117, skal det fastslås, at en reguleringsmæssig forpligtelse kan være relevant for vurderingen af et misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF begået af en dominerende virksomhed, der er underlagt en sektorbestemt lovgivning. Selv om den forpligtelse til at give adgang til abonnentledninger, der påhviler appellanten, ikke kan fritage Kommissionen for forpligtelsen til at godtgøre, at der foreligger et misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF, idet der bl.a. tages hensyn til gældende retspraksis, medfører pålæggelsen af denne forpligtelse, at appellanten i hele den overtrædelsesperiode, der er lagt til grund i det foreliggende tilfælde, ikke kunne og rent faktisk ikke har nægtet at give adgang til sit abonnentnet.
- 58 Appellanten bevarede imidlertid i den nævnte periode en selvstændig beslutningsfrihed på trods af den ovennævnte reguleringsmæssige forpligtelse med hensyn til betingelserne for en sådan adgang. Bortset fra visse retningslinjer var det obligatoriske indhold af standardtilbuddet på området for ubundet adgang til abonnentledninger, der er omhandlet i artikel 3 i forordning nr. 2887/2000, nemlig ikke foreskrevet i lovgivningen eller i TUSR's afgørelser. Det var i medfør af denne selvbestemmelsesret, at appellanten vedtog den omtvistede praksis.
- 59 Eftersom den omtvistede praksis imidlertid ikke udgør en nægtelse af adgang til appellants abonnentledninger, men vedrørte betingelserne for en sådan adgang af de grunde, der er nævnt i denne doms præmis 45-51, fandt de betingelser, som Domstolen opstillede i Bronner-dommens præmis 41, og som er nævnt i denne doms præmis 44, ikke anvendelse i det foreliggende tilfælde.
- 60 Det var derfor uden at begå en retlig fejl, at Retten i den appellerede doms præmis 121 fastslog, at Kommissionen ikke var forpligtet til at påvise absolut nødvendighed som omhandlet i den sidste betingelse i Bronner-dommens præmis 41, med henblik på at fastslå, at appellanten havde misbrugt sin dominerende stilling på grund af den omtvistede praksis.
- 61 Under disse omstændigheder skal det første appelanbringende, idet det er baseret på en forudsætning, der er behæftet med en retlig fejl, derfor forkastes i sin helhed.

Det andet anbringende

Parternes argumenter

- 62 Med det andet anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten begik en fejl ved at undlade at fastslå en tilsidesættelse af appellants ret til forsvar med den begrundelse, at den metode, de principper og de oplysninger, som Kommissionen anvendte på tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen med henblik på at fastlægge de omkostninger, der blev lagt til grund med for at efterprøve, om der forelå et avancepres, var baseret på data vedrørende historiske omkostninger fra appellants interne system for indberetning af omkostninger, dvs. de såkaldte účelové členenie

nákladov-data («klassificering af specifikke omkostninger», herefter »UCN-data«), mens de i den omtvistede afgørelse blev støttet på LRAIC, uden at Kommissionen havde tilladt appellanten at tage stilling hertil på hensigtsmæssig vis.

- 63 Appellanten har endvidere gjort gældende, at Kommissionen vendte bevisbyrden om, for så vidt som denne institution anmodede appellanten om at redegøre for sine principper, metode og data vedrørende fastlæggelsen af LRAIC, selv om den ikke uden videre fremlagde sine egne principper, metode og data. Den omstændighed, at Kommissionen ikke straks havde sin egen omkostningsmodel til at fastslå, at der forelå et avancepres, burde have været anerkendt af Retten som en ulovlig omvendt bevisbyrde. I denne forbindelse er betragtningerne i den appellerede doms præmis 186 og 189 om, dels at appellanten havde lejlighed til at besvare klagepunktsmeddelelsen, dels at Kommissionen i dette dokument havde baseret sig på LRAIC, henholdsvis irrelevante og fejlagtige, eftersom der på tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen ikke forelå data om LRAIC.
- 64 Det var ligeledes med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 189 fastslog, at Kommissionen ikke i den omtvistede afgørelse havde fremsat noget nyt klagepunkt vedrørende avancepresset. Den omstændighed, at Kommissionen såvel i klagepunktsmeddelelsen som i den anfægtede afgørelse fandt for det første, at en konkurrent, der var lige så effektiv som appellanten, ville opnå tab, og for det andet, at konklusionen om de tab fortsat var gyldig, hvis der blev taget hensyn til visse andre tjenester i indtægterne, og den omstændighed, at den overtrædelsesperiode, der blev lagt til grund i den anfægtede afgørelse, var kortere end den, der var nævnt i klagepunktsmeddelelsen, er uden relevans for afgørelsen af, om appellants ret til forsvar var blevet tilsidesat med den begrundelse, at metoden, principperne og data, der blev taget hensyn til i klagepunktmeddelelsen, ikke svarede til dem, der blev anvendt af Kommissionen i den omtvistede afgørelse.
- 65 Appellanten har endvidere kritiseret den appellerede doms præmis 190 med den begrundelse, at de netomkostninger, metoder og principper, som Kommissionen lagde til grund, i modsætning til, hvad Retten lagde til grund, afveg betydeligt fra hinanden på henholdsvis tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen og den omtvistede afgørelse. Appellanten er ligeledes af den opfattelse, at Retten i den appellerede doms præmis 192 fejlagtigt fastslog, at selskabets ret til forsvar var blevet overholdt, fordi Kommissionen havde besvaret selskabets argumenter. Appellants fremlæggelse af resultater af de nye arbejder, der blev udført på LRAIC i selskabets svar på klagepunktsmeddelelsen eller i de dokumenter, der blev fremlagt i 2013, er i denne henseende irrelevant, eftersom Kommissionen inden vedtagelsen af den omtvistede afgørelse ikke redegjorde for alle elementerne i dens principper, metoder og oplysninger vedrørende LRAIC-beregningen.
- 66 Endelig har appellanten gjort gældende, at Retten ligeledes begik en retlig fejl og gengav de faktiske omstændigheder og beviserne urigtigt i den appellerede doms præmis 209 ved at se bort fra relevansen af »statusmødet« af 16. september 2014, hvortil der henvises i denne præmis. Afsløringen af de foreløbige LRAIC-beregninger for første gang under dette møde er udtryk for en anerkendelse fra Kommissionens side af, at den ikke tidligere havde givet meddelelse herom, og at den var forpligtet til at meddele dem. Denne videregivelse på dette stadium af proceduren viser ligeledes at denne institution havde besluttet at vedtage en afgørelse om forbud, således at appellanten ikke længere kunne blive hørt korrekt på dette tidspunkt.
- 67 Kommissionen er af den opfattelse, at det andet anbringende skal forkastes, dels fordi det ikke er godtgjort, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, som den har taget hensyn til, dels fordi appellants ret til forsvar er blevet overholdt.

