



Oikeustapauskokoelma

UNIONIN YLEISEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kahdeksas jaosto)

29 päivänä maaliskuuta 2012*

Kilpailu — Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö — Espanjan laajakaistapohjaisten internetyhteyksien markkinat — Päätös, jolla todetaan EY 82 artiklan rikkominen — Hintojen vahvistaminen — Hintaruuvi — Markkinoiden määrittely — Määräävä markkina-asema — Väärinkäyttö — Marginaalien puristamisen laskenta — Väärinkäytön vaikutukset — Komission toimivalta — Puolustautumisoikeudet — Toissijaisuus — Suhteellisuus — Oikeusvarmuus — Vilpitön yhteistyö — Hyvän hallinnon periaate — Sakot

Asiassa T-336/07,

Telefónica, SA, kotipaikka Madrid (Espanja)

Telefónica de España, SA, kotipaikka Madrid,

Edustajinaan aluksi asianajajat F. González Díaz ja S. Sorinas Jimeno, sittemmin González Díaz,

kantajina,

vastaan

Euroopan komissio, asiamiehinnään F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier ja K. Mojzesowicz,

vastaajana,

jota tukevat

France Telecom España, SA, kotipaikka Pozuelo de Alarcón (Espanja), edustajinaan asianajajat S. Martínez Lage, H. Brokelmann ja M. Ganino,

Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), kotipaikka Madrid, edustajinaan asianajajat L. Pineda Salido ja I. Cámara Rubio,

ja

European Competitive Telecommunications Association, kotipaikka Wokingham (Yhdistynyt kuningaskunta), edustajinaan asianajajat M. Di Stefano ja A. Salerno,

väliintulijoina,

* Oikeudenkäyntikieli: espanja.

jossa on kyse EY:n perustamissopimuksen 82 artiklan soveltamismenettelystä (asia COMP/38.784 – Wanadoo España v. Telefónica) 4.7.2007 tehdyn komission päätöksen K(2007) 3196 lopullinen kumoamista koskevasta vaatimuksesta ja toissijaisesti kantajille määrätyn sakon kumoamista tai sen määrän alentamista koskevasta vaatimuksesta,

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (kahdeksas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja L. Truchot sekä tuomarit M.E. Martins Ribeiro (esittelevä tuomari) ja H. Kanninen,

kirjaaja: johtava hallintovirkamies J. Palacio González,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 23.5.2011 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Kantajien esittely

- 1 Käsiteltävänä olevan asian kantaja Telefónica SA on Telefónica-konsernin, joka oli aikaisemmin valtion monopoli televiestintäalalla Espanjassa, emoyhtiö. Aikana, jota [EY] 82 artiklan mukaisesta menettelystä 4.7.2007 tehty komission päätös K(2007) 3196 lopullinen (asia COMP/38.784 – Wanadoo España vastaan Telefónica) (jäljempänä riidanalainen päätös) koskee, eli syyskuun 2001 ja joulukuun 2006 välisenä aikana Telefónica tarjosi laajakaistayhteyksiä tytäryhtiönsä Telefónica de España SAU:n (jäljempänä TESAU), joka on myös kantajana käsiteltävänä olevassa asiassa, sekä kahden muun tytäryhtiönsä Telefónica Data de España SAU:n ja Terra Networks España SA:n, jotka sulautuivat TESAUn kanssa 30.6.2006 ja 7.7.2006 (riidanalaisen päätöksen 11, 13 ja 19–21 perustelukappale), välityksellä. Telefónica ja sen tytäryhtiöt (jäljempänä yhdessä Telefónica) muodostivat yhden ja saman taloudellisen yksikön koko sen ajan, jota tutkimus koskee (riidanalaisen päätöksen 12 perustelukappale).
- 2 Ennen televiestintämarkkinoiden täydellistä vapauttamista vuonna 1998 Telefónica oli Espanjan valtion hallussa ja sillä oli laillinen monopoli kiinteään puhelinlinjaan perustuvien televiestintäpalvelujen vähittäismarkkinoilla. Nykyisin se pitää yllä ainoata valtakunnanlaajuista kiinteää puhelinverkkoa (riidanalaisen päätöksen 13 perustelukappale).

Hallinnollinen menettely

- 3 Wanadoo España SL (josta on tullut France Telecom España SA) teki 11.7.2003 Euroopan yhteisöjen komissiolle kantelun, jossa se väitti, ettei Telefónican tytäryhtiöiden kilpailijoiltaan laajakaistayhteyksien tukkutarjonnasta Espanjassa perimien hintojen ja niiden loppukäyttäjien soveltamien vähittäishintojen välinen marginaali ollut riittävä siihen, että Telefónican kilpailijat voisivat kilpailla sen kanssa (riidanalaisen päätöksen 26 perustelukappale).
- 4 Analysoituaan kantelua ja saatuaan lisätietoja komissio osoitti 20.2.2006 Telefónicalle väitetiedoksiannon. Tämä vastasi siihen 19.5.2006. Kuulemistilaisuus pidettiin 12. ja 13.6.2006 (riidanalaisen päätöksen 27 ja 30 perustelukappale).

- 5 Komissio lähetti 11.1.2007 Telefónicalle kirjeen, jossa se kehotti tätä toimittamaan huomautuksensa päätelmistä, jotka komissio aikoi tehdä uusista, väitetiedoksiannossa mainitsemattomista tosiseikoista (jäljempänä tosiseikkoja koskeva kirje). Telefónica vastasi kehotukseen 12.2.2007 (riidanalaisen päätöksen 31 perustelukappale).

Riidanalainen päätös

- 6 Komissio teki 4.7.2007 riidanalaisen päätöksen, jota käsiteltävänä oleva kanne koskee.
- 7 Komissio yksilöi riidanalaisen päätöksen ensimmäisessä osassa kolmet kyseessä olevien tuotteiden markkinat eli laajakaistayhteyksien vähittäismarkkinat ja kahdet laajakaistayhteyksien tukkumarkkinat (riidanalaisen päätöksen 145–208 perustelukappale).
- 8 Kyseessä olevat vähittäismarkkinat käsittävät riidanalaisen päätöksen mukaan kaikki erottelemattomat laajakaistatuotteet riippumatta siitä, perustuiko yhteys ADSL:ään (Asymmetric Digital Subscriber Line, epäsymmetrinen digitaalinen tilaajayhteys) tai mihin tahansa muuhun teknologiaan, jota tarjotaan ”suuren yleisön markkinoilla” kotimaisille ja ulkomaisille käyttäjille. Ne eivät sen sijaan käsitä pääasiallisesti ”suurkäyttöön” tarkoitettuja yksilöityjä laajakaistayhteyspalveluja (riidanalaisen päätöksen 153 perustelukappale).
- 9 Komissio totesi tukkumarkkinoista, että käytettävissä oli kolme pääasiallista tukkutarjontamuotoa eli tilaajayhteyksien eriytettyä tarjontaa koskeva viitetarjous, jota tarjosi ainoastaan Telefónica, alueellinen tukkutarjous (GigADSL, jäljempänä alueellinen tukkuotuote), jota myös tarjosi ainoastaan Telefónica, sekä useita valtakunnallisia tukkutarjouksia, joita tarjosivat sekä Telefónica (ADSL-IP ja ADSL-IP Total, jäljempänä valtakunnallinen tukkuotuote) että muut operaattorit ja jotka perustuivat tilaajayhteyksien eriytettyyn tarjontaan ja/tai alueelliseen tukkuotuotteeseen (riidanalaisen päätöksen 75 perustelukappale).
- 10 Esillä olevassa asiassa kyseessä olevien tukkumarkkinoiden määrittelemiseksi komissio arvioi, kuuluivatko edellisessä kohdassa kuvatut tukkuyhteydet samoille vai eri tuotemarkkinoille (riidanalaisen päätöksen 162 perustelukappale).
- 11 Komissio katsoi tältä osin aluksi, etteivät alueellinen tukkuotuote ja tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta olleet toisiaan korvaavia (riidanalaisen päätöksen 163–182 perustelukappale). Perustellakseen tätä toteamusta komissio viittasi kysyntäpuolen korvattavuuden osalta verkon käyttöönottoon liittyviin merkittäviin investointeihin (riidanalaisen päätöksen 163 ja 164 perustelukappale) ja näiden kahden tukkumarkkinatyypin toiminnallisiin eroihin (riidanalaisen päätöksen 165 perustelukappale). Komissio katsoi myös, etteivät nämä tuotteet korvanneet toisiaan tarjontapuolella, koska tämä edellyttäisi sitä, että vaihtoehtoinen operaattori kykenee tarjoamaan samanlaisen tilaajayhteyksien verkon kuin Telefónica Espanjan koko alueella, mikä olisi taloudellisesti mahdotonta kohtuullisessa ajassa (riidanalaisen päätöksen 167 perustelukappale).
- 12 Tämän jälkeen komissio katsoi, etteivät alueellinen ja valtakunnallinen tukkuotuote korvanneet riittävästi toisiaan (riidanalaisen päätöksen 183–195 perustelukappale), ja täsmensi, etteivät täsmälliset rajat alueellisten ja valtakunnallisten markkinoiden välillä olleet ratkaisevia, kun otetaan huomioon Telefónican määräävä markkina-asema jokaisella näistä markkinoista (riidanalaisen päätöksen 195 perustelukappale). Kysyntäpuolen korvattavuudesta se katsoi, että vaihtoehtoisen operaattorin, joka haluaa tarjota valtakunnallisesti vähittäismyyntitason ADSL-palveluja käyttäen alueellista tukkuotuotetta, on vastattava toistuvista ja ennakkoon maksettavista merkittävistä kustannuksista, jotka aiheutuvat Telefónican verkon 109 yhteyspisteeseen kytkeytymisen mahdollistavan verkon käyttöönotosta ja kunnossapidosta (riidanalaisen päätöksen 183 perustelukappale). Lisäksi komissio katsoi, että siirtyminen alueellisesta tukkuotuotteesta valtakunnalliseen tukkuotuotteeseen ei ole taloudellisesti järkevää, sillä olisi epäloogista ja epätodennäköistä, että operaattorit, jotka ovat jo

- investoineet verkon käyttöönottoon, vastaisivat kustannuksesta, joka aiheutuu verkon käyttämättä jättämisestä ja valtakunnallisen verkon käyttämisestä, joka ei tarjoa niille samoja mahdollisuuksia valvoa vähittäistuotteen palvelun laatua kuin alueellinen tukkuotuote (riidanalaisen päätöksen 187 perustelukappale). Tarjontapuolen korvattavuudesta komissio totesi, että vaikka operaattori, joka haluaa tarjota valtakunnallista tukkuotetta, voikin tehdä sen alueellisen tukkuotteen pohjalta, mikä merkitsee huomattavia investointeja, nämä investoinnit eivät ole samassa suhteessa investointeihin, joita tarvitaan tilaajayhteyksien eriytettyä tarjontaa varten, joka on ennakoedellytys sille, että operaattori voi tarjota Telefónican alueellisen tukkuuyhteystuotteen kanssa kilpailevaa tuotetta (riidanalaisen päätöksen 191 perustelukappale).
- 13 Komissio katsoi vielä, ettei muihin laajakaistayhteysteknologioihin kuin ADSL:ään perustuvia yhteyksiä ja erityisesti kaapeliyhteyksiä voida pitää ADSL-yhteyksiä korvaavina (riidanalaisen päätöksen 196–207 perustelukappale). Kysyntäpuolen korvattavuuden yhteydessä komissio otti esiin huomattavat kustannukset, jotka aiheutuvat siirryttäessä ADSL-tukkuotteesta kaapelipohjaiseen tukkuotteeseen, ja Espanjan kaapeliverkon heikon kattavuuden ja pirstaleisuuden (riidanalaisen päätöksen 199 perustelukappale). Komissio totesi myös, että vaikka kaapelioperaattoreiden oli teknisesti mahdollista tarjota kolmansille tukkutason laajakaistayhteyttä, joka vastaa alueellista ja valtakunnallista tukkuotetta, käytännölliset ja taloudelliset vaikeudet estävät sen ja tekevät siitä taloudellisesti kannattamatonta.
- 14 Komissio totesi, että riidanalaisessa päätöksessä kyseessä olevat tukkumarkkinat käsittivät alueellisen ja valtakunnallisen tukkuotteen mutta eivät kaapeliyhteyteen tai muihin teknologioihin kuin ADSL:ään perustuvia tukkupalveluja (riidanalaisen päätöksen 6 ja 208 perustelukappale).
- 15 Riidanalaisen päätöksen mukaan merkitykselliset maantieteelliset tukku- ja vähittäismarkkinat olivat valtakunnanlaajuiset (Espanjan alue) (riidanalaisen päätöksen 209 perustelukappale).
- 16 Riidanalaisen päätöksen toisessa osassa komissio totesi, että Telefónicalla oli määräävä markkina-asema molemmilla kyseessä olevilla tukkumarkkinoilla (riidanalaisen päätöksen 223–242 perustelukappale). Niinpä Telefónicalla oli tarkastelujakson aikana alueellisen tukkuotteen toimitusmonopoli ja yli 84 prosentin markkinaosuus valtakunnallisen tukkuotteen markkinoilla (riidanalaisen päätöksen 223 ja 235 perustelukappale). Riidanalaisen päätöksen (243–277 perustelukappale) mukaan Telefónicalla oli määräävä markkina-asema myös vähittäismarkkinoilla.
- 17 Riidanalaisen päätöksen kolmannessa osassa komissio tutki, oliko Telefónica väärinkäyttänyt määräävää markkina-asemaansa kyseisillä markkinoilla (riidanalaisen päätöksen 278–694 perustelukappale). Komissio katsoi, että Telefónica oli rikkonut EY 82 artiklaa, koska se oli soveltanut kilpailijoihinsa epäoikeudenmukaisia hintoja Espanjan ”suuren yleisön” markkinoilla sovellettavan vähittäistason laajakaistayhteyksien hinnan ja alueellisella ja valtakunnallisella tasolla sovellettavan tukkutason laajakaistayhteyksien hinnan välisen hintaruuvin muodossa syyskuun 2001 ja joulukuun 2006 välisenä aikana (riidanalaisen päätöksen 694 perustelukappale).
- 18 Näyttääkseen toteen hintaruuvin olemassaolon esillä olevassa asiassa komissio muistutti ensinnäkin lainsäädännöllisestä asiayhteydestä, jossa Telefónica oli tarjonnut alueellisia ja valtakunnallisia tukkuotteita, ja erityisesti Telefónicalle Espanjan oikeudessa asetetusta velvoitteesta tarjota tukkuuyhteyksiä alueellisella ja valtakunnallisella tasolla oikeudenmukaisilla ehdoilla. Komissio huomautti myös Comisión del Mercado de las Telecomunicacionesin (Espanjan televiestintämarkkinaviranomainen, jäljempänä CMT) Telefónicalle asettamasta velvoitteesta tarjota maaliskuusta 1999 lähtien alueellista tukkuotetta ja mainitsi, että Telefónica oli alkanut tarjota ADSL-IP Total -yhteyttään omasta aloitteestaan syyskuusta 1999 lähtien, kun taas CMT oli velvoittanut Telefónican tarjoamaan ADSL-IP-yhteyden huhtikuusta 2002 alkaen (riidanalaisen päätöksen 288 ja 289 perustelukappale).

- 19 Toisaalta komissio totesi hintaruuvien laskentamenetelmästä ensimmäiseksi, että Telefónican kilpailijoiden tehokkuutta on arvioitava Telefónican tuotantokustannusten valossa (yhtä tehokkaan kilpailijan menetelmä) (riidanalaisen päätöksen 311–315 perustelukappale), toiseksi, että asianmukainen menetelmä kustannusten määrittämiseksi oli esillä olevassa asiassa pitkän aikavälin keskimääräisten lisäkustannusten menetelmä (riidanalaisen päätöksen 316–324 perustelukappale), kolmanneksi, että pitkän aikavälin kannattavuutta voidaan arvioida kahdella menetelmällä eli ”jaksokohtaisella” menetelmällä ja kassavirtojen diskonttausmenetelmällä (riidanalaisen päätöksen 325–385 perustelukappale), ja neljänneksi, että hintaruuvi on laskettava Telefónican merkityksellisillä markkinoilla tarjoaman palvelukokonaisuuden perusteella (riidanalaisen päätöksen 386–388 perustelukappale), sekä tuotannontekijöiden hintojen toisinnettavuuden laskennassa käytettävien tuotantopanosten valinnasta viidenneksi, että Telefónican kanssa yhtä tehokkaan, vähintään yhtä Telefónican tukkutuotetta käyttävän kilpailijan on pystyttävä toisintamaan Telefónican hinnat kaikilla merkityksellisillä tukkumarkkinoilla (riidanalaisen päätöksen 389–396 perustelukappale).
- 20 Kolmanneksi komissio laski, kattoiko Telefónican tuotannontekijöiden ja lopputuotteiden hintaero vähintään Telefónican tuotannontekijöiden keskimääräiset pitkäaikaiseen nykyarvoon perustuvat lisäkustannukset (riidanalaisen päätöksen 397–511 perustelukappale). Komissio laski edellisessä kohdassa kuvatuilla menetelmillä, ettei Telefónican vähittäishintoja voitu toisintaa sen valtakunnallisia ja alueellisia tukkutuotteita käyttämällä syyskuun 2001 ja joulukuun 2006 välisenä aikana (riidanalaisen päätöksen 512–542 perustelukappale).
- 21 Neljänneksi komissio katsoi väärinkäytön vaikutuksista, että Telefónican menettely todennäköisesti rajoitti ADSL-operaattoreiden mahdollisuuksia kestäväan kasvuun vähittäismarkkinoilla ja että siitä aiheutui todennäköisesti vahinkoa loppukäyttäjille. Se arvioi myös, että Telefónican menettelyllä oli konkreettisia poissulkemisvaikutuksia ja että siitä aiheutui vahinkoa kuluttajille (riidanalaisen päätöksen 544–618 perustelukappale).
- 22 Viidenneksi komissio totesi, ettei Telefónican menettely ollut objektiivisesti perusteltua eikä siitä seurannut tehokkuushyötyjä (riidanalaisen päätöksen 619–664 perustelukappale).
- 23 Kuudenneksi komissio totesi, että Telefónicalla oli marginaali, joka mahdollisti hintaruuvien välttämisen. Niinpä Telefónica olisi komission mukaan voinut nostaa vähittäishintojaan tai laskea tukkuhintojaan. Komissio lisäsi, etteivät CMT:n Telefónicalle osoittamat, hintaruuviin liittyvät päätökset olleet sellaisia, että Telefónican vastuu olisi poistunut (riidanalaisen päätöksen 664–694 perustelukappale).
- 24 Riidanalaisen päätöksen neljännessä osassa komissio totesi, että esillä olevassa asiassa oli ilmennyt vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen vaihdantaan, sillä Telefónican hintapolitiikka koski koko Espanjan alueen, joka muodostaa merkittävän osan sisämarkkinoista, kattavassa määrävässä markkina-asemassa olevan operaattorin yhteyspalveluja (riidanalaisen päätöksen 695–697 perustelukappale).
- 25 Komissio käytti riidanalaisessa päätöksessä sakon määrän laskennassa asetuksen N:o 17/15 artiklan 2 kohdan ja EHTY:n perustamissopimuksen 65 artiklan 5 kohdan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennassa sovellettavissa suuntaviivoissa (EYVL 1998, C 9, s. 3; jäljempänä vuoden 1998 suuntaviivat) esitettyä menetelmää.
- 26 Ensiksi komissio arvioi kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuutta ja vaikutuksia sekä merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden kokoa. Se totesi kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuudesta, että kyse oli käytännössä monopoliasemassa olevan yrityksen selvästä tällaisen aseman väärinkäytöstä, minkä vuoksi sitä on pidettävä vuoden 1998 suuntaviivojen valossa ”hyvin vakavana” (riidanalaisen päätöksen 739–743 perustelukappale). Riidanalaisen päätöksen 744–750 perustelukappaleessa komissio erottaa toisistaan esillä olevan asian ja [EY] 82 artiklan soveltamisesta (Asia COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) 21.5.2003 tehdyn komission päätöksen 2003/707/EY (EUVL L 263, s. 9; jäljempänä Deutsche Telekom -päätös), jossa Deutsche Telekomin väärinkäyttöä, joka myös koski marginaalien puristamista, ei pidetty vuoden 1998 suuntaviivoissa tarkoitettulla tavalla ”hyvin vakavana”.

Todetun kilpailusääntöjen rikkomisen vaikutusten arvioinnin yhteydessä komissio otti huomioon merkityksellisten markkinoiden huomattavan taloudellisen arvon, niiden ratkaisevan roolin tietoyhteiskunnan luomisessa ja Telefónican väärinkäytön merkittävät vaikutukset vähittäismarkkinoilla (riidanalaisen päätöksen 751 ja 753 perustelukappale). Merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden koosta komissio totesi muun muassa, että Espanjan laajakaistamarkkinat olivat Euroopan unionin viidenneksi suurimmat kansalliset laajakaistamarkkinat ja että vaikka hintaruuvitapaukset rajoittuivat väistämättä yhden ainoan jäsenvaltion alueelle, ne estivät muista jäsenvaltioista peräisin olevien operaattoreiden pääsyn nopeasti kasvaville markkinoille (riidanalaisen päätöksen 754 ja 755 perustelukappale).

- 27 Riidanalaisen päätöksen mukaan sakon laskentapohja, 90 000 000 euroa, ilmentää sitä, että väärinkäyttöä merkitsevä menettely täsmentyi tarkastellun jakson kuluessa ja täsmällisemmin sanottuna Deutsche Telekom -päätöksen tekemisen jälkeen (riidanalaisen päätöksen 738–757 perustelukappale). Sakon laskentapohjaan sovellettiin kerrointa 1,25 Telefónican huomattavan taloudellisen kapasiteetin huomioon ottamiseksi ja sakon riittävän ehkäisevän vaikutuksen varmistamiseksi, jolloin laskentapohjaksi saatiin 112 500 000 euroa (riidanalaisen päätöksen 758 perustelukappale).
- 28 Toiseksi koska kilpailusääntöjen rikkominen oli jatkunut syyskuusta 2001 joulukuuhun 2006 eli viisi vuotta ja neljä kuukautta, komissio korotti sakon laskentapohjaa 50 prosentilla. Sakon perusmääräksi tuli näin ollen 168 750 000 euroa (riidanalaisen päätöksen 759–761 perustelukappale).
- 29 Kolmanneksi komissio katsoi käytettävissä olevien todisteiden perusteella, että esillä olevassa asiassa voitiin todeta tiettyjä lieventäviä olosuhteita, koska kilpailusääntöjen rikkominen oli ollut tuottamuksellista. Telefónicalle myönnettiin niiden perusteella 10 prosentin alennus sakon määrästä, jolloin sakon määräksi saatiin 151 875 000 euroa (riidanalaisen päätöksen 765 ja 766 perustelukappale).
- 30 Riidanalaisen päätöksen päätösosa kuuluu seuraavasti:

”1 artikla

[Telefónica] ja [TESAU] ovat rikkoneet EY 82 artiklaa, koska ne ovat harjoittaneet epäoikeudenmukaista hinnoittelua siten, että laajakaistayhteyksien tukku- ja vähittäishinnat ovat olleet epäsuhteessa syyskuun 2001 ja joulukuun 2006 välisenä aikana.

2 artikla

1 artiklassa todetun kilpailusääntöjen rikkomisen vuoksi [Telefónica] ja [TESAU] veloitetaan maksamaan yhdessä ja yhteisvastuullisesti 151 875 000 euron sakko.”

Asian käsittely ja asianosaisten vaatimukset

- 31 Kantajat nostivat nyt käsiteltävänä olevan kanteen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 1.10.2007 toimittamallaan kannekirjelmällä.
- 32 France Telecom ja Asociación de usuarios de servicios bancarios (Ausbanc Consumo) (jäljempänä Ausbanc) toimittivat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 10.12.2007 ja 24.12.2007 väliintulohakemukset, joissa ne pyysivät saada osallistua oikeudenkäyntiin väliintulijoina tukeakseen komission vaatimuksia.
- 33 Kantajat pyysivät 7.1.2008 päivätyllä kirjeellä, että tietyt kannekirjelmän osat ja sen liitteet käsitellään luottamuksellisina mahdollisiin väliintulijoihin nähden.

- 34 Kantajat pyysivät 22.2.2008 päivätyllä kirjeellä, että tietyt kannekirjelmän osat ja sen liitteet käsitellään luottamuksellisina Ausbanciin nähden.
- 35 Kantajat pyysivät 15.4.2008 päivätyillä kirjeillä, että tietyt vastineen osat ja sen liitteet käsitellään luottamuksellisina Ausbanciin ja France Telecomiin nähden.
- 36 Kantajat pyysivät 25.7.2008 päivätyillä kirjeillä, että tietyt niiden vastauskirjelmän osat ja sen liitteet käsitellään luottamuksellisina Ausbanciin ja France Telecomiin nähden.
- 37 Unionin yleisen tuomioistuimen kahdeksannen jaoston puheenjohtaja hyväksyi 31.7.2008 antamallaan määräyksellä France Telecomin ja Ausbancin väliintulijoiksi tukemaan komission vaatimuksia. Siitä, onko luottamuksellista käsittelyä koskeva pyyntö perusteltu, päätettäisiin myöhemmin.
- 38 Kantajien valmistelemat ei-luottamukselliset versiot eri oikeudenkäyntiasiakirjoista annettiin tiedoksi väliintulijoille.
- 39 Ausbanc riitautti 12.9.2008 päivätyllä kirjeellään ei-luottamuksellisissa oikeudenkäyntiasiakirjaversioissa salattujen eri kohtien luottamuksellisuuden.
- 40 France Telecom riitautti 15.9.2008 päivätyllä kirjeellään luottamuksellista käsittelyä koskevat pyynnöt siltä osin kuin ne koskevat kannekirjelmän, vastineen ja kantajien vastauskirjelmän eri liitteitä kokonaisuudessaan.
- 41 France Telecom ja Ausbanc jättivät väliintulokirjelmänsä 28.10.2008.
- 42 Kantajat ilmoittivat unionin yleiselle tuomioistuimelle 25.11.2008 päivätyllä kirjeellään, etteivät väliintulokirjelmät sisällä luottamuksellisia tietoja.
- 43 Kantajat pyysivät 27.11.2008 päivätyllä kirjeellä, että tietyt vastaajan vastauskirjelmän osat ja sen liitteet käsitellään luottamuksellisina Ausbanciin ja France Telecomiin nähden.
- 44 Kantajat toimittivat huomautuksensa väliintulokirjelmistä 6.2.2009.
- 45 Kantajat pyysivät 6.2.2009 päivätyllä kirjeellä, että niiden France Telecomin väliintulokirjelmästä esittämien huomautusten ja niiden liitteen tietyt osat käsitellään luottamuksellisina.
- 46 Komissio ilmoitti 9.2.2009 päivätyllä kirjeellä, että se ei esitä huomautuksia väliintulokirjelmistä.
- 47 Kahdeksannen jaoston puheenjohtaja hyväksyi 2.3.2010 antamallaan määräyksellä osittain kantajien esittämän luottamuksellisuutta koskevan pyynnön.
- 48 European Competitive Telecommunications Association (jäljempänä ECTA) toimitti unionin yleiseen tuomioistuimeen 4.11.2010 väliintulohakemuksen, jossa myös se pyysi saada osallistua oikeudenkäyntiin väliintulijana tukeakseen komission vaatimuksia.
- 49 Kantajat vastustivat kyseistä hakemusta 7.12.2010 päivätyllä kirjeellään.
- 50 Unionin yleisen tuomioistuimen kahdeksannen jaoston puheenjohtaja hyväksyi 28.2.2011 antamallaan määräyksellä ECTA:n väliintulijaksi tukemaan komission vaatimuksia.
- 51 Kantajat vaativat, että unionin yleinen tuomioistuin
- ensisijaisesti kumoaa riidanalaisen päätöksen EY 230 artiklan nojalla

- toissijaisesti kumoaa EY 229 artiklan nojalla riidanalaisella päätöksellä kantajille määrättyt sakot tai alentaa niiden määrää
 - joka tapauksessa velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.
- 52 Komissio vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
- hylkää kanteen
 - velvoittaa kantajat korvaamaan oikeudenkäyntikulut.
- 53 Ausbanc vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
- hylkää kantajien ensisijaisen ja toissijaisen vaatimuksen
 - velvoittaa kantajat korvaamaan oikeudenkäyntikulut.
- 54 France Telecom vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
- hylkää kantajien kannekirjelmän kokonaisuudessaan
 - velvoittaa kantajat korvaamaan kaikki väliintulosta aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.
- 55 Esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella unionin yleinen tuomioistuin (kahdeksas jaosto) päätti aloittaa suullisen käsittelyn. Asianosaisten ja väliintulijoiden lausumat ja vastaukset unionin yleisen tuomioistuimen esittämiin suullisiin kysymyksiin kuultiin 23.5.2011 pidetyssä istunnossa.
- 56 Istunnossa ECTA vaati, että unionin yleinen tuomioistuin
- hylkää kannekirjelmän
 - velvoittaa kantajat korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

A Kantajien väitetysti liitteissä esittämien perustelujen tutkittavaksi ottaminen

- 57 Vastauskirjelmässään komissio katsoi, että kantajien tiettyjä perusteluja, jotka väitteen mukaan on esitetty kannekirjelmän ja kantajien vastauskirjelmän liitteissä, ei voida ottaa tutkittaviksi. Se väittää, että kantajat esittivät näin oikeudellisia tai taloudellisia perusteluja, joilla ei pelkästään tueta tai täydennetä tosiseikkoja tai oikeudellisia seikkoja, jotka on nimenomaisesti mainittu näiden oikeudenkäyntiasiakirjojen tekstissä, vaan joilla lisätään uusia väitteitä. Komission mukaan ”kokonaisissa kantajien kirjelmien osissa” viitataan laajalti liitteisiin, eikä kirjelmillä olisi sisältöä ilman liitteitä.
- 58 Unionin tuomioistuimen perussäännön 21 artiklan ja unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 44 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaan kannekirjelmässä on mainittava oikeudenkäynnin kohde ja yhteenvedo kanteen oikeudellisista perusteista. Näiden mainintojen on oltava riittävän selkeitä ja täsmällisiä, jotta vastaaja voi valmistella puolustuksensa ja jotta unionin yleinen tuomioistuin voi tarvittaessa ratkaista kanteen tukeutumatta muihin tietoihin. Oikeusvarmuuden ja hyvän oikeudenkäytön takaamiseksi kanteen tutkittavaksi ottamisen edellytyksenä on, että ne oleelliset tosiseikat ja oikeudelliset seikat, joihin kanne perustuu, ilmenevät ainakin yhteenvedonomaisesti mutta

- silti johdonmukaisesti ja ymmärrettävästi itse kannekirjelmästä. Kannekirjelmää voidaan tukea ja täydentää tietyiltä osin viittaamalla sen liitteenä olevien asiakirjojen kohtiin, mutta viittaamalla yleisluonteisesti joihinkin asiakirjoihin, vaikka ne olisivatkin kannekirjelmän liitteinä, ei korjata sitä, että kanteessa ei ole mainittu olennaisia oikeudellisia perusteita ja perusteluja, jotka siinä on edellä mainittujen säännösten mukaan mainittava (ks. asia T-201/04, Microsoft v. komissio, tuomio 17.9.2007, Kok., s. II-3601, 94 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 59 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehtävänä ei myöskään ole yrittää etsiä ja tunnistaa liitteistä niitä perusteita ja väitteitä, joihin kanteen voitaisiin katsoa perustuvan, koska liitteillä on puhtaasti todistuksellinen ja täydentävä tehtävä (asia T-84/96, Cipeke v. komissio, tuomio 7.11.1997, Kok., s. II-2081, 34 kohta; asia T-231/99, Joynson v. komissio, tuomio 21.3.2002, Kok., s. II-2085, 154 kohta ja asia T-209/01, Honeywell v. komissio, tuomio 14.12.2005, Kok., s. II-5527, 57 kohta). Liitteiden puhtaasti todistuksellinen ja täydentävä tehtävä merkitsee sitä, että siltä osin kuin ne sisältävät oikeudellisia seikkoja, joihin tietyt kannekirjelmässä mainitut kanneperusteet perustuvat, tällaiset seikat on mainittava itse kannekirjelmän tekstissä tai ainakin ne on yksilöitävä riittävällä tavalla kannekirjelmässä (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P ja C-213/02 P, Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomio 28.6.2005, Kok., s. I-5425, 99 kohta). Kannekirjelmässä on näin ollen nimenomaisesti selitettävä, mitä kanteen perustana oleva oikeudellinen peruste sisältää, eikä pelkkä tämän perusteen abstrakti maininta täytä työjärjestyksessä asetettuja vaatimuksia (asia T-102/92, Viho v. komissio, tuomio 12.1.1995, Kok., s. II-17, 68 kohta ja asia T-282/04, Italia v. komissio, tuomio 22.11.2006, 60 kohta, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa).
- 60 Liitteitä ei siis voida käyttää kannekirjelmässä pääpiirteittäin esitetyn kanneperusteen kehittämiseen esittämällä väitteitä tai perusteluita, joita kannekirjelmässä ei ole esitetty (ks. asia C-52/90, komissio v. Tanska, tuomio 31.3.1992, Kok., s. I-2187, 17 kohta ja asia T-340/03, France Télécom v. komissio, tuomio 30.1.2007, Kok., s. II-107, 167 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 61 Tämä unionin tuomioistuimen perussäännön 21 artiklan ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 44 artiklan 1 kohdan c alakohdan tulkinta koskee myös kantajan sellaisen vastauskirjelmän huomioon ottamisen edellytyksiä, jolla on saman työjärjestyksen 47 artiklan 1 kohdan mukaisesti tarkoitus täydentää kannekirjelmää (ks. edellä 95 kohdassa mainittu asia Microsoft v. komissio, tuomion 95 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 62 Käsiteltävänä olevassa asiassa kantajat viittasivat kirjelmässään useaan otteeseen niihin liitettyihin, paikoin mittaviin asiakirjoihin. Jotkut näistä viittauksista koskevat kuitenkin kyseisiä liitteinä olevia asiakirjoja ainoastaan yleisesti, eikä unionin yleinen tuomioistuin voi näin ollen viittausten perusteella tunnistaa täsmällisesti niitä seikkoja, joiden voitaisiin katsoa tukevan tai täydentävän kannekirjelmässä tai kantajien vastauskirjelmässä esitettyjä kanneperusteita ja perusteluja tietyiltä osin viittaamalla kyseisten oikeudenkäyntiasiakirjojen määrättyihin kohtiin. Lisäksi oikeudenkäyntiasiakirjoilla, joita tietyt viittaukset koskevat, ei pyritä yksinomaan tukemaan ja täydentämään tiettyjä siinä tekstissä, johon ne on liitetty, esitettyjä perusteluja tietyiltä osin, vaan ne muodostavat kyseisten perustelujen varsinaisen selityksen, jolloin mainittuja perusteluja ei voida ymmärtää ilman kyseisten oikeudenkäyntiasiakirjojen analysointia.
- 63 Tästä seuraa, että esillä olevassa asiassa kannekirjelmän ja kantajien vastauskirjelmän liitteet otetaan huomioon ainoastaan siltä osin kuin niillä tuetaan tai täydennetään oikeudellisia perusteita tai perusteluja, joihin kantajat ovat nimenomaisesti vedonneet kirjelmiensä varsinaisessa osassa, ja siltä osin kuin on mahdollista täsmällisesti määrittää, mitkä niiden sisältämistä seikoista tukevat tai täydentävät kyseisiä oikeudellisia perusteita tai perusteluja (ks. vastaavasti edellä 58 kohdassa mainittu asia Microsoft v. komissio, tuomion 99 kohta).

