



Kohtulahendite kogumik

ÜLDKOHTU OTSUS (kaheksas koda)

29. märts 2012*

Konkurents — Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine — Interneti lairibaühenduse turud Hispaanias — EÜ artikli 82 rikkumise tuvastamine — Hindade kindlaksmääramine — Hinnakruvi — Turgude määratlemine — Turgu valitsev seisund — Kuritarvitamine — Hinnakruvi efekti arvutamine — Kuritarvitamise mõju — Komisjoni pädevus — Kaitseõigused — Subsidiaarsus — Proportsionaalsus — Õiguskindlus — Lojalne koostöö — Hea halduse põhimõte — Trahvid

Kohtuasjas T-336/07,

Telefónica, SA, asukoht Madrid (Hispaania),

Telefónica de España, SA, asukoht Madrid,

esindajad: advokaadid F. González Díaz ja S. Sorinas Jimeno, hiljem advokaat F. González Díaz,

hagejad,

versus

Euroopa Komisjon, esindajad: F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier ja K. Mojzesowicz,

kostja,

keda toetavad

France Telecom España, SA, asukoht Pozuelo de Alarcón (Hispaania), esindajad: advokaadid S. Martínez Lage, H. Brokelmann ja M. Ganino,

ja

Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), asukoht Madrid, esindajad: advokaadid L. Pineda Salido ja M. I. Cámara Rubio,

ning

European Competitive Telecommunications Association, asukoht Wokingham (Ühendkuningriik), esindajad: advokaadid M. Di Stefano ja A. Salerno,

menetlusse astujad,

* Kohtumenetluse keel: hispaania.

mille ese on nõue tühistada komisjoni 4. juuli 2007. aasta otsus K(2007) 3196 (lõplik) [EÜ] artikli 82 kohase menetluse kohta (juhtum COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica) ja teise võimalusena nõue tühistada hagejatele määratud trahv või seda vähendada,

ÜLDKOHUS (kaheksas koda),

koosseisus: esimees L. Truchot ja kohtunikud M. E. Martins Ribeiro (ettekandja) ja H. Kanninen,

kohtusekretär: vanemametnik J. Palacio González,

arvestades kirjalikus menetluses ja 23. mai 2011. aasta kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

Hagejad

- 1 Telefónica SA, kes on käesolevas asjas hageja, on ematettevõtja kontsernis Telefónica, mis on Hispaania sidesektori endine riigi monopol. Perioodil, mida puudutab komisjoni 4. juuli 2007. aasta otsus K(2007) 3196 (lõplik) [EÜ] artikli 82 kohase menetluse kohta (juhtum COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica) (edaspidi „vaidlustatud otsus”), ehk 2001. aasta septembrist kuni 2006. aasta detsembrini, osutas Telefónica lairibaühenduse teenust oma tütarettvõtja Telefónica de España SAU (edaspidi „TESAU”) kaudu, kes on käesolevas asjas samuti hageja, ning kahe muu tütarettvõtja, Telefónica Data de España SAU ja Terra Networks España SA kaudu, kes ühinesid TESAU-ga vastavalt 30. juunil 2006 ja 7. juulil 2006 (vaidlustatud otsuse põhjendused 11, 13 ja 19–21). Telefónica ja tema tütarettvõtjad (edaspidi koos „Telefónica”) moodustasid kogu uuritava ajavahemikul ühe majandusüksuse (vaidlustatud otsuse põhjendus 12).
- 2 Enne sideturu täielikku avamist 1998. aastal kuulus Telefónica Hispaania riigile ning tal oli tavatelefoniside jaeteenuse pakkumiseks õiguslik monopol. Praegu käitab ta ainsat üleriigilise dimensiooniga tavatelefonivõrku (vaidlustatud otsuse põhjendus 13).

Haldusmenetlus

- 3 11. juulil 2003 esitas Wanadoo España SL (nüüd France Telecom España SA) (edaspidi „France Telecom”) Euroopa Ühenduste Komisjonile kaebuse, väites, et Telefónica tütarettvõtjate hulgihinna, mida nad kohaldasid oma konkurentidele Hispaanias lairibaühendusele juurdepääsu hulgihinnal, ja nende lõppkasutajale kohaldatava jaehinna vahe ei ole piisav, et Telefónica konkurendid saaksid temaga konkureerida (vaidlustatud otsuse põhjendus 26).
- 4 Pärast kaebuse analüüsimist ja täiendava teabe saamist esitas komisjon 20. veebruaril 2006 Telefónicale vastuväiteteatise. Viimane vastas sellele 19. mail 2006. 12. ja 13. juunil 2006 toimus ärakuulamine (vaidlustatud otsuse põhjendused 27 ja 30).
- 5 11. jaanuaril 2007 saatis komisjon Telefónicale kirja, milles paluti edastada kommentaarid järelduste kohta, mida komisjon kavatses teha uute faktide alusel, mida vastuväiteteatistes ei olnud mainitud (edaspidi „faktiliste asjaolude kiri”). Telefónica vastas sellele 12. veebruaril 2007 (vaidlustatud otsuse põhjendus 31).

Vaidlustatud otsus

- 6 Komisjon võttis käesoleva menetluse aluseks oleva vaidlustatud otsuse vastu 4. juulil 2007.
- 7 Vaidlustatud otsuses määratles komisjon kõigepealt kolm asjassepuutuvat kaubaturgu, milleks olid lairibaühenduse jaeturg ja kaks lairibaühenduse hulgiturgu (vaidlustatud otsuse põhjendused 145–208).
- 8 Asjakohane jaeturg hõlmab vaidlustatud otsuse kohaselt kõiki lairibaühenduse määratlemata tooteid, olenemata sellest, kas seda osutatakse ADSL-i (*Asymmetric Digital Subscriber Line*, asümmeetriline digitaalne abonentliin) või muu tehnoloogia abil, ja mida turustatakse „laiiale avalikkusele suunatud turul” nii kodukasutajatele kui ka muudele kasutajatele. See turg ei hõlma aga lairibaühenduse personaliseeritud teenust, mida osutatakse peamiselt „suurkasutajatele” (vaidlustatud otsuse põhjendus 153).
- 9 Hulgituru osas märkis komisjon, et valida sai peamiselt kolme hulgpakkumise vahel, milleks olid ainult Telefónica turustatav standardpakkumine kohaliku kliendiliini eraldamiseks, ainult Telefónica turustatav piirkondlik hulgpakkumine (GigADSL, edaspidi „piirkondlik hulgitooide”) ja mitmed riigi tasandi hulgpakkumised, mida turustatavad nii Telefónica (ADSL-IP ja ADSL-IP Total, edaspidi „üleriigiline hulgitooide”) kui ka eraldatud kohaliku kliendiliini ja/või piirkondliku hulgitooide alusel muud operaatorid (vaidlustatud otsuse põhjendus 75).
- 10 Selleks et käesolevas asjas määratleda asjakohased hulgiturud, analüüsis komisjon, kas eelmises punktis kirjeldatud hulgitooted kuulusid samale kaubaturule või erinevatele kaubaturgudele (vaidlustatud otsuse põhjendus 162).
- 11 Selles küsimuses leidis komisjon kõigepealt, et piirkondlik hulgitooide ja eraldatud kohalik kliendiliin ei olnud asendatavad tooted (vaidlustatud otsuse põhjendused 163–182). Selle järelduse põhjendamiseks viitas komisjon nõudluse poolse asendatavuse küsimuses olulistele investeringutele võrgu kasutuselevõtuks (vaidlustatud otsuse põhjendused 163 ja 164) ja nende kaht tüüpi hulgiuurdepääsu toimimise erisustele (vaidlustatud otsuse põhjendus 165). Komisjon leidis, et ka pakkumise poolel ei olnud need tooted asendatavad, sest see eeldaks, et alternatiivne operaator võiks pakkuda Telefónicaga sama kohalikku kliendiliini kogu Hispaania territooriumil, mis on mõistliku tähtaja jooksul majanduslikult võimatu (vaidlustatud otsuse põhjendus 167).
- 12 Edasi leidis komisjon, et piirkondlik ja üleriigiline hulgitooide ei asenda omavahel piisavalt üksteist (vaidlustatud otsuse põhjendused 183–195), täpsustades, et piirkondlike ja üleriigiliste hulgiturgude täpsed piirid ei ole määrava tähtsusega, arvestades Telefónica turgu valitsevat seisundit kõigil neil turgudel (vaidlustatud otsuse põhjendus 195). Arvestades nõudlusepoolset asendatavust, asus ta seisukohale, et alternatiivne operaator, kes soovib pakkuda riigi tasandil ADSL jaeteeust piirkondlikku hulgitooidet kasutades, peaks kandma korduvaid eelnevaid suuri kulusid seoses niisuguse võrgu kasutuselevõtu ja hooldusega, mis võimaldab luua ühenduse 109 Telefónica kaudse juurdepääsupunktiga (vaidlustatud otsuse põhjendus 183). Lisaks ei oleks majanduslikust seisukohast mõtet üleminekul piirkondlikult hulgitooitelt üleriigilisele hulgitooitele, sest on ebaloogiline ja vähetõenäoline, et operaatorid, kes on juba investeerinud võrgu väljaarendamisse, kannaksid kulusid seda võrku kasutamata ning kasutaksid üleriigilist hulgitooidet, mis ei annaks neile jaetoote teenuse kvaliteedi kontrollimise osas samu võimalusi kui piirkondlik hulgitooide (vaidlustatud otsuse põhjendus 187). Asendatavuse osas pakkumise poolel märgib komisjon, et kuigi on tõsi, et operaator, kes soovib teha üleriigilise hulgitooite pakkumise, võib seda teha piirkondliku hulgitooite pakkumise alusel, eeldab see suuri investeringuid, mida ei saaks võrrelda investeringutega, mida tuleb teha kohaliku kliendiliini eraldamiseks, mis tuleb läbi viia eelnevalt, selleks et operaator saaks pakkuda Telefónica tootega konkureerivat piirkondlikku hulgitooidet (vaidlustatud otsuse põhjendus 191).

- 13 Lõpuks leidis komisjon, et teistsuguseid lairibaühenduse tehnoloogiaid kui ADSL, eriti kaabelühendust ei saa pidada sellisteks, et need saavad asendada ADSL pakkumisi (vaidlustatud otsuse põhjendused 196–207). Asendatavuse osas nõudluse poolel tõi komisjon esile olulise kulu, mida tuleb kanda selleks, et minna üle ADSL hulgipakkumiselt kaablipõhisele hulgipakkumisele, ning ka kaablivõrgu nõrka esindatust ja fragmenteeritust Hispaanias (vaidlustatud otsuse põhjendus 199). Komisjon märkis ka, et isegi kui tehniliselt oleks kaablioperaatoritel võimalik teha kolmandatele isikutele lairibaühenduse hulgipakkumine, mis sarnaneks piirkondliku ja üleriigilise hulgitootega, takistaksid neid seda tegemast praktilised ja majanduslikud raskused, mistõttu selline pakkumine ei oleks majanduslikult jätkusuutlik.
- 14 Komisjon järeldas, et vaidlustatud otsuse seisukohast olid asjassepuutuvad geograafilised turud piirkondlik hulgitoodete turg ja üleriigiline hulgitoodete turg, välja arvatud hulgiteenus kaabli kaudu ja ADSL-i erinevad tehnoloogiad (vaidlustatud otsuse põhjendused 6 ja 208).
- 15 Asjassepuutuvad geograafilised hulgi- ja jaeturud on vaidlustatud otsuse kohaselt riigi mõõtmetega (Hispaania territoorium) (vaidlustatud otsuse põhjendus 209).
- 16 Teiseks tuvastas komisjon, et Telefónica oli kahel asjassepuutuval hulgiturul turgu valitsev seisund (vaidlustatud otsuse põhjendused 223–242). Uuritaval perioodil oli Telefónica piirkondliku hulgitooete pakkumise monopol ja enam kui 84% üleriigilise hulgitooete turust (vaidlustatud otsuse põhjendused 223 ja 235). Vaidlustatud otsuse kohaselt (vaidlustatud otsuse põhjendused 243–277) on Telefónica turgu valitsev seisund ka jaeturul.
- 17 Kolmandaks uuris komisjon, kas Telefónica kuritarvitas oma turgu valitsevat seisundit asjakohastel turgudel (vaidlustatud otsuse põhjendused 278–694). Selles küsimuses asus komisjon seisukohale, et Telefónica on rikkunud EÜ artiklit 82, sundides oma konkurentidele peale ebaõiglasi hindu, mis väljendusid hinnakruvis Hispaania „laiale avalikkusele suunatud” turu lairibaühenduse jaehindade ning üleriigilise ja piirkondliku lairibaühenduse hulgihindade vahel perioodil 2001. aasta septembrist kuni 2006. aasta detsembrini (vaidlustatud otsuse põhjendus 694).
- 18 Selleks et tuvastada käesolevas asjas hinnakruvi esinemine, meenutas komisjon esiteks õiguslikku tausta, mida kohaldades Telefónica üleriigilist ja piirkondlikku hulgitooetet pakkus, eriti Hispaania õigusest tulenevat Telefónica kohustust võimaldada õiglastel tingimustel hulgijuurdepääsu nii üleriigilisel kui piirkondlikul tasandil. Komisjon tuletas meelde ka piirkondliku hulgitooete pakkumise kohustust, mille oli Telefónica alates 1999. aasta märtsist kehtestanud Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT, Hispaania sideturu komisjon), ning täheldas, et Telefónica oli omal algatusel hakanud toodet ADSL-IP Total pakkuma alates 1999. aasta septembrist, kuigi CMT oli kohustanud Telefónica võimaldama juurdepääsu ADSL-IP-le alles alates 2002. aasta aprillist (vaidlustatud otsuse põhjendused 288 ja 289).
- 19 Teiseks, hinnakruvi arvutamise meetodi osas asus komisjon kõigepealt seisukohale, et Telefónica konkurentide tõhususe taset tuleb hinnata viimase järelturu kulude alusel („sama tõhusa konkurenti” meetod) (vaidlustatud otsuse põhjendused 311–315); teiseks, et kulude hindamiseks on käesolevas asjas asjakohane meetod pikaajalise täiendkulu (edaspidi „LRIC”) meetod (vaidlustatud otsuse põhjendused 316–324); kolmandaks, et aja möödudes tekkivat tulusust on võimalik hinnata kahe meetodi alusel, milleks on „periood perioodilt” meetod ja diskonteeritud rahavoogude (edaspidi „DCF”) meetod (vaidlustatud otsuse põhjendused 325–385); neljandaks, et hinnakruvi tuleb arvutada Telefónica poolt asjakohasel jaeturul turustatavate kõigi teenuste alusel (vaidlustatud otsuse põhjendused 386–388); ja viiendaks, esmaste sisendite valiku osas asus komisjon seisukohale, et arvutada tuleb nende edasikandumine järelturu hindadesse, nii et sama tõhus konkurent kui Telefónica, kes kasutab vähemalt üht mõlema asjakohase hulgituru Telefónica hulgitooetet, peab olema võimeline pakkuma sama hinda kui Telefónica (vaidlustatud otsuse põhjendused 389–396).

- 20 Kolmandaks, komisjon arvutas, kas Telefónica esmase ja järelturu hindade vahe kattis vähemalt Telefónica LRIC pikaajalise keskmise täiendkulu järelturul (vaidlustatud otsuse põhjendused 397–511). Kasutades eelmises punktis kirjeldatud meetodit, arvutas komisjon välja, et 2001. aasta septembrist kuni 2006. aasta detsembrini ei olnud Telefónica üleriigilise või piirkondliku hulgitootel alusel Telefónica jaehinnad korratavad (vaidlustatud otsuse põhjendused 512–542).
- 21 Neljandaks, mis puudutab kuritarvitamise mõju, siis asus komisjon seisukohale, et Telefónica tegevus piiras tõenäoliselt ADSL-i operaatorite võimet laiendada püsivalt oma tegevust jaeturul ja tekitas tõenäoliselt kahju lõppkasutajale. Ta leidis ka, et Telefónica tegevusel oli konkreetne väljatõrjuv mõju ning et see tekitas kahju tarbijale (vaidlustatud otsuse põhjendused 544–618).
- 22 Viiesandaks, komisjon märkis, et Telefónica tegevus ei olnud objektiivselt põhjendatud ega andnud tõhusustulu (vaidlustatud otsuse põhjendused 619–664).
- 23 Lõpuks kuuesandaks, komisjon märkis, et Telefónica oli ruumi hinnakruvi vältida. Telefónica oleks võinud nimelt tõsta oma jaehindu või vähendada hulgihinda. Komisjon lisan, et Telefónicale adresseeritud CMT otsused seoses hinnakruviga ei ole sellised, mis välistaksid Telefónica vastutuse (vaidlustatud otsuse põhjendused 665–694).
- 24 Neljandaks tuvastas komisjon, et käesolevas asjas kahjustati liikmesriikidevahelist kaubavahetust, sest Telefónica hinnapoliitika puudutas juurdepääsuteenust, mida pakkus turgu valitsevas seisundis olev operaator, kes kattis kogu Hispaania territooriumi, mis moodustab olulise osa siseturust (vaidlustatud otsuse põhjendused 695–697).
- 25 Trahvisumma arvutamiseks kohaldas komisjon vaidlustatud otsuses meetodit, mis on sätestatud suunistes määruse nr 17 artikli 15 lõike 2 ja [ST] asutamislepingu artikli 65 lõike 5 kohaselt määratavate trahvide arvutamise meetodi kohta (EÜT 1998, C 9, lk 3; ELT eriväljaanne 08/01, lk 171; edaspidi „1998. aasta suunised”).
- 26 Esiteks, komisjon hindas rikkumise raskust ja mõju ning geograafilise turu suurust. Kõigepealt asus ta rikkumise raskuse osas seisukohale, et tegemist on selge kuritarvitamisega ettevõtja poolt, kes on praktiliselt monopoolses seisundis, ning et rikkumine tuleb kvalifitseerida „väga raskeks” rikkumiseks 1998. aasta suuniste tähenduses (vaidlustatud otsuse põhjendused 739–743). Vaidlustatud otsuse põhjendustes 744–750 eristab komisjon muu hulgas käesolevat asja komisjoni 21. mai 2003. aasta otsusest 2003/707/EÜ, mis käsitleb EÜ artikli 82 kohaldamise menetlust (juhtum COMP/C 1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (ELT L 263, lk 9, edaspidi „otsus Deutsche Telekom”), milles Deutsche Telekomit kuritarvitamist – mis seisnes samuti hinnakruvis – ei kvalifitseeritud „väga raskeks” rikkumiseks 1998. aasta suuniste tähenduses. Edasi, mis puudutab tuvastatud rikkumise mõju, siis võttis komisjon arvesse asjaolu, et asjakohastel turgudel oli suur majanduslik väärtus, et neil oli määrav tähtsus teabepõhise ühiskonna loomisel ja et Telefónica kuritarvitamisel oli suur mõju jaeturule (vaidlustatud otsuse põhjendused 751 ja 753). Lõpuks märkis komisjon geograafilise turu suuruse kohta, et Hispaania lairibaühenduse turg oli Euroopa Liidus suuruselt viies lairibaühenduse riiklik turg ja et kuigi hinnakruvi probleem piirdus tingimata ainult ühe liikmesriigiga, takistas see teiste liikmesriikide operaatoreid sisenemast tugeva tõusutendentsiga turule (vaidlustatud otsuse põhjendused 754 ja 755).
- 27 Vaidlustatud otsuse kohaselt on trahvi lähtesumma 90 000 000 eurot, milles on võetud arvesse asjaolu, et asjassepuutuva perioodi kulgedes, täpsemalt pärast otsuse Deutsche Telekom vastuvõtmist muutus kuritarvitava tegevuse raskus konkreetsemaks (vaidlustatud otsuse põhjendused 756 ja 757). Sellele summale kohaldati kordajat 1,25, et arvesse võtta Telefónica olulist majanduslikku suutlikkust ja et tagada trahvi piisavalt hoiatav mõju, nii et trahvi lähtesummaks kujunes 112 500 000 eurot (vaidlustatud otsuse põhjendus 758).

- 28 Teiseks, kuna rikkumine kestis 2001. aasta septembrist kuni 2006. aasta detsembrini ehk viis aastat ja neli kuud, suurendas komisjon trahvi lähtesummat 50%. Trahvi põhisummaks kujunes seega 168 750 000 eurot (vaidlustatud otsuse põhjendused 759–761).
- 29 Kolmandaks, arvestades olemasolevaid tõendeid, asus komisjon seisukohale, et käesolevas asjas võib arvesse võtta teatud kergendavaid asjaolusid, sest rikkumine pandi toime vähemalt hooletuse tõttu. Seetõttu vähendati Telefónica trahvi 10%, mis andis trahvisummaks 151 875 000 eurot (vaidlustatud otsuse põhjendused 765 ja 766).
- 30 Vaidlustatud otsuse resolutsioon on järgmine:

„Artikkel 1

[Telefónica] ja [TESAU] on rikkunud EÜ artiklit 82, kohaldades ebaõiglast hinda, mis väljendus hulgihinna ja jaehinna ebaproportsionaalsuses lairibaühenduse turul 2001. aasta septembrist kuni 2006. aasta detsembrini.

Artikkel 2

Artiklis 1 tuvastatud rikkumise eest määratakse [Telefónica] ja [TESAU-le] solidaarselt tasumisele kuuluv trahv summas 151 875 000 eurot.” [Siin ja edaspidi on vaidlustatud otsust tsiteeritud mitteametlikus tõlkes.]

Menetlus ja poolte nõuded

- 31 Hagejad esitasid käesolevas asjas hagiavalduse, mis saabus Üldkohtu kohtukantseleisse 1. oktoobril 2007.
- 32 Üldkohtule vastavalt 10. ja 24. detsembril 2007 esitatud dokumentidega taotlesid France Telecom ja Asociación de usuarios de servicios bancarios (Ausbanc Consumo) (edaspidi „Ausbanc”) menetlusse astumist komisjoni nõuete toetuseks.
- 33 7. jaanuari 2008. aasta kirjas palusid hagejad, et hagiavalduses ja selle lisades esitatud teatud andmeid käsitletaks võimalike menetlusse astujate suhtes konfidentsiaalsena.
- 34 22. veebruari 2008. aasta kirjas palusid hagejad, et hagiavalduses ja selle lisades esitatud teatud andmeid käsitletaks Ausbanci suhtes konfidentsiaalsena.
- 35 15. aprilli 2008. aasta kirjadega palusid hagejad, et kostja vastuses ja selle lisades esitatud teatud andmeid käsitletaks Ausbanci ja France Télécomi suhtes konfidentsiaalsena.
- 36 25. juuli 2008. aasta kirjadega palusid hagejad, et repliigis ja selle lisades esitatud teatud andmeid käsitletaks Ausbanci ja France Télécomi suhtes konfidentsiaalsena.
- 37 Üldkohtu kaheksanda koja esimehe 31. juuli 2008. aasta määrusega lubati France Télécomil ja Ausbancil komisjoni nõuete toetuseks menetlusse astuda. Otsuse tegemine konfidentsiaalsena käsitlemise taotluse põhjendatuse kohta lükati edasi.
- 38 Menetlusse astujatele edastati menetluskirjelduste mittekonfidentsiaalne versioon, mille olid koostanud hagejad.
- 39 12. septembri 2008. aasta kirjaga vaidles Ausbanc vastu nende lõikude konfidentsiaalsusele, mis talle edastatud menetluskirjeldustest olid välja jäetud.

- 40 15. septembri 2008. aasta kirjas vaidles France Télécom vastu konfidentsiaalsena käsitlemise taotlusele osas, mis puudutas hagiavalduse, kostja vastuse ja repliigi eri lisade terviktekste.
- 41 28. oktoobril 2008 esitasid France Telecom ja Ausbanc oma menetlusse astuja seisukohad.
- 42 25. novembri 2008. aasta kirjas teatasid hagejad Üldkohtule, et menetlusse astuja seisukohad ei sisaldanud konfidentsiaalseid andmeid.
- 43 27. novembri 2008. aasta kirjas palusid hagejad, et vasturepliigis ja selle lisades esitatud teatud andmeid käsitletaks France Télécomi ja Ausbanci suhtes konfidentsiaalsena.
- 44 6. veebruaril 2009 esitasid hagejad oma märkused menetlusse astuja seisukohtade suhtes.
- 45 6. veebruari 2009. aasta kirjas palusid hagejad, et nende märkustes France Telecomi menetlusse astuja seisukohtade suhtes ja selle ühes lisan esitatud teatud andmeid käsitletaks konfidentsiaalsena.
- 46 9. veebruari 2009. aasta kirjas teatas komisjon, et ta loobub menetlusse astuja seisukohtade suhtes märkuste esitamisest.
- 47 Üldkohtu kaheksanda koja esimees rahuldab osaliselt 2. märtsi 2010. aasta määrusega hagejate konfidentsiaalsena käsitlemise taotluse.
- 48 4. novembril 2010 esitatud dokumendiga taotles ka European Competitive Telecommunications Association (edaspidi „ECTA”) menetlusse astumist komisjoni nõuete toetuseks.
- 49 7. detsembri 2010. aasta kirjas palusid hagejad selle avalduse rahuldamata jätta.
- 50 Üldkohtu kaheksanda koja esimehe 28. veebruari 2011. aasta määrusega lubati ECTA-l komisjoni nõuete toetuseks menetlusse astuda.
- 51 Hagejad paluvad Üldkohtul:
- esiteks tühistada vaidlustatud otsus EÜ artikli 230 alusel;
 - teise võimalusena EÜ artikli 229 alusel tühistada neile vaidlustatud otsusega määratud trahv või seda vähendada;
 - igal juhul mõista kohtukulud välja komisjonilt.
- 52 Komisjon palub Üldkohtul:
- jätta hagi rahuldamata;
 - mõista kohtukulud välja hagejatelt.
- 53 Ausbanc palub Üldkohtul:
- jätta rahuldamata nii esiteks kui teise võimalusena esitatud hagejate nõuded;
 - mõista kohtukulud välja hagejatelt.
- 54 France Telecom palub Üldkohtul:
- jätta hagejate hagiavaldus täies ulatuses rahuldamata;

— mõista hagejatelt välja menetlusse astumisega seotud kõik kohtukulud.

55 Ettekandja-kohtuniku ettekande alusel otsustas Üldkohus (kaheksas koda) avada suulise menetluse. Poolte kohtukõned ja nende vastused Üldkohtu suulistele küsimustele kuulati ära 23. mai 2011. aasta kohtuistungil.

56 Kohtuistungil palus ECTA Üldkohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja hagejatelt.

Õiguslik käsitlus

A – Hagejate nende argumentide vastuvõetavus, mis on väidetavalt esitatud lisades

57 Vasturepliigis vaidles komisjon vastu hagejate mõne sellise argumendi vastuvõetavusele, mis väidetavalt oli esitatud hagiavalduse lisades ja repliigis. Ta väitis, et hagejad esitasid nii õiguslikke kui majanduslikke argumente, millega mitte ainult ei toetatud või täiendatud faktilisi või õiguslikke asjaolusid, mis olid sõnaselgelt välja toodud menetlusdokumentide endi tekstis, vaid lisati ka uusi etteheiteid. Komisjoni hinnangul viitavad „hagejate menetlusdokumentides terved leheküljed” täielikult lisadele, omamata ilma niisuguse viiteta mingit sisu.

58 Vastavalt Euroopa Kohtu põhikirja artiklile 21 ja Üldkohtu kodukorra artikli 44 lõike 1 punktile c tuleb igas hagiavalduses ära märkida hagi ese ja ülevaade fakti- ja õigusväidetest. Need peavad olema märgitud piisavalt selgelt ja täpselt, et kostja saaks valmistada enda kaitseks ja Üldkohus teha asjas otsuse vajaduse korral ilma muudele materjalidele tuginemata. Õiguskindluse ja korrakohase õigusemõistmise tagamiseks ning et hagi oleks vastuvõetav, peavad selle aluseks olevad õiguslikud ja faktilised asjaolud kas või kokkuvõtlikult, ent seostatult ja arusaadavalt tulenema hagiavalduse tekstist. Kuigi konkreetsetes küsimustes saab hagiavalduse teksti toetada ja täiendada viidetega hagiavaldusele lisatud dokumentide kindlatele osadele, ei saa üldine viide teistele dokumentidele, isegi kui need on hagiavaldusele lisatud, asendada selliste sisuliste õiguslike argumentide puudumist, mis eespool mainitud sätete kohaselt peavad olema märgitud hagiavalduses endas (vt Üldkohtu 17. septembri 2007. aasta otsus kohtuasjas T-201/04: Microsoft vs. komisjon, EKL 2007, lk II-3601, punkt 94 ja seal viidatud kohtupraktika).

59 Pealegi ei ole Üldkohtu ülesanne lisadest otsida ja kindlaks teha neid väiteid ja argumente, mida võib lugeda hagi aluseks olevaks, kuna lisadel on üksnes tõenduslik ja abistav ülesanne (Üldkohtu 7. novembri 1997. aasta otsus kohtuasjas T-84/96: Cipeke vs. komisjon, EKL 1997, lk II-2081, punkt 34; 21. märtsi 2002. aasta otsus kohtuasjas T-231/99: Joynson vs. komisjon, EKL 2002, lk II-2085, punkt 154, ja 14. detsembri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-209/01: Honeywell vs. komisjon, EKL 2005, lk II-5527, punkt 57). Lisade puhtalt tõenduslik ja abistav ülesanne tähendab seda, et kui need sisaldavad selliseid õiguslikke asjaolusid, millele tuginevad teatavad hagiavalduses esitatud väited, peavad need asjaolud esinema ka hagiavalduse enda tekstis või vähemalt olema selles menetlusdokumendis piisavalt identifitseeritud (vt selle kohta Euroopa Kohtu 28. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P ja C-213/02 P: Dansk Rørindustri jt vs. komisjon, EKL 2005, lk I-5425, punkt 99). Seda, milles seisneb hagi põhjendav väide, peab olema selgitatud hagiavalduses, mistõttu üksnes väite üldsõnalisest mainimisest ei piisa kodukorra nõuete täitmiseks (Üldkohtu 12. jaanuari 1995. aasta otsus kohtuasjas T-102/92: Viho vs. komisjon, EKL 1995, lk II-17, punkt 68, ja 22. novembri 2006. aasta otsus kohtuasjas T-282/04: Itaalia vs. komisjon, kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 60).

- 60 Seega ei saa lisasid kasutada selleks, et neis täiendada hagiavalduses ülevaatlikult mainitud fakti- ja õigusväiteid, esitades nendes vastuväiteid või argumente, mida hagiavalduses endas ei ole (vt Üldkohtu 30. jaanuari 2007. aasta otsus kohtuasjas T-340/03: France Télécom vs. komisjon, EKL 2007, lk II-107, punkt 167 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 61 Euroopa Kohtu põhikirja artikli 21 ja Üldkohtu kodukorra artikli 44 lõike 1 punkti c selline tõlgendus kehtib ka repliigi vastuvõetavuse tingimuste suhtes, arvestades, et selle eesmärk on kodukorra artikli 47 lõike 1 kohaselt hagiavaldust täiendada (vt eespool punktis 58 viidatud kohtuotsus Microsoft vs. komisjon, punkt 95 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 62 Käesolevas asjas on hagejad teinud oma menetlusdokumentides mitu viidet nendele dokumentidele lisatud ja tihti mahukatele tõenditele. Kuid osa viiteid viitavad asjassepuutuvatele lisadele ainult üldsõnaliselt ega võimalda seega Üldkohtul täpselt kindlaks teha neid asjaolusid, mida ta võib pidada niisugusteks, mis nimetatud tõendite kindlatele osadele tehtud viidete kaudu toetavad või täiendavad hagiavalduse või repliigi väidete või argumentide konkreetseid punkte. Täpsemalt on osa viiteid tehtud ka tõenditele, mille eesmärk ei ole ainult toetada ja täiendada nendes menetlusdokumentides endis, millele nimetatud tõendid on lisatud, esitatud argumentide konkreetseid küsimusi, vaid need tõendid sisaldavad ka lühidalt välja toodud argumentide selgitust, mistõttu ei ole need argumendid ilma nimetatud tõendeid analüüsivata arusaadavad.
- 63 Sellest tuleneb, et käesolevas asjas võetakse hagiavalduse ja repliigi lisasid arvesse ainult ulatuses, milles need toetavad või täiendavad väiteid või argumente, mida hagejad on oma menetlusdokumentides sõnaselgelt väljendanud, ja niivõrd, kui on võimalik täpselt kindlaks teha, millised on nendes sisalduvad kõnealuseid väiteid või argumente toetavad või täiendavad asjaolud (vt selle kohta eespool punktis 58 viidatud kohtuotsus Microsoft vs. komisjon, punkt 99).

B – Sisulised küsimused

- 64 Hagiavalduses on hagejad esitanud nõuded, mille nad paluvad rahuldada kas esmajärjekorras või teise võimalusena.
- 65 Peamisena ja vaidlustatud otsuse tühistamiseks esitatud nõude põhjendamiseks tuginevad hagejad kuuele väitele. Esimene väide puudutab kaitseõiguste rikkumist. Teine puudutab faktivigu ja õigusnormi väärkohaldamist asjakohaste hulgiturgude kindlaksmääramisel. Kolmas puudutab faktivigu ja õigusnormi väärkohaldamist asjakohastel turgudel Telefónica turgu valitseva seisundi tuvastamisel. Neljanda väite kohaselt on EÜ artikli 82 kohaldamisel rikutud õigusnormi seoses Telefónica kuritarvitava tegevuse tuvastamisega. Viienda väite kohaselt on tehtud faktivigu ja/või faktide hindamise vigu ning rikutud õigusnormi seoses Telefónica kuritarvitava tegevuse ja selle konkurentsivastase mõjuga. Lõpuks, kuues väide puudutab EÜ artikli 82 *ultra vires*-kohaldamist ning subsidiaarsuse, proportsionaalsuse, õiguskindluse, lojaalse koostöö ja hea halduse põhimõtte rikkumist.
- 66 Teise võimalusena esitavad hagejad kaks väidet, mille abil palutakse trahvi tühistada või selle summat vähendada. Esimene väide puudutab faktivigu ja õigusnormi väärkohaldamist ning nõukogu 6. veebruari 1962. aasta määruse nr 17 esimene määrus [EÜ] artiklite [81] ja [82] rakendamise kohta (EÜT 1962, 13, lk 204; ELT eriväljaanne 08/01, lk 3) artikli 15 lõike 2 ja nõukogu 16. detsembri 2002. aasta määruse (EÜ) nr 1/2003 [EÜ] artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta (EÜT 2003, L 1, lk 1; ELT eriväljaanne 08/02, lk 205) artikli 23 lõike 2 rikkumist, samuti õiguskindluse ja õiguspärase ootuse põhimõtte rikkumist. Teine väide, mis on esitatud teisejärgulisena, puudutab faktivigu ja õigusnormi väärkohaldamist ning proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise, karistuste individualiseerituse põhimõtte ning põhjendamiskohustuse rikkumist trahvisumma kindlaksmääramisel.

1. Peamine nõue, millega palutakse vaidlustatud otsus tühistada

a) Liidu kohtu kontrolli ulatus ja tõendamiskoormis

- 67 Määruse nr 1/2003 artiklist 2 ja EÜ artiklite 81 ja 82 kohaldamist puudutavast väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et konkurentsioiguse valdkonnas on juhul, kui vaidlus käib rikkumise toimepanemise asetleidmise üle, komisjon kohustatud tõendama tuvastatud rikkumisi ja esitama just neid tõendeid, mis õiguslikult piisavalt tõendavad rikkumise tunnusteks olevate asjaolude esinemist (Euroopa Kohtu 17. detsembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-185/95 P: Baustahlgewebe vs. komisjon, EKL 1998, lk I-8417, punkt 58, ja 6. jaanuari 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-2/01 P ja C-3/01 P: BAI ja komisjon vs. Bayer, EKL 2007, lk I-23, punkt 62; vt selle kohta ka eespool punktis 58 viidatud kohtuotsus Microsoft vs. komisjon, punkt 688). Komisjon peab esitama piisavalt täpseid ja üksteist toetavaid tõendeid, mille põhjal saab kindlalt veenduda, et rikkumine on toime pandud (vt selle kohta Üldkohtu 25. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-38/02: Groupe Danone vs. komisjon, EKL 2005, lk II-4407, punkt 217 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 68 Edasi tuleb meenutada, et kui tühistamishagi on esitatud EÜ artikli 230 alusel, tuleb liidu kohtul kontrollida vaid vaidlustatud akti õiguspärasust (Üldkohtu 8. juuli 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-67/00, T-68/00, T-71/00 ja T-78/00: JFE Engineering jt vs. komisjon, EKL 2004, lk II-2501, punkt 174). Kohtul, kes lahendab tühistamishagi komisjoni otsuse peale, milles tuvastatakse konkurentsieeskirjade rikkumine ja määratakse otsuse adressaatidele trahv, tuleb hinnata, kas tõenditest ja muudest asjaoludest, millele komisjon oma otsuses tugineb, piisab väidetava rikkumise tõendamiseks (vt selle kohta Üldkohtu 20. aprilli 1999. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 ja T-335/94: Limburgse Vinyl Maatschappij jt vs. komisjon, EKL 1999, lk II-931, punkt 891, ja eespool punktis viidatud kohtuotsus JFE Engineering jt vs. komisjon, punkt 175).
- 69 Lisaks tuleb meenutada, et väljakujunenud kohtupraktikast nähtub, et kuigi liidu kohtud teostavad üldiselt täielikku kontrolli selle üle, kas konkurentsioiguse teatud sätte kohaldamise tingimused on täidetud või mitte, piirdub keerulisi majanduslikke hinnanguid hõlmavate komisjoni hinnangute kohtulik kontroll tingimata selle kindlakstegemisega, kas on järgitud menetlusnorme ja põhjendamisreegleid, samuti ka selle kontrollimisega, kas faktilised asjaolud on sisuliselt täpsed, kas ei ole tehtud ühtki ilmset hindamisviga ja kas ei ole kuritarvitatud võimu (Euroopa Kohtu 11. juuli 1985. aasta otsus kohtuasjas 42/84: Remia jt vs. komisjon, EKL 1985, lk 2545, punkt 34; 17. novembri 1987. aasta otsus liidetud kohtuasjades 142/84 ja 156/84: British American Tobacco ja Reynolds Industries vs. komisjon, EKL 1985, lk 4487, punkt 62, ja 7. jaanuari 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P: Aalborg Portland jt vs. komisjon, EKL 2004, lk I-123, punkt 279; Üldkohtu 10. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas T-271/03: Deutsche Telekom vs. komisjon, EKL 2008, lk II-477, punkt 185).
- 70 Kuivõrd komisjoni otsus tuleneb keerukatest tehnilistest hinnangutest, saab neid põhimõtteliselt vaid piiratud ulatuses kohtulikult kontrollida, mis tähendab ka, et liidu kohus ei saa asendada faktiliste asjaoludele komisjoni antud hinnangut enda omaga (eespool punktis 58 viidatud Üldkohtu otsus Microsoft vs. komisjon, punkt 88, ja 9. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas T-301/04: Clearstream vs. komisjon, EKL 2009, lk II-3155, punkt 94).
- 71 Kuigi liidu kohus tunnustab komisjoni kaalutlusruumi majanduslikes küsimustes, ei tähenda see, et see kohus peab hoiduma kontrollimast, kuidas komisjon on seda laadi andmeid tõlgendanud. Nimelt peab liidu kohus kontrollima nii esitatud tõendite sisulist õigsust, usaldatavust ja sidusust, kui ka seda, kas need tõendid sisaldavad kogu asjakohast teavet, mida keerulise olukorra hindamisel tuleb arvesse võtta, ja kas kõnealused tõendid võivad toetada järeldusi, mis nende pinnalt on tehtud (Euroopa Kohtu

15. veebruari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-12/03 P: komisjon *vs.* Tetra Laval, EKL 2005, lk I-987, punkt 39; eespool punktis 58 viidatud kohtuotsus Microsoft *vs.* komisjon, punkt 89, ja eespool punktis 70 viidatud kohtuotsus Clearstream *vs.* komisjon, punkt 95).