Domstolens bemærkninger

- 68 Indledningsvis bemærkes, at artikel 256 TEUF og artikel 58, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol bestemmer, at en appel til prøvelse af Rettens afgørelser skal begrænses til retlige spørgsmål. Det følger af fast retspraksis, 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 urigtigt (jf. dom af 10.7.2014, Telefónica de España mod Kommissionen, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 84 og den deri nævnte retspraksis).
- 69 I den foreliggende sag har appellanten ikke gjort gældende, at de følgende faktiske omstændigheder, der er beskrevet i den appellerede doms præmis 177 og 185-187, er blevet urigtigt gengivet af Retten.
- 70 Kommissionen anmodede i den undersøgelse, der gik forud for klagepunktsmeddelelsen, appellanten om fremsende de data, som var nødvendige for at beregne omkostningerne til de supplerende input, der krævedes for at konvertere appellantens engrostenester til detailtjenester. Som svar fremsendte appellanten tabeller til Kommissionen, der indeholdt omkostningsberegninger for årene 2003-2010, og som var baseret på UCN-data. Omkostningerne i disse tabeller var således blevet beregnet på grundlag af fuldt ud opdelte historiske omkostninger og adskilte sig fra LRAIC. Kommissionen anmodede derfor appellanten om at fremlægge data om bredbåndstjenesters rentabilitet, som var omberegnet ved hjælp af LRAIC-metoden. Da appellanten havde oplyst, at denne ikke beregnede rentabilitetstal for bredbåndstjenester efter LRAIC-metoden, anvendte Kommissionen på tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen, de UCN-data, som den var i besiddelse af med henblik på at vurdere det avancepres, som appellanten havde udøvet. Kommissionen fandt nemlig, at i mangel af LRAIC-data var tallene i UCN-tabellerne på dette tidspunkt den bedste kilde, der fandtes til foretagelse af denne beregning. På grundlag af disse tal konkluderede den i klagepunktsmeddelelsen, at en konkurrent, der var lige så effektiv som appellanten, og som havde adgang til dennes abonnentledninger, ville have opnået betydelige tab, hvis konkurrenten havde forsøgt at kopiere appellantens detailportefølje i perioden 2005-2010. I sit svar på klagepunktsmeddelelsen fremlagde appellanten nye oplysninger for at vurdere omkostningerne for perioden 2005-2010. Disse oplysninger var baseret på oplysningerne for 2011. Appellanten anførte navnlig i dette svar, at der ved beregningen af LRAIC dels skulle foretages en revaluering af selskabets aktiver, dels skulle der tages hensyn til appellantens nets manglende effektivitet med hensyn til levering af bredbåndstjenester ved at foretage såkaldte »optimerende« justeringer, nemlig for det første udskiftning af eksisterende aktiver med tilsvarende moderne aktiver, som er mindre omkostningseffektive og billigere, for det andet en reduktion af kapaciteten i videst muligt omfang og for det tredje af sammenhængen i teknologien, nemlig for det første udskiftning af eksisterende aktiver med tilsvarende moderne aktiver, der er mere effektive og billigere, for det andet bevaring i videst muligt omfang af den teknologiske sammenhæng og for det tredje begrænsning af aktiver på grundlag af den aktuelle kapacitet frem for den installerede kapacitet (herefter under ét »de optimerende justeringer«). I den anfægtede afgørelse gik Kommissionen bl.a. med til at lade revalueringen af appellantens aktiver indgå i sin analyse af avancepresset, men afviste de optimerende justeringer. Det var på denne baggrund, at Kommissionen nåede frem til forskellige resultater i den omtvistede afgørelse og i klagepunktsmeddelelsen for så vidt angår omfanget af appellantens avancepres.
- 71 Det er på baggrund af disse faktiske omstændigheder, hvis rigtighed ikke er blevet anfægtet, at det skal vurderes, om Retten begik de retlige fejl, som appellanten har fremført inden for rammerne af sit andet anbringende.