B Asiakysymys

- 64 Kantajat esittävät kanteessaan ensisijaisia ja toissijaisia vaatimuksia.
- 65 Ensisijaisten, riidanalaisen päätöksen kumoamista koskevien vaatimustensa tueksi kantajat vetoavat kuuteen kanneperusteeseen. Ensimmäisen kanneperusteen mukaan puolustautumisoikeuksia on loukattu. Toisen kanneperusteen mukaan merkityksellisiä tukkumarkkinoita määriteltäessä on tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä. Kolmannen kanneperusteen mukaan Telefónican määräävää asemaa merkityksellisillä markkinoilla todettaessa on tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä. Neljännen kanneperusteen mukaan EY 82 artiklaa Telefónican väärinkäyttöä merkitsevään toimintaan sovellettaessa on tehty oikeudellisia virheitä. Viidennen kanneperusteen mukaan Telefónican väärinkäyttöä merkitsevän toiminnan ja sen kilpailua rajoittavan vaikutuksen arvioinnin yhteydessä on tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja/tai tosiseikkojen arviointivirheitä ja oikeudellisia virheitä. Kuudennen kanneperusteen mukaan EY 82 artiklaa on sovellettu ultra vires ja toissijaisuusperiaatetta, suhteellisuusperiaatetta, oikeusvarmuuden periaatetta, vilpittömän yhteistyön periaatetta ja hyvän hallinnon periaatetta on loukattu.
- 66 Kantajat esittävät toissijaisesti kaksi kanneperustetta, jotka koskevat sakon poistamista tai sen määrän alentamista. Ensimmäisen kanneperusteen mukaan on tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä ja 6.2.1962 annetun neuvoston [EY 81] ja [EY 82] artiklan ensimmäisen täytäntöönpanoasetuksen N:o 17 (EYVL 1962, 13, s. 204) 15 artiklan 2 kohtaa ja [EY] 81 ja [EY] 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 1/2003 (EYVL 2003, L 1, s. 1) 23 artiklan 2 kohtaa on rikottu ja oikeusvarmuuden ja luottamuksensuojan periaatetta on loukattu. Toisen kanneperusteen, joka on esitetty ensimmäiseen perusteeseen nähden toissijaisesti, mukaan sakon määrää määritettäessä on tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä sekä suhteellisuusperiaatetta, yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevaa periaatetta on loukattu ja perusteluvollisuus on laiminlyöty.
1. *Pääasialliset vaatimukset, joilla vaaditaan riidanalaisen päätöksen kumoamista*
- a) Unionin tuomioistuinten valvonnan laajuus ja todistustaakka
- 67 Asetuksen N:o 1/2002 2 artiklasta sekä EY 81 ja EY 82 artiklan soveltamista koskevasta vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee, että kilpailuoikeuden alalla silloin, kun kyse on kilpailusääntöjen rikkomista koskevasta oikeudenkäynnistä, komission on näytettävä toteamansa rikkominen toteen ja sen on esitettävä oikeudellisesti riittävä näyttö siitä, että tämän rikkomisen perustana olevat tosiseikat ovat olemassa (asia C-185/95 P, Baustahlgewebe v. komissio, tuomio 17.12.1998, Kok., s. I-8417, 58 kohta; yhdistetyt asiat C-2/01 P ja C-3/01 P, komissio v. Bayer, tuomio 6.1.2004, Kok., s. I-23, 62 kohta; ks. vastaavasti myös edellä 58 kohdassa mainittu asia Microsoft v. komissio, tuomion 688 kohta). Tällöin komission tehtävänä on hankkia riittävän täsmällistä ja yhtäpitävää näyttöä, jonka perusteella voidaan vakuuttua siitä, että väitetty rikkominen on tapahtunut (ks. vastaavasti asia T-38/02, Groupe Danone v. komissio, tuomio 25.10.2005, Kok., s. II-4407, 217 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 68 Tämän jälkeen on huomautettava, että EY 230 artiklaan perustuvan kumoamiskanteen yhteydessä unionin tuomioistuinten on valvottava ainoastaan riidanalaisen toimen lainmukaisuutta (yhdistetyt asiat T-67/00, T-68/00, T-71/00 ja T-78/00, JFE Engineering ym. v. komissio, tuomio 8.7.2004, Kok., s. II-2501, 174 kohta). Tuomioistuimen, joka käsittelee kumoamiskannetta sellaisesta komission päätöksestä, jossa todetaan kilpailusääntöjen rikkominen ja määrätään päätöksen adressaateille sakkoa, on arvioitava, ovatko komission päätöksessään esittämät todisteet ja muut seikat riittäviä osoittamaan väitetyn rikkomisen (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat 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, tuomio 20.4.1999, Kok., s. II-931, 891 kohta ja edellä mainitut yhdistetyt asiat JFE Engineering ym. v. komissio, tuomion 175 kohta).

- 69 Lisäksi on huomautettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on niin, että vaikka unionin tuomioistuinten tehtävänä yleisesti on harjoittaa kokonaisvaltaista valvontaa sen suhteen, täytyvätkö EY:n perustamissopimuksen kilpailumääräysten soveltamisedellytykset vai eivät, unionin tuomioistuinten valvoessa komission harkintavallan käyttöä monitahoisissa taloudellisissa arvioinneissa tämä valvonta kohdistuu välttämättä ainoastaan siihen, että menettelysääntöjä ja perusteluvollisuutta on noudatettu, että tosiseikat pitävät asiallisesti paikkansa, ettei näitä tosiseikkoja ole arvioitu ilmeisen virheellisesti ja ettei harkintavaltaa ole käytetty väärin (asia 42/84, Remia ym. v. komissio, tuomio 11.7.1985, Kok., s. 2545, Kok. Ep. VIII, s. 287, 34 kohta; yhdistetyt asiat 142/84 ja 156/84, British American Tobacco ja Reynolds v. komissio, tuomio 17.11.1987, Kok., s. 4487, 62 kohta; yhdistetyt asiat 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 ym. v. komissio, tuomio 7.1.2004, Kok., s. I-123, 279 kohta ja asia T-271/03, Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 10.4.2008, Kok., s. II-477, 185 kohta).
- 70 Myös silloin kun komission päätös on monitahoisten teknisten arviointien seurausta, näitä arviointeja koskeva tuomioistuinvalvonta voi periaatteessa olla ainoastaan rajoitettua, mikä merkitsee sitä, että unionin tuomioistuimet eivät voi korvata omalla arvioinnillaan komission tosiseikoista tekemää arviointia (ks. edellä 43 kohdassa mainittu asia Microsoft v. komissio, tuomion 88 kohta ja asia T-301/04, Clearstream v. komissio, tuomio 9.9.2009, Kok., s. II-3155, 94 kohta).
- 71 Vaikka unionin tuomioistuimet tunnustavat komissiolla olevan harkintavaltaa taloudellisissa tai teknisissä asioissa, tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että unionin tuomioistuinten on pidättäydyttävä valvomasta sitä, miten komissio on tulkinnut tällaisia seikkoja. Unionin tuomioistuinten on muun muassa paitsi tutkittava esitettyjen todisteiden aineellinen paikkansapitävyys, luotettavuus ja johdonmukaisuus, myös tarkistettava, muodostavatko nämä todisteet merkityksellisten seikkojen kokonaisuuden, joka on otettava huomioon monitahoisen tilanteen arvioinnissa, ja voivatko kyseiset todisteet tukea päätelmiä, jotka niistä on tehty (asia C-12/03 P, komissio v. Tetra Laval, tuomio 15.2.2005, Kok., s. I-987, 39 kohta; edellä 43 kohdassa mainittu asia Microsoft v. komissio, tuomion 89 kohta ja edellä 61 kohdassa mainittu asia Clearstream v. komissio, tuomion 95 kohta).
- 72 Tästä on todettava, että tilanteessa, jossa esiintyy epätietoisuutta, tuomioistuimen on ratkaistava asia sen yrityksen hyväksi, jolle rikkomisen toteamista koskeva päätös on osoitettu (ks. vastaavasti asia 27/76, United Brands ja United Brands Continentaal v. komissio, tuomio 14.2.1978, Kok., s. 207, 265 kohta). Erityisesti käsitellessään sakkopäätöksen kumoamista koskevaa kannetta tuomioistuin ei näin ollen voi todeta, että komissio on näyttänyt kyseisen rikkomisen toteen oikeudellisesti riittävällä tavalla, jos sillä on tämän seikan osalta yhä epäilyksiä (edellä 68 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat JFE Engineering ym. v. komissio, tuomion 177 kohta).
- 73 Tällaisessa tilanteessa on otettava huomioon syyttömyysolettaman periaate, sellaisena kuin se ilmenee muun muassa Roomassa 4.11.1950 allekirjoitetun Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 2 kohdasta, joka on yksi niistä perusoikeuksista, joita unionin tuomioistuimen – myös Euroopan yhtenäisasiakirjan johdanto-osassa ja Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 6 artiklan 2 kohdassa sekä 7.12.2000 Nizzassa annetun Euroopan unionin perusoikeuskirjan (EYVL C 364, s. 1) 47 artiklassa vahvistetun – vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan suojataan unionin oikeudessa. Kun otetaan huomioon kyseisten rikkomusten luonne sekä niihin liittyvien seuraamusten luonne ja ankaruus, syyttömyysolettaman periaatetta sovelletaan erityisesti yrityksiä koskevien kilpailusääntöjen rikkomiseen liittyviin menettelyihin, jotka voivat johtaa sakkojen tai uhkasakkojen määräämiseen (ks. edellä 68 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat JFE Engineering ym. v. komissio, tuomion 178 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen; ks. vastaavasti myös asia C-199/92 P, Hüls v. komissio, tuomio 8.7.1999, Kok. , s. I-4287, 149 ja 150 kohta ja asia C-235/92 P, Montecatini v. komissio, tuomio 8.7.1999, Kok. , s. I-4539, 175 ja 176 kohta).
- 74 Riidanalaisen päätöksen laillisuus on tutkittava kantajien kanneperusteet huomioon ottaen edellä esitettyjen näkökohtien valossa.

b) Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee puolustautumisoikeuksien loukkaamista

- 75 Kantajat väittävät, että komissio käytti riidanalaisessa päätöksessä sen väitteensä tueksi, jonka mukaan Telefónica on rikkonut kilpailusääntöjä, ensimmäistä kertaa useita todisteita, joita ei ollut annettu niille tiedoksi hallinnollisen menettelyn aikana ja joista niillä ei ollut mahdollisuutta ilmaista kantaansa. Kantajien mukaan näitä todisteita ei voida käyttää niitä vastaan eikä niitä voida hyväksyä riidanalaisesta päätöstä tukeviksi todisteiksi. Lisäksi näissä todisteissa on kantajien mukaan vakavia virheitä ja puutteita. Kantajat katsovat, että jos Telefónicalle olisi annettu mahdollisuus ilmaista kantansa näistä todisteista, se olisi voinut ilmoittaa näistä virheistä ja puutteista komissiolle, ja näin ollen ne olisi voitu korjata ennen riidanalaisen päätöksen tekemistä, jolloin sen sisältö ja siinä esitetyt toteamukset olisivat väistämättä olleet erilaisia.
- 76 On huomautettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan puolustautumisoikeuksien kunnioittaminen kaikissa sellaisissa menettelyissä, joissa voidaan määrätä seuraamuksia – erityisesti sakkoja tai uhkasakkoja – on unionin oikeuden peruseräite, jota on noudatettava, vaikka kyse on luonteeltaan hallinnollisesta menettelystä (asia 85/76, Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomio 13.2.1979, Kok., s. 461, Kok. Ep. IV, s. 341, 9 kohta ja yhdistetyt asiat C-322/07 P, C-327/07 P ja C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler ym. v. komissio, tuomio 3.9.2009, Kok., s. I-7191, 34 kohta).
- 77 Puolustautumisoikeuksien noudattamisen periaatteeseen erottamattomasti liittyvä oikeus tutustua asiakirja-aineistoon merkitsee sitä, että komission on annettava asianomaiselle yritykselle mahdollisuus tutkia kaikki tutkinta-aineistoon sisältyvät asiakirjat, joilla saattaa olla merkitystä sen puolustuksen kannalta. Näihin kuuluvat sekä asianomaista vastaan että sen puolesta puhuvat asiakirjat muiden yritysten liikesalaisuuksia, komission sisäisiä asiakirjoja ja muita luottamuksellisia tietoja lukuun ottamatta (edellä 69 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 68 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 78 Se, että asiakirjaa ei ole annettu tiedoksi, merkitsee puolustautumisoikeuksien loukkaamista ainoastaan siinä tapauksessa, että asianomainen yritys ensinnäkin osoittaa komission nojautuneen tähän asiakirjaan tukeakseen väitettään, joka koskee kilpailusääntöjen rikkomisen olemassaoloa, ja toiseksi tämä väite voidaan näyttää toteen vain kyseisen asiakirjan perusteella. Mikäli on olemassa muita asiakirjatodisteita, joista asianomaiset yritykset ovat saaneet tiedon hallinnollisen menettelyn aikana ja jotka tukevat erityisesti komission päätelmiä, tiedoksi antamalla jätetyn asianomaista vastaan puhuvan asiakirjan poistaminen todisteiden joukosta ei heikennä riidanalaisessa päätöksessä huomioon otettujen väitteiden pätevyyttä. Näin ollen asianomaisen yrityksen on osoitettava, että lopputulos, johon komissio on päätöksessään päätenyt, olisi ollut erilainen, mikäli asiakirja, jota ei ole annettu tiedoksi ja johon komissio on nojautunut todetessaan kyseisen yrityksen rikkoneen kilpailusääntöjä, olisi pitänyt poistaa asianomaista vastaan puhuvien todisteiden joukosta (edellä 69 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 71–73 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 79 Lisäksi asetuksen N:o 1/2003 27 artiklan 1 kohdassa säädetään siitä, että asianosaisille on lähetettävä väitetiedoksianto, jossa on selkeästi mainittava kaikki ne oleelliset seikat, joihin komissio tässä menettelyvaiheessa nojautuu. Tällainen väitetiedoksianto on unionin oikeuden peruseräiteen, joka edellyttää puolustautumisoikeuksien kunnioittamista kaikissa menettelyissä, soveltamista koskeva menettelyllinen tae (ks. vastaavasti edellä 76 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Papierfabrik August Koehler ym. v. komissio, tuomion 35 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 80 Tämän periaatteen mukaan komission yritykselle, jolle se aikoo määrätä seuraamuksien kilpailusääntöjen rikkomisesta, osoittamaan väitetiedoksiantoon on sisällytettävä tätä yritystä vastaan esitetyt olennaiset seikat, kuten tosiseikat, joista yritystä moititaan, niiden oikeudellinen luonnehdinta ja todistusaineisto, johon komissio tukeutuu, jotta tämä yritys voisi esittää hyödyllisesti väitteensä ja

perustelunsa sitä vastaan käydyssä hallinnollisessa menettelyssä (ks. edellä 76 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Papierfabrik August Koehler ym. v. komissio, tuomion 36 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

- 81 Tätä edellytystä on noudatettu, kun komission päätöksessä ei syytetä asianomaisia muista kuin niistä kilpailusääntöjen rikkomisista, joista väitetiedoksiannossa on kyse, ja kun siinä otetaan huomioon vain sellaiset tosiseikat, joiden osalta asianomaiset henkilöt ovat voineet ilmaista kantansa (asia 41/69, ACF Chemiefarma v. komissio, tuomio 15.7.1970, Kok., s. 661, 94 tuomio; asia T-213/00, CMA CGM ym. v. komissio, tuomio 19.3.2003, Kok., s. II-913, 109 kohta ja edellä 60 kohdassa mainittu asia France Télécom v. komissio, tuomion 18 kohta).
- 82 Komission lopullisen päätöksen ei kuitenkaan tarvitse välttämättä täydellisesti vastata väitetiedoksiantoa. Väitetiedoksiantoa voidaan näin ollen täydentää asianosaisten antaman vastauskirjelmän perusteella, jossa esitetyt argumentit osoittavat, että asianomaiset ovat todella voineet käyttää puolustautumisoikeuksiaan. Komissio voi myös hallinnollisen menettelyn huomioon ottaen muuttaa tai täydentää sekä tosiseikkojen että oikeudellisten seikkojen osalta esittämiensä väitteiden tukena olevia perusteluja (ks. asia T-86/95, Compagnie générale maritime ym. v. komissio, tuomio 28.2.2002, Kok., s. II-1011, 442 kohta ja edellä 60 kohdassa mainittu asia France Télécom v. komissio, tuomion 18 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 83 Komission pitää ottaa huomioon seikat, jotka perustuvat hallinnolliseen menettelyyn, ja joko hylättävä perusteettomat väitteet tai muokattava ja täydennettävä sekä tosiseikkojen että oikeudellisten seikkojen osalta huomioon ottamiensa väitteiden tueksi esittämiään perusteluja (ks. yhdistetyt asiat 209/78-215/78 ja 218/78, van Landewyck ym. v. komissio, tuomio 29.10.1980, Kok., s. 3125, 68 kohta, ja asia C-534/07 P, Prym ja Prym Consumer v. komissio, tuomio 3.9.2009, Kok., s. I-7415, 40 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 84 Väitetiedoksiannon ja lopullisen päätöksen erilaisuus merkitsee puolustautumisoikeuksien loukkaamista siis ainoastaan sillä edellytyksellä, ettei lopullisessa päätöksessä vahvistettua väitettä ole esitetty väitetiedoksiannossa riittävällä tavalla, jotta sen adressaatit voivat puolustautua (ks. asia T-48/00, Corus UK v. komissio, tuomio 8.7.2004, Kok., s. II-2325, 100 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 85 Näin ei ole silloin, kun väitetiedoksiannon ja lopullisen päätöksen väitetyt eroavaisuudet eivät koske muita menettelytapoja kuin sellaisia, joista kantajat jo olivat esittäneet huomautuksensa ja jotka eivät näin ollen liity mihinkään uuteen väitteeseen (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat 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 ym. v. komissio, tuomio 15.10.2002, Kok., s. I-8375, 103 kohta).
- 86 Kantajien ensimmäisen väitteen mukaan komissio on riidanalaisessa päätöksessä hintaruuvien ”jaksokohtaisen” arvioinnin yhteydessä tukeutunut ”uusiin seikkoihin”.
- 87 Ensimmäiseksi ne katsovat, että komissio on käyttänyt ”uusia seikkoja” perusteluna sille, että sen on otettava Telefónican ja sen vähittäismarkkina-asiakkaiden välisen liikesuhteen keskimääräisenä keston huomioon [luottamuksellinen tieto]¹ vuoden ”keskimääräinen kokonaiskesto”, yhtäältä viittaamalla Telefónican alkuperäiseen liiketoimintasuunnitelmaan, jossa asiakkaiden houkuttelemista aiheutuneet kulut aiottiin saada takaisin yhdessä tai kahdessa vuodessa, ja toisaalta toteamalla, että Telefónican ehdottama laskentakaava ei soveltunut kasvaville markkinoille (riidanalaisen päätöksen 474–489 perustelukappale). Ne väittävät, että jos ne olisivat voineet esittää kantansa tästä ennen riidanalaisen päätöksen tekemistä, ne olisivat voineet osoittaa, että Telefónican asiakassuhteiden keskimääräinen kesto oli [luottamuksellinen tieto].

1 — Luottamukselliset tiedot poistettu.

- 88 Tästä on todettava aluksi, että riidanalaisen päätöksen 489 perustelukappaleessa käytetty [luottamuksellinen tieto] asiakkaiden hankintakustannusten vuoden kuolettamis aika on sama kuin väitetiedoksiannon 383 kohdassa mainittu kuolettamis aika. Väitetiedoksiannon liitteessä H (595–598 kohta), jonka otsikko on ”Telefónican asiakassuhteiden keskimääräisen keston arviointi”, mainittiin Telefónican mainittua kestoja koskevat arviot sekä ne syyt, joiden vuoksi komissio katsoi, että näissä arvioissa aliarvioitiin tätä kestoja (väitetiedoksiannon 598 kohta). Telefónica esitti tätä koskevat väitteensä väitetiedoksiantoon antamansa vastauksen 4.1 osassa ja liitteessä 5.
- 89 Riidanalaisen päätöksen 476 perustelukappaleessa olevasta viittauksesta Telefónican alkuperäiseen liiketoimintasuunnitelmaan perustuvaan asiakkaiden hankintakustannusten takaisinsaamiseen on todettava, että tätä viittausta, joka perustuu Telefónican 21.7.2006 eli väitetiedoksiannon jälkeen lähettämän kirjeen liitteeseen 10iii (riidanalaisen päätöksen alaviite nro 492), ei ole riidanalaisessa päätöksessä käytetty asiakkaiden hankintakustannusten kuolettamisajan vahvistamisessa (riidanalaisen päätöksen 476 ja 489 perustelukappale), mutta tämän viittauksen perusteella on kuitenkin mahdollista todeta, että komission ”jaksokohtaisessa” arvioinnissa käyttämä [luottamuksellinen tieto] vuoden kesto on Telefónicalle edullisempi kuin liiketoimintasuunnitelmassa esitetty kesto.
- 90 Komission riidanalaisen päätöksen 482 perustelukappaleessa esittämästä väitteestä, jonka mukaan Telefónican ehdottama laskentakaava ei soveltunut kasvaville markkinoille, on todettava, että kantajille on väitetiedoksiannossa asianmukaisesti ilmoitettu Telefónican uusien asiakkaiden hankintakustannusten kuolettamisesta koskevan asianmukaisen laskennan merkityksestä erityisesti kasvavilla markkinoilla. Jo väitetiedoksiannon 380 kohdassa komissio totesi, että esillä olevassa asiassa kyseessä olevien vähittäismarkkinoiden kaltaisilla kasvavilla markkinoilla asiakkaiden hankintakustannukset ovat merkittäviä ja ne on kuolettettava asianmukaisella ajanjaksolla, joten Telefónican kirjanpitoa on muokattava. Riidanalaisen päätöksen 482 perustelukappaleessa tästä esitetty toteamus on ainoastaan vastaus Telefónican 26.3.2004 päivätyssä kirjeessään ehdottamiin laskelmiin, joihin komissio viittasi jo väitetiedoksiannon liitteessä H (595 kohta, alaviite nro 504).
- 91 Joka tapauksessa on hylättävä myös kantajien vastauskirjelmässään esittämä väite, jonka mukaan jos ne olisivat tienneet, ettei komissio ota huomioon Telefónican asiakassuhteiden keskimääräistä kestoja, ne olisivat voineet osoittaa, että tämä kesto oli hyvin [luottamuksellinen tieto] komission riidanalaisessa päätöksessä toteamaan keston verrattuna, ja jonka mukaan kansallisten sääntelyviranomaisten käytännöllä ei ollut merkitystä. Kuten edellä 88 kohdassa on jo mainittu, asiakkaiden hankintakustannusten [luottamuksellinen tieto] vuoden kuolettamis aika esitettiin jo väitetiedoksiannon 383 kohdassa, ja komissio viittasi jo sen 382 kohdassa kansallisten kilpailuviranomaisten ja sääntelyviranomaisten käytäntöön. Lisäksi komissio mainitsi väitetiedoksiannossa, että oli mahdollista, että Telefónican kilpailua rajoittavan toiminnan vuoksi sen asiakassuhteiden keskimääräinen kesto oli pidempi kuin se kesto, joka olisi vallinnut kilpailluilla markkinoilla (väitetiedoksiannon 381 kohta).
- 92 Kantajien väite, jonka mukaan komissio on tukeutunut ”uusiin seikkoihin” puolustaakseen sitä, että sen on otettava huomioon [luottamuksellinen tieto] vuoden keskimääräinen kesto, on näin ollen hylättävä.
- 93 Toiseksi kantajat väittävät komission todenneen riidanalaisessa päätöksessä, että Telefónican kustannusten kohdentamisessa aliarvioitiin laajakaistapalvelujen markkinoinnin marginaalikustannukset, vaikka se oli aiemmin todennut, että niihin kohdennettu määrä oli ”ylärajoilla” (väitetiedoksiannon 407 ja 424 kohta) tai että se sisälsi kohtuullisen osan myyntiorganisaation kuluista (tosiseikkoja koskevan kirjeen 27 kohta).
- 94 Tästä on huomautettava, että komissio totesi jo väitetiedoksiannon 401–407 ja 424 kohdassa, että Telefónica oli aliarvioinut markkinointikustannuksia pitkän aikavälin keskimääräisiä lisäkustannuksia koskevassa analyysissään. Niinpä komissio totesi väitetiedoksiannon 401 kohdassa, että Telefónica oli ”aliarvioinut tiettyjen toimintojen pitkän aikavälin keskimääräisiä lisäkustannuksia ja erityisesti markkinointikustannuksia”. Komissio totesi tarkemmin, että ”TESAU [oli] sisällyttänyt pelkästään kuhunkin uuteen asiakkaaseen suoraan liittyvät kustannukset (myyntiverkostolle myönnettyt palkkiot)

muttei [ollut] sisällyttänyt mitään sen myyntiorganisaatioon liittyviä kustannuksia”. Väitetiedoksiannon 403 kohdassa komissio totesi myös, että ”merkittävä osa TESAU:n myyntiorganisaatiosta [työskenteli] ADSL-vähittäismyynnissä ja [että] osa tästä organisaatiosta [piti] näin ollen ottaa huomioon TESAU:n pitkän aikavälin keskimääräisissä lisäkustannuksissa”. Lopuksi komissio korosti tosiseikkoja koskevan kirjeen 29 kohdassa, että TESAU:n myyntiorganisaatio työskenteli lähtökohtaisesti laajakaistatoimintojen kasvun eteen. Kantajat esittivät huomautuksia tästä väitetiedoksiantoon ja tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen antamassaan vastauksessa.

- 95 Kantajien markkinointikustannuksia koskevasta väitteestä, jonka mukaan komissio ”hylkäsi [väitetiedoksiannon 406 kohdassa esitetyn] alemman olettan ja valitsi [väitetiedoksiannon 407 kohdassa esitetyn] ylempään olettan” tukeutuen riidanalaisen päätöksen 468 perustelukappaleessa ensimmäistä kertaa Telefónican liiketoimintakapasiteetin kehitykseen, on korostettava, että kyseinen kehitys oli mainittu selvästi jo väitetiedoksiannon 402 kohdassa ja tosiseikkoja koskevan kirjeen 27 kohdassa. Väitetiedoksiannon 402 kohdassa komissio oli jo todennut, että ”alempaan olettamaan” eli pitkän aikavälin keskimääräisten lisäkustannusten oletettavan vähimmäistason laskentaan liittyi se vaara, että niiden määrä jää todellisia pitkän aikavälin keskimääräisiä lisäkustannuksia pienemmäksi. Komissio oli myös todennut tosiseikkoja koskevan kirjeen 30 kohdassa tukeutuen väitetiedoksiannon 407 kohtaan, jossa viitattiin pitkän aikavälin keskimääräisten lisäkustannusten enimmäistasoon, katsovana, että mahdollista päätöstä ajatellen oli perusteltua sisällyttää osa Telefónican markkinointikustannuksista sen pitkän aikavälin keskimääräisiä lisäkustannuksia koskevaan arvioon. Lisäksi komissio oli väitetiedoksiannon 424 kohdassa korostanut, että myyntiverkoston kustannukset sisälsivät tähän verkostoon liittyvien kustannusten (alempi olettan) lisäksi myös TESAU:n myyntiorganisaatioon liittyvien kustannusten nousun sen ADSL-vähittäistoiminnan vuoksi (ylempi olettan). Kantajien väite ei näin ollen voi menestyä.
- 96 Kantajien toisen väitteen mukaan komissio esitti riidanalaisessa päätöksessä kassavirtojen diskonttausmenetelmästä seikkoja, joista Telefónicaa ei ollut kuultu.
- 97 Ensimmäiseksi kantajat väittävät, että muuttamalla viitteenä käytettyjä lähteitä ”jaksokohtaisen” analyysin yhteydessä komissio muutti myös ”valtaosaa diskontattujen kassavirtojen analyysissä käytetyistä kustannusten ja tulojen lähteistä”, jolloin jaksokohtaiseen analyysiin liittyvät kantajien näkemykset voidaan saattaa koskemaan myös diskontattujen kassavirtojen analyysiä. Koska kantajien tätä koskevat väitteet on hylätty (ks. edellä 86–95 kohta) ja koska kantajat eivät tämän väitteen yhteydessä ole esittäneet lisätäsmennyksiä mahdollisista muista diskontattujen kassavirtojen analyysissä käytettyjen kustannus- ja tulonlähteiden muutoksista, myös tämä väite on kuitenkin hylättävä.
- 98 Toiseksi kantajat väittävät, että komissio esitti riidanalaisessa päätöksessä ensimmäistä kertaa diskontattujen kassavirtojen analyysissä käytetyn yrityksen arvioidun tulevan, tarkastelujakson päättymisen aikaisen, arvon ”herkkyysanalyysin”, sillä se laski kyseisen arvon Telefónican vähittäismyynnin myöhempää kannattavuutta koskevan sellaisen hypoteettisen arvion perusteella, joka koski ennen vuotta 2006 houkutelluilta asiakkailta vuosina 2007–2011 saatavaksi arvioituja tulevia voittoja, eikä se maininnut tätä tosiseikkoja koskevassa kirjeessä. Kantajat toteavat vastauskirjelmässään tästä, että riidanalaisen päätöksen 372 perustelukappaleesta ilmenee, että komissio tukeutui ”uusiin laskelmiin” yrityksen arvioidun tulevan arvon valinnan perustelemiseksi.
- 99 Tämä väite perustuu kuitenkin virheelliseen olettamaan. Toisin kuin kantajat väittävät, komissio ei nimittäin laskenut yrityksen arvioitua tulevaa arvoa Telefónican vähittäismyynnin myöhempää kannattavuutta koskevan sellaisen hypoteettisen arvion perusteella, joka koski vuosina 2007–2011 saatavaksi arvioituja tulevia voittoja. Riidanalaisen päätöksen 370 perustelukappaleessa komissio totesi nimenomaisesti, että ”esillä olevassa asiassa ei ole merkityksellistä vahvistaa, [voitiinko] Telefónican tappiot ajanjaksolla 2001–2006 kompensoida vuodesta 2007 alkaen saatavilla mahdollisilla tulevilla voitoilla”. Lisäksi on todettava, että riidanalaisen päätöksen 372 perustelukappaleessa hylätään Telefónican hallinnollisen menettelyn aikana ehdottama vaihtoehtoinen tapa lopullisen arvon laskemiseksi (riidanalaisen päätöksen 368 perustelukappale) ja osoitetaan, että arvon laskennassa oli