72 Kohtu kahtluse korral eelistatakse ettevõtjat, kes on rikkumise tuvastanud otsuse adressaat (vt selle kohta Euroopa Kohtu 14. veebruari 1978. aasta otsus kohtuasjas 27/76: United Brands ja United Brands Continentaal *vs.* komisjon, EKL 1978, lk 207, punkt 265). Seega ei saa kohus järeldada, et komisjon on tõendanud rikkumise toimepanemist õiguslikult piisavalt, kui tal on selles küsimuses veel kahtlusi, eriti hagi puhul, milles nõutakse trahvi määrava otsuse tühistamist (eespool punktis 68 viidatud kohtuotsus JFE Engineering jt *vs.* komisjon, punkt 177).

73 Viimati nimetatud olukorras tuleb arvesse võtta süütuse presumptsiooni põhimõtet, nagu see tuleneb muu hulgas Roomas 4. novembril 1950 alla kirjutatud Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 6 lõikest 2, ning mis on üks neist põhiõigustest, mida Euroopa Kohtu praktika kohaselt – ja mida kinnitab ka ühtse Euroopa akti preambul, Euroopa Liidu lepingu artikli 6 lõige 2 ja Nice'is 7. detsembril 2000 välja kuulutatud Euroopa Liidu põhiõiguste harta (EÜT C 364, lk 1) artikkel 47 – liidu õiguskorras kaitstakse. Arvestades asjassepuutuvate rikkumiste laadi ning nendega seotud karistuste laadi ja raskust, kohaldatakse süütuse presumptsiooni põhimõtet muu hulgas ettevõtjatele kohaldatavate konkurentsieeskirjade rikkumiste menetlustes, milles võidakse määrata trahv või karistusmaks (vt eespool punktis 68 viidatud kohtuotsus JFE Engineering jt *vs.* komisjon, punkt 178 ja seal viidatud kohtupraktika; vt selle kohta ka Euroopa Kohtu 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-199/92 P: Hüls *vs.* komisjon, EKL 1999, lk I-4287, punktid 149 ja 150, ja 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-235/92 P: Montecatini *vs.* komisjon, EKL 1999, lk I-4539, punktid 175 ja 176).

74 Vaidlustatud otsuse õiguspärasust tuleb hagejate väidete seisukohast uurida neid eespool esitatud kaalutlusi silmas pidades.

b) Esimene väide, et rikutud on kaitseõigusi

75 Hagejad väidavad, et vaidlustatud otsuses kasutas komisjon oma selle järelduse põhjendamiseks, mille kohaselt Telefónica pani toime rikkumise, esimest korda mitut tõendit, mida haldusmenetluses talle ei edastatud ja mille suhtes ta ei saanud oma arvamust avaldada. Neid tõendeid ei saa tema vastu kasutada ja vaidlustatud otsust toetavate tõenditena arvesse võtta. Lisaks sisaldavad nimetatud tõendid olulisi vigu ja puudusi. Hagejad on seisukohal, et kui Telefónicale oleks antud võimalus nende tõendite kohta arvamust avaldada, oleks ta sellest komisjonile teatanud ning seega võimaldanud vigade parandamist enne vaidlustatud otsuse vastuvõtmist, mistõttu selle sisu ja järeldused oleksid tingimata olnud erinevad.

76 Peab meeles pidama, et vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale on kaitseõiguste austamine igas menetluses, mis võib kaasa tuua karistuse määramise, muu hulgas trahvi või karistusmaks määramise, liidu õiguse aluspõhimõte, mida tuleb järgida isegi siis, kui tegemist on haldusmenetlusega (Euroopa Kohtu 13. veebruari 1979. aasta otsus kohtuasjas 85/76: Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon, EKL 1979, lk 461, punkt 9, ja 3. septembri 2009. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-322/07 P, C-327/07 P ja C-338/07 P: Papierfabrik August Koehler jt *vs.* komisjon, EKL 2009, lk I-7191, punkt 34).

77 Kaitseõiguste põhimõttest tulenev õigus tutvuda toimikuga tähendab, et komisjon peab võimaldama puudutatud ettevõtjal uurida kõiki uurimistoimikus olevaid dokumente, mis võivad omada tähtsust tema kaitse seisukohast. See hõlmab nii süüstavaid kui ka süü puudumist tõendavaid dokumente, välja arvatud teiste ettevõtjate ärisaladused, komisjoni sisedokumendid ja muud konfidentsiaalsed andmed (vt eespool punktis 69 viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt *vs.* komisjon, punkt 68 ja seal viidatud kohtupraktika).

- 78 Dokumendi edastamata jätmine on kaitseõiguste rikkumine vaid siis, kui puudutatud ettevõtja tõendab esiteks, et rikkumise toimepanemise vastuväite esitamiseks tugines komisjon sellele dokumendile, ja teiseks, et seda vastuväidet sai tõendada vaid viitega nimetatud dokumendile. Kui on olemas muid dokumentaalseid tõendeid, millest puudutatud isikud said haldusmenetluse käigus teada ja mis toetavad konkreetset komisjoni järeldusi, siis ei mõjuta edastamata süüstava dokumentaalse tõendi välistamine tõendite hulgast vaidlustatud otsuses esitatud vastuväidete põhjendatust. Seega tuleb puudutatud ettevõtjal tõendada, et tulemus, millele komisjon otsuses jõudis, oleks olnud erinev, kui süüstavate tõendite hulgast oleks tulnud välistada edastamata dokument, millele komisjon ettevõtjat süüdistades tugines (vt eespool punktis 69 viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt vs. komisjon, punktid 71–73 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 79 Määruse nr 1/2003 artikli 27 lõikes 1 on ette nähtud, et pooltele saadetakse vastuväiteteatis, milles peavad olema selgelt esitatud kõik olulised asjaolud, millele komisjon selles menetlusstaadiumis tugineb. Niisugune vastuväiteteatis on menetlustagatis, mis kohaldab liidu õiguse aluspõhimõtet, mis nõuab, et kaitseõigusi järgitaks igas menetluses (vt selle kohta eespool punktis 76 viidatud kohtuotsus Papierfabrik August Koehler jt vs. komisjon, punkt 35 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 80 See põhimõte nõuab muu hulgas, et vastuväiteteatis, mille komisjon saadab ettevõtjale, kellele ta kavatses määrata karistuse konkurentsieskirjade rikkumise eest, sisaldaks tema vastu kasutatavaid peamisi asjaolusid, nagu etteheidetavad faktid, nendele antav kvalifikatsioon ja tõendid, millele komisjon tugineb, selleks et ettevõtjal oleks võimalik tulemuslikult esitada argumente tema suhtes algatatud haldusmenetluses (vt selle kohta eespool punktis 76 viidatud kohtuotsus Papierfabrik August Koehler jt vs. komisjon, punkt 36 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 81 Eeltoodud nõue on täidetud, kui otsuses ei panda isikule süüks muid rikkumisi kui vastuväiteteatise märgitud ega esitata muid faktilisi asjaolusid kui need, mille kohta huvitatud isikul on olnud võimalus oma selgitusi anda (Euroopa Kohtu 15. juuli 1970. aasta otsus kohtuasjas 41/69: ACF Chemiefarma vs. komisjon, EKL 1970, lk 661, punkt 94; Üldkohtu 19. märtsi 2003. aasta otsus kohtuasjas T-213/00: CMA CGM jt vs. komisjon, EKL 2003, lk II-913, punkt 109, ja eespool punktis 60 viidatud kohtuotsus France Télécom vs. komisjon, punkt 18).
- 82 Komisjoni lõplik otsus ei pea siiski ilmtingimata olema vastuväiteteatise koopia. Nii võib võrreldes vastuväiteteatise esitamisega esitada täiendusi, arvestades isikute antud vastuseid, mille argumentid tõendavad, et nad on tegelikult saanud oma kaitseõigusi teostada. Komisjon võib haldusmenetluses esitatud arvestades ka muuta või täiendada vastuväidete põhjenduseks esitatud faktilisi või õiguslikke argumente (vt Üldkohtu 28. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas T-86/95: Compagnie générale maritime jt vs. komisjon, EKL 2002, lk II-1011, punkt 442, ja eespool punktis 60 viidatud kohtuotsus France Télécom vs. komisjon, punkt 18 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 83 Nimelt peab komisjon arvesse võtma ka haldusmenetluses ilmsiks tulnud asjaolusid, et loobuda vastuväidetest, mis on osutunud vähe põhjendatuks, või et korrastada ja täiendada nii õiguslikus kui faktilises plaanis oma argumentatsiooni nende vastuväidete toetuseks, millele ta kindlaks jääb (vt Euroopa Kohtu 29. oktoobri 1980. aasta otsus liidetud kohtuasjades 209/78-215/78 ja 218/78: van Landewyck jt vs. komisjon, EKL 1980, lk 3125, punkt 68, ja 3. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-534/07 P: Prym ja Prym Consumer vs. komisjon, EKL 2009, lk I-7415, punkt 40 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 84 Seega rikutakse vastuväiteteatise ja lõpliku otsuse erinevuse korral kaitseõigusi ainult siis, kui nimetatud otsuses esitatud vastuväidet ei ole vastuväiteteatise esitatud piisavalt täpselt, et otsuse adressaadid saaksid end kaitsta (vt Üldkohtu 8. juuli 2004. aasta otsus kohtuasjas T-48/00: Corus UK vs. komisjon, EKL 2004, lk II-2325, punkt 100 ja seal viidatud kohtupraktika).

- 85 Sellega ei ole tegemist siis, kui väidetavad erinevused vastuväiteteatise ja vaidlustatud otsuse vahel ei puuduta muud tegevust kui see, mille suhtes hagejad said juba oma arvamust avaldada ja mis seega ei ole käsitletav uue vastuväitena (vt selle kohta Euroopa Kohtu 15. oktoobri 2002. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P – C-252/99 P ja C-254/99 P: Limburgse Vinyl Maatschappij jt vs. komisjon, EKL 2002, lk I-8375, punkt 103).
- 86 Esiteks väidavad hagejad, et vaidlustatud otsuses tugines komisjon hinnakruvi „periood perioodilt” testis „uutele tõenditele”.
- 87 Kõigepealt leiavad nad, et selleks, et kaitsta vajadust tuvastada Telefónica ja tema jaeturu abonentide kliendisuhete keskmise kehtivusena „keskmine eluiga” [*konfidentsiaalne*]¹ aastat, kasutas komisjon „uusi tõendeid”, viidates esiteks Telefónica algsele äriplaanile, mis nägi ette klientides huvi tekitamise kulude tagasi teenimise ühe või kahe aastaga, ja teiseks märkides, et Telefónica pakutud arvutusmeetod ei ole laienevale turule kohane (vaidlustatud otsuse põhjendused 474–489). Nad väidavad seega, et kui nad oleksid saanud selles küsimuses enne vaidlustatud otsuse vastuvõtmist arvamust avaldada, oleksid nad võinud tõendada, et abonentlepingute keskmine kehtivus oli [*konfidentsiaalne*].
- 88 Selle kohta tuleb kõigepealt märkida, et abonentide soetuskulude amortiseerimise aeg [*konfidentsiaalne*] aastat, mida kasutati vaidlustatud otsuse põhjenduses 489, on sama, mis on välja toodud vastuväiteteatise punktis 383. Vastuväiteteatise lisas H (punktid 595–598) pealkirjaga „[h]innang Telefónica abonentlepingute keskmisele kehtivusele” on välja toodud Telefónica seisukoht nimetatud kehtivuse suhtes ning põhjused, miks komisjon arvas, et selles seisukohas seda kehtivust alahinnatakse (vastuväiteteatise punkt 598). Telefónica tugines selles küsimuses oma nendele argumentidele vastuväiteteatise vastuse osas 4.1 ja lisas 5.
- 89 Edasi, mis puudutab vaidlustatud otsuse põhjenduses 476 tehtud viidet abonentide soetuskulude tagasiteenimisele Telefónica algse äriplaani alusel, siis tuleb märkida, et seda viidet, milles tuginetakse Telefónica 21. juuli 2006. aasta kirja – mis on hilisem kui vastuväiteteatis (joonealune märkuse 492) – lisale 10iii, ei kasutatud selleks, et vaidlustatud otsuses määratleda abonentide soetuskulude amortiseerimise aega (vaidlustatud otsuse põhjendused 476 ja 489), kuid see tähelepanek lubab siiski asuda seisukohale, et kehtivus [*konfidentsiaalne*] aastat, mida komisjon kasutas arvutuste tegemiseks „periood perioodilt” testis, on Telefónicale soodsam kui see, mida on mainitud nimetatud äriplaanis.
- 90 Lõpuks, mis puudutab komisjoni poolt vaidlustatud otsuse põhjenduses 482 esitatud kinnitust, et Telefónica pakutud arvutusmeetod ei ole laienevale turule kohane, siis tuleb märkida, et hagejaid teavitati vastuväiteteatise nõuetekohaselt Telefónica uute klientide soetuskulude amortiseerimise arvutuse olulisusest, eriti mis puudutab laienevaid turgusid. Vastuväiteteatise punktis 380 oli komisjon juba märkinud, et laieneval turul, nagu jaeturg käesolevas asjas, on klientide võitmiseks tehtud kulud suured kulud, mida tuleb amortiseerida sobiva aja jooksul, mistõttu tuleb Telefónica raamatupidamisandmetes teha kohandusi. Vaidlustatud otsuse põhjenduses 482 esitatud hinnang on seega vaid vastus arvutustele, mille Telefónica pakkus välja oma 26. märtsi 2004. aasta kirjas, millele komisjon viitas juba vastuväiteteatise lisas H (punkt 595, joonealune märkus nr 504).
- 91 Igal juhul tuleb ka tagasi lükata hagejate repliigis esitatud argument, et kui nad oleksid olnud teadlikud asjaolust, et komisjon ei võta Telefónica abonentlepingute keskmist kehtivust arvesse, oleksid nad võinud tõendada, et see kehtivus oli väga [*konfidentsiaalne*] võrreldes sellega, mille esitas komisjon vaidlustatud otsuses ja mille kohaselt ei puutunud riigi reguleerivate ametiasutuste (edaspidi „RRA”) tegevus asjasse. Nimelt nagu on märgitud ka eespool punktis 88, oli abonentide soetuskulude amortiseerimise aeg [*konfidentsiaalne*] aastat juba välja toodud vastuväiteteatise punktis 383 ja komisjon viitas siseriiklike konkurentsiasutuste ja RRA-de tegevusele juba selle punktis 382. Lisaks oli

1 — Salastatud konfidentsiaalsed andmed.

komisjon selles teatise ka märkinud, et on võimalik, et Telefónica konkurentsivastase tegevuse tõttu oli tema abonentlepingute keskmine kehtivus pikem, kui see oleks olnud konkureerival turul (vastuväiteteatise punkt 381).

- 92 Seega tuleb tagasi lükata hagejate põhiargument, et komisjon tugines „uutele tõenditele” selleks, et kaitsta vajadust tuvastada kliendisuhete keskmise kehtivusena [*konfidentsiaalne*] aastat.
- 93 Teiseks, komisjon asus vaidlustatud otsuses seisukohale, et Telefónica tehtud kulude jaotuses alahinnati lairibaühenduse teenuse turustamise piirkulusid, samas kui varem oli ta täheldanud, et see jaotus oli „ülempiir” (vastuväiteteatise punktid 407 ja 424) või et ta võtab arvesse mõistlikku osa kaubandusvõrgustikust (faktiliste asjaolude kirja punkt 27).
- 94 Selle kohta tuleb märkida, et komisjon märkis juba vastuväiteteatise punktides 401–407 ja 424, et Telefónica on oma LRIC analüüsis turustuskulusid alahinnanud. Nimelt täheldas komisjon vastuväiteteatise punktis 401, et Telefónica oli „alahinnanud teatud tegevuste, eriti turustuskulude [LRIC-d]”. Ta täpsustas, et „TESAU [oli] arvesse võtnud vaid neid kulusid, mis olid otseselt seostatavad iga uue abonendiga (müügivõrgustiku „preemiad ja komisjonitasu”), kuid ei [olnud] üldse arvesse võtnud oma kaubandusvõrgustikuga seotud kulusid”. Samuti oli komisjon vastuväiteteatise punktis 403 märkinud, et „TESAU tegevus ADSL-i jaeturul [moodustas] TESAU kaubandusvõrgustiku olulise osa ja [et] TESAU [LRIC-s] [tuli] seega arvesse võtta osa sellest võrgustikust”. Lõpuks, faktiliste asjaolude kirja punktis 29 toonitas komisjon, et TESAU kaubandusvõrgustik oli peamiselt üles ehitatud lairibaühenduse osakaalu suurenemisele. Hagejad esitasid selle kohta ka oma seisukoha vastuses vastuväiteteatisele ja faktiliste asjaolude kirjale.
- 95 Mis puudutab hagejate kinnitust turustuskulude kohta, et komisjon „loobus [vastuväiteteatise punktis 406 esitatud] väiksema taseme eeldusest [vastuväiteteatise punktis 407 esitatud] kõrgema taseme eelduse kasuks”, tuginedes esimest korda alles vaidlustatud otsuse põhjenduses 468 Telefónica kaubandusliku suutlikkuse kasvule, siis tuleb märkida, et seda kasvu mainiti selgelt juba vastuväiteteatise punktis 402 ja faktiliste asjaolude kirja punktis 27. Vastuväiteteatise eespool viidatud punktis oli komisjon juba ka märkinud, et „väiksema taseme eeldusega” – st LRIC tõenäolise minimaalse taseme väljaarvutamise – kaasneb risk, et see langeb tasemele, mis jääb alla tegeliku LRIC taseme. Tuginedes vastuväiteteatise – milles viidati LRIC maksimaalsele tasemele – punktile 407, oli ta faktiliste asjaolude kirja punktis 30 ka maininud, et tema arvates on tulevikus tehtava otsuse seisukohast õigustatud, et LRIC-le antavas hinnangus arvestatakse osaga Telefónica turustuskuludest. Lisaks toonitas komisjon vastuväiteteatise punktis 424, et turustusvõrgu kulud ei hõlma ainult selle võrguga seotud kulusid (väiksema taseme eeldus), vaid ka TESAU kaubandusvõrgustiku kulude kasvu, mis tulenes tema ADSL tegevusest jaeturul (suurema taseme eeldus). Seega ei ole hagejate põhiargument tulemuslik.
- 96 Teiseks väidavad hagejad, et vaidlustatud otsuses esitas komisjon uusi asjaolusid DCF meetodi kohta, mille suhtes ei olnud Telefónicat ära kuulatud.
- 97 Esiteks, hagejad on seisukohal, et muutes „periood perioodilt” analüüsi tehes alusallikaid, muutis komisjon ka „oma DCF analüüsis kasutatud enamikku kulu- ja tuluallikatest”, mistõttu on hagejate seisukohad „periood perioodilt” analüüsi kohta asjakohased ka DCF analüüsis. Kuid kuna hagejate asjassepuutuvad argumendid lükati tagasi (vt eespool punktid 86–95) ja kuna hagejad ei ole käesoleva väite raames esitanud ka DCF analüüsis kasutatud kulu- ja tuluallikate võimalike muude muutmiste kohta muid täpsustusi, tuleb ka see põhiargument tagasi lükata.
- 98 Teiseks, komisjon viis esimest korda alles vaidlustatud otsuses läbi oma DCF analüüsis kasutatud lõppväärtuse „tundlikkuse analüüsi”, sest ta arvutas selle väärtuse Telefónica jaekaubanduse tulevase tulususe eeldusliku taseme alusel, lähtudes perioodi 2007–2011 tulevastest oodatavatest tuludest, mis

teenitakse enne 2006. aastat saadud klientidelt, mainimata seda faktiliste asjaolude kirjas. Repliigis kinnitasid hagejad selle kohta, et vaidlustatud otsuse põhjendusest 372 tuleneb, et komisjon tugines nendele „uutele arvutustele” selleks, et õigustada lõppväärtuse valikut.

- 99 Kuid see argument põhineb vääral eeldusel. Nimelt vastupidi sellele, mida väidavad hagejad, ei arvanud komisjon lõppväärtust välja Telefónica jaekaubanduse tulevase tulususe eeldusliku taseme alusel, lähtudes perioodi 2007–2011 tulevastest oodatavatest tuludest. Vaidlustatud otsuse põhjenduses 370 märkis komisjon täpselt, et „käesolevas asjas ei ole oluline kindlaks teha, kas Telefónica perioodi 2001–2006 kahjumit [sai] kompenseerida tulevaste tuludega, mida oodati alates aastast 2007”. Lisaks tuleb märkida, et vaidlustatud otsuse põhjenduse 372 eesmärk on tagasi lükata Telefónica poolt haldusmenetluses lõppväärtuse arvutamiseks välja pakutud alternatiivne lähenemine (vaidlustatud otsuse põhjendus 368) ja tõendada, et selle väljaarvutamisel on tehtud mitmeid suuri vigu, mille tõttu on lõppväärtus üle hinnatud (vaidlustatud otsuse põhjendus 371). Nagu on märgitud eespool punktides 82 ja 83, peab komisjon oma lõplikus otsuses arvesse võtma haldusmenetluses ilmsiks tulnud asjaolusid, et korrastada ja täiendada nii õiguslikus kui faktilises plaanis oma argumentatsiooni nende vastuväidete toetuseks, millele ta jääb kindlaks.
- 100 Igal juhul toonitab komisjon, et tema poolt vaidlustatud otsuses lõppväärtuse väljaarvutamiseks kasutatud meetodile oli juba viidatud vastuväiteteatise punktis 446, joonealuses märkuses nr 302 ja tabelis 47 (vt ka faktiliste asjaolude kirja punktid 21 ja 22). Telefónica kritiseeris seda meetodit muide nimetatud teatisele esitatud vastuse osas 6.3 ning faktiliste asjaolude kirjale esitatud vastuse osas 5.1.2.
- 101 Kui kohtuistungil hagejatelt selle kinnituse kohta küsiti, täpsustasid nad kõigepealt, et vastuväiteteatise tabel 47 ja vaidlustatud otsuse tabel 67 erinevad selgesti, sest 2006. aasta andmeid selles teatises ei mainitud. Kuid tuleb asuda seisukohale, et nende andmete puudumine – mida selgitab vastuväiteteatise kuupäev 21. veebruar 2006 – ei muuda kaheldavaks komisjoni kinnitust ühe ja sama meetodi kasutamise kohta vastuväiteteatise ja vaidlustatud otsuses. Edasi kordavad hagejad, et vaidlustatud otsuse tabel 67 sisaldas „tundlikkuse analüüsi” (aastate 2007–2011 kohta), mis pidavat „kinnitama” lõppväärtuse analüüsi, mis on aga uus. Kuid see argument tuleb tagasi lükata eespool punktis 99 esitatud põhjustel. Lõpuks kinnitasid hagejad, et komisjon kasutas vastuväiteteatise minimaalset LRIC-d, kuid vaidlustatud otsuses maksimaalset LRIC-d. See argument on aga juba tagasi lükatud eespool punktides 93–95.
- 102 Kolmandaks, komisjon kritiseeris tulu kordaja kasutamist, mille Telefónica vastuväiteteatise vastuses välja pakkus, ja kohandas Telefónica poolt selles vastuses esitatud DCF arvutust, ilma et Telefónica selles küsimuses ära oleks kuulatud (vaidlustatud otsuse põhjendused 367–377 ja 533–536). Komisjon viitas vaidlustatud otsuses ka Telefónica hiljutisele osaluse omandamisele Terra Networks SA-s ja O2 plc-s (vaidlustatud otsuse põhjendus 377), tuginedes nii dokumentidele, mida ei olnud toimikus.
- 103 Vaidlustatud otsuse põhjenduse 377 eesmärk on aga ainult tagasi lükata Telefónica argumentatsioon, mille ta esitas vastuväiteteatise vastuses. Ja nagu on meenutatud eespool punktides 82 ja 83, on võrreldes vastuväiteteatisega lubatud esitada täiendusi, arvestades isikute antud vastuseid, mille argumentid tõendavad, et nad on tegelikult saanud oma kaitseõigusi teostada. Lisaks oli hindamise meetodit, mida kasutati Terra Networks ja O2 omandamisel Telefónica enda poolt, selles põhjenduses märgitud vaid täienduseks näidiseks, et tagasi lükata tulu korrutise meetod, mida Telefónica kasutas vastuväiteteatise vastuses oma järelturu tegevuse hindamisel. Komisjon ei ole seega nimetatud dokumendile tuginenud selleks, et põhjendada käesolevas asjas oma vastuväidet rikkumise toimepanemise kohta. Vastavalt eespool punktis 78 viidatud kohtupraktikale tuleb hagejate põhiargument seega tagasi lükata. Samuti nähtub Üldkohtu toimikus olevatest dokumentidest, mis puudutavad 12. juuni 2006. aasta ärakuulamist, et lõppväärtuse arvutamine tulu korrutisena, nagu tegid hagejad, oli sellel ärakuulamisel vaidluse esemeks.

- 104 Kolmandaks väidavad hagejad, et komisjon võrdles vaidlustatud otsuses lai- ja kitsasribaühenduse toodete turuosasid (vaidlustatud otsuse põhjendused 574–578), kuigi seda ei olnud tehtud vastuväiteteatises ning sellele ei viidatud ka faktiliste asjaolude kirjas.
- 105 Tuleb märkida, et komisjon ei ole tema esitatud menetlusedokumentides ega kohtuistungil asjakohasele küsimusele vastates vastu vaielnud, et see võrdlus ei sisaldanud vastuväiteteatises ega ka faktiliste asjaolude kirjas. Kuid vaidlustatud otsuse põhjendustes 564–573 ja 579–613 esitatud rikkumise tegeliku mõju hinnang põhineb arvukatel muudel tõenditel, millele oli juba viidatud vastuväiteteatise punktides 475–532. Seega kuna ei ole tõendatud, et lai- ja kitsasribaühenduse toodete turuosade võrdluse väljaarvamine tõendite hulgast muudab küsitavaks vaidlustatud otsuses tuvastatu põhjendatuse, tuleb asuda seisukohale, et vastuväiteteatis sisaldas käesolevas asjas olulisi tõendeid, millele tuginesid komisjoni järeldused rikkumise tegeliku mõju kohta.
- 106 Neljandaks väidavad hagejad, et hulgiturule tegeliku mõju avaldamise tuvastamiseks kasutas komisjon võrreldes Telefónica konkurentidega tema täiendavate puhasosade kohta uusi andmeid (vaidlustatud otsuse põhjendused 579–581 ja skeem 18).
- 107 Nagu komisjon kohtuistungil märkis, oli ta juba faktiliste asjaolude kirja punktis 38 ja joonealuses märkuses nr 45 märkinud, et [*konfidentsiaalne*]. Samuti tuleb märkida, et nagu toonitab ka komisjon, sisaldab vaidlustatud otsuse graafik 18 andmeid turuosade või mahtude kohta, mis juba esitati vastuväiteteatise tabelis 64. Hagejate poolt kohtuistungil esitatud argument, et erinevalt vaidlustatud otsuse graafikust 18 viitas vastuväiteteatise tabel 64 ka aastale 2001 ja operaatorile British Telecom, tuleb tagasi lükata, sest neid asjaolusid vaidlustatud otsuses ei esine. Seega ei ole hagejate argument tulemuslik.
- 108 Viiendaks olevat komisjon esitanud uue kriitika (vaidlustatud otsuse põhjendused 606–609) hinnauuringu kohta, mille Telefónica lisas vastuväiteteatise vastusele, ning see erines kriitikast, mille esitas komisjoni peaökonomist ärakuulamisel. Selle kohta piisab, kui märkida, et kuna komisjoni kriitikaga lükatakse lihtsalt tagasi Telefónica vastuväiteteatise vastuse lisas 6 esitatud eksperdiarvamuses välja pakutud arvutused ning kuna selles ei tooda esile uusi asjaolusid, mis toetaksid komisjoni järeldusi Telefónica tegevuse tegeliku mõju kohta asjassepuutuval turul, ei saa tuvastada Telefónica kaitseõiguste rikkumist.
- 109 Sellest tuleneb, et käesolev väide tuleb tervikuna tagasi lükata.
- c) Teine väide, mille kohaselt on tehtud faktivigu ja kohaldatud vääralt õigusnormi asjakohaste hulgiturgude kindlaksmääramisel
- 110 Käesolevas väites vaidlevad hagejad vastu asjassepuutuvate hulgiturgude määratlusele, mille komisjon esitas vaidlustatud otsuse põhjendustes 162–208 (vt eespool punktid 9–14).
- 111 Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et ettevõtja seisundi – võimalikult turgu valitseva seisundi – kontrollimiseks teatud kindla majandussektori turul tuleb konkurentsi võimalikkust hinnata just turu seisukohast, mis hõlmab kõiki tooteid, mis oma iseloomulike tunnuste tõttu on eriti sobivad pidevat nõudlust rahuldama ja mis on minimaalselt äravahetatavad teiste toodetega. Arvestades ka seda, et asjaomase turu määramine on vajalik selleks, et hinnata, kas asjassepuutuv ettevõtja saab takistada tõhusat konkurentsi ja käituda olulisel määral sõltumatult tema konkurentidest, klientidest ja tarbijatest, ei saa piirduda vaid asjakohast toodet iseloomustavate objektiivsete tunnuste hindamisega, vaid arvesse tuleb võtta ka konkurentsiitingimusi ning nõudluse ja pakkumise vahetõrke turul (vt Euroopa Kohtu 9. novembri 1983. aasta otsus kohtuasjas 322/81: *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin vs. komisjon*, EKL 1983, lk 3461, punkt 37, ja eespool punktis 60 viidatud kohtuotsus *France Télécom vs. komisjon*, punkt 78, ja eespool punktis 70 viidatud kohtuotsus *Clearstream vs. komisjon*, punkt 48 ja seal viidatud kohtupraktika).

- 112 Asjaomase turu määratlus tähendab, et turu toodete vahel on tõhus konkurents, mis arvestades sama turu kõigi toodete sama kasutusotstarvet eeldab nende omavahel vahetatavust piisaval määral (eespool punktis 76 viidatud kohtuotsus Hoffmann-La Roche vs. komisjon, punkt 28, ja eespool punktis 70 viidatud kohtuotsus Clearstream vs. komisjon, punkt 49).
- 113 Samuti tuleneb komisjoni teatisest asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses (EÜT 1997, C 372, lk 5; ELT eriväljaanne 08/01, lk 155, punkt 7), et „[a]sjaomane tooteturg hõlmab kõiki neid tooteid ja/või teenuseid, mis tarbijate seisukohast on oma iseloomulike tunnuste, hindade ja otstarbekohase kasutuse põhjal omavahel vahetatavad ja asendatavad”. Majanduslikust aspektist on asjaomase turu määratlemisel konkreetse toote pakkujate suhtes kõige vahetum ja tõhusam distsiplineeriv jõud, eelkõige mis puudutab nende hinnakujundust, nõudluse asendatavust (nimetatud teatise punkt 13). Pakkumise asendatavust võib samuti arvesse võtta turgude määratlemisel olukorras, kus selle mõju on vahetuse ja tõhususe osas samaväärne nõudluse asendatavusega. See tähendab, et tarnijatel on vastukaaluks suhteliste hindade väikestele, kuid püsivatele muudatustele võimalik lühikese aja jooksul asuda tootma asjaomaseid tooteid ning neid turustada, ilma et see tooks kaasa oluliselt täiendavaid kulusi või riske (nimetatud teatise punkt 20).
- 114 Esiteks väidavad hagejad, et kohaliku kliendiliini eraldamine, piirkondlik hulgitooide ja üleriigiline hulgitooide on kõik sama kaubaturu tooted. Mis puudutab nende toodete asendatavust nõudluse poolel, siis kinnitavad nad, et need võimaldavad alternatiivsetel operaatoritel pakkuda lairibaühenduse samu jaeteenuseid. Komisjon on ka vaidlustatud otsuse põhjendustes 154 ja 155 kinnitanud, et need tooted kuuluvad kõik samale jaeturule.
- 115 Esiteks, hagejad on seisukohal, et komisjon on väärtalt tuvastanud, et piirkondliku hulgitooide ja üleriigilise hulgitooide eraldatud kohaliku kliendiliiniga asendamise hind on „äärmiselt kõrge” ja et niisugune asendamine on „pikk protsess” ning nõuab „minimaalset kriitilist massi”. Hagejad kinnitavad ka, et alternatiivsed operaatorid on saanud kohalikku kliendiliini kasutada alates 2001. aastast ning et aastatel 2004–2006 see on tugevalt arenenud.
- 116 Peab meeles pidama, et vaidlustatud otsuses toonitas komisjon suuri investeeringuid, mida tuleb teha üleminekuks üleriigiliselt hulgitooitelt piirkondlikule hulgitooitele (vaidlustatud otsuse põhjendus 185). Komisjon tuvastas ka, et üleminek üleriigiliselt hulgitooitelt eraldatud kohalikele kliendiliinile oli äärmiselt kallis, kuna see tähendab võrgu kasutuselevõttu piirkondlikest ühenduspunktidest Telefónica kohalike liinideni, selle ülemineku läbiviimiseks Telefónica pealesurutud kõrgeid hulgihindu ning kollokatsiooni ja muude lairibaühenduse teenuste pakkuamisega seotud teenuste saamist. Lisaks võtab see üleminek komisjoni hinnangul palju aega, ei ole kogu Hispaania territooriumi suhtes jätkusuutlik ning nõuab minimaalse kriitilise massi olemasolu (vaidlustatud otsuse põhjendused 173–177). Komisjon meenutas vaidlustatud otsuse põhjenduses 180 ka, et 2. märtsi 2005. aasta kirjas, mille Telefónica oli komisjonile saatnud, viitas ta asjaolule, et alternatiivsed operaatorid pidid saavutama kriitilise massi enne, kui nad alustasid investeerimist oma infrastruktuuri, mis võimaldaks neil eraldatud kohalikku kliendiliini kasutada.
- 117 Kõigepealt ei vaielnud hagejad vastu vaidlustatud otsuses tehtud järeldustele, et kohaliku kliendiliini eraldamiseks pidid alternatiivsed operaatorid olema füüsiliselt kohal ja kollokeerima oma seadmed Telefónica omadega, arvestades, et viimane on ainus ettevõtja, kellel on kohalik juurdepääsuvõrk kogu Hispaania territooriumil, mis aga kohustas neid installeerima nimetatud seadmeid Telefónica 6836 peajaotlasse ning tähendas väga suuri eelnevaid investeeringuid (vaidlustatud otsuse põhjendused 80, 81 ja tabel 8; vt ka põhjendus 132). Nad ei vaielnud oma menetlusdokumentides ega kohtuistungil vastu ka sellele, et Telefónica niisuguse otstarbega investeeringud olid suurusjärgus enam kui 1 500 miljonit eurot, millele tuleb veel lisada investeeringud selleks, et luua ühendus 109 piirkondliku hulgitooide kaudse juurdepääsupunktiga, ja selleks summaks on [konfidentsiaalne] miljonit eurot (vaidlustatud otsuse põhjendused 164, 185, tabel 9 ja joonealused märkused nr 73 ja 74). Nagu komisjon aga õigesti mainib, on need investeeringud suured. Komisjon märkis nimelt, ilma et hagejad

talle vastu oleksid vaielnud, et juba 200 miljoni euro suurune investeering, mille Telefónica hinnangul pidi tegema alternatiivne operaator selleks, et võtta kasutusele tema kohalik võrk, on rohkem kui 130% Jazzteli kogutuludest jaeturul aastatel 2001–2006.

- 118 Edasi tuleb tagasi lükata hagejate argument, et olenemata asjaolust, et Jazztelil puudus „minimaalne kriitiline mass” (vaidlustatud otsuse põhjendus 177) ja et tema turuosa oli perioodi 2001–2006 alguses alla 1%, oli ta siiski võimeline tegema investeeringu 200 miljonit eurot, mis on aga vastuolus vaidlustatud otsuse põhjenduses 164 tuvastatuga, et 550–575 keskusega kohaliku kliendiliini kasutuselevõtu hind on 580–670 miljonit eurot.
- 119 Esiteks, hagejate argument tugineb ainult ühel Jazzteli 27. juuli 2007. aasta teatel, mille ta saatis Comisión nacional del mercado de valores (Hispaania väärtpaberitururi riiklik komisjon), milles Jazztel kinnitas, et „majandusaastatel 2005 ja 2006 investeeris ettevõtja enam kui 200 miljonit eurot viimase põlvkonna kohaliku kliendiliini kasutuselevõtuks, mis on kõige laiaulatuslikum ja modernsem Euroopas”, ja et „ettevõtjal [oli] kavas oluliselt vähendada oma investeeringuid 2007. aastal, mil lõpetatakse võrgu arendustööd”. Sellest kinnitusest ei nähtu, et Jazzteli võrgu kasutuselevõtu kogukulu oli „enam kui 200 miljonit eurot”, vaid ainult see, et see summa investeeriti võrgu kasutuselevõttu aastatel 2005 ja 2006. Nagu märgib ka komisjon, ilma et hagejad talle selles küsimuses vastu vaidleksid, ei hõlma nimetatud teates mainitud investeeringute summa Jazzteli neid investeeringuid, mida ta oli teinud oma võrgu kasutuselevõtuks juba enne 2005. aastat, mis hõlmas ka 2718 km kohalikku kliendiliini, mille Jazztel alates 2004. aasta lõpust kasutusele võttis, ega investeeringuid, mida Jazztel pidi veel tegema selle võrgu kasutuselevõtu lõpuleviimiseks.
- 120 Teiseks, isegi kui eeldada, nagu arvavad hagejad, et 28. veebruari 2007. aasta seisuga oli Jazztel tõesti suutnud saavutada juurdepääsu Telefónica 607-le jaotlale, siis lisaks asjaolule, et see teave on hilisem kui rikkumise periood, ei tähenda see tingimata seda, et Jazztel oli tegelikult juba teinud investeeringuid oma võrgu kasutuselevõtuks kuni nende jaotlateni. Nii oli Jazztel 2006. aasta märtsiks ühendanud oma võrku 38% või 44% (komisjoni hinnang) või 53% (hagejate hinnang) 470-st „kohalikust sidepunktist”, mille ta oli sisse seadnud. Seega ei sea hagejate argument, mille täpsusele komisjon vastu vaidleb ja mille kohaselt on jaotlate ühendamise Jazzteli võrku eraldamise eraldi teenus, mille osutamist võivad alternatiivsed operaatorid paluda muult operaatorilt kui Telefónica, ei sea kahtluse alla fakti, et see investeering on osa nendest möödapääsmatutest investeeringutest, mida alternatiivne operaator peab tegema selleks, et ta saaks eraldatud kohaliku kliendiliini teenust (vaidlustatud otsuse põhjendus 132). Kuna Telefónica kuulub 6836 peajaotlat, kaetakse juurdepääsuga Telefónica 607 jaotlale geograafilisest aspektist vähem kui 10% Telefónica keskustest ning see võimaldab Telefónica enda sõnul ainult jõuda 60%-ni potentsiaalsetest klientidest. Lisaks jõuti selle kaetuseni alles 2006. aasta lõpus ehk kuus aastat pärast seda, kui kohalik kliendiliin kättesaadavaks tehti.
- 121 Samuti tuleb tagasi lükata hagejate argument, mille kohaselt olenemata sellest, et investeeringud, mida tuli teha selleks, et kasutada muud hulgitoodet, olid tõepoolest suured, ei olnud komisjonil siiski õigust arvutada kohaliku kliendiliini kasutamise kasumit (suuremad tulud, lõplike jaeteenuste mitmekülgsus ja Telefónica tehnoloogiline sõltumatus). Nimelt nagu komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 176 õigesti märkis, peab alternatiivne operaator, kes tahab asendada üleriigilise hulgitoo eraldatud kohaliku kliendiliiniga, tegema investeeringuid oma võrgu kasutuselevõtuks, kuid ta teenib sellest muudatusest kasumit alles pärast piisava kliendibaasi soetamist, mis ei ole aga kindel ega toimu kohe.
- 122 Lõpuks tuleb tagasi lükata hagejate argument, et kohaliku kliendiliini laiaulatuslik ja kiire areng aastatel 2004–2006, mis viis kaetuseni enam kui 60% Telefónica seadmetest, tõendab, et „aja faktor” ei takista üleriigilise või piirkondliku hulgitoo asendamist eraldatud kohaliku kliendiliiniga.