– *Omvendt bevisbyrde*

- 72 Hvad angår klagepunktet om, at Retten fejlagtigt tiltrådte Kommissionens pålæggelse af en omvendt bevisbyrde, bemærkes, at det påhviler den part eller myndighed, der gør en tilsidesættelse af konkurrencereglerne gældende, at føre bevis herfor (jf. i denne retning dom af 17.6.2010, Lafarge mod Kommissionen, C-413/08 P, EU:C:2010:346, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).
- 73 Kommissionen skal med henblik på at godtgøre, at der foreligger et misbrug, som består i et avancepres, nærmere bestemt påvise, at forskellen mellem grossistpriser for levering af de pågældende tjenester og detailpriser for levering af tjenester på et efterfølgende marked til slutbrugere enten var blevet negativ eller utilstrækkelig til at dække den dominerende virksomheds produktspecifikke omkostninger ved disse leveringer af tjenester i grossistledet ved leveringen af selskabets egne detailtjenester til slutbrugerne, således at denne forskel ikke gør det muligt for en konkurrent, der er lige så effektiv som dette selskab, at optage konkurrence med det ved at levere adgangstjenester til slutbrugere (jf. i denne retning dom TeliaSonera-dommen, præmis 32).
- 74 Domstolen fastslog ligeledes, at med henblik på vurderingen af lovligheden af den prispolitik, som en dominerende virksomhed anvender, skal man principielt henholde sig til priskriterier baseret på de omkostninger, som den dominerende virksomhed har afholdt, og på virksomhedens strategi (TeliaSonera-dommens præmis 41 samt den deri nævnte retspraksis).
- 75 Henset til de faktiske omstændigheder, som Retten konstaterede, således som de er sammenfattet i denne doms præmis 70, kan det i det foreliggende tilfælde ikke lægges til grund, at Retten tiltrådte en omvendt bevisbyrde, idet den ikke fastslog, at Kommissionen ikke uden videre havde redegjort for sin metode og sine oplysninger vedrørende LRAIC-beregningen.
- 76 Det fremgår nemlig af de nævnte faktiske omstændigheder, at Kommissionen allerede fra begyndelsen af den administrative procedure oplyste appellantens om, at den ville basere sin vurdering af, om der forelå et avancepres, på LRAIC-metoden. Efter appellantens meddelelse af UCN-data anmodede Kommissionen således inden klagepunktsmeddelelsen appellantens om at fremlægge data for rentabilitet for bredbåndstjenester, som var omberegnet ved hjælp af LRAIC-metoden. Det fremgår imidlertid af 870. betragtning til den omtvistede afgørelse, som den appellerede doms præmis 185 henviser til, at appellantens svar på denne anmodning anførte, at selskabet anvendte LRAIC ved beregningen af gebyrerne for samtrafiktjenester, og at selskabet en enkelt gang i 2005 havde foretaget LRAIC-beregningerne for bredbåndstjenester. Endvidere fastslog Retten i den appellerede doms præmis 189, uden at det blev gjort gældende, at der var sket en urigtig gengivelse, at det fremgik af klagepunktsmeddelelsens punkt 996-1002, at Kommissionen havde beskrevet retningslinjerne for LRAIC-baseret beregning af omkostninger. Det fremgår af det ovenstående, at Kommissionen allerede ved begyndelsen af den administrative procedure havde redegjort for sin metode til at fastsætte omkostningerne, og at appellantens havde kendskab hertil.
- 77 Hvad angår de oplysninger, der er taget i betragtning, skal det bemærkes, således som det fremgår af denne doms præmis 73, at Kommissionen for at fastslå, at der foreligger et avancepres, principielt lægger de omkostninger, som den dominerende virksomhed har afholdt, til grund. Følgelig udgør den omstændighed, at Kommissionen anmodede appellantens om at fremsende oplysninger vedrørende selskabets omkostninger, ikke en omvendt bevisbyrde. Den omstændighed, at Kommissionen tager hensyn til de omarbejdede oplysninger, som appellantens fremlagde efter klagepunktsmeddelelsen, udgør heller ikke en sådan omvending.
- 78 Endelig og i modsætning til, hvad appellantens har gjort gældende, svarer den omstændighed, at Kommissionen ikke kunne anvende den metode, der var baseret på LRAIC, på tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen på grund af utilstrækkelige oplysninger, ikke til, at Kommissionen undlod at udarbejde sin egen metode til opfyldelse af den bevisbyrde, der påhviler den.

- 79 Klagepunktet om, at Retten begik en retlig fejl ved ikke at anerkende en ulovlig omvendt bevisbyrde, som påhvilede Kommissionen, skal derfor forkastes som ugrundet.