- tehty useita suuria virheitä, joiden vuoksi arvo oli yliarvioitu (riidanalaisen päätöksen 371 perustelukappale). Kuten edellä 82 ja 83 kohdassa todetaan, komission on otettava huomioon hallinnollisessa menettelyssä esiin tulleet seikat muuttaessaan tai täydentäessään sekä tosiseikoista että oikeudellisista seikoista esittämiensä väitteiden tukena olevia perusteluja.
- 100 Joka tapauksessa komissio korosti, että sen riidanalaisessa päätöksessä yrityksen arvioidun tulevan arvon laskemiseksi käyttämä menetelmä oli esitetty jo väitetiedoksiannon 446 kohdassa, alaviitteessä nro 302 ja taulukossa 47 (ks. myös tosiseikkoja koskevan kirjeen 21 ja 22 kohta). Telefónica arvosteli tätä menetelmää väitetiedoksiantoon antamansa vastauksen 6.3 osassa ja tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen antamansa vastauksen 5.1.2 osassa.
- 101 Kantajat, joille esitettiin istunnossa kysymys kyseisestä väitteestä, täsmensivät ensiksi, että väitetiedoksiannon taulukko 47 ja riidanalaisen päätöksen taulukko 67 olivat ilmeisen erilaisia, koska vuotta 2006 koskevia tietoja ei ollut mainittu väitetiedoksiannossa. On kuitenkin katsottava, että tällaisten tietojen puuttuminen, joka selittyy sillä, että väitetiedoksiannon antamispäivä on 21.2.2006, ei horjuta komission väitettä siitä, että väitetiedoksiannossa ja riidanalaisessa päätöksessä käytettiin samaa menetelmää. Tämän jälkeen kantajat toistivat, että riidanalaisen päätöksen taulukko 67 sisälsi ”herkkyysanalyysin” (joka liittyy vuosiin 2007–2011), jolla on tarkoitus ”vahvistaa” lopullisen arvon analyysi, mikä on kantajien mukaan uutta. Tämä väite on kuitenkin hylättävä edellä 99 kohdassa esitetyillä perusteilla. Kantajat väittivät, että komissio käytti väitetiedoksiannossa alimpia pitkän aikavälin keskimääräisiä lisäkustannuksia, kun taas riidanalaisessa päätöksessä se käytti ylimpiä pitkän aikavälin keskimääräisiä lisäkustannuksia. Tämä väite on kuitenkin hylätty jo edellä 93–95 kohdassa.
- 102 Kolmanneksi kantajat toteavat, että komissio arvosteli Telefónican vastauksessaan väitetiedoksiantoon ehdottamien moninkertaisten tulojen käyttämistä ja muutti Telefónican kyseisessä vastauksessa esittämiä diskontattujen kassavirtojen laskelmia ilman, että Telefónicaa olisi kuultu tästä (riidanalaisen päätöksen 367–377 ja 533–536 perustelukappale). Kantajien mukaan komissio viittasi riidanalaisessa päätöksessä myös siihen, että Telefónica oli hieman aikaisemmin hankkinut Terra Networks SA:n ja O2 plc:n (riidanalaisen päätöksen 377 perustelukappale), ja tukeutui siten asiakirjoihin, jotka eivät sisällyneet asiakirja-aineistoon.
- 103 Tässä yhteydessä on todettava, että riidanalaisen päätöksen 377 perustelukappaleessa ainoastaan hylätään Telefónican väitetiedoksiantoon antamassaan vastauksessa esittämät perustelut. Kuten edellä 82 ja 83 kohdassa huomautetaan, väitetiedoksiantoa voidaan täydentää asianosaisten antaman vastauskirjelmän perusteella, jossa esitetyt argumentit osoittavat, että asianosaiset ovat todella voineet käyttää puolustautumisoikeuksiaan. Lisäksi Telefónican itsensä Terra Networks SA:n ja O2 plc:n hankintojen yhteydessä käyttämä arviointimenetelmä on mainittu kyseisessä perustelukappaleessa täydentävänä huomautuksena ainoastaan esimerkkinä Telefónican väitetiedoksiantoon antamassaan vastauksessa esittämän, sen aiempien myyntiportaiden toimintojen arvioinnissa käytettävän moninkertaisten tulojen menetelmä hylkäämiseksi. Komissio ei siis tukeutunut kyseisiin asiakirjoihin perustellakseen esillä olevassa asiassa kilpailusääntöjen rikkomista koskevaa väitettään. Edellä 78 kohdassa esitetyn oikeuskäytännön mukaisesti kantajien väitettä ei näin ollen voida hyväksyä. Lisäksi unionin yleisen tuomioistuimen asiakirja-aineistoon liitetystä, 12.6.2006 pidettyä istuntoa koskevista asiakirjoista ilmenee, että kyseisessä istunnossa keskusteltiin kantajan esittämästä yrityksen arvioidun tulevan arvon laskennasta moninkertaisten tulojen menetelmällä.
- 104 Kantajien kolmannen väitteen mukaan komissio esitti riidanalaisessa päätöksessä laajakaistatuotteiden ja kapeakaistatuotteiden markkinaosuuksien vertailun (riidanalaisen päätöksen 574–578 perustelukappale), jota ei esitetty väitetiedoksiannossa ja jota ei mainittu tosiseikkoja koskevassa kirjeessä.
- 105 On todettava, että komissio ei ole kiistänyt kirjelmässään tai istunnossa, jossa siltä kysyttiin tästä asiasta, sitä seikkaa, että tätä vertailua ei esitetty väitetiedoksiannossa eikä tosiseikkoja koskevassa kirjeessä. Kilpailusääntöjen rikkomisen konkreettisten vaikutusten arviointi riidanalaisen päätöksen 564–573

- ja 579–613 perustelukappaleessa perustuu lukuisiin muihin seikkoihin, jotka on esitetty jo väitetiedoksiannon 475–532 kohdassa. Vaikka ei ole osoitettu sen, että laajakaistatuotteiden ja kapeakaistatuotteiden markkinaosuuksien vertailua ei oteta huomioon todisteena, heikentävän riidanalaisessa päätöksessä esitettyjen väitteiden pätevyyttä, on katsottava, että esillä olevassa asiassa väitetiedoksianto sisälsi olennaisia seikkoja, joihin kilpailusääntöjen rikkomisen konkreettisiin vaikutuksiin liittyvä komission toteamus perustui.
- 106 Kantajien neljännen väitteen mukaan komissio käytti uusia tietoja, jotka koskevat Telefónican ylimääräisiä nettomarkkinaosuuksia suhteessa sen kilpailijoihin, osoittaakseen konkreettisten vaikutusten olemassaolon tukkumarkkinoilla (riidanalaisen päätöksen 579–581 perustelukappale ja kaavio 18).
- 107 Kuten komissio totesi istunnossa, se oli jo tosiseikkoja koskevan kirjeen 38 kohdassa ja alaviitteessä nro 45 todennut [*luottamuksellinen tieto*]. Lisäksi on todettava, kuten komissio korostaa, että riidanalaisen päätöksen kaaviossa 18 esitetään markkinaosuuksiin tai määriin liittyviä tietoja, jotka mainitaan jo väitetiedoksiannon taulukossa 64. Kantajien istunnossa tästä esittämä väite, jonka mukaan toisin kuin riidanalaisen päätöksen kaaviossa 18, väitetiedoksiannon taulukossa 64 viitataan myös vuoteen 2001 sekä operaattori British Telecomiin, on hylättävä, koska näitä seikkoja ei esitetä riidanalaisessa päätöksessä. Kantajien väite ei näin ollen voi menestyä.
- 108 Kantajien viidennen väitteen mukaan komissio esitti arvostelua (riidanalaisen päätöksen 606–609 kohta), joka koskee Telefónican väitetiedoksiantoon antamaansa vastaukseen liittämää hintatutkimusta ja joka on uutta ja poikkeaa arvostelusta, jota komission johtava taloudellinen neuvonantaja esitti istunnossa. Tästä on riittävää todeta, että koska komission arvostelussa ainoastaan hylätään Telefónican väitetiedoksiantoon antamansa vastauksen liitteeksi 6 liittämässään asiantuntijalausunnossa ehdottamat laskelmat eivätkä ne ole uusia seikkoja, joilla tuettaisiin komission toteamusta Telefónican toiminnan konkreettisista vaikutuksista merkityksellisillä markkinoilla, Telefónican puolustautumisoikeuksia ei voida todeta loukatun.
- 109 Tästä seuraa, että käsiteltävä kanneperuste on hylättävä kokonaisuudessaan.
- c) Toinen kanneperuste, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä merkityksellisten tukkumarkkinoiden määrittelyssä
- 110 Kyseisellä kanneperusteella kantajat riitauttavat komission riidanalaisen päätöksen 162–208 perustelukappaleessa esittämän merkityksellisten tukkumarkkinoiden määrittelmän (ks. edellä 9–14 kohta).
- 111 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on niin, että tutkittaessa sitä, onko yrityksellä mahdollisesti määrävää asemaa tietyillä sektorikohtaisilla markkinoilla, kilpailun mahdollisuuksia on arvioitava sellaisilla markkinoilla, jotka kattavat kaikki tavarat, jotka ominaisuuksiensa perusteella soveltuvat erityisesti tyydyttämään muuttumattoman tarpeen ja jotka ovat vain vähäisessä määrin vaihdettavissa muihin tavaroihin. Koska lisäksi asianomaisten markkinoiden määrittämisen tarkoituksena on arvioida tietyn yrityksen mahdollisuutta estää toimivan kilpailun säilyttämistä sekä toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaisiinsa ja kuluttajiin, tältä osin pelkkä asianomaisten tuotteiden objektiivisten ominaisuuksien tutkiminen ei ole riittävää, vaan on myös otettava huomioon markkinoiden kilpailuolosuhteet sekä kysynnän ja tarjonnan rakenne (ks. asia 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio*, tuomio 9.11.1983, Kok., s. 3461, Kok. Ep. VII, s. 339, 37 kohta; edellä 60 kohdassa mainittu asia *France Télécom v. komissio*, tuomion 78 kohta ja edellä 70 kohdassa mainittu asia *Clearstream v. komissio*, tuomion 48 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

- 112 Merkityksellisten markkinoiden käsite merkitsee sitä, että niihin kuuluvien tavaroiden tai palvelujen välillä voi olla toimivaa kilpailua, mikä edellyttää, että kaikki samoihin markkinoihin kuuluvat tavarat tai palvelut ovat riittävästi keskenään vaihdettavissa, kun kyse on samasta käyttötarkoituksesta (edellä 76 kohdassa mainittu asia Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 28 kohta ja edellä 70 kohdassa mainittu asia Clearstream v. komissio, tuomion 49 kohta).
- 113 Merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta annetusta komission tiedonannosta (EYVL 1997, C 372, s. 5, 7 kohta) ilmenee myös, että ”kyseisiin tuotemarkkinoihin kuuluvat kaikki tuotteet ja/tai palvelut, joita kuluttaja pitää keskenään vaihdettavissa tai korvattavissa olevina niiden ominaisuuksien, hintojen ja käyttötarkoituksen vuoksi”. Merkityksellisten markkinoiden määrittelyssä kysynnän korvaaminen on taloudelliselta kannalta välittömmin ja tehokkain tekijä, joka rajoittaa tietyn tuotteen toimittajien käyttäytymistä erityisesti niiden hinnoittelupäätösten suhteen (kyseisen tiedonannon 13 kohta). Lisäksi tarjonnan korvattavuus otetaan myös huomioon määriteltäessä markkinoita sellaisissa tapauksissa, joissa sen vaikutukset vastaavat kysynnän korvattavuuden vaikutuksia tehokkuudeltaan ja välittömyydeltään. Tämä edellyttää, että tavarantoimittajat voivat vaihtaa tuotannon merkityksellisten tuotteiden tuotantoon ja saattaa tuotteet markkinoille lyhyellä aikavälillä ilman, että tästä seuraa merkittäviä lisäkustannuksia tai riskiä, reaktiona pieniin mutta pysyviin suhteellisten hintojen vaihteluihin (kyseisen tiedonannon 20 kohta).
- 114 Kantajien ensimmäisen väitteen mukaan tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta, alueellinen tukkuotuote ja valtakunnallinen tukkuotuote kuuluvat samoille merkityksellisille markkinoille. Näiden tuotteiden kysyntäpuolen korvattavuudesta kantajat toteavat, että vaihtoehtoiset operaattorit voivat näiden tuotteiden avulla tarjota samoja vähittäistason laajakaistapalveluja. Kantajien mukaan komissio myönsi riidanalaisen päätöksen 154 ja 155 perustelukappaleessa, että nämä tuotteet kuuluvat samoille merkityksellisille vähittäismarkkinoille.
- 115 Ensimmäiseksi kantajat väittävät komission katsoneen virheellisesti, että valtakunnallisen ja alueellisen tukku tuotteen korvaamisesta tilaajayhteyksien eriytettyllä tarjonnalla aiheutuvat kustannukset ovat ”äärimmäisen korkeat” ja että tällainen korvaaminen on ”pitkä prosessi” ja vaatii ”kriittisen vähimmäismassan”. Kantajat väittävät myös, että vaihtoehtoiset operaattorit ovat voineet käyttää tilaajayhteyksiä vuodesta 2001 lähtien ja että tämä on edennyt huomattavasti vuosien 2004 ja 2006 välisenä aikana.
- 116 On huomautettava, että riidanalaisessa päätöksessä komissio korosti valtakunnallisesta tukku tuotteesta alueelliseen tukku tuotteeseen siirtymisen vaatimia huomattavia investointeja (riidanalaisen päätöksen 185 perustelukappale). Komissio totesi myös, että siirtyminen alueellisesta tukku tuotteesta tilaajayhteyksien eriytettyyn tarjontaan on äärimmäisen kallista, koska se pitää sisällään alueellisesta kytkentäpisteestä Telefónican alueellisiin linjoihin ulottuvan verkon käyttöönoton, Telefónican tämän siirtymisen toteuttamisesta perimät merkittävät tukku hinnat sekä yhteissijoittumisen ja muita vähittäistason laajakaistayhteyksien tarjoamisen edellyttämiä liitännäisiä palveluja. Komission mukaan tällainen siirtyminen vie lisäksi paljon aikaa, ei ole kannattava vaihtoehto koko Espanjan alueella ja vaatii kriittisen vähimmäismassan (riidanalaisen päätöksen 173–177 perustelukappale). Komissio huomautti riidanalaisen päätöksen 180 perustelukappaleessa myös, että komissiolle osoitetussa 2.3.2005 päivätyssä kirjeessä Telefónica oli itse viitannut siihen, että vaihtoehtoisten operaattoreiden piti saavuttaa kriittinen vähimmäismassa ennen kuin ne alkavat sijoittaa omaan infrastruktuuriinsa, jonka avulla ne voivat käyttää tilaajayhteyksien eriytettyä tarjontaa.
- 117 Ensinnäkään kantajat eivät ole kuitenkaan kiistäneet riidanalaisen päätöksen toteamuksia, joiden mukaan vaihtoehtoisten operaattoreiden pitää tilaajayhteyksien eriyttämiseksi olla fyysisesti läsnä ja sijoittaa laitteensa yhteen Telefónican laitteiden kanssa, koska tällä on ainoana yrityksenä paikallisyhteyksiverkko koko Espanjan alueella, minkä vuoksi vaihtoehtoisten operaattoreiden on pakko asentaa laitteensa Telefónican 6 836 kytkentäpisteeseen, mikä edellyttää erittäin raskaita ennakoinvestointeja (riidanalaisen päätöksen 80 ja 81 perustelukappale ja taulukko 8; ks. myös riidanalaisen päätöksen 132 perustelukappale). Kantajat eivät ole kirjelmässään tai istunnossa kiistäneet

myöskään sitä, että Telefónica on tätä varten toteuttanut yli 1 500 miljoonan euron investoinnit ovat, joihin on lisättävä investoinnit, jotka ovat tarpeen alueellisen tukkutuohteen 109 yhteyspisteeseen kytkeytymiseksi ja jotka olivat määrältään [luottamuksellinen tieto] miljoonaa euroa (riidanalaisen päätöksen 164 ja 185 perustelukappale, taulukko 9 ja alaviitteet nrot 73 ja 74). Kuten komissio totesi perustellusti, nämä investoinnit ovat huomattavia. Komissio totesi kantajien kiistämättä, että jopa 200 miljoonan euron investointi, joka Telefónican mukaan oli tarpeen, jotta vaihtoehtoinen operaattori voi ottaa käyttöön paikallisen verkkonsa, vastasi yli 130:aa prosenttia Jazztelin yhteenlasketuista tuloista vähittäismarkkinoilla vuosien 2001 ja 2006 välisenä aikana.

- 118 Tämän jälkeen on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan Jazztel huolimatta siitä, että sillä ei ole ”kriittistä vähimmäismassaa” (riidanalaisen päätöksen 177 perustelukappale) ja että sen markkinaosuus oli ajanjakson 2001–2006 alussa vain alle 1 prosenttia, olisi kuitenkin kyennyt investoimaan 200 miljoonaa euroa, mikä olisi ristiriidassa riidanalaisen päätöksen 164 perustelukappaleessa esitetyn väitteen kanssa, jonka mukaan 550–575 keskusta käsittävän tilaajayhteyksien verkon käyttöönottoon tarvitaan 580–670 miljoonaa euroa.
- 119 Yhtäältä kantajien väite perustuu yksinomaan Jazztelin comisión nacional del mercado de valoresille (Espanjan arvopaperikomissio) 27.7.2007 antamaan ilmoitukseen, jossa Jazztel totesi, että ”tilikausina 2005 ja 2006 yritys [oli] investoinut yli 200 miljoonaa euroa Espanjan laajimman ja moderneimman viimeisimmän sukupolven tilaajayhteyksien verkon käyttöönottoon” ja että ”yrityksen [oli] tarkoitus vähentää investointejaan merkittävästi vuonna 2007, kun verkon kehittämistyöt ovat päättyneet”. Tästä toteamuksesta ei kuitenkaan ilmene, että Jazztelin verkon käyttöönoton kokonaiskustannukset olisivat olleet ”yli 200 miljoonaa euroa”, vaan yksinomaan se, että tämä summa on investoitu verkon käyttöönottoon vuosina 2005 ja 2006. Kuten komissio toteaa kantajien kiistämättä, kyseisessä ilmoituksessa mainittu investointien määrä ei sisällä Jazztelin jo ennen vuotta 2005 verkkonsa käyttöönottamiseksi toteuttamia investointeja, joiden joukossa on muun muassa Jazztelin vuoden 2004 lopulta lähtien käyttöönottamattomat 2 718 km tilaajayhteyksien verkkoa, eikä investointeja, jotka Jazztelin on vielä toteutettava kyseisen verkon käyttöönoton viimeistelemiseksi.
- 120 Toisaalta vaikka oletettaisiin, kuten kantajat väittävät, että 28.2.2007 Jazztel olisi tosiasiallisesti onnistunut sijoittautumaan 607:ää Telefónican kytkentäpisteeseen, sen lisäksi, että tämä tieto koskee sen ajanjakson jälkeistä aikaa, jona kilpailusääntöjä on rikottu, tämä ei välttämättä merkitse sitä, että Jazztel olisi jo tosiasiallisesti toteuttanut investoinnit, jotka ovat tarpeen sen verkon käyttöönottamiseksi mainittuihin kytkentäpisteisiin saakka. Jazztel oli maaliskuussa 2006 yhdistänyt verkkoonsa 38 tai 44 prosenttia (komission mukaan) tai 53 prosenttia (kantajien mukaan) 470 asentamastaan ”paikallisesta vaihteesta”. Kantajien väite, jonka paikkansapitävyyden komissio on kiistänyt ja jonka mukaan kytkentäpisteiden liittäminen Jazztelin verkkoon on tilaajayhteyksien eriyttämisestä erillinen palvelu, jonka vaihtoehtoiset operaattorit voivat hankkia muulta operaattorilta kuin Telefónicalta, ei kuitenkaan saata kyseenalaiseksi sitä, että kyseinen investointi kuuluu välttämättömiin investointeihin, jotta vaihtoehtoinen operaattori voi hyötyä tilaajayhteyksien eriytetystä tarjontaa koskevasta palvelusta (riidanalaisen päätöksen 132 perustelukappale). Lisäksi koska Telefónicalla on hallussaan 6 836 kytkentäpistettä, 607:n Telefónican kytkentäpisteen käyttäminen kattaa maantieteellisesti alle 10 prosenttia Telefónican keskuksista ja sen avulla voidaan Telefónican itsensä mukaan tavoittaa vain noin 60 prosenttia potentiaalisista asiakkaista. Lisäksi tämä kattavuus saavutettiin vasta vuoden 2006 lopulla eli kuusi vuotta sen jälkeen, kun tilaajayhteyksien käyttäminen tuli mahdolliseksi.
- 121 Tässä yhteydessä on hylättävä myös kantajien väite, jonka mukaan vaikka toisen tukkutuohteen käyttämiseksi vaadittavat investoinnit olivat todella merkittäviä, komissio ei laskenut tilaajayhteyksien käyttämisestä aiheutuvia hyötyjä (suuremmat tulot, vähittäispalvelujen monipuolisuus ja teknologinen riippumattomuus Telefónicasta). Kuten komissio totesi oikeutetusti riidanalaisen päätöksen 176 perustelukappaleessa, vaihtoehtoisen operaattorin, joka haluaa korvata alueellisen tukkutuohteen

- tilaajayhteysklien eriytetyllä tarjonnalla, on toteutettava verkkonsa käyttöönottamiseksi välttämättömiä investointeja, mutta se saa tästä muutoksesta voittoja vasta saatuaan riittävän asiakaskunnan, mikä ei ole varmaa eikä välitöntä.
- 122 Lopuksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan tilaajayhteysklien huomattava ja nopea kehitys vuosien 2004 ja 2006 välisenä aikana, joka johti siihen, että kattavuus oli yli 60 prosenttia Telefónican laitteistosta, osoittaa, että ”aikatekijä” ei estä valtakunnallisen tai alueellisen tukutuotteen korvaamista tilaajayhteysklien eriytetyllä tarjonnalla.
- 123 Kuten edellä 113 kohdassa mainitun merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta annetun komission tiedonannon 16, 20, 21 ja 23 kohdasta ilmenee ja kuten komissio huomautti oikeutetusti riidanalaisen päätöksen 172 perustelukappaleessa, merkityksellisten markkinoiden määrittelemiseksi tarpeellisen korvattavuuden on ilmentävä lyhyellä aikavälillä, mikä riidanalaisen päätöksen 172–175 perustelukappaleen mukaan ei ole tilanne esillä olevassa asiassa.
- 124 Kantajien väite, jolla pyritään horjuttamaan tätä toteamusta ja jonka mukaan vaihtoehtoiset operaattorit eivät katsoneet tarkoituksenmukaiseksi pyytää tilaajayhteysklien käyttöoikeutta ennen vuotta 2004 ajanjaksolla, jolloin ne väitteen mukaan saavuttivat yli 60 prosentin kattavuuden Telefónican laitteistosta, on hylättävä.
- 125 Vaikka TESAU:lle on joulukuusta 2000 lähtien lainsäädännössä asetettu velvollisuus vuokrata kuparijohtoa vaihtoehtoisille operaattoreille (riidanalaisen päätöksen 81 perustelukappale), tilaajayhteysklien tosiasiallinen käyttäminen alkoi rajoitetusti vasta vuoden 2004 lopussa ja vuoden 2005 alussa (riidanalaisen päätöksen 96 perustelukappale ja kaavio 2). Yhtäältä kun otetaan huomioon välttämättömät investoinnit (ks. edellä 117–121 kohta) ja kuten Telefónica itse on todennut (riidanalaisen päätöksen 180 perustelukappale), vaihtoehtoiset operaattorit saavuttivat vasta vuonna 2004 kriittisen massan liittymiä ja markkinakokemusta, jonka avulla ne ovat voineet investoida verkkorakenteisiin ja aloittaa siirtymisen välillisistä tukkuliittymistään tilaajayhteysklien eriytettyyn tarjontaan (ks. myös riidanalaisen päätöksen 177–180 perustelukappale ja edellä 129 kohta). Toisaalta kuten erityisesti riidanalaisen päätöksen 143 perustelukappaleesta ilmenee, sen ajankohdan, jolloin vaihtoehtoiset operaattorit pyysivät oikeutta käyttää Telefónican eriytettyjä tilaajayhteysklien, ja sen ajankohdan, jolloin tämä käyttöoikeus myönnettiin, välillä oli huomattavia viiveitä. Tästä on todettava, että kuten riidanalaisen päätöksen taulukosta 60, jonka tietoja kantajat eivät ole riitauttaneet, ilmenee, väitetty yli 60 prosentin kattavuus Telefónican laitteistosta toteutui vasta joulukuussa 2006 eli kilpailusääntöjen rikkomisajanjakson lopulla.
- 126 Tässä yhteydessä on hylättävä myös kantajien väite, jonka mukaan Comisión Nacional de la Competencia (Espanjan kilpailukomissio) olisi kiistänyt tilaajayhteysklien käyttöoikeuden esteiden olemassaolon 22.10.2007 tekemässään päätöksessä. Vaikka oletettaisiin, että kyseisestä päätöksestä ilmenee, että käsiteltävässä asiassa kilpailun puolustamisesta vastaava elin ei ollut tutkinnan missään vaiheessa ”vahvistanut oletettujen viivästymisten olemassaoloa”, tämä päätös ei kyseenalaista riidanalaisen päätöksen 139 ja 140 perustelukappaleen sisältämiä toteamuksia, joita Telefónica ei ole kiistänyt kirjelmässään ja joiden mukaan vuodesta 2002 lähtien CMT:n käsiteltäväksi on saatettu 55 riita-asiaa, jotka koskevat tilaajayhteysklien käyttöoikeutta ja joista suurimmassa osassa on tehty Telefónican etujen vastainen päätös.
- 127 Toiseksi kantajat väittävät, että on olemassa muita tukutuotteita kuin tilaajayhteysklien eriyttäminen, joiden avulla tarjontaa voidaan ”erilaistaa”, esimerkiksi IP-puhelinpalveluja (Internet Protocol). Asianosaiset kuitenkin totesivat istunnossa muun muassa, että valtakunnallisen tukutuotteen, alueellisen tukutuotteen ja tilaajayhteysklien eriytetyn tarjonnan välillä on toiminnallisia eroja, mikä ilmenee riidanalaisen päätöksen 66, 70, 82, 85, 87, 89, 165 ja 171 perustelukappaleesta ja alaviitteestä nro 47. Vaikka kantajat väittivät istunnossa, että alueellinen tukutuote mahdollisti ”tietyn eriyttämisen”, on todettava, kuten komissio täsmentää edellä mainituissa perustelukappaleissa, että operaattori, joka valitsee Telefónican tilaajayhteysklien eriytetyn tarjonnan, voi hallita arvoketjun

- huomattavaa osaa ja vähittäispalvelunsa lukuisia puolia. Kuten riidanalaisen päätöksen 82, 87, 89 ja 171 perustelukappaleesta ilmenee, toisin kuin tilaajayhteysien eriytetty tarjonta, valtakunnallisen ja alueellisen tukku tuotteen käyttöoikeus ei anna vaihtoehtoisille operaattoreille mahdollisuutta eriyttää vähittäistuotettaan merkittävästi Telefónican vähittäistuotteesta, joten niiden on kilpailtava Telefónican kanssa ainoastaan hinnoilla. Tästä kantajat itse korostavat vastauskirjelmässään, että investoiminen tilaajayhteysiin tuo mukanaan vähittäispalvelujen suuremman monimuotoisuuden. Kantajat mainitsevat tästä esimerkkeinä France Telecomin, joka oli ensimmäinen yritys, joka tarjosi Espanjassa tuotetta, joka käsitti puhelut ja internetin, ja Jazztelin, joka oli ensimmäinen yritys, joka myi vähittäistuotetta, jonka yhteysnopeus oli jopa 20 megabittia sekunnissa.
- 128 Kolmanneksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan alueellisen tukku tuotteen, valtakunnallisen tukku tuotteen ja tilaajayhteysien eriytetyn tarjonnan välillä oli ”riittävä korvattavuus”, koska kussakin Telefónican keskuksessa riittävä määrä vaihtoehtoisia operaattoreita käyttää eri tukku tuotteiden yhdistelmää, joka vastaa parhaiten niiden tarpeita, ja koska tämä ”marginaalinen” korvattavuus riittää kantajien mukaan siihen, että esillä olevassa asiassa nämä tuotteet kuuluvat samoille merkityksellisille tuotemarkkinoille.
- 129 Aluksi on todettava komission tapaan, ettei se seikka, että tietyt operaattorit ovat investoineet omien verkkojensa käyttöön ottoon ja ovat voineet vuodesta 2004 lähtien lisätä tilaajayhteysien käyttöä, vahvista valtakunnallisen ja alueellisen tukku tuotteen ja tilaajayhteysien eriytetyn tarjonnan tosiasiallista korvattavuutta ajanjaksolla, jolla kilpailusääntöjä on rikottu, vaan on sellaisen etenevän siirtymisprosessin tulos, jota komissio kuvaa muun muassa riidanalaisen päätöksen 93–103 perustelukappaleessa. Yhtäältä on kuitenkin todettava, että tällainen siirtyminen vaatii huomattavia, usealle vuodelle ulottuvia investointeja. Toisaalta tähän siirtymiseen liittyvien merkittävien uponneiden kustannusten ja ”investointiporilla” etenemisen vuoksi (ks. riidanalaisen päätöksen alaviite nro 82), ei ole todennäköistä, että vaihtoehtoinen operaattori korvaisi tilaajayhteysien eriytetyn tarjonnan valtakunnallisilla tai alueellisilla tukku tuotteilla, jos tilaajayhteysien eriytetyn tarjonnan hinta nousisi vähän, mutta selkeästi ja pysyvästi.
- 130 Tämän jälkeen on todettava, ettei ole käynyt ilmi, että vaihtoehtoiset operaattorit olisivat käyttäneet kilpailusääntöjen rikkomisajanjakson aikana jokaisessa keskuksessa tukkupalvelujen optimaalista yhdistelmää, johon olisi kuulunut tilaajayhteysien eriytetty tarjonta. Riidanalaisen päätöksen 102 ja 103 perustelukappaleesta, joiden sisältämiä tietoja kantajat eivät ole kirjelmässään kiistäneet, ilmenee, että France Telecom osti vuoteen 2002 saakka lähes koko Telefónican valtakunnallisen tukku tuotteen, joka korvattiin vuoden 2002 lopussa Telefónican alueellisiin tukku tuotteisiin perustuvalla vaihtoehtoisella valtakunnallisella tukkutarjoajalla. France Telecomin eriytettyjen tilaajayhteysien määrä kasvoi merkittävästi vasta helmikuusta 2005 lähtien, kun taas Telefónican alueellisiin tukku tuotteisiin perustuvien vaihtoehtoisten valtakunnallisten tukkulinjojen määrä väheni. Lisäksi Ya.com osti yksin Telefónican valtakunnallisen tukku tuotteen vuoden 2004 viimeiseen vuosikolmannekseen saakka ja ryhtyi lisääntyvästi käyttämään tilaajayhteysien eriytettyä tarjontaa vasta heinäkuusta 2005 alkaen, jolloin se osti Alburan.
- 131 Kantajien väite soveltuu vain niihin Telefónican kilpailijoihin, joilla on käytettävissään verkko, joka mahdollistaa niille tilaajayhteysien eriytetyn tarjonnan, mikä sulkee pois sellaiset Telefónican potentiaaliset kilpailijat, jotka eivät ole vielä tehneet investointeja alueellisen tukku tuotteen tai tilaajayhteysien eriytetyn tarjonnan käyttämiseksi.
- 132 Neljänneksi kantajien väitteestä, jonka mukaan Servicio de Defensa de la Competencia (Espanjan kilpailun suojeluyksikkö) oli asiassa Telefónica v. Iberbanda (kilpailun suojeluyksikön kertomus N-06038, Telefónica v. Iberbanda) myöntänyt yhden ainoan merkityksellisen tukkumarkkinan olemassaolon, on riittävää todeta, etteivät kantajat kiistä komission kirjelmässään muotoilemaa väitettä, jonka mukaan kyseisessä asiassa liiketoimen arviointi ei riippunut markkinoiden suppeammasta tai

- laajemmasta rajaamisesta, koska Iberbandan markkinaosuus oli hyvin pieni, ja että kyseinen viranomaisella viittasi lopullisessa päätöksessään nimenomaisesti siihen, että CMT erotti toisistaan tilaajayhteyksien eriytetyn tarjonnan ja välilliset tukkuyhteydet.
- 133 Viidenneksi on huomautettava, että kantajat itse esittivät alkuperäisessä vastauksessaan France Telecomin kanteluun, että tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta ja välillisen yhteyden tukkutuotteet eivät korvanneet toisiaan (riidanalaisen päätöksen 170 perustelukappale). Lisäksi kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 182 perustelukappaleessa, kaikki kansalliset sääntelyviranomaiset, jotka ovat analysoineet laajakaistayhteyksien tukkumarkkinoita kussakin maassa, mukaan lukien CMT, joka on analysoinut Espanjan markkinoita, ovat samankaltaisilla perusteilla katsoneet, että tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta ja välillisen yhteyden tukkutuotteet muodostavat eri markkinat. Tällainen lähestymistapa on, kuten komissio toteaa oikeutetusti, myös sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/21/EY mukaisesti ennakkosääntelyn alaisiksi tulevista merkityksellisistä tuote- ja palvelumarkkinoista sähköisen viestinnän alalla 11.2.2003 annetun komission suosituksen 2003/311/EY (EYVL L 114, s. 45) mukainen, sillä mainitussa suosituksessa erotetaan toisistaan metallijohdinpohjaisten tilaajayhteyksien ja niiden osien eriytetyn käyttöoikeuden (ja rinnakkaiskäyttöoikeuden) tukkutarjonta laajakaista- ja puheensiirtopalvelujen tarjoamiseksi (markkinat 11) ja tukkutason laajakaistayhteydet (markkinat 12).
- 134 Edellä esitetyn perusteella on katsottava, että komissio on riidanalaisen päätöksen 163–182 perustelukappaleessa oikeutetusti katsonut, että tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta ei kuulunut esillä olevassa asiassa merkityksellisiin markkinoihin.
- 135 Kantajien toisen väitteen mukaan riidanalaisen päätöksen toteamus, jonka mukaan alueellinen tukkutuote ja valtakunnallinen tukkutuote eivät kuulu samoille markkinoille, ei pidä paikkaansa. Ensimmäiseksi ne katsovat, että komissio käyttää teoreettisia esimerkkejä, jotka eivät vastaa Espanjan markkinoiden todellisuutta.
- 136 Tästä on todettava, että on totta, että komissio viittaa riidanalaisen päätöksen 185 perustelukappaleessa Ranskan televiestintäalan sääntelyviranomaisen arvioihin, jotka liittyvät valtakunnallisista tukkutuotteista alueellisiin tukkutuotteisiin siirtymisen aiheuttamiin kustannuksiin, jotka ovat 150–300 miljoonaa euroa, vaikka on arvioitu, että Ranskassa valtakunnallinen kattavuus voitaisiin saavuttaa liittämällä yhteen 20 yhteyspistettä.
- 137 Vaikka Ranskan televiestintäalan sääntelyviranomaisen arviot liittyvät eri maantieteellisiin markkinoihin, ne ovat kuitenkin merkityksellisiä tällaisen verkoston käyttöönottamiseksi tarvittavien investointien havainnollistamiseksi. Kuten riidanalaisen päätöksen alaviitteestä nro 166 ilmenee, yhteyspisteiden lukumäärä on Espanjassa nimittäin noin viisi kertaa suurempi kuin Ranskassa, ja näin ollen on mahdollista katsoa, että kustannukset, jotka liittyvät verkon käyttöönottamiseen Espanjassa, ovat tämän vuoksi selvästi suuremmat kuin Ranskassa. Lisäksi kuten riidanalaisen päätöksen 723 perustelukappaleessa todetaan, Ranskan laajakaistayhteyksien markkinoille on ominaista samankaltainen rakenne kuin Espanjan markkinoille, kun otetaan huomioon tukkuyhteyksien olemassaolo paikallisella, valtakunnallisella ja alueellisella tasolla.
- 138 Toiseksi kantajat katsovat, että komissio perustelee kaksien eri markkinoiden määritelmäänsä sillä France Telecomin väittämällä, ettei alueellisesta tukkutuotteesta valtakunnalliseen tukkutuotteeseen siirtyminen ole taloudellisesti perusteltua (riidanalaisen päätöksen 187 perustelukappale), vaikka France Telecom on kantajien mukaan itse kiistänyt tämän toteamuksen asiaan liittyvissä asiakirjoissa todeten, että vaihtoehtoinen operaattori voi päättää siirtyä alueellisesta tukkutuotteesta valtakunnalliseen tukkutuotteeseen, jos viimeksi mainitun tuotteen hinta laskee. Lisäksi kantajien mukaan Albura onnistui toisintamaan Telefónican alueellisen yhteysverkon.