- 123 Nagu tuleneb ka muu hulgas eespool punktis 113 viidatud komisjoni teatise asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses punktides 16, 20, 21 ja 23 ning nagu komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 172 õigesti meenutas, peab turu määratlemiseks vajalik asendatavus teostuma lühikese aja jooksul, mis aga vaidlustatud otsuse põhjenduste 172–175 kohaselt käesolevas asjas nii ei ole.
- 124 Tagasi tuleb lükata hagejate argument, millega seda järeldust kahtluse alla tahetakse seada ja mille kohaselt alternatiivsed operaatorid ei pidanud asjakohaseks taotleda juurdepääsu kohalikule kliendiliinile enne 2004. aastat, kuni ajani, mil nad olid saavutanud kaetuse enam kui 60% osas Telefónica seadmetest.
- 125 Kuigi TESAU-I on alates 2000. aasta detsembrist õigusnormidest tulenev kohustus alternatiivsetele operaatoritele vasepaare rentida (vaidlustatud otsuse põhjendus 81), hakati kohalikku kliendiliini piiratud määral tegelikult kasutama alles 2004. aasta lõpus ja 2005. aasta alguses (vaidlustatud otsuse põhjendus 96 ja skeem 2). Esiteks, arvestades vajalikke investeeringuid (vt eespool punktid 117–121) ja nagu Telefónica ka ise tunnistas (vaidlustatud otsuse põhjendus 180), saavutasid alternatiivsed operaatorid ühenduste ja turukogemuse osas kriitilise massi alles 2004. aastal, mis võimaldas neil investeerida võrgu infrastruktuuri ja nii alustada oma ühenduste üleviimist kaudselt hulgiuurdepääsult eraldatud kohalikule kliendiliinijuurdepääsule (vt ka vaidlustatud otsuse põhjendused 177–180 ja eespool punkt 129). Teiseks, nagu nähtub muu hulgas vaidlustatud otsuse põhjendusest 143, konstateeriti suurte ajavahemike möödumist ajast, mil alternatiivsed operaatorid palusid eraldatud juurdepääsu Telefónica kohalikule kliendiliinile, kuni ajani, mil see juurdepääs neile anti. Selle kohta tuleb märkida, et nagu tuleneb ka vaidlustatud otsuse tabelist 60, milles esitatud andmetele hagejad vastu ei vaidle, toimus väidetav enam kui 60% Telefónica seadmete katmine alles 2006. aasta detsembris ehk rikkumise perioodi lõpus.
- 126 Samuti tuleb tagasi lükata hagejate argument, et Comisión Nacional de la Competencia (Hispaania riiklik konkurentsikomisjon) eitas oma 22. oktoobri 2007. aasta otsuses, nagu esineks kohalikule kliendiliinile juurdepääsupiiranguid. Isegi kui eeldada, et sellest otsusest tuleneb, et konkurentsikaitsmisega tegelev ametiasutus selles asjas ühelgi hetkel uurimise käigus ei „kinnitanud, et eeldatav hilinev tegelikult ka toimus”, ei sea see otsus kahtluse alla vaidlustatud otsuse põhjendustes 139 ja 140 tehtud järeldust – mida Telefónica oma menetlusdokumentides ei vaidlustanud –, et alates 2002. aastast esitati CMT-le 55 vaidlust, mis olid seotud juurdepääsuga kohalikule kliendiliinile ja millest enamik lahendati otsusega Telefónica kasuks.
- 127 Teiseks, hagejad leiavad, et on olemas hulgitooded, mis erinevad eraldatud kohalikust kliendiliinist ja mis võimaldavad teha „erineva” pakkumise, näiteks telefoniteenused IP (Internet Protocol) protokolliga kaudu. Kuid pooled kinnitasid kohtuistungil sisuliselt, et üleriigiline hulgitoo, piirkondlik hulgitoo ja eraldatud kohalik kliendiliin toimivad erinevalt, mis nähtub ka vaidlustatud otsuse põhjendustest 66, 70, 82, 85, 87, 89, 165 ja 171 ning joonealusest märkusest nr 47. Kuigi hagejad kinnitasid kohtuistungil, et piirkondlik hulgitoo võimaldab „teatud määral eristamist”, tuleb asuda seisukohale, nagu täpsustab ka komisjon eespool viidatud põhjendustes, et operaator, kes otsustab Telefónica kohaliku kliendiliini eraldamise kasuks, võib kontrollida olulist osa väärtusahelast ja oma jaeteenuse mitut aspekti. Nagu nähtub ka vaidlustatud otsuse põhjendustest 82, 87, 89 ja 171, ei võimalda juurdepääs üleriigilisele ja piirkondlikule hulgitooerinevalt eraldatud kohalikust kliendiliinist alternatiivsel operaatoril oluliselt eristada oma jaetooteid Telefónica omadest, mistõttu nad peavad piirduma Telefónicaga konkureerimisega hindade alusel. Selle kohta toonitavad hagejad ise repliigis, et investering kohalikku kliendiliini võimaldab suuremat hulka lõplikke jaeteenuseid. Nad viitavad France Télécomi näitele, kes oli esimene ettevõtja, kes hakkas Hispaanias pakkuma toodet, mis hõlmas nii kõne- kui internetiteenust, ja Jazzteli näitele, kes oli esimene ettevõtja, kes hakkas turustama jaetoodeid, mis seisnes 20 megabaidini sekundis ulatuva kiirusega ühenduses.

- 128 Kolmandaks, tagasi tuleb lükata hagejate argument, et üleriigiline hulgitoo, piirkondlik hulgitoo ja eraldatud kohalik kliendiliin olid omavahel „piisavalt asendatavad”, sest igas Telefónica keskuses kasutas piisav arv alternatiivseid operaatoreid erinevate hulgitoodete kombinatsiooni, mis vastas kõige paremini nende vajadustele, ja et sellest asendatavusest piisas „hinnavahe seisukohast” selleks, et käesolevas asjas järeldada, et need tooted kuulusid samale kaubaturule.
- 129 Kõigepealt tuleb märkida, nagu teeb ka komisjon, et see, et teatud operaatorid investeerisid oma võrgu kasutuselevõttu ja võisid alates 2004. aastast suurendada kohaliku kliendiliini kasutamist, ei kinnita tegeliku asendatavuse olemasolu üleriigilise ja piirkondliku hulgitoo ja kohaliku kliendiliini vahel rikkumise perioodil, vaid on järkjärgulise üleminekuprotsessi tulemus, mida komisjon kirjeldab muu hulgas vaidlustatud otsuse põhjendustes 93–103. Esiteks nõuab see üleminek olulisi investeeringuid, mida kanti mitme aasta jooksul. Teiseks on selle ülemineku ja „investeeringute skaalal” (vt joonealune märkus nr 82) tõusmisega seotud tagasiteenimatute oluliste kulude tõttu vähe tõenäoline, et eraldatud kohaliku kliendiliini väikese, kuid tuntava ja püsiva hinnatõusu korral asendaks alternatiivne operaator üleriigilise või piirkondliku hulgitoo eraldatud kohaliku kliendiliiniga.
- 130 Edasi, tõeks ei ole osutunud see, et alternatiivsed operaatorid kasutasid rikkumise perioodil igas keskuses hulgitoodete optimaalset kombinatsiooni, mis hõlmas eraldatud kohalikku kliendiliini. Nimelt tuleneb vaidlustatud otsuse põhjendustest 102 ja 103 ning mida hagejad oma menetlusdokumentides ei vaidlusta, et kuni 2002. aastani ostis France Télécom peaaegu ainult Telefónica üleriigilist hulgitoodet, mis 2002. aasta lõpus asendati alternatiivse üleriigilise hulgitoo pakumisega, mis põhines Telefónica piirkondlikul hulgitool. Alles alates 2005. aasta veebruarist suurenes oluliselt France Télécomi eraldatud kohalike kliendiliinide arv, samas kui vähenes Telefónica piirkondlikul hulgitool põhinevate üleriigiliste alternatiivsete hulgitoolide arv. Lisaks ostis Ya.com kuni 2004. aasta viimase kvartalini ainult Telefónica üleriigilist hulgitoodet ning alustas järk-järgult eraldatud kohaliku kliendiliini kasutamist alates 2005. aasta juulist, mil ta ostis Albura.
- 131 Lõpuks kehtib hagejate argument ka ainult Telefónica nende konkurentide kohta, kellel on võrk, mis võimaldab eraldada neile kohaliku kliendiliini, välistades need Telefónica potentsiaalsed konkurendid, kes ei ole veel teinud investeeringuid, et kasutada piirkondlikku hulgitoodet või eraldatud kohalikku kliendiliini.
- 132 Neljandaks, mis puudutab hagejate argumenti, et Servicio de Defensa de la Competencia (Hispaania konkurentsikaitse teenistus) nõustus asjas Telefónica vs. Iberbanda (konkurentsikaitse teenistuse aruanne N-06038, Telefónica vs. Iberbanda) sellega, et esines vaid üks asjassepuutuv hulgiturg, siis piisab märkusest, et hagejad ei vaidle vastu komisjoni menetlusdokumentides esitatud seisukohale, et viidatud asjas ei sõltunud tehingule antav hinnang turgude suuremal või väiksemal määral kitsast määratlusest, sest Iberbanda turuosa oli väga väike, ning see ametiasutus viitas oma lõplikus otsuses selgelt sellele, et CMT eristas eraldatud kohalikku kliendiliini ja kaudset hulgiuurdepääsu.
- 133 Viiendaks, tuleb meenutada, et hagejad ise märkisid oma esialgses vastuses France Télécomi kaebusele, et eraldatud kohalik kliendiliin ja kaudse juurdepääsu hulgitooded ei ole asendatavad (vaidlustatud otsuse põhjendus 170). Lisaks, nagu märkis komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 182, asusid kõik RRA-d, kes analüüsisid lairibaühenduse hulgiturgu oma vastavas riigis, sealhulgas CMT turgu Hispaanias, sarnastel põhjustel seisukohale, et eraldatud kohalik kliendiliin ja kaudse juurdepääsu hulgitooded moodustavad eraldi turud. Nagu komisjon õigesti märgib, on niisugune lähenemine ka kooskõlas komisjoni 11. veebruari 2003. aasta soovitusena 2003/311/EÜ elektroonilise side sektori asjaomaste toote- ja teenuseturgude kohta, mis vastavalt Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivile 2002/21/EÜ (elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta) (ELT L 114, lk 45) on tundlikud eelneva reguleerimise suhtes, milles eristatakse lairiba- ja kõneteenuste osutamiseks metalljuhtmetega kliendiliinidele ja alamliinidele eraldatud juurdepääsu (sealhulgas ühine juurdepääs) hulgiühik (turg 11) lairibaühenduse hulgiühikute turust (turg 12).

- 134 Arvestades eeltoodut, tuleb asuda seisukohale, et komisjon on põhjendustes 163–182 õigesti hinnanud, et eraldatud kohalik kliendiliin ei olnud käesolevas asjas asjassepuutuva turu osa.
- 135 Teiseks vaidlevad hagejad vastu vaidlustatud otsuses tehtud järeldusele, et piirkondlik ja üleriigiline hulgitooe ei kuulunud samale turule. Esiteks, nad väidavad, et komisjon kasutas teoreetilisi näiteid, mis ei läinud kokku Hispaania turu tegeliku olukorraga.
- 136 Selles küsimuses viitab komisjon küll vaidlustatud otsuse põhjenduses 185 Prantsuse sidevaldkonna reguleeriva asutuse (ART) hinnangutele kulude kohta, mis tuleb kanda üleminekul üleriigiliselt hulgitootelt piirkondlikule hulgitootele ning milleks on umbes 150–300 miljonit eurot, kuid on arvatud, et Prantsusmaal võib üleriigilise kaetuse saavutada 20 kaudse juurdepääsupunkti ühendamise teel.
- 137 Olenemata sellest, et ART hinnangud puudutavad geograafiliselt erinevat turgu, on nad asjakohased, et näitlikustada niisuguse võrgu kasutuselevõtuks vajalikke investeeringuid. Nimelt nagu nähtub vaidlustatud otsuse joonealusest märkusest nr 166, on kaudsete juurdepääsupunktide arv Hispaanias umbes viis korda suurem kui Prantsusmaal, ja see lubab seega arvata, et võrgu kasutuselevõtu suhteline kulu on Hispaanias selgelt palju suurem kui Prantsusmaal. Lisaks, nagu on märgitud vaidlustatud otsuse põhjenduses 723, sarnaneb Prantsusmaa lairibaühenduse turu struktuur Hispaania turu omaga, arvestades hulgiuurdepääsu kohalikul, piirkondlikul ja üleriigilisel tasandil.
- 138 Teiseks, hagejad leiavad, et komisjon toetus kahe erineva turu määratluses kaalutlusele, et puudub majanduslik õigustus üleminekuks piirkondlikult hulgitootelt üleriigilisele hulgitootele, mida väitis France Télécom (vaidlustatud otsuse põhjendus 187), samas kui France Télécom ise rääkis sellele kaalutlusele vastu dokumentides, mis ta toimikusse esitas, kinnitades, et alternatiivne operaator võib otsustada üle minna piirkondlikult hulgitootelt üleriigilisele hulgitootele, kui viimase hind alaneb. Lisaks suutis Albura luua samasuguse juurdepääsuvõrgu nagu Telefónica piirkondlik juurdepääsuvõrk.
- 139 Kõigepealt tuleb märkida, nagu nähtub ka vaidlustatud otsuse põhjendusest 187, et võttes arvesse tagasiteenimatuid kulusid, panustavad alternatiivsed operaatorid, kes on juba teinud vajalikud investeeringud, et luua ühendus 109 kaudse juurdepääsupunktiga, oma tehtud investeeringutesse ning valivad pigem piirkondliku hulgitooe kui suunavad liikluse ühte ainsasse üleriigilisse juurdepääsupunkti. Nimelt arvestades kulu, mis on seotud üleminekul üleriigiliselt hulgitootelt piirkondlikule hulgitootele – isegi kui piirkondliku hulgitooe hind tõuseks vähe, kuid tuntavalt ja püsivalt –, oleks vähetõenäoline ja majanduslikust aspektist ebaloogiline, et operaatorid, kes on juba investeerinud võrgu kasutuselevõttu, kannaksid kulusid seda võrku kasutusele võtmata ja otsustaksid kasutada üleriigilist hulgitoodet, mis ei annaks neile jaetoote teenuse kvaliteedi kontrollimise osas samu võimalusi kui piirkondlik hulgitooe. Kui France Télécomilt selle kohta kohtuistungil küsiti, kinnitas ta, et tema hinnangul ei ole üleminek piirkondlikult hulgitootelt üleriigilisele hulgitootele ka majanduslikult õigustatud. Kuigi on tõsi, et üks kord see üleminek toimus, oli see erandjuhtum ning seda tehti tehniliste piirangute tõttu, mis olid seotud France Télécomi vajadusega saada täiendavat võimsust piirkondliku hulgitooe tasandil. Seega ei saa hagejate argumentidega nõustuda.
- 140 Kolmandaks, tagasi tuleb lükata hagejate argument, et komisjon on asjassepuutuva kaubaturu piiritlemiseks minevikus nõustunud „asümmeetrilise asendamisega”, sest käesolevas asjas ei ole tegemist niisuguse asendamisega, arvestades, et üleminek üleriigiliselt hulgitootelt piirkondlikule hulgitootele võtab aega ja nõuab väga suuri investeeringuid (vt eespool punkt 129) ning et üleminek piirkondlikult hulgitootelt üleriigilisele hulgitootele oleks majanduslikust aspektist ebaloogiline (vt eespool punkt 139). Üldkohtu kohtupraktikast nähtub ka, et see, et nende kahe toote vaheline ülemineku määr on väga ebaproportsionaalne, ei muuda kaheldavaks teesi, et tarbija silmis on need tooted omavahel vahetatavad (eespool punktis 60 viidatud kohtuotsus France Télécom vs. komisjon, punktid 86–91).

- 141 Neljandaks, hagejad on seisukohal, et komisjon tunnistas oma soovitus 2003/311, et kaks kaudse juurdepääsu hulgitoodet kuuluvad samale turule. Kuid tuleb meenutada, et soovitus 2003/311 põhjendustes on esiteks sõnaselgelt soovitus kohaldamisalast välistatud lairibaühenduse edasimüügi hulgiturg, st üleriigilise juurdepääsu tooted ühes ainsas kohas, nagu on üleriigiline hulgitoo, mille puhul alternatiivse operaatori liiklus toimub ainult läbi Telefónica võrgu, ja teiseks toonitatud väga suurte sisenemise tõkete esinemist lairibaühenduse juurdepääsu hulgiturule, kuna teenuse osutamiseks tuleb kasutusele võtta võrk. Lisaks on Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiivis 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (raamdirektiiv) (EÜT L 108, lk 33; ELT eriväljaanne 13/29, lk 349) artiklis 15, milles viidatakse otsesõnu soovitus 2003/311, ja nimetatud soovitus põhjenduses 18 sätestatud, et turgude määratlemine regulatiivsete kohustuste kehtestamiseks ei piira turgude määratlemist konkurentsioiguse alusel konkreetsetel juhtudel.
- 142 Viiendaks, hagejad väidavad, et ka CMT oli oma 6. aprilli 2006. aasta otsuses, mida kinnitati 1. juuni 2006. aasta otsusega, seisukohal, et üleriigiline hulgitoo ja piirkondlik hulgitoo on sama turu tooted. Erinevalt vaidlustatud otsusest on CMT 1. juuni 2006. aasta otsus tehtud prognoosiva analüüsi raames. Lisaks märkis komisjon oma seisukohtades CMT otsuse eelnõu teemal, et Hispaania lairibaühenduseturu praegused tunnused ja tingimused võivad potentsiaalselt õigustada lairibaühenduse hulgituru segmenteerumist kaheks erinevaks kaubaturuks. Lõpuks välistas CMT ise oma 1. juuni 2006. aasta otsuses ADSL-IP Totali 12. turult. Telefónica ei vaidle vastu sellele, et ADSL-IP ja ADSL-IP Total kuuluvad samale, üleriigilise hulgiturule (vt selle kohta põhjendused 88–95, 109 ja 110).
- 143 Arvestades eespool esitatud arutluskäiku, tuleb asuda seisukohale, et komisjon järeldas vaidlustatud otsuse põhjendustes 183–195 õigesti, et üleriigiline ja piirkondlik hulgitoo ei ole sama turu tooted.
- 144 Seega tuleb teine väide tagasi lükata.
- d) Kolmas väide, mis puudutab faktivigu ja õigusnormi väärkohaldamist Telefónica väidetava turu valitseva seisundi tuvastamisel asjakohastel turgudel
- 145 Kolmanda väite raames kinnitavad hagejad, et komisjon on teinud faktivigu ja kohaldanud väärtalt õigusnormi, tuvastades Telefónica väidetava turu valitseva seisundi asjakohastel turgudel.
- 146 Kõigepealt tuleb tagasi lükata hagejate argumendid, mille kohaselt selleks, et tuvastada Telefónica poolt turu valitseva seisundi kuritarvitamine hinnakruvi tõttu, oleks komisjon pidanud tuvastama, et Telefónica on turu valitsev seisund nii hulgi- kui jaeturul. Nimelt nähtub ka Euroopa Kohtu praktikast, et vertikaalselt integreeritud ja asjassepuutuval hulgiturul turu valitsevas seisundis oleva ettevõtja sellise hinnakujundustegevuse kuritarvituslik olemus, millega kaasneb hinnakruvi efekt ettevõtja konkurentide jaoks, kes tegutsevad jaeturul, ei sõltu kõnealuse ettevõtja valitsevast seisundist viimati nimetatud turul (Euroopa Kohtu 17. veebruari 2011. aasta otsus kohtuasjas C-52/09: TeliaSonera Sverige, EKL 2011, lk I-527, punkt 89). Seega tuleb analüüsida hagejate argumente seoses Telefónica turu valitseva seisundi tuvastamisega ainult asjassepuutuvate hulgiturgude suhtes.
- 147 Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et turu valitsevat seisundit võib määratleda kui ettevõtja majanduslikku võimsust, mis annab talle võimu takistada tõhusa konkurentsi säilimist vaatlusalusel turul, võimaldades tal tegutseda arvestataval määral sõltumata konkurentidest, klientidest ja lõpuks ka tarbijatest (eespool punktis 72 viidatud Euroopa Kohtu otsus United Brands ja United Brands Continental vs. komisjon, punkt 65, ja 15. detsembri 1994. aasta otsus kohtuasjas C-250/92: DLG, EKL 1994, lk I-5641, punkt 47; Üldkohtu 22. novembri 2001. aasta otsus T-139/98: AAMS vs. komisjon, EKL 2001, lk II-3413, punkt 51; 23. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-65/98: Van den Bergh Foods vs. komisjon, EKL 2003, lk II-4653, punkt 154, ja eespool punktis 60 viidatud kohtuotsus France Télécom vs. komisjon, punkt 99).

- 148 Üldjuhul võib turgu valitseva seisundi olemasolu tuleneda erinevate tegurite koosmõjust, mis eraldi võetuna ei pruugi iseenesest määravad olla (eespool punktis 72 viidatud kohtuotsus *United Brands ja United Brands Continental vs. komisjon*, punkt 66, ja eespool punktis 147 viidatud kohtuotsus *DLG*, punkt 47). Nende tegurite hulgas on väga oluline tähtsus suurel turuosal (Üldkohtu 12. detsembri 1991. aasta otsus kohtuasjas T-30/89: *Hilti vs. komisjon*, EKL 1991, lk II-1439, punkt 90, ja 25. juuni 2010. aasta otsus kohtuasjas T-66/01: *Imperial Chemical Industries vs. komisjon*, EKL 2010, lk II-2631, punktid 255 ja 256).
- 149 Nimelt tuleneb väljakujunenud kohtupraktikast, et äärmiselt suur turuosa on juba iseenesest tõend turgu valitseva seisundi kohta, v.a siis, kui esinevad erandlikud asjaolud. Ettevõtja, kes omab teatava perioodi jooksul äärmiselt suurt turuosa, seatakse tema toodangu- ja pakkumismahu tõttu – ilma et ettevõtjad, kellele kuuluvad tunduvalt väiksemad turuosad, suudaksid kiiresti rahuldada nõudlust, mis sooviks loobuda kõige suurema turuosaga ettevõtja kauba ostmisest – jõupositsioonile, mis teeb temast kohustusliku partneri ja mis juba sellest faktist tulenevalt kindlustab talle vähemalt suhteliselt pikaks ajaks turgu valitsevale seisundile omase sõltumatu tegutsemise (eespool punktis 76 viidatud kohtuotsus *Hoffmann-La Roche vs. komisjon*, punkt 41; eespool punktis 147 viidatud kohtuotsus *Van den Bergh Foods vs. komisjon*, punkt 154, ja eespool punktis 148 viidatud kohtuotsus *Imperial Chemical Industries vs. komisjon*, punkt 256; vt ka eespool punktis 60 viidatud kohtuotsus *France Télécom vs. komisjon*, punkt 100).
- 150 Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale näitab 50% turuosa juba iseenesest turgu valitsevat seisundit, v.a juhul, kui esinevad erandlikud asjaolud (Euroopa Kohtu 3. juuli 1991. aasta otsus kohtuasjas C-62/86: *AKZO vs. komisjon*, EKL 1991, lk I-3359, punkt 60, ja eespool punktis 148 viidatud kohtuotsus *Imperial Chemical Industries vs. komisjon*, punkt 256). Nii on 70–80% turuosa juba iseenesest selge märk turgu valitseva seisundi esinemise kohta (eespool punktis 148 viidatud Üldkohtu otsus *Hilti vs. komisjon*, punkt 92; 30. septembri 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-191/98, T-212/98-T-214/98: *Atlantic Container Line jt vs. komisjon*, EKL 2003, lk II-3275, punkt 907, ja eespool punktis 148 viidatud kohtuotsus *Imperial Chemical Industries vs. komisjon*, punkt 257).
- 151 Käesolevas asjas on hagejad seisukohal, et Telefónica ei ole turgu valitsevat seisundit lairibaühenduse „hulgiturul”.
- 152 Mis puudutab interneti lairibaühenduse hulgiturge, siis tuleb meenutada, et nagu nähtub vaidlustatud otsuse põhjendustest 162–208 ning eespool punktidest 110–143, ei kuulu üleriigiline hulgitooide ja piirkondlik hulgitooide samale kaubaturule, mistõttu Telefónica võimalikku turgu valitseva seisundi esinemist mõlemal turul tuleb hinnata eraldi.
- 153 Esiteks asus komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 232 seisukohale, et Telefónica oli turgu valitsev seisund piirkondlikul hulgiturul. Sellele järeldusele jõudmiseks tugines ta Telefónica 100% turuosale ja tema faktilisele monopoolsele seisundile sellel turul (vaidlustatud otsuse põhjendus 223). Komisjon viitas ka väga suurtele sisenemistõkete esinemisele sellel turul, eriti asjaolu tõttu, et alternatiivsed operaatorid pidi välja ehitama uue alternatiivse kohaliku juurdepääsuvõrgu või eraldama Telefónica kohalikud kliendiliinid.
- 154 Nii toonitas komisjon vaidlustatud otsuse põhjendustes 224–226 olulisi tagasiteenimatuid kulusid, mis tekivad uutel operaatoritel, kes soovivad pakkuda piirkondlikku lairibaühenduse hulgiteenust Telefónica kohaliku kliendiliini kaudu, ja mastaabisäästu ning Telefónica suurt tootevalikut. Lisaks märkis komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 227, et eraldatud kohalikule kliendiliinile juurdepääsul esines rikkumise perioodil suuri takistusi ja hilinemist, mistõttu Telefónicaga ei oleks suutnud konkureerida isegi operaator, kes oleks välja ehitanud oma võrgu. Vaidlustatud otsuse põhjenduses 228 märkis komisjon, et vajadus omada teatud arvu lairibaühenduse teenuse kliente on nendele investoritele, kes investeerisid kohaliku kliendiliini eraldamisse, täiendav turule sisenemise tõke, mistõttu on nende ühe ühiku kulu kohaliku võrgu kasutuselevõtul tõenäoliselt suurem kui

- Telefónica. Komisjon järeltas, et alternatiivsed operaatorid, kes praegu investeerivad kohaliku kliendiliini eraldamisse, ei avalda isegi keskmise aja jooksul mingit tuntavat mõju konkurentsile piirkondliku juurdepääsu hulgiturul ja see mõju ei saa kunagi olema üleriigiline (vaidlustatud otsuse põhjendused 229 ja 230).
- 155 Esiteks, tuleb märkida, et hagejad ei vaidle vastu sellele, et Telefónica oli ainus operaator, kes alates 1999. aastast pakkus Hispaanias piirkondlikku hulgitoodet (vaidlustatud otsuse põhjendus 223), olles sellel turul faktiliselt monopoolses seisus.
- 156 Teiseks, hagejad on seisukohal, et hoolimata oma turuosast, oli Telefónica pideva konkurentsisure all, mida avaldasid talle tema konkurendid, kes suurendasid katkematult ja progressiivselt oma esindatust „hulgiturul”. Nagu on meenutatud eespool punktis 152, asus komisjon õigesti seisukohale, et üleriigiline hulgitooide ja piirkondlik hulgitooide ei kuulunud samale turule. Seega näited, millele hagejad viitavad repliigis ja mis puudutavad Arsynt, kes hakkas pakkuma lairibaühenduse jaeteenust kasutades ainult hulgitooide Uni2, ning Tele2, Tiscali ja Aunati, kes kasutasid Albura hulgitooideid, ei saa arvesse võtta, sest need olid seotud üleriigilise hulgitooidega.
- 157 Kolmandaks, nõustuda ei saa ka hagejate argumendiga, et „hulgiturg” on „konkurentsialdis turg”, kus kliendid ja Telefónica konkurendid võisid luua oma võrgu, mis võimaldab neil avaldada tegelikku konkurentsisurevet sõltumata nende turuosast, võttes arvesse uue alternatiivse kohaliku juurdepääsuvõrgu ehitamiseks või Telefónica kohalike kliendiliinide eraldamiseks vajalikke investeeringuid, mis on hädavajalikud, et alternatiivne operaator saaks pakkuda Telefónica piirkondliku hulgitooidega konkureerivat piirkondlikku hulgitooide juurdepääsu toodet (vt eelkõige eespool punkt 129).
- 158 Sellest tuleneb, et hagejad ei ole esitanud ühtegi tõendit, mis seaks kahtluse alla komisjoni järeltuse, et Telefónica oli rikkumise perioodil piirkondliku hulgitooide turul turgu valitsev seisund.
- 159 Teiseks leidis komisjon, et Telefónica oli turgu valitsev seisund üleriigilisel hulgitooide juurdepääsu turul. Nimelt kinnitab ta vaidlustatud otsuse põhjenduses 234, et kuni 2002. aasta viimase kvartalini ei olnud ühtegi tegelikku alternatiivi Telefónica üleriigilisele hulgitooidele. Lisaks, alates 2002. aastast ja kogu rikkumise perioodi jooksul oli Telefónica turuosa pidevalt üle 84% (vaidlustatud otsuse põhjendus 235). Vaidlustatud otsuse põhjendustes 236–241 viitas komisjon ka kõigepealt Telefónica ja tema peamiste konkurentide turuosade suuruse olulisele erinevusele, arvestades, et Telefónica turuosa oli enam kui 11 korda suurem kui tema peamise konkurenti oma (vaidlustatud otsuse põhjendus 236); edasi viitas ta sellele, et mastaabisääst ja suur tootevalik, samuti Telefónica vertikaalne integreeritus võimaldasid tal tehtud kulud tagasi saada tänu ulatusliku abonendibaasi tekitatava liikluse suurele mahule (vaidlustatud otsuse põhjendus 237), ja seejärel kohaliku kliendiliini kontrollile, mis võimaldas tal oluliselt mõjutada konkureerivate hulgitooide kättesaadavust (vaidlustatud otsuse põhjendus 240), ning viimaseks endiselt monopolilt päritud võrgule, mille sarnast ei ole kerge luua (vaidlustatud otsuse põhjendus 241).
- 160 Selleks et tõendada, et Telefónica ei ole üleriigilisel hulgiturul turgu valitsevat seisundit, esitasid hagejad mitu argumenti. Esiteks on nad seisukohal, et on võimalik luua niisugune võrk nagu Telefónica võrk.
- 161 Nad kinnitavad, et mitu alternatiivset operaatorit olid suutnud luua täielikult sama võrgu, mis oli Telefónica. Kuid nagu komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 239 õigesti märkis, ei näita need näited, et Telefónica ei olnud üleriigilisel hulgiturul turgu valitsevat seisundit.
- 162 On tõsi, et võimalik konkurents turul on asjaolu, millega turgu valitseva seisundi olemasolu hindamisel tuleb arvestada. Kuid see, et teatud turul on konkurents, isegi väga elujõuline konkurents, ei välista sellel turgu valitseva seisundi esinemist, kuna viimast iseloomustab põhiliselt võime tegutseda ilma, et turustrateegias tuleks konkurentsiga arvestada ja ilma, et selline hoiak tekitaks kahjulikke mõjusid (vt

Üldkohtu 14. detsembri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-210/01: General Electric vs. komisjon, EKL 2005, lk II-5575, punkt 117 ja seal viidatud kohtupraktika; eespool punktis 60 viidatud kohtuotsus France Télécom vs. komisjon, punkt 101).

- 163 Seega ei sea näited, mille hagejad käesolevas asjas esitasid, kahtluse alla tõendeid, millele komisjon viitas vaidlustatud otsuse põhjendustes 235–241, mis muu hulgas puudutasid asjaolu, et Telefónica turuosa oli kogu rikkumise perioodil suurem kui 84%, et alates 2001. aastast oli see turuosa jätkuvalt 11 korda suurem kui tema peamise konkurendi oma, või asjaolu, et piirangud takistasid Telefónica konkurentidel pakkuda tulusalt üleriigilist hulgitoodet, mis konkureeriks Telefónica tootega.
- 164 Teiseks, hagejad kinnitavad, et komisjon on võtnud „sisuliselt dogmaatilise seisukoha”. See on vastuolus komisjoni seisukohaga, mida ta on väljendanud oma teatistes teistele Euroopa reguleerivatele asutustele. Nimelt märkis komisjon nendes teatistes, et vertikaalselt integreeritud ettevõtjate konkurents jaeturul võib avaldada kaudset konkurentsipurvet hulgiturule. Seega oleks komisjon pidanud analüüsima küsimust, kas kaabli- ja kohaliku kliendiliini operaatorid avaldasid kaudset konkurentsipurvet Telefónica tegevusele kaudse juurdepääsu hulgiturul.
- 165 Selle kohta piisab, kui märkida, et see argument on põhjendamata, kuna esiteks analüüsis komisjon kaablioperaatorite avaldatavat konkurentsipurvet ja märkis vaidlustatud otsuse põhjendustes 268–276, et kaablioperaatorid ei muutnud Telefónica hinnapoliitikat jaeturul, ning teiseks, nagu nähtub ka vaidlustatud otsuse põhjendustest 264–266, hakkas eraldatud kohalik kliendiliin tegelikult kiiresti arenema alles alates 2004. aasta septembrist ning see oli geograafilisest aspektist piiratud.
- 166 Kolmandaks, asjaolust, et Telefónica oli kohustatud alates 2000. aastast võimaldama juurdepääsu kohalikele kliendiliinidele kulupõhiste hindadega, ei piisa selleks, et tõendada, et tal ei olnud turgu valitsevat seisundit. Nimelt kuigi võime peale suruda pidevaid hinnatõuse on vaieldamatult asjaolu, mis tõenäoliselt näitab turgu valitseva seisundi esinemist, ei ole see aga asjaolu, mida tingimata arvesse tuleb võtta, sest turgu valitseva ettevõtja hindade sõltumatus tähendab pigem võimet määratleda need ilma, et ta peaks arvesse võtma oma konkurentide, klientide ja tarnijate reaktsiooni, kui võimet oma hindu tõsta (vt eespool punktis 150 viidatud kohtuotsus Atlantic Container Line jt vs. komisjon, punkt 1084 ja seal viidatud kohtupraktika). Arvestades, et kõik konkureerivad hulgiuurdepääsu tooted põhinevad Telefónica kohalikel kliendiliinidel või tema piirkondlikul hulgitootel, sõltub konkureerivate toodete kättesaadavus mitte ainult eraldatud kohalike kliendiliinide ja/või piirkondliku hulgitootete tegelikust kättesaadavusest, vaid ka nende tarnimise majanduslikest tingimustest (vaidlustatud otsuse põhjendus 240).
- 167 Arvestades kõike eeltoodut, tuleb asuda seisukohale, et komisjon on õigesti järeldanud, et Telefónica oli üleriigilisel hulgiturul turgu valitsev seisund.
- 168 Seega kuna komisjon ei olnud hinnakruvi tuvastamiseks kohustatud tõendama, nagu märgiti eespool punktis 146, et Telefónica oli jaeturul turgu valitsev seisund, tuleb käesolev väide tervikuna tagasi lükata.
- e) Neljas väide, et EÜ artikli 82 kohaldamisel on rikutud õigusnormi seoses Telefónica väidetavalt kuritarvitava tegevusega
- 169 Käesoleva väite raames kinnitavad hagejad, et vaidlustatud otsuses on EÜ artikli 82 kohaldamisel tehtud kaks olulist viga, mis puudutavad Telefónica väidetavalt kuritarvitavat tegevust.
- 170 Kõigepealt tuleb meenutada, et kuna EÜ artikkel 82 keelab turul turgu valitseva seisundi kuritarvitamise, kuivõrd see võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust, siis puudutab nimetatud artikkel tegevust, mis oma laadilt mõjutab niisuguse turu struktuuri, kus just sellise ettevõtja tegutsemise tulemusel on konkurentsi juba nõrgendatud, ning mis takistab veel turul oleva

konkurentsi säilimist või selle konkurentsi arengut meetoditega, mis erinevad nendest meetoditest, mida kasutatakse tavapärase kaupade ja teenuste konkurentsi korral ettevõtjate tehingute alusel (Euroopa Kohtu eespool punktis 76 viidatud kohtuotsus Hoffman-La Roche vs. komisjon, punkt 91; eespool punktis 111 viidatud kohtuotsus Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin vs. komisjon, punkt 70; 2. aprilli 2009. aasta otsus kohtuasjas C-202/07 P: France Télécom vs. komisjon, EKL 2009, lk I-2369, punkt 104, ja 14. oktoobri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-280/08 P: Deutsche Telekom vs. komisjon, EKL 2010, lk I-9555, punkt 174).

- 171 Seega kuna EÜ artikkel 82 ei kohaldu ainult tegevusele, millega võidakse tarbijale otsest kahju tekitada, vaid ka tegevusele, millega tarbijale tekitatakse kahju tõhusat konkurentsistruktuuri kahjustades, on turgu valitsevas seisundis ettevõtjal spetsiifiline kohustus mitte kahjustada oma tegevusega tõhusat konkurentsi ja mitte moonutada konkurentsi ühisturul (vt eespool punktis 170 viidatud 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsus France Télécom vs. komisjon, punkt 105, ning eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 24 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 172 Nagu Euroopa Kohus on juba täpsustanud, tuleneb sellest, et EÜ artikkel 82 keelab turgu valitsevas seisundis ettevõtjal konkurente välja tõrjuda ja selle kaudu tugevdada oma positsiooni muude vahenditega kui need, mis põhinevad toodete omaduste konkurentsil. Seda arvestades ei pruugi hinnakonkurents alati olla õiguspärane konkurents (vt eespool punktis 170 viidatud 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsus France Télécom vs. komisjon, punkt 106 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 173 Mis puudutab niisuguse hinnakujundustegevuse kuritarvitavat olemust, nagu on arutuse all käesolevas asjas, siis tuleb märkida, et EÜ artikli 82 teise lõigu punkt a keelab turgu valitsevas seisundis oleval ettevõtjal sõnaselgelt ebaõiglaste hindade otsese või kaudse kehtestamise (vt eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 25).
- 174 Lisaks ei ole EÜ artiklis 82 sätestatud kuritarvituste loetelu täielik, mistõttu selles sättes toodud kuritarvituste loetelu ei sisalda ammendavalt liidu õigusega keelatud valitseva seisundi kuritarvitamise viise (vt eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 26 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 175 Selleks et teha kindlaks, kas turgu valitsevas seisundis olev ettevõtja kuritarvitas oma hinnakujundusega seda seisundit, tuleb hinnata kõiki asjaolusid ja uurida, kas hinnakujundustegevus teeb võimatuks või piirab ostja võimalust valida oma tarneallikaid, takistab konkurentide pääsemist turule, rakendab kaubanduspartneritele võrdväärsete tehingute puhul erinevaid tingimusi või tugevdab turgu valitsevat seisundit konkurentsi kahjustamisega (vt eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 28 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 176 Esiteks väidavad hagejad, et vaidlustatud otsusest nähtub selgelt, et komisjon analüüsib väidetavat hinnakruvi kuritarvitusest, mille turult väljatõrjuv mõju on analoogne mõjuga, mis on lepingu sõlmimisest *de facto* keeldumisel. Komisjon ei kohaldanud ka seda laadi tegevusele vastavat õiguslikku kriteeriumi, mille Euroopa Kohus kehtestas 26. novembri 1998. aasta kohtuotsusega C-7/97: Bronner (EKL 1998, lk I-7791). Täpsemalt, komisjon ei tõendanud, et asjassepuutuvad hulgitooted olid käsitatavad sisendi või olulise infrastruktuurina, ega ka seda, et teenuse osutamisest keeldumine kõrvaldaks jaeturult kogu konkurentsi.
- 177 Selle argumendiga ei saa nõustuda.
- 178 Nimelt tuleb märkida, et erinevalt hagejate väidetust ei analüüsinud komisjon vaidlustatud otsuses hinnakruvi nagu lepingu sõlmimisest *de facto* keeldumist. Komisjon meenutas nimelt kuritarvitamise mõistet EÜ artikli 82 tähenduses ja kohustusi, mis sellest tulenevad (vaidlustatud otsuse põhjendused 279 ja 280). Ta defineeris selles ka hinnakruvi efekti, tuginedes muu hulgas liidu kohtu praktikale ja oma otsustuspraktikale (vaidlustatud otsuse põhjendused 281–284). Ta toonitas selles küsimuses vaidlustatud otsuse põhjenduses 285, et 2001. aasta septembrist kuni 2006. aasta

detsembrini kuritarvitas Telefónica oma turgu valitsevat seisundit Hispaania lairibaühenduse turgudel hinnakruviga, mis tekkis lairibaühenduse jaehindade ja hulgihindade ebaproportsionaalsuse tõttu, mille tulemusel piirati tõenäoliselt konkurentsi jaeturul. Vaidlustatud otsuse põhjendustes 299–309 leidis komisjon ka, et eespool punktis 176 viidatud kohtuotsuses Bronner esitatud kriteeriumid ei olnud käesolevas asjas kohaldatavad.