– *Tilsidesættelse af retten til forsvar*

- 80 Hvad angår klagepunktet om, at Retten begik en retlig fejl, idet den ikke anerkendte en tilsidesættelse af appellants ret til forsvar, skal det bemærkes, at retten til forsvar hører til de grundlæggende rettigheder, der er en integrerende del af de almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen skal beskytte (dom af 25.10.2011, Solvay mod Kommissionen, C-109/10 P, EU:C:2011:686, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis). Dette almindelige EU-retlige princip er fastsat i artikel 41, stk. 2, litra a) og b), i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og finder anvendelse, så snart myndighederne over for en person påtænker at træffe en for vedkommende bebyrdende retsakt (jf. i denne retning dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).
- 81 I en konkurrenceretlig kontekst indebærer overholdelse af retten til forsvar, at enhver adressat for en afgørelse, der fastslår, at han har overtrådt konkurrencereglerne, at den pågældende virksomhed under den administrative procedure har været i stand til på hensigtsmæssig vis at tilkendegive sit syn på omstændighederne, og på relevansen af de faktiske omstændigheder, der foreholdes ham, samt på de dokumenter, som Kommissionen har lagt til grund for anbringendet om en sådan overtrædelse (jf. i denne retning dom af 5.12.2013, SNIA mod Kommissionen, C-448/11 P, ikke trykt i Sml, EU:C:2013:801, præmis 41, og af 14.9.2017, LG Electronics og Koninklijke Philips Electronics mod Kommissionen, C-588/15 P og C-622/15 P, EU:C:2017:679, præmis 43).
- 82 Som Retten med rette bemærkede i den appellerede doms præmis 179-183, bestemmer artikel 27, stk. 1, i 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), at der skal tilstilles parterne en klagepunktsmeddelelse. Ifølge Domstolens faste praksis skal denne meddelelse klart angive alle de væsentlige faktiske forhold, som Kommissionen støtter sig på i denne fase af proceduren. Dog kan denne angivelse være summarisk, og den afgørelse, der efterfølgende vedtages af Kommissionen, skal ikke nødvendigvis være en kopi af fremstillingen af klagepunkterne, da en sådan meddelelse er et forberedende dokument, hvis faktiske og retlige bedømmelser alene er af foreløbig karakter (jf. dom af 5.12.2013, SNIA mod Kommissionen, C-448/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:801, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).
- 83 Det følger heraf, at den retlige kvalifikation, der er givet af de faktiske omstændigheder i meddelelsen af klagepunkter, pr. definition kun kan være foreløbig, og en senere afgørelse fra Kommissionen kan ikke annulleres med den ene begrundelse, at de endelige konklusioner, der er draget af disse faktiske omstændigheder, ikke nøjagtigt svarer til denne foreløbige kvalifikation. Det påhviler nemlig Kommissionen at høre adressaterne for en klagepunktsmeddelelse og i givet fald tage hensyn til de bemærkninger, hvormed de besvarer de fremførte klagepunkter, ved at ændre sin analyse for netop hermed at tage hensyn til deres ret til forsvar. Kommissionen skal således have mulighed for at præcisere denne kvalificering i sin endelige afgørelse under hensyntagen til forhold, der kom frem under den administrative procedure, enten for at forkaste de klagepunkter, der viste sig at være ugrundede, eller for at forbedre og fuldstændiggøre den faktiske og retlige argumentation til støtte for de klagepunkter, som den lægger til grund, dog forudsat at den kun lægger de faktiske omstændigheder, som de pågældende har haft lejlighed til at udtale sig om, til grund, og at den under den administrative procedure har fremlagt de forhold, som er nødvendige for at forsvare deres interesser (dom af 5.12.2013, SNIA mod Kommissionen, C-448/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:801, præmis 43 og 44 og den deri nævnte retspraksis).

- 84 I det foreliggende tilfælde har appellantens for det første foreholdt Retten, at den ikke fastslog, at appellantens ret til forsvar var blevet tilsidesat, fordi Kommissionen med henblik på at vurdere, i hvilket omfang appellant kunne foreholdes et avancepres, for så vidt angår beregningen af omkostningerne støttede sig på en metode, forskellige principper og forskellige data i henholdsvis klagepunktsmeddelelsen og den omtvistede afgørelse.
- 85 Det fremgår i denne forbindelse af de faktiske omstændigheder, som Retten fastslog, og som er sammenfattet i denne doms præmis 70, at Kommissionen inden vedtagelsen af klagepunktsmeddelelsen anmodede appellant om at fremlægge rentable oplysninger, som blev genberegnet under anvendelse af LRAIC-metoden. Kommissionen foretog i klagepunktsmeddelelsen, idet den ikke fik disse oplysninger, en vurdering af, om der forelå avancepres på grundlag af de UCN-data, som den rådede over på dette tidspunkt. Som det fremgår af 875. betragtning til den omtvistede afgørelse, som den appellerede doms præmis 185 henviser til, fandt Kommissionen, at disse oplysninger udgjorde en tilstrækkeligt pålidelig indikator for LRAIC-beregningen. Dernæst fremlagde appellant i sit svar på klagepunktsmeddelelsen nye oplysninger og præciserede, at der ved LRAIC-beregningen dels skulle tages hensyn til en revaluering af selskabets aktiver, dels skulle der tages hensyn til selskabets nets manglende effektivitet med hensyn til udbuddet af bredbåndstjenester. Endelig er det ubestridt, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse anvendte LRAIC-metoden.
- 86 Henset til disse omstændigheder, navnlig den omstændighed, at appellant havde fremlagt LRAIC's skøn for perioden 2005-2011 som svar på klagepunktsmeddelelsen og betragtningerne i denne doms præmis 76, må det konstateres, at appellant under den administrative procedure fuldt ud var klar over, at Kommissionen ville forsøge at fastslå, at der forelå et avancepres på grundlag af en metode og principper baseret på LRAIC.
- 87 Det fremgår endvidere af de faktiske omstændigheder, som Retten tog i betragtning, således som de er sammenfattet i nærværende doms præmis 70, at den med rette i den appellerede doms præmis 189 og 190 kunne fastslå, at Kommissionen havde anvendt den samme metode og de samme principper for LRAIC-beregningen på tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen og den omtvistede afgørelse. Den omstændighed, at Kommissionen på tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen fandt, at appellantens UCN-data udgjorde en tilstrækkelig pålidelig indikator for udarbejdelsen af LRAIC, indebærer ikke, at Kommissionen har ændret sin metode og sine principper for beregningen af disse omkostninger.
- 88 Det var endvidere med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 190 fremhævede overensstemmelsen mellem de tabeller, der blev gengivet i henholdsvis klagepunktsmeddelelsen og den omtvistede afgørelse til støtte for begrundelsen om, at Kommissionen anvendte en og samme metode under den procedure, der førte til den omtvistede afgørelse. Henset til deres overskrifter har disse tabeller nemlig til formål at indsamle tilsvarende oplysninger.
- 89 Det følger heraf, at appellant med urette har påberåbt sig en tilsidesættelse af sin ret til forsvar med den begrundelse, at metoden og principperne for beregning af omkostningerne med henblik på at påvise et avancepres havde været anderledes på henholdsvis stadiet for klagepunktsmeddelelsen og den omtvistede afgørelse. Appellantens klagepunkt om, at Retten begik en retlig fejl ved at undlade at anerkende en sådan tilsidesættelse af appellantens ret til forsvar, er derfor ugrundet.
- 90 For det andet har appellant kritiseret Retten for ikke at have anerkendt en tilsidesættelse af selskabets ret til forsvar, henset til forskellen mellem oplysningerne vedrørende de omkostninger, der blev lagt til grund i henholdsvis klagepunktsmeddelelsen og den anfægtede afgørelse.
- 91 Det fremgår i denne forbindelse af den appellerede doms præmis 187, 190 og 192, at forskellene mellem omkostningerne og de avancer, der er gengivet i henholdsvis klagepunktsmeddelelsen og den anfægtede afgørelse, skyldes Kommissionens hensyntagen til visse justeringer, som appellant selv foreslog med henblik på, at appellantens ret til forsvar blev overholdt. Som det fremgår af denne doms præmis 83, indebærer princippet om overholdelse af retten til forsvar ikke blot, at Kommissionen skal