- 139 Tästä on aluksi todettava, kuten riidanalaisen päätöksen 187 perustelukappaleesta ilmenee ja kun otetaan huomioon uponneet kustannukset, että vaihtoehtoiset operaattorit, jotka ovat jo tehneet investoinnit, jotka ovat tarpeen 109 yhteyspisteeseen liittymiseksi, hyödyntävät investointejaan ja valitsevat pikemminkin alueellisen tukku tuotteen kuin keskittävät liikenteen yhteen ainoaan valtakunnalliseen liittymään. Kun otetaan huomioon valtakunnallisesta tukku tuotteesta alueelliseen tukku tuotteeseen siirtymiseen liittyvät kustannukset, alueellisen tukku tuotteen pienen mutta selkeän ja pysyvän hinnannousunkin tapauksessa on epätodennäköistä ja taloudellisesta näkökulmasta epäloogista, että operaattorit, jotka ovat jo investoineet verkon käyttöönottamiseen, vastaisivat tämän verkon käyttämättä jättämisen kustannuksista ja päättäisivät käyttää valtakunnallista tukku tuotetta, joka ei tarjoa niille samoja mahdollisuuksia valvoa vähittäistuotteen palvelun laatua kuin alueellinen tukku tuote. Lisäksi France Telecom, jolle esitettiin istunnossa tätä koskeva kysymys, todella vahvisti arvioivansa, ettei alueellisesta tukku tuotteesta valtakunnalliseen tukku tuotteeseen siirtymiselle ole taloudellisia perusteita. Vaikka tällainen siirtyminen on kerran poikkeuksellisesti toteutettu, se johtui teknisestä rajoitteesta, joka liittyi France Telecomin tarpeeseen saada lisäkapasiteettia alueellisen tukku tuotteen tasolla. Kantajien väitettä ei näin ollen voida hyväksyä.
- 140 Kolmanneksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan komissio oli aiemmin hyväksynyt ”epäsymmetrisen korvaavuuden” merkityksellisten tuotemerkkinoiden rajaamiseksi, koska esillä olevassa asiassa ei voi olla kyse tällaisesta korvaavuudesta, sillä siirtyminen valtakunnallisesta tukku tuotteesta alueelliseen tukku tuotteeseen vie aikaa ja edellyttää hyvin merkittäviä investointeja (ks. edellä 129 kohta) ja alueellisesta tukku tuotteesta valtakunnalliseen tukku tuotteeseen siirtyminen on taloudellisesta näkökulmasta epäloogista (ks. edellä 139 kohta). Lisäksi unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee, että huomattava epäsuhteisuus kahden tuotteen välillä siirtyvien asiakkaiden välillä ei tue väitettä, jonka mukaan nämä tuotteet ovat kuluttajien silmissä keskenään vaihdettavissa (edellä 60 kohdassa mainittu asia France Télécom v. komissio, tuomion 86–91 kohta).
- 141 Neljänneksi kantajat väittävät, että komissio myönsi suosituksessaan 2003/311, että molemmat välillisen yhteyden tukku tuotteet kuuluvat samoilta markkinoille. On kuitenkin huomautettava, että suosituksen 2003/311 johdanto-osan perustelukappaleissa yhtäältä suljetaan suosituksen soveltamisalan ulkopuolelle nimenomaisesti laajakaistayhteyksien jälleenmyynnin tukku markkinat, toisin sanoen yhden ainoan pisteen kautta saatavaa valtakunnallista yhteyttä koskevat valtakunnallisen tukku tuotteen kaltaiset tuotteet, joissa vaihtoehtoisen operaattorin liikenne kulkee kokonaan Telefónican verkossa, ja toisaalta korostetaan sitä, että laajakaistayhteyksien tukku tarjonnan markkinoille tulolle on erittäin suuria esteitä, koska palvelun tarjoamiseksi on otettava käyttöön verkko. Sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä annettu 7.3.2002 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/21/EY (puitedirektiivi; EYVL L 108, s. 33) 15 artiklassa, johon suosituksen 2003/311 johdanto-osassa viitataan nimenomaisesti, ja kyseisen suosituksen 18 perustelukappaleesta todetaan, että markkinoiden määrittely sääntelytarkoituksessa ei rajoita markkinoiden määrittelyä yksittäisissä kilpailuoikeudellisissa asioissa.
- 142 Viidenneksi kantajat väittävät, että myös CMT katsoi 6.4.2006 tekemässään päätöksessä, jonka se vahvisti 1.6.2006 tekemällään päätöksellä, että alueellinen tukku tuote ja valtakunnallinen tukku tuote kuuluvat samoilta markkinoille. Toisin kuin riidanalaisessa päätöksessä, CMT:n 1.6.2006 tekemässä päätöksessä käytetään tältä osin tulevaisuuteen suuntautuvaa analyysiä. Lisäksi komissio totesi huomautuksissaan CMT:n päätösluonnoksesta, että Espanjan laajakaistamarkkinoiden tämänhetkiset piirteet ja olosuhteet voivat mahdollisesti oikeuttaa laajakaistayhteyksien tukku markkinoiden eriyttämisen kahdeksi merkitykselliseksi tuotemerkkinaksi. CMT sulki 1.6.2006 tekemässään päätöksessä itse ADSL-IP Totalin markkinoiden 12 ulkopuolelle. Telefónica ei kuitenkaan kiistä sitä, että ADSL-IP ja ADSL-IP Total kuuluvat samoilta valtakunnallisille tukku yhteysmarkkinoille (ks. tästä riidanalaisen päätöksen 88–95, 109 ja 110 perustelukappale).
- 143 Edellä esitetyn perusteella on todettava, että komissio on todennut riidanalaisen päätöksen 183–195 perustelukappaleesta oikeutetusti, etteivät valtakunnallinen tukku tuote ja alueellinen tukku tuote kuuluneet samoilta markkinoille.

144 Toinen kanneperuste on näin ollen hylättävä.

d) Kolmas kanneperuste, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä Telefónicalla merkityksellisillä markkinoilla väitetyksi olevan määräävän aseman toteamisessa

145 Kolmannessa kanneperusteessaan kantajat väittävät, että komissio teki tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä, kun se totesi Telefónican väitetyn määräävän aseman merkityksellisillä markkinoilla.

146 Aluksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan komission olisi hintaruuvien muodossa tapahtuneen Telefónican määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteamiseksi pitänyt näyttää toteen, että Telefónicalla oli määräävä markkina-asema samanaikaisesti sekä tukkumarkkinoilla että vähittäismarkkinoilla. Kuten unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee, se, merkitseekö merkityksellisillä tukkumarkkinoilla määräävässä markkina-asemassa olevan vertikaalisesti integroituneen yrityksen käyttöön ottama hinnoittelukäytäntö, joka johtaa kyseisen yrityksen kilpailijoihin kohdistuvaan hintaruuviin vähittäismarkkinoilla, väärinkäyttöä, ei nimittäin riipu siitä, onko kyseinen yritys määräävässä markkina-asemassa viimeksi mainituilla markkinoilla (asia C-52/09, TeliaSonera, tuomio 17.2.2011, Kok., s. I-527, 89 kohta). Näin ollen on tutkittava kantajien väitteet, jotka liittyvät Telefónican määräävän markkina-aseman toteamiseen merkityksellisten tukkumarkkinoiden osalta.

147 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan määräävä markkina-asema voidaan määrittellä yrityksen taloudelliseksi valta-asemaksi, jonka perusteella se voi estää toimivan kilpailun merkityksellisillä markkinoilla, koska tällainen asema antaa sille mahdollisuuden toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaihinsa ja lopulta kuluttajiin (edellä 72 kohdassa mainittu asia United Brands ja United Brands Continentaal v. komissio, tuomion 65 kohta; asia C-250/92, DLG, tuomio 15.12.1994, Kok., s. I-5641, 47 kohta; asia T-139/98, AAMS v. komissio, tuomio 22.11.2001, Kok., s. II-3413, 51 kohta; asia T-65/98, Van den Bergh Foods v. komissio, tuomio 23.10.2003, Kok., s. II-4653, 154 kohta ja edellä 60 kohdassa mainittu asia France Télécom v. komissio, tuomion 99 kohta).

148 Määräävän markkina-aseman olemassaolo voi yleensä johtua useiden sellaisten tekijöiden yhteisvaikutuksesta, jotka erikseen tarkasteltuina eivät välttämättä olisi ratkaisevia (edellä 72 kohdassa mainittu asia United Brands ja United Brands Continentaal v. komissio, tuomion 66 kohta ja edellä 147 kohdassa mainittu asia DLG, tuomion 47 kohta). Näistä tekijöistä suuret markkinaosuudet on erittäin merkityksellinen (asia T-30/89, Hilti v. komissio, tuomio 12.12.1991, Kok., s. II-1439, 90 kohta ja asia T-66/01, Imperial Chemical Industries v. komissio, tuomio 25.6.2010, Kok., s. II-2631, 255 ja 256 kohta).

149 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan erittäin suuret markkinaosuudet ovat itsessään – poikkeuksellisia olosuhteita lukuun ottamatta – osoitus määräävän aseman olemassaolosta. Yrityksellä, jolla on tietyn pituisen jakson aikana erityisen suuri markkinaosuus, on tuotannon ja tarjonnan määräänsä perusteella voimakas asema, jonka vuoksi siitä tulee välttämätön sopimuskumppani ja joka jo tästä syystä varmistaa, että se voi ainakin varsin pitkän ajan toimia määräävälle markkina-asmalle ominaisella tavalla riippumattomasti, ilman että yritykset, joilla on huomattavasti pienemmät markkinaosuudet, voisivat nopeasti tyydyttää sellaisilta asiakkailta tulevan kysynnän, jotka eivät halua hankkia tuotteitaan yritykseltä, jolla on suurin markkinaosuus (edellä 76 kohdassa mainittu asia Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 41 kohta; edellä 147 kohdassa mainittu asia Van den Bergh Foods v. komissio, tuomion 154 kohta ja edellä 148 kohdassa mainittu asia Imperial Chemical Industries v. komissio, tuomion 256 kohta; ks. myös edellä 60 kohdassa mainittu asia France Télécom v. komissio, tuomion 100 kohta).

- 150 Oikeuskäytännön mukaan 50 prosentin markkinaosuus on itsessään – poikkeuksellisia olosuhteita lukuun ottamatta – osoitus määräävän aseman olemassaolosta (asia C-62/86, AKZO v. komissio, tuomio 3.7.1991, Kok., s. I-3359, Kok. Ep. XI, s. I-261, 60 kohta ja edellä 148 kohdassa mainittu asia Imperial Chemical Industries v. komissio, tuomion 256 kohta). Samoin 70–80 prosentin markkinaosuus on itsessään selvä osoitus määräävästä markkina-asemasta (asia T-30/89, Hilti v. komissio, tuomio 12.12.1991, Kok., s. II-1439, 92 kohta; yhdistetyt asiat T-191/98 ja T-212/98-T-214/98, Atlantic Container Line ym. v. komissio, tuomio 30.9.2003, Kok., s. II-3275, 907 kohta ja edellä 148 kohdassa mainittu asia Imperial Chemical Industries v. komissio, tuomion 257 kohta).
- 151 Esillä olevassa asiassa kantajat väittävät, että Telefónicalla ei ole määräävää asemaa laajakaistayhteyksien ”tukumarkkinoilla”.
- 152 Laajakaistaisten internetyhteyksien tukumarkkinoista on huomautettava, että kuten riidanalaisen päätöksen 162–208 perustelukappaleesta ja edellä 110–143 kohdasta ilmenee, alueellinen tukutuote ja valtakunnallinen tukutuote eivät kuulu samoille tuotemarkkinoille, joten Telefónican mahdollista määräävää asemaa on arvioitava erikseen markkinakohtaisesti.
- 153 Ensimmäisenä toteamuksenaan komissio esitti riidanalaisen päätöksen 232 perustelukappaleessa, että Telefónica oli määräävässä asemassa alueellisilla tukumarkkinoilla. Komissio päätyi tähän toteamukseen sillä perusteella, että Telefónican markkinaosuus oli 100 prosenttia ja se oli tosiasiallisessa monopoliasemassa näillä markkinoilla (riidanalaisen päätöksen 223 perustelukappale). Komissio viittasi myös näille markkinoille tulon huomattaviin esteisiin ja erityisesti siihen, että vaihtoehtoisten operaattoreiden piti rakentaa uusi vaihtoehtoinen paikallisyhteysverkko tai eriyttää Telefónican tilaajayhteydet.
- 154 Komissio korosti riidanalaisen päätöksen 224–226 perustelukappaleessa merkittäviä uponneita kustannuksia, joita aiheutuu uusille operaattoreille, jotka haluavat tarjota tukkutasen alueellisia laajakaistayhteyksipalveluja Telefónican tilaajayhteyksien kautta, sekä Telefónican huomattavia mittakaavaetuja ja tuotevarioinnin etuja. Riidanalaisen päätöksen 227 perustelukappaleessa komissio totesi, että tilaajayhteyksien eriytetyn tarjonnan käyttämisessä oli kilpailusääntöjen rikkomisen aikana huomattavia esteitä ja viiveitä, minkä vuoksi jopa omaa verkkoaan käyttänyt operaattori ei kyennyt kilpailemaan Telefónican kanssa. Komissio totesi riidanalaisen päätöksen 228 perustelukappaleessa sen, että laajakaistapalveluille oli välttämätöntä olla riittävä määrä asiakkaita, merkitsevän ylimääräistä markkinoille tulon estettä niille operaattoreille, jotka investoivat tilaajayhteyksien eriytettyyn tarjontaan, jolloin niiden yksikkökohtaiset kustannukset olivat todennäköisesti suuremmat kuin Telefónicalla niiden ottaessa käyttöön paikallisverkkojaan. Komissio totesi, että vaihtoehtoiset operaattorit, jotka investoivat tällä hetkellä tilaajayhteyksien eriytettyyn tarjontaan, eivät vaikuta merkittävästi kilpailuun alueellisten yhteyksien tukumarkkinoilla edes keskipitkällä aikavälillä eikä tämä vaikutus tule koskaan olemaan valtakunnallinen (riidanalaisen päätöksen 229 ja 230 perustelukappale).
- 155 Ensimmäiseksi on todettava, etteivät kantajat kiistä sitä, että Telefónica on ollut ainoa toimija, joka on tarjonnut alueellista tukutuotetta Espanjassa vuodesta 1999 lähtien (riidanalaisen päätöksen 223 perustelukappale) ja jolla on siis näillä markkinoilla tosiasiallinen monopoli.
- 156 Toiseksi on mainittava, että kantajien mukaan Telefónicaan on sen markkinaosuudesta huolimatta kohdistunut jatkuvaa kilpailupainetta sen kilpailijoiden taholta, jotka ovat lisänneet läsnäoloaan ”tukumarkkinoilla” jatkuvasti ja lisääntyvästi. Kuten edellä 152 kohdassa huomautetaan, komissio on oikeutetusti todennut, että valtakunnallinen ja alueellinen tukutuote eivät kuuluneet samoille markkinoille. Tämän vuoksi kantajien vastauskirjelmässään mainitsemia esimerkkejä, jotka koskivat Arsyttä, joka toi markkinoille vähittäistason laajakaistatuotteen käyttäen yksinomaan Uni2:n tukutarjontaa, sekä Tele2:sta, Tiscalia ja Aunaa, jotka käyttivät Alburan tukkupalveluja, ei voida ottaa huomioon, koska ne liittyvät valtakunnalliseen tukutarjontaan.

- 157 Kolmanneksi myöskään kantajien väitettä, jonka mukaan ”tukkumarkkinat” ovat ”kilpaillut markkinat”, joilla Telefónican asiakkaat ja kilpailijat voivat toisintaa sen verkon, jolloin ne kykenevät aiheuttamaan tosiasiallista kilpailupainetta markkinaosuuksistaan riippumatta, ei voida hyväksyä, kun otetaan huomioon uuden vaihtoehdoisen paikallisyhteysverkon rakentamisen tai Telefónican tilaajayhteyksien eriyttämisen edellyttämät investoinnit, jotka ovat välttämättömiä, jotta vaihtoehtoinen operaattori voi tarjota Telefónican alueellisen tukkutuetun kanssa kilpailevaa alueellisen yhteyden tukkutuetta (ks. erityisesti edellä 129 kohta).
- 158 Tästä seuraa, että kantajat eivät ole esittäneet mitään seikkaa, joka voisi kyseenalaistaa komission toteamuksen, jonka mukaan Telefónica oli määräävässä asiassa alueellisilla tukkumarkkinoilla kilpailusääntöjen rikkomisajanjaksolla.
- 159 Toisena toteamuksenaan komissio katsoi, että Telefónica oli määräävässä asemassa valtakunnallisilla tukkuyhteysmarkkinoilla. Komissio toteaa riidanalaisen päätöksen 234 perustelukappaleessa, että vuoden 2002 viimeiseen neljännekseen saakka Telefónican valtakunnalliselle tukkutuetulle ei ollut yhtään todellista vaihtoehtoa. Lisäksi vuodesta 2002 lähtien ja koko kilpailusääntöjen rikkomisajanjakson ajan Telefónican markkinaosuus pysyi komission mukaan jatkuvasti 84 prosentin yläpuolella (riidanalaisen päätöksen 235 perustelukappale). Riidanalaisen päätöksen 236–241 perustelukappaleessa komissio viittasi myös ensimmäiseksi Telefónican ja sen pääasiallisten kilpailijoiden markkinaosuuksien väliseen huomattavaan eroon, sillä Telefónican markkinaosuus oli yli 11-kertainen sen pääasiallisen kilpailijan markkinaosuuteen nähden (riidanalaisen päätöksen 236 perustelukappale), toiseksi mittakaavaetuihin ja tuotevarioinnin etuihin sekä vertikaaliseen integraatioon, joista Telefónica hyötyi ja joiden ansiosta se saattoi kuolettaa kustannuksensa laajan asiakaskuntansa aikaansaaman merkittävän volyymin ansiosta (riidanalaisen päätöksen 237 perustelukappale), kolmanneksi sen tilaajayhteyksien hallintaan, minkä avulla se saattoi vaikuttaa merkittävästi kilpailevien tukkutuetun saatavuuteen (riidanalaisen päätöksen 240 perustelukappale), ja neljänneksi sen aiemmalta monopolilta perimään verkkoon, jota ei voinut helposti toisintaa (riidanalaisen päätöksen 241 perustelukappale).
- 160 Osoittaakseen, ettei Telefónica ollut määräävässä asemassa valtakunnallisilla tukkumarkkinoilla, kantajat vetoavat useisiin perusteisiin. Ensiksi ne väittävät, että Telefónican verkko oli mahdollista toisintaa.
- 161 Kantajat toteavat, että useat vaihtoehtoiset operaattorit ovat toisintaneet täysin Telefónican verkon. Kuten komissio totesi oikeutetusti riidanalaisen päätöksen 239 perustelukappaleessa, nämä esimerkit eivät kuitenkaan osoita, ettei Telefónica olisi ollut määräävässä asemassa valtakunnallisilla tukkumarkkinoilla.
- 162 On totta, että kilpailun mahdollinen olemassaolo markkinoilla on merkityksellinen seikka arvioitaessa määräävän markkina-aseman olemassaoloa. Kiivaankaan kilpailun olemassaolo tietyillä markkinoilla ei kuitenkaan sulje pois määräävän aseman olemassaoloa samoilla markkinoilla, sillä määräävän aseman ominaispiirteitä ovat ennen kaikkea mahdollisuus toimia niin, ettei markkinastrategiassa tarvitse ottaa huomioon tätä kilpailua, ilman että tästä asenteesta kuitenkin aiheutuisi vahingollisia vaikutuksia (ks. asia T-210/01, General Electric v. komissio, tuomio 14.12.2005, Kok., s. II-5575, 117 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja edellä 60 kohdassa mainittu asia France Télécom v. komissio, tuomion 101 kohta).
- 163 Esillä olevassa asiassa kantajien esittämät esimerkit eivät kuitenkaan kyseenalaista komission riidanalaisen päätöksen 235–241 perustelukappaleessa esittämiä seikkoja, jotka koskevat muun muassa sitä, että Telefónicalla oli koko kilpailusääntöjen rikkomisajanjakson ajan yli 84 prosentin markkinaosuus, sitä, että vuodesta 2001 lähtien tämä markkinaosuus oli 11-kertainen sen pääasiallisen kilpailijan markkinaosuuteen nähden, ja sitä, että esteet estivät Telefónican kilpailijoita tarjoamasta kannattavasti Telefónican tukkutuetun kanssa kilpailevaa valtakunnallista tukkutuetta.

- 164 Toiseksi kantajat väittävät, että komission ”kanta on lähinnä teoreettinen”. Se ei ole sopusoinnussa sen kannan kanssa, jonka komissio on omaksunut tiedonannoissaan muille eurooppalaisille sääntelyviranomaisille. Kantajien mukaan komissio on näissä tiedonannoissa nimittäin katsonut, että vertikaalisesti integroituneiden yritysten vähittäismarkkinoilla toteuttama kilpailu voi aiheuttaa välillistä kilpailupainetta tukkumarkkinoilla. Näin ollen komission olisi pitänyt analysoida sitä, olisivatko kaapelioperaattorit ja paikallisverkon operaattorit aiheuttaneet välillistä kilpailupainetta Telefónican toimintaan välillisten yhteyksien tukkumarkkinoilla.
- 165 Tästä on riittävää todeta, että tällainen väite on perusteeton, koska yhtäältä komissio tosiasiallisesti analysoi kaapelioperaattoreiden aiheuttamaa kilpailupainetta ja totesi riidanalaisen päätöksen 268–276 perustelukappaleessa, että kaapelioperaattorit eivät olleet noudattaneet hintakuria suhteessa Telefónicaan vähittäismarkkinoilla, ja toisaalta, kuten riidanalaisen päätöksen 264–266 perustelukappaleesta ilmenee, tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta on saavuttanut todellista suosiota vasta syyskuusta 2004 lähtien ja se on maantieteellisesti rajoittunutta.
- 166 Kolmanneksi se, että Telefónicalla on vuodesta 2000 lähtien ollut velvollisuus tarjota tilaajayhteyksien käyttöoikeus kustannusperusteisin hinnoin, ei riitä osoittamaan, ettei Telefónica olisi määräävässä markkina-asemassa. Vaikka mahdollisuus toteuttaa säännöllisiä hinnankorotuksia saattaa kiistatta viitata määräävään markkina-asemaan, se ei missään tapauksessa ole tämän aseman välttämätön osa, sillä määräävässä asemassa olevan yrityksen hintoja koskeva itsenäisyys liittyy pikemminkin mahdollisuuteen vahvistaa hintoja tarvitsematta ottaa huomioon kilpailijoiden, asiakkaiden ja toimittajien reaktioita kuin mahdollisuuteen korottaa näitä hintoja (ks. edellä 150 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat *Atlantic Container Line ym. v. komissio*, tuomion 1084 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Koska kaikki kilpailevat tukkuyhteistuotteet perustuvat Telefónican tilaajayhteyksiin tai sen alueelliseen tukkutuotteeseen, kilpailevien tuotteiden saatavuus ei riipu pelkästään eriytettyjen tilaajayhteyksien ja/tai alueellisen tukkutuotteen todellisesta saatavuudesta, vaan myös niistä taloudellisista olosuhteista, joissa niitä tarjotaan (riidanalaisen päätöksen 240 perustelukappale).
- 167 Edellä esitetyn perusteella on todettava, että komissio on oikeutetusti todennut, että Telefónica oli määräävässä asemassa valtakunnallisilla tukkumarkkinoilla.
- 168 Näin ollen ja kuten edellä 146 kohdassa todetaan, koska komissiolla ei ollut hintaruuvien olemassaolon toteamiseksi velvollisuutta osoittaa, että Telefónicalla oli määräävä markkina-asema vähittäismarkkinoilla, käsiteltävänä oleva kanneperuste on hylättävä kokonaisuudessaan.
- e) Neljäs kanneperuste, joka koskee oikeudellisia virheitä EY 82 artiklan soveltamisessa väitettyyn väärinkäyttöä merkitsevään Telefónican menettelyyn
- 169 Tämän kanneperusteen yhteydessä kantajat väittävät, että riidanalaisesta päätöstä rasittaa kaksi vakavaa virhettä EY 82 artiklan soveltamisessa väitettyyn väärinkäyttöä merkitsevään Telefónican menettelyyn.
- 170 Aluksi on huomautettava, että kun EY 82 artiklassa kielletään määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, tässä artiklassa tarkoitetaan käyttäytymistä, joka on omiaan vaikuttamaan sellaisten markkinoiden rakenteeseen, joilla juuri tällaisessa asemassa olevan yrityksen olemassaolon vuoksi kilpailuaste on jo heikentynyt, ja joka estää markkinoilla vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymisen tai tämän kilpailun kehittymisen sen vuoksi, että tämä yritys käyttää muita keinoja kuin niitä, joita taloudellisten toimijoiden suorituksiin perustuvassa tuotteiden tai palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään (edellä 76 kohdassa mainittu asia *Hoffman-La Roche v. komissio*, tuomion 91 kohta; edellä 111 kohdassa mainittu asia *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio*, tuomion 70 kohta; asia *C-202/07 P, France Télécom v. komissio*, tuomio 2.4.2009, Kok., s. I-2369, 104 kohta ja asia *C-280/08 P, Deutsche Telekom v. komissio*, tuomio 14.10.2010, Kok., s. I-9555, 174 kohta).

- 171 Koska EY 82 artiklassa ei tarkoiteta vain sellaisia käytäntöjä, jotka ovat omiaan aiheuttamaan välitöntä vahinkoa kuluttajille, vaan myös käytäntöjä, jotka aiheuttavat vahinkoa kuluttajille vahingoittamalla toimivia kilpailurakenteita, määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla (ks. edellä 170 kohdassa mainittu asia France Télécom v. komissio, tuomio 2.4.2009, 105 kohta ja edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 24 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 172 Kuten oikeuskäytännössä on jo aikaisemmin todettu, tästä seuraa, että EY 82 artiklassa kielletään määräävässä asemassa olevaa yritystä syrjäyttämästä kilpailijaa ja vahvistamasta siten asemaansa muilla kuin laatukilpailussa käytettävillä keinoilla. Tältä kannalta tarkastellen kaikkea hintakilpailua ei voida pitää laillisenä (ks. edellä 170 kohdassa mainittu asia France Télécom v. komissio, tuomio 2.4.2009, 106 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 173 Siitä, onko esillä olevassa asiassa kyseessä olevan kaltaista hinnoittelukäytäntöä pidettävä väärinkäyttönä, on todettava, että SEUT 102 artiklan toisen kohdan a alakohdassa kielletään nimenomaisesti se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys määrää suoraan tai välillisesti kohtuuttomia hintoja (edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 25 kohta).
- 174 SEUT 102 artiklassa oleva määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskeva luettelo ei myöskään ole tyhjentävä, joten kyseisessä määräyksessä olevassa väärinkäyttöä koskevassa luettelossa ei luetella kaikkia unionin oikeudessa kiellettyjä määräävän markkina-aseman väärinkäyttömuotoja (ks. edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 26 kohta).
- 175 Kun määritetään sitä, onko määräävässä markkina-asemassa oleva yritys käyttänyt väärin kyseistä asemaa soveltaessaan hinnoittelukäytäntöjään, on arvioitava olosuhteita kokonaisuudessaan ja tutkittava, saatetaanko tällä hinnoittelukäytännöllä poistaa ostajalta mahdollisuus valita hankintalähteensä tai rajoittaa tätä mahdollisuutta, estää kilpailijoilta markkinoille pääsy, soveltaa erilaisia ehtoja eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin taikka vahvistaa määräävää markkina-asemaa vääristyneellä kilpailulla (ks. edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 28 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 176 Ensimmäisenä väitteenään kantajat katsovat, että riidanalaisesta päätöksestä ilmenee selvästi, että komissio analysoi väitettyä hintaruuvia väärinkäyttönä, jonka poissulkevat vaikutukset ovat samankaltaiset kuin sopimuksen tekemisestä de facto kieltäytymisen vaikutukset. Kantajien mukaan komissio ei ole kuitenkaan soveltanut tämän tyyppistä käyttäytymistä vastaavaa oikeudellista edellytystä, joka on vahvistettu oikeuskäytännössä asiassa C-7/97, Bronner, 26.11.1998 annettussa tuomiossa (Kok., s. I-7791). Erityisesti komissio ei ole osoittanut, että kyseessä olevat tukku tuotteet merkitsisivät välttämättömiä tuotantotehtäviä tai infrastruktuuria tai että toimituksista kieltäytyminen poistaisi kaiken kilpailun vähittäismarkkinoilta.
- 177 Tällaista väitettä ei voida hyväksyä.
- 178 On nimittäin todettava, toisin kuin kantajat väittävät, että komissio ei ole riidanalaisessa päätöksessä analysoinut hintaruuvia de facto kieltäytymisenä sopimuksen tekemisestä. Komissio muistutti siinä EY 82 artiklan mukaisesta väärinkäytön mallista ja siitä seuraavista velvoitteista (riidanalaisen päätöksen 279 ja 280 perustelukappale). Komissio määritteli siinä myös hintaruuvikäytännön tukeutuen erityisesti unionin tuomioistuinten oikeuskäytäntöön ja omaan päätöskäytäntöön (riidanalaisen päätöksen 281–284 perustelukappale). Se korosti tästä riidanalaisen päätöksen 285 perustelukappaleessa, että Telefónica oli väärinkäyttänyt määräävää asemaansa Espanjan laajakaistayhteyksien markkinoilla sellaisen hintaruuvien avulla, joka aiheutuu laajakaistayhteyksien vähittäis- ja tukkuhintojen epäsuhdasta ja jonka seurauksena on kilpailun todennäköinen rajoittuminen vähittäismarkkinoilla. Komissio katsoi riidanalaisen päätöksen 299–309 perustelukappaleessa myös, että edellä 176 kohdassa mainitussa asiassa Bronner esitettyjä kriteerejä ei voida soveltaa esillä olevassa asiassa.