- 179 Täpsemalt tuleb märkida, et vaidlustatud otsuses ei kohustanud komisjon Telefónicat andma tema konkurentidele juurdepääsu hulgitoodetele, arvestades, et see kohustus tuleneb Hispaania õigusnormidest. Telefónical oli nimelt kohustus pakkuda piirkondlikke hulgitooteid alates 1999. aasta märtsist ja üleriigilist hulgitoodet (ADSL-IP) alates 2002. aasta aprillist ning see kohustus tulenes avalik-õiguslike ametiasutuste tahtest ärgitada Telefónicat ja tema konkurente investeerima ja uuendusi tegema (vaidlustatud otsuse põhjendused 88, 111, 287 ja 303).
- 180 Lisaks meenutas Euroopa Kohus eespool punktis 146 viidatud kohtuotsuses TeliaSonera, et eespool punktis 176 viidatud kohtuotsusest Bronner ei saa tuletada, et tarnimisest kuritahtlikult keeldumise tuvastamiseks vajalikud tingimused on kindlasti kohaldatavad ka sellise käitumise kuritarvitusliku laadi kindlaksmääramisel, mille puhul on tegemist teenuste osutamisele või toodete müügile ebasoodsate tingimuste kohaldamisega või selliste tingimuste kehtestamisega, mille tulemusel ostja huvi kaob. Nimelt võib selline käitumine kujutada endast tarnimisest kuritahtlikult keeldumisest sõltumatut kuritarvituse vormi (eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punktid 55 ja 56).
- 181 Eespool punktis 176 viidatud kohtuotsuse Bronner vastupidine tõlgendus tähendaks, et selleks, et turgu valitseva ettevõtja tehingutingimuste kehtestamise tegevust saaks pidada kuritarvitavaks, peavad alati olema täidetud tarnimisest keeldumise tuvastamise tingimused, mis vähendab põhjendamatult EÜ artikli 82 kasulikku mõju (vt selle kohta eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 58).
- 182 Selle kohta märkis Euroopa Kohus eespool punktis 146 viidatud kohtuotsuses TeliaSonera (punkt 69) küll, et hinnakruvi efekti hindamisel võib hulgitoe hädavajalikkuse küsimus olla asjassepuutuv, kuid tuleb asuda seisukohale, et hagejad on tuginenud hulgitoodete hädavajalikkusele ainult oma selle argumendi toetuseks, mille kohaselt ei ole komisjon kohaldanud kohast õiguslikku kriteeriumi vaidlustatud otsuses karistatud väidetavale lepingu sõlmimisest *de facto* keeldumisele. Nende argument tuleb seega tagasi lükata.
- 183 Teiseks väidavad hagejad, et isegi kui eeldada, et EÜ artikkel 82 on kohaldatav, ei kohaldanud komisjon hinnakruvile vastavat õiguslikku kriteeriumi.
- 184 Esiteks, hagejad leiavad, et komisjon on rikkunud õigusnormi sellega, et ta kohaldas hinnakruvi efekti testi sisendi suhtes, mis ei ole oluline. See argument tuleb aga tagasi lükata eespool punktides 180–182 esitatud põhjustel.
- 185 Teiseks, hagejad kinnitavad, et komisjon oleks pidanud selleks, et tuvastada kuritarvitava hinnakruvi esinemine, tõendama, et Telefónica oli turgu valitsevas seisundis ka jaeturul. See argument lükati aga tagasi eespool punktis 146.
- 186 Kolmandaks, hagejad kinnitavad, et vastavalt Üldkohtu 30. novembri 2000. aasta otsusele kohtuasjas T-5/97: *Industrie des poudres sphériques vs. komisjon* (EKL 2000, lk II-3755, punkt 179) on hinnakruviga tegemist ainult siis, kui eelneva etapi toote eest konkurentidelt nõutav hulgihind on liiga suur või kui tuletatud toote jaehind on turuhinnast oluliselt madalam.
- 187 Selles osas peab meeles pidama, et hinnakruvi efekt võib juba iseenesest, muude objektiivsete õigustuste puudumisel kujutada endast kuritarvitust EÜ artikli 82 tähenduses. Hinnakruvi tuleneb hulgitteenuste ja jaeteenuste hinnavahest, mitte nende teenuste hinnatasemest. Eeskätt võib hinnakruvi efekt tuleneda mitte üksnes ebatavaliselt madalast hinnast jaeturul, vaid ka ebatavaliselt kõrgest

- hinnast hulgiturul (vt selle kohta eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punktid 97 ja 98). Seega ei olnud komisjon kohustatud vaidlustatud otsuses tõendama, et Telefónica võttis kaudse juurdepääsu hulgitoodete eest liiga suurt hinda või jaetoote eest turuhinnast madalamat hinda (vt selle kohta eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 169, ja eespool punktis 69 viidatud 10. aprilli 2008. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 167).
- 188 Neljandaks, tagasi tuleb lükata hagejate argument, mille kohaselt oleks komisjon pidanud Telefónica kuritarvitava tegevuse analüüsi, mis põhines „sama tõhusa konkurentsi” kriteeriumil, täiendama uurimusega Hispaania turu peamiste alternatiivsete operaatorite hinnalisa kohta.
- 189 Peab meeles pidama, et Euroopa Kohus on juba tegelikult täpsustanud, et EÜ artikkel 82 keelab muu hulgas turgu valitseval ettevõtjal kohaldada hindu, millel võib olla sama tõhusate olemasolevate või potentsiaalsete konkurentide jaoks väljatõrjuv mõju. Oma turgu valitsevat seisundit kuritarvitab niisiis ettevõtja, kes rakendab sellist hinnapoliitikat, mille siht on kõrvaldada turult konkurendid, kes on võib-olla sama tõhusad kui see ettevõtja ise, ent kes oma väiksemate finantsvahendite tõttu ei suuda taluda nende vastu suunatud konkurentsi (vt selle kohta eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punktid 39 ja 40 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 190 Turgu valitseva ettevõtja hinnapoliitika õiguspärasuse hindamiseks tuleb aga põhimõtteliselt lähtuda selle ettevõtja kuludel põhineva hinna ja tema strateegia kriteeriumidest (vt eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 198, ja eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 41 ja seal viidatud kohtupraktika; vt ka eespool punktis 69 viidatud 10. aprilli 2008. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punktid 188–191).
- 191 Selle hindamisel, kas tegemist on hinnakujundusega, millega kaasneb hinnakruvi efekt, võimaldavad need uurimiskriteeriumid kindlaks teha, kas ettevõtja ise oleks olnud nii tõhus, et ta oleks suutnud pakkuda oma jaateenuseid lõpptarbijatele muul viisil kui kahjumiga, kui tal oleks eelnevalt tulnud tasuda oma vaheteenuse hulgihinda (eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 201, ja eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 42).
- 192 Niisugune lähenemisviis on veelgi põhjendatum esiteks seetõttu, et see on kooskõlas ka õiguskindluse üldpõhimõttega, kuna turgu valitseva ettevõtja kulude arvessevõtmine võimaldab viimasel, arvestades erilist vastutust, mis tal EÜ artikli 82 alusel lasub, hinnata oma tegevuse õiguspärasust. Nimelt kuigi turgu valitsevale ettevõtjale on teada tema enda kulud ja tema enda poolt kohaldatavad hinnad, ei ole talle üldjuhul teada tema konkurentide kulud ja hinnad (eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 202, ja eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 44). Teiseks kahjustab väljatõrjuv kuritarvitamine ka turgu valitseva ettevõtja potentsiaalseid kliente, kelle turule sisenemist võib pärssida tulususe puudumise perspektiiv.
- 193 Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb aga ka, et ei saa tõepoolest välistada, et konkurentide kulud ja hinnad võivad olla hinnakujundustegevuse analüüsimisel asjassepuutuvad. Kuid turgu valitseva ettevõtja konkurentide hindu ja kulusid samal turul tuleb analüüsida üksnes juhul, kui Euroopa Kohtu poolt viidatud asjaolude alusel ei ole võimalik kindlaks teha, millised on tema hinnad ja kulud (eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punktid 45 ja 46); hagejad nii aga ei arvanud.
- 194 Seega on komisjon õigesti järeldanud, et sobiv test hinnakruvi esinemise kindlakstegemiseks on tuvastada, kas konkurent, kelle kulustruktuur on sama mis vertikaalselt integreeritud ettevõtja järelturutegevuse kulustruktuur, suudab pakkuda järelturul teenuseid ilma kahjumita, kui nimetatud vertikaalselt integreeritud ettevõtja peaks maksma eelnevale turule juurdepääsu hinda, mida võetakse tema konkurentidelt, võttes aluseks Telefónica kulud (vaidlustatud otsuse põhjendused 311–315), ilma et tuleks läbi viia Hispaania turu peamiste alternatiivsete operaatorite hinnalisade uurimust.

- 195 Viiendaks, hagejad toonitavad, et isegi kui eeldada, et „sama tõhusa hüpoteetilise konkurendi” kriteeriumi võib kasutada selleks, et tõendada rikkumise toimepanemist käesolevas asjas, on komisjoni analüüs vigane hulgisisendite valiku osas. Nende hinnangul kasutaks sama tõhus konkurent oma jaetegevuse arendamisel ainult kohalikku kliendiliini või hulgitoodete optimaalset kombinatsiooni. Kuid eespool punktides 130 ja 131 on märgitud, et tõeks ei ole osutunud see, et alternatiivsed operaatorid kasutasid rikkumise perioodil igas keskses hulgitoodete optimaalset kombinatsiooni, sealhulgas eraldatud kohalikku kliendiliini.
- 196 Kuuendaks, hagejad on seisukohal, et mastaabiinvesteeringute teooria ei nõua, et kõik turutasemed oleksid kättesaadavad. See argument tuleb tagasi lükata. Nimelt nagu märgib õigesti komisjon, saab protsess, mis võimaldab alternatiivsetel operaatoritel investeerida järk-järgult nende endi infrastruktuuri, olla jätkusuutlik strateegia ainult siis, kui turu erinevatel tasemetel ei esine mingit hinnakruvi efekti. Seega hinnakruvi, mille Telefónica peale sundis, aeglustas tõenäoliselt tema konkurentide turule sisenemist ja nende kasvu ning nende võimet saavutada piisavalt suur mastaabisääst, mis õigustaks nende endi infrastruktuuri investeerimist ja eraldatud kohaliku kliendiliini kasutamist (vaidlustatud otsuse põhjendus 554).
- 197 Arvestades eespool esitatud kaalutlusi, tuleb käesolev väide tagasi lükata.
- f) Viies väide, mille kohaselt on tehtud faktivigu ja/või faktide hindamise vigu ning rikutud õigusnormi seoses Telefónica väidetava kuritarvitava tegevuse ja selle konkurentsivastase mõjuga
- 198 See väide, mis on esitatud teise võimalusena, koosneb kahest osast. Väite esimese osa kohaselt on hinnakruvi testi kohaldamisel tehtud faktivigu ja/või faktide hindamise vigu. Väite teise osa kohaselt ei ole komisjon õiguslikult piisavalt tõendanud uuritava tegevuse tõenäolist või tegelikku mõju.
- Viienda väite esimene osa, mille kohaselt on hinnakruvi testi kohaldamisel tehtud faktivigu ja/või faktide hindamise vigu
- 199 Väite käesoleva osa raames esitavad hagejad kolm põhiargumenti. Esimese põhiargumenti kohaselt on tehtud viga hulgisisendite valikus. Teise põhiargumenti kohaselt on DCF analüüsis tehtud vigu ja see on ka puudulik. Lõpuks, kolmas põhiargument puudutab „periood perioodilt” analüüsis tehtud vigu ja selle puudulikkust.
- Väite esimese osa esimene põhiargument, mille kohaselt on tehtud viga hulgisisendite valikus
- 200 Selles põhiargumentis, mida toetavad viited teist ja neljandat väidet puudutavatele arutluskäikudele, väidavad hagejad, et komisjon ei pidanud uurima hinnakruvi esinemist iga hulgitooete puhul eraldi, arvestades asjaolu, et alternatiivsed operaatorid kasutasid hulgitoodete optimaalset kombinatsiooni, sealhulgas eraldatud kohalikku kliendiliini, mis võimaldas kulusid kokku hoida. Repliigis ja kohtuistungil väitsid hagejad ka, et „sama tõhusa konkurendi” põhimõtte alusel oleks komisjon pidanud hinnakruvi testi kohaldama alternatiivsete operaatorite kasutatavate hulgitoodete kombinatsiooni põhjal.
- 201 Esiteks tuleb meenutada, et EÜ artikkel 82 keelab muu hulgas kindlal turul turgu valitsevas seisundis oleval ettevõtjal kohaldada hindu, millel võib olla sama tõhusate olemasolevate või potentsiaalsete konkurentide jaoks väljatõrjuv mõju (vt eespool punkt 189). Sellise seisundi kontrollimine nõuab, et hinnataks konkurentide võimalikkust turu seisukohast, mis hõlmab kõiki tooteid, mis oma iseloomulike tunnuste tõttu on eriti sobivad pidevat nõudlust rahuldama ja mis on minimaalselt äravahetatavad teiste toodetega, kusjuures asjaomase turu määratlemine on vajalik selleks, et hinnata, kas asjassepuutuv ettevõtja saab sellel turul takistada tõhusat konkurentsi (vt eespool punkt 111). Kuid esiteks tuvastati teise väite raames (vt eespool punktid 110–144), et komisjon järeltas õigesti, et

eraldatud kohalik kliendiliin, üleriigiline hulgitooide ja piirkondlik hulgitooide ei kuulu samale turule, ja teiseks neljanda väite raames (vt eespool punktid 169–197), et hinnakruvi asjassepuutuval turul võis juba iseenesest olla kuritarvitamine EÜ artikli 82 tähenduses.

- 202 Kuna asjassepuutuv turg tuleb kindlaks määrata selleks, et hinnata, kas ettevõtja sai takistada tõhusat konkurentsi sellel turul, ei saa hagejad oma teise väite raames esitatud arutluskäigule tuginedes väita, et hulgitooide optimaalne kombinatsioon võimaldab Telefónica konkurentidel oma tulusust parandada. Nimelt ei kuulu need hulgitooed samale kaubaturule (vt eespool punktid 114–134).
- 203 Teiseks tuleb märkida, et hagejate argument viiks järelduseni, et alternatiivne operaator võiks kompenseerida hinnakruvi tõttu hulgitooide tasemel saadud kahju tuluga, mis tekib teatud tulusamatel geograafilistel aladel Telefónica selliste muude toodete kasutamisest, mis ei ole hinnakruvi ese ja mis kuuluvad muule turule, nagu eraldatud kohalik kliendiliin, mille kasutuselevõtt eeldab ka suuri investeeringuid ja mis ei olnud ka kohe kättesaadav (vt eespool punkt 125 ja põhjendused 227, 231, 266 ja 562), kuid seda ei saa lubada.
- 204 Kohtupraktikast tuleneb, et kahjustamata konkurents, nii nagu see on ette nähtud asutamislepingus, saab olla tagatud vaid juhul, kui erinevatele ettevõtjatele on kindlustatud võrdsed võimalused. Võrdsete võimaluste olemasolu tähendab, et Telefónica ja tema vähemalt sama tõhusad konkurendid on jaeturul võrdses seisus. Nad ei ole seda juhul, kui esiteks, alternatiivsed operaatorid ei saa hindu, mida nad maksavad Telefónicale üleriigilise ja piirkondliku hulgitooide eest, kajastada oma jaetoodete hindades, ja teiseks, kui arvestades Telefónica üleriigilise ja piirkondliku hulgitooide hindu, saavad alternatiivsed operaatorid neid viidatud tooteid pakkuda ainult kahjumiga, mille nad peavad üritama kompenseerida tuludega teistelt turgudelt (vt selle kohta eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 230, ja eespool punktis 69 viidatud 10. aprilli 2008. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punktid 198 ja 199 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 205 Lisaks, nagu toonitab komisjon, on hagejate argument selle kohta, et alternatiivsed operaatorid kasutasid rikkumise perioodil igas keskses hulgitooide optimaalset kombinatsiooni, sealhulgas eraldatud kohalikku kliendiliini, vastuolus Telefónica seisukohaga, mida ta ise väljendas oma 22. septembri 2003. aasta vastuses France Télécomi kaebusele, milles Telefónica märkis, et hinnakruvi analüüs ja selle võimaliku esinemise kindlakstegemine peaks toimuma ainult piirkondliku hulgitooide alusel.
- 206 Kolmandaks, nagu on toonitatud eespool punktis 131, saavad sellist optimaalset kombinatsiooni kasutada vaid need Telefónica konkurendid, kellel on võrk, mis võimaldab neil kohaliku kliendiliini eraldamist, välistades nii Telefónica potentsiaalsed konkurendid.
- 207 Neljandaks, kuigi hagejad väidavad, et sama tõhus konkurent, kes kasutaks ainult kohalikku kliendiliini, saaks kasumit, ja et järelikult sama tõhus konkurent, kes kasutaks sisendite optimaalset kombinatsiooni, saaks samuti positiivseid tulemusi, tuleb see argument tagasi lükata. Nimelt nagu märgiti ka eespool punktis 125, hakati kohalikku kliendiliini piiratud ulatuses tegelikult kasutama alles 2004. aasta lõpus ja 2005. aasta alguses. Lisaks, arvestades vajalikke investeeringuid, alustasid alternatiivsed operaatorid üleminekut kaudselt hulgiuurdepäasu ühenduselt eraldatud kohalikul kliendiliinil põhinevale ühendusele alles 2004. aastal.
- 208 Viiendaks, hagejate argumentatsioon, mille kohaselt takistab hulgitooide võimalik optimaalne kombinatsioon hinnakruvi esinemise tuvastamist, on vastuolus Telefónicale CMT poolt kehtestatud õigusnormidest tulenevate kohustustega, mille eesmärk on muu hulgas tagada, et kõik jaepakkumised oleksid korratavad tema piirkondliku hulgitooide alusel (vaidlustatud otsuse põhjendus 114).

- 209 Kuuendaks, tagasi tuleb lükata hagejate argument, millega vaieldakse vastu sama tõhusa konkurendi võrgu tunnuste määratlusele ja mille kohaselt tuleb kindlaks teha ainult see, kas juhul, kui arvesse võtta mastaabisäästu ja Telefónica võrgu kulusid, saab alternatiivne operaator olla kasumise või mitte. Nimelt nagu märkis komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 315, ei tähenda sama tõhusa konkurendi meetodi kohaldamine seda, et Telefónica konkurendid suudavad omandada vara, mis on viimasel eelneval turul. Nimelt kohaldatakse hinnakruvi testi järelturul sama tõhusa operaatori seisukohast, st sellise operaatori seisukohast, kes turgu valitseva ettevõtja hulgitoodet kasutades konkureerib selle ettevõtjaga järelturul ja kelle kulud viimati nimetatud turul on samad kui turgu valitseval ettevõtjal.
- 210 Igal juhul ei ole tõeks osutunud, et alternatiivsed operaatorid kasutasid rikkumise perioodil igas keskuses hulgitoodete optimaalset kombinatsiooni, sealhulgas eraldatud kohalikku kliendiliini. Seega kuigi TESAU-I on alates 2000. aasta detsembrist õigusnormidest tulenev kohustus alternatiivsetele operaatoritele vasepaare rentida (vaidlustatud otsuse põhjendus 81), tuleneb vaidlustatud otsuse põhjendustest 102 ja 103 – milles esitatud andmeid hagejad ei vaidlustanud –, et kuni 2002. aastani ostis France Télécom peaaegu ainult Telefónica üleriigilist hulgitoodet, mis 2002. aasta lõpus asendati alternatiivse üleriigilise hulgitooete pakkumisega, mis põhines Telefónica piirkondlikul hulgitooel. Alles alates 2005. aasta veebruarist suurenes oluliselt France Télécomi eraldatud kohalike kliendiliinide arv, samas kui Telefónica piirkondlikul hulgitooel põhinevate üleriiklike alternatiivsete hulgiliinide arv vähenes. Lisaks, kuni 2004. aasta viimase kvartalini ostis Ya.com ainult Telefónica üleriigilist hulgitoodet ning alustas järk-järgult eraldatud kohaliku kliendiliini kasutamist alates 2005. aasta juulist, mil ta ostis Albura.
- 211 Eespool esitatud kaalutlustest tuleneb, komisjon ei ole teinud ilmset hindamisviga hinnakruvi arvutamiseks kasutatud hulgisendite valikus. Viienda väite esimese osa esimene põhiargument tuleb seega tagasi lükata.
- Viienda väite esimese osa teine põhiargument, et DCF analüüsi teostamisel on tehtud vigu ja et see on puudulik
- 212 Käesolevas põhiargumendis kritiseerivad hagejad mitmest aspektist seda, kuidas komisjon teostas käesolevas asjas DCF analüüsi (vaidlustatud otsuse põhjendused 350–385).
- 213 Tuleb märkida, nagu tegi komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 315, et hinnakruvi testi eesmärk käesolevas asjas on tuvastada, kas konkurent, kelle kulustruktuur on sama mis vertikaalselt integreeritud ettevõtja järelturutegevuse kulustruktuur, suudab olla järelturul kasumise, arvestades selle ettevõtja hulgi- ja jaehindu. Vaidlustatud otsuses meenutas komisjon, et vastavalt Euroopa Kohtu kohtupraktikale ja tema enda otsustuspraktikale kuritarvitavate hindade alal on turgu valitsevas seisundis ettevõtja tulusust alati hinnatud „periood perioodilt” analüüsi alusel, sest DCF meetodil on hinnakruvi arvutamisel teatud puudused (vaidlustatud otsuse põhjendused 331 ja 332). Hinnakruvi arvutamisel otsustas aga komisjon arvutada Telefónica tulusust kahe meetodi abil, milleks olid „periood perioodilt” meetod ja Telefónica välja pakutud DCF meetod; komisjoni eesmärk oli esiteks vältida hinnakruvi tuvastamist moonutatud raamatupidamisandmete alusel, mis tulenesid Hispaania lairibaühendusturu ebaküpsusest, ja teiseks veenduda, et Telefónica välja pakutud meetod ei sea kahtluse alla järeldusi hinnakruvi olemasolu kohta analüüsi „periood perioodilt” alusel (vaidlustatud otsuse põhjendus 349).
- 214 Komisjon selgitab ka, et DCF analüüsis arvutatakse välja lõppväärtus selleks, et kajastada asjaolu, et on olemas ka oluline vara, mida kasutatakse ka pärast vaatlusperioodi. Nii võib analüüsis olla lõppväärtuse arvessevõtmine vajalik, kuna teatud kulusid vaatlusperioodil ei kaeta täielikult. Komisjon on seisukohal, et nii DCF arvutuses kasutatava sobiva lõppväärtuse kui ka sobiva vaadeldava perioodi eesmärk on kindlaks määrata lõppkuupäev, millest alates kahjumi tagasiteenimist analüüsis

enam arvesse ei võeta (vaidlustatud otsuse põhjendused 360 ja 361). Kuna DCF meetod võimaldab lühiajalist alget kahjumit, kuid kohustab selle mõistliku aja jooksul tagasi teenima, pidi komisjon käesolevas asjas kindlaks määrama sobiva tagasiteenimise perioodi (vaidlustatud otsuse põhjendus 351).

- 215 Komisjon leidis vaidlustatud otsuse põhjenduses 354 selles küsimuses, et kõige mõistlikum lähenemine on piiritleda analüüsitav periood asjassepuutuva ettevõtja vara majandusliku elueaga. Vaidlustatud otsuse põhjenduses 359 asus komisjon seisukohale, et DCF analüüsiks on käesolevas asjas sobiv periood 2001. aasta septembrist kuni 2006. aasta detsembrini (viis aastat ja neli kuud) ning lisaks, et see periood oli Telefónicaale soodne, sest tema järelturutegevuste hinnalisa oli aja jooksul suurenenud.
- 216 Esiteks vaidlevad hagejad vastu lõppväärtuse arvutamise meetodile, mida komisjon DCF analüüsis kasutas (vaidlustatud otsuse põhjendus 363). Nad väidavad, et lairibaühenduse jaeteenuse lõppväärtuse arvutamise meetod, mida kasutas komisjon, erineb hindamismeetoditest, mida ettevõtjate suhtes tavaliselt kohaldatakse. Komisjoni lähenemine ei ole õige, sest käesolevas asjas tuleb hinnata ettevõtjat, kellel on keeruline immateriaalne põhivara. Nii võimaldavad Telefónica lairibaühenduse jaeturundustegevuse kulud väärtuse anda lisaks kliendibaasile ka niisugusele varale nagu tema kaubamärgid, suhted klientidega, tema oskusteadmised ja korraldusvõime. Niisugusel varal on palju pikem majanduslik eluiga kui viis aastat ja neli kuud, mille komisjon aluseks võttis, mistõttu oleks vaatluse alla tulnud võtta periood, mis kestis kauem kui 2006. aasta detsembrini.
- 217 Esiteks, tagasi tuleb lükata hagejate argument, milles nad väidavad, et DCF analüüsi esemeks oleva perioodi pikendamine ei suurendaks prognoosivigade riski või riski, et selles analüüsis võetakse arvesse konkurentsivastasest tegevusest saadud kasu.
- 218 Nagu komisjon vaidlustatud otsuse põhjendustes 333 ja 334 õigesti toonitas, esineb asjaolu tõttu, et DCF meetod võimaldab esialgset kahjumit kompenseerida tulevase tuluga, tõesti risk, et selle meetodi tulemused kas sõltuvad turgu valitseva ettevõtja loodetava tulevase tulu ebamõistlikust prognoosist, mis viib vigase tulemuseni, või hõlmavad pikaajalist tulu, mis tekib turgu valitseva ettevõtja turuvõimsuse kasvu tulemusena.
- 219 Selles küsimuses tuleb tagasi lükata ka hagejate argumendid, mille kohaselt viiks analüüsitava perioodi lühendamine Telefónica „kaubandusliku väärtuse” alahindamiseni ja pärast 2006. aastat Telefónica vara väärtuse arvesse võtmata jätmiseni.
- 220 Tuleb asuda seisukohale, et komisjon ei ole jätnud arvesse võtmata Telefónica vara väärtust pärast 2006. aastat. Vastupidi, ta leidis õigesti, et käesolevas asjas ei olnud erinevalt meetodist, mille eesmärk on hinnata äriühingut selle ostude või müügi alusel, asjakohane tuvastada, kas Telefónica kahju perioodil 2001–2006 võis kompenseerida tulevase hüpoteetilise tuluga alates 2007. aastast. Nimelt tuvastas komisjon ilmset hindamisviga tegemata, et turgu valitseva ettevõtja tegevus järelturul peaks olema kasumis perioodi peale, mis vastab tema vara majanduslikule elueale. Vastupidisel juhul võib Telefónica hinnapoliitikal olla negatiivne mõju konkurentsile (vaidlustatud otsuse põhjendus 370).
- 221 Teiseks, tagasi tuleb ka lükata argument, et komisjon ei anna mingit selgitust DCF analüüsiks valitud perioodi pikkuse kohta, mistõttu see periood on suvaline.
- 222 Kõigepealt märkis komisjon vaidlustatud otsuse põhjendustes 351–359, et kõige mõistlikum lähenemine on piiritleda analüüsitav periood asjassepuutuva ettevõtja vara majandusliku elueaga, sest nii võetakse tema tulususe hindamisel arvesse nende varade kasutamisest tulenevat kogu prognoositavat majanduslikku tulu. Ta lisas ka, et viieaastane periood langes kokku TESAU nende võrguosade keskmise majandusliku eluaega, mis on vajalikud piirkondliku hulgitoota alusel ADSL jaeteenuste pakkumiseks, nagu nähtus tema esialgsest äriplaanist, ning ka selliste alternatiivsete operaatorite nagu France Télécom ja Auna võrguosade keskmise majandusliku eluaega. Komisjon mainis ka, et see kestus oli pikem kui TEAU abonentide soetuskulude amortiseerimise aeg ning et see

ühtis perioodiga, mida kasutas Ühendkuningriigi sidevaldkonna reguleeriv asutus. Arvestades neid asjaolusid, mis igal juhul ei luba hagejatel väita, et komisjon ei andnud mingit selgitust analüüsitava perioodi pikkuse kohta, tuleb asuda seisukohale, et analüüsitava perioodi pikkust ei määratud kindlaks omavoliliselt ja et selle kindlaksmääramisel ei ole tehtud ilmset hindamisviga.

- 223 Mis puudutab selle perioodi pikkuse kindlaksmääramist, mille jooksul tuli kasumlikkus saavutada, siis vaidlevad hagejad vastu tuginemisele Telefónica äriplaanidele, väites, et analüüs, millele komisjon põhineb [*konfidentsiaalne*], mis kinnitab, et komisjoni tuvastatud kahjum perioodil [*konfidentsiaalne*] tekib Hispaania lairibaühenduse turu ebaküpsusest. Kuid esiteks nähtub toimikust, et äriplan [*konfidentsiaalne*] käib tegelikult kogu tegevuse koguväärtuse kohta. Teiseks, nagu märgib õigesti ka komisjon, tõendavad Telefónica kulude ja äriplaan kokkulangevus kõigepealt seda, et Telefónica [*konfidentsiaalne*], kes arvutas, et tema tegevus muutub tulusaks siis, kui tal on [*konfidentsiaalne*] ADSL-i lõppkasutajat, see on arv, mis ulatus [*konfidentsiaalne*], edasi seda, et ta nägi tulususe läve ette kasumina enne intressikulu, makse, põhivara väärtuse langust ja amortisatsiooni (EBITDA) ja kasumina enne makse ja intressikulu (EBIT) aastal [*konfidentsiaalne*], ning lõpuks seda, et ta lootis saada nüüdispuhasväärtust (edaspidi „NPV”) [*konfidentsiaalne*] (välistades mis tahes lõppväärtuse) perioodi jooksul [*konfidentsiaalne*]. Seega on komisjon ilma ilmset hindamisviga tegemata järeldanud, et perioodi [*konfidentsiaalne*] kahjumit ei saa pidada selle tulemuseks, et Hispaania lairibaühenduse turg oli veel ebaküps.
- 224 Kolmandaks, hagejad on seisukohal, et tõele ei vasta see, et komisjoni kasutatud meetod, mis hõlmab põhivara ja soetatud kliendilepingute majandusliku eluea kasvujäaki kajastavat lõppväärtust, on Telefónica soodsam kui meetod, mida on kasutatud tema algses äriplaanis (vaidlustatud otsuse põhjendused 362 ja 363), kuna vaadeldav ajavahemik ([*konfidentsiaalne*] aastat) oli pikem sellest, mille Telefónica nimetatud plaanis aluseks võttis. Nad on ka seisukohal, et need meetodid ei ole sarnased (joonealune märkus nr 810), sest Telefónica oli arvamusel, et tema kliendibaas oli püsiv ega vähenenud. Lisaks leiavad hagejad, et Telefónica arengukava, mida mainitakse vaidlustatud otsuse põhjenduses 367, on lõppväärtuse arvutamisel asjakohatu.
- 225 Samuti tuleb märkida, et hagejad ei täpsusta oma menetlusdokumentides põhjuseid, miks muutuks nende argumendi tõttu, isegi kui see põhjendatuks osutuks, vaidlustatud otsus õigusvastaseks. Nimelt esiteks, isegi kui eeldada, nagu teevad hagejad, et komisjoni kasutatud meetod ei ole Telefónica soodsam kui meetod, mida ta kasutas oma algses äriplaanis, või et need meetodid ei ole sarnased, ei tulene sellest, et väärad on nii lõppväärtust puudutavad järeldused, mis on esitatud muu hulgas vaidlustatud otsuse põhjendustes 360–362, kui ka DCF-i arvutamise käigus kindlaks määratud lõppväärtus. Teiseks tuleb märkida, et Telefónica arengukava mainiti vaidlustatud otsuse põhjenduses 367 selleks, et tõendada, et vastupidi Telefónica väidetule ei olnud komisjon esimene, kes lõppväärtuse välja arvutab. Seega isegi kui eeldada, et see järeldus on väär, ei tähenda see, et vaidlustatud otsuses esitatud lõppväärtuse arvutus on õigusvastane.
- 226 Lisaks, kuigi on tõsi, et Telefónica äriplaanis ette nähtud ajavahemik [*konfidentsiaalne*] oli tõesti [*konfidentsiaalne*] aastat (periood [*konfidentsiaalne*]), mida komisjon kostja vastuses ka möönis, tuleb asuda seisukohale, et komisjon ei ole teinud ilmset hindamisviga, otsustades, et see kestus oli liiga pikk, et prognoosida hüpoteetilise järelturu operaatori tulusust (vt selle kohta eespool punktid 216–220).
- 227 Igal juhul tuleb toonitada, et toimikust tuleneb, et jaetegevuse NPV arvutus perioodi osas [*konfidentsiaalne*], mille puhul kasutati sama meetodit, mida kasutas Telefónica oma äriplaanis „Objetivo Verne 2002”, [*konfidentsiaalne*]. Tagasi tuleb lükata hagejate argument, mille nad esitasid kohtuistungil ja mille kohaselt ei oleks komisjon pidanud kasutama Telefónica nimetatud äriplaan prognoose, vaid ta oleks pidanud paluma Telefónicalt prognoose selle hetke seisuga, mil arvutati lõppväärtus. Nimelt on mõistlik arvata, et niisugused prognoosid, mis on selle arvutuse seisuga ajakohastatud, suurendavad riski, et analüüsis võetakse arvesse konkurentsivastasest tegevusest saadud kasu.

- 228 Teiseks väidavad hagejad, et komisjon oleks võinud arvutada sobivama lõppväärtuse turuandmete alusel. Esiteks, alternatiivne lähenemine, mis oleks olnud suunatud rahavoogude hindamisele alates 2006. aastast, oleks tähendanud võrreldavate tehinguväärtuste kohta teabe kasutamist, kohaldades „korrutise meetodit”, mille eesmärk on hinnata ettevõtja tegevust nii, et seda tegevust võrreldakse hinnaga, mida makstakse sarnase kaubandustegevuse eest. Nimetatud meetodi kasutamise eelis on see, et see ei nõua ühegi eelduse olemasolu asjassepuutuva tegevuse kestuse suhtes. Teiseks ei olnud EBITDA korrutise kohaldamisel vaidlustatud otsuse põhjenduses 377 mõtet ettevõtjate puhul, kellel on tugev kasvupotentsiaal. Neid asjaolusid arvestades ja lisaks tulude korrutisele, mida Telefónica vastuväiteteatise vastuses kasutas, oleks komisjon võinud kasutada sellele sektorile omast kordajat.
- 229 Tuleb asuda seisukohale, et komisjon hindas vaidlustatud otsuse põhjenduses 369 õigesti, et käesolevas asjas ei olnud asjassepuutuva ettevõtja kõiki tulevasi tulusid hõlmava lõppväärtuse kasutamine hinnakruvi arvutamisel mõistlik ega ka kohane.
- 230 Nimelt kõigepealt ei võimalda selline lähenemine, mille kohaselt võetaks arvesse asjassepuutuva ettevõtja kõiki tulevasi tulusid, kindlaks teha, kas arvestades muu hulgas kasutustasusid, mida alternatiivsed operaatorid maksid Telefónica üleriigilise ja piirkondliku hulgitootte eest, saab sama tõhus järelturu operaator kui Telefónica tagasi teenida oma esialgse kahju ja saavutada tasakaalu tänu kasumile, mida ta teenib oma tegevusest järelturul kindlal vaatlusalusel perioodil. Edasi, selles meetodis ei võeta ka arvesse asjassepuutuva vara keskmist eluiga, ega seda, et turul, kus on konkurents, ei saa uus turule siseneja arvestada kogu oma tulevase võimaliku kasumiga, et kompenseerida esialgset kahjumit, mis tal tekib sellele turule sisenemisel. Lõpuks, nagu märkis ka komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 334, lubaks selline lähenemine vajaduse korral ettevõtjal kohaldada edukalt hinnakruvi strateegiat, fikseerides kõigepealt hinnad, millega saab teatud perioodi jooksul konkurendid välja tõrjuda, ja seejärel viia läbi kas hinnatõus, mis võimaldab tal lõpuks tema esialgne kahju tagasi teenida, või hoida hindu madalamana vaba konkurentsi hindadest, kuna see on muutunud võimalikuks tänu turule sisenevate või oluliselt kasvavate konkurentide puudumisele asjassepuutuval turul (vt ka põhjendus 334).
- 231 Kolmandaks kinnitavad hagejad, et „õige hindamismeetodi kohaldamine, mis oleks lõppväärtuse arvutamise seisukohast põhinenud turu andmetel, oleks näidanud, et võimaliku sama tõhusa konkurendi kui Telefónica tegevus oleks olnud tulus”. Kuid seda argumenti ei ole menetlusdokumentides lahti seletatud ega edasi arendatud, vaid hagejad viitavad üldsõnaliselt lisatud majandusuuringu kümnele leheküljele. Seetõttu tuleb see argument eespool punktides 58–63 esitatud põhjustel tagasi lükata.
- 232 Arvestades eespool esitatud arutluskäiku, tuleb viienda väite esimese osa teine põhiargument tagasi lükata.
- Viienda väite esimese osa kolmas põhiargument, mis puudutab „periood perioodilt” analüüsis tehtud vigu
- 233 Käesolevas põhiargumendis kritiseerivad hagejad mitmest aspektist komisjoni läbi viidud „periood perioodilt” analüüsi.
- 234 Esiteks leiavad hagejad, et komisjon ei ole õigesti hinnanud turustamise LRIC-d.
- 235 Kõigepealt tuleb meenutada, et vaidlustatud otsuses on komisjon tuvastanud, et turustamise piirkulud olid osa Telefónica klientide soetamiskuludest (vaidlustatud otsuse põhjendused 458–463), mis hõlmas mitte ainult Telefónica müügivõrgu preemiaid ja komisjonitasusid (v.a. palk) iga uue abonendi eest, vaid ka Telefónica kaubandusvõrgustiku väljaarendamist, kuna selline laienemine oli võimalik tänu tema lairibaühenduse tegevusele.