høre adressaterne for en klagepunktsmeddelelse, men også i givet fald, at den skal tage hensyn til deres bemærkninger med henblik på at besvare de fremførte klagepunkter ved at ændre sin analyse netop for at overholde deres ret til forsvar. I det foreliggende tilfælde kan de forskelle, som appellanten har henvist til, derfor ikke godtgøre en tilsidesættelse af selskabets ret til forsvar.

- 92 Endvidere udgør den omstændighed, at Kommissionen foretog disse justeringer for så vidt angår beregningen af appellants avancer uden på ny at have hørt appellanten, ikke en tilsidesættelse af denne sidstnævntes ret til forsvar. De nævnte justeringer blev nemlig foretaget på grundlag af de data, som appellanten selv havde fremlagt i henhold til principperne og LRAIC-metoden, således som Kommissionen havde meddelt den under den administrative procedure.
- 93 Hvad for det tredje angår kritikken af den appellerede doms præmis 209 vedrørende »statusmødet« af 16. september 2014 skal det fastslås, at Retten ikke begik en retlig fejl ved i den nævnte præmis at fastslå, at princippet om overholdelse af retten til forsvar ikke forpligtede Kommissionen til at offentliggøre sine endelige avanceberegninger, inden den fremsendte den omtvistede afgørelse til appellanten. Det nævnte princip pålægger alene Kommissionen at give appellanten mulighed for at tage stilling til de faktiske og retlige omstændigheder, som den vil tage i betragtning med henblik på vedtagelsen af sin afgørelse. Appellanten har imidlertid ikke godtgjort, at de oplysninger, der blev afsløret under dette møde, udsprang af faktiske eller retlige omstændigheder, som appellanten ikke havde haft lejlighed til at udtale sig om under den administrative procedure, der gik forud for dette møde.
- 94 Det var derfor uden at begå en retlig fejl, at Retten i den appellerede doms præmis 209 fastslog, at appellanten var blevet informeret om alle de relevante oplysninger vedrørende Kommissionens beregning af avancer og havde fået mulighed for at fremsætte bemærkninger forud for vedtagelsen af den omtvistede afgørelse.
- 95 På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger skal det andet anbringende, som appellanten har fremsat til støtte for sin appel, forkastes som ugrundet.

Det tredje anbringende

Om formaliteten

– Parternes argumenter

- 96 Kommissionen har gjort gældende, at appellanten tredje anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som Kommissionen har anført, at denne institution anlagde et væsentligt urigtigt skøn ved ikke at indsamle oplysninger fra tredjeparter eller ved ikke at udarbejde sin egen LRAIC-beregning med henblik på anvendelsen af kriteriet om »en lige så effektiv konkurrent«, for så vidt som dette klagepunkt ikke blev fremført for Retten.
- 97 Appellanten har bestridt, at anbringendet ikke kan antages til realitetsbehandling. Det er appellants opfattelse, at selskabet i sin replik for Retten har foreholdt Kommissionen, at den ikke i deres helhed har redegjort for den metode, de principper og de data, der er anvendt ved beregningen af LRAIC, og som den agtede at støtte sig på.

– Domstolens bemærkninger

- 98 Det skal bemærkes, at der i henhold til artikel 170, stk. 1, i Domstolens procesreglement i appelskriftet ikke må foretages nogen ændring af sagens genstand, som den forelå for Retten. Under en appel har Domstolen kun kompetence til at tage stilling til den retlige afgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender, der er blevet behandlet i første instans.
- 99 En part har derfor ikke under en appel adgang til først for Domstolen at fremføre et anbringende, der ikke er blevet fremført for Retten, idet dette ville være ensbetydende med en adgang til at forelægge Domstolen – der har en begrænset kompetence i appelsager – en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten (dom af 11.11.2004, Ramondín m.fl. mod Kommissionen, C-186/02 P og C-188/02 P, EU:C:2004:702, præmis 60).
- 100 Det skal ligeledes bemærkes, at der ved vurderingen af, om en prispolitik, der fører til avancepres, har karakter af misbrug, i princippet og primært må tages hensyn til den pågældende virksomheds priser og omkostninger på markedet for detailtjenester. Det er kun, når det under hensyn til omstændighederne ikke er muligt at henvise til disse priser og omkostninger, at konkurrenters priser og omkostninger på det samme marked skal undersøges (TeliaSonera-dommens præmis 46).
- 101 Med det tredje anbringende om, at Rettens forkastelse af appellanten argument om, at Kommissionen med urette afviste selskabets anmodninger om optimerende justeringer, er behæftet med retlige fejl, har appellanten bl.a. gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved ikke at fastslå, at eftersom appellanten LRAIC-struktur af objektive grunde ikke kunne identificeres præcist, burde Kommissionen have indsamlet oplysninger fra selskabets konkurrenter eller oprettet sin egen sammenhængende database med henblik på at udarbejde en LRAIC-model.
- 102 Appellanten har imidlertid ikke godtgjort at have fremført et sådant klagepunkt for Retten. Da appellanten for Retten foreholdt Kommissionen ikke i det hele at have redegjort for den metode, der principper og data, der lå til grund for beregningen af LRAIC, og som den havde til hensigt at støtte sig på ved vurderingen af, om der forelå et avancepres i det foreliggende tilfælde, gjorde appellanten kun gældende, at selskabets processuelle rettigheder var blevet tilsidesat. Appellanten har ikke gjort gældende, at det med henblik herpå var fejlagtigt at lægge sine omkostninger til grund. Appellanten har i øvrigt ikke gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 231 gengav selskabets argumenter urigtigt. I den nævnte præmis fastslog Retten udtrykkeligt, at appellanten ikke havde gjort gældende, at der i det foreliggende tilfælde skulle foretages en undersøgelse af selskabets konkurrenters priser og omkostninger, for så vidt som det ikke var muligt at henvise til selskabets egne priser og omkostninger.
- 103 Det er således ikke godtgjort, at appellanten for Retten gjorde gældende, at Kommissionen ikke kunne støtte sig på sine oplysninger med henblik på at fastlægge de relevante omkostninger, eller at det alene var oplysningerne fra appellanten konkurrenter eller fuldt ud konstruerede data, der ville have gjort det muligt at fastslå disse omkostninger.
- 104 Som det fremgår af denne doms præmis 98, skal det klagepunkt, som appellanten har fremsat til støtte for sit tredje anbringende, hvorved selskabet har gjort gældende, at Kommissionen anlagde et væsentligt urigtigt skøn ved ikke at indsamle oplysninger fra tredjeparter eller ved ikke at udarbejde sin egen LRAIC-beregning med henblik på anvendelsen af kriteriet om »en lige så effektiv konkurrent«, derfor afvises.