- 179 Erityisesti on todettava, että riidanalaisessa päätöksessä komissio ei velvoittanut Telefónicaa antamaan kilpailijoilleen tukku tuotteiden käyttöoikeutta, vaan tämä velvollisuus johtuu Espanjan lainsäädännöstä. Telefonicalla oli velvollisuus toimittaa maaliskuusta 1999 lähtien alueellista tukku tuotetta ja huhtikuusta 2002 lähtien valtakunnallista tukku tuotetta (ADSL-IP), ja tämä velvollisuus on seurausta viranomaisten tahdosta kannustaa Telefónicaa ja sen kilpailijoita investoimaan ja innovoimaan (riidanalaisen päätöksen 88, 111, 287 ja 303 perustelukappale).
- 180 Lisäksi edellä 146 kohdassa mainitussa asiassa TeliaSonera annetussa tuomiossa on todettu, ettei edellä 176 kohdassa mainitussa asiassa Bronner annetun tuomion perusteella voida päätellä, että edellytyksiä, joiden nojalla toimituksista kieltäytymisen voidaan katsoa merkitsevän väärinkäyttöä, on sovellettava myös arvioitaessa sitä, voidaanko menettelyä, jossa palvelu tai tavara myydään epäedullisin ehdoin tai ehdoin, joista ostaja ei voisi olla kiinnostunut, pitää väärinkäyttönä. Tällainen menettely voi näet sinällään merkitä toimituksista kieltäytymisestä poikkeavaa itsenäistä väärinkäytön muotoa (edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 55 ja 56 kohta).
- 181 Edellä 176 kohdassa mainitussa asiassa Bronner annetun tuomion päinvastainen tulkinta merkitsisi sitä, että jotta mitä tahansa määräävässä markkina-asetuksessa olevan yrityksen kaupallisten ehtojensa osalta omaksumaa menettelyä voitaisiin pitää väärinkäyttönä, toimituksista kieltäytymisen osoittamista koskevien edellytysten on aina täytyttävä, mikä heikentää perusteettomasti SEUT 102 artiklan tehokasta vaikutusta (ks. vastaavasti edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 58 kohta).
- 182 Tässä yhteydessä on huomautettava, että siitä huolimatta, että unionin tuomioistuin totesi edellä 146 kohdassa mainitussa asiassa TeliaSonera antamassaan tuomiossa (69 kohta), että tukku tuotteen välttämättömyllä voi olla merkitystä arvioitaessa hintaruuvien vaikutuksia, on todettava, että kantajat ovat vedonneet tukku tuotteiden välttämättömyyteen vain sen väitteensä tueksi, jonka mukaan komissio ei soveltanut asianmukaista oikeudellista arviointiperustetta riidanalaisessa päätöksessä kiellettyyn väitettyyn de facto kieltäytymiseen sopimuksen tekemisestä. Niiden väite on näin ollen hylättävä.
- 183 Toisena väitteenään kantajat katsovat, että vaikka oletettaisiin, että EY 82 artiklaa voidaan soveltaa, komissio ei ole soveltanut hintaruuvien käsitettä vastaavaa oikeudellista arviointiperustetta.
- 184 Ensimmäiseksi kantajat katsovat, että komissio teki oikeudellisen virheen, kun se sovelsi hintaruuvia koskevia arviointiperusteita tuotannontekijään, joka ei ole välttämätön. Tällainen väite on kuitenkin hylättävä edellä 180–182 kohdassa esitetyillä perusteilla.
- 185 Toiseksi kantajat toteavat, että osoittaakseen väärinkäyttöä merkitsevän hintaruuvien olemassaolon komission olisi pitänyt näyttää toteen, että Telefónica oli määräävässä asemassa myös vähittäismarkkinoilla. Tällainen väite on kuitenkin hylätty edellä 146 kohdassa.
- 186 Kolmanneksi kantajat toteavat asiassa T-5/97, Industrie des poudres sphériques vastaan komissio, 30.11.2000 annetun tuomion (Kok., s. II-3755, 179 kohta) mukaisesti, että kyse voi olla hintaruuvikäytännöstä ainoastaan, jos tuotannontekijänä olevasta tuotteesta kilpailijoilta peritty tukku hinta on liian korkea tai jos jalostetun tuotteen vähittäishinta on saalistushinta.
- 187 Tästä on huomautettava, että hintaruuvi voi jo sinällään merkitä EY 82 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä, jollei objektiivisia perusteluja ole. Hintaruuvi perustuu tukku markkinoilla perittyjen hintojen ja vähittäismarkkinoilla perittyjen hintojen väliseen eroon eikä näiden hintojen tasoon sellaisinaan. Hintaruuvi voi erityisesti seurata epätavallisen matalista hinnoista vähittäismarkkinoilla ja myös epätavallisen korkeista hinnoista tukku markkinoilla (ks. vastaavasti edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 58 kohta). Näin ollen komissiolla ei ollut velvollisuutta osoittaa riidanalaisessa päätöksessä, että Telefónica peri liian korkeita hintoja välillisen yhteyden

- tukkutuotteistaan tai saalistushintoja vähittäistuotteistaan (ks. vastaavasti edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 169 kohta ja edellä 69 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 10.4.2008, 167 kohta).
- 188 Neljänneksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan komission olisi pitänyt täydentää Telefónican toiminnan väärinkäyttöluonteen analyysiaan, joka perustuu ”yhtä tehokkaan kilpailijan” arviointiperusteeseen, Espanjan markkinoilla toimivien pääasiallisten vaihtoehtoisten operaattoreiden marginaalien tarkastelulla.
- 189 On nimittäin huomautettava, että unionin tuomioistuimien on jo täsmentänyt, että EY 82 artiklassa kielletään määräävässä markkina-asemassa olevaa yritystä muun muassa toteuttamasta sellaisia hinnoittelukäytäntöjä, joilla on markkinoilta syrjäyttävä vaikutus sen vähintäänkin yhtä tehokkaisiin, olemassa oleviin tai mahdollisiin kilpailijoihin. Yritys, joka harjoittaa hintapolitiikkaa, jolla on tarkoitus syrjäyttää markkinoilta kilpailijoita, jotka ovat ehkä yhtä tehokkaita kuin tämä sama yritys mutta jotka taloudellisilta voimavaroiltaan heikompina eivät selviydy siitä kilpailutilanteesta, johon ne joutuvat, käyttää siten väärin määräävää markkina-asemaansa (ks. vastaavasti edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 39 ja 40 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 190 Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen soveltaman hintapolitiikan laillisuuden arvioimisessa on kuitenkin lähtökohtaisesti käytettävä hintakriteereitä, jotka perustuvat määräävässä asemassa olevalle yritykselle itselleen aiheutuneisiin kustannuksiin ja sen strategiaan (ks. edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 198 kohta; edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 41 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja edellä 69 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 10.4.2008, 188–191 kohta).
- 191 Hintaruuviin johtavan hinnoittelukäytännön osalta tällaisia arviointikriteereitä käyttämällä voidaan erityisesti tarkastaa, olisiko kyseinen yritys ollut riittävän tehokas tarjotakseen vähittäistuotteitaan loppukäyttäjille muutoin kuin tappiollisesti, jos se olisi ollut ennalta veloitettu maksamaan omat tukkuhintansa jälleenmyyntituotteista (edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 201 kohta, edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 42 kohta).
- 192 Tällainen lähestymistapa on sitäkin perustellumpi, koska ensinnäkin se on myös oikeusvarmuuden yleisen periaatteen mukainen, sillä määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi kustannuksensa ja hintansa huomioon ottamalla arvioida omien menettelytapojensa laillisuutta sille EY 82 artiklan perusteella kuuluvan erityisen vastuun mukaisesti. Vaikka määräävässä markkina-asemassa oleva yritys tuntee omat kustannuksensa ja hintansa, se ei ole lähtökohtaisesti tietoinen kilpailijoidensa kustannuksista ja hinnoista (edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 202 kohta, edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 44 kohta). Toiseksi markkinoilta poissulkemista merkitsevä väärinkäyttö vaikuttaa myös määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisiin kilpailijoihin, joita näköpiirissä oleva kannattamattomuus saattaa kannustaa olla tulematta markkinoille.
- 193 On totta, että oikeuskäytännöstä seuraa myös, että kilpailijoiden kustannuksilla ja hinnoilla voi olla merkitystä tutkittaessa pääasiassa kyseessä olevaa hinnoittelukäytäntöä. Kilpailijoiden hinnat ja kustannukset näillä samoilla markkinoilla on kuitenkin tutkittava vasta siinä tapauksessa, ettei määräävässä asemassa olevan yrityksen hintoihin ja kustannuksiin ole unionin tuomioistuimen mainitsemien olosuhteiden perusteella mahdollista tukeutua (edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 45 ja 46 kohta), mitä kantajat eivät ole väittäneet.
- 194 Näin ollen komissio toteasi oikeutetusti, että hintaruuvien toteutukseksi asianmukaisesti on osoitettava, kykenisikö kilpailija, jolla on sama kustannusrakenne kuin vertikaalisesti integroituneen yrityksen seuraavan myyntiportaana toiminnalla, tarjoamaan seuraavan myyntiportaana palveluja ilman tappioita, jos kyseisen vertikaalisesti integroituneen yrityksen pitäisi maksaa tukkutason yhteyksistä sen

kilpailijoilta peritty hinta, viittaamalla Telefónican kustannuksiin (riidanalaisen päätöksen 311–315 perustelukappale) tutkimatta Espanjan markkinoilla toimivien pääasiallisten vaihtoehtoisten operaattoreiden marginaaleja.

195 Viidenneksi kantajat korostavat, että vaikka ”yhtä tehokkaan hypoteettisen kilpailijan” arviointiperustetta pidettäisiin asianmukaisena kilpailusääntöjen rikkomisen osoittamiseksi esillä olevassa asiassa, komission analyysia rasittaa virhe, joka koskee tukkutason tuotannontekijöiden valintaa. Niiden mukaan yhtä tehokas kilpailija käyttäisi vähittäistoimintansa kehittämiseksi yksinomaan tilaajayhteyksiä tai tukkupalvelujen optimaalista yhdistelmää. Edellä 130 ja 131 kohdassa kuitenkin todetaan, ettei ole käynyt ilmi, että vaihtoehtoiset operaattorit olisivat käyttäneet kilpailusääntöjen rikkomisajanjakson aikana jokaisessa keskuksessa tukkupalvelujen optimaalista yhdistelmää, johon olisi kuulunut tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta.

196 Kuudenneksi kantajat väittävät, ettei investointiportaiden teoriassa edellytetä, että kaikille tasoille on mahdollista päästä. Tällainen väite on kuitenkin hylättävä. Kuten komissio toteaa oikeutetusti, prosessi, joka mahdollistaa vaihtoehtoisille operaattoreille asteittaisen investoimisen omaan infrastruktuuriinsa, voi nimittäin olla kannattava strategia ainoastaan, jos portaiden eri tasoilla ei ole minkäänlaista hintaruuvikäytäntöä. Telefónican käyttämä hintaruuvi on kuitenkin todennäköisesti hidastanut sen kilpailijoiden markkinoilletuloa ja kasvua ja niiden kykyä saavuttaa riittävä mittakaavaetujen taso, jotta investoinnit omaan infrastruktuuriin ja tilaajayhteyksien eriytetyn tarjonnan käyttäminen olisivat perusteltuja (riidanalaisen päätöksen 554 perustelukappale).

197 Edellä esitetyn perusteella käsiteltävä kanneperuste on hylättävä.

f) Viides kanneperuste, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja/tai tosiseikkojen arviointivirheitä ja oikeudellisia virheitä Telefónican väitetyn väärinkäytön ja sen kilpailua rajoittavan vaikutuksen arvioinnin yhteydessä

198 Kyseinen kanneperuste, joka on esitetty toissijaisesti, jakautuu kahteen osaan. Ensimmäisen osan mukaan hintaruuvin arviointiperusteiden soveltamisessa tehtiin tosiseikkoja koskevia virheitä ja/tai tosiseikkojen arviointivirheitä. Toisen osan mukaan komissio ei osoittanut oikeudellisesti riittävällä tavalla tutkitun toiminnan todennäköisiä tai konkreettisia seurauksia.

Viidennen kanneperusteen ensimmäinen osa, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja/tai tosiseikkojen arviointivirheitä hintaruuvin arviointiperusteiden soveltamisessa

199 Käsiteltävän kanneperusteen osan yhteydessä kantajat esittävät kolme väitettä. Ensimmäisen väitteen mukaan tukkutason tuotannontekijöiden valinnassa tehtiin virhe. Toisen väitteen mukaan diskontattujen kassavirtojen analysoinnissa tehtiin virheitä ja laiminlyöntejä. Kolmannen väitteen mukaan ”jaksokohtaisessa” analyysissä tehtiin virheitä ja laiminlyöntejä.

– Viidennen kanneperusteen ensimmäisen osan ensimmäinen väite, joka koskee virhettä tukkutason tuotannontekijöiden valinnassa

200 Tällä väitteellään, jonka tueksi viitataan toisen ja neljännen kanneperusteen perusteluihin, kantajat esittävät, että komission ei pidä tutkia hintaruuvin olemassaoloa kunkin tukkutuotteen osalta erikseen, kun otetaan huomioon se, että vaihtoehtoiset operaattorit käyttävät tukkupalvelujen optimaalista yhdistelmää, johon kuuluu tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta ja joka mahdollistaa kustannussäästöjä. Kantajat totesivat vastauskirjelmässään ja istunnossa myös, että komission olisi pitänyt ”yhtä tehokkaan kilpailijan” periaatteen mukaisesti soveltaa hintaruuvin arviointiperusteita vaihtoehtoisten operaattoreiden käyttämien tukkutuotteiden yhdistelmän perusteella.

- 201 Ensiksi on huomautettava, että EY 82 artiklassa kielletään tietyillä markkinoilla määräävässä asemassa olevaa yritystä muun muassa toteuttamasta sellaisia hinnoittelukäytäntöjä, joilla on markkinoilta syrjäyttävä vaikutus sen vähintäänkin yhtä tehokkaisiin, olemassa oleviin tai mahdollisiin kilpailijoihin (ks. edellä 189 kohta). Tältä osin on todettava, että tällaisen aseman tutkiminen edellyttää kilpailumahdollisuuksien arviointia markkinoilla, jotka kattavat kaikki tavarat, jotka ominaisuuksiensa perusteella soveltuvat erityisen hyvin tyydyttämään muuttumattomat tarpeet ja jotka ovat vain vähäisessä määrin vaihdettavissa muihin tavaroihin; merkityksellisten markkinoiden määrittäminen on tarpeen sen arvioimiseksi, onko kyseessä olevalla yrityksellä mahdollisuus estää toimivaa kilpailua mainituilla markkinoilla (ks. edellä 111 kohta). Yhtäältä toisen kanneperusteen yhteydessä (ks. edellä 110–114 kohta) on kuitenkin todettu komission katsoneen, etteivät tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta, alueellinen tukkuotuote ja valtakunnallinen tukkuotuote kuuluneet samoille markkinoille, ja toisaalta neljännen kanneperusteen yhteydessä (ks. edellä 169–197 kohta) on todettu, että hintaruuvi merkityksellisillä markkinoilla voi sellaisenaan merkitä EY 82 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä.
- 202 Koska merkityksellisten markkinoiden määrittäminen on tarpeen sen arvioimiseksi, onko kyseessä olevalla yrityksellä mahdollisuus estää toimivaa kilpailua näillä markkinoilla, kantajat eivät voi tukeutuen toisessa kanneperusteessaan esitettyihin perusteluihin väittää, että Telefónican kilpailijat voisivat tukkuotuotteiden optimaalista yhdistelmää käyttämällä parantaa kannattavuuttaan. Nämä tukkuotuotteet eivät nimittäin kuulu samoille tuotemarkkinoille (ks. edellä 114–134 kohta).
- 203 Toiseksi on todettava, että kantajien väite merkitsisi sitä, että vaihtoehtoinen operaattori voisi kompensoida tukkuotuotteen tasolla hintaruuvien vuoksi kärsimänsä tappiot Telefónican sellaisten muiden tuotteiden käyttämisestä tietyillä kannattavammilla maantieteellisillä alueilla saamallaan tuloilla, joita hintaruuvi ei koske ja jotka kuuluvat eri markkinoille eli tilaajayhteyksien eriytettyyn tarjontaan, jonka käyttäminen edellytti raskaita investointeja ja joka ei myöskään ollut välittömästi käytettävissä (ks. edellä 125 kohta ja riidanalaisen päätöksen 227, 231, 266 ja 562 perustelukappale), mitä ei voida hyväksyä.
- 204 Oikeuskäytännön mukaan perustamissopimuksessa tarkoitettuna järjestelmä, jossa kilpailu on vääristymätöntä, voidaan varmistaa vain, jos eri talouden toimijoiden yhtäläiset mahdollisuudet on taattu. Yhtäläiset mahdollisuudet edellyttävät sitä, että Telefónica ja sen vähintäänkin yhtä tehokkaat kilpailijat ovat yhdenvertaisessa asemassa vähittäismarkkinoilla. Näin ei ole yhtäältä, jos vaihtoehtoisten operaattorien Telefónicalle valtakunnallisesta ja alueellisesta tukkuotuotteesta maksamia hintoja ei voida vyöryttää niiden vähittäistuotteista veloittamiin hintoihin, ja toisaalta jos vaihtoehtoiset operaattorit voivat Telefónican valtakunnallisen ja alueellisen tukkuotuotteen hintojen vuoksi tarjota niitä vain tappiolla, joka niiden on pyrittävä kattamaan muilta markkinoilta saatavilla voitoilla (ks. vastaavasti edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 230 kohta ja edellä 69 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 10.4.2008, 198 ja 199 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 205 Lisäksi kuten komissio korosti, kantajien väite, jonka mukaan vaihtoehtoiset operaattorit ovat kilpailusääntöjen rikkomisajanjakson ajan käyttäneet kussakin keskuksessa tukkuotuotteiden optimaalista yhdistelmää, johon sisältyy tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta, on ristiriidassa Telefónican itsensä France Telecomin kanteluun 22.9.2003 antamassaan vastauksessa ilmaiseman sen kannan kanssa, jonka mukaan analyysi ja hintaruuvien mahdollisen olemassaolon tarkastelu oli tehtävä yksinomaan alueellisen tukkuotuotteen perusteella.
- 206 Kolmanneksi on todettava, kuten edellä 131 kohdassa on korostettu, että tällaista optimaalista yhdistelmää voivat käyttää ainoastaan ne Telefónican kilpailijat, joilla on käytettävissään verkko, joka mahdollistaa niille tilaajayhteyksien eriytetyn tarjonnan, mikä sulkee pois Telefónican potentiaaliset kilpailijat.

- 207 Neljänneksi vaikka kantajat katsovat, että yksinomaan tilaajayhteyksiä käyttävä yhtä tehokas kilpailija saisi voittoja ja että tämän seurauksena myös tuotannon tekijöiden optimaalista yhdistelmää käyttävä yhtä tehokas kilpailija saisi voittoja, tämä väite on hylättävä. Kuten edellä 125 kohdassa todetaan, tilaajayhteyksien tosiasiallinen käyttäminen alkoi rajoitetusti vasta vuoden 2004 lopussa ja vuoden 2005 alussa. Kun otetaan huomioon tarvittavat investoinnit, vaihtoehtoiset operaattorit alkoivat vasta vuonna 2004 siirtyä välillisistä tukkuliittymistään tilaajayhteyksien eriytettyyn tarjontaan.
- 208 Viidenneksi kantajien väite, jonka mukaan mahdollinen tukkutuotteiden optimaalinen yhdistelmä estäisi hintaruuvien käyttöönottamisen, on ristiriidassa CMT:n Telefónicalle asettamien niiden velvoitteiden kanssa, joilla pyritään muun muassa huolehtimaan siitä, että sen kaikki vähittäistarjoukset ovat toistettavissa sen alueellista tukkutuotetta käyttäen (riidanalaisen päätöksen 114 perustelukappale).
- 209 Kuudenneksi on hylättävä kantajien väite, jolla riitautetaan yhtä tehokkaan kilpailijan verkon ominaispiirteiden määritelmä ja jonka mukaan tärkeää on tietää yksinomaan, voisiko vaihtoehtoinen operaattori olla kannattava vai ei, jos sillä on Telefónican mittakaavaedut ja verkon kustannukset. Kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 315 perustelukappaleessa, yhtä tehokkaan kilpailijan menetelmän soveltaminen ei merkitse sitä, että Telefónican kilpailijat voivat toisintaa tämän tuotannon tekijät. Hintaruuvien arviointikriteereitä voidaan soveltaa seuraavan myyntiportaan yhtä tehokkaaseen toimijaan eli sellaiseen toimijaan nähden, joka käyttää määräävässä asemassa olevan yrityksen tukkutuotetta kilpaillen viimeksi mainitun kanssa seuraavan myyntiportaan markkinoilla ja jonka kustannukset näillä markkinoilla ovat samat kuin määräävässä asemassa olevan yrityksen kustannukset.
- 210 Missään tapauksessa ei ole käynyt ilmi, että vaihtoehtoiset operaattorit olisivat käyttäneet kilpailusääntöjen rikkomisajanjakson aikana jokaisessa keskuksessa tukkupalvelujen optimaalista yhdistelmää, johon olisi kuulunut tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta. Vaikka TESAU:lle on joulukuusta 2000 lähtien lainsäädännössä asetettu velvollisuus vuokrata kuparijohtoa vaihtoehtoisille operaattoreille (riidanalaisen päätöksen 81 perustelukappale), riidanalaisen päätöksen 102 ja 103 perustelukappaleesta, joiden sisältämiä tietoja kantajat eivät ole kiistäneet, ilmenee, että France Telecom osti vuoteen 2002 saakka lähes koko Telefónican valtakunnallisen tukkutuotteen, joka korvattiin vuoden 2002 lopussa Telefónican alueellisiin tukkutuotteisiin perustuvalla vaihtoehtoisella valtakunnallisella tukkutarjouksella. France Telecomin eriytettyjen tilaajayhteyksien määrä kasvoi merkittävästi vasta helmikuusta 2005 lähtien, kun taas Telefónican alueellisiin tukkutuotteisiin perustuvien vaihtoehtoisten valtakunnallisten tukkulinjojen määrä väheni. Lisäksi Ya.com osti yksin Telefónican valtakunnallisen tukkutuotteen vuoden 2004 viimeiseen vuosikolmannekseen saakka ja ryhtyi lisääntyvästi käyttämään tilaajayhteyden eriyttämistä vasta heinäkuusta 2005 alkaen, kun se osti Alburan.
- 211 Edellä esitetystä seuraa, että komissio ei tehnyt ilmeistä arviointivirhettä, kun se valitsi tukkutason tuotannon tekijöitä hintaruuvien laskemista varten. Viidennen kanneperusteen ensimmäisen osan ensimmäistä väitettä ei näin ollen voida hyväksyä.
- Viidennen kanneperusteen ensimmäisen osan toinen väite, joka koskee diskontattujen kassavirtojen analyysin toteuttamisessa tehtyjä virheitä ja laiminlyöntejä
- 212 Tämän väitteen yhteydessä kantajat arvostelevat sitä, miten komissio sovelsi esillä olevassa asiassa diskontattujen kassavirtojen analyysiä (riidanalaisen päätöksen 350–385 perustelukappale).
- 213 Kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 315 perustelukappaleessa, on todettava, että hintaruuvien arviointikriteereillä pyritään esillä olevassa asiassa toteamaan, voiko kilpailijan, jolla on sama kustannusrakenne kuin vertikaalisesti integroituneen yrityksen seuraavan myyntiportaan toiminnalla, toiminta olla kannattavaa seuraavan myyntiportaan markkinoilla, kun otetaan huomioon tämän yrityksen tukku- ja vähittäishinnat. Riidanalaisessa päätöksessä komissio huomautti, että väärinkäyttöä

merkitsevää hinnoittelua koskevan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön ja sen oman päätöskäytännön mukaan määräävässä asemassa olevan yrityksen kannattavuutta on aina arvioitu ”jaksokohtaisen” analyysin perusteella, koska diskontattujen kassavirtojen menetelmässä on tiettyjä puutteita (riidanalaisen päätöksen 331 ja 332 perustelukappale). Hintaruuvilaskelmien yhteydessä komissio päätti kuitenkin laskea Telefónican kannattavuuden molemmilla menetelmillä eli ”jaksokohtaisella” menetelmällä ja Telefónican ehdottamalla diskontattujen kassavirtojen menetelmällä yhtäältä sen välttämiseksi, että hintaruuvin olemassaolo todettaisiin Espanjan laajakaistamarkkinoiden epäkypsyydestä johtuvien kirjanpidon vääristymien vuoksi, ja toiseksi sen varmistamiseksi, että Telefónican ehdottama menetelmä ei saata kyseenalaiseksi ”jaksokohtaisesta” analyysistä seuraavaa hintaruuvin olemassaoloa koskevaa toteamusta (riidanalaisen päätöksen 349 perustelukappale).

- 214 Komissio selittää myös, että diskontattujen kassavirtojen analyysissä yrityksen arvioitu tuleva, tarkastelujakson päättymisajankohdan arvo lasketaan sen ilmentämiseksi, että tiettyä avainomaisuutta käytetään vielä viitejakson jälkeenkin. Kyseisen arvon huomioonottaminen analyysissä voi osoittautua tarpeelliseksi, kun otetaan huomioon se, ettei tiettyjä kustannuksia kateta kokonaan viitejakson aikana. Komission mukaan sekä diskontattujen kassavirtojen laskentaan sisällytettävällä asianmukaisella arviolla yrityksen tulevasta arvosta että asianmukaisella viitejaksolla pyritään määrittämään päivämäärä, jonka jälkeen tappioiden kattamista ei oteta enää huomioon analyysissä (riidanalaisen päätöksen 360 ja 361 perustelukappale). Koska diskontattujen kassavirtojen menetelmässä sallitaan lyhyen aikavälin alkuvaiheen tappiot, mutta edellytetään niiden kattamista kohtuullisen pitkällä aikavälillä, komission piti määrittää esillä olevassa asiassa asianmukainen kattamisajanjakso (riidanalaisen päätöksen 351 perustelukappale).
- 215 Tästä komissio arvioi riidanalaisen päätöksen 354 perustelukappaleessa, että mielekkäimmässä vaihtoehdossa analyysijakso rajoitettiin kyseessä olevan yrityksen käyttämän omaisuuden taloudelliseen käyttöikään. Riidanalaisen päätöksen 359 perustelukappaleessa komissio katsoi, että esillä olevassa asiassa diskontattujen kassavirtojen analyysin kannalta asianmukainen ajanjakso oli syyskuun 2001 ja joulukuun 2006 välinen aika (viisi vuotta ja neljä kuukautta) ja että tämä ajanjakso oli Telefónicalle suotuisa, koska sen myyntitoiminnan marginaali oli kasvanut ajan myötä.
- 216 Ensimmäisessä väitteessään kantajat riitauttavat komission diskontattujen kassavirtojen analyysin yhteydessä käyttämän yrityksen arvioidun tulevan arvon laskentamenetelmän (riidanalaisen päätöksen 363 perustelukappale). Ne väittävät, että komission vähittäistason laajakaistapalvelujen tulevan arvon laskentamenetelmä poikkeaa yrityksiin tavallisesti sovellettavista arviointimenetelmistä. Komission lähestymistapa on kantajien mukaan virheellinen, koska esillä olevassa asiassa on arvioitava yritystä, jolla on monenlaista aineetonta omaisuutta. Näin ollen Telefónican panostuksissa laajakaistayhteyksien vähittäismyyntiin on mahdollista hyödyntää paitsi asiakaspohjaa, myös muuta omaisuutta, kuten sen tavaramerkkejä, asiakassuhteita, tietotaitoa ja organisointikykyä. Kantajien mukaan tällaisen omaisuuden taloudellinen käyttöikä on kuitenkin pidempi kuin komission huomioon ottama viisi vuotta ja neljä kuukautta, joten viiteajanjakson olisi pitänyt ulottua pidemmälle kuin joulukuuhun 2006.
- 217 Ensimmäiseksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan viiteajanjakson pidentäminen diskontattujen kassavirtojen analyysissä ei lisää virheiden mahdollisuutta ennakoitaessa kilpailua rajoittavan toiminnan hyötyjä tai niitä huomioon otettaessa tämän analyysin yhteydessä.
- 218 Kuten komissio korosti oikeutetusti riidanalaisen päätöksen 333 ja 334 perustelukappaleessa, koska diskontattujen kassavirtojen menetelmässä alkuvaiheen tappioita voidaan kompensoida tulevilla voitoilla, tämän menetelmän tulokset saattavat tosiasiallisesti joko riippua määräävässä asemassa olevan yrityksen kohtuuttomista ennakoituja tulevia voittoja koskevista ennustuksista, jotka voivat johtaa virheelliseen tulokseen, tai sisältää pitkän aikavälin voittoja, jotka ovat seurausta määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinavoiman lisääntymisestä.

- 219 Tältä osin on hylättävä myös kantajien väitteet, joiden mukaan analysoitavan ajanjakson lyhentäminen johtaisi Telefónican ”kaupallisen arvon” aliarvioimiseen ja jättäisi huomiotta Telefónican omaisuuden arvon vuoden 2006 jälkeen.
- 220 On nimittäin katsottava, ettei komissio jättänyt huomiotta Telefónican omaisuuden arvoa vuoden 2006 jälkeen. Se päinvastoin katsoi oikeutetusti, että esillä olevassa asiassa, toisin kuin menetelmässä, jolla yritystä pyritään arvioimaan sen osto- tai myymistä varten, ei ollut merkityksellistä vahvistaa, voitiinko Telefónican tappiot ajanjaksolla 2001–2006 kompensoida vuodesta 2007 alkaen saatavilla mahdollisilla tulevilla voitoilla. Komissio ei tehnyt ilmeistä arviointivirhettä, kun se arvioi, että määräävässä asemassa olevan yrityksen seuraavalla myyntiportaalla harjoittaman toiminnan on oltava kannattavaa ajanjaksolla, joka vastaa sen omaisuuden käyttöikä. Päinvastaisessa tapauksessa Telefónican hinnoittelulla voisi olla kilpailua rajoittava vaikutus (riidanalaisen päätöksen 370 perustelukappale).
- 221 Toiseksi myös väite, jonka mukaan komissio ei selitä millään tavalla diskontattujen kassavirtojen analyysiä varten valitun ajanjakson kestoa, joka on tämän vuoksi mielivaltainen, on hylättävä.
- 222 Aluksi on todettava, että riidanalaisen päätöksen 351–359 perustelukappaleessa komissio totesi, että mielekkäimmässä lähestymistavassa analyysiajanjaksoa rajoitetaan kyseessä olevan yrityksen käyttämän omaisuuden käyttöikä, jolloin kaikki tämän omaisuuden käyttämisestä odotettavissa oleva taloudellinen hyöty otetaan huomioon yrityksen kannattavuutta arvioitaessa. Komissio totesi lisäksi, että viiden vuoden ajanjakso osui yhteen TESAU:n verkon sellaisten osien, jotka ovat tarpeen ADSL-vähittäispalvelujen tarjoamiseksi alueellisen tukutuotteen perusteella, keskimääräisen taloudellisen käyttöikänsä kanssa, joka ilmeni sen alkuperäisestä liiketoimintasuunnitelmasta, sekä vaihtoehtoisten operaattoreiden, kuten France Telecomin ja Aunan, verkon osien keskimääräisen taloudellisen käyttöikänsä kanssa. Komissio mainitsi myös, että tämä käyttöikä oli pidempi kuin TESAU:n asiakkaiden hankintakustannusten kuolettamisaika ja että se oli linjassa Yhdistyneiden kuningaskuntien televiestintäalan sääntelyelimen käyttämän ajanjakson kanssa. Kun otetaan huomioon nämä seikat, joiden perusteella kantajat eivät missään tapauksessa voi väittää, ettei komissio ole selittänyt millään tavalla käyttämänsä analyysiajanjakson kestoa, on katsottava, ettei analyysiajanjakson kestoa ole vahvistettu mielivaltaisesti eikä sitä rasita ilmeinen arviointivirhe.
- 223 Sen ajanjakson, jonka aikana kannattavuus pitäisi saavuttaa, keston vahvistamisen osalta kantajat riitauttavat viittauksen Telefónican liiketoimintasuunnitelmaan ja väittävät, että analyysi, johon komissio tukeutuu [luottamuksellinen tieto], mikä vahvistaa sen, että komission ajanjaksolla [luottamuksellinen tieto] havaitsemat tappiot johtuvat Espanjan laajakaistamarkkinoiden epäkypsyydestä. Yhtäältä asiakirjoista ilmenee kuitenkin, että liiketoimintasuunnitelma [luottamuksellinen tieto] koskee todellakin koko toiminnan kokonaisarvoa. Toisaalta kuten komissio toteaa oikeutetusti, Telefónican kustannuskirjanpito ja liiketoimintasuunnitelma osoittavat ensiksi, että Telefónica [luottamuksellinen tieto], ja se oli laskenut, että sen kannattavuuden raja oli [luottamuksellinen tieto] ADSL-loppukäyttäjää, joka oli saavutettu [luottamuksellinen tieto], toiseksi, että se määrittäi kannattavuuden rajan tuloksena ennen veroja, korkoja, poistoja ja hankintoja (EBITDA) ja voittona ennen veroja ja maksuja (EBIT) [luottamuksellinen tieto], ja lopuksi, että se ennakoiti ajanjakson [luottamuksellinen tieto] diskontattua nettoarvoa [luottamuksellinen tieto] (yrityksen tuleva arvo pois lukien). Komissio ei näin ollen tehnyt ilmeistä arviointivirhettä, kun se totesi, että ajanjaksolla [luottamuksellinen tieto] havaittujen tappioiden ei voida katsoa johtuneen Espanjan laajakaistamarkkinoiden epäkypsyydestä.
- 224 Kolmanneksi kantajat väittävät, ettei pidä paikkaansa, että komission käyttämä menetelmä, johon sisältyy yrityksen tuleva arvo, joka heijastaa kiinteistöjen jäljellä olevaa käyttöikä ja asiakkuussuhteiden jäljellä olevaa kestoa, olisi Telefónicalle edullisempi kuin sen liiketoimintasuunnitelmassaan käyttämä menetelmä (riidanalaisen päätöksen 362 ja 363 perustelukappale) Telefónican tässä suunnitelmassa käyttämän laajemman aikahorisontin ([luottamuksellinen tieto] vuotta) vuoksi. Kantajat väittävät myös, etteivät kyseiset menetelmät ole samankaltaiset (riidanalaisen päätöksen alaviite nro 810), koska

Telefónica on katsonut, että se asiakaskunta on vakiintunut eikä pienenevä. Lisäksi riidanalaisen päätöksen 367 perustelukappaleessa mainituilla Telefónican kehityssuunnitelmilla ei ole merkitystä lopullista arvoa laskettaessa.