- 236 Turustuskulude hindamise kohta märgib komisjon vaidlustatud otsuse põhjendustes 464–473, et Telefónica oli alahinnanud LRIC-d, sest ta arvas selle hulka ainult need preemiad ja komisjonitasud, mis maksti turustusvõrgus iga uue abonendi eest, jättes välja kõik äriühingu kaubandusvõrgustikuga seotud kulud. Komisjon on seisukohal, et isegi kui Telefónica kaubandusvõrgustiku kulud kuuluvad tema üldkulude hulka, ei saa kinnitada, et see äriühing oleks (töötajate arvult) sama suur, kui ta ei pakuks lairibaühenduse jaeteenuseid (vaidlustatud otsuse põhjendused 465 ja 470). Vaidlustatud otsuse põhjenduses 472 kinnitab komisjon, et kuigi on tõsi, et turustamise lisakulu mõistlikuks hindamiseks oleks olnud võimalik tugineda sellele, kui suur osa Telefónica müügipersonalist tegeles tegelikult lairibaühenduse jaeteenuste turustamisega, alahindab Telefónica iga tema tegevuse käivet eraldi vaadeldes käesolevas asjas selgelt lairibaühenduse jaeteenuste lisakulu, mida kritiseeris juba ka CMT. Seetõttu järeldeb komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 473, et käesolevas asjas – arvestades Telefónica avaldatud teavet ja asjaolu, et puuduvad mis tahes uuringud, kuigi CMT neid teha palus, milles analüüsitaks, millises ulatuses tegeles müügipersonal äriühingu iga jaeturuga – tuleb turustuskulude ja käibe suhet kasutada kui ligikaudset LRIC-d, mis on aga äriühingule soodne.
- 237 Esiteks, tagasi tuleb lükata hagejate argument, et komisjon ei oleks pidanud hindama turustamise LRIC-d Telefónica raamatupidamisandmete alusel, vaid kasutama alternatiivseid teabeallikaid, nagu Telefónica tulemustabeleid.
- 238 Nagu nähtub vaidlustatud otsuse põhjendustest 319 ja 320, vastab toote pikaajaline täiendkulu toote konkreetsele kulule, mida ettevõtja kannab pikka aega ja mis on seotud nimetatud toote tootmise kogumahuga, ja seega kulule, mida ettevõtja oleks pikka aega võinud vältida, kui ta oleks otsustanud toodet mitte toota. Komisjon märkis seega, et toote pikaajaline täiendkulu peab sisaldama mitte ainult kõiki asjassepuutuva toote tootmisega otseselt seotud püsi- ja muutuvkulusid, vaid ka proportsionaalset osa tegevuse üldkuludest. Hagejad sellele järeldusele vastu ei vaidle. Sellest tuleneb, et õigesti arvatud LRIC peab sisaldama proportsionaalset osa Telefónica kaubandusvõrgustikuga seotud kuludest, mida see äriühing oleks pikaajalises perspektiivis vältinud, kui ta ei oleks lairibaühenduse teenust pakkunud.
- 239 Seega hagejad ei vaidle vastu sellele, et turustamise LRIC arvutused, mis on tehtud jaetegevuse kulude ja tulude analüüsis (Economics ADSL) (vaidlustatud otsuse põhjendus 407) ja lairibaühenduse tegevuse tulemustabelis (ADSL Scorecard) (vaidlustatud otsuse põhjendused 408–410), ei hõlma turustuskuludena [*konfidentsiaalne*], alahinnates nii Telefónica lairibaühenduse jaetoote LRIC-d. Kuigi on tõsi, et hagejad kinnitavad, et [*konfidentsiaalne*], tuleb märkida, et [*konfidentsiaalne*], mistõttu komisjon on õigesti tuvastanud, et Telefónica lairibaühenduse jaetoote LRIC-d oli alahinnatud.
- 240 Teiseks, nagu märkis õigesti komisjon, ei saa hagejate lähenemist käesolevas asjas toetada, sest selle kohaselt ei pühenda kaubandusesindajad osa oma ajast Telefónica lairibaühenduse jaetoodete turustamisele. Lisaks tunnistas Telefónica ise komisjonile 1. aprillil 2005 saadetud kirjas, millele viidatakse vaidlustatud otsuse joonealuses märkuses nr 472, et on „täiesti selge, et preemiate kulu ei ole ainus kulu, mis kuulub peatükki „Turustuskulud” ja et „tuleb lisada kõik kulud, mis tulenevad TESAU kaubandusvõrgustikust (nimelt personalikulu, mis ei ole otseselt müügi-, põhivara-, struktuuri- ja tugikulu) osas, mis oli omistatav ADSL-i jaepakkumisele”.
- 241 Selles küsimuses tuleb tagasi lükata hagejate argumentid, mille kohaselt Telefónica kaubandusvõrgustik oli esiteks jäänud samasuguseks nagu siis, kui see ettevõtja lairibaühenduse jaeturule sisenes, ja teiseks oli Telefónica personalikulu püsikulu, mida oli tööturu jäikuse tõttu raske kohandada.
- 242 Nimelt nagu komisjon märkis vaidlustatud otsuse põhjenduses 468, ei tähenda see, et Telefónica ei olnud suurendanud müügiesindajate arvu alates 1999. aastast seda, et osa Telefónica kaubandusvõrgustikust ei saa otseselt seostada äriühingu lairibaühenduse jaetegevusega. Nagu komisjon märkis vaidlustatud otsuse põhjenduses 469, on tõenäoline – olenemata Hispaania tööturu väidetavast jäikusest –, et kaubandusvõrgustikku ei oleks hoitud sama suurena, kui ettevõtja ei oleks pakkunud lairibaühenduse teenuseid, arvestades, et algul pakutud tegevustest (kõneteenus ja abonendid) tekkiv tulu aastatel 2002–2006 vähenes (vaidlustatud otsuse põhjendus 466). Samuti

tuleb komisjoni eeskujul (vaidlustatud otsuse põhjenduse 466 lõpp) asuda seisukohale, et TESAU kaubanduslik suutlikkus oli peamiselt seotud tema lairibaühendustegevuse kasvuga, millele hagejad vastu ei vaidle. Nii leidis Telefónica ka ise, et kontsern suurenes tänu lairibaühendusele. Lisaks suurenes aastatel 2002–2006 lairibaühenduse teenusest saadav tulu oluliselt, samas kui algsest pakutud teenustest tekkiv tulu sellel perioodil vähenes (vaidlustatud otsuse põhjendused 466 ja 467).

243 Lisaks tuleneb toimikust, et Telefónica vähendas ajavahemikul 1999–2006 oluliselt oma töötajate arvu (Telefónica ise vähendas aastatel 2003–2007 oma personali 14 000 töötaja võrra), jättes aga müügipersonali arvu suhteliselt samaks, ja et tema personali müügitöötajate protsent suurenes [konfidentsiaalne] 2001. aastal [konfidentsiaalne] 2006. aastal.

244 Kuna ei ole olemas usaldusväärset hinnangut tegeliku arvu kohta, milline osa Telefónica müügipersonalist tegeleb lairibaühenduse jaeteenuste turustamisega, mis väljenduks selle turustamise kulu kogusummas võrreldes ajaga, mis müügipersonal sellele tegevusele kulutab (vaidlustatud otsuse põhjendused 472 ja 473), ei ole komisjon ületanud oma kaalutlusruumi piire, järeldades, et turustamise mõistlik ligikaudne LRIC on osa kuludest, mida Telefónica ise omistas oma 2005. aasta raamatupidamise aastaaruandes ADSL-i jaetegevusele [konfidentsiaalne]. Nimelt tuleb märkida, et kuni 2004. aastani Telefónica poolt kasutatud jaotusreeglit ei pidanud CMT kohaseks, sest see ei põhinenud kõigi turustuskulude *pro rata* jaotusel võrreldes ajaga, mille müügipersonal pühendas lairibaühenduse jaetoodetele.

245 Teiseks väidavad hagejad, et komisjon alahindas Telefónica kliendilepingute keskmist kehtivust.

246 Kõigepealt peab meeles pidama, et vaidlustatud otsuses märkis komisjon, et Telefónica kuludes tuli teha teatud kohandusi, et hinnakruvi testi läbiviimiseks võtta aluseks Telefónica ADSL-i jaeteenuste majandusliku tasakaalu osas adekvaatne baas. Ta toonitas, et jaeturul on uute klientide soetamise kulu suur osa kuludest, mis amortiseeruvad ruttu ning mis tekitavad pikas perspektiivis täiendavat tulu. Seega tegi komisjon kohandusi Telefónica raamatupidamisandmetes, amortiseerides uute abonentide soetamise kulud sobivama perioodi jooksul (vaidlustatud otsuse põhjendus 474). Komisjon leidis vaidlustatud otsuses selles küsimuses, et Telefónica klientide soetamise kulude sobiv amortisatsiooniperiood peab käesolevas asjas olema [konfidentsiaalne] aastat, arvestades, et see kestus oli maksimaalne periood, mida kasutasid siseriiklikud konkurentsiasutused ja RRA, sealhulgas CMT, ning arvestades, et see oli pikem kui aeg, mille Telefónica oli nende kulude tagasiteenimiseks ette näinud oma esialgses äriplaanis. Seetõttu ei kasutanud komisjon Telefónica kliendilepingute keskmist kehtivust, mille see äriühing välja pakkus, vaidlustatud otsuse põhjendustes 476–485 kirjeldatud põhjusel.

247 Esiteks, hagejad väidavad, et komisjon ei selgita, miks teatud RRA-de ja konkurentsiasutuste amortisatsiooniperiood on asjakohasem kui hinnangud, mis on esitatud komisjoni 16. juuli 2003. aasta otsuses (juhtum COMP/38.233 – Wanadoo Interactive), seda enam, et teatavate siseriiklike ametiasutuste, eriti Prantsusmaa ametiasutuse kasutatud maksimaalne kehtivus oli [konfidentsiaalne] aastat, milles lähtuti abonentlepingute keskmisest kehtivusest (vaidlustatud otsuse põhjendus 488). See argument tuleb aga tagasi lükata, kuna komisjon on vaidlustatud otsuse põhjendustes 486–489 selgelt selgitanud oma valiku põhjuseid.

248 Teiseks, hagejad on seisukohal, et komisjon ei analüüsi Telefónica äriplaane õigesti, kuna õige analüüs näitaks, et nende aluseks olevad eeldused põhinevad [konfidentsiaalne] loodud väärtuse hinnangutel. Kui hagejatelt selle seisukoha ulatuse ja tähenduse kohta kohtuistungil täpsustusi paluti, märkisid nad sisuliselt, et komisjon tugines Telefónica äriplaanide vääralt tõlgendusele, et mitte tuvastada Telefónica abonentlepingute tegelikku keskmist kehtivust, mis on tema sõnul [konfidentsiaalne]. Nende argumenti ei saa aga mõista nii, et selle eesmärk on näidata, et Telefónica abonentlepingute keskmine kehtivus on [konfidentsiaalne] aastat.

- 249 Selles küsimuses tuleb hagejate argument tagasi lükata, sest see põhineb vääral eeldusel. Nagu nähtub vaidlustatud otsuse põhjendustest 477–489, lükkas komisjon andmed Telefónica kliendilepingute tegeliku keskmise kehtivuse kohta tagasi esiteks seetõttu, et Telefónica abonentlepingute keskmine kehtivus oli suure tõenäosusega pikem kui see, mis ta peaks olema vaba konkurentsiga turul, teiseks seetõttu, et kestus, mille pakkus välja Telefónica, oli vastuolus tema enda kinnitustega, mille kohaselt iseloomustasid jaeturgu suhteliselt madalad teenuse pakkuja vahetamise kulud ja mille kohaselt oli tema abonentlepingute uuendamise määr (*churn rate*) [*konfidentsiaalne*]% kuus, mis vastab keskmisele kehtivusele [*konfidentsiaalne*] aastat, kolmandaks seetõttu, et Telefónica mudelit ei saanud kohaldada areneval turul, ja neljandaks seetõttu, et komisjoni poolt aluseks võetud kestus oli siseriiklike konkurentsiasutuste arvates maksimaalne kestus. Seetõttu ei tuginenud komisjon Telefónica äriplaanidele selleks, et lükata tagasi Telefónica välja pakutud keskmine kehtivus, vaid ta piirdus vaidlustatud otsuse põhjenduses 489 kinnitusega, et lõpuks valitud amortisatsiooniperiood oli [*konfidentsiaalne*] sellest, mis oli märgitud nimetatud plaanides, ning seega Telefónica eesotsam.
- 250 Kolmandaks, hagejad on seisukohal, et komisjoni teooria ei vasta Telefónica klientide tegelikule käitumisele, sest Telefónica abonentlepingute keskmine kehtivus ületab [*konfidentsiaalne*]. Hagejad kinnitavad selle kohta ainult, et üldtuntud statistikameetodite kohaldamine klientuuri lepingute keskmise kehtivuse hindamisel võimaldab saavutada arvu, mis ületab [*konfidentsiaalne*]. Kuid seda argumenti ei ole hagejate menetlusdokumentides selgitatud ega edasi arendatud ning selles viidatakse üldsõnaliselt lisatud majandusuuringu kümnele leheküljele. Seetõttu tuleb see argument tagasi lükata.
- 251 Neljandaks, hagejad väidavad, et komisjon oleks võinud teha valiku mõne muu amortisatsioonikriteeriumi kasutamise kasuks. Kuid nad piirduvad viitega võimalusele, sellest aga ei piisa, et tuvastada, et komisjon on amortisatsioonikriteeriumide valimisel teinud ilmse hindamisvea. See argument tuleb seega tagasi lükata.
- 252 Kolmandaks on hagejad seisukohal, et komisjon ülehindas võrgukulusid.
- 253 Esiteks, hagejad väidavad, et komisjon arvutas vääralt investeeringute bilansilise netomaksumuse, mis mõjutab Telefónica IP võrgu kapitali hinna arvutamist. Komisjon tunnistas kostja vastuses Telefónica väidetud arvutusvea tegemist. Ta kinnitab aga, et see viga ei mõjuta üldse hinnakruvi arvutust üleriigilise hulgitootte tasandil, et see ei muuda midagi DCF analüüsi tulemustes ja et sellel on „periood perioodilt” analüüsile vaid piiratud mõju, mis ei kahjusta tuvastatud asjaolu, et piirkondliku hulgitootte tasandil esines hinnakruvi. Repliigis ei viita hagejad enam argumentidele seoses komisjoni tehtud investeeringute bilansilise netomaksumuse arvutustega. Lisaks kinnitasid nad kohtuistungil, et komisjoni vea parandamine ei mõjuta käesoleva menetluse tulemust. Seetõttu ei tule seda argumenti uurida.
- 254 Teiseks, hagejad väidavad, et komisjon kohaldas liiga suurt kaalutud keskmise kapitali hinda (WACC), mis oli sama kogu uuritava perioodi vältel.
- 255 Tuleb meenutada, et kapitali hind on teoreetiline hind, mida ettevõtja peab maksma kasutatava kapitali saamiseks, mis kajastab ka tootlust, mida investorid loodavad saada ettevõtja tegevusse investeerimiselt (vaidlustatud otsuse põhjendus 383). Vaidlustatud otsuse põhjenduses 447 täpsustas komisjon, et kapitali hind arvutatakse tänu WACC-le, mida kasutas CMT TESAU lairibaühenduse sektori reguleerimisel ja mille Telefónica ise välja pakkus, väites, et ADSL-i sektori kulud olid riskantsemad võrreldes muude sektoritega. Nii määrati vaidlustatud otsuses WACC [*konfidentsiaalne*]%. See on WACC, mida kasutas ka Telefónica oma vastuses vastuväiteteatisele (vaidlustatud otsuse põhjendused 384, 385, 447 ja 451).
- 256 Kõigepealt väidavad hagejad sisuliselt, et ametlik WACC, mille CMT oli heaks kiitnud, ei ületanud kunagi määrat [*konfidentsiaalne*]%. Lisaks oli Telefónica äriplaanis aastate 2002–2011 osas kasutatud keskmine WACC [*konfidentsiaalne*]%. Nende argumentidega ei saa aga nõustuda, sest komisjon selgitas oma menetlusdokumentides, ilma et hagejad selles küsimuses oleksid talle vastu vaieldnud, et

WACC, millele viitab Telefónica, vastab keskmisele WACC-le, mis on arvatud mitte ainult Telefónica lairibaühenduse jaateenust, vaid ka tema tavatelefoniliiniga seotud teenuseid arvesse võttes. Lisaks tuleneb toimikust, et Telefónica ise arvab, et lairibaühenduse jaateenuse WACC on palju kõrgem ([*konfidentsiaalne*]) kui TESAU kogu tegevuse keskmine WACC. Samuti tuleb tagasi lükata hagejate argument, et lairibaühenduse teenust pakkuvate ettevõtjate hindamisel reguleerivate asutuste või analüütikute heaks kiidetud tootluse määr investeeritud kapitalilt ei ulatunud tasemeni, mille vaidlustatud otsuses võttis aluseks komisjon, sest need tootluse määrad ei käinud konkreetset ettevõtjate lairibaühenduse hulgi- ja jaateenuse kohta.

- 257 Edasi, hagejad on seisukohal, et CMT ei omistanud kunagi Telefónica tegevusele lairibaühenduse turul suuremat tootluse määra kui tema teistele tegevustele. Selle argumendiga ei saa aga nõustuda. Nimelt on vaidlustatud otsuses kasutatud WACC määr, mida kasutas ka CMT oma *retail minus*-mudelis, TESAU lairibaühenduse WACC määr eelneval turul, mida kinnitas CMT vastuseks komisjoni 18. novembri 2004. aasta teabenõudele. Sellest vastusest nähtub, et CMT eristas ühelt poolt kulule suunatud WACC-d ([*konfidentsiaalne*]), mida kasutati kaudse juurdepääsu teenuse hinna arvutamiseks, ja teiselt poolt WACC-d ([*konfidentsiaalne*]), mida kasutati *retail minus*-mudeli alusel fikseeritud hulgihindade arvutamiseks. Lisaks tunnistavad hagejad, et Telefónica ise kasutas vastuses vastuväiteteatisele WACC-d [*konfidentsiaalne*].
- 258 Lõpuks kinnitavad hagejad, et nende seisukohad seoses WACC-ga, mis esitati abonentliinile juurdepääsu pakumise raames 2002. aastal, ei õigusta seda, et neid kasutatakse kogu uuritava perioodi jooksul, kuna see pakumine tehti ajal, mil Telefónica tegi olulisi investeeringuid oludes, mis olid tehnoloogiliselt maksimaalselt ebakindlad ja kus oli olemas lairibaühenduse arendamise nõudlus. Kuid nagu märgib ka komisjon, ilma et hagejad oleksid talle selles küsimuses kohtuistungil vastu vaieldud, oli selle pakumise tegemise ajal 2002. aastal Telefónica lairibaühenduse tegevus juba kasumis.
- 259 Neljandaks leiavad hagejad, et komisjon võttis kaks korda arvesse mitut kuluartiklit [nimelt ISP (internetiteenuste pakkuja) platvormi ühekordsed kulud ja ADSL turu-uuringutega seotud kulud] ja et kuluartiklid olid aja jooksul tihti muutunud.
- 260 Esiteks, mis puudutab teatud kuluartiklite kahekordset arvessevõtmist, siis väidavad hagejad, et ISP platvormi soetamise kulu, mis on esitatud vaidlustatud otsuse tabelis 29, on juba esitatud kuluartiklis, mis vastab selle platvormi korduvkuludele, mida hõlmab vaidlustatud otsuse tabel 27. Lisaks on kaks korda arvesse võetud ka kulud, mis sisalduvad artiklis „Turuvaatlus”.
- 261 Selle kohta tuleb märkida, et vaidlustatud andmed, mis on esitatud vaidlustatud otsuse tabelites 27 ja 29, on kooskõlas nende andmetega, mille hagejad ise komisjonile vastuväiteteatise vastuses esitasid.
- 262 Lisaks tuleb märkida, et hagiavalduses piirdusid hagejad kinnitusega, et komisjon hindas Telefónica kulud vääralt, tuginedes seosetutele allikatele, ning nad viitavad ühe lisa neljale leheküljele. Repliigis leiavad nad, et ainus asi, mida nad teha saavad, on esitada uuesti selgitused, mis esitati kulude kohta juba hagiavalduses, ning nad viitavad selle lisa kolmele leheküljele. Tuleb toonitada, et oma menetlusdokumentides ei esita hagejad mingit seletust kuluartiklite väidetava kahekordse arvessevõtmise kohta. Komisjon märgib omalt poolt, et tabelis 27 esitatud kulud on korduvkulud ning tabelis 29 esitatud kulud on ühekordsed kulud. Kui hagejatelt selle kohta kohtuistungil küsiti, vastasid nad, et komisjon kasutas Telefónica tulemustabelites esitatud andmeid, kuid nendes ei tehtud vahet korduvkulude ja ühekordsete kulude vahel. Kuid Üldkohtu toimikus olevad dokumendid, millele hagejad kohtuistungil oma seisukohtade toetamiseks otseselt viitasid, on pärit dokumendist „Economics ADSL”, mis on Telefónica analüüs tema jaategevuse kulude ja tulude kohta. Vaidlustatud otsuse põhjendusest 407 nähtub selgelt – ja hagejad ei vaidle sellele vastu –, et see dokument on analüüs, „mis põhineb [Telefónica] enda poolt antud hinnangul võrguga mitteseotud maksumuse täiendkulu kohta (abonentide soetusmaksumus ja ISP-dele makstavad korduvad tasud)” ja et seega ei hõlmanud selles uuringus esitatud ISP platvormi kulu ühekordseid kulud. Mis puudutab vaidlustatud

otsuse tabelis 27 esitatud „turuvaatluse” korduvkulude väidetavat kahekordset arvessevõtmist, sest see sisaldub juba samas tabelis esitatud „muudes tootmiskuludes”, siis tuleb märkida, et seda teesi ei ole põhjendatud. Seega ei ole hagejate argument tulemuslik.

263 Teiseks, mis puudutab argumenti, et kuluartiklid ei olnud aja jooksul samad, siis tuleb märkida, et Telefónica ei ole esitanud 2001. aasta ühikkulusid, kuigi komisjon seda palus (joonealune märkus nr 464). Seega ei teinud komisjon ilmset hindamisviga, määrates Telefónica 2001. aasta kulud kindlaks tema käsutuses olevate raamatupidamisandmete alusel või nende puudumisel hinnangute alusel, mis olid esitatud kas dokumendis „Economics ADSL” või puudutatud ettevõtja tulemustabelites. Hagejad ei ole sellele lähenemisele vastu vaieldnud ka vastuväiteteatise vastuses või faktiliste asjaolude kirjas. Seega ei saa nende argumendiga nõustuda.

264 Arvestades eespool esitatud arutluskäiku, tuleb viienda väite esimese osa kolmas põhiargument tervikuna tagasi lükata, ilma et tuleks võtta seisukohta küsimuses, milline oli väidetavate vigade mõju hinnakruvi arvutusele.

265 Seega tuleb viienda väite esimene osa tervikuna tagasi lükata.

Viienda väite teine osa, mille kohaselt ei ole komisjon õiguslikult piisavalt tõendanud uuritava tegevuse tõenäolist või tegelikku mõju

266 Käesoleva väite osas kinnitavad hagejad, et komisjon ei ole õiguslikult piisavalt tõendanud Telefónica tegevuse tõenäolist või tegelikku mõju.

267 Eespool punktis 170 meenutatud kohtupraktikast tuleneb, et kuna EÜ artikkel 82 keelab turgu valitseva seisundi kuritarvitamise, kuivõrd see võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust, siis puudutab nimetatud artikkel turu puhul, kus turgu valitseva ettevõtja tegutsemise tulemusel on konkurents juba nõrgenenud, turgu valitseva ettevõtja sellist tegevust, mis võib takistada veel turul olemas oleva konkurentsi säilimist või konkurentsi arengut vahenditega, mis erinevad nendest vahenditest, mida kasutatakse ettevõtjate pakkumiste alusel toimivas kaupade või teenuste tavapärasel konkurentsis.

268 Mõju, millest kõneleb eelmises punktis viidatud kohtupraktika, ei pruugi tingimata puudutada etteheidetud kuritarvitava tegevuse tegelikku mõju. EÜ artikli 82 rikkumise kindlakstegemiseks piisab, kui tõendada, et turgu valitsevas seisundis ettevõtja kuritarvitav tegevus võib konkurentsi piirata ehk teisisõnu, et sellel on või võib olla niisugune mõju (Üldkohtu 30. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-203/01: Michelin vs. komisjon, EKL 2003, lk II-4071, punkt 239; 17. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-219/99: British Airways vs. komisjon, EKL 2003, lk II-5917, punkt 293, ja eespool punktis 58 viidatud kohtuotsus Microsoft vs. komisjon, punkt 867). Seetõttu peab hinnakujundusel olema turul konkurentsivastane mõju, kuid see mõju ei pea olema tingimata tegelik, vaid piisab, kui tõendada, et konkurentsivastane mõju on turgu valitseva ettevõtjaga vähemalt sama tõhusate konkurentide turult väljatõrjumise näol võimalik (eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 64).

269 Euroopa Kohtu praktikast tuleneb ka, et selle tuvastamiseks, kas turgu valitsevas seisundis olev ettevõtja kuritarvitas oma hinnakujundusega seda seisundit, tuleb hinnata kõiki asjaolusid ja uurida, kas hinnakujundus teeb võimatuks või piirab ostja võimalust valida oma tarneallikaid, takistab konkurentide pääsemist turule, rakendab kaubanduspartneritele võrdväärsete tehingute puhul erinevaid tingimusi, pannes nad seega ebasoodsasse konkurentsiolukorda, või tugevdab turgu valitsevat seisundit konkurentsi kahjustamisega (vt eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 175, ja eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 28 ja seal viidatud kohtupraktika).

- 270 Kuna EÜ artiklit 82 ei kohaldata mitte ainult tegevusele, millega võidakse tarbijale otsest kahju tekitada, vaid ka tegevusele, millega tarbijale tekitatakse kahju tõhusat konkurentsi kahjustades, on turgu valitsevas seisundis oleval ettevõtjal eriline kohustus mitte kahjustada oma tegevusega tõhusat ja moonutamata konkurentsi ühisturul (vt eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus *Deutsche Telekom vs. komisjon*, punkt 176 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 271 Sellest järeldub, et muu hulgas keelab EÜ artikkel 82 turgu valitseval ettevõtjal kohaldada hindu, mille võib olla sama tõhusate olemasolevate või potentsiaalsete konkurentide jaoks väljatõrjuv mõju, st hindu, mis võivad muuta viimati nimetatute jaoks turulepääsu ning teiste lepingupoolte jaoks eri tarneallikate või kaubanduspartnerite vahel valimise raskeks või isegi võimatuks, tugevdades seeläbi oma turgu valitsevat seisundit, kasutades muid vahendeid kui need, mis põhinevad toodete omaduste konkurentsil. Seda silmas pidades ei saa igasugust hinnakonkurentsi pidada õiguspäraseks (vt eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus *Deutsche Telekom vs. komisjon*, punkt 177 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 272 Esiteks, eespool esitatud kaalutlusi silmas pidades tuleb tagasi lükata hagejate argument, mille kohaselt ei olnud süüks pandud tegevuse alguse ja vaidlustatud otsuse vastuvõtmise vahelise perioodi pikkust arvestades tõenäolise mõju test sobiv, sest komisjonil oli piisavalt aega, et tõendada asjassepuutuva tegevusega seotud väidetava konkurentsivastase mõju tegelikku avaldumist. Seda argumenti ei toeta absoluutselt ka kohtupraktika.
- 273 Teiseks, tagasi tuleb lükata hagejate argument, mis tugineb Üldkohtu 25. oktoobri 2002. aasta kohtuotsusel T-5/02: *Tetra Laval vs. komisjon* (EKL 2002, lk II-4381, punkt 153) ja mille kohaselt oleks komisjon isegi tõenäolise mõju analüüsile tuginedes pidanud tuvastama, et Telefónica tegevusel oli „väga tõenäoliselt” negatiivne mõju konkurentidele ja tarbijatele. Nimelt tehti see kohtuotsus koondumise kontrolli puudutavas kohtuasjas, milles Üldkohus tuvastas, et komisjonil tuleb keelata konglomeraadi tüüpi koondumine, kui ta oma prognoosivas analüüsis „[sai] teha järelduse, et konglomeraadimõju tõttu, mille ta [tuvastas], võib väga tõenäoliselt turgu valitsev seisund lühikese ajaga tekkida või tugevneda ja et selle tulemusel oleks tõhus konkurents ühisturus märkimisväärselt takistatud”. Nagu märkis Euroopa Kohus eespool punktis 71 viidatud kohtuotsuses komisjon *vs. Tetra Laval* (punktid 42 ja 43), tuleb turgu valitseva seisundi tekkimise või tugevnemise prognoosivas analüüsis, nagu tuleb läbi viia koondumiste kontrolli valdkonnas, olla väga põhjalik, sest uurida ei tule minevikus aset leidnud sündmusi, mille kohta leidub tihti rohkelt asjaolusid, mis aitavad nende põhjuseid mõista. Kuid selline olukord ei ole võrreldav käesoleva asjaga.
- 274 Kolmandaks, arvestades eespool punktis 268 meenutatud kohtupraktikat, tuleb kontrollida hagejate etteheidet, et komisjoni järeldused Telefónica tegevuse tõenäolise mõju kohta on täiesti teoreetilised ja põhjendamata.
- 275 Tuleb märkida, et Telefónica tegevuse tõenäolist mõju uuriti vaidlustatud otsuse põhjenduses 545–563. Esiteks tuvastas komisjon nendes põhjendustes, et see tegevus piiras tõenäoliselt ADSL operaatorite võimet jaeturul püsivalt suureneda. Kõigepealt, et seda järeldust põhjendada, viitas ta asjaolule, et ADSL operaatorid pidid klientide saamiseks kohaldama hindu, mis olid väiksemad Telefónica jaehindadest. Ta toonitas, et sellest tekkis kahju, mis ei olnud vaba konkurentsi turul mõistliku aja jooksul tagasi teenitav (vaidlustatud otsuse põhjendus 546). Ta tugines selles küsimuses muu hulgas vaidlustatud otsuse põhjendustes 251–253 tuvastatule. Edasi, viidates vaidlustatud otsuse põhjendustes 223–242 järeldatule, asus ta seisukohale, et jaeturu ADSL-i konkurentidel ei olnud elujõulist alternatiivset sisendit. Ta viitas seega alternatiivsete operaatorite Telefónica hulgitootest sõltuvuse suhtele (vaidlustatud otsuse põhjendused 547 ja 548). Seetõttu tuvastas ta, et Telefónica tegevus muutis tõenäoliselt keeruliseks sama tõhusate konkurentide alalise püsijäämise turul ja et Telefónica võis oma tegevusega panna alternatiivsed operaatorid otsima tasakaalu tulususe ja turuosa suurendamise vahel, piirates nii talle avaldatavat konkurentsivõimet (vaidlustatud otsuse

- põhjendused 549–552). Teiseks asus komisjon seisukohale, et Telefónica tegevus oli tõenäoliselt kahjustanud lõpptarbijaid, kuna konkurents, mida hinnakruvi abil piirati, oleks võinud jaehindu alandada (vaidlustatud otsuse põhjendused 556–559).
- 276 Vaidlustatud otsuse põhjendustes 545–563 esitatud komisjoni järeldusi ei saa pidada „puhtalt teoreetilisteks” või ebapiisavalt põhjendatuks. Vastupidi, need tõendavad õiguslikult piisavalt võimalikke piiranguid, mida Telefónica hinnakujundus võis põhjustada konkurentsi määrale jaeturul. Nii järeldas komisjon ilmset hindamisviga tegemata, et Telefónica tegevus tugevdas tõenäoliselt turule sisenemise tõkkeid ja sellel laienemist ning et hinnakruvi tekitatud moonutuse puudumisel oleks konkurents jaeturul olnud tõenäoliselt elavam, mis oleks tarbijatele olnud soodsam hinna, valiku ja innovatsiooni seisukohast.
- 277 Hagejate esitatud argumendid, millega tahetakse seda järeldust kahtluse alla seada, ei ole tulemuslikud.
- 278 Nii tuleb tagasi lükata hagejate argument, mille kohaselt komisjoni kasutatud hinnakruvi test ei puutu kriteeriumidesse, mille alusel teevad alternatiivsed operaatorid jaeturul strateegilisi otsuseid.
- 279 Esiteks, mis puudutab argumenti, et sama tõhus konkurent kui Telefónica ei võtaks oma strateegilisi otsuseid vastu ainult oma vara eluea alusel, vaid ka uude infrastruktuuri tehtavate investeeringute tagasiteenimiseks ja klientuuri saamiseks vajaliku perioodi alusel, siis tuleb märkida, nagu teeb ka komisjon, et kuritarvituse konkurentsivastase mõju tõendamisel tuginetakse suurel määral sellisele kavandatud tegevusele, millel on kalduvus suurendada konkurentide turule sisenemise kulusid ja lükata edasi nende rentaablusväljavaateid, muutes just keerulisemaks oma kliendibaasi moodustamise, mis õigustaks enda infrastruktuuri kasutuselevõttu. Niisugune olukord mõjutab paratamatult Telefónica konkurentide ja uute potentsiaalsete turule sisenejate strateegilisi otsuseid, tegevust turul ja tulemusi.
- 280 Teiseks tuleb kõrvale jätta hagejate argumendid, millega tahetakse näidata, et komisjoni analüüsis ei ole arvesse võetud asjaolu, et Telefónica konkurendid võisid kasutada niisuguseid konkurentsistrateegiaid nagu jaeturule sisenemine enda infrastruktuuri või enda ja Telefónica infrastruktuuri kombinatsiooni kasutades või agressiivset konkurentsi pakkudes, mis võimaldaks neil investeeringutega järk-järgult edasi minna. Kõigepealt, mis puudutab hagejate argumenti, et alternatiivne operaator optimeeriks oma investeeringuid sellega, kui ta ehitaks oma infrastruktuuri välja ainult tulusates geograafilistes piirkondades, siis tuleb märkida, et niisuguse eelduse korral peaks see operaator hüvitama Hispaania territooriumi teatud piirkondades kantava kahju tuluga, mille ta teenib teistes piirkondades. Edasi, tagasi tuleb lükata ka argument, mille kohaselt ei ole kuigi suured investeeringud, mille alternatiivsed operaatorid teevad oma võrku, seda enam, et nad kasutaksid hulgitoodete optimaalset kombinatsiooni. Nimelt, nagu on meenutatud eespool punktis 117, toob enda infrastruktuuri väljaehitamine kaasa olulisi kulusi. Lisaks, nagu on mainitud eespool punktis 130, ei ole tõeseks osutunud, et kasutatakse hulgitoodete kombinatsiooni. Lõpuks tuleb eespool punktis 196 esitatud põhjustel tagasi lükata argument, et mastaabiinvesteeringute teooria ei nõua, et kõik turutasemed oleksid kättesaadavad.
- 281 Lisaks tuleb tagasi lükata hagejate etteheide, et komisjon on vaidlustatud otsuses tähelepanuta jätnud kaabliteenuse pakkujate konkurentsisureve jaeturul. Nimelt uuris komisjon seda aspekti mitte ainult vaidlustatud otsuse osas, mis puudutas Telefónica tegevuse tõenäolist mõju (vaidlustatud otsuse põhjendused 559 ja 560), vaid ka selle otsuse põhjendustes 268–276, mis puudutasid jaeturu määratlust.
- 282 Arvestades kõiki eespool esitatud kaalutlusi, tuleb järeldada, et vaidlustatud otsuse põhjendustes 545–563 tõendas komisjon õiguslikult piisavalt võimalikke piiranguid, mida Telefónica hinnakujundus võis seada jaeturul pakkumise arenemisele ja seega konkurentsi määrale sellel turul.

283 Kuna EÜ artikli 82 rikkumise tuvastamiseks piisab sellest, et on tõendatud, et kuritarvitav tegevus võib konkurentsi piirata (vt eespool punkt 268) ja kuna väljakujunenud kohtupraktikast nähtub, et kui otsuse teatud põhjendused on juba iseenesest sellised, et nende alusel võib otsuse õiguslikult piisavalt põhjendatuks lugeda, siis ei mõjuta otsuse ülejäänud põhjendustes tehtud vead mingil juhul otsuse resolutsiooni (Üldkohtu 21. septembri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-87/05: EDP vs. komisjon, EKL 2005, lk II-3745, punkt 144; vt selle kohta ka Euroopa Kohtu 12. juuli 2001. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-302/99 P ja C-308/99 P: komisjon ja Prantsusmaa vs. TF1, EKL 2001, lk I-5603, punktid 26–29), siis tuleb süüks pandud rikkumise tuvastamise raames tulemusetuse tõttu tagasi lükata hagejate etteheited, mille kohaselt puuduvad tõendid Telefónica tegevusega turule avaldatava tegeliku mõju kohta.

284 Sellest tuleneb, et viienda väite teine osa tuleb tagasi lükata.

285 Seega tuleb viies väide tervikuna tagasi lükata.

g) Kuues väide, mille kohaselt on kohaldatud *ultra vires* EÜ artiklit 82 ning rikutud subsidiaarsuse, proportsionaalsuse, õiguskindluse, lojaalse koostöö ja hea halduse põhimõtet

286 Käesolev väide koosneb kolmest osast. Esimene osa puudutab EÜ artikli 82 *ultra vires* kohaldamist. Teine osa, mis on esitatud teise võimalusena, puudutab subsidiaarsuse, proportsionaalsuse ja õiguskindluse põhimõtte rikkumist. Lõpuks puudutab väite kolmas osa lojaalse koostöö ja hea halduse põhimõtte rikkumist.

Kuuenda väite esimene osa, mis puudutab EÜ artikli 82 *ultra vires* kohaldamist

287 Väite käesolevas osas leiavad hagejad, et komisjon on vaidlustatud otsuse vastuvõtmisel kohaldanud EÜ artiklit 82 oma volitusi ületades.

288 Selle väite osa vastuvõetavuse kohta, mille komisjon vaidlustab, tuleb märkida, et hagiavalduse tekstist nähtub, et väite käesolevas osas esitatud hagejate argumentidega soovitakse tõendada, et komisjon kohaldas EÜ artiklit 82 ületades talle konkurentsi valdkonnas antud volitusi. Repliigis kinnitasid hagejad ka, et erinevalt komisjoni viidatust ei väida nad, et võimu on kuritarvitatud. Kuna väite käesolevas osas soovitakse tõendada, et komisjon on asjas ületanud oma volitusi, tuleb see tunnistada vastuvõetavaks.

289 Mis puudutab väite käesoleva osa põhjendatust, siis esiteks tuleb tagasi lükata hagejate neljanda väite raames esitatud arutluskäigul põhinev argument, et komisjon jättis tähelepanuta EÜ artiklile 82 kohaldatavad õiguslikud kriteeriumid, kuna see argument, millega igal juhul ei soovita tõendada, et komisjon ületas oma volitusi, on põhjendamata (vt eespool punktid 169–197). Lisaks on EÜ artikli 82 kohaldamise seisukohast asjassepuutumatu asjaolu, et kuritarvitavat tegevust ei viidud läbi turul, mille hagejad kvalifitseerivad „instrumentaalseks” turuks, st „reguleerimiseks loodud” turuks, sest konkurentsiõigus kohaldub ka sellel turul (vt selle kohta Euroopa Kohtu 13. novembri 1975. aasta otsus kohtuasjas 26/75: General Motors Continental vs. komisjon, EKL 1975, lk 1367, punktid 4–10, ja 11. novembri 1986. aasta otsus kohtuasjas 226/84: British Leyland vs. komisjon, EKL 1986, lk 3263, punkt 5).

290 Teiseks, mis puudutab hagejate argumenti, et komisjon sekkus vaidlustatud otsuses Telefónica tegevusele hinnangu andmisel RRA pädevusse ja viitas õiguse üldnormides reguleeritud mõistetele, nagu „investeeringuteskaalad”, siis tuleb märkida, et hagejad piirduvad kinnitusega, et see mõiste, mille kasutamine EÜ artikli 82 kohaldamise kontekstis on täiesti põhjendamatu, ei väljenda Hispaania turu ega alternatiivsete operaatorite konkurentsistrateegiate arengut. Kuigi hagejad väidavad, et see mõiste on sätestatud õiguse üldnormides, mis ei kuulu konkurentsi valdkonda, ei selgita nad, kuidas selle majanduskontseptsiooni kasutamine komisjoni poolt selleks, et kirjeldada Hispaania lairibaühenduse

turu arengut alates telekommunikatsioonituru avamisest, tõendab, et komisjon ületas oma volitusi või kohaldas EÜ artiklit 82 „reguleerimiseks”, mistõttu selle argumendiga ei saa nõustuda. Lisaks, nagu nähtub ka vaidlustatud otsuse põhjendusest 180, viitas Telefónica ise komisjonile 2. märtsil 2005 saadetud kirjas „investeeringuskaalade” kontseptsioonile, et kirjeldada Hispaania internetituru arengut alates 2001. aastast, ja kinnitas, et „Hispaania lairibaühenduse turg arene[s] investeeringuskaalade seisukohast loodetud rütmis”. Kuigi hagejad arvavad, et selle mõiste kasutamise tõttu jättis komisjon tähelepanuta, et alternatiivsed operaatorid kasutasid hulgi-toote optimaalset kombinatsiooni, või nagu tõendab Jazzteli näide, et nad võisid ja võivad teha olulisi investeeringuid ilma suure kliendibaasita, tuleb see argument – millega ei soovita ka tõendada, et komisjon on oma volitusi ületanud – tagasi lükata eespool punktides 120 ja 201–211 esitatud põhjustel.