Om realiteten

– Parternes argumenter

- 105 Appellanten er af den opfattelse, at Retten ved vurderingen af, om der foreligger misbrug af avancepres, foretog en urigtig retsanvendelse af kriteriet om »den lige så effektive konkurrent« ved at afvise appellants optimerende justeringer.
- 106 Selv om Kommissionen accepterede selskabets LRAIC-data i forbindelse med revalueringen og afskrivningen af aktiverne, var der ifølge appellanten ingen grund til at afvise de optimerende justeringer, eftersom de også var baseret på de omkostninger, som et net opført på tidspunktet for den anfægtede afgørelse ville medføre. Der er tale om et spørgsmål om sammenhæng eller ligebehandling.
- 107 Appellanten er af den opfattelse, at der i mangel af en omkostningsmodel, som Kommissionen har fastlagt på grundlag af LRAIC, og som følge af den omstændighed, at LRAIC for perioden 2005-2010 var baseret på ratioer som følge af analysen af LRAIC for 2011, ikke var nogen gyldig begrundelse for at afvise selskabets optimerende justeringer. Retten kunne således ikke uden at begå en retlig fejl i den appellerede doms præmis 233 fastslå, at de optimerende justeringer havde medført, at »der ikke blev taget hensyn til« de omkostninger, som appellanten havde afholdt i overtrædelsesperioden, eller angive, at de indebar, at der blev taget hensyn til et moderne net. Betragtningen i den appellerede doms præmis 226 om, at spørgsmålene om revaluering og afskrivning af aktiver på den ene side og de optimerende justeringer på den anden side havde et »andet formål«, er tilsvarende uden relevans, når Kommissionen ikke har fastlagt en model, idet disse to spørgsmål vedrører LRAIC-beregningen. Appellanten har endvidere gjort gældende, at Kommissionen for så vidt angår de justeringer, der blev foretaget med henblik på, at omkostningerne til aktiver og afskrivninger var baseret på regnskabsprincipper for løbende omkostninger, accepterede princippet om, at der skulle tages hensyn til en ajourføring af de omkostninger til udstyr og drift, som opførelsen af et net ville medføre på det tidspunkt, hvor beregningerne blev foretaget på grundlag af disse omkostninger, selv om den afviste de optimerende justeringer, der var baseret på det samme princip. Appellanten har ligeledes bestridt påstanden i den appellerede doms præmis 234 om, at selskabets optimerende justeringer var baseret på en »fuldt effektiv operatør«, idet de var baseret på en lige så effektiv operatør, der opførte et net i 2011, og på dennes LRAIC for 2011, som var de eneste tilgængelige. De således opnåede omkostninger svarer til de omkostninger, som appellanten ville undgå, hvis selskabet ikke udbød de pågældende bredbåndstjenester.
- 108 Kommissionen er af den opfattelse, at Retten ikke begik retlige fejl i den appellerede doms præmis 233-235, idet appellants holdning hverken tager hensyn til karakteren og virkningerne af hver enkelt type justering eller til grundene til, at Kommissionen accepterede eller forkastede disse.

– Domstolens bemærkninger

- 109 Det bemærkes, at en dominerende virksomheds gennemførelse af en prispolitik, der fører til avancepres for dens lige så effektive konkurrenter som den selv, udgør et misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF, når den kan have fortrængende virkninger for disse konkurrenter ved at gøre det vanskeligere eller endog umuligt for disse konkurrenter at få adgang til det pågældende marked (jf. i denne retning TeliaSonera-dommen, præmis 63 og 65 og den deri nævnte retspraksis).
- 110 Endvidere skal der med henblik på vurderingen af lovligheden af den prispolitik, som en dominerende virksomhed anvender, principielt lægges vægt på priskriterier baseret på de omkostninger, som den dominerende virksomhed selv har afholdt, og på virksomhedens strategi. Navnlig når der er tale om en prispolitik, der fører til avancepres, gør anvendelsen af sådanne kriterier det muligt at efterprøve, om den dominerende virksomhed selv ville have været tilstrækkeligt effektiv til at tilbyde sine

detailtjenester til slutbrugerne til priser, der ikke var under kostprisen, hvis den på forhånd havde været forpligtet til at betale sine egne engrospriser for at levere i grossistledet (jf. i denne retning dom af 14.10.2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 201 og TeliaSonera, præmis 41 og 42 og den deri nævnte retspraksis).