- 225 Tältä osin on todettava, etteivät kantajat täsmennä kirjelmässään, miksi niiden väite, vaikka se olisi perusteltu, aiheuttaisi riidanalaisen päätöksen lainvastaisuuden. Yhtäältä vaikka oletettaisiin, kuten kantajat väittävät, ettei komission käyttämä menetelmä ole Telefónicalle suotuisampi kuin se, jota se oli käyttänyt alkuperäisessä liiketoimintasuunnitelmassaan, tai etteivät kyseiset menetelmät ole samankaltaisia, tästä ei nimittäin seuraa, että riidanalaisen päätöksen 360–362 perustelukappaleessa esitetyt yrityksen tulevaa arvoa ja sen määrittämistä diskontattujen kassavirtojen laskennan yhteydessä koskevat toteamukset olisivat virheellisiä. Toisaalta on todettava, että Telefónican kehityssuunnitelmat mainittiin riidanalaisen päätöksen 367 perustelukappaleessa sen osoittamiseksi, että toisin kuin Telefónica väittää, komission toteuttama lopullisen arvon laskenta ei ollut lajissaan ensimmäinen. Vaikka oletettaisiin, että tällainen toteamus on virheellinen, tämä ei aiheuttaisi riidanalaisessa päätöksessä esitettyä lopullisen arvon laskennan lainvastaisuutta.
- 226 Lisäksi on todettava, että vaikka Telefónican liiketoimintasuunnitelmassaan [luottamuksellinen tieto] käyttämä aikajänne oli todellakin [luottamuksellinen tieto] vuotta (ajanjakso [luottamuksellinen tieto]), minkä komissio myönsi vastineessaan, on katsottava, ettei komissio tehnyt ilmeistä virhettä, kun se päätti, että tämä oli liian pitkä kesto, jotta mahdollinen seuraavalla myyntiportaalla toimivan operaattori voisi toimia kannattavasti (ks. tältä osin edellä 216–220 kohta).
- 227 Joka tapauksessa on korostettava, että asiakirjoista ilmenee, että ajanjakson [luottamuksellinen tieto] vähittäistoiminnan diskontatun nettoarvon laskenta, joka on toteutettu samalla menetelmällä kuin se, jota Telefónica käytti liiketoimintasuunnitelmassaan ”Objetivo Verne 2002”, [luottamuksellinen tieto]. Kantajien istunnossa esittämää väitettä, jonka mukaan komission ei olisi pitänyt käyttää kyseisessä suunnitelmassa esitettyjä Telefónican ennusteita vaan pyytää Telefónicalta ennusteita, jotka on päivitetty yrityksen tulevan arvon laskentahetkellä, ei voida hyväksyä. On nimittäin järkevää ajatella, että tällaiset kyseisellä laskentahetkellä päivitettyt ennusteet lisäisivät sitä vaaraa, että analyysissä otetaan huomioon kilpailua rajoittavan toiminnan hyödyt.
- 228 Toisessa väitteessään kantajat katsovat, että komissio olisi voinut laskea asianmukaisemman yrityksen tulevan arvon markkinatietojen perusteella. Yhtäältä vaihtoehtoisessa lähestymistavassa kassavirtojen arvioimiseksi vuodesta 2006 lähtien käytetään kantajien mukaan tietoja vastaavista liiketoiminnan arvoista ”vertaisarvomenetelmän” mukaisesti, jonka tarkoituksena on arvioida yrityksen toimintaa vertaamalla sitä samankaltaisista myyntitoiminnoista maksettuun hintaan. Tällaisen menetelmän käyttämisen etuna on kantajien mukaan se, että se ei vaadi mitään oletusta arvioidun toiminnan kestosta. Toisaalta EBITDA:n vertaisarvojen soveltamisessa riidanalaisen päätöksen 377 perustelukappaleessa ei olisi järkeä sellaisten yritysten tapauksessa, joilla on suuri kasvupotentiaali. Näissä olosuhteissa komissio olisi voinut Telefónica väitetiedoksiantoon antamassaan vastauksessa käyttämien vertaisarvojen lisäksi käyttää alakohtaisia vertaisarvoja.
- 229 On katsottava, että komissio arvioi riidanalaisen päätöksen 369 perustelukappaleessa oikeutetusti, että yrityksen tulevan arvon, joka käsittää kaikki kyseessä olevan yrityksen tulevat voitot, käyttäminen esillä olevassa asiassa hintaruuvien laskennan yhteydessä ei ollut järkevää eikä asianmukaista.
- 230 Aluksi on todettava, että tällaisen lähestymistavan, jonka yhteydessä kaikki kyseessä olevan yrityksen tulevat voitot otetaan huomioon, perusteella ei voida määrittää, voiko – kun otetaan huomioon muun muassa vaihtoehtoisten operaattoreiden Telefónicalle valtakunnallisesta ja alueellisesta tukkutuoitteesta maksamat korvaukset – seuraavan myyntiportaatan toimija, joka on yhtä tehokas kuin Telefónica, kompensoida alkuperäiset tappionsa ja saavuttaa tasapainon sen seuraavan myyntiportaatan toiminnastaan tietyn viitejakson aikana saamien voittojen avulla. Kyseisessä menetelmässä ei myöskään oteta huomioon kyseessä olevan omaisuuden keskimääräistä käyttöikää eikä sitä, että markkinoilla, joilla on kilpailua, uusi markkinoille tulija ei voi laskea kaikkien mahdollisten tulevien voittojensa

- varaamaan markkinoille tulon yhteydessä kirjattujen alkuperäisten tappioiden kompensoimiseksi. Kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 334 perustelukappaleessa, tällaisen lähestymistavan perusteella yritys voi mahdollisesti omaksua menestyksellisesti hintaruuvistrategian siten, että se vahvistaa ensiksi hinnat, jotka tietyn ajanjakson jälkeen ovat omiaan sulkemaan pois kilpailijoita, ja tämän jälkeen joko korottaa hintoja, minkä avulla se voi lopulta saada takaisin alkuperäiset tappionsa, tai pysyttää nämä hinnat kilpailullista tasoa korkeammalla, mikä on mahdollista, koska kyseisille markkinoille ei tule kilpailijoita tai ne eivät kasva merkittävästi (ks. myös riidanalaisen päätöksen 334 perustelukappale).
- 231 Kolmannessa väitteessään kantajat toteavat, että ”oikean arviointimenetelmän, jossa tukeudutaan markkinalukuihin yrityksen tulevan arvon laskemiseksi, soveltaminen olisi osoittanut, että mahdollisen kilpailijan, joka on yhtä tehokas kuin Telefónica, toiminta olisi ollut kannattavaa”. Tällaista väitettä ei ole kuitenkaan kirjelmässä millään tavalla selitetty tai perusteltu, ja kantajat viittaavat yleisesti kirjelmään liitetyn taloudellisen tutkimuksen kymmeneen sivuun. Kun otetaan huomioon edellä 58–63 kohta, tämä väite on näin ollen hylättävä.
- 232 Edellä esitetyn perusteella viidennen kanneperusteen ensimmäisen osan toinen väite on hylättävä.
- Viidennen kanneperusteen ensimmäisen osan kolmas väite, joka koskee virheitä ”jaksokohtaisessa” analyysissä
- 233 Tämän väitteen yhteydessä kantajat arvostelevat usealla tavalla komission toteuttamaa ”jaksokohtaista” analyysiä.
- 234 Ensimmäiseksi kantajat katsovat, ettei komissio arvioinut oikein pitkän aikavälin keskimääräisiä markkinoinnin lisäkustannuksia.
- 235 Aluksi on huomautettava, että riidanalaisessa päätöksessä komissio totesi, että markkinoinnin marginaalikustannukset kuuluivat Telefónican asiakkaiden hankintakustannuksiin (riidanalaisen päätöksen 458–463 perustelukappale), johon sisältyvät paitsi Telefónican myyntiverkostolle kustakin uudesta asiakkaasta myönnetyt palkkiot (poislukien palkat), myös sen myyntiorganisaation kehittäminen, koska tällainen laajentaminen oli mahdollista sen laajakaistatoiminnan ansiosta.
- 236 Markkinointikustannusten arvioinnista komissio totesi riidanalaisen päätöksen 464–473 perustelukappaleessa, että Telefónica oli aliarvioinut pitkän aikavälin keskimääräiset lisäkustannukset, sillä se oli sisällyttänyt niihin ainoastaan myyntiverkostolle kustakin uudesta asiakkaasta myönnetyt palkkiot muttei yhtiön myyntiorganisaatioon liittyviä kustannuksia. Komission mukaan on niin, että vaikka Telefónican myyntiorganisaatioon liittyvät kustannukset ovat osa sen yleisiä kustannuksia, ei voida todeta, että se olisi samankokoinen (työntekijöiden määrällä mitattuna) kuin silloin, jos yhtiö ei tarjoaisi vähittäistason laajakaistapalveluja (riidanalaisen päätöksen 465 ja 470 perustelukappale). Riidanalaisen päätöksen 472 perustelukappaleessa komissio totesi, että vaikka markkinoinnin lisäkustannusten arvioimiseksi järkevästi olisi todella ollut mahdollista tukeutua siihen, että Telefónican myyntihenkilöstö on tosiasiallisesti osoitettu vähittäistason laajakaistapalvelujen markkinointiin, esillä olevassa asiassa Telefónica kunkin toimialansa liikevaihdon osalta aliarvioi selvästi vähittäistason laajakaistatoiminnan ylimääräiset kustannukset, mitä CMT oli jo arvostellut. Tämän vuoksi komissio totesi riidanalaisen päätöksen 473 perustelukappaleessa, että esillä olevassa asiassa, kun otetaan huomioon Telefónican antamat tiedot ja se, ettei CMT:n pyynnöstä huolimatta ole olemassa mitään tutkimusta, jossa analysoitaisiin myyntihenkilöstö kullekin yhtiön vähittäismarkkinalle osoittamaa huomiota, laskelmaa markkinointikuluista suhteessa liikevaihtoon piti käyttää pitkän aikavälin keskimääräisten lisäkustannusten arviomääräisenä lukuna, joka on yhtiölle suotuista.
- 237 Ensimmäiseksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan komission ei olisi pitänyt arvioida pitkän aikavälin keskimääräisiä markkinoinnin lisäkustannuksia Telefónican kirjanpilotietojen perusteella vaan sen olisi pitänyt käyttää vaihtoehtoisia tietolähteitä, kuten Telefónican seurantatauluja.

- 238 Kuten riidanalaisen päätöksen 319 ja 320 perustelukappaleesta ilmenee, tuotteen pitkän aikavälin lisäkustannus vastaa erityisiä tuotekustannuksia, joista yritys vastaa pitkällä aikavälillä ja jotka liittyvät kyseisen tuotteen tuotannon kokonaismäärään, ja näin ollen kustannuksia, jotka yritys olisi välttänyt pitkällä aikavälillä, jos se olisi päättänyt olla tuottamatta kyseistä tuotetta. Komissio totesi siis, että tuotteen pitkän aikavälin lisäkustannusten piti kattaa paitsi kaikki kyseisen tuotteen tuotantoon välittömästi liittyvät kiinteät ja muuttuvat kustannukset myös osa tähän toimintaan liittyvistä yleiskustannuksista. Kantajat eivät kiistä esitettyä väitettä. Tästä seuraa, että oikein laskettuihin pitkän aikavälin lisäkustannuksiin on sisällyttävä Telefónican myyntiorganisaatioon liittyvien kustannusten se osa, jonka yhtiö olisi välttänyt pitkällä aikavälillä, jos se ei olisi tarjonnut vähittäistason laajakaistapalveluja.
- 239 Kantajat eivät kuitenkaan kiistä sitä, että vähittäistoiminnan tappioiden ja voittojen analyysissä (Economics ADSL) (riidanalaisen päätöksen 407 perustelukappale) ja laajakaistatoiminnan seurantataulussa (ADSL Scorecard) (riidanalaisen päätöksen 408–410 perustelukappale) esitettyjen kaltaisten pitkän aikavälin keskimääräisten markkinoinnin lisäkustannusten arvioon eivät markkinointikustannuksina sisälly [*luottamuksellinen tieto*], jolloin siinä aliarvioidaan Telefónican vähittäistason laajakaistatuotteen pitkän aikavälin keskimääräiset lisäkustannukset. Vaikka kantajat väittävät, että [*luottamuksellinen tieto*], on todettava, että tämä [*luottamuksellinen tieto*], joten komissio arvioi oikeutetusti, että Telefónican vähittäistason laajakaistatuotteen pitkän aikavälin keskimääräisiä lisäkustannuksia on aliarvioitu.
- 240 Toiseksi on todettava, että kuten komissio esittää perustellusti, kantajien lähestymistapaa ei voida kannattaa esillä olevassa asiassa, koska sen mukaan katsottaisiin, etteivät myyntiedustajat käytä aikaansa Telefónican vähittäistason laajakaistatuotteiden markkinointiin. Lisäksi komissiolle 1.4.2005 osoitetussa kirjeessä, johon viitataan riidanalaisen päätöksen alaviitteessä nro 472, Telefónica on itse myöntänyt, että on ”ilmeistä, että palkkioihin käytetty koko kustannuslajin ’markkinointikustannukset’ määrää” ja että ”vähittäistason laajakaistatarjontaan kuuluvaksi o[li] lisättävä kaikki TESAU:n myyntiorganisaatiosta johtuvat kustannukset (eli muut kuin välittömästi myyntiin liittyvät henkilöstökulut sekä kiinteistö-, rakenne- ja tukikustannukset)”.
- 241 Tässä yhteydessä on hylättävä kantajien väitteet, joiden mukaan yhtäältä Telefónican liiketoimintarakenne oli pysynyt muuttumattomana siitä lähtien, kun yritys tuli laajakaistapalvelujen vähittäismarkkinoille, ja toisaalta Telefónican henkilöstö muodostaa kiinteän kustannuksen, jota on työmarkkinoiden jäykkyyden vuoksi vaikea säädellä.
- 242 Kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 468 perustelukappaleessa, se, ettei Telefónica ollut lisännyt myyntihenkilöstönsä määrää vuoden 1999 jälkeen, ei merkitse sitä, etteikö osa Telefónican myyntiorganisaatiosta olisi välittömästi kiinni yhtiön vähittäistason laajakaistatoiminnoissa. Kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 469 perustelukappaleessa, riippumatta väitetystä Espanjan työmarkkinoiden jäykkyydestä, on todennäköistä, ettei Telefónican myyntiorganisaation kokoa olisi pidetty ennallaan, jos yritys ei olisi tarjonnut vähittäistason laajakaistatuotteitaan, koska perinteisen toiminnan (äänipuhelut ja kuukausimaksut) tuottamat tulot pienenevät vuosien 2002 ja 2006 välisenä aikana (riidanalaisen päätöksen 466 perustelukappale). Lisäksi on todettava komission tapaan (riidanalaisen päätöksen 466 perustelukappaleen loppu), että TESAU:n kaupallinen voima johtuu pääasiassa sen laajakaistatoiminnan kasvusta, mitä kantajat eivät kiistä. Telefónica katsoi itse, että laajakaista ruokki ryhmän kasvua. Lisäksi laajakaistapalvelujen tuottamat tulot kasvoivat huomattavasti vuosien 2002 ja 2006 välisenä aikana, kun taas perinteisen toiminnan tuottamat tulot pienenevät samalla ajanjaksolla (riidanalaisen päätöksen 466 ja 467 perustelukappale).
- 243 Lisäksi asiakirjoista ilmenee, että Telefónica vähensi vuosien 1999 ja 2006 välisenä aikana merkittävästi työntekijöidensä määrää (Telefónica itse vähensi vuosien 2003 ja 2007 välisenä aikana henkilöstönsä määrää noin 14 000 työntekijällä) pysyttäen myyntihenkilöstönsä määrän suhteellisen vakaana ja että myyntitehtäviin kuuluvan henkilöstön prosenttiosuus muuttui [*luottamuksellinen tieto*] prosentista vuonna 2001 [*luottamuksellinen tieto*] prosenttiin henkilöstöstä vuonna 2006.

- 244 Koska Telefónican myyntihenkilöstön tosiasiallisesta käyttämisestä vähittäistason laajakaistatuotteiden myyntiin ei ollut luotettavaa arviota, joka ilmaistaan kyseiseen myyntiin kohdistettuna kokonaissummana suhteessa myyntiosaston siihen käyttämään aikaan (riidanalaisen päätöksen 472 ja 473 perustelukappale), komissio ei ylittänyt harkintavaltansa rajoja, kun se piti pitkän aikavälin keskimääräisten markkinoinnin lisäkustannusten järkevänä likiarvona kustannusten sitä osaa, jonka Telefónica itse kohdisti vähittäistason ADSL-toimintaan [*luottamuksellinen tieto*] vuoden 2005 kirjanpidossaan. Tältä osin on todettava nimittäin, että CMT piti Telefónican vuoteen 2004 saakka käyttämään kohdistamissääntöä epäasianmukaisena, sillä se ei perustunut myynnin kokonaiskustannusten kohdistamiseen suhteessa myyntihenkilöstön vähittäistason laajakaistatuotteisiin käyttämään aikaan.
- 245 Toiseksi kantajat katsovat, että komissio aliarvioi Telefónican asiakassuhteiden keskimääräisen keston.
- 246 Aluksi on huomautettava komission todenneen riidanalaisessa päätöksessä, että Telefónican kustannuksia oli muokattu tietyiltä osin, jotta Telefónican vähittäistason laajakaistapalvelujen taloudellista tasapainoa voitiin mitata asianmukaisesti marginaalien puristamista koskevaa arviointia varten. Komissio korosti, että vähittäismarkkinoilla uusien asiakkaiden hankintakustannukset muodostivat kustannusten merkittävän osan, joka voidaan kuolettaa nopeasti ja joka tuottaa ylimääräisiä voittoja pitkällä aikavälillä. Näin ollen komissio muokkasi Telefónican kirjanpitoa poistamalla uusien asiakkaiden hankintakustannuksia asianmukaisella aikavälillä (riidanalaisen päätöksen 474 perustelukappale). Komissio arvioi riidanalaisessa päätöksessä tältä osin, että Telefónican asiakkaiden hankintakustannusten asianmukainen poistoaika oli esillä olevassa asiassa [*luottamuksellinen tieto*] vuotta ja että tämä aika on kansallisten kilpailuviranomaisten ja sääntelyviranomaisten, myös CMT:n, käyttämä enimmäisaika ja pidempi kuin Telefónican alkuperäisessä liiketoimintasuunnitelmassa näiden kustannusten kattamiseksi arvioima aika. Näin ollen komissio ei käyttänyt Telefónican asiakassuhteiden keskimääräistä kestoja, jota viimeksi mainittu ehdotti, riidanalaisen päätöksen 476–485 perustelukappaleessa esitetyistä syistä.
- 247 Ensimmäiseksi kantajat väittivät, ettei komissio selitä, miksi tiettyjen kansallisten sääntelyviranomaisten ja kilpailuviranomaisten käyttämä poistoaika on merkityksellisempi kuin 16.7.2003 tehdystä komission päätöksessä (asia COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) käytetyt arviot, varsinkin kun tiettyjen kansallisten viranomaisten ja erityisesti Ranskan viranomaisten käyttämä enimmäiskesto on [*luottamuksellinen tieto*] vuotta asiakassuhteiden keskimääräisen keston perusteella (riidanalaisen päätöksen 488 perustelukappale). Tällainen väite on kuitenkin hylättävä, koska komissio selitti tämän valinnan syyt selvästi riidanalaisen päätöksen 486–489 perustelukappaleessa.
- 248 Toiseksi kantajien mukaan komissio ei analysoinut Telefónican liiketoimintasuunnitelmia asianmukaisesti, koska tällainen analyysi osoittaisi, että niiden taustalla olevat oletamat perustuivat [*luottamuksellinen tieto*] varten luotua arvoa koskeviin arvioihin. Kun kantajilta kysyttiin istunnossa tämän väitteen laajuudesta ja merkityksestä, ne totesivat lähinnä, että komissio tukeutui virheelliseen Telefónican liiketoimintasuunnitelmien tulkintaan, kun se ei ottanut huomioon Telefónican asiakassuhteiden todellista keskimääräistä kestoja, joka sen mukaan oli [*luottamuksellinen tieto*]. Niiden väitettä ei voida kuitenkaan ymmärtää niin, että sillä pyrittäisiin osoittamaan, että Telefónican asiakassuhteiden keskimääräinen kesto olisi [*luottamuksellinen tieto*] vuotta.
- 249 Kantajien tätä koskeva väite on hylättävä, koska se perustuu virheelliseen oletamaan. Kuten riidanalaisen päätöksen 477–489 perustelukappaleesta ilmenee, komissio hylkäsi Telefónican asiakassuhteiden todellista keskimääräistä kestoja koskevat tiedot ensinnäkin siksi, että Telefónican asiakassuhteiden keskimääräinen kesto oli hyvin todennäköisesti pidempi kuin kesto, jonka sen pitäisi olla kilpailuilla markkinoilla, toiseksi siksi, että Telefónican ehdottama asiakassuhteiden kesto oli ristiriidassa sen omien toteamusten kanssa, joiden mukaan vähittäismarkkinoille olivat ominaisia palveluntarjoajan vaihtamisen suhteellisen alhaiset kustannukset ja sen asiakassuhteiden uusiutumisosuusprosentti ("churn rate") oli [*luottamuksellinen tieto*] prosenttia kuukaudessa, mikä vastaa [*luottamuksellinen tieto*] vuoden asiakassuhteiden kestoja, kolmanneksi siksi, ettei Telefónican kaavaa

- voida soveltaa kehittyvillä markkinoilla, ja neljänneksi siksi, että komission huomioon ottama kesto vastasi kansallisten kilpailuviranomaisten huomioon ottamaa enimmäiskestoja. Komissio ei siis tukeutunut Telefónican liiketoimintasuunnitelmiin, kun se ei kelpuuttanut Telefónican ehdottamaa asiakassuhteiden keskimääräistä kestoja, vaan se ainoastaan totesi riidanalaisen päätöksen 489 perustelukappaleessa, että lopulta valittu kuolettamisaika oli *[luottamuksellinen tieto]* kuin liiketoimintasuunnitelmissa esitetty kuolettamisaika ja näin ollen Telefónicalle suotuisampi.
- 250 Kolmanneksi kantajat väittävät, ettei komission oletama vastaa Telefónican asiakkaiden todellista käyttäytymistä, koska Telefónican asiakassuhteiden keskimääräinen kesto on pidempi kuin *[luottamuksellinen tieto]*. Tältä osin kantajat toteavat vain, että kun yleisesti käytettyjä tilastotieteellisiä tekniikoita sovelletaan asiakassuhteiden keskimääräisen keston arviointiin, tulokseksi voidaan saada suurempi luku kuin *[luottamuksellinen tieto]*. Tällaista väitettä ei kuitenkaan selitetä eikä kehitellä mitenkään kirjelmässä, ja siinä viitataan yleisesti liitteenä olevan taloustutkimuksen kymmeneen sivuun. Näin ollen sitä ei voida hyväksyä.
- 251 Neljänneksi kantajat väittävät, että komissio olisi voinut soveltaa toista kuolettamista koskevaa arviointiperustetta. Kantajat tuovat kuitenkin esiin ainoastaan mahdollisuuden, minkä perusteella yksin ei voida katsoa, että komissio olisi tehnyt ilmeisen arviointivirheen valitessaan kuolettamista koskevia arviointiperusteita. Tämä väite on näin ollen hylättävä.
- 252 Kolmanneksi kantajat katsovat, että komissio yliarvioi verkkokustannuksia.
- 253 Ensinnäkin kantajat väittävät, että komissio laski virheellisesti investoinnin nettokirjanpitoarvon, mikä vaikuttaa Telefónican IP-verkon pääomakustannusten laskentaan. Komissio myönsi vastineessaan Telefónican mainitseman laskuvirheen. Se kuitenkin toteaa, ettei kyseinen virhe vaikuta mitenkään hintaruuvia koskevaan laskelmaan kansallisen tukutuotteen tasolla eikä muuta mitenkään diskontattuja kassavirtoja koskevan analyysin tuloksia ja että sillä on ”jaksokohtaisessa” analyysissä ainoastaan rajoitettu vaikutus, joka ei vaikuta hintaruuvien olemassaolon toteamiseen alueellisen tukutuotteen tasolla. Kantajat eivät vastauskirjelmässään enää vetoa komission suorittamaa virheellistä investoinnin nettokirjanpitoarvon laskentaa koskeviin perusteisiin. Ne vahvistivat lisäksi istunnossa, ettei komission virheen korjaaminen vaikuttanut kanteen lopputulokseen. Näin ollen tätä väitettä ei ole enää tarpeen tutkia.
- 254 Toiseksi kantajat väittävät, että komissio käyttää liian suurta ja koko tarkastelujakson ajan muuttumattomana pysyvää pääomakustannusten painotettua keskiarvoa (WACC).
- 255 On huomautettava, että pääomakustannus on arvioitu hinta, joka yrityksen on maksettava muussa käytössä olevan pääoman nostamiseksi ja joka heijastaa myös tuottoa, jota sijoittajat odottavat yrityksen toimintaan sijoittamiselta (riidanalaisen päätöksen 383 perustelukappale). Riidanalaisen päätöksen 447 perustelukappaleessa komissio täsmentää, että pääomakustannukset lasketaan sen pääomakustannusten painotetun keskiarvon perusteella, jota CMT käytti säännellessään TESAU:n laajakaistasektoria ja jonka esitti itse Telefónica, joka oli komission mukaan väittänyt, että ADSL-sektorin kustannukset merkitsivät suurempaa riskiä muihin sektoreihin nähden. Riidanalaisessa päätöksessä pääomakustannusten painotetuksi keskiarvoksi vahvistettiin siten *[luottamuksellinen tieto]* prosenttia. Tämä pääomakustannusten painotettu keskiarvo on myös sama kuin se, jota Telefónica käytti vastauksessaan väitetiedoksiintoon (riidanalaisen päätöksen 384, 385, 447 ja 451 perustelukappale).
- 256 Aluksi kantajat väittävät lähinnä, ettei CMT:n hyväksymä virallinen pääomakustannusten painotettu keskiarvo ole koskaan ollut yli *[luottamuksellinen tieto]* prosenttia. Lisäksi Telefónican liiketoimintasuunnitelmassaan vuosille 2002–2011 käyttämä pääomakustannusten painotettu keskiarvo oli *[luottamuksellinen tieto]*. Tällaisia väitteitä ei kuitenkaan voida hyväksyä, koska komissio on kirjelmässään selittänyt, mitä kantajat eivät ole kiistäneet, että pääomakustannusten painotettu keskiarvo, johon Telefónica viittaa, vastaa keskimääräistä pääomakustannusten painotettua keskiarvoa,

- jota ei ole laskettu pelkästään Telefónica tukku- ja vähittäistason laajakaistatoiminnalle vaan myös sen kiinteille puhelutoiminnoille. Lisäksi asiakirjoista ilmenee, että Telefónica oli itse katsonut, että vähittäistason laajakaistatoiminnan pääomakustannusten painotettu keskiarvo oli paljon suurempi ([*luottamuksellinen tieto*] prosenttia) kuin TESAU:n koko toiminnan keskimääräinen pääomakustannusten painotettu keskiarvo. Samoin on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan sääntelyelinten tai analyttikkojen yrityksiä arvioidessaan hyväksymät pääoman tuotto prosentit, jotka koskevat laajakaistapalvelujen tarjontaa, eivät ole yhtä suuret kuin tuotto prosentit, joita komissio käytti riidanalaisessa päätöksessä, koska kyseiset tuotto prosentit eivät koske nimenomaisesti kyseisten yritysten tukku- ja vähittäistason laajakaistatoimintoja.
- 257 Kantajien mukaan CMT ei ole koskaan todennut Telefónican laajakaistamarkkinoiden tuotto prosenttien olevan muiden toimintojen tuotto prosenttia suurempi. Myöskään tällaista väitettä ei voida hyväksyä. Riidanalaisessa päätöksessä käytetty pääomakustannusten painotettu keskiarvo, jota CMT käytti retail minus -mallissaan, on nimittäin TESAU:n seuraavan myyntiportaan laajakaistatoiminnan pääomakustannusten painotettu keskiarvo, minkä CMT vahvisti vastauksessa komission 18.11.2004 päivätyyn tietojensaantipyyntöön. Vastauksesta ilmenee, että CMT erotti toisistaan yhtäältä välillisen yhteyspalvelun hintojen kustannusperusteisessa laskennassa käytetyn pääomakustannusten painotetun keskiarvon ([*luottamuksellinen tieto*] prosenttia) ja toisaalta retail minus -mallin mukaisesti vahvistettujen tukkuhintojen laskennassa käytetyn pääomakustannusten painotetun keskiarvon ([*luottamuksellinen tieto*] prosenttia). Lisäksi kantajat myöntävät, että Telefónica itse käytti vastauksessaan väitetiedoksiantoon pääomakustannusten painotettua keskiarvoa, joka oli ([*luottamuksellinen tieto*] prosenttia).
- 258 Kantajat toteavat tästä vielä, että niiden vuoden 2002 tilaajayhteyksien tarjonnan yhteydessä esittämillä väitteillä pääomakustannusten painotetusta keskiarvosta ei voida perustella sitä, että niitä käytetään koko tarkastelujakson ajan, koska kyseinen tarjonta toteutettiin hetkellä, jolloin Telefónica teki merkittäviä investointeja teknologian kannalta erittäin epävarmoissa olosuhteissa, joissa laajakaistayhteyksien kehittämiseksi oli kysyntää. Kuten komissio toteaa ilman, että kantajat olisivat tätä kiistäneet istunnossa, Telefónican laajakaistatoiminta oli kuitenkin jo kannattavaa, kun se toteutti tämän tarjonnan vuonna 2002.
- 259 Neljänneksi kantajat katsovat, että komissio ottaa kirjanpidossa useita kustannuseriä (eli internetyhteyden tarjoajan alustan kertaluonteiset kustannukset ja ADSL-markkinoita koskevien tutkimusten kustannukset) huomioon kahdesti ja että kustannuserät ovat usein muuttuneet aikojen kuluessa.
- 260 Yhtäältä siitä, että tietyt kustannuserät otetaan kirjanpidossa huomioon kahdesti, kantajat väittävät, että riidanalaisen päätöksen taulukossa 29 esitetyt internetyhteyden tarjoajan alustan hankintakustannukset kuuluvat jo tämän alustan toistuvien kustannusten erään, joka sisältyy riidanalaisen päätöksen taulukkoon 27. Lisäksi myös kustannuserä ”markkinoiden tarkkailu” on kantajien mukaan otettu huomioon kahdesti.
- 261 Tästä on todettava, että riidanalaisen päätöksen taulukoissa 27 ja 29 esitetyt riitautetut tiedot vastaavat tietoja, jotka kantajat itse olivat ilmoittaneet komissiolle vastauksessaan väitetiedoksiantoon.
- 262 Lisäksi on todettava, että kantajat väittävät kannekirjelmässään ainoastaan, että komissio arvioi Telefónican kustannukset virheellisesti, kun se käyttää epä johdonmukaisia lähteitä, ja viittaavat erään liitteen neljään sivuun. Kantajat katsovat vastaukskirjelmässään, että ne pitävät kiinni kannekirjelmässä esitetyistä kustannuksista koskevista selityksistä, ja viittaavat myös erään kannekirjelmän liitteen kolmeen sivuun. On korostettava, että kantajat eivät kirjelmässään selitä mitenkään tätä väitettyä kaksinkertaista huomioonottamista kirjanpidossa. Komissio puolestaan selittää, että taulukossa 27 esitetyt kustannukset ovat toistuvia kustannuksia, kun taas taulukossa 29 esitetyt kustannukset ovat kertaluonteisia kustannuksia. Kantajat, joilta kysyttiin tästä asiasta istunnossa, totesivat, että komissio käytti Telefónican seuranta tauluista peräisin olevia tietoja, joissa ei eroteta toisistaan kyseisiä toistuvia ja

kertaluonteisia kustannuksia. Kuitenkin unionin yleisen tuomioistuimen asiakirja-ainestoon kuuluvat asiakirjat, joihin kantajat viittasivat nimenomaisesti istunnossa väitteidensä tueksi, ovat peräisin asiakirjasta ”Economics ADSL”, joka on Telefónican vähittäistoimintansa tappioista ja voitoista tekemä analyysi. Riidanalaisen päätöksen 407 perustelukappaleesta, jota kantajat eivät ole kiistäneet, ilmenee kuitenkin nimenomaisesti, että tämä asiakirja on analyysi, joka ”perustuu [Telefónican] omaan arvioon muiden kuin verkkoon liittyvien kulujensa lisäkustannuksista (asiakkaiden hankintakustannukset ja internetyhteyden tarjoajien toistuvat maksut)”, eivätkä internetyhteyden tarjoajan alustan kustannukset näin ollen sisällä kertaluonteisia kustannuksia. Riidanalaisen päätöksen taulukossa 27 esitettyjen ”markkinoiden tarkkailuun” liittyvien toistuvien kustannusten väitetystä kirjanpidossa kahdesti huomioon ottamisesta, koska ne sisältyvät jo samassa taulukossa esitettyihin ”muihin tuotantokustannuksiin”, on todettava, ettei tätä väitettä ole perusteltu mitenkään. Kantajien väite ei näin ollen voi menestyä.