- 291 Kolmandaks, hagejate poolt repliigis esitatud argumendi osas, mille kohaselt komisjonil oli „raamdirektiivi” artiklist 7 tulenev ühekordne ametlik sekkumise võimalus, mis andis talle õiguse sekkuda sellises olukorras, nagu esines käesolevas asjas, ja ilma et tuleks lahendada selle argumendi vastuvõetavuse küsimust, mille komisjon vaidlustab, tuleb asuda seisukohale, et see argument ei ole põhjendatud.
- 292 Tuleb toonitada, et „raamdirektiivi” artikli 1 lõikes 1 on sätestatud, et sellega „kehtestatakse elektrooniliste sideteenuste, elektrooniliste sidevõrkude ja nendega seotud vahendite ja teenuste reguleerimise ühtlustatud raamistik[,] [...] sätestatakse [RRA] kohustused ja kehtestatakse kord reguleeriva raamistiku ühtse kohaldamise tagamiseks kogu ühenduses”. Samuti tuleb märkida, et liidu seadusandja soovis „raamdirektiivi” eesmärkide saavutamiseks anda RRA-dele keske rolli, nagu näitavad direktiivi õiguslik vorm – arvestades, et selle adressaat on ainult liikmesriigid –, selle ülesehitus, mis hõlmab kahte peatükki peakirjadega „[RRA]” (II peatükk: artiklid 3–7) ja „[RRA] ülesanded” (III peatükk: artiklid 8–13), ning RRA-dele antud täpsed volitused. „Raamdirektiivi” artiklis 7 on kirjeldatud komisjoni ja RRA-de osalust elektroonilise side siseturu konsolideerimises ning direktiivi eesmärk on vastavalt selle põhjendusele 15 „taga[da], et riigi tasandil tehtud otsused ei kahjusta ühtset turgu ega muid asutamislepingu eesmäärke”.
- 293 Sellise meetme olemasolu ei piira seega määruse nr 17 artikli 3 lõikest 1 ja alates 1. maist 2004 määruse nr 1/2003 artikli 7 lõikest 1 tulenevaid komisjoni otseseid volitusi EÜ artiklite 81 ja 82 rikkumiste tuvastamiseks (vt selle kohta eespool punktis 69 viidatud 10. aprilli 2008. aasta kohtuotsus *Deutsche Telekom vs. komisjon*, punkt 263). Seega on EÜ asutamislepingus sisalduvate konkurentsieeskirjade eesmärk täiendada hilisema kontrollimise kaudu liidu seadusandja poolt sideturgude reguleerimiseks eelnevalt vastu võetud õiguslikku raamistikku (eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus *Deutsche Telekom vs. komisjon*, punkt 92).
- 294 Lisaks ei saa hagejad väita, et komisjon pidi vastavalt „raamdirektiivi” artiklile 7 kontrollima CMT võetud regulatiivseid meetmeid. Nagu komisjon on menetlusdokumentides selgitanud, teatati talle nimetatud artiklis ette nähtud menetlust järgides ainult 2006. aasta juunis võetud meetmetest, mis toimus pärast seda, kui CMT hakkas rakendama „raamdirektiivi” ja komisjoni suuniseid turuanalüüsi ja märkimisväärse turujõu hindamise kohta vastavalt elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühenduse reguleerivale raamistikule (EÜT 2002, C 165, lk 6) (edaspidi koos „2002. aasta reguleeriv raamistik”).
- 295 Sellest tuleneb, et kuuenda väite esimene osa tuleb tagasi lükata.

Kuuenda väite teine osa, mille kohaselt on rikutud subsidiaarsuse, proportsionaalsuse ja õiguskindluse põhimõtet

- 296 Selle väite teises osas kinnitavad hagejad, et isegi kui eeldada, et komisjon võib kasutada EÜ artiklit 82 regulatiivsetel eesmärkidel – mida ta ei ole teinud –, on komisjoni sekkumine käesolevas asjas vastuolus subsidiaarsuse, proportsionaalsuse ja õiguskindluse põhimõttega, kuna ta sekkuks põhjendamatuult CMT volituste teostamise.

- 297 Peab meeles pidama, et subsidiaarsuse põhimõte on sätestatud EÜ artikli 5 teises lõigus ning seda on täpsustatud asutamislepingule lisatud protokolliga subsidiaarsuse ja proportsionaalsuse põhimõtete kohaldamise kohta, mille kohaselt valdkondades, mis ei kuulu ühenduse ainupädevusse, võtab ühendus kooskõlas subsidiaarsuse põhimõttega meetmeid ainult niisuguses ulatuses ja siis, kui liikmesriigid ei suuda täielikult saavutada kavandatava meetme eesmärke ning seetõttu võib neid kavandatava meetme ulatuse või toime tõttu paremini saavutada ühenduse tasandil. Kõnesoleva protokolli artiklis 5 on ära toodud ka juhised, mis puudutavad nende tingimuste täidetuse kontrollimist.
- 298 Nimetatud protokolli punktis 3 on täpsustatud, et subsidiaarsuse põhimõte ei muuda küsitavaks asutamislepinguga ühendusele antud volitusi, nagu neid tõlgendab Euroopa Kohus. Seega ei sea see põhimõte kahtluse alla EÜ asutamislepinguga komisjonile antud volitusi, mille hulka kuulub ka siseturu toimimiseks vajalike konkurentsieeskirjade kohaldamine (EÜ artikli 3 lõike 1 punkt g), mis on sätestatud EÜ artiklites 81 ja 82 ning mille rakendusaktideks määrus nr 17 ja alates 1. maist 2004 määrus nr 1/2003 (vt selle kohta Üldkohtu 8. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas T-339/04: France Télécom vs. komisjon, EKL 2007, lk II-521, punktid 88 ja 89).
- 299 Arvestades eespool punktis 293 esitatud arutluskäiku, ei saanud Telefónica olla mitte teadlik sellest, et telekommunikatsioonialaste Hispaania õigusnormide järgmine ei kaitse teda komisjoni võimaliku sekkumise eest EÜ artikli 82 alusel, seda enam, et 2002. aasta reguleeriva raamistiku mitu õiguslikku meetet nägid ette RRA ja konkurentsiasutuste paralleelsete menetluste võimaluse (vt selle kohta „raamdirektiivi” artikli 15 lõige 1 ja komisjoni suuniste turuanalüüsi ja märkimisväärse turujõu hindamise kohta vastavalt elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühenduse reguleerivale raamistikule punktid 28, 31 ja 70).
- 300 Sellest tuleneb, et 2002. aasta reguleeriva raamistiku alusel RRA vastu võetud otsused ei võta komisjonilt tema pädevust sekkuda hilisemas staadiumis, et kohaldada EÜ artiklit 82 määruse nr 17 ja alates 1. maist 2004 määruse nr 1/2003 alusel. Lisaks ei kohusta nimetatud raamistiku ükski säte komisjoni tuvastama, et esinevad erilised asjaolud, mis sel juhul õigustaks sekkumist, nagu väidavad hagejad. Seetõttu tuleb tagasi lükata hagejate argument, mille kohaselt sisuliselt ei peaks komisjon ega ka siseriiklikud konkurentsiasutused analüüsima konkurentsioiguse aspektist tegevust, millele kohaldatakse sarnaste eesmärkidega regulatiivseid meetmeid.
- 301 Kõigepealt ei ole CMT konkurentsiasutus, vaid reguleeriv asutus, ning ta ei ole kunagi sekkunud selleks, et nõuda EÜ artikli 82 järgimist ega võtnud vastu otsuseid, mis puudutaksid vaidlustatud otsusega karistatud tegevusi (vaidlustatud otsuse põhjendused 678 ja 683). Isegi kui eeldada, et CMT oli kohustatud uurima Telefónica tegevuse vastavust EÜ artiklile 82, ei takista see komisjoni tuvastamast talle süüks pandud rikkumist. Nimelt ei saa komisjon olla seotud otsusega, mille on EÜ artikli 82 alusel vastu võtnud siseriiklik ametiasutus (vt selle kohta eespool punktis 69 viidatud 10. aprilli 2008. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 120).
- 302 CMT kinnitas ka mitu korda, et tal puudus teatud teave, mis oli vajalik selleks, et uurida Telefónica hindade hinnakruvi seoses lairibaühenduse jae- ja hulgiuurdepääsuga piirkondlikul tasandil (vt muu hulgas põhjendused 494, 495, 509 ja 511).
- 303 Lõpuks, vaidlustatud otsuse põhjenduse 494 kohaselt oli CMT prognoosivates otsustes kasutatud kulumudel, mille eesmärk oli tagada hinnakruvi puudumine, EÜ artikli 82 kohaldamiseks samuti sobimatu, sest esiteks ei põhinenud see Telefónica aja jooksul tekkinud kulude osas hiljutiste hinnangutele, vaid hinnangutele, mille olid andnud sõltumatud nõustajad teabe alusel, mille äriühing oli esitanud 2001. aasta oktoobris, ja teiseks alahinnati nimetatud nõustajate kasutatud kulumodelis Telefónica järelturu võrgu lisakulu ega võetud arvesse Telefónica sooduskampaaniate kulusid. Samuti tuleb tagasi lükata argumentid, mille kohaselt näitas CMT üles erilist aktiivsust Telefónica hinnapoliitika suhtes ja tegutses mitmel korral tagantjäre, reguleerides ja kontrollides Telefónica hinnapoliitikat alates Hispaania lairibaühenduseturu arengu esimestest etappidest.

- 304 Seda tausta arvestades tuleb tagasi lükata ka hagejate argument, mille kohaselt komisjon ei ole EÜ artikli 82 alusel volitatud uurima RRA-de tegevust, kui ei ole tõendatud, et nad ei tegutsenud oma pädevuse piires või on tegutsenud selgelt vääralt. Nimelt ei uurinud komisjon vaidlustatud otsuses EÜ artikli 82 seisukohast CMT, vaid Telefónica tegevust.
- 305 Seega ei ole subsidiaarsuse põhimõtte rikkumine tõendatud.
- 306 Proportsionaalsuse ja õiguskindluse põhimõtete väidetava rikkumise osas ei tõenda hagejad, kuidas neid põhimõtteid on rikutud. Nad piirduvad viitega õiguskindluse põhimõtte rikkumisele komisjoni sekkumise tõttu EÜ artikli 82 alusel, kuigi nad ei seadnud kahtluse alla CMT tegevust. Nimelt võis Telefónica olla kindel, et kui ta järgib kehtivat õiguslikku raamistikku, vastab tema tegevus liidu õigusele. Kuid see argument tuleb tagasi lükata eespool punktides 299–304 esitatud põhjustel.
- 307 Lõpuks, mis puudutab hagejate argumenti, et komisjon oleks pidanud Hispaania Kuningriigi vastu esitama liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi EÜ artikli 226 alusel, kui ta oli jõudnud järeldusele, et CMT kui liikmesriigi organi otsused ei võimaldanud vältida hinnakruvi ning seetõttu ei järginud 2002. aasta reguleerivat raamistikku, siis tuleb märkida, et komisjon ei teinud vaidlustatud otsuses niisugust järeldust. Isegi kui oletada, et CMT rikkus liidu õigusnormi ja komisjon oleks sel alusel võinud algatada Hispaania Kuningriigi vastu liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse, ei mõjutaks niisugused sündmused kuidagi vaidlustatud otsuse seaduslikkust. Komisjon piirdus selles otsuses üksnes tõdemusega, et Telefónica on rikkunud EÜ artiklit 82, sätet, mis ei puuduta liikmesriike, vaid üksnes ettevõtjaid (vt selle kohta eespool punktis 69 viidatud 10. aprilli 2008. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 271). Vastavalt Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikale on ka EÜ artikliga 226 kehtestatud korra kohaselt komisjonil kaalutusõigus otsustada, kas ta esitab liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi, ning liidu kohtutel puudub pädevus hinnata, millistel juhtudel on selle õiguse kasutamine otstarbekas (eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 47).
- 308 Sellest tuleneb, et kuuenda väite teine osa tuleb tagasi lükata.

Kuuenda väite kolmas osa, mille kohaselt on rikutud lojaalse koostöö ja hea halduse põhimõtet

- 309 Kõigepealt tuleb meenutada, et EÜ artiklis 10 sätestatud lojaalse koostöö kohustus on nii oma pädevuse piires tegutsevatel liikmesriigi ametiasutustel kui ka ühenduse institutsioonidel, kellel on vastastikune kohustus teha liikmesriikidega lojaalset koostööd (Euroopa Kohtu 13. juuli 1990. aasta määrus kohtuasjas C-2/88 IMM: Zwartveld jt, EKL 1990, lk I-3365, punkt 17; vt Euroopa Kohtu 22. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-94/00: Roquette Frères, EKL 2002, lk I-9011, punkt 31 ja seal viidatud kohtupraktika). Niisugune koostöö on iseäranis oluline juhul, kui liidu ja liikmesriigi ametiasutused peavad nii nagu käesolevas asjas oma vastavate pädevuste kooskõlastamise teel kaasa aitama asutamislepingu eesmärkide saavutamisele (eespool viidatud kohtuotsus Roquette Frères, punkt 32).
- 310 Erinevalt sellest, mida väidavad hagejad, kaasati CMT tegelikult haldusmenetlusse, mille alusel võeti vastu vaidlustatud otsus. Esiteks saatis komisjon talle kolm teabenõuet, vastavalt 18. novembril 2004, 17. detsembril 2004 ja 17. jaanuaril 2005. Teiseks edastas komisjon talle 24. mail 2006 vastuväiteteatise mittekonfidentsiaalse versiooni. Ta teavitas CMT-d ka asjaolust, et viimasel oli soovi korral võimalik talle vastuväiteteatise kohta esitada oma kirjalik kommentaar või esitada ärakuulamisel suuliselt märkusi või küsimusi. CMT aga ei esitanud ühtegi kirjalikku märkust. Kolmandaks, mitu CMT esindajat osales 12. ja 13. juuni 2006. aasta ärakuulamisel ning CMT võttis seal ka suuliselt sõna. Neljandaks, 26. juunil 2006 vastas CMT ka kirjalikult reale küsimustele, mille kaebuse esitaja ärakuulamisel esitas. Viiendaks, hagejad ei vaidle vastu komisjoni väitele, mille kohaselt kohtusid toimikuga tegelenud meeskonna liikmed korduvalt CMT-ga, et uurimisest kõnelda. Kuuendaks,

hagejad ei vaidlusta komisjoni väiteid, et mitu CMT esindajat kohtus temaga 14. juunil 2007 ning esitasid vaidlustatud otsuse teatavate põhjenduste sõnastuse kohta märkusi, mis võeti arvesse määruse nr 1/2003 artiklis 14 ette nähtud nõuandekomitee teise koosoleku tarbeks. CMT ei esitanud selles osas täiendavaid märkusi. Lisaks osales üks CMT ekspert nimetatud nõuandekomitee koosolekul, mis toimus 15. juunil 2007.

- 311 Nõustuda ei saa hagejate argumendiga, et komisjoni poolt CMT-le saadetud teabenõuded olid tehnilist laadi ega puudutanud Telefónicale süüks pandud vastuväiteid, väidetavate asjassepuutuvate turgude tegelikku olukorda, hinnakruvi testi tegemise meetodit või ka võimaliku hinnakruvi olemasolu. Nimelt ei esitanud CMT vaatamata komisjoni asjakohasele palvele komisjonile kirjalikke märkusi vastuväiteteatise kohta ega täpsemalt komisjoni esialgse hinnangu kohta eespool nimetatud küsimustes, nagu need olid esitatud nimetatud teatise punktides 142–250 ja 358–469.
- 312 Samuti peab seoses komisjoni poolt EÜ artiklite 81 ja 82 kohaldamise menetlustes tekkivate suhetega meeles pidama, et EÜ artiklist 10 tuleneva ning komisjonile tema suhetes liikmesriikidega kohustuslikuks oleva lojaalse koostöö põhimõtte rakendamise korda on muu hulgas täpsustatud määruse nr 1/2003 IV peatüki „Koostöö” artiklites 11–16. Kuid nendes sätetes ei ole *expressis verbis* ette nähtud komisjoni kohustust konsulteerida RRA-dega.
- 313 Hagejad ei saa seda tausta arvestades ka väita, et vastuväiteteatise saatmine CMT-le ja tema ärakuulamisele kutsumine toimus hilinemisega, pärast seda, kui komisjon oli juba kujundanud arvamuse Telefónica tegevuse väidetava õigusvastasuse kohta. Nimelt lisaks sellele, et vastuväiteteatis on ettevalmistav dokument, mille hinnangud on üksnes esialgsed ja mõeldud haldusmenetluse eseme piiritlemiseks selle menetluse keskmes oleva ettevõtja jaoks (Euroopa Kohtu 7. juuni 1983. aasta otsus liidetud kohtuasjades 100/80-103/80: *Musique Diffusion française jt vs. komisjon*, EKL 1983, lk 1825, punkt 14; eespool punktis 69 viidatud kohtuotsus *Aalborg Portland jt vs. komisjon*, punkt 67, ja eespool punktis 83 viidatud kohtuotsus *Prym ja Prym Consumer vs. komisjon*, punkt 40), on juba eespool punktis 310 märgitud, et komisjon saatis CMT-le selle teatise ärakirja 24. mail 2006 ehk enam kui aasta enne vaidlustatud otsuse vastuvõtmist.
- 314 Arvestades eespool toodud kaalutlusi, ei saa seega asuda seisukohale, et komisjon on käesolevas asjas rikkunud oma lojaalse koostöö kohustust. Kuna hagejate argument hea halduse põhimõtte rikkumise kohta põhineb ainult nimetatud kohustuse rikkumisel, tuleb ka see argument tagasi lükata.
- 315 Seega tuleb käesoleva väite kolmas osa tagasi lükata.
- 316 Järelikult tuleb kuues väide tervikuna tagasi lükata ning seega ka tervikuna tagasi lükata esmajärjekorras esitatud nõue, milles palutakse vaidlustatud otsus tühistada.

2. Teise võimalusena esitatud nõue, milles palutakse trahv tühistada või selle summat vähendada

- 317 Et põhjendada nõuet, milles hagejad paluvad trahv tühistada või selle summat vähendada, esitavad nad kaks väidet. Esimene väide puudutab faktivigu ja faktide hindamise vigu, õigusnormi väärkohaldamist, määruse nr 17 artikli 15 lõike 2 ja määruse nr 1/2003 artikli 23 lõike 2 rikkumist ning õiguskindluse ja õiguspärase ootuse põhimõtte rikkumist. Teine väide, mis on esitatud teise võimalusena, puudutab faktivigu ja õigusnormi väärkohaldamist ning proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise, karistuste individualiseerimise ja põhjendamiskohustuse rikkumist trahvisumma kindlaksmääramisel.

- a) Esimene väide, mille kohaselt on tehtud faktivigu ja faktide hindamise vigu, kohaldatud väärtalt õigusnormi, rikutud määruse nr 17 artikli 15 lõiget 2 ja määruse nr 1/2003 artikli 23 lõiget 2 ning õiguskindluse ja õiguspärase ootuse põhimõtet
- 318 Käesolevas väites seavad hagejad kahtluse alla komisjoni järelduse, et esiteks tegutses Telefónica rikkumise perioodil tahtlikult õigusvastaselt või vähemalt esines tema raske hooletus, ja teiseks oli Telefónica rikkumine „selge kuritarvitamine”, mille sarnaseid rikkumisi on juba varem toime pandud (vaidlustatud otsuse põhjendused 720–736).
- 319 Esiteks, mis puudutab küsimust, kas rikkumine pandi toime tahtlikult või hooletuse tõttu ja kas järelikult võib selle eest määruse nr 17 artikli 15 lõike 2 esimese lõigu alusel ja alates 1. maist 2004 määruse nr 1/2003 artikli 23 lõike 2 alusel trahvi määrata, siis tuleneb väljakujunenud kohtupraktikast, et see tingimus on täidetud, kui ettevõtjale ei saanud olla teadmata tema tegevuse konkurentsivastane laad, olenemata sellest, kas ta oli teadlik sellest, et ta rikub asutamislepingu konkurentsieeskirju (vt Üldkohtu 14. detsembri 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-259/02-T-264/02 ja T-271/02: Raiffeisen Zentralbank Österreich jt vs. komisjon, EKL 2006, lk II-5169, punkt 205, ja eespool punktis 69 viidatud 10. aprilli 2008. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 295 ja seal viidatud kohtupraktika; vt selle kohta ka Euroopa Kohtu 8. novembri 1983. aasta otsus liidetud kohtuasjades 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 ja 110/82: IAZ International Belgium jt vs. komisjon, EKL 1983, lk 3369, punkt 45; eespool punktis 111 viidatud kohtuotsus Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin vs. komisjon, punkt 107, ja eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 124).
- 320 Kohtupraktika kohaselt on ettevõtja teadlik oma tegevuse konkurentsivastasest laadist, kui ta on teadlik peamistest faktilistest asjaoludest, mis õigustavad nii turgu valitseva seisundi tuvastamist teatud turul kui ka komisjoni hinnangut selle seisundi kuritarvitamise kohta (vt selle kohta eespool punktis 111 viidatud kohtuotsus Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin vs. komisjon, punkt 107, ja eespool punktis 319 viidatud kohtuotsus Raiffeisen Zentralbank Österreich jt vs. komisjon, punktid 207 ja 210; vt ka kohtujurist Mazáki ettepanek eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsusele Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 39).
- 321 Esiteks selleks, et vaielda vastu komisjoni järeldusele, et Telefónica tegutses tahtlikult õigusvastaselt või et vähemalt esines raske hooletus, väidavad hagejad, et Telefónica ei olnud mõistlikult võimalik ette näha, et tema tegevust võib käsitada EÜ artikliga 82 vastuolus olevana turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks, arvestades kaubaturgude määratlust, mille olid eelnevalt andnud Hispaania konkurentsiasutused ja CMT ning mis erines vaidlustatud otsuses antud määratlusest, arvestades ka CMT kontrolli Telefónica hindade ja tegevuse üle rikkumise perioodil ja sel perioodil Telefónica piisava kaalutlusruumi puudumist, et otsustada oma hinnapoliitika üle.
- 322 Esimeses järjekorras tuleb tagasi lükata hagejate argument, et Telefónica ei saanud ette näha, et komisjon määratleb turu erinevalt võrreldes Hispaania ametiasutuste määratletuga.
- 323 Nimelt oleks Telefónica hoolsa ettevõtjana pidanud olema teadlik konkurentsiasjades turgude määratlemiseks kohaldatavatest põhimõtetest ja vajaduse korral pidanud pöörduma seda valdkonda tundva nõustaja poole, et konkreetseid asjaolusid arvestades piisava mõistlikkusega hinnata kindla teo tagajärgi. See kehtib eelkõige kutseala esindajate suhtes, kes on harjunud oma kutsetegevuses suuremat hoolsust üles näitama. Võib ka eeldada, et nad hindavad eriti hoolikalt oma tegevusega kaasnevaid riske (vt selle kohta eespool punktis 59 viidatud kohtuotsus Dansk Rørindustri jt vs. komisjon, punkt 219).
- 324 Lisaks ei saa informeeritud ettevõtja kahelda selles, et suure turuosa omamisel – mis ei ole küll tingimata ja alati ainus määrav tegur turgu valitseva seisundi esinemise kindlakstegemisel – on siiski suur roll ja ta peab seda tingimata arvesse võtma turul oma käitumise üle otsustamisel (vt eespool punktis 76 viidatud kohtuotsus Hoffmann-La Roche vs. komisjon, punkt 133).

- 325 Nagu märgib õigesti vaidlustatud otsuse põhjenduses 721 ka komisjon, ei saanud Telefónica, pikka aega tegutsenud ettevõtja, kellele kuulus ainus arvestatav infrastruktuur piirkondliku ja üleriigilise hulgitooe pakkumiseks, olla mitte teadlik sellest, et tal on asjassepuutuvatel turgudel turgu valitsev seisund. Seetõttu näitab Telefónica turuosa suurus (vt eespool punktid 153 ja 159) piirkondliku ja üleriigilise hulgitooe turul, et tema arvamus, et tal ei olnud nendel turgudel turgu valitsevat seisundit, sai tuleneda ainult kas tema tegevuse esemeks olevate turgude struktuuri ebapiisavast uurimisest või keeldumisest võtta seda struktuuri arvesse (vt selle kohta eespool punktis 76 viidatud kohtuotsus Hoffmann-La Roche vs. komisjon, punkt 139). Seega ei saa tulemuslik olla argument, mille kohaselt Telefónica ei saanud ette näha, et komisjon annab turule erineva määratluse võrreldes Hispaania ametiasutustega.
- 326 Arvestades eespool esitatud kaalutlusi ja asjaolu, et eespool punktides 110–144 on tuvastatud, et komisjon on õigesti järeldanud, et kohalik kliendiliin, üleriigiline hulgitooe ja piirkondlik hulgitooe ei kuulu samale kaubaturule, tuleb tagasi lükata hagejate argumentid, et Prantsusmaa ja Ühendkuningriigi riiklike reguleerivate asutuste otsused, milles asutakse seisukohale, et üleriigiline hulgitooe ja piirkondlik hulgitooe ei ole asendatavad, ei võimaldanud neil ette näha käesolevas asjas turule antavat määratlust. Sama kehtib ka hagejate argumentide kohta, mis puudutavad CMT poolt tema 6. aprilli 2006. aasta otsuses antud hinnangut, et üleriigiline ja piirkondlik hulgitooe kuuluvad samale kaubaturule, mis ka eespool punktis 142 selgelt ümber lükati.
- 327 Teises järjekorras tuleb tagasi lükata ka hagejate argument, et erinevalt vaidlustatud otsuse põhjenduses 724 märgitust ei olnud Telefónica tema tegevusvaldkonda reguleerivate õigusnormide tõttu piisavat kaalutusruumi, et otsustada ise oma hinnapoliitika üle.
- 328 Tuleb meenutada, et EÜ artiklis 82 on silmas peetud üksnes konkurentsivastast tegevust, mille algatajad on ettevõtjad ise. Kui ettevõtjatele on konkurentsivastane tegevus siseriiklike õigusnormide alusel kohustuslik või kui need õigusnormid moodustavad õigusliku raamistiku, mis välistavad igasuguse ettevõtjatevahelise konkureerimise võimaluse, ei ole EÜ artikkel 82 kohaldatav. Sellises olukorras ei ole konkurentsipiirangu põhjuseks ettevõtjate iseseisev tegevus, mis on selle sätte kohaldamise eeldus (vt selle kohta eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 49 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 329 Seevastu võib EÜ artikkel 82 olla kohaldatav, kui ilmneb, et siseriiklikud õigusnormid jätavad võimaluse konkurentsiks, mida ettevõtjate sõltumatu tegevus võib takistada, piirata või kahjustada (vt selle kohta eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 50 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 330 Euroopa Kohus on täpsustanud, et kui vaatamata niisugustele õigusnormidele on vertikaalselt integreeritud turgu valitseval ettevõtjal kaalutusruum kas või ainult oma jaehindade muutmiseks, võib juba üksnes sel põhjusel talle hinnakruvi tekitamist süüks panna (vt selle kohta eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta otsus kohtuasjas Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 85, ja eespool punktis 146 viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 51).
- 331 Käesolevas asjas tuleb kõigepealt märkida, et mis puudutab üleriigilist hulgitoodet, siis ei vaidle hagejad vastu vaidlustatud otsuse põhjendustes 109–110 ja 671 tehtud järeldustele, et esiteks hulgitooe hinda rikkumise perioodil ei reguleeritud, ja teiseks, et Telefónica oli alates 2001. aasta septembrist võimalus neid vähendada.
- 332 Edasi, mis puudutab piirkondlikku hulgitoodet, siis väidavad hagejad, et CMT poolt *retail minus*-mehhanismi alusel kehtestatud hinnad olid *de facto* muutumatud hinnad, seda vähemalt märtsist 2004 kuni detsembrini 2006.
- 333 Peab meeles pidama, et nagu nähtub vaidlustatud otsuse põhjendusest 113, määrab Hispaania riigiasjade ministeeriumi 29. detsembri 2000. aasta määrus kindlaks piirkondliku hulgitooe kõrgeimad hinnad. Lisaks, nagu nähtub toimikust, kinnitas CMT 2. veebruari 2005. aasta kirjas sõnaselgelt, et piirkondliku hulgitooe hinnad on kõrgeimad hinnad ja et Telefónica võis taotleda oma hindade vähendamist (vt ka põhjendused 116–118 ja 673).

- 334 Hagejate argument, mis puudutab esiteks CMT 31. märtsi 2004. aasta otsust, milles CMT kinnitas, et oleks mõistlik, kui piirkondliku hulgitoote hind oleks niisugune, mis aitaks kaasa kaablioperaatorite investeeringute säilimisele, ja et piirkondliku hulgitoote hind peaks olema määratletud *retail minus*-mehhanismi alusel arvatud absoluutsumma alusel, ning mistõttu „CMT ei oleks kunagi lubanud piirkondliku [hulgitoote] hinna alandamist, arvestades, et see oleks seadnud ohtu kaablisektori elujõulisuse”, ja mis teiseks puudutab CMT 29. aprilli 2002. aasta ja 22. juuli 2004. aasta otsuseid, milles CMT avaldas, et ta on vastu hulgihinna tugevale vähendamisele, et vältida infrastruktuuri tehtavate investeeringute ja uuenduste vähenemist, põhineb teoreetilisel eeldusel, et CMT ei oleks kunagi lubanud hulgitoote hinna alandamist. See argument tuleb seega tagasi lükata.
- 335 Igal juhul on see argument vastuolus faktiga, et CMT vähendas piirkondliku hulgitoote hinda 22. juuli 2004. aasta otsusega (CMT 22. juuli 2004. aasta otsus TESAU taotluse kohta muuta kohaliku kliendiliini juurdepääsu (OBA) pakkumist, et seda kohandada vastavalt ADSL-i kiiruse muutumisele jaetasandil) ja 19. mai 2005. aasta otsusega (CMT 19. mai 2005. aasta otsus TESAU taotluse kohta muuta kohaliku kliendiliini juurdepääsu (OBA) pakkumist, et seda kohandada ADSL-i kiiruse suurenemisele jaetasandil) omal initsiatiivil, samas kui Telefónica ei olnud välja pakkunud mingite muudatuste tegemist oma hindades. Repliigis hagejate esitatud argumendi kohta, mille kohaselt tõendavad need otsused, et piirkondliku hulgitoote hindade vähendamiseks oli vajalik CMT sekkumine ja et Telefónica ei saanud seda ise vabalt otsustada, tuleb samuti tagasi lükata, sest Telefónica, kellele on piirkondliku hulgitoote turul turgu valitseva ettevõtjana pandud erilised kohustused, on nende raames kohustatud esitama CMT-le oma hindade muutmise taotlused, kui need hinnad kahjustavad tõhusat ja moonutamata konkurentsi ühisturul (vt selle kohta eespool punktis 69 viidatud 10. aprilli 2008. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punkt 122).
- 336 Lõpuks tuleb märkida Telefónica jaehindade kohta, nagu tegi ka komisjon, et hagejad ei vaidle vastu komisjoni poolt vaidlustatud otsuse põhjenduses 724 esitatud kinnitusele, et Telefónica võis vabalt igal ajal oma jaehindu tõsta. Nad ei vaidle vastu ka vaidlustatud otsuse põhjendustes 104–108 esitatud järeldustele, et kuigi TESAU jaehinnad sõltusid 3. augustil 2001 ja 1. novembril 2003 Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (Hispaania majandusajade komisjon, edaspidi „CDGAE”) poolt halduskorras antud lubadest, ei allunud Telefónica teiste tütarettvõtjate jaehinnad mingile regulatsioonile, et 3. augustil 2001 CDGAE heaks kiidetud jaehinnad, mida käsitleti muutumatute hindadena, pakkus välja TESAU, ning et TESAU ADSL-i jaeteenuse hinnad lasti vabaks CDGAE 25. septembri 2003. aasta otsusega, milles kehtestati kehtivustähtaeg TESAU ADSL-i teenuse jaehindadele haldusõigusliku loa andmise korrale, kuid millega jäeti kehtima TESAU kohustus teavitada nendes hindades tehtavatest muudatusest kümme päeva enne nende turul kehtestamist. Seega tuleb asuda seisukohale, et Telefónica võis oma jaehindu tõsta, kuid ta ei teinud seda.
- 337 Hagejad väidavad selles küsimuses, et komisjoni arutluskäigus sisaldab vastuolu, kuna ta ei saa ühest küljest Telefónicale ette heita hinnakruvi rakendamist, mis tähendas Hispaanias palju kõrgemaid jaehindu võrreldes teiste Euroopa riikidega, ja teisest küljest seda, et ta ei suurendanud hinnakruvi vältimiseks oma jaehindu. See argument tuleb tagasi lükata. Nimelt on liidu kohus varem juba otsustanud, et hinnakruvi vältimiseks võib vajalikuks osutuda jaekaupade hindade tõstmine (eespool punktis 69 viidatud 10. aprilli 2008. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punktid 141–151; vt ka eespool punktis 170 viidatud 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon, punktid 88 ja 89).
- 338 Kolmandas järjekorras tuleb tagasi lükata hagejate argument, et Telefónica ei saanud mõistlikult ette näha, et tema hinnapoliitika, mille CMT oli eelnevalt heaks kiitnud, võib olla kvalifitseeritav EÜ artikli 82 rikkumiseks.
- 339 Kõigepealt tuleb meenutada, et see, et vaidlustatud otsus puudutab kaupu ja teenuseid, mida alluvad eriregulatsioonile, ei oma mingit tähtsust. Nimelt kohaldatakse konkurentsiõigust ka eriregulatsiooniga tegevussektoritele, kui ei ole ette nähtud selget erandit (vt selle kohta Euroopa Kohtu 16. detsembri 1975. aasta otsus liidetud kohtuasjades 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73–114/73: Suiker

Unie jt vs. komisjon, EKL 1975, lk 1663, punktid 65-72, ja 11. aprilli 1989. aasta otsus kohtuasjas 66/86: Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro, EKL 1989, lk 803). Seega ei ole konkurentsieeskirjade kohaldatavus välistatud, kui asjassepuutuvad tegevusvaldkonda reguleerivad sätted jätavad alles konkurentsi võimaluse, mida võidakse takistada, piirata või kahjustada ettevõtjate sõltumatu tegevusega (vt Euroopa Kohtu 11. novembri 1997. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-359/95 P ja C-379/95 P: komisjon ja Prantsusmaa vs. Ladbroke Racing, EKL 1997, lk I-6265, punktid 33 ja 34 ja seal viidatud kohtupraktika), millega oli tegemist käesolevas asjas (vt eespool punktid 327–337).

- 340 Nagu on märgitud eespool punktis 299, ei saanud Telefónica seega olla mitte teadlik sellest, et Hispaania sidevaldkonna õigusnormide järgmine ei kaitse teda komisjoni võimaliku sekkumise eest EÜ artikli 82 alusel.
- 341 Edasi, kuigi on tõsi, et 26. juuli 2001. aasta otsuses märkis CMT, et Telefónica piirkondliku hulgitooote hind määratakse kindlaks *retail minus*-hinnasüsteemi alusel, mille kohaselt Telefónica iga piirkondliku hulgitooote variandi hind ei ole suurem kui teatud protsent igakuisest tasust, mis vastab TESAÜ jaehinnale (vaidlustatud otsuse põhjendused 114, 290 ja joonealune märkus 258), ei vaidle hagejad vastu sellele, et CMT ei uurinud hinnakruvi Telefónica piirkondliku hulgitooote ja tema jaetoodete vahel mitte viimase aja jooksul tekkinud tegelike kulude alusel, vaid prognoosiva hinnangu alusel. Nad ei vaidle vastu ka sellele, et CMT ei analüüsinud võimalikku hinnakruvi Telefónica üleriigilise hulgitooote ja tema jaetoodete vahel. Nagu komisjon vaidlustatud otsuse põhjendustes 725–728 märkis, ei saanud Telefónica, kellel oli üksikasjalik teave oma tegelike kulude ja tulude kohta, mitte teadlik olla asjaolust, et CMT prognoosivad hinnangud ei vastanud hiljem turu arenedes tegelikkusele, mida tema oli aga võimeline nägema.
- 342 Arvestades eespool esitatud kaalutlusi, tuleb tagasi lükata hagejate kõik argumendid, millega soovitakse tõendada, et Telefónica ei olnud mõistlikult võimalik ette näha, et tema tegevus on konkurentsivastane.
- 343 Teiseks, hagejad väidavad, et Telefónica tekkis õiguspärane ootus CMT tegevuse ja otsuste suhtes. Nad on ka arvamusel, et erinevused, mis esinesid hinnakruvi olemasolu osas hilisemate tegelike kulude ja CMT prognoosivas uuringus kasutatud hinnangute vahel, mida komisjon toonitab vaidlustatud otsuse põhjendustes 728 ja 729 (vt ka vaidlustatud otsuse tabel 59), ei olnud piisavalt selged selleks, et Telefónica oleks saanud CMT sekkumist ette näha.
- 344 Tagasi tuleb lükata hagejate argument, et Telefónica ei saanud kahelda hinnakruvi kindlaksmääramiseks CMT kasutatud meetodi põhjendatuse ega CMT teabenõuete asjassepuutuvuses, kuna komisjon ei sekkunud Hispaania reguleeriva asutuse tegevusse.
- 345 Kuna CMT tegevus reguleeriva asutusena ei olnud vaidlustatud otsuse ese, põhineb see argument nimelt väärarveldusel, et komisjon oli seisukohal, et hinnakruvi kindlaksmääramiseks CMT kasutatud meetod ei ole selleks sobiv. Vastupidi, nagu toonitas komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 733, ei olnud vaidlustatud otsuses hinnakruvi kindlaksmääramiseks kasutatud meetod vastuolus CMT kasutatud *retail minus*-meetodiga.
- 346 See, et komisjon ei sekkunud Hispaania reguleeriva asutuse tegevusse, ei saanud seega tekitada Telefónica mingit õiguspärast ootust, et ta ei riku EÜ artiklit 82.
- 347 Argumendi osas, et arvestades CMT sekkumist, tekkis Telefónica õiguspärane ootus, et tema hulgihinna ja jaehinna suhe ei tekitanud hinnakruvi, tuleb kõigepealt märkida, et hagejad ei vaidle vastu vaidlustatud otsuse põhjenduses 726 esitatud järeldustele, et esiteks CMT ei analüüsinud hinnakruvi olemasolu Telefónica üleriigilise hulgitooote ja jaetooote vahel asjassepuutuval perioodil, ja teiseks, et viidatud perioodil oli üleriigiline hulgitooote palju olulisem kui piirkondlik hulgitooote.
- 348 Edasi, mis puudutab piirkondlikku hulgitooodet, siis on tõsi, et CMT analüüsis hinnakruvi esinemist seoses Telefónica piirkondliku hulgitooote hindadega mitmes otsuses, mis võeti vastu rikkumise perioodil, kuid ta ei analüüsinud ühelgi korral hinnakruvi aja jooksul tekkinud Telefónica tegelike kulude alusel.