- 111 I det foreliggende tilfælde fremgår det af den appellerede doms præmis 186, 187 og 217, at Kommissionen ved vurderingen af omkostningerne for en konkurrent, der er mindst lige så effektiv som appellant, som udbyder bredbåndstjenester via sit eget net, tog hensyn til omkostningerne ved de aktiver, som dette net består af. Som det fremgår af denne doms præmis 70, anmodede appellant ved at forelægge disse omkostninger for Kommissionen denne sidstnævnte om dels at revurdere aktiverne, dels at tage hensyn til den manglende effektivitet af selskabets net ved hjælp af optimerende justeringer. I den anfægtede afgørelse gik Kommissionen bl.a. med til at lade revalueringen af appellantens aktiver indgå i sin analyse af avancepresset og med hensyn til de faste specifikke omkostninger at fratrække fællesomkostninger. Derimod afviste den de optimerende justeringer.
- 112 I den appellerede doms præmis 222-239 fastslog Retten, at Kommissionen med rette havde afvist at tage hensyn til de optimerende justeringer. Retten begrundede denne afgørelse ved i den appellerede doms præmis 225 bl.a. at fastslå, at disse justeringer bestod i at justere aktiverne til det omtrentlige niveau for en effektiv operatør, som etablerer et optimalt net, der gør det muligt at efterkomme den fremtidige efterspørgsel, på grundlag af de oplysninger, der er til rådighed »i dag«, justere aktiverne til det omtrentlige niveau for en effektiv operatør, som etablerer et optimalt net, der gør det muligt at efterkomme den fremtidige efterspørgsel, på grundlag af de oplysninger, der er til rådighed »i dag«, og forventninger til efterspørgslen. Retten fandt følgelig, at disse optimerende justeringer var baseret på en fremskrivning og på en optimal netmodel og ikke på et skøn, som afspejlede differensomkostningerne i forbindelse med appellantens eksisterende aktiver.
- 113 Retten udledte i den appellerede doms præmis 226 deraf, at optimerende justeringer i almindelighed og udskiftningen af eksisterende aktiver med mere moderne aktiver i særdeleshed havde et andet formål end den revaluering af aktiverne, som appellant havde foreslået. Retten fastslog endvidere, at Kommissionens hensyntagen til den revaluering af de eksisterende aktiver, som appellant havde foreslået, fordi der manglede andre mere pålidelige data om denne operatørs LRAIC, ikke indebar, at Kommissionen af denne grund nødvendigvis accepterede de optimerende justeringer, således at denne institution med god grund kunne behandle udskiftningen af eksisterende aktiver med mere moderne aktiver anderledes end den revaluering af aktiver, som appellant havde foreslået.
- 114 Endvidere bekræftede Retten i den appellerede doms præmis 227-235 Kommissionens konklusion om, at de optimerende justeringer ville føre til, at LRAIC ikke blev beregnet på grundlag af appellantens egne aktiver, men på grundlag af en hypotetisk konkurrents aktiver. Navnlig fastslog Retten i den appellerede doms præmis 232, at på den ene side var formålet med udskiftningen af eksisterende aktiver med mere moderne aktiver at justere omkostningerne i forbindelse med aktiver ved at lægge værdien af de »aktuelle« aktiver til grund, men uden at foretage passende justeringer af afskrivningerne, og hvis der på den anden side blev taget hensyn til den overskydende netkapacitet på grundlag af den »aktuelle« udnyttede kapacitet, ville det have ført til udelukkelse af de af appellantens aktiver, som ikke blev anvendt produktivt. Retten udledte heraf i den appellerede doms præmis 233, at Kommissionen ikke begik nogen fejl, da den fandt, at en hensyntagen til de optimerende justeringer ville have medført, at der ikke blev taget hensyn til de omkostninger, som appellant selv havde afholdt fra den 12. august 2005 til den 31. december 2010. Endelig i den appellerede doms præmis 234 fastslog Retten, at Kommissionen ikke tilsidesatte princippet om, at undersøgelsen af et avancepres skal baseres på det såkaldte kriterium om »den lige så effektive operatør«, når den i det væsentlige anførte, at det ikke kan undgås, at en vis kapacitet undertiden forbliver uudnyttet. Hvis Kommissionen havde accepteret de optimerende justeringer i forhold til overskydende kapacitet, ville appellantens LRAIC-beregninger imidlertid have afspejlet omkostningerne for et optimalt net, som var tilpasset efterspørgslen og ikke havde de samme effektivitetsmangler som denne operatørs net.