263 Toisaalta väitteestä, jonka mukaan kustannuserät eivät ole aikojen kuluessa samoja, on todettava, ettei Telefónica ollut ilmoittanut yksikkökustannuksia vuodelta 2001, vaikka komissio oli tätä pyytänyt (riidanalaisen päätöksen alaviite nro 464). Tästä syystä komissio ei tehnyt ilmeistä arviointivirhettä, kun se määrittä Telefónican vuoden 2001 kustannukset hallussaan olevien kirjanpitolietojen perusteella tai, jos sillä ei ollut näitä tietoja, niiden arvioiden perusteella, jotka esitettiin asiakirjassa, jonka otsikko on ”Economics ADSL”, tai asianosaisen seurantatauluissa. Kantajat eivät ole myöskään riitauttaneet tätä lähestymistapaa vastauksessaan väitetiedoksiintoon tai tosiseikkoja koskevassa kirjeessä. Niiden väitettä ei näin ollen voida hyväksyä.

264 Edellä esitetyillä perusteilla viidennen kanneperusteen ensimmäisen osan kolmas väite on hylättävä kokonaisuudessaan ilman, että olisi tarpeen lausua väitettyjen virheiden vaikutuksista hintaruuvien laskentaan.

265 Viidennen kanneperusteen ensimmäinen osa on näin ollen hylättävä kokonaisuudessaan.

Viidennen kanneperusteen toinen osa, jonka mukaan komissio ei näyttänyt oikeudellisesti riittävällä tavalla toteen tutkitun toiminnan todennäköisiä tai konkreettisia vaikutuksia

266 Kanneperusteen kyseisen osan yhteydessä kantajat väittävät, ettei komissio näyttänyt oikeudellisesti riittävällä tavalla toteen Telefónican toiminnan todennäköisiä tai konkreettisia vaikutuksia.

267 Edellä 170 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaisesti on niin, että kun EY 82 artiklassa kielletään määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, kyseisessä artiklassa tarkoitetaan käyttäytymistä, joka on omiaan vaikuttamaan sellaisten markkinoiden rakenteeseen, joilla kilpailuaste on juuri tällaisessa asemassa olevan yrityksen olemassaolon vuoksi jo heikentynyt, ja joka estää markkinoilla vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymisen tai tämän kilpailun kehittymisen sen vuoksi, että tällainen yritys käyttää muita keinoja kuin niitä, joita taloudellisten toimijoiden suorituksiin perustuvassa tuotteiden tai palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään.

268 Vaikutukset, joihin edellisessä kohdassa lainatussa oikeuskäytännössä viitataan, eivät välttämättä koske väärinkäyttöä merkitsevän menettelytavan todellisia vaikutuksia. EY 82 artiklan rikkomisen toteennäyttämiseksi riittää, että osoitetaan, että yrityksen määräävän aseman väärinkäytöllä pyritään rajoittamaan kilpailua, tai toisin sanoen, että menettelytapa on omiaan vaikuttamaan sillä tavoin (asia T-203/01, Michelin v. komissio, tuomio 30.9.2003, Kok., s. II-4071, 239 kohta; asia T-219/99, British Airways v. komissio, tuomio 17.12.2003, Kok., s. II-5917, 293 kohta ja edellä 58 kohdassa mainittu asia Microsoft v. komissio, tuomion 867 kohta). Niinpä kyseisellä hinnoittelukäytännöllä on oltava kilpailua rajoittava vaikutus markkinoihin mutta kyseisen vaikutuksen ei välttämättä tarvitse olla konkreettinen,

vaan on riittävää osoittaa sellainen mahdollinen kilpailua rajoittava vaikutus, joka on omiaan syrjäyttämään markkinoilta määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kanssa vähintäänkin yhtä tehokkaat kilpailijat (edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 64 kohta).

- 269 Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee myös, että kun määritetään sitä, onko määräävässä markkina-asemassa oleva yritys käyttänyt väärin tätä asemaansa soveltaessaan hinnoittelukäytäntöjään, on arvioitava olosuhteita kokonaisuudessaan ja tutkittava, pyritäänkö tällä hinnoittelukäytännöllä poistamaan ostajalta mahdollisuus valita hankintalähteensä tai rajoittamaan tätä mahdollisuutta, estämään kilpailijoilta markkinoille pääsy, soveltamaan erilaisia ehtoja eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla taikka vahvistamaan määräävää markkina-asemaa vääristyneellä kilpailulla (ks. edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 175 kohta ja edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, tuomion 28 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 270 Koska EY 82 artiklassa ei tarkoiteta vain sellaisia käytäntöjä, jotka ovat omiaan aiheuttamaan välitöntä vahinkoa kuluttajille, vaan myös käytäntöjä, jotka aiheuttavat vahinkoa kuluttajille vahingoittamalla toimivia kilpailurakenteita, määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla (ks. edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 176 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 271 Näin ollen EY 82 artiklassa kielletään määräävässä markkina-asemassa olevaa yritystä muun muassa toteuttamasta sellaisia hinnoittelukäytäntöjä, joilla on markkinoilta syrjäyttävä vaikutus sen vähintäänkin yhtä tehokkaisiin, olemassa oleviin tai mahdollisiin kilpailijoihin, eli käytäntöjä, joilla voidaan vaikeuttaa sen kilpailijoiden pääsyä markkinoille tai tehdä se jopa mahdottomaksi ja vaikeuttaa sen sopimuskumppaneiden vapautta valita useista hankintalähteistä tai kauppakumppaneista tai tehdä se jopa mahdottomaksi vahvistamalla sen määräävää markkina-asemaa muihin menetelmiin kuin laatukilpailuun turvautumalla. Tältä kannalta katsoen kaikkea hintakilpailua ei siis voida pitää oikeutettuna (ks. edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 177 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 272 Edellä esitetyn perusteella on ensinnäkin hylättävä kantajien väite, jonka mukaan kun otetaan huomioon moititun toiminnan aloittamisen ja riidanalaisen päätöksen tekemisen välillä kulunut aika, ei ollut asianmukaista toteuttaa arviointia todennäköisten vaikutusten perusteella, koska komissiolla oli käytössään tarvittava aika näyttää toteen väitetyt kyseessä olevaan toimintaan liittyvät kilpailua rajoittavat vaikutukset. Tällaiselle väitteelle ei ole myöskään mitään perusteita oikeuskäytännössä.
- 273 Toiseksi on hylättävä kantajien väite, joka perustuu asiassa T-5/02, Tetra Laval vastaan komissio, 25.10.2002 annettuun tuomioon (Kok., s. II-4381, 153 kohta) ja jonka mukaan vaikka komissio tukeutuu todennäköisten vaikutusten analyysiin, sen olisi pitänyt osoittaa, että Telefónican toiminnalla oli ”kaiken todennäköisyyden mukaan” vahingollisia vaikutuksia kilpailuun ja kuluttajiin. Tämä asia liittyi nimittäin keskittymävalvontaan ja siinä katsottiin, että mikäli komissio ”kykenee tehdessään ennusteen konglomeraattityyppisen yrityskeskittymän vaikutuksista päättelemään toteamiensa konglomeraattivaikutusten perusteella, että määräävä asema kaiken todennäköisyyden mukaan luotaisiin tai sitä vahvistettaisiin verrattain pian ja että sen seurauksena tehokasta kilpailua relevanteilla markkinoilla rajoitettaisiin merkittävästi”, komission on kiellettävä se. Kuten edellä 71 kohdassa mainitussa asiassa komissio vastaan Tetra Laval annetussa tuomiossa (42 ja 43 kohta) todettiin, määräävän markkina-aseman syntymistä tai vahvistumista koskeva ennuste, jota tarvitaan keskittymien valvonnassa, on tehtävä erittäin huolellisesti, sillä kyse ei ole menneiden tapahtumien tutkimisesta, joiden osalta on usein käytettävissä monia seikkoja, joiden perusteella tapahtumien syyt voidaan ymmärtää. Tällainen tilanne ei kuitenkaan ole verrattavissa esillä olevan asian tilanteeseen.

- 274 Kun otetaan huomioon edellä 268 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö, on kolmanneksi tutkittava kantajien väite, jonka mukaan Telefónican toiminnan todennäköisiä vaikutuksia koskevat komission toteamukset ovat puhtaasti teoreettisia eikä niitä ole perusteltu.
- 275 Tästä on todettava, että Telefónican toiminnan todennäköisiä vaikutuksia tutkittiin riidanalaisen päätöksen 545–563 perustelukappaleessa. Ensinnäkin komissio totesi, että Telefónican toiminta todennäköisesti rajoitti ADSL-operaattoreiden mahdollisuuksia kestäväan kasvuun vähittäismarkkinoilla. Tämän toteamuksen tueksi komissio viittasi siihen, että ADSL-operaattoreiden oli täytynyt periä alempia vähittäishintoja kuin Telefónican saadakseen asiakkaita. Komissio korosti, että tästä seurasi tappioita, joita ei voitu saada kilpailluilla markkinoilla takaisin kohtuullisen ajan kuluessa (riidanalaisen päätöksen 546 perustelukappale). Komissio tukeutui tältä osin erityisesti riidanalaisen päätöksen 251–253 perustelukappaleessa esitettyihin toteamuksiin. Viitaten riidanalaisen päätöksen 223–242 perustelukappaleessa esitettyihin toteamuksiin komissio katsoi muun muassa, että ADSL-vähittäismarkkinoiden kilpailijoilla ei ollut kannattavaa vaihtoehtoista tuotannontekijää. Se viittasi siten vaihtoehtoisten operaattoreiden riippuvuuteen Telefónican tukutuotteista (riidanalaisen päätöksen 547 ja 548 perustelukappale). Näin ollen komissio katsoi, että Telefónican toiminnan vuoksi yhtä tehokkaiden kilpailijoiden jatkuva läsnäolo markkinoilla oli vaikeaa ja että Telefónica oli toiminnallaan kyennyt pakottamaan vaihtoehtoiset operaattorit etsimään tasapainoa kannattavuutensa ja markkinaosuutensa kasvun välillä rajoittaen siten itseensä kohdistuvaa kilpailupainetta (riidanalaisen päätöksen 549–552 perustelukappale). Toiseksi komissio katsoi, että Telefónican menettelystä oli todennäköisesti aiheutunut vahinkoa kuluttajille, koska kilpailu, jota hintaruuvilla rajoitettiin, olisi voinut laskea vähittäishintoja (riidanalaisen päätöksen 556–559 perustelukappale).
- 276 Komission riidanalaisen päätöksen 545–563 perustelukappaleessa esittämien toteamusten ei voida katsoa olevan ”puhtaasti teoreettisia” tai puutteellisesti perusteltuja. Niissä päinvastoin osoitetaan oikeudellisesti riittävällä tavalla mahdolliset rajoitukset, joita Telefónican hinnoittelukäytännöt ovat voineet aiheuttaa kilpailulle vähittäismarkkinoilla. Näin ollen komissio ei tehnyt ilmeistä arviointivirhettä, kun se totesi, että Telefónican toiminta oli todennäköisesti vahvistanut markkinoille tuloa esteitä ja esteitä toiminnan laajentamiselle näillä markkinoilla ja että ilman hintaruuvista johtuvaa kilpailun vääristymistä kilpailu vähittäismarkkinoilla olisi todennäköisesti ollut vilkkaampaa, mikä olisi hyödyttänyt kuluttajia hintojen, valikoiman ja tuotekehityksen muodossa.
- 277 Kantajien väitteet, joilla tämä toteamus pyritään kyseenalaistamaan, eivät voi menestyä.
- 278 Kantajien väite, jonka mukaan komission käyttämät hintaruuvien arviointikriteerit eivät vastaa kriteereitä, jotka määrittävät vaihtoehtoisten operaattoreiden strategisia päätöksiä vähittäismarkkinoilla, on siis hylättävä.
- 279 Ensinnäkin väitteestä, jonka mukaan kilpailija, joka on yhtä tehokas kuin Telefónica, ei tee strategisia päätöksiään pelkästään omaisuutensa käyttöön perusteella vaan myös sen ajan perusteella, joka tarvitaan sen uuteen infrastruktuuriin tekemien sijoitusten muuttumiseen kannattaviksi ja asiakkaiden houkuttelemiseen, on todettava komission tapaan, että väärinkäytön kilpailua rajoittavan vaikutuksen osoittaminen perustuu suurelta osin menettelyn taipumukseen kasvattaa kilpailijoiden alalletulokustannuksia ja myöhentää sitä ajankohtaa, jolloin toiminnan voidaan ennakoida muuttuvan kannattavaksi, jolloin nimenomaan tulee vaikeammaksi luoda asiakaspohja, jolla voidaan perustella oman infrastruktuurin käyttöönotto. Tällainen tilanne vaikuttaa väistämättä Telefónican kilpailijoiden ja mahdollisten uusien alalletulijoiden strategisiin päätöksiin, markkinakäyttäytymiseen ja tuloksiin.
- 280 Toiseksi on hylättävä kantajien väitteet, joilla pyritään osoittamaan, ettei komission analyysissä oteta huomioon sitä, että Telefónican kilpailijat voivat käyttää kilpailullisia strategioita, kuten vähittäismarkkinoille tulo oman infrastruktuurinsa tai oman infrastruktuurinsa ja Telefónican infrastruktuurin yhdistelmän avulla taikka aggressiivisella kilpailulla, jonka avulla ne voivat kiivetä asteittain investointiportilla. Aluksi kantajien väitteestä, jonka mukaan vaihtoehtoinen operaattori

optimoi investointinsa ottamalla käyttöön infrastruktuurinsa ainoastaan kannattavilla maantieteellisillä alueilla, on katsottava, että tällaisessa tilanteessa vaihtoehtoisen operaattorin olisi katettava tappiot Espanjan tietyillä maantieteellisillä alueilla muilta alueilta saaduilla tuloilla. Tämän jälkeen on hylättävä myös väite, jonka mukaan vaihtoehtoista operaattoreiden investoinnit omiin verkkoihinsa eivät ole kovin merkittäviä, varsinkin kun asianosaiset käyttävät tukku tuotteiden optimaalista yhdistelmää. Kuten edellä 117 kohdassa todetaan, oman infrastruktuurin kehittäminen aiheuttaa nimittäin huomattavia kustannuksia. Kuten edellä 130 kohdassa todetaan, ei ole käynyt ilmi, että tukkupalvelujen yhdistelmä olisi käytetty. Lopuksi väite, jonka mukaan investointiportaiden teoriassa ei edellytetä sitä, että kaikille portaille on mahdollista päästä, on hylättävä edellä 196 kohdassa esitetyillä perusteilla.

281 Lisäksi on hylättävä väite, jonka mukaan komissio ei riidanalaisessa päätöksessä ottanut huomioon kaapelioperaattoreiden vähittäismarkkinoilla aiheuttamaa kilpailupainetta. Komissio nimittäin tutki tätä ilmiötä paitsi riidanalaisen päätöksen siinä osassa, joka koskee Telefónican toiminnan todennäköisiä vaikutuksia (riidanalaisen päätöksen 559 ja 560 perustelukappale) myös kyseisen päätöksen 268–276 perustelukappaleessa, jotka koskevat vähittäismarkkinoiden määrittelyä.

282 Kaiken edellä esitetyn perusteella on todettava, että riidanalaisen päätöksen 545–563 perustelukappaleessa komissio osoitti oikeudellisesti riittävällä tavalla sellaisten mahdollisten esteiden olemassaolon, joita Telefónican hinnoittelukäytännöt ovat voineet aiheuttaa tarjonnan kehittymiselle vähittäismarkkinoilla ja näin ollen niiden kilpailuasteeseen.

283 Koska vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on niin, että jos tietyt päätöksen perustelut riittävät oikeudellisesti yksin perusteeksi tälle päätökselle, virheet, jotka saattaisivat rasittaa toimen muita perusteluita, eivät missään tapauksessa vaikuta tämän päätöksen päätösosaan (asia T-87/05, EDP v. komissio, tuomio 21.9.2005, Kok., s II-3745, 144 kohta; ks. myös vastaavasti yhdistetyt asiat C-302/99 P ja C-308/99 P, komissio ja Ranska v. TF1, tuomio 12.7.2001, Kok., s. I-5603, 26–29 kohta), kantajien väitteet siitä, ettei Telefónican menettelyn konkreettisista vaikutuksista markkinoihin ole näyttöä, on hylättävä sillä perusteella, että ne ovat käsiteltävänä olevalla kanteella riitautetun kilpailusääntöjen rikkomisen toteamisen yhteydessä tehottomia.

284 Tästä seuraa, että viidennen kanneperusteen toinen osa on hylättävä.

285 Viides kanneperuste on näin ollen hylättävä kokonaisuudessaan.

g) Kuudes kanneperuste, joka koskee EY 82 artiklan soveltamista ultra vires ja toissijaisuusperiaatteen, suhteellisuusperiaatteen, oikeusvarmuuden periaatteen, vilpittömän yhteistyön periaatteen ja hyvän hallinnon periaatteen loukkaamista

286 Tämä kanneperuste käsittää kolme osaa. Ensimmäisen osan mukaan EY 82 artiklaa sovellettiin ultra vires. Toisen osan, joka on esitetty toissijaisesti, mukaan toissijaisuusperiaatetta, suhteellisuusperiaatetta ja oikeusvarmuuden periaatetta loukattiin. Kolmannen osan mukaan vilpittömän yhteistyön periaatetta ja hyvän hallinnon periaatetta loukattiin.

Kuudennen kanneperusteen ensimmäinen osa, joka koskee EY 82 artiklan soveltamista ultra vires

287 Kanneperusteen kyseisessä osassa kantajat väittävät, että tehdessään riidanalaisen päätöksen komissio sovelsi EY 82 artiklaa ultra vires.

288 Kyseisen osan tutkittavaksi ottamisesta, jonka edellytysten komissio ei katso täyttyvän, on todettava, että kannekirjelmän tekstistä ilmenee, että kyseisessä osassa esitetyillä väitteillä pyritään osoittamaan, että komissio sovelsi EY 82 artiklaa ylittäen toimivaltansa, joka sille on myönnetty kilpailuoikeuden

alalla. Lisäksi vastauskirjelmässään kantajat vahvistivat, että toisin kuin komissio antaa ymmärtää, ne eivät vetoa harkintavallan väärinkäyttöön. Koska tässä osassa pyritään osoittamaan, että komissio ylitti esillä olevassa asiassa toimivaltansa, se on otettava tutkittavaksi.

- 289 Käsiteltävän osan paikkansapitävyyden tutkimisen yhteydessä on ensiksi hylättävä kantajien väite, joka perustuu niiden neljännen kanneperusteen yhteydessä esittämiin perusteluihin ja jonka mukaan komissio ei ottanut huomioon EY 82 artiklaan sovellettavia oikeudellisia arviointiperusteita, koska kyseinen väite, jolla ei missään tapauksessa pyritä osoittamaan, että komissio olisi ylittänyt toimivaltansa, on perusteeton (ks. edellä 169–197 kohta). Lisäksi sillä, että väärinkäyttöä merkitsevä toiminta tapahtui kantajien ”välineellisinä” pitämällä markkinoilla eli ”säännöstelyn vuoksi luoduilla” markkinoilla, ei ole merkitystä sovellettaessa EY 82 artiklaa, koska kilpailuoikeutta sovelletaan myös kyseisillä markkinoilla (ks. vastaavasti asia 26/75, General Motors Continental v. komissio, tuomio 13.11.1975, Kok., s. 1367, 4–10 kohta ja asia 226/84, British Leyland v. komissio, tuomio 11.11.1986, Kok., s. 3263, 5 kohta).
- 290 Toiseksi kantajien väitteestä, jonka mukaan arvioidessaan riidanalaisessa päätöksessä Telefónican toimintaa komissio loukkasi kansallisten sääntelyviranomaisten toimivaltaa ja viittasi sääntelyn alaan kuuluviin käsitteisiin, kuten ”investointiportaiden” käsitteeseen, on todettava, että kantajat ainoastaan toteavat, että kyseinen käsite, jonka käyttäminen EY 82 artiklan soveltamisen yhteydessä on täysin perusteetonta, ei heijasta Espanjan markkinoiden kehittymistä eikä vaihtoehtoisten operaattoreiden kilpailustrategian kehittymistä. Vaikka kantajat toteavat, ettei kyseinen sääntelyn alaan kuuluva käsite kuulu kilpailuoikeuteen, ne eivät selitä, miksi se, että komissio käyttää mainittua taloudellista käsitettä kuvatakseen Espanjan laajakaistamarkkinoiden kehittymistä televiestintäalan vapauttamisen jälkeen, osoittaisi komission ylittäneen toimivaltansa tai soveltaneen EY 82 artiklaan ”sääntelyllisiin tarkoituksiin”, joten niiden toteamusta ei voida ottaa huomioon. Lisäksi kuten riidanalaisen päätöksen 180 perustelukappaleesta ilmenee, Telefónica itse viittasi 2.3.2005 päivätyssä kirjeessään komissiolle ”investointiportaiden” käsitteeseen kuvatakseen Espanjan internetmarkkinoiden kehittymistä vuodesta 2001 lähtien ja vahvisti, että ”Espanjan laajakaistamarkkinat kehitty[ivät] ’investointiportaiden’ teoriassa odotettua vauhtia”. Vaikka kantajat väittävät, että käsitteen käyttämisen vuoksi komissio ei ottanut huomioon sitä, että vaihtoehtoiset operaattorit käyttävät tukutuotteiden optimaalista yhdistelmää, tai sitä, kuten Jazztelin esimerkki osoittaa, että ne ovat voineet ja voivat tehdä suuria investointeja ilman merkittävää asiakas pohjaa, tällainen väite, jolla ei myöskään pyritä osoittamaan, että komissio on ylittänyt toimivaltansa, on hylättävä edellä 120 ja 201–211 kohdassa mainituista syistä.
- 291 Kolmanneksi on todettava, että vastauskirjelmässä esitetty väite, jonka mukaan komissiolla oli käytettävissään puitedirektiivin 7 artiklan mukainen muodollinen ad hoc -keino, jonka avulla se saattoi toimia esillä olevan asian kaltaisessa tilanteessa, ei ole perusteltu, ilman että olisi lausuttava sen tutkittavaksi ottamisen edellytyksistä, joiden komissio ei katso täytyvän.
- 292 On korostettava, että puitedirektiivin 1 artiklan 1 kohdan mukaan ”tällä direktiivillä perustetaan yhdenmukaistettu järjestelmä sähköisten viestintäpalvelujen, sähköisten viestintäverkkojen sekä niiden liitännäistoimintojen ja -palvelujen sääntelylle, – – säädetään kansallisten sääntelyviranomaisten tehtävistä ja määritellään joukko menettelyjä, joilla varmistetaan, että sääntelyjärjestelmää sovelletaan yhdenmukaisesti kaikkialla yhteisössä”. On myös todettava, että unionin lainsäätäjä on halunnut antaa kansallisille sääntelyviranomaisille keskeisen roolin puitedirektiivissä tarkoitettujen tavoitteiden saavuttamiseksi, mistä on osoituksena se, että oikeudellisena instrumenttina käytetään direktiiviä, joka on osoitettu ainoastaan jäsenvaltioille, direktiivin rakenne, joka käsittää erityisesti kaksi lukua, joiden otsikot ovat ”Kansalliset sääntelyviranomaiset” (Luku 2: 3–7 artikla) ja ”Kansallisten sääntelyviranomaisten tehtävät” (Luku 3: 8–13 artikla), ja kansallisille sääntelyviranomaisille myönnetty nimenomainen toimivalta. Puitedirektiivin 7 artiklassa kuvataan komission ja kansallisten sääntelyviranomaisten osallistumista sähköisen viestinnän sisämarkkinoiden yhdistämismenettelyyn, ja kyseisen direktiivin 15 perustelukappaleen mukaisesti sillä pyritään takaamaan, että ”kansallisilla päätöksillä ei olisi haittavaikutuksia yhtenäismarkkinoiden tai perustamissopimuksen muiden tavoitteiden kannalta”.

- 293 Tämän instrumentin olemassaolo ei näin ollen vaikuta mitenkään komission toimivaltaan, joka perustuu suoraan asetuksen N:o 17 3 artiklan 1 kohdasta ja 1.5.2004 lähtien asetuksen N:o 1/2003 7 artiklan 1 kohtaan, todeta EY 81 ja EY 82 artiklan rikkominen (ks. vastaavasti edellä 69 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 10.4.2008, 263 kohta). EY:n perustamissopimuksessa määrätyillä kilpailusäännöillä täydennetään tältä osin jälkikäteisvalvonnan muodossa unionin lainsäätäjän toteuttamaa sääntelyä telemarkkinoiden sääntelemiseksi ennakolta (edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 92 kohta).
- 294 Kantajat eivät myöskään voi väittää, että komission olisi puitedirektiivin 7 artiklan mukaan pitänyt valvoa CMT:n sääntelytoimia. Kuten komissio toteaa kirjallisissa lausumissaan, komissiolle ilmoitettiin mainitussa artiklassa säädetyn menettelyn mukaisesti vain säädöksistä, jotka on annettu kesäkuussa 2006 sen jälkeen, kun CMT pani täytäntöön puitedirektiivin ja komission ohjeet markkina-analyysiä ja huomattavan markkinavoiman arvioimista varten sähköisen viestinnän verkkoja ja palveluja koskevassa yhteisön sääntelyjärjestelmässä (EYVL 2002, C 165, s. 6) (jäljempänä yhdessä vuoden 2002 sääntelyjärjestelmä).
- 295 Tästä seuraa, että kuudennen kanneperusteen ensimmäinen osa on hylättävä.
- Kuudennen kanneperusteen toinen osa, joka koskee toissijaisuusperiaatteen, suhteellisuusperiaatteen ja oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamista
- 296 Kyseisen kanneperusteen toisessa osassa kantajat väittävät, että vaikka oletettaisiin, että komissio voi käyttää EY 82 artiklaa sääntelytarkoituksessa, mitä se ei voi tehdä, sen toiminta esillä olevassa asiassa on toissijaisuusperiaatteen, suhteellisuusperiaatteen ja oikeusvarmuuden periaatteen vastaista, koska komissio puuttuu perusteetta CMT:n toimivallan käyttöön.
- 297 Tältä osin on palautettava mieleen, että toissijaisuusperiaate ilmaistaan EY 5 artiklan toisessa kohdassa ja konkretisoidaan perustamissopimuksen liitteenä olevassa toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteiden soveltamisesta tehdyssä pöytäkirjassa; kyseisen määräyksen mukaan yhteisö toimii aloilla, jotka eivät kuulu yhteisön yksinomaiseen toimivaltaan, vain siinä tapauksessa ja siinä laajuudessa kuin jäsenvaltiot eivät voi riittävällä tavalla toteuttaa suunnitellun toiminnan tavoitteita, jotka suunnitellun toiminnan laajuuden tai vaikutusten takia voidaan tämän vuoksi toteuttaa paremmin yhteisön tasolla. Mainitun pöytäkirjan 5 kohdassa määrätään myös suuntaviivoista sen arvioimiseksi, täytyvätkö kyseiset edellytykset.
- 298 Pöytäkirjan 3 kohdassa täsmennetään lisäksi, että toissijaisuusperiaate ei aseta kyseenalaiseksi yhteisölle perustamissopimuksen nojalla kuuluvaa toimivaltaa, sellaisena kuin unionin tuomioistuin sen tulkitsee. Tällä periaatteella ei näin ollen aseteta kyseenalaiseksi toimivaltaa, joka komissiolle on annettu EY:n perustamissopimuksella ja johon kuuluu niiden sisämarkkinoiden toiminnan kannalta tarpeellisten kilpailusääntöjen soveltaminen, joista määrätään EY 81 ja EY 82 artiklassa ja jotka on pantu täytäntöön asetuksella N:o 17 ja 1.5.2004 lähtien asetuksella N:o 1/2003 (ks. vastaavasti asia T-339/04, France Télécom v. komissio, tuomio 8.3.2007, Kok., s. II-521, 88 ja 89 kohta).
- 299 Kun otetaan huomioon edellä 293 kohdassa esitetty, Telefónican olisi pitänyt tietää, että Espanjan televiestintäsääntelyn noudattaminen ei suojellut sitä siltä, että komissio toimii EY 82 artiklan perusteella, varsinkin kun useista vuoden 2002 sääntelyjärjestelmään kuuluvista oikeudellisista instrumenteista ilmenee, että samanaikaiset menettelyt kansallisissa sääntelyviranomaisissa ja kilpailuviranomaisissa ovat mahdollisia (ks. tästä puitedirektiivin 15 artiklan 1 kohta ja markkina-analyysiä ja huomattavan markkinavoiman arvioimista varten sähköisen viestinnän verkkoja ja palveluja koskevassa yhteisön sääntelyjärjestelmässä annettujen komission ohjeiden 28, 31 ja 70 kohta).

- 300 Tästä seuraa, että kansallisten sääntelyviranomaisten vuoden 2002 sääntelyjärjestelmän perusteella tekemät päätökset eivät poista komission toimivaltaa puuttua asiaan myöhemmässä vaiheessa soveltaakseen EY 82 artiklaa asetuksen N:o 17 ja 1.5.2004 lähtien asetuksen N:o 1/2003 nojalla. Myöskään missään mainittuun sääntelyyn kuuluvassa säännöksessä tai määräyksessä ei aseteta komissiolle velvollisuutta näyttää toteen poikkeuksellisia olosuhteita perustellakseen puuttumista asiaan tällaisessa tilanteessa, kuten kantajat väittävät. Näin ollen on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan komission ja kansallisten viranomaisten ei pidä analysoida kilpailuoikeuden nojalla toimintaa, joka on sellaisen sääntelyn alaista, jolla on samankaltaiset tavoitteet.
- 301 Aluksi on joka tapauksessa todettava, ettei CMT ole kilpailuviranomainen vaan sääntelyviranomainen eikä se ole koskaan toiminut EY 82 artiklan noudattamisen takaamiseksi tai tehnyt päätöksiä riidanalaisessa päätöksessä moitittujen käytäntöjen kieltämisestä (riidanalaisen päätöksen 678 ja 683 perustelukappale). Vaikka oletettaisiin, että CMT:n olisi pitänyt tutkia, ovatko Telefónican käytännöt EY 82 artiklan mukaisia, tämä ei estäisi sitä, että komissio voi todeta sen syyksi luettavan kilpailusääntöjen rikkomisen. Kansallisen viranomaisen EY 82 artiklan mukaisesti antama päätös ei sido komissiota (ks. vastaavasti edellä 69 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 10.4.2008, 120 kohta).
- 302 Tämän jälkeen CMT totesi useaan otteeseen, ettei sillä ollut hallussaan tietoja, jotka ovat tarpeen sen hintaruuvien tutkimiseksi, joka koskee Telefónican tukku- ja vähittäistason alueellisen laajakaistaverkon käyttöoikeudesta perimiä hintoja (ks. erityisesti riidanalaisen päätöksen 494, 495, 509 ja 511 perustelukappale).
- 303 Riidanalaisen päätöksen 494 perustelukappaleen mukaan myöskään CMT:n ex ante -päätöksissään, joilla se pyrkii varmistautumaan siitä, ettei hintaruuvia ole, käyttämä kustannusmalli ei ole asianmukainen EY 82 artiklan soveltamiseksi, sillä yhtäältä se ei perustunut Telefónica aiempia kustannuksia koskeviin viimeaikaisiin arvioihin vaan ulkoisten konsulttien yhtiön lokakuussa 2001 toimittamien tietojen pohjalta tekemiin arvioihin ja toisaalta kyseisten konsulttien kustannusmallissa aliarvioitiin Telefónican seuraavan myyntiportaalan verkon lisäkustannukset eikä siinä otettu huomioon tämän markkinointikuluja. Näin ollen myös väitteet, joiden mukaan CMT oli erityisen aktiivinen Telefónican hinnoittelupolitiikan suhteen ja säänteli ja valvoi jälkikäteen useaan otteeseen Telefónican hinnoittelupolitiikkaa Espanjan laajakaistamarkkinoiden kehityksen ensimmäisistä vaiheista lähtien, on hylättävä.
- 304 Tässä yhteydessä myös kantajien väite, jonka mukaan komissiolla ei ole toimivaltaa tutkia kansallisten sääntelyviranomaisten toimintaa EY 82 artiklan nojalla, jollei ole osoitettu, etteivät ne toimineet toimivaltuuksiensa puitteissa tai että ne toimivat ilmeisen virheellisesti, on hylättävä. Riidanalaisessa päätöksessä komissio ei nimittäin tutkinut EY 82 artiklan valossa CMT:n toimintaa vaan Telefónican toimintaa.
- 305 Näin ollen ei ole osoitettu, että toissijaisuusperiaatetta olisi loukattu.
- 306 Väitetystä suhteellisuusperiaatteen ja oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamisesta kantajat eivät osoita, miten näitä periaatteita on loukattu. Ne nimittäin ainoastaan ottavat esiin oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamisen, joka johtuu komission toiminnasta EY 82 artiklan perusteella, vaikka se ei olisi kyseenalaistanut CMT:n toimintaa. Kantajien mukaan Telefónica saattoi uskoa, että jos se noudattaa voimassa olevaa sääntelyä, sen toiminta on unionin oikeuden mukaista. Tällainen väite on kuitenkin hylättävä edellä 299–304 kohdassa esitetyillä perusteilla.
- 307 Lopuksi on mainittava kantajien väitteestä, jonka mukaan komission olisi pitänyt nostaa Espanjan kuningaskuntaa vastaan jäsenyysselvointeiden noudattamatta jättämistä koskeva kanne EY 226 artiklan nojalla, jos se katsoi, etteivät jäsenvaltion elimenä toimivan CMT:n päätökset mahdollistaneet hintaruuvien välttämistä eivätkä tämän vuoksi olleet vuoden 2002 sääntelyjärjestelmän mukaisia, ettei komissio tehnyt tällaista toteamusta riidanalaisessa päätöksessä. Lisäksi vaikka katsottaisiinkin, että

CMT olisi soveltanut unionin oikeutta virheellisesti ja että komissio olisi voinut tällä perusteella aloittaa jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn Espanjan kuningaskuntaa vastaan, tällaiset mahdollisuudet eivät vaikuta mitenkään riidanalaisen päätöksen lainmukaisuuteen. Komissio totesi kyseisessä päätöksessä vain, että Telefónica oli rikkonut EY 82 artiklaa, joka ei koske jäsenvaltiota vaan vain talouden toimijoita (ks. vastaavasti edellä 69 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 10.4.2008, 271 kohta). Lisäksi oikeuskäytännön mukaan EY 226 artiklan mukaisessa järjestelmässä komissiolla on harkintavaltaa jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan kanteen nostamisessa, eikä unionin tuomioistuimien asiana ole arvioida tämän harkintavallan käytön tarkoituksenmukaisuutta (edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 47 kohta).