- 349 Tagasi tuleb lükata hagejate argument, et erinevused, mis esinesid hilisemate tegelike kulude ja CMT prognoosivas uuringus kasutatud hinnangute vahel, ei olnud piisavalt selged, et Telefónica oleks saanud CMT tegevuse põhjendatuse kahtluse alla seada. Nimelt on hagejad selle argumendi toetamiseks hagiavalduses seisukohal, et väidetavad vastuolud Telefónica poolt CMT-le esitatud ja tema äriplaanides või tulemustabelites sisalduva teabe vahel tulenevad sellest, et komisjon on väärtalt tõlgendanud talle nõudluse prognooside kohta esitatud teavet, mis puudutab ADSL-liinide [*konfidentsiaalne*] võrgu kulusid. Isegi kui eeldada, et see argument on põhjendatud, ei saa ainult see üksi seada kahtluse alla kõiki tõendeid, mis on välja toodud muu hulgas vaidlustatud otsuse tabelis 59 ja mis tõendavad, et Telefónica ei saanud mitte teada, et CMT *retail minus*-mudelil kasutatud kulud ei vasta tegelikkusele. Vastupidi, hagejate muud argumendid, mille kohaselt esiteks ei kasutanud ARCOME nõustajad Telefónica esitatud teavet, vaid võtsid *retail minus*-mudeli väljatöötamise aluseks hoopis veel ühe ADSL-liinide [*konfidentsiaalne*] võrgu, ja teiseks ei kasutanud CMT Telefónica kulude raamatupidamisarvestust, leides, et see ei ole piisavalt üksikasjalik, kalduvad kinnitama, et Telefónica teadis või pidi teadma, et CMT *retail minus*-mudelil kasutatud kulud ei vastanud tegelikele kuludele.
- 350 Lisaks tuleb tagasi lükata hagejate argumendid, mille kohaselt ei tulenenud Telefónica äriplaanidest ega tulemustabelitest, et Telefónica tegutses jaeturul kahjumis. Esiteks väidavad hagejad, et [*konfidentsiaalne*]. Kuid see argument ei ole põhjendatud. Teiseks, hagejad kinnitavad, et 18. aprilli 2002. aasta äriplaani alusel ei saanud niisugust järeldust teha, arvestades, et [*konfidentsiaalne*]. Kuid selles dokumendis esitatud prognoosist nähtub, et [*konfidentsiaalne*]. Nende argument ei ole seega tulemuslik. Kolmandaks, mis puudutab Telefónica tulemustabeleid, siis kinnitavad hagejad ise, et need dokumendid, mis sisaldavad igakuiseid andmeid tulude ja kulude kohta, aitavad tagada äriplaani plaanipärase elluviimise ja tegevuse arengu. Kuna äriplaan nägi ette, et [*konfidentsiaalne*], oli hagejate kohustus tagada, et [*konfidentsiaalne*].
- 351 Lõpuks, nagu märgib ka komisjon, ei vaidle Telefónica vastu, et infrastruktuuri, võrgu ja juurdepääsu tegelik täiendkulu oli palju suurem kui kulu, mis võeti aluseks CMT *retail minus*-mudelil. Kuna need tegelikud kulud olid kajastatud Telefónica erinevates sisedokumentides, ei saanud ta olla mitte teadlik asjaolust, et CMT mudelil alahinnati neid tegelikke kulusid.
- 352 Arvestades eespool esitatud arutluskäiku, tuleb järeldada, et CMT tegevus ja otsused ei saanud tekitada hagejatele õiguspärasest ootust, et tema hinnakujundus oli kooskõlas EÜ artikliga 82. Seetõttu tuleb tagasi lükata esimene põhiargument, et rikkumist ei pandud toime tahtlikult või hooletuse tõttu.
- 353 Teiseks väidavad hagejad, et komisjon ei märkinud vaidlustatud otsuses ära ühtegi materiaalselt või õiguslikult alust, mis lubaks järeldada, et rikkumine on „selge kuritarvitamine”, mille sarnaseid on juba varem toime pandud (vaidlustatud otsuse põhjendused 731–736).
- 354 Kõigepealt tuleb toonitada, et nagu nähtub ka eespool punktides 319–352, on komisjon õigesti järeldanud, et vaidlustatud otsuses tuvastatud rikkumine pandi toime tahtlikult või hooletuse tõttu. Seega on nagu meenutatud eespool punktis 319, võib selle rikkumise eest määruse nr 17 artikli 15 lõike 2 esimese lõigu alusel ja alates 1. maist 2004 määruse nr 1/2003 artikli 23 lõike 2 alusel trahvi määrata.
- 355 Käesoleva põhiargumendi raames väidavad aga hagejad, et õiguskindluse põhimõttega on vastuolus see, et komisjon määras trahvi konkurentsivastase tegevuse eest, samas kui selle tegevuse õigusvastasus ei tulenenud selgetest ja ettenähtavatest otsustest. Komisjoni asjakohases põhjenduskäigus, mis on esitatud vaidlustatud otsuse põhjendustes 731–736, on selles küsimuses tehtud faktivigu ja faktide hindamise vigu.
- 356 Esiteks, hagejad väidavad, et Telefónica käesolevas asjas süüks pandud hinnakruvi ei põhine selgetel varasematel otsustel.

- 357 Kõigepealt tuleb tagasi lükata hagejate argument komisjoni otsustuspraktika kohta, mille kohaselt võib trahvi määramata jätmist õigustada see, et puuduvad selged varasemad otsused teatud tegevuse õigusvastaseks tunnistamise kohta. Tuleb meenutada, et komisjoni otsus tuvastatud rikkumise suhtelise uudsuse tõttu trahvi mõnes otsuses määramata jätta ei anna „immuunsust” ettevõtjale, kes paneb hiljem toime sama laadi rikkumise. Nimelt otsustab komisjon oma kaalutusõigust teostades igas asjas eraldi, kas trahvi määramine on tuvastatud rikkumise eest karistamiseks ja konkurentsioiguse tõhususe säilitamiseks otstarbekas (Üldkohtu 22. oktoobri 1997. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-213/95 ja T-18/96: SCK ja FNK vs. komisjon, EKL 1997, lk II-1739, punkt 239).
- 358 Edasi tuleb tagasi lükata hagejate argument komisjoni arutluskäigus esineva väidetava vastuolu kohta kahe seisukoha vahel, millest esimene on esitatud vaidlustatud otsuse põhjenduses 733 ja mille kohaselt hinnakruvi arvutuses tugineti käesolevas asjas selgelt otsuse Deutsche Telekom vastuvõtmisele eelnenud otsustele ja kohtupraktikale ning teine on esitatud vaidlustatud otsuse põhjenduses 744 ja selle kohaselt ei olnud otsuses Deutsche Telekom kasutatud arvutusmeetodit varem kohaldatud üheski komisjoni ametlikus otsuses.
- 359 Nimelt väitis komisjon sisuliselt õigesti, et otsuse Deutsche Telekom põhjendusest 206 nähtub, et selles otsuses kasutatud arvutusmeetod, millele viidatakse vaidlustatud otsuse põhjenduses 744, tuleneb tema varasemast otsustuspraktikast, isegi kui on tõsi, et see sisaldab uut tegurit, kaalutud lähenemise kasutamist. Viidatud põhjenduses on märgitud, et „hinnakruvi arvutamiseks kasutatud meetod on osa komisjoni otsustuspraktikast ja uus tegur on kaalutud lähenemine, mida tuleb käesolevas asjas kasutada selleks, et võtta arvesse asjaolu, et Saksamaal oli eraldatud kohalikule kliendiliinile kehtestatud üksainus hulgihind, samas kui vastavate jaeteenuste hinnad olid analoogliini, ISDN liini ja ADSL liini puhul erinevad”.
- 360 Lisaks, mis puudutab hagejate argumenti, et vaidlustatud otsuse põhjenduses 733 komisjoni viidatud varasemad otsused on liiga üldised ja ebatäpsed selleks, et Telefónica oleks saanud ette näha, et tema tegevus võis olla õigusvastane, siis tuleb märkida, olenemata eespool punktis 186 viidatud kohtuotsuse *Industrie des poudres sphériques vs. komisjon* asjassepuutuvusest käesolevas asjas, oli komisjon juba 18. juuli 1988. aasta otsuse 88/518/EMÜ, mis käsitleb [EÜ artikli 82] kohaldamise menetlust (IV/30.178 – Napier Brown – British Sugar) (EÜT L 284, lk 41) põhjenduses 66 järeldanud, et „[k]ui turgu valitsevas seisundis ettevõtja, kellel on turgu valitsev seisund nii tooraine turul kui ka tuletatud toote turul, jätab selle hinna, mida ta küsib temaga tuletatud toote turul konkureerivatelt ettevõtjatelt tooraine eest, ning tuletatud toote eest küsitava hinna vahele vahe, mis on liiga väike selleks, et selles kajastuks turgu valitsevas seisundis ettevõtja enda töötlemiskulu [...], ning selle tagajärg on konkurentsi piiramine tuletatud toote turul, on tegemist turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega” [mitteametlik tõlge].
- 361 Lõpuks, nagu märkis komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 735, on otsus Deutsche Telekom ka pretsedent, milles selgitatakse EÜ artikli 82 kohaldamise tingimusi majandustegevusele, millele kohaldatakse eelnevalt teatud tegevusvaldkonna eriregulatsiooni. Selles küsimuses ei saa nõustuda hagejate argumentidega, millega tahetakse tõendada, et see otsus ei võimaldanud Telefónical täpselt kindlaks teha tingimusi, mille esinemisel komisjon ja liidu kohus võivad tuvastada, et hinnakruvi võib olla käsitletav EÜ artikli 82 rikkumisena. Kõigepealt tuleb tagasi lükata hagejate argument, et liidu kohtu menetluses oli otsuse Deutsche Telekom peale esitatud hagiavaldus, kuna liidu institutsioonide aktide õiguspärasuse eeldusest tuleneb, et need aktid tekitavad õiguslikke tagajärgi seni, kuni neid vastu võtnud institutsioon ei ole neid tühistanud, neid ei ole tühistatud tühistamishagi menetluses või tunnistanud kehtetuks eelotsusemenetluses või õigusvastasuse vastuväite alusel (vt Euroopa Kohtu 5. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-475/01: komisjon vs. Kreeka, EKL 2004, lk I-8923, punkt 18 ja seal viidatud kohtupraktika). Teiseks ei saa eespool punktis 323 esitatud põhjustel nõustuda sellega, et kaubaturu määratlus ei olnud ette nähtav. Kolmandaks, mis puudutab argumenti seoses faktiga, et turul oli tugev tõusutendents, siis piisab, kui meenutada, et see asjaolu ei saa välistada konkurentsieeskirjade, muu hulgas EÜ artikli 82 kohaldamist (eespool punktis 60 viidatud 30. jaanuari 2007. aasta kohtuotsus *France Télécom vs. komisjon*, punkt 107). Neljandaks, mis puudutab asjaolu, et

käesolev asi puudutas sisendit, mis ei olnud peamine, siis piisab, kui meenutada, et hinnakruvi esinemise tuvastamiseks ei ole nõutav, et asjassepuutuv hulgitoo oleks hädavajalik (vt eespool punktid 180–182). Viiendaks, eespool punktides 339–342 esitatud põhjustel ei saa nõustuda ka argumentidega, et Hispaanias kontrolliti rangelt erinevaid tegevusvaldkondi.

- 362 Sellest nähtub, et Telefónica ei saanud olla mitte teadlik sellest, et tema tegevus võib olla konkurentsi piirav. Lisaks ei saa hagejad kinnitada, et ka pärast vastuväiteteadist ei suutnud nad aru saada kulude ja tulude mudelist, mida komisjon kavatses vaidlustatud otsuses kasutada, kuna see mudel põhines täiendavatel tõenditel, mida ei mainitud ei nimetatud teatise ega faktiliste asjaolude kirjas. Nimelt nagu juba märgitud hagejate peamise nõude toetuseks esitatud esimese väite uurimise raames, ei ole selles küsimuses tuvastatud nende kaitseõiguste mingit rikkumist.
- 363 Teiseks, hagejad väidavad, et Telefónica ei saanud ette näha ei enne ega pärast 2003. aasta oktoobrit, st otsuse Deutsche Telekom avaldamist, et komisjon kasutab oma otsuses hinnakruvi kindlaksmääramiseks uut meetodit.
- 364 Esmajärjekorras tuleb tagasi lükata hagejate argumentid, mille kohaselt Telefónica ei saanud ette näha komisjoni poolt vaidlustatud otsuses kasutatud allikaid, meetodit ja arvutusi. Nimelt on hinnakruvi arvutamiseks kasutatud allikad Telefónica aja jooksul tekkinud tulud ja kulud, mille hagejad ise esitasid. Lisaks, arvestades eespool punktides 360 ja 361 nimetatud otsustuspraktikat, võis Telefónica mõistlikult ette näha, et tema tegevus turul võis konkurentsi piirata.
- 365 Teises järjekorras tuleb märkida, et argument, mille kohaselt ei olnud komisjoni poolt vaidlustatud otsuses antud asjassepuutuva turu määratlus Telefónicale ette nähtav, on juba tagasi lükatud eespool punktides 323–326.
- 366 Kolmandas järjekorras tuleb märkida argumenti kohta, mille kohaselt kohaldati tugeva tõusutendentsiga turu suhtes hinnakruvi testi esimest korda vaidlustatud otsuses, et eespool punktis 361 meenutati, et asjaolu, et turg on tugevalt tõusmas, ei saa välistada konkurentsieeskirjade kohaldamist.
- 367 Neljandas järjekorras tuleb märkida, et argumentid selle kohta, et hinnakruvi testis tuleb tõendada eelneva etapi toote hädavajalikkust, on eespool punktis 182 tagasi lükatud.
- 368 Viiendas järjekorras tuleb märkida, et hagejate etteheited, mille kohaselt oli rikkumise perioodil Hispaania õiguslik regulatsioon rangem kui otsuses Deutsche Telekom analüüsitud õiguslik regulatsioon, ei ole asjakohased ning on igal juhul põhjendamatud, nagu nähtub vaidlustatud otsuse põhjendusest 748.
- 369 Seega tuleb esimese väite teine põhiargument tagasi lükata, nagu ka esimene väide tervikuna.

b) Teine väide, mille kohaselt on trahvisumma kindlaksmääramisel tehtud faktivigu ja vääralt kohaldatud õigusnormi ning rikutud proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise, karistuste individualiseerituse põhimõtet ning põhjendamiskohustust

- 370 Teine väide on jaotatud viide ossa. Esimene osa puudutab faktivigu ja õigusnormi väära kohaldamist ning põhjendamiskohustuse rikkumist rikkumise „väga raskeks” kvalifitseerimisel ja 90 miljoni euro suuruse lähtesumma määramisel. Väite teine osa puudutab proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise ja karistuste individualiseerituse põhimõtte ning põhjendamiskohustuse rikkumist trahvi lähtesumma määramisel summas 90 miljonit eurot. Väite kolmas osa puudutab faktivigu ja õigusnormi väära kohaldamist ning põhjendamiskohustuse rikkumist trahvi lähtesumma suurendamisel hoiatava mõju tagamiseks. Väite neljas osa puudutab faktivigu ja õigusnormi väära kohaldamist rikkumise kvalifitseerimisel „pikaajaliseks” rikkumiseks. Väite viienda osa kohaselt on tehtud faktivigu ja vääralt kohaldatud õigusnormi kergendavate asjaolude kohaldamisel.

Teise väite esimene osa, mis puudutab faktivigu ja õigusnormi väärast kohaldamist ning põhjendamiskohustuse rikkumist rikkumise „väga raskeks” rikkumiseks kvalifitseerimisel ja 90 miljoni euro suuruse lähtesumma määramisel

- 371 Teise võimalusena esitatud nõude teise väite esimeses osas vaidlustavad hagejad vaidlustatud otsuses tuvastatud rikkumise raskuse ja seetõttu ka Telefónica trahvi lähtesumma kindlaksmääramise (vt eespool punktid 25–29).
- 372 Kõigepealt tuleb meenutada, et nagu nähtub väljakujunenud kohtupraktikast, on komisjonil trahvide arvutamise meetodi suhtes ulatuslik kaalutusõigus. See meetod, mis on sätestatud 1998. aasta suunistes, sisaldab erinevaid paindlikkust tagavaid elemente, mis võimaldavad komisjonil teostada oma kaalutusõigust kooskõlas määruse nr 1/2003 artikli 23 lõike 2 sätetega (vt selle kohta eespool punktis 76 viidatud kohtuotsus Papierfabrik August Koehler vs. komisjon, punkt 112 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 373 Liidu konkurentsioiguse rikkumiste raskusaste tuleb kindlaks määrata mitme asjaolu põhjal, nagu konkreetse juhtumi eripärased asjaolud, selle kontekst ja trahvide hoiatav mõju, kuigi kohustuslikult arvesse võetavate tingimuste kohta ei ole kehtestatud siduvat või ammendavat loetelu (Euroopa Kohtu 19. märtsi 2009. aasta otsus kohtuasjas C-510/06 P: Archer Daniels Midland vs. komisjon, EKL 2009, lk I-1843, punkt 72, ja eespool punktis 83 viidatud kohtuotsus Prym ja Prym Consumer vs. komisjon, punkt 54).
- 374 Nagu on märgitud eespool punktis 25, määras komisjon käesolevas asjas trahvid kindlaks 1998. aasta suunistes kehtestatud meetodi alusel.
- 375 Kuigi vastavalt kohtupraktikale ei saa 1998. aasta suuniseid lugeda õigusnormiks, mida ametiasutus peab igal juhul järgima, kehtestavad need siiski praktikast väljendava käitumisreegli, mida ametiasutus ei või konkreetsetel juhtudel eirata, andmata võrdse kohtlemise põhimõttega kooskõlas olevaid põhjendusi (vt eespool punktis 59 viidatud kohtuotsus Dansk Rørindustri jt vs. komisjon, punkt 209 ja seal viidatud kohtupraktika; Üldkohtu 8. oktoobri 2008. aasta otsus kohtuasjas T-73/04: Carbone-Lorraine vs. komisjon, EKL 2008, lk II-2661, punkt 70).
- 376 Selliseid käitumisreegleid vastu võttes ja nende avaldamisel teada andes, et ta kavatseb neid edaspidi nendega hõlmatud juhtumitele kohaldada, piirab komisjon oma kaalutusõigust ega saa nendest normidest kõrvale kalduda, ilma et teda olenevalt olukorrast karistataks selliste õiguse üldpõhimõtete rikkumise eest nagu võrdne kohtlemine või õiguspärase ootuse kaitse (vt eespool punktis 59 viidatud kohtuotsus Dansk Rørindustri jt vs. komisjon, punkt 211 ja seal viidatud kohtupraktika; eespool punktis 375 viidatud kohtuotsus Carbone-Lorraine vs. komisjon, punkt 71).
- 377 Peale selle määravad 1998. aasta suunised üldiselt ja abstraktselt metodoloogia, mida komisjon on kohustatud järgima trahvisummade määramisel ja mis tagavad järelikult ettevõtjatele õiguskindluse (vt selle kohta eespool punktis 59 viidatud kohtuotsus Dansk Rørindustri jt vs. komisjon, punktid 211 ja 213).
- 378 Rikkumise raskusastme hindamise kohta tuleb meenutada, et 1998. aasta suuniste punkti 1A esimeses ja teises lõigus on märgitud:
- „Rikkumise raskuse hindamisel tuleb arvesse võtta selle laadi, tegelikku mõju turule, kui seda saab mõõta, ja asjakohase geograafilise turu suurust. Seega jagunevad rikkumised kolme kategooriasse: kerged rikkumised, rasked rikkumised ja väga rasked rikkumised.”
- 379 1998. aasta suunistest nähtub, et kerged rikkumised võivad olla näiteks „kaubanduspiirangud, üldjuhul vertikaalsed, mille mõju turule on piiratud ja mis mõjutavad märkimisväärselt, kuid suhteliselt piiratud osa ühenduse turust” (punkti 1A teise lõike esimene taane). Raskete rikkumiste osas täpsustab

komisjon, et need „on enamjaolt [kergete rikkumistega] sama laadi piirangud, mis on horisontaalsed või vertikaalsed, kuid mida kohaldatakse karmimalt ja mille mõju turule on laiem, mõjutades suurt osa ühisturust”. Komisjon viitab samuti sellele, et „tegu võib olla turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega” (punkti 1A teise lõike teine taane). Väga raskete rikkumiste osas märgib komisjon, et need „on üldjuhul horisontaalsed piirangud, näiteks „hinnakartellid” ja turujagamiskvoodid või muud meetmed, mis ohustavad ühisturu nõuetekohast toimimist, näiteks riikide turgude eraldamine üksteisest ja sisuliselt monopoolses seisundis olevate ettevõtjate turgu valitseva seisundi ilmne ärakasutamine” (punkti 1 A teise lõike kolmas taane).

380 Komisjon täpsustab ka, et esiteks rikkumiste igas kategoorias ning eeskätt „raskete” ja „väga raskete” rikkumiste puhul võimaldab väljapakutud trahviastmik rakendada ettevõtjate suhtes erinevat kohtlemist vastavalt toimepandud rikkumise laadile, ja teiseks on vaja arvesse võtta rikkujate tegelikku majanduslikku suutlikkust põhjustada olulist kahju muudele turuosalistele, eeskätt tarbijatele, ja määrata trahvi suurus nii, et sellel oleks piisavalt hoiatav mõju (punkti 1 A kolmas ja neljas lõik).

381 1998. aasta suunistes on „väga raskete” rikkumiste eest ette nähtud trahvi lähtesumma rohkem kui 20 miljonit eurot, „raskete” rikkumiste trahvi lähtesumma võib ulatuda 1 miljonist eurost 20 miljoni euroni ja lõpuks „kergete” rikkumiste eest on ette nähtud trahvi lähtesumma 1000 eurost 1 miljoni euroni (punkti 1A teise lõigu esimene kuni kolmas taane).

382 Esiteks tuleb uurida hagejate argumente, millega soovitakse tõendada, et komisjon ei oleks pidanud kvalifitseerima rikkumist „väga raskeks” rikkumiseks, ja et seetõttu oleks trahvi lähtesumma pidanud olema palju väiksem kui 90 miljonit eurot.

383 Esiteks, eespool punktides 353–368 esitatud põhjustel tuleb tagasi lükata hagejate argument, et tuvastatud rikkumine ei ole selge kuritarvitamine.

384 Teiseks, hagejate argumentide kohta, et Telefónica ei ole hulgiturul teoreetiliselt monopoolses seisundis, tuleb märkida, et juba eespool punktis 155 meenutati, et Telefónica ei vaidle vastu sellele, et ta oli ainus operaator, kes alates 1999. aastast pakkus Hispaanias piirkondlikku hulgitoodet, olles seega sellel turul faktiliselt monopoolses seisundis. Lisaks, nagu on märgitud eespool punktis 163 üleriigilise hulgitooted kohta, oli Telefónica turuosa kogu rikkumise perioodil suurem kui 84%. Hagejate argument, mille kohaselt sisuline monopoolne seisund on välistatud seetõttu, et rikkumise esemeks olnud tooted ei ole „peamised infrastruktuurid”, või seetõttu, et need on eriregulatsiooniga tegevusvaldkonna tooted, ei leia kinnitust 1998. aasta suunistes ega kohtupraktikas, ning seega ei saa selle argumendiga nõustuda.

385 Kolmandaks, argument, mis puudutab vaidlustatud otsuse põhjenduste 744 ja 746 väidetavat vastuolu (viimases viidatakse vaidlustatud otsuse põhjendusele 733), siis tuleb see tagasi lükata juba eespool punktides 358 ja 359 esitatud põhjustel. Arvutusmeetod, mida otsuses Deutsche Telekom kasutati ja millele viidatakse vaidlustatud otsuse põhjenduses 744, tuleneb komisjoni varasemast otsustuspraktikast, kuigi on tõsi, et see sisaldas uut tegurit, kaalutud lähenemise kasutamist.

386 Neljandaks, kuigi hagejad väidavad, et Telefónica ei olnud isegi pärast otsuse Deutsche Telekom avaldamist *Euroopa Liidu Teatajas* 14. oktoobril 2003 mingit põhjust arvata, et tema tegevus võis olla käsitatav EÜ artikli 82 rikkumisena, kuna tema olukord erines selgelt selles otsuses analüüsitud olukorrast, ei saa selle argumendiga nõustuda eespool punktis 361 esitatud põhjustel. Hagejate argument, milles viidatakse komisjoni otsustuspraktikale ja mille kohaselt oleks rikkumine tulnud kvalifitseerida „raskeks” rikkumiseks vähemalt ainult perioodi osas enne 2003. aastat, tuleb tagasi lükata seetõttu, et nagu nähtub väljakujunenud kohtupraktikast, ei kujuta komisjoni otsustuspraktika endast konkurentsi valdkonnas trahvide määramise õiguslikku raamistikku, milleks on ainult määrus nr 17 ja alates 1. maist 2004 määrus nr 1/2003. Teisi juhtumeid käsitlevad otsused on diskrimineerimise olemasolu küsimuses üksnes soovituslikud, arvestades, et ei ole eriti tõenäoline, et nende juhtumite eripärased asjaolud, nagu turud, tooted, riigid, ettevõtjad ning asjassepuutuvad ajavahemikud, on identsed (vt Euroopa Kohtu 7. juuni 2007. aasta otsus kohtuasjas C-76/06 P: Britannia Alloys &

Chemicals vs. komisjon, EKL 2007, lk I-4405, punkt 60 ja seal viidatud kohtupraktika). Hagejate esitatud muud argumendid, millega tahetakse tõendada, et Telefónica ei saanud ette näha, et tema tegevus võis olla käsitatav EÜ artikli 82 rikkumisena, on ka juba tagasi lükatud eespool punktides 322–352.

- 387 Arvestades eespool esitatud arutluskäiku, ei ole eespool punktis 382 välja toodud hagejate esimene põhiargument tulemuslik.
- 388 Teiseks väidavad hagejad, et trahvi lähtesumma on liiga suur seetõttu, et vaidlusalusel tegevusel ei olnud tegelikku mõju turule või kuna see oli väga piiratud.
- 389 Tuleb meenutada, et vastavalt 1998. aasta suuniste punkti 1 A esimesele lõigule peab komisjon rikkumise raskuse hindamisel tegelikku mõju turule uurima ainult siis, kui ilmneb, et see mõju on mõõdetav (vt selle kohta eespool punktis 83 viidatud kohtuotsus Prym ja Prym Consumer vs. komisjon, punkt 74 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 390 Lisaks, kui komisjon peab trahvi arvutamiseks kohaseks võtta arvesse valikulisi tegureid, nagu tegelikku mõju turule, siis ei piisa ainuüksi sellest, et ta seda mõju eeldab, vaid ta peab esitama konkreetseid, usutavaid ja piisavaid tõendeid, mis võimaldavad hinnata tegelikku mõju, mis rikkumisel võis konkurentsile sellel turul olla (eespool punktis 83 viidatud kohtuotsus Prym ja Prym Consumer vs. komisjon, punkt 82).
- 391 Käesolevas asjas tuleneb vaidlustatud otsusest, et komisjon soovis rikkumise tegelikku mõju valikulise tegurina arvesse võtta ning kui temalt kohtuistungil selle kohta küsiti, kinnitas ta selgelt seda taht. Nimelt nagu nähtub ka vaidlustatud otsuse põhjendustest 751 ja 752, oli komisjon seisukohal, et „Telefónica kuritarvitamisel [oli] märkimisäärne mõju turule”. Nii märgib ta esiteks, et rikkumise raskuse hindamisel võttis ta arvesse asjaolu, et asjakohastel turgudel oli suur majanduslik väärtus, et neil oli määrav tähtsus teabepõhise ühiskonna loomisel ja teiseks, viidates vaidlustatud otsuse osale, milles käsitleti kuritarvitamise mõju, et tema hinnangul oli Telefónica kohaldatud hinnakruvil jaeturul otsene väljatõrjuv mõju ning et sellel, et Telefónica tegevus piiras ADSL operaatorite suutlikkust oma tegevust jaeturul jätkusuutlikult laiendada, oli oluline roll asjaolus, et Hispaania jaehinnad olid ühed kõrgemad Euroopas.
- 392 Kuna komisjon tugines vaidlustatud otsuses rikkumisega turule avaldatud tegeliku mõju tuvastamiseks mitte ainult asjassepuutuvate turgude suurele majanduslikule väärtusele ja nende määravale tähtsusele teabepõhise ühiskonna loomisel, vaid ka kuritarvitamise mõjule, siis tuleb käesoleva väite raames uurida hagejate argumente, mis on esitatud nende esmajärjekorras esitatud nõude viienda väite teises osas ja millega soovitakse tõendada, et komisjon ei ole õiguslikult piisavalt tõendanud Telefónica kuritarvitamise tegelikku mõju.
- 393 Mis puudutab tegelikku jaeturult väljatõrjuvat mõju, siis kinnitab komisjon vaidlustatud otsuses, et eksisteeris empiirilisi tõendeid selle kohta, et esiteks oli Telefónica kasv oli ületanud kaugelt tema konkurentide oma (vaidlustatud otsuse põhjendused 567–570), teiseks, Telefónica oli jäänud kaugelt esimeseks ADSL teenuse pakkujaks massijaeturul kogu uurimise jooksul (vaidlustatud otsuse põhjendused 571–573), kolmandaks, erinevalt tema ADSL konkurentidest oli Telefónica saanud lairibaühenduse jaeturul suurema turuosa kui see, mis tal oli kitsasribaühenduse teenuse turul (vaidlustatud otsuse põhjendused 574–578), ja neljandaks piiras Telefónica tegevus konkurentsi üleriigilisel hulgiturul (vaidlustatud otsuse põhjendused 579–584). Komisjon kinnitab ka, et jaeturul alles jäänud piiratud konkurentsist üksi ei piisa selle fakti kummutamiseks, et hinnakruvil oli tegelik väljatõrjuv mõju (vaidlustatud otsuse põhjendused 585–591).
- 394 Esiteks, hagejad on seisukohal, et analüüsitaval perioodil vähenes Telefónica turuosa jaeturul oluliselt, mis ei ole kooskõlas väljatõrjumise strateegia arendamisega. Telefónica jaeteenuste osutamiseks võidetav klientide määr (vaidlustatud otsuse põhjendused 568–570) oli alati madalam Telefónica

turuosast sellel turul. Lisaks puudutasid andmed, millele komisjon tugineb, ainult jaeturu ADSL-i sektorit, välistades tooted, mis põhinesid muudel lairibaühenduse toodetel, mis kuulusid vaidlustatud otsuses antud määratluse kohaselt jaeturule.

- 395 Selles küsimuses tuleb kõigepealt märkida, et hagejad ei vaidle vastu vaidlustatud otsuse põhjendustes 568–570 esitatud andmetele. Viimaste kohaselt arenes Telefónica perioodil 2002. aasta jaanuarist 2004. aasta oktoobrini jaeturul neli korda kiiremini kui kõik tema ADSL konkurendid kokku ning vastavalt kuus ja neliteist korda kiiremini kui tema kaks peamist konkurenti. Lisaks tuleb Telefónicale omistada peaaegu 70% 2004. aasta viimase kvartali ja 2005. aasta esimese poolaasta ADSL turu arengust. Lõpuks, konkurentide eraldatud kohalikul kliendiliinil põhinevate jaepakkumiste jätkuv tõus ei takistanud Telefónicat haaramast endale enam kui 70% ADSL sektori uutest klientidest 2005. aasta aprillist kuni 2006. aasta juulini.
- 396 Edasi, vastupidi sellele, mida väidavad hagejad, tuleb toonitada, et Telefónica turuosa jaeturu ADSL sektoris oli rikkumise perioodil suhteliselt muutumatu (skeem 13) ning pärast vähenemist [*konfidentsiaalne*] ajavahemikul 2001. aasta detsembrist kuni 2002. aasta juulini langes see 58%-lt 2002. aasta juulis (ehk ainult kuus kuud pärast rikkumise perioodi algust) 56%-le rikkumise perioodi lõppemisel 2006. aasta detsembris. Hagejad ei saa seega väita, et nende turuosa jaeturu ADSL sektoris vähenes oluliselt.
- 397 Vastupidi sellele, mida väidavad hagejad, ei saa komisjonile ette heita, et ta uuris täpsemalt hinnakruvi mõju jaeturu ADSL sektorile. Nimelt esindas see sektor aastatel 2002–2006 72–78,7% lairibaliinidest Hispaanias (vaidlustatud otsuse põhjendused 39, 555 ja tabel 1). Lisaks puudutas hinnakruvi nimetatud sektorit otseselt, sest hinnakruvi kohaldati üleriigilisele ja piirkondlikule hulgitootetele, mis võimaldas alternatiivsetel ADSL operaatoritel pakkuda oma tooteid jaeturul.
- 398 Lõpuks, nagu juba eespool punktis 281 märgitud, võttis komisjon arvesse kaablioperaatorite olemasolu. Ta asus seisukohale, et hinnakruvi neid otseselt ei mõjutanud ning et nad ei tekitanud ka Telefónicale jaeturul piisavalt konkurentsipiiranguid (vaidlustatud otsuse põhjendused 559 ja 560).
- 399 Teiseks, hagejad väidavad, et komisjon ei põhjendanud oma seisukohta, mille kohaselt võttis hinnakruvi Telefónica konkurentidelt kõik rahalised vahendid (vaidlustatud otsuse põhjendused 587–591). Kuid selle seisukoha eesmärk oli vaid ümber lükata vastuväiteteatise vastuses esitatud Telefónica argument, et ta konkureeris tugevalt arvukate tõhusate konkurentidega (vaidlustatud otsuse põhjendus 585), mis Telefónica sõnul pani pani kahtlema selles, et hinnakruvil oli tegelik väljatõrjuv mõju. Kuna hagejad ei vaidle vastu vaidlustatud otsuse põhjenduses 588 esitatud järeldusele, et ühelgi ADSL operaatoril ei olnud enne 2005. aastat suuremat turuosa kui 1%, ei ole nende argument tulemuslik. Lisaks, vastupidi sellele, mida väidavad hagejad ja nagu märkis vaidlustatud otsuse põhjenduses 590 komisjon, ei olnud Jazztel võimeline saavutama Telefónica üleriigilise ja piirkondliku hulgitootete pinnalt suuremat turuosa kui 1%. Lõpuks, mis puudutab hagejate argumenti, et see, et muud operaatorid ostsid ära mitu alternatiivset operaatorit väga kõrge hinnaga, näitab alternatiivsete operaatorite suurt kasvuperspektiivi, siis ei tõenda see Telefónica tegevuse väljatõrjuva mõju puudumist rikkumise perioodil. Lisaks toimus Ya.com ost France Télécomi poolt, millele hagejad konkreetselt viitavad, 2007. aasta juunis. Seega leidis see aset pärast nimetatud perioodi.
- 400 Kolmandaks, komisjon moonutas nii andmeid kui ka kasvu määrasid jaeturul, et tõendada, et Telefónica tegevus piiras konkurentsi hulgiturul (vaidlustatud otsuse põhjendused 579–584). Kui hagejatelt kohtuistungil nende argumentatsiooni tähenduse ja ulatuse kohta küsiti, kinnitasid nad, et see ei puuduta kasvu määrasid jaeturul. Kuid komisjon viitas hulgiinide lisandumise määrale, võtmata arvesse omatarvet, mis tekib paljudel vertikaalselt integreeritud operaatoritel. Kuid seda argumenti, mida ei toeta tõendid, ei saa põhjendatuks pidada, sest vaidlustatud otsuse joonealuses märkuses nr 654, mis puudutab vaidlustatud otsuse põhjenduses 579 viidatud skeemi 18, on märgitud, et „[n]etosissetulek on arvatud liinide arengu alusel (sealhulgas omatarve) üleriigilisel hulgiturul”. Komisjon võttis seega tegelikult omatarvet arvesse.

- 401 Igal juhul tuleb märkida, et hoolimata asjaolust, et Telefónica kaotas vähesel määral oma turuosa üleriigilise hulgitoote tasemel (skeem 18), ei vaidle hagejad vastu komisjoni järeldustele, mille kohaselt Telefónica arenes perioodil 2002. aasta jaanuarist 2004. aasta oktoobrini üleriigilise hulgitoote osas kuus korda kiiremini kui kõik tema ADSL konkurendid kokku, kümme korda kiiremini kui tema peamine ADSL-i konkurent ONO ning 30 korda kiiremini kui tema teine ADSL-i konkurent France Télécom (vaidlustatud otsuse põhjendus 580). Lisaks nähtub vaidlustatud otsusest, et alates 2004. aasta oktoobrist jätkus Telefónica üleriigilise hulgitoote osas kasv kolm korda kiiremini kui kõikidel tema ADSL konkurentidel kokku, seitse korda kiiremini kui tema peamisel ADSL-i konkurendil France Télécomil ja kümme korda kiiremini kui tema teisel ADSL-i konkurendil Jazztelil. Lisaks vähenes viimati nimetatud perioodil müügiimaht Aunal, kes oli Telefónica peamine konkurent üleriigilisel hulgiturul (vaidlustatud otsuse põhjendus 581). Telefónica kasvu ADSL liinide turul üleriigilise hulgitoote tasemel ja Auna müügiimahu vähenemist üleriigilisel hulgiturul tuleb pidada aga tõendiks Telefónica konkurentidele avaldatava tegeliku väljatõrjuva mõju kohta.
- 402 Arvestades kõike eeltoodut ja ilma, et tuleks seisukohta võtta hagejate argumendi suhtes, milles väidetakse vastu lai- ja kitsasribahenduse teenuste võrdlusele, mille komisjon viis läbi vaidlustatud otsuse põhjendustes 574–578, tuleb järeldada, et komisjon on esitanud konkreetseid, usaldusväärseid ja piisavaid tõendeid, et tuvastada, et Telefónica tegevusel oli turul tegelik väljatõrjuv mõju.
- 403 Neljandaks, hagejad vaidlevad vastu tarbijale väidetavalt tekitatud kahjule. Nad ei nõustu komisjoni järeldusega, et Telefónica tegevus tõstis jaehindade taseme üheks kõrgemaks või lausa kõige kõrgemaks liidus ajal, mil see koosnes viieteistkümnest liikmesriigist, või jaehinnad lausa kõrgemale kui nende liikmesriikide kõrgeimad hinnad.
- 404 Tuleb märkida, et vaidlustatud otsuse põhjendustes 592–602 tegi komisjon järgmised järeldused:
- Majanduskoostöö ja Arengu Organisatsioon (OECD) järeldas 18. juuni 2004. aasta uurimuses, et Hispaanias on keskmine kuutasu interneti-lairibahenduse eest hinna ja teenuse suhte seisukohast üks kallimaid Euroopas, mida kinnitas ka Hispaania ühe tarbijakaitseliidu Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) uurimus (vaidlustatud otsuse põhjendus 594);
 - CMT poolt 2004–2006 läbi viidud analüüsid näitavad, et interneti-lairibahenduse jaehind Hispaanias oli kõrge ja selgelt kõrgem Euroopa keskmisest (vaidlustatud otsuse põhjendus 595);
 - üks Iirimaa RRA, Commission for Communications Regulation (ComReg) tellitud ja Teligen büroo poolt koostatud 2006. aasta uurimuses (edaspidi „2006. aasta uurimus”) järeldati, et Telefónica jaehinnad olid Euroopa keskmisest 85% kõrgemad (vaidlustatud otsuse põhjendused 596–601);
 - Telefónica arvutas tema enda andmete põhjal, et keskmine jaehind Hispaanias oli 20% kõrgem kui liidu – mis sel ajal koosnes viieteistkümnest liikmesriigist – keskmine hind (vaidlustatud otsuse põhjendus 602).
- 405 Ühest küljest leidsid hagejad hagiavalduses, et komisjon ei ole vaidlustatud otsuses tõendanud, et jaehinnad olid Hispaanias ühed Euroopa kõrgemad. Kuid nad vaidlesid vastu ainult 2006. aasta uurimuse tulemustele, väites, et võrdluse esemeks olevad pakkumised olid erinevad, et selles uurimuses ei võetud arvesse sooduspakkumisi ega kõige populaarsemate toodete hinda ja et kasutatud näidis sisaldas ainult viieteistkümmet riigi olukorda teatud hetkel. Nad ei väidelnud aga vastu muudele komisjoni viidatud uurimustele, mis tõendasid jaetoote kõrgeid hindu Hispaanias, mistõttu ei saa nende argumendiga nõustuda. Igal juhul, nagu toonitab ka komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 602, tunnistas Telefónica ka ise vastuväiteteatise vastuses, et lihtne liikmesriikide jaehindade võrdlus viib järelduseni, et „perioodil 1999–2005” olid jaehinnad Hispaanias kõige kõrgemad liidus, mis koosnes viieteistkümnest liikmesriigist.