- 115 Appellanten har gjort gældende, at Retten anvendte dette kriterium om »den lige så effektive operatør« fejlagtigt og tilsidesatte ligebehandlingsprincippet, da den godkendte Kommissionens afvisning af de optimerende justeringer. Appellanten har til støtte for dette klagepunkt i det væsentlige gjort gældende, at disse justeringer alene vedrørte de data vedrørende LRAIC, der fandtes, nemlig appellants data for 2011, som blev anvendt som vejledning for perioden 2005-2011. Appellanten har endvidere gjort gældende, at de nævnte justeringer skulle afspejle de løbende omkostninger til udstyr og drift, som et net opført på tidspunktet for den anfægtede afgørelse (»i dag«) ville indebære på samme måde som de justeringer af regnskabsprincipperne for løbende omkostninger, som Kommissionen havde accepteret at tage i betragtning.
- 116 Den omstændighed, at de LRAIC, som Kommissionen tog hensyn til for perioden 2005-2010, var blevet vurderet på grundlag af appellants oplysninger fra 2011, og at de optimerende justeringer havde til formål at ajourføre omkostningerne til udstyr og drift i forhold til et net, der var opført på tidspunktet for den anfægtede afgørelse, er imidlertid ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at Rettens vurdering i den appellerede doms præmis 225 og 232, hvorefter disse justeringer havde til formål at foretage en mere effektiv vurdering af omkostningerne ved de eksisterende aktiver ved at erstatte dem med mere moderne aktiver, således at de ikke længere afspejlede omkostningerne for en konkurrent, der er lige så effektiv som appellanten, var behæftet med en retlig fejl. Retten begik derfor ikke en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 226 og 233 fastslog, at en hensyntagen til de optimerende justeringer havde et andet formål end en revaluering af aktiverne og ville have medført, at der ikke blev taget hensyn til de omkostninger, som appellanten afholdt mellem den 12. august 2005 og den 31. december 2010.
- 117 Tilsvarende er den omstændighed, at de eneste data, som Kommissionen tog hensyn til med henblik på at beregne LRAIC, var appellants data vedrørende 2011, og at de optimerende justeringer havde til formål at ajourføre omkostningerne til udstyr og drift i forhold til et net, der var opført på tidspunktet for den anfægtede afgørelse, heller ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at Retten begik en retlig fejl eller begik en fejl ved den retlige kvalificering af de faktiske omstændigheder på grund af den anvendelse, som den foretog på de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag, af kriteriet om »den lige så effektive operatør« ved i den appellerede doms præmis 234 at fastslå, at en hensyntagen til de optimerende justeringer i forhold til overskydende kapacitet ville afspejle omkostningerne for et optimalt net, som var tilpasset efterspørgslen og ikke havde de samme effektivitetsmangler som appellants net.
- 118 Eftersom det ikke er godtgjort, at Retten begik en retlig fejl ved at tiltræde, at Kommissionens udelukkelse af de optimerende justeringer, som appellanten havde foreslået i henhold til kriteriet om »den lige så effektive operatør«, var berettiget, er den omstændighed, at disse justeringer blev foretaget på grundlag af de samme data som dem, der var genstand for andre justeringer, som Kommissionen havde taget hensyn til, såsom appellants justeringer af regnskabsprincipper for løbende omkostninger, irrelevant. Hensyntagen til omkostninger og justeringer i forbindelse med undersøgelsen af en prispolitik, der fører til avancepres for den dominerende virksomheds konkurrenter, skal nemlig ikke bedømmes ud fra den omstændighed, at Kommissionen allerede har accepteret andre justeringer af disse omkostninger, men på grundlag af kriteriet om en konkurrent, der er mindst lige så effektiv som den dominerende virksomhed.
- 119 Under alle omstændigheder kan en ukorrekt anvendelse af dette kriterium på grund af en hensyntagen til visse omkostningsjusteringer ikke i sig selv begrunde den omstændighed, at der ligeledes tages hensyn til andre justeringer i henhold til ligebehandlingsprincippet. Ligebehandlingsprincippet skal nemlig forenes med overholdelsen af legalitetsprincippet, ifølge hvilket ingen til egen fordel kan påberåbe sig en ulovlighed, der er begået til fordel for andre (dom af 13.9.2017, Pappalardo m.fl. mod Kommissionen, C-350/16 P, EU:C:2017:672, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

- 120 Det var følgelig uden at begå en retlig fejl eller en fejl ved den retlige kvalificering af de faktiske omstændigheder, at Retten tiltrådte, at Kommissionens afslag på at tage hensyn til de optimerende justeringer var velbegrundet.
- 121 Det tredje anbringende skal således forkastes, da det delvist ikke kan antages til realitetsbehandling og delvist er ugrundet.

Om påstanden om at få medhold i sagen

- 122 Appellanten har nedlagt påstand om at drage fordel af en eventuel afgørelse om, at give medhold i det af DT påberåbte anbringende til støtte for appellen i sag C-152/19 P til prøvelse af Rettens dom af 13. december 2018, Deutsche Telekom mod Kommissionen (T-827/14, EU:T:2018:930), hvorved DT har kritiseret denne dom, for så vidt som den fastslog, at Kommissionen med rette havde fastslået, at appellanten og appellanten i denne sag var en del af en enkelt virksomhed, og at de begge var ansvarlige for den overtrædelse, der blev fastslået i den omtvistede afgørelse. Til støtte for denne påstand har appellanten gjort gældende, at det nævnte anbringende har samme genstand som appellants fjerde anbringende fremsat for Retten.
- 123 Kommissionen har gjort gældende, at en sådan påstand skal forkastes, eftersom der ikke er tale om et appelanbringende, at appellants ansvar ikke udspringer af DT's adfærd, og at DT's appel i sag C-152/19 P under alle omstændigheder skal forkastes.
- 124 I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at konstatere, at Domstolen ved dom af dags dato, Deutsche Telekom mod Kommissionen (sag C-152/19 P), har forkastet DT's appel i denne sag, således at appellants påstand er irrelevant, da den er uden genstand.
- 125 Dermed bør appellen forkastes i det hele.

Sagsomkostninger

- 126 I henhold til artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen afgørelse om sagsomkostningerne, såfremt appellen ikke tages til følge.
- 127 I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 128 Da appellanten har tabt sagen, og Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellanten tilpligtes at afholde sagsomkostningerne, bør det pålægges appellanten at bære sine egne omkostninger og at betale Kommissionens omkostninger.

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

1) Appellen forkastes.

2) Slovak Telekom a.s. bærer sine egne omkostninger og betaler de af Europa-Kommissionen afholdte omkostninger.

Underskrifter