- 406 Teisest küljest väitsid hagejad repliigis ja kohtuistungil, et ükski uurimus, millele komisjon viitas, ei vasta küsimusele, kas Hispaania tarbijad pidid nõustuma interneti lairibaühenduse kõrgemate jaehindadega konkurentsivastase hinnakruvi tõttu.
- 407 Eespool punktis 390 on siiski meenutatud, et komisjon pidi esitama konkreetseid, usaldusväärseid ja piisavaid tõendeid, mis võimaldavad hinnata tegelikku mõju, mis rikkumisel võis olla konkurentsile asjassepuutuval turul. Seega tuleb asuda seisukohale, et komisjon võis õigustatult järeldada, et kõrged jaehinnad Hispaanias on tõend Telefónica tegevuse tegeliku mõju kohta Hispaania turul.
- 408 Viiendaks, hagejad on seisukohal, et vaidlustatud otsuse põhjenduses 603 esitatud komisjoni järeldus, et Hispaanias oli lairibaühenduse levik alla Euroopa keskmist, on väär. Nad märgivad, et Hispaania positsioneerub vaid „kergelt” alla Euroopa keskmist, et seda arengut nähti ette juba 2001. aasta prognoosis põhjustatuna interneti lairibaühenduse hilisest arengust Hispaanias, või et seda järeldust selgitavad sotsiaaldemograafilised faktorid.
- 409 Kuigi on tõsi, et hagejad esitavad teatud argumente, mis võivad selgitada, miks see tase on alla Euroopa keskmist, ei vaidlusta nad seda, et see tase oli tõesti alla nimetatud keskmist. Tuleb asuda seisukohale, et komisjon tuvastas ilmset hindamisviga tegemata, et ka asjaolu, et Hispaanias oli lairibaühendus vähem levinud kui teistes liikmesriikides, oli tõend selle kohta, et Telefónica tegevus avaldas tegelikku mõju Hispaania turule.
- 410 Arvestades eespool esitatud kaalutlusi, ei ole tulemuslik ka hagejate teine põhiargument, mida kirjeldati eespool punktis 388.
- 411 Kolmandaks väidavad hagejad, et trahvi lähtesumma on liiga suur, kui arvestada väidetavalt asjassepuutuvate turgude geograafilist suurust.
- 412 Esiteks, tagasi tuleb lükata hagejate argumendid komisjoni otsustuspraktika kohta, mille kohaselt jõudis komisjon sidossektoris turgu valitseva seisundi kuritarvitamist käsitlevates otsustes iga kord järeldusele, et rikkumine on „raske”, kui asjassepuutuv turg oli sarnane Hispaania interneti lairibaühenduse turuga. Nimelt nagu on märgitud eespool punktis 386, ei saa komisjoni otsustuspraktika olla konkurentsi valdkonnas trahvide määramise õiguslik raamistik.
- 413 Teiseks, tagasi tuleb lükata hagejate argument asjaolu kohta, et rikkumine tuleb kvalifitseerida „raskeks” seetõttu, et „asjassepuutuv turg piirdus (kõige rohkem) ühe liikmesriigi territooriumiga”. Nimelt nagu komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 755 toonitas, on Hispaania lairibaühenduse turg suuruselt viies lairibaühenduse turg liidus lisaks asjaolule, et kui hinnakruvi piirdub tingimata ainult ühe liikmesriigiga, takistab see teistest liikmesriikidest operaatorite sisenemist tugeva tõusutrendiga turule. Lisaks, nagu toonitab komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 742, on Telefónica kuritarvitamine niisuguse ettevõtja selge kuritarvitamine, kes on praktiliselt monopoolses seisundis. Nagu nähtub ka eespool punktides 388–410, tuvastas komisjon õigesti, et Telefónica tegevusel oli märkimisväärne mõju jaeturule. Lõpuks, kohtupraktikast tuleneb, et turu geograafiline ulatus on 1998. aasta suuniste kohaselt vaid üks kolmest asjassepuutuvast kriteeriumist rikkumise raskuse terviklikul hindamisel. Neist üksteisest sõltuvatest kriteeriumidest on esmajärguline tähtsus rikkumise laadil. Seevastu turu geograafiline ulatus ei ole sõltumatu kriteerium selles tähenduses, et üksnes suuremat osa liikmesriike puudutavaid rikkumisi saab kvalifitseerida „väga raskeks”. EÜ asutamisleping, määrus nr 17, määrus nr 1/2003, 1998. aasta suuniste ega kohtupraktika ei võimalda järeldada, et üksnes geograafiliselt väga ulatuslikke piiranguid saab nii kvalifitseerida (vt selle kohta eespool punktis 319 viidatud kohtuotsus Raiffeisen Zentralbank Österreich jt vs. komisjon, punkt 311 ja seal viidatud kohtupraktika). Neid asjaolusid arvestades kvalifitseeris komisjon käesolevas asjas õigesti rikkumise „väga raskeks”, kuigi geograafiline turg piirdus Hispaania territooriumiga.
- 414 Hagejate kolmas põhiargument, nagu see on esitatud eespool punktis 411, tuleb seega tagasi lükata.

- 415 Neljandaks väidavad hagejad, et komisjon on rikkunud põhjendamiskohustust ja vääralt kohaldanud õigusnormi, jättes arvesse võtmata rikkumise raskusastme varieerumist rikkumise perioodil.
- 416 Esiteks, mis puudutab põhjendamiskohustust, siis nähtub kohtupraktikast, et konkurentsieeskirjade rikkumise eest trahvisumma kindlaksmääramisel on olulised vorminõuded – milleks on põhjendamiskohustus – täidetud, kui komisjon esitab oma otsuses tema kaalutluse aluseks olnud asjaolud, mis võimaldasid tal hinnata rikkumise raskusastet ja kestust (Euroopa Kohtu 16. novembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-291/98 P: *Sarrió vs. komisjon*, EKL 2000, lk I-9991, punkt 73, ja eespool punktis 150 viidatud kohtuotsus *Atlantic Container Line jt vs. komisjon*, punkt 1521). Need vorminõuded ei kohusta komisjoni oma otsuses esitama trahvide arvutusviisiga seotud arvandmeid (vt eespool punktis 58 viidatud kohtuotsus *Microsoft vs. komisjon*, punkt 1361 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 417 Käesolevas asjas asus komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 750 seisukohale, et „rikkumist tuleb pidada väga raskeks rikkumiseks”. Lisaks märkis komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 756 kõigepealt, et „esiteks tuleb rikkumine kvalifitseerida väga raskeks rikkumiseks, kuigi kogu arvesse võetud perioodi jooksul ei olnud selle raskus ühtne” ja seejärel, et „trahvi algsummas [võeti] arvesse asjaolu, et Telefónica kuritarvitamise raskus [oli] igal juhul muutunud selgemaks, eriti pärast otsust *Deutsche Telekom*”.
- 418 Selles küsimuses tuleb tagasi lükata hagejate argument põhjenduste väidetava vastuolu kohta, mis tuleneb asjaolust, et komisjon hinnangul oli rikkumine „väga raske”, kuigi enne 2003. aasta oktoobrit, otsuse *Deutsche Telekom* avaldamise aega, oleks see võinud olla kergem. Nimelt nagu nähtub vaidlustatud otsuse põhjendustest 738–758, tuvastas komisjon, et rikkumine oli „väga raske” kogu asjassepuutuval perioodil, kuigi see raskus ei olnud ühtne kogu nimetatud perioodi jooksul. Lisaks tuleb eespool punktis 416 viidatud kohtupraktikat arvestades tagasi lükata argument, et „konkreetselt „põhisumma” arvutusviisi kohta” puudub põhjendus täielikult.
- 419 Teiseks, tagasi tuleb lükata hagejate argument, mille kohaselt ei ole komisjon teinud rikkumise kvalifitseerimise ja trahvi lähtesumma kindlaksmääramise küsimustes järeltõlget eespool punktis 417 meenutatud seisukohtadest, sest ta oleks pidanud kvalifitseerima rikkumise mitte rohkem kui „raskeks” ja määrama oluliselt väiksema trahvi lähtesumma. See argument põhineb nimelt vääril eeldusel, kuna ühelt poolt tuleneb eespool esitatud arutluskäigust (vt eespool punktid 371–414), et komisjon asus õigele seisukohale, et rikkumine tuleb kogu asjassepuutuva perioodi osas kvalifitseerida „väga raskeks” rikkumiseks, ning teiselt poolt nähtub vaidlustatud otsuse põhjendustest 750 ja 760 selgelt, et olenemata sellest, et komisjon kvalifitseeris rikkumise „väga raskeks” kogu nimetatud perioodil, võttis ta tegelikult arvesse rikkumise intensiivsuse varieerumist trahvi lähtesumma arvutamisel (vt eespool punktid 27 ja 417).
- 420 Hagejate neljanda põhiargumentiga, nagu see on esitatud eespool punktis 388, ei saa seega nõustuda.
- 421 Eespool tuvastatust tuleneb, et teise väite esimene osa tuleb tervikuna tagasi lükata.
- Teise väite teine osa, et trahvi lähtesumma kindlaksmääramisel on rikutud proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise ja karistuste individualiseerituse põhimõtet ning põhjendamiskohustust
- 422 Käesolevas väites viitavad hagejad sellele, et komisjon on rikkunud proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise ja karistuste individualiseerituse põhimõtet ning põhjendamiskohustust trahvi lähtesumma kindlaksmääramisel.
- 423 Esiteks tuleb uurida hagejate põhiargumenti proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise ja karistuste individualiseerituse põhimõtte rikkumise kohta.

- 424 Esiteks, tuleb meenutada, et võrdse kohtlemise põhimõttega on vastuolus muu hulgas sarnaste olukordade käsitlemine erinevalt, välja arvatud juhul, kui selline kohtlemine on objektiivselt põhjendatud (vt selle kohta 10. jaanuari 2006. aasta otsus kohtuasjas C-344/04: IATA ja ELFAA, EKL 2006, lk I-403, punkt 95; 17. juuni 2010. aasta otsus kohtuasjas C-413/08 P: Lafarge vs. komisjon, EKL 2010, lk I-5361, punkt 40, ja Üldkohtu 1. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas T-276/04: Compagnie maritime belge vs. komisjon, EKL 2008, lk II-1277, punkt 92 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 425 Selleks et tõendada võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist, toonitavad hagejad käesolevas asjas erinevusi trahvi lähtesumma määramisel esiteks vaidlustatud otsuses ja teiseks mitmes komisjoni varasemas otsuses. Kuid nagu on meenutatud eespool punktis 386, ei saa komisjoni otsustuspraktika olla konkurentsi valdkonnas trahvide määramise õiguslik raamistik.
- 426 Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale ei saa ka asjaolu, et komisjon on minevikus kohaldanud teatava suurusega trahve teatavat tüüpi rikkumistele, veel võtta võimalust seda taset tõsta määruses nr 17 ja määruse nr 1/2003 kehtestatud piirides, kui see on vajalik ühenduse konkurentsipoliitika elluviimise tagamiseks (vt eespool punktis 59 viidatud kohtuotsus Dansk Røringindustri jt vs. komisjon, punkt 169 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 427 Vastupidi, liidu konkurentsiniormide tõhus kohaldamine eeldab, et komisjon saaks iga hetk kohandada trahvide taset vastavalt selle poliitika vajadustele. Seda kohandamist ei saa pidada komisjonipoolseks võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumiseks võrreldes tema varasema otsustuspraktikaga (vt eespool punktis 67 viidatud kohtuotsus Groupe Danone vs. komisjon, punkt 154 ja seal viidatud kohtupraktika). Seega ei saa käesolevas asjas tuvastata mingit võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist.
- 428 Teiseks, peab meeles pidama, et vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale nõuab liidu õiguse üldpõhimõtete hulka kuuluv proportsionaalsuse põhimõte, et liidu institutsioonide tegevus ei läheks kaugemale sellest, mis on asjaomaste õigusnormidega seatud legitiimsete eesmärkide saavutamiseks sobiv ja vajalik, ning juhul, kui on võimalik valida mitme sobiva meetme vahel, tuleb rakendada kõige vähem piiravat meetet, ning tekitatud piirangud peavad olema vastavuses seatud eesmärkidega (vt Euroopa Kohtu 12. juuli 2001. aasta otsus kohtuasjas C-189/01: Jippes jt, EKL 2001, lk I-5689, punkt 81 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 429 Trahvide arvestamise kontekstis tuleneb proportsionaalsuse põhimõttest, et komisjon peab määrama trahvi proportsionaalselt asjaolude alusel, mida ta võttis rikkumise raskusastme hindamiseks arvesse, ning et komisjon peab neid asjaolusid seejuures hindama seostatult ning objektiivselt põhjendades (vt Üldkohtu 27. septembri 2006. aasta otsus kohtuasjas T-43/02: Jungbunzlauer vs. komisjon, EKL 2006, lk II-3435, punkt 228 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 430 Kõigepealt tuleb meenutada, et komisjonil on määruse nr 1/2003 raames trahvisummade kindlaksmääramisel kaalutlusruum, et suunata ettevõtjate tegevust konkurentsieskirjadest kinnipidamisele (vt eespool punktis 67 viidatud kohtuotsus Groupe Danone vs. komisjon, punkt 134 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 431 Meeles peab pidama ka seda, et 1998. aasta suuniste punktis 1A sätestatud metodoloogia vastab ette kindlaks määratud kriteeriumide loogikale, mille kohaselt tuleb rikkumise raskuse alusel kindlaks määratud trahvi üldise lähtesumma arvutamisel arvesse võtta rikkumise laadi, selle tegelikku mõju turule, kui seda saab mõõta, ja asjakohase geograafilise turu suurust (Üldkohtu 6. mai 2009. aasta otsus kohtuasjas T-116/04: Wieland-Werke vs. komisjon, EKL 2009, lk II-1087, punkt 62).
- 432 Nagu nähtub eespool punktides 371–421, on komisjon käesolevas asjas kvalifitseerinud rikkumise „väga raskeks”. Arvestades esiteks asjaolu, et Telefónica kuritarvitamist tuleb pidada selgeks kuritarvitamiseks, mille sarnaseid on juba varem toime pandud ja mis seab ohtu sidevõrgustiku ja

-teenuste siseturu loomise, ning teiseks asjaolu, et sellel kuritarvitamisel oli märkimisväärne mõju Hispaania jaeturule (vaidlustatud otsuse põhjendused 738–757), ei saa trahvi lähtesummat suuruses 90 miljonit eurot pidada ebaoproportsionaalseks.

433 Kolmandaks, hagejad ei saa väita, et rikutud on karistuste individualiseerituse põhimõtet. Nimelt peab komisjon trahvisumma kindlaksmääramiseks rikkumise raskuse hindamisel jälgima, et tema tegevusel oleks hoiatav mõju, seda eelkõige rikkumiste puhul, mis eriti takistavad liidu eesmärkide saavutamist (vt eespool punktis 67 viidatud kohtuotsus *Groupe Danone vs. komisjon*, punkt 169 ja seal viidatud kohtupraktika). Hoiatav mõju peab olema samal ajal konkreetne ja üldine. Kuigi karistatakse individuaalse rikkumise eest, on trahv ka osa üldisest poliitikast, et ettevõtjad täidaksid konkurentsieeskirju (vt selle kohta eespool punktis 313 viidatud kohtuotsus *Musique Diffusion française jt vs. komisjon*, punkt 106). Kuigi on tõsi, et trahvil võib olla ka üldine hoiatav mõju teistele ettevõtjatele, kes kaaluvad konkurentsireeglite rikkumist, tuleneb vaidlustatud otsusest, et käesolevas asjas arvatati trahv Telefónica konkreetset olukorda arvesse võttes, st arvestades süüks pandud rikkumise raskust selle laadi seisukohast, selle mõju turule ja asjassepuutuva geograafilise turu ulatust, rikkumise kestust ja kergendava asjaolu esinemist. Seega ei saa hagejad väita, et trahvi üldine hoiatav mõju „oli trahvi esimene ja peamine eesmärk”.

434 Teiseks peab põhiargumendi osas, mis puudutab põhjendamiskohustuse rikkumist, meeles pidama, et nagu märgiti ka eespool punktis 416, on olulised vorminõuded – milleks on põhjendamiskohustus – täidetud, kui komisjon esitab oma otsuses tema kaalutluse aluseks olnud asjaolud, mis võimaldasid tal hinnata rikkumise raskusastet ja kestust, ilma et ta peaks oma otsuses esitama trahvide arvutusviisiga seotud üksikasju või arvandmeid. Need asjaolud on esitatud vaidlustatud otsuse põhjendustes 713–767. Lisaks on trahvi lähtesumma arvutamise juurde kuuluvat ette kindlaks määratud kriteeriumide loogikat meenutatud eespool punktis 431. Hagejate argument, mille kohaselt komisjon oleks pidanud vaidlustatud otsuses üksikasjalikult selgitama, kuidas ta trahvi lähtesumma 90 miljonit eurot kindlaks määras, tuleb seega tagasi lükata.

435 Lisaks, nagu on meenutatud eespool punktis 386, ei kujuta komisjoni otsustuspraktika endast konkurentsi valdkonnas trahvide määramise õiguslikku raamistikku, mistõttu ei saa hagejad komisjonile ette heita, et ta ei märkinud vaidlustatud otsuses põhjuseid, miks Telefónicale määratud trahvi lähtesumma oli oluliselt suurem kui otsuses *Wanadoo Interactive* määratud trahvi lähtesumma, ega seda, miks ta ei täpsustanud rohkem põhjuseid, miks oli käesolevas asjas õigustatud Telefónicale trahvi määramine, mille summa oli suurem kui otsuses *Deutsche Telekom* määratu (vt selle kohta eespool punktis 268 viidatud kohtuotsus *Michelin vs. komisjon*, punkt 255).

436 Arvestades kõike eeltoodut, tuleb tagasi lükata nii põhiargument, mille kohaselt on rikutud põhjendamiskohustust, kui ka teise väite teine osa tervikuna.

Teise väite kolmas osa, mis puudutab faktivigu ning õigusnormi ja põhjendamiskohustuse rikkumist trahvi lähtesumma suurendamisel hoiatamise eesmärgil

437 Käesolevas väite osas väidavad hagejad, et komisjon on teinud faktivigu ja rikkunud õigusnormi trahvi lähtesumma suurendamisel hoiatamise eesmärgil.

438 Kõigepealt tuleb meenutada, et vastavalt 1998. aasta suuniste punkti 1A neljandale lõigule on trahvi lähtesumma kindlaksmääramisel „vaja arvesse võtta rikkujate tegelikku majanduslikku suutlikkust põhjustada olulist kahju muudele turuosalistele, eeskätt tarbijatele, ja määrata trahvi suurus nii, et sellel oleks piisavalt hoiatav mõju”. Vastavalt punkti 1A viiendale lõigule võib komisjon arvesse võtta asjaolu, et „suurtel ettevõtjatel on tavaliselt olemas õigus- ja majandusteadmised ning infrastruktuurid, mis võimaldavad neil hõlpsamini kindlaks teha, et nende tegevus kujutab endast rikkumist, ja olla teadlikud rikkumise tagajärgedest, mis tulenevad konkurentsioigusest”.

- 439 Esiteks, mis puudutab hagejate argumenti, et hoiatamise eesmärgil trahvi suurendamist ei ole põhjendatud, tuleb märkida, et vaidlustatud otsuse põhjenduses 758 märkis komisjon, et „[v]õttes arvesse Telefónica olulist majanduslikku suutlikkust, tuleb selleks, et tagada piisavalt hoiatava mõjuga trahv, trahvi algsummat tõsta, kohaldades sellele kordajat 1,25”. Vaidlustatud otsuse joonealuses märkuses nr 791 täpsustas komisjon, et Telefónica oli pikka aega toiminud ja börsil kapitaliseerituse seisukohast Euroopa kõige suurem sideoperaator ning et tema vahendid ja kasum olid märkimisväärsed. Ta märkis ka, et vastavalt Telefónica avaldustele, mille ta tegi United States Securities and Exchange Commissionile (Ühendriikide väärtpaberite ja börsi komisjon) 2006. aasta majandusaasta kohta, oli Telefónica raha ja lühiajaliste rahaliste investeeringute reserv seisuga 31. detsember 2006 5 472 miljonit eurot, tema 2006. aasta majandusaasta kasum 6 579 miljonit eurot ning tulu 52 901 miljonit eurot. Seega oli õiguslikult põhjendatud trahvisumma suurendamine hoiatamise eesmärgil.
- 440 Teiseks tuleb tagasi lükata hagejate argumendid, mille kohaselt esiteks oleks komisjon pidanud kontrollima, kas trahvi lähtesumma 90 miljonit eurot oli juba iseenesest piisavalt hoiatav, ilma et seda tuleks suurendada, ning teiseks oleks hoiatamise eesmärgil trahvi suurendamise vajadus tulnud kindlaks teha pärast trahvi lõppsumma arvutamist. Selle kohta tuleb märkida, et hagejad ei vaidle vastu 1998. aasta suuniste õiguspärasusele, mille kohaselt on trahvi hoiatava mõju arvessevõtmine üks teguritest, mille alusel trahvi lähtesumma kindlaks määratakse. Seega tuleb asuda seisukohale, et komisjon võis õigustatult järeldada, et oluline majanduslik suutlikkus, mis oli Telefónica kui vaidlustatud otsuse vastuvõtmise ajal pikaajaliselt toiminud ja börsil kapitaliseerituse seisukohast kõige suuremal sideoperaatoril (vaidlustatud otsuse põhjendus 758 ja joonealune märkus 791), õigustas hoiatamise kordaja kohaldamist, seda enam, et hagejad ei vaidle vastu asjaolule, et trahvi lähtesumma moodustas käesolevas asjas vaid 0,17% Telefónica käibest.
- 441 Kolmandaks, hagejad tuginevad komisjoni otsustuspraktikale, et tõendada, et komisjon on hoiatamise eesmärgil rikkunud trahvi lähtesumma suurendamisel proportsionaalsuse ja võrdse kohtlemise põhimõtet. Telefónica rahaline suutlikkus ei õigusta nimelt seda, et teda koheldakse erinevalt ettevõtjatest Wanadoo Interactive ja Deutsche Telekom, kelle suhtes komisjon hoiatamise eesmärgil kordajat ei kohaldanud. See argument tuleb aga tagasi lükata, kuna nagu on mainitud eespool punktis 386, ei saa komisjoni otsustuspraktika olla konkurentsi valdkonnas trahvide määramise õiguslik raamistik. Ainult niisugune järeldus üksi, et komisjon suurendas käesolevas asjas hoiatamise eesmärgil Telefónicale määratud trahvi, samas kui sel eesmärgil ei suurendatud trahve otsustes Wanadoo Interactive ja Deutsche Telekom, ei saa seega põhjustada võrdse kohtlemise ja proportsionaalsuse põhimõtete rikkumist. See hagejate põhiargument tuleb seega tagasi lükata.
- 442 Neljandaks, karistuste individualiseerituse põhimõtte rikkumise argumenti küsimuses piisab viitest eespool punktis 433 esitatud arutluskäigule.
- 443 Kõigist eespool esitatud kaalutlustest tuleneb, et hagejate argumendid, mille kohaselt on komisjon hoiatamise eesmärgil Telefónicale määratud trahvi lähtesumma suurendamisel teinud mitu viga, ei ole põhjendatud, mistõttu teise väite kolmas osa tuleb tagasi lükata.
- Teise väite neljas osa, mille kohaselt on rikutud õigusnormi ja tehtud ilmne hindamisviga rikkumise kvalifitseerimisel „pikaajaliseks” rikkumiseks
- 444 Väite käesolevas osas kinnitavad hagejad, et komisjon on rikkunud õigusnormi ja teinud faktide hindamisel ilmseid vigu rikkumise alg- ja lõppkuupäeva määramisel.
- 445 Tuleb meele pidada, et vastavalt määruse nr 23 artikli 23 lõikele 3 on rikkumise kestus üks asjaoludest, mida tuleb konkurentsieeskirju rikkunud ettevõtjatele trahvi määramisel arvesse võtta.

- 446 Mis puudutab rikkumise kestuse tegurit, siis 1998. aasta suunistes eristatakse lühiajalisi rikkumisi (üldiselt lühemad kui üks aasta), mille puhul raskusastme põhjal määratud trahvi lähtesummat ei suurendata, keskmise kestusega rikkumisi (üldiselt kestavad üks kuni viis aastat), mille puhul seda summat võib suurendada kuni 50%, ja pikaajalisi rikkumisi (üldiselt pikemad kui viis aastat), mille puhul seda summat võib suurendada kuni 10% iga aasta kohta (1998. aasta suuniste punkti 1B esimese lõigu esimene kuni kolmas taane).
- 447 Esiteks vaidlevad hagejad vastu sellele, kuidas vaidlustatud otsuse põhjenduses 759 on määratud kindlaks rikkumise alguse aeg.
- 448 Esiteks, põhjustel, mis on välja toodud eespool punktides 356–369, tuleb tagasi lükata hagejate argument, mille kohaselt Telefónica ei saanud enne 2003. aasta oktoobrit teada, et tema tegevus võib olla käsitatav EÜ artikli 82 rikkumisena.
- 449 Teiseks, tuleb meenutada, et hagejate argumendid selle kohta, et trahvi lähtesumma kindlaksmääramisel ei võetud arvesse rikkumise intensiivsuse varieerumist, on eespool punktis 419 tagasi lükatud.
- 450 Kolmandaks, hagejate argumentides, mille kohaselt õigustab rikkumise intensiivsuse varieerumine trahvi täiendavat vähendamist selle rikkumise kestuse alusel, aetakse segamini rikkumise raskuse ja kestuse kriteeriumid, mis on ette nähtud määruse nr 1/2003 artikli 23 lõikes 3 ja 1998. aasta suunistes. Nimelt seavad nad oma argumentatsioonis kahtluse alla trahvi lähtesumma suurendamise 10% aasta kohta, viidates asjaoludele, mis on seotud rikkumise raskuse hindamisega, mida nad ei ole ka tõendanud (vt eespool punkt 419). Kuna trahvisummat suurendatakse selle kestuse alusel nii, et trahvi lähtesummale kohaldatakse teatud protsenti, mis määratakse kindlaks kogu rikkumise raskusastme põhjal ja mis väljendab seega juba rikkumise erineva intensiivsusega perioode, ei tule rikkumise kestuse alusel selle summa suurendamisel võtta arvesse rikkumise erinevat intensiivsust asjassepuutuval perioodil (Üldkohtu 28. aprilli 2010. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-456/05 ja T-457/05: Gütermann ja Zwicky vs. komisjon, EKL 2010, lk II-1443, punkt 159). Samal põhjusel tuleb tagasi lükata argument, mis on seotud asjaoluga, et ajavahemikul 26. juulist 2001 kuni 21. detsembrini 2006 kontrollis CMT Telefónica marginaale, ja argument, mis põhineb Hispaania turu kasvul ning Telefónica suurtel investeeringutel sellel turul.
- 451 Teiseks tuleb rikkumise lõppemise aja kindlaksmääramise osas märkida, et hagejate ainus argument põhineb asjaolul, et hinnakruvi tuvastamiseks tugines komisjon ainult andmetel, mis puudutasid perioodi 2001. aastast 2006. aasta juunini. Kuid hagejad ei vaidle vastu vaidlustatud otsuse põhjenduses 124 esitatud komisjoni seisukohale, et üleriigilise ja piirkondliku hulgitooote hinnad jäid muutumatuks perioodil, mis jäi CMT 1. juuni 2006. aasta otsuse – sellel kuupäeval muutis CMT piirkondlikule ja üleriigilisele hulgitoootele kohaldatavat hinnaregulatsiooni, sundides Telefónicat neid siduma kuludega (vaidlustatud otsuse põhjendus 123) – ja 21. detsembri 2006. aasta otsuse vahele – kuupäev, mil CMT võttis vastu ajutised meetmed, mis nägid ette nende toodete hinna olulise languse, kusjuures piirkondliku hulgitooote hinda vähendati suurusjärgus 22–54% ja üleriigilise hulgitooote (ADSL-IP) hinda vähendati suurusjärgus 24–61%. Lisaks ei vaidle nad vastu vaidlustatud otsuse põhjenduses 62 esitatud järeldusele, et vaidlustatud otsuse vastuvõtmise ajal ei olnud TESAÜ jaehinnad muutunud alates 2001. aasta septembrist. Nad ei väida ka, et mingi muudatus toimus kuludes, mida komisjon käesolevas asjas arvesse võttis. Seega võib asuda seisukohale, et rikkumine lõppes 21. detsembril 2006 (vt ka põhjendus 747).
- 452 Neid asjaolusid arvestades ja kuna tuleb asuda seisukohale, et hagejad ei saa põhjendatult tugineda vaidlusaluse rikkumise kestusele, et nõuda Telefónicale määratud trahvi vähendamist vähemalt 20%, tuleb teise väite neljas osa tagasi lükata.

Teise väite viies osa, et kergendavate asjaolude arvessevõtmisel on rikutud õigusnormi ja tehtud faktivigu

- 453 Kõigepealt tuleb meenutada, et 1998. aasta suunistest tuleneb, et trahvi põhisummat võib vähendada, kui rikkumine on toime pandud hooletusest, mitte tahtlikult (punkti 3 esimese lõigu viies taane).
- 454 Samuti tuleb märkida, et vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale tuleb seda, kas trahvi võimalik vähendamine kergendavate asjaolude alusel on asjakohane, hinnata igakülgset, võttes arvesse kõiki asjassepuutuvaid asjaolusid (Üldkohtu 8. juuli 2004. aasta otsus kohtuasjas T-44/00: Mannesmannröhren-Werke vs. komisjon, EKL 2004, lk II-2223, punkt 274).
- 455 1998. aasta suuniste vastuvõtmine ei ole muutnud asjakohatuks kohtupraktikat, mille kohaselt on komisjonil kaalutusõigus, mis võimaldab tal määratavate trahvide kindlaksmääramisel võtta arvesse teatud elemente või need arvestamata jätta, pidades muu hulgas silmas juhtumi asjaolusid. Sellest, et nimetatud suunised ei sisalda kohustuslikku sätet nende kergendavate asjaolude kohta, mida võib arvesse võtta, tuleb järeldada, et komisjonil säilib teatav kaalutusõigus hinnata igakülgset seda, millisel määral on võimalik kergendavate asjaolude alusel trahvisummasid vähendada (eespool punktis 319 viidatud kohtuotsus Raiffeisen Zentralbank Österreich jt vs. komisjon, punkt 473).
- 456 Käesolevas asjas tuvastas komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 765 CMT reguleeriva sekkumise kohta piirkondliku hulgitoo hinna suhtes, et Telefónica tegutses hooletult, sest isegi talle soodsa tõlgenduse korral, mille kohaselt ta võis alguses uskuda, et CMT mudel põhineb realistlikel hinnangutel, pidi ta või oleks ta pidanud kiiresti aru saama, et tegelik kulu ei vasta CMT prognoosivas analüüsis kasutatud hinnangutele (vt ka põhjendused 727–730). Seetõttu otsustas komisjon Telefónica trahvi kergendavate asjaolude esinemise tõttu vähendada 10% (vaidlustatud otsuse põhjendus 766).
- 457 Esiteks on hagejad seisukohal, et komisjon ei ole piisavalt arvesse võtnud asjaolu, et rikkumine võidi osaliselt toime panna hooletuse tõttu.
- 458 Esiteks, tagasi tuleb lükata hagejate argument, et komisjon on teinud hindamisvea, leides, et Telefónica hooletus puudutas ainult piirkondlikku hulgitoodet. Nimelt nagu nähtub eespool punktides 110–143, järeldas komisjon õigesti, et üleriigiline ja piirkondlik hulgitoo ei kuulu samale turule. Lisaks, kuna üleriigilise hulgitoo hinda rikkumise perioodil ühelgi hetkel ei reguleeritud, asus komisjon õigesti seisukohale, et Telefónica hooletusega seotud kergendav asjaolu puudutas vaid piirkondlikku hulgitoodet. Asjaolu, et esineb tegevussektori eriregulatsioon, mis võimaldas CMT-l Telefónica üleriigilise hulgitoo tasemel sekkuda, ei ole asjassepuutuv, kuna kohtupraktikast tuleneb, et kuigi ei ole välistatud, et teatud olukorras võib siseriiklik õigus või siseriiklike ametiasutuste käitumine olla kergendav asjaolu, ei saa võtta arvesse rikkumise heakskiitmist või lubamist siseriikliku ametiasutuse poolt, eriti kui arvestada asjassepuutuvate ettevõtjate käsutuses olevaid vajalikke vahendeid täpse ja õige õigusliku teabe saamiseks (Euroopa Kohtu 24. septembri 2009. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P ja C-137/07 P: Erste Group Bank jt vs. komisjon, EKL 2009, lk I-8681, punktid 228 ja 230).
- 459 Teiseks, eespool punktides 343–352 esitatud põhjustel tuleb tagasi lükata hagejate argumendid, mille kohaselt on komisjon teinud vea, leides, et Telefónica hooletus oli väga raske, arvestades tema õiguspärast ootust CMT tegevuse suhtes ja asja keerukust.
- 460 Kolmandaks, kuigi hagejad on seisukohal, et kergendava asjaolu esinemise tõttu trahvi vähendamine 10%, mida kohaldati asjassepuutuvale ettevõtjale otsuses Deutsche Telekom, ei ole käesolevas asjas piisav esiteks seetõttu, et Telefónica määrati suurem põhisumma ja teiseks seetõttu, et Hispaania toimib tegevusvaldkonna eriregulatsioon erinevalt, ei saa selle argumendiga nõustuda. Kõigepealt, nagu on märgitud eespool punktis 386, ei ole komisjoni otsustuspraktika konkurentsi valdkonnas trahvide määramise õiguslik raamistik. Edasi, liidu kohus on juba toonitanud, et ainuüksi asjaolu, et oma varasemas otsustuspraktikas on komisjon teatava käitumise korral võimaldanud teatavat trahvi

vähendamist, ei tähenda veel, et tal on kohustus vähendada trahvi proportsionaalselt sama palju sarnase käitumise hindamisel hilisemas haldusmenetluses (eespool punktis 59 viidatud kohtuotsus Dansk Rørindustri jt vs. komisjon, punkt 192). Seega tuleb käesolevas asjas asuda seisukohale, et ainult asjaolu, et komisjon otsustas otsuses Deutsche Telekom kohaldada teatava asjaolu tõttu teatud trahvi vähendamise määra, ei tähenda, et ta on kohustatud kohaldama sama vähendamise määra või ka proportsionaalselt suuremat määra kergendavate asjaolude hindamisel käesolevas asjas. Seetõttu on asjassepuutumatud hagejate argumendid, mis põhinevad otsuses Deutsche Telekom kohaldatud trahvi vähendamise määral, selleks et tõendada, et Telefónica suhtes oleks tulnud kohaldada suuremat vähendamise määra kergendavate asjaolude esinemise tõttu. Lõpuks, igal juhul tuleb meenutada, et vastavalt 1998. aasta suunistele määratakse trahvi põhisumma rikkumise raskuse ja kestuse alusel. Komisjon ei saanud seega olla kohustatud seda arvesse võtma kergendava asjaoluna ettevõtja trahvi vähendamise määra kindlaksmääramisel.

- 461 Teiseks piisab käesoleva kohtuasja väidetava uudsuse küsimuses viitest eespool punktidele 356–368.
- 462 Eespool esitatud kaalutlustest tuleneb, et teise väite viies osa tuleb tagasi lükata, nii nagu ka nimetatud väide tervikuna.
- 463 Eeltoodust tuleneb, et tagasi tuleb lükata nii teise võimalusena esitatud nõue kui ka hagiavaldus tervikuna.

Kohtukulud

- 464 Kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud.
- 465 Kuna hagejad on kohtuvaidluse kaotanud, tuleb nende kohtukulud jätta nende endi kanda ning neilt välja mõista komisjoni, France Telecomi, Ausbanci ja ECTA kohtukulud, nagu viimased on seda nõudnud.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (kaheksas koda)

otsustab:

- 1. Jätta hagi rahuldamata.**
- 2. Jätta Telefónica, SA ja Telefónica de España, SA kohtukulud nende endi kanda ja mõista neilt välja Euroopa Komisjoni, France Telecom España, SA, Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) ja European Competitive Telecommunications Associationi kohtukulud, nagu viimased on seda nõudnud.**

Truchot

Martins Ribeiro

Kanninen

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 29. märtsil 2012 Luxembourgis.

Allkirjad

Sisukord

Hagejad	2
Haldusmenetlus	2
Vaidlustatud otsus	3
Menetlus ja poolte nõuded	6
Õiguslik käsitlus	8
A – Hagejate nende argumentide vastuvõetavus, mis on väidetavalt esitatud lisades	8
B – Sisulised küsimused	9
1. Peamine nõue, millega palutakse vaidlustatud otsus tühistada	10
a) Liidu kohtu kontrolli ulatus ja tõendamiskoormis	10
b) Esimene väide, et rikutud on kaitseõigusi	11
c) Teine väide, mille kohaselt on tehtud faktivigu ja kohaldatud väärtalt õigusnormi asjakohaste hulgiturgude kindlaksmääramisel	16
d) Kolmas väide, mis puudutab faktivigu ja õigusnormi väära kohaldamist Telefónica väidetava turgu valitseva seisundi tuvastamisel asjakohastel turgudel	22
e) Neljas väide, et EÜ artikli 82 kohaldamisel on rikutud õigusnormi seoses Telefónica väidetavalt kuritarvitava tegevusega	25
f) Viies väide, mille kohaselt on tehtud faktivigu ja/või faktide hindamise vigu ning rikutud õigusnormi seoses Telefónica väidetava kuritarvitava tegevuse ja selle konkurentsivastase mõjuga	29
Viienda väite esimene osa, mille kohaselt on hinnakruvi testi kohaldamisel tehtud faktivigu ja/või faktide hindamise vigu	29
– Väite esimese osa esimene põhiargument, mille kohaselt on tehtud viga hulgisisendite valikus	29
– Viienda väite esimese osa teine põhiargument, et DCF analüüsi teostamisel on tehtud vigu ja et see on puudulik	31
– Viienda väite esimese osa kolmas põhiargument, mis puudutab „periood perioodilt” analüüsis tehtud vigu	34
Viienda väite teine osa, mille kohaselt ei ole komisjon õiguslikult piisavalt tõendanud uuritava tegevuse tõenäolist või tegelikku mõju	39
g) Kuues väide, mille kohaselt on kohaldatud ultra vires EÜ artiklit 82 ning rikutud subsidiaarsuse, proportsionaalsuse, õiguskindluse, lojaalse koostöö ja hea halduse põhimõtet	42
Kuuenda väite esimene osa, mis puudutab EÜ artikli 82 ultra vires kohaldamist	42

Kuuenda väite teine osa, mille kohaselt on rikutud subsidiaarsuse, proportsionaalsuse ja õiguskindluse põhimõtet	43
Kuuenda väite kolmas osa, mille kohaselt on rikutud lojaalse koostöö ja hea halduse põhimõtet	45
2. Teise võimalusena esitatud nõue, milles palutakse trahv tühistada või selle summat vähendada ..	46
a) Esimene väide, mille kohaselt on tehtud faktivigu ja faktide hindamise viga, kohaldatud vääralt õigusnormi, rikutud määruse nr 17 artikli 15 lõiget 2 ja määruse nr 1/2003 artikli 23 lõiget 2 ning õiguskindluse ja õiguspärase ootuse põhimõtet	47
b) Teine väide, mille kohaselt on trahvisumma kindlaksmääramisel tehtud faktivigu ja vääralt kohaldatud õigusnormi ning rikutud proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise, karistuste individualiseerituse põhimõtet ning põhjendamiskohustust	53
Teise väite esimene osa, mis puudutab faktivigu ja õigusnormi väärast kohaldamist ning põhjendamiskohustuse rikkumist rikkumise „väga raskeks” rikkumiseks kvalifitseerimisel ja 90 miljoni euro suuruse lähtesumma määramisel	54
Teise väite teine osa, et trahvi lähtesumma kindlaksmääramisel on rikutud proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise ja karistuste individualiseerituse põhimõtet ning põhjendamiskohustust	60
Teise väite kolmas osa, mis puudutab faktivigu ning õigusnormi ja põhjendamiskohustuse rikkumist trahvi lähtesumma suurendamisel hoiatamise eesmärgil	62
Teise väite neljas osa, mille kohaselt on rikutud õigusnormi ja tehtud ilmne hindamisviga rikkumise kvalifitseerimisel „pikaajaliseks” rikkumiseks	63
Teise väite viies osa, et kergendavate asjaolude arvessevõtmisel on rikutud õigusnormi ja tehtud faktivigu	65
Kohtukulud	66