308 Tästä seuraa, että kuudennen kanneperusteen toinen osa on hylättävä.

Kuudennen kanneperusteen kolmas osa, joka koskee vilpittömän yhteistyön periaatteen ja hyvän hallinnon periaatteen loukkaamista

309 Aluksi on huomautettava, että EY 10 artiklassa määrätty velvollisuus vilpittömään yhteistyöhön koskee kaikkia jäsenvaltioiden viranomaisia niiden toimivallan rajoissa sekä unionin toimielimiä, joilla on vastavuoroinen velvollisuus tehdä vilpittömää yhteistyötä jäsenvaltioiden kanssa (asia C-2/88 IMM, Zwartveld ym., määräys 13.7.1990, Kok., s. I-3365, 17 kohta; ks. asia C-94/00, Roquette Frères, tuomio 22.10.2002, Kok., s. I-9011, 31 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Silloin, kun unionin viranomaisten ja kansallisten viranomaisten on yhdessä myötävaikutettava perustamissopimuksen tavoitteiden toteuttamiseen niin, että ne käyttävät toimivaltaansa keskenään yhteensovitulla tavalla, kuten esillä olevassa asiassa, tällainen yhteistyö on erityisen tärkeää (em. asia Roquette Frères, tuomion 32 kohta).

310 Toisin kuin kantajat väittävät, CMT oli tosiasiallisesti mukana käsiteltävän asian hallinnollisessa menettelyssä. Ensinnäkin komissio lähetti CMT:lle kolme tiedonsaantipyynnöä, jotka oli päivätty 18.11.2004, 17.12.2004 ja 17.1.2005. Toiseksi komissio toimitti CMT:lle 24.5.2006 sellaisen version väitetiedoksiannosta, joka ei ole luottamuksellinen. Komissio myös ilmoitti CMT:lle, että se voi tarvittaessa toimittaa komissiolle kirjalliset huomautukset väitetiedoksiannosta tai vielä esittää huomautuksia tai kysymyksiä suullisesti suullisessa käsittelyssä. CMT ei kuitenkaan esittänyt kirjallisia huomautuksia. Kolmanneksi useat CMT:n edustajat olivat läsnä 12.6.2006 ja 13.6.2006 pidetyssä suullisessa käsittelyssä ja että CMT myös käytti puheenvuoroja sen aikana. Neljänneksi CMT myös vastasi 26.6.2006 kirjallisesti useisiin kantelijan suullisessa käsittelyssä esittämiin kysymyksiin. Viidenneksi kantajat eivät kiistä komission väitettä, jonka mukaan asiasta vastaavan työryhmän jäsenet tapasivat CMT:n useaan otteeseen keskustellakseen tutkinnasta. Kuudenneksi kantajat eivät kiistä komission väitettä, jonka mukaan useat CMT:n edustajat tapasivat sen 14.6.2007 ja esittivät tiettyjen riidanalaisen päätöksen perustelukappaleiden sanamuodosta huomautuksia, jotka otettiin huomioon asetuksen N:o 1/2003 14 artiklassa tarkoitetun neuvoa-antavan komitean toista kokousta varten. CMT ei esittänyt tästä lisähuomautuksia. Lisäksi CMT:n asiantuntija osallistui mainitun neuvoa-antavan komitean kokoukseen 15.7.2007.

311 Tältä osin kantajien väitettä, jonka mukaan komission CMT:lle osoittamat tietojensaantipyynnöt olivat luonteeltaan teknisiä eivätkä liittyneet Telefónicalle esitettyihin moitteisiin, väitettyjen merkityksellisten markkinoiden todellisuuteen, hintaruuvien arvioimiseksi käytettyihin menetelmiin eivätkä hintaruuvien mahdolliseen olemassaoloon, ei voida hyväksyä. Huolimatta komission tätä koskevasta pyynnöstä CMT ei esittänyt komissiolle kirjallisia huomautuksia väitetiedoksiannosta ja erityisesti edellä mainittuihin seikkoihin liittyvistä komission alustavista arvioinneista, sellaisena kuin ne on esitetty väitetiedoksiannon 142–250 ja 358–469 kohdassa.

312 Lisäksi on huomautettava komission toteuttamissa EY 81 ja EY 82 artiklan mukaisissa menettelyissä muodostuvista suhteista, että yksityiskohtaiset täytäntöönpanosäännöt, jotka koskevat EY 10 artiklaan perustuvaa velvollisuutta tehdä vilpittömää yhteistyötä, jota komission on noudatettava suhteissaan

jäsenvaltioihin, on täsmennetty erityisesti asetuksen N:o 1/2003 11–16 artiklassa, jotka kuuluvat asetuksen IV lukuun, jonka otsikko on ”Yhteistyö”. Kyseisissä säännöksissä ei kuitenkaan säädetä nimenomaan komission velvollisuudesta kuulla kansallisia sääntelyviranomaisia.

- 313 Kantajat eivät tässä yhteydessä voi myöskään väittää, että väitetiedoksiannon lähettäminen CMT:lle ja sen pyytäminen osallistumaan kuulemistilaisuuteen olisivat tapahtuneet liian myöhään, jolloin komissio olisi jo muodostanut mielipiteen Telefónican toiminnan väitetystä lainvastaisuudesta. Sen lisäksi, että väitetiedoksianto on valmisteluasiakirja, jossa esitetyt arviot ovat täysin väliaikaisia ja joilla pyritään rajaamaan hallinnollisen menettelyn aihe tämän menettelyn kohteena oleviin yrityksiin nähden (yhdistetyt asiat 100/80-103/80, Musique Diffusion française ym. v. komissio, tuomio 7.6.1983, Kok., s. 1825, 14 kohta; edellä 69 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 67 kohta ja edellä 83 kohdassa mainittu asia Prym ja Prym Consumer v. komissio, tuomion 40 kohta), edellä 310 kohdassa on jo todettu, että komissio lähetti CMT:lle jäljennöksen väitetiedoksiannosta 24.5.2006 eli yli vuosi ennen riidanalaisen päätöksen tekemistä.
- 314 Edellä esitetyn perusteella ei voida katsoa, että komissio olisi esillä olevassa asiassa laiminlyönyt vilpittömän yhteistyön velvoitettaan. Koska kantajien hyvän hallinnon periaatteen loukkaamista koskeva väite perustuu yksinomaan kyseisen velvoitteen laiminlyömiseen, myös se on hylättävä.
- 315 Näin ollen tämän kanneperusteen kolmas osa on hylättävä.
- 316 Kuudes kanneperuste on tämän vuoksi hylättävä kokonaisuudessaan samoin kuin tämän vuoksi kaikki ensisijaiset vaatimukset, joissa vaaditaan riidanalaisen päätöksen kumoamista.

2. Toissijaiset vaatimukset, joissa vaaditaan sakon kumoamista tai sen määrän alentamista

- 317 Kantajat vetoavat kahteen kanneperusteeseen niiden vaatimustensa tueksi, joissa vaaditaan sakon kumoamista tai sen määrän alentamista. Ensimmäisen kanneperusteen mukaan asiassa on tehty tosiseikkoja koskevia virheitä, tosiseikkojen arviointivirheitä ja oikeudellisia virheitä, asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohtaa ja asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohtaa on rikottu sekä oikeusvarmuuden ja luottamuksensuojan periaatteita on loukattu. Toisen kanneperusteen, joka on esitetty toissijaisesti, mukaan sakon määrää määritettäessä on tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä minkä lisäksi suhteellisuusperiaatetta, yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja periaatetta, jonka mukaan rangaistukset on määrättävä yksilökohtaisesti, on loukattu ja perusteluvollisuutta on laiminlyöty.

a) Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä, tosiseikkojen arviointivirheitä ja oikeudellisia virheitä, asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdan ja asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdan rikkomista sekä oikeusvarmuuden ja luottamuksensuojan periaatteiden loukkaamista

- 318 Kyseisellä kanneperusteella kantajat kyseenalaistavat komission toteamukset, joiden mukaan yhtäältä Telefónican menettely rikkomisajanjaksolla oli tahallista tai ainakin vakavan tuottamuksellista ja toisaalta kilpailusääntöjen rikkominen, johon Telefónica syyllistyi, merkitsee ”selvää väärinkäyttöä”, jota on tapahtunut aiemminkin (riidanalaisen päätöksen 720–736 perustelukappale).
- 319 Ensinnäkin siitä, oliko todettu rikkominen tahallista tai tuottamuksellista ja voidaanko sen seuraamukseksi näin ollen määrätä asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan ja 1.5.2004 lähtien asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdan nojalla sakko, ilmenee oikeuskäytännöstä, että kyseinen edellytys täyttyy, kun kyseisen yrityksen olisi pitänyt tietää menettelynsä rajoittavan kilpailua, riippumatta siitä, tiesikö se rikkovansa perustamissopimuksen kilpailusääntöjä (ks. yhdistetyt asiat T-259/02-T-264/02 ja T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich ym. v. komissio, tuomio 14.12.2006, Kok., s. II-5169, 205 kohta ja edellä 69 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v.

komissio, tuomio 10.4.2008, 295 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen; ks. vastaavasti myös yhdistetyt asiat 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 ja 110/82, IAZ International Belgium ym. v. komissio, tuomio 8.11.1983, Kok., s. 3369, 45 kohta; edellä 111 kohdassa mainittu asia Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio, tuomion 107 kohta ja edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 124 kohta).

- 320 Oikeuskäytännön mukaan yritys on tietoinen käyttäytymisensä kilpailua rajoittavasta luonteesta, kun se tunsu toiseikat, joilla perustellaan sekä määräävän aseman toteamista merkityksellisillä markkinoilla että komission arviointia tämän aseman väärinkäytöstä (ks. vastaavasti edellä 111 kohdassa mainittu asia Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio, tuomion 107 kohta ja edellä 319 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Raiffeisen Zentralbank Österreich ym. v. komissio, tuomion 207 ja 210 kohta ja julkisasiamies Mazákin ratkaisuehdotus edellä 170 kohdassa mainitussa asiassa Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, ratkaisuehdotuksen 39 kohta).
- 321 Ensimmäiseksi kiistääkseen komission toteamuksen, jonka mukaan Telefónican menettely oli tahallista tai ainakin vakavan tuottamuksellista, kantajat väittävät, ettei Telefónica voinut kohtuudella ennakoida, että sen toiminta voi merkitä EY 82 artiklan vastaista määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, kun otetaan huomioon Espanjan kilpailuviranomaisten ja CMT:n aiemmin antama tuotemerkkinoiden määrittelmä, joka poikkeaa riidanalaisessa päätöksessä käytetystä määrittelmästä, CMT:n toteuttama, Telefónican hintoihin ja toimintaan rikkomisajanjaksolla kohdistama valvonta ja se, ettei Telefónicalla ole riittävää liikkumavaraa vahvistaa hintojaan kyseisellä ajanjaksolla.
- 322 Ensimmäiseksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan Telefónica ei voinut ennakoida, että komissio määritteli markkinat eri tavalla kuin Espanjan viranomaiset.
- 323 Huolellisena talouden toimijana Telefónican olisi nimittäin pitänyt tuntea markkinoiden määrittelemistä kilpailuasioissa sääntelevät periaatteet ja tarvittaessa käyttää valistuneita neuvonantajia arvioidakseen asianmukaisesti tietyn teon mahdollisia seurauksia asian olosuhteissa. Tämä koskee erityisesti ammattilaisia, jotka ovat tottuneet harjoittamaan ammattiaan huolellisesti. Heidän voidaan lisäksi edellyttää arvioivan toiminnan riskejä huolellisesti (ks. vastaavasti edellä 59 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomion 219 kohta).
- 324 Lisäksi huolellisella taloudellisella toimijalla ei voi olla epäilystä siitä, että huomattavien markkinaosuuksien hallinta – vaikkei se välttämättä ja aina ole ainoa määräävän aseman olemassaolon osoittava tekijä – on kuitenkin tässä suhteessa huomattavan tärkeä tekijä, joka sen on välttämättä otettava huomioon mahdollisessa toiminnassaan markkinoilla (edellä 76 kohdassa mainittu asia Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 133 kohta).
- 325 Kuten komissio totesi oikeutetusti riidanalaisen päätöksen 721 perustelukappaleessa, Telefónican, joka oli perinteikäs toimija ja omisti ainoan merkittävän infrastruktuurin alueellisen ja valtakunnallisen tukkutuotteen tarjoamiseksi, olisi pitänyt tietää, että se oli määräävässä asemassa merkityksellisillä markkinoilla. Tämän vuoksi Telefónican markkinaosuuden suuruus (ks. edellä 153 ja 159 kohta) valtakunnallisilla ja alueellisilla tukkumarkkinoilla osoittaa sen uskomuksen, ettei se ollut määräävässä asemassa näillä markkinoilla, voivan johtua ainoastaan joko niiden markkinoiden rakenteen, joilla se toimi, riittämättömästä tarkastelusta tai siitä, ettei näitä rakenteita haluta ottaa huomioon (ks. vastaavasti edellä 76 kohdassa mainittu asia Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 139 kohta). Näin ollen väite, jonka mukaan Telefónica ei voinut ennakoida, että komissio määritteli markkinat eri tavalla kuin Espanjan viranomaiset, ei voi menestyä.
- 326 Edellä esitettyjen perustelujen ja sen perusteella, että edellä 110–144 kohdassa todetaan komission oikeutetusti katsoneen, että tilaajayhteydet, valtakunnallinen tukkutuote ja alueellinen tukkutuote eivät kuulu samoille tuotemerkkinoille, kantajien väitteitä, joiden mukaan ne eivät voineet Ranskan ja Yhdistyneen kuningaskunnan kansallisten sääntelyviranomaisten päätösten, joissa todettiin, että valtakunnallinen tukkutuote ja alueellinen tukkutuote eivät korvanneet toisiaan, vuoksi ennakoida

- esillä olevassa asiassa tehtäviä markkinamäärittelyjä, perusteella ei voida hyväksyä. Sama koskee kantajien väitettä, joka koskee CMT:n 6.4.2006 tekemässään päätöksessä väitetysti esittämää arviointia, jonka mukaan valtakunnallinen tukkutuote ja alueellinen tukkutuote kuuluivat samoille merkityksellisille markkinoille, ja joka on lisäksi nimenomaisesti hylätty edellä 142 kohdassa.
- 327 Toiseksi on hylättävä myös kantajien väite, jonka mukaan toisin kuin riidanalaisen päätöksen 724 perustelukappaleessa esitetään, Telefónicalla ei ollut riittävää liikkumavaraa vahvistaa hintojaan alakohtaisen sääntelyn vuoksi.
- 328 On huomautettava, että EY 82 artikla koskee ainoastaan yritysten omasta aloitteestaan toteuttamia kilpailunrajoituksia. Jos kilpailua rajoittavan menettelyn käytöstä säädetään kansallisessa lainsäädännössä tai lainsäädännössä luodaan sellaiset oikeudelliset puitteet, jotka itsessään poistavat mahdollisuuden yritysten väliseen kilpailuun, EY 82 artiklaa ei sovelleta. Tällaisessa tilanteessa kilpailunrajoitus ei johdu – kuten tässä määräyksessä edellytetään – yritysten itsenäisestä menettelystä (ks. edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, 49 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 329 EY 82 artiklaa voidaan sitä vastoin soveltaa, jos osoittautuu, että kansallisen lainsäädännön perusteella on mahdollista, että yritykset estävät, rajoittavat tai vääristävät kilpailua itsenäisellä menettelyllään (ks. edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, 50 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 330 Unionin tuomioistuin on täsmentänyt, että tällaisesta lainsäädännöstä huolimatta on niin, että jos vertikaalisesti integroituneella määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on liikkumavaraa muuttua hintojaan, vaikka kyse olisi vain vähittäishinnoista, sen voidaan pelkästään tämän perusteella katsoa olevan vastuussa hintaruuvista (edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomion 85 kohta ja edellä 146 kohdassa mainittu asia TeliaSonera, 51 kohta).
- 331 Esillä olevassa asiassa on aluksi todettava, että kantajat eivät kiistä riidanalaisen päätöksen 109, 110 ja 671 perustelukappaleessa valtakunnallisesta tukkutuotteesta esitettyä toteamusta, jonka mukaan yhtäältä valtakunnallisen tukkutuotteen hintoja ei ole koskaan säännöstelty rikkomisajanjakson aikana ja toisaalta Telefónicalla on syyskuusta 2001 lähtien ollut vapaus alentaa niitä.
- 332 Alueellisen tukkutuotteen osalta kantajat väittävät, että CMT:n ”retail minus” -mekanismin mukaisesti vahvistamat hinnat olivat tosiasiallisesti kiinteitä hintoja ainakin maaliskuun 2004 ja joulukuun 2006 välisenä aikana.
- 333 On huomautettava, että kuten riidanalaisen päätöksen 113 perustelukappaleesta ilmenee, Espanjan pääministerin viraston (ministerio de la Presidencia) 29.12.2000 antamalla määräyksellä vahvistettiin alueellisen tukkutuotteen enimmäishinnat. Kuten asian asiakirja-aineistosta ilmenee, CMT vahvisti 2.2.2005 päivätyllä kirjeellä nimenomaisesti, että alueellisen tukkutuotteen hinnat olivat enimmäishintoja ja että Telefónica oli vapaa pyytämään hintojensa alentamista (ks. myös riidanalaisen päätöksen 116–118 ja 673 perustelukappale).
- 334 Tältä osin kantajien väite, joka koskee yhtäältä CMT:n 31.3.2004 tekemää päätöstä, jossa CMT väitetysti totesi olevan kohtuullista, että alueellisen tukkutuotteen hinta voi edesauttaa kaapelioperaattoreiden investointien jatkumista ja että alueellisen tukkutuotteen hinta olisi vahvistettava ”retail minus” -mekanismin mukaisesti lasketun absoluuttisen määrän perusteella, eikä ”CMT ole koskaan hyväksynyt alueellisen [tukku]tuotteen hinnan alentamista, koska se olisi vaarantanut kaapelitoiminnan kannattavuuden”, ja toisaalta CMT:n 29.4.2002 ja 22.7.2004 tekemiä päätöksiä, joissa CMT väitetysti totesi vastustavansa suuria tukkuhintojen alennuksia sen välttämiseksi, että investoinnit infrastruktuuriin ja kehitykseen tehdään vähemmän houkutteleviksi, perustuu hypoteettiseen oletamaan, jonka mukaan CMT ei olisi koskaan hyväksynyt tukkuhintojen alentamista. Se on näin ollen hylättävä.

- 335 Joka tapauksessa tällaista väitettä vastaan puhuu se, että CMT alensin omasta aloitteestaan alueellisen tukku tuotteen hintoja 22.7.2004 tekemällään päätöksellä (TESAU:n tilaajayhteyksien tarjonnan (OBA) muuttamispyynnöstä sen mukauttamiseksi ADSL-nopeuksien muuttamiseen vähittäistasolla 22.7.2004 tehty CMT:n päätös) ja 19.5.2005 tekemällään päätöksellä (TESAU:n tilaajayhteyksien tarjonnan (OBA) muuttamispyynnöstä sen mukauttamiseksi ADSL-nopeuksien nostamiseen vähittäistasolla 19.5.2005 tehty CMT:n päätös), vaikka Telefónica ei ollut ehdottanut mitään hintojen muutosta. Kantajien vastauskirjelmässään esittämä väite, jonka mukaan kyseiset päätökset osoittavat, että alueellisen tukku tuotteen hintojen alentaminen edellyttää CMT:n toimia eikä Telefónica voi päättää siitä vapaasti, on myös hylättävä, koska Telefónicalla oli osana alueellisen tukku tuotteen markkinoilla määräävässä asemassa olevan yrityksen erityisiä velvollisuuksia myös velvollisuus esittää CMT:lle tariffiensa hakemuksia tariffiensa muuttamisesta silloin, kun ne haittasivat todellista ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla (ks. vastaavasti edellä 69 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 10.4.2008, 122 kohta).
- 336 Telefónican vähittäishinnoista on todettava komission tapaan, että kantajat eivät kiistä komission riidanalaisen päätöksen 724 perustelukappaleessa esittämää toteamusta, jonka mukaan Telefónica saattoi vapaasti korottaa vähittäishintojaan milloin tahansa. Ne eivät kiistä myöskään riidanalaisen päätöksen 104–108 perustelukappaleessa esitettyjä toteamuksia, joiden mukaan on niin, että vaikka TESAU:n vähittäishinnat olivat Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicosin (Espanjan talousasiain komitea, jäljempänä CDGAE) hallinnollisen lupajärjestelmän kohteena 3.8.2001–1.11.2003, Telefónican muiden tytäryhtiöiden vähittäishintoja ei säännöstelty, joiden mukaan CDGAE:n 3.8.2001 kiinteiksi hinnoiksi hyväksymiä vähittäishintoja ehdotti TESAU ja joiden mukaan TESAU:n ADSL-yhteyspalvelujen vähittäishinnat vapautettiin CDGAE:n 25.9.2003 tekemällä päätöksellä, jolla lopetettiin TESAU:n ADSL-yhteyspalvelujen vähittäishintojen hallinnollinen lupajärjestelmä, mutta pidettiin ennallaan TESAU:n velvollisuus ilmoittaa vähittäishintojen muutoksista kymmenen päivää ennen niiden käyttöönottoa markkinoilla. Näin ollen on katsottava, että Telefónicalla oli mahdollisuus korottaa vähittäishintojaan, mitä se ei ollut tehnyt.
- 337 Kantajat väittävät tästä, että komission perustelut ovat ristiriitaiset, koska komissio ei voinut yhtäältä moittia Telefónicaa hintaruuvikäytäntöjen toteuttamisesta, mikä oli johtanut Espanjassa paljon korkeampiin vähittäishintoihin kuin muissa Euroopan maissa, ja toisaalta siitä, että se ei ollut nostanut vähittäishintojaan välttääkseen hintaruuvien. Tällainen väite on hylättävä. Unionin oikeuskäytännössä on nimittäin jo aiemmin todettu, että saattoi olla tarpeellista korottaa vähittäistuotteiden hintoja hintaruuvivaikutuksen välttämiseksi (edellä 69 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 10.4.2008, 141–151 kohta; ks. myös edellä 170 kohdassa mainittu asia Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010, 88 ja 89 kohta).
- 338 Kolmanneksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan Telefónica ei voinut kohtuudella ennakoida, että sen hintapolitiikka, jonka CMT oli aiemmin hyväksynyt, voisi merkitä EY 82 artiklan rikkomista.
- 339 Aluksi on huomautettava, ettei sillä seikalla, että riidanalainen päätös koskee säänneltyjä tavaroita ja palveluja, ole merkitystä. Kilpailuoikeutta sovelletaan nimittäin säännellyillä aloilla, ellei nimenomaista tätä koskevaa poikkeusta ole (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, Suiker Unie ym., v. komissio, tuomio 16.12.1975, Kok., s. 1663, 65–72 kohta ja asia 66/86, Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro, tuomio 11.4.1989, Kok., s. 803). Lisäksi kilpailusääntöjen soveltaminen ei ole poissuljettua, jos kyseinen alakohtainen sääntely jättää mahdolliseksi sen, että yritykset estävät, rajoittavat tai vääristävät kilpailua itsenäisellä menettelyllään (ks. yhdistetyt asiat C-359/95 P ja C-379/95 P, komissio ja Ranska v. Ladbroke Racing, tuomio 11.11.1997, Kok., s. I-6265, 33 ja 34 oikeuskäytäntöviittauksineen), kuten esillä olevassa asiassa (ks. edellä 327–337 kohta).
- 340 Kuten edellä 299 kohdassa todetaan, Telefónican olisi siis pitänyt tietää, että Espanjan televiestintäsääntelyn noudattaminen ei suojellut sitä siltä, että komissio toimii EY 82 artiklan perusteella.

- 341 Tämän jälkeen on todettava, että vaikka CMT arvioi 26.7.2001 tekemässään päätöksessä, että Telefónican alueellisen tukkutuotteen hinnat vahvistettiin ns. retail minus -hintajärjestelmän perusteella, jonka mukaan alueellisen tukkutuotteen yhdenkään toiminnon hinta ei ole korkeampi kuin tietty, TESAU:n vähittäishintaa vastaava prosenttiosuus kuukausimaksusta (riidanalaisen päätöksen 114 ja 290 perustelukappale ja alaviite 258), kantajat eivät kiistä sitä, ettei CMT ole arvioinut hintaruuvien olemassaoloa Telefónican alueellisen tukkutuotteen ja sen vähittäistuotteiden välillä Telefónican todellisten aiempien kustannusten vaan etukäteisarvioiden perusteella. Ne eivät kiistä myöskään sitä, ettei CMT koskaan arvioinut mahdollista hintaruuvien olemassaoloa Telefónican valtakunnallisen tukkutuotteen ja sen vähittäistuotteiden välillä. Kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 725–728 perustelukappaleessa, Telefónican, jolla oli yksityiskohtaisia tietoja todellisista kustannuksistaan ja tuloistaan, olisi pitänyt tietää, ettei CMT:n etukäteen tekemiä arvioita ollut vahvistettu todellisella markkinakehityksellä, jota CMT saattoi tarkkailla.
- 342 Edellä esitetyn perusteella on hylättävä kantajien kaikki väitteet, joilla pyritään osoittamaan, ettei Telefónica voinut kohtuudella ennakoida toimintansa kilpailua rajoittavaa luonnetta.
- 343 Toiseksi kantajat väittävät, että Telefónicalla oli perusteltu oikeus luottaa CMT:n toimiin ja päätöksiin. Ne väittävät myös, että jälkikäteen todettujen todellisten kustannusten ja CMT:n hintaruuvien olemassaoloa koskevassa etukätestarkastelussaan käyttämien arvioiden väliset erot, joita komissio korosti riidanalaisen päätöksen 728 ja 729 perustelukappaleessa (ks. myös riidanalaisen päätöksen taulukko 59), eivät olleet riittävän selviä, jotta Telefónica olisi epäillyt CMT:n toimia.
- 344 On hylättävä kantajien väite, jonka mukaan Telefónica ei voinut kyseenalaistaa CMT:n hintaruuvien olemassaolon toteamiseksi käyttämän menetelmän pätevyyttä eikä CMT:n tietojensaantipyynnöiden merkityksellisyyttä, kun otetaan huomioon se, ettei komissio puuttunut Espanjan sääntelijän toimintaan.
- 345 Tällainen väite perustuu nimittäin virheelliseen oletukseen, jonka mukaan komissio olisi katsonut, että CMT:n hintaruuvien olemassaolon toteamiseksi käyttämä menetelmä ei ollut asianmukainen, koska riidanalainen päätös ei koske CMT:n sääntelytoimintaa. Päinvastoin kuten komissio korosti riidanalaisen päätöksen 733 perustelukappaleessa, riidanalaisessa päätöksessä hintaruuvien olemassaolon toteamiseksi käytetty menetelmä ei ole ristiriidassa CMT:n käyttämän retail minus -menetelmän kanssa.
- 346 Se, ettei komissio puuttunut Espanjan sääntelyviranomaisen toimiin, ei siis voinut luoda Telefónicalle perusteltua luottamusta siihen, ettei se rikkonut EY 82 artiklaa.
- 347 Väitteestä, jonka mukaan CMT:n toiminnan vuoksi Telefónicalla saattoi olla perusteltu luottamus siihen, että sen tukkuhintojen ja vähittäishintojen suhde ei aiheuttanut hintaruuvivaikutusta, on aluksi todettava, etteivät kantajat kiistä riidanalaisen päätöksen 726 perustelukappaleessa esitettyjä toteamuksia, joiden mukaan yhtäältä CMT ei koskaan arvioinut hintaruuvien olemassaoloa Telefónican valtakunnallisen tukkutuotteen ja vähittäistuotteen välillä kyseessä olevalla ajanjaksolla ja toisaalta valtakunnallisen tukkutuotteen merkitys oli suurempi kuin alueellisen tukkutuotteen merkitys kyseisellä ajanjaksolla.
- 348 Tämän jälkeen alueellisesta tukkutuotteesta on todettava, että vaikka CMT arvioi hintaruuvivaikutusta, joka johtui Telefónican alueellisen tukkutuotteen hinnoista, useassa rikkomisajanjaksolla tehdyssä päätöksessä, se ei koskaan arvioinut tällaisen vaikutuksen olemassaoloa Telefónican todellisten aiempien kustannusten perusteella.
- 349 Tässä yhteydessä on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan jälkikäteen todettujen todellisten kustannusten ja CMT:n käyttämien etukäteisarvioiden väliset erot eivät olleet riittävän selviä, jotta Telefónica olisi alkanut epäillä CMT:n toimien pätevyyttä. Väitteen tueksi kantajat nimittäin toteavat kannekirjelmässään, että Telefónican CMT:lle toimittamien tietojen ja sen liiketoimintasuunnitelmien

tai seurantataulujen sisältämien tietojen väitetyt epäjohtonmukaisuudet johtuivat siitä, että komissio oli tulkinnut väärin sille toimitettuja kysyntäennusteita koskevia tietoja, jotka liittyvät [*luottamuksellinen tieto*] ADSL-linjan verkon kustannuksiin. Vaikka oletettaisiin, että väite pitäisi paikkansa, pelkästään sillä ei voida kyseenalaistaa kaikkia riidanalaisen päätöksen taulukossa 59 esitettyjä todisteita, joilla osoitetaan, ettei Telefónica voinut olla tietämättä sitä, etteivät CMT:n retail minus -mallissa käytetyt kustannukset vastanneet todellisuutta. Päinvastoin kantajien muut väitteet, joiden mukaan yhtäältä konsultti ARCOME ei käyttänyt Telefónican toimittamia tietoja, vaan käytti viitteenä retail minus -mallia laatiessaan yli [*luottamuksellinen tieto*] ADSL-linjan verkkoa, ja toisaalta CMT ei käyttänyt Telefónican kustannuskirjanpitoa siitä syystä, ettei se pitänyt sitä tarpeeksi yksityiskohtaisesti laadittuna, vahvistavat sen, että Telefónica tiesi tai sen piti tietää, etteivät CMT:n retail minus -mallissa käytetyt kustannukset vastanneet todellisia kustannuksia.

- 350 Lisäksi on hylättävä kantajien väitteet, joiden mukaan liiketoimintasuunnitelmista tai seurantatauluista ei ilmene, että Telefónica olisi kärsinyt tappioita vähittäismarkkinoilla. Ensimmäiseksi kantajat väittävät, että [*luottamuksellinen tieto*]. Tällaista väitettä ei ole kuitenkaan perusteltu mitenkään. Toiseksi kantajat väittävät, ettei 18.4.2002 laaditusta liiketoimintasuunnitelmasta voida tehdä tällaista päätelmää, koska [*luottamuksellinen tieto*]. Tässä asiakirjassa esitetyistä ennusteista ilmenee kuitenkin, että [*luottamuksellinen tieto*]. Niiden väite ei näin ollen voi menestyä. Kolmanneksi kantajat itse väittävät, että Telefónican seurantataulukoiden avulla, jotka sisältävät kuukausittaisia tulo- ja menotietoja, on mahdollista taata liiketoimintasuunnitelman asianmukainen toteuttaminen ja toiminnan kehittyminen. Koska liiketoimintasuunnitelmassa todettiin, että [*luottamuksellinen tieto*], kantajien oli varmistettava, että [*luottamuksellinen tieto*].
- 351 Kuten komissio toteaa, Telefónica ei kiistä sitä, että infrastruktuurin, verkon ja yhteyksien todelliset lisäkustannukset olivat paljon suuremmat kuin CMT:n retail minus -mallissa esitetyt lisäkustannukset. Koska nämä todelliset kustannukset oli esitetty Telefónican eri sisäisissä asiakirjoissa, tämän olisi pitänyt tietää, että CMT:n mallissa aliarvioidaan sen todelliset kustannukset.
- 352 Edellä esitetyn perusteella on todettava, että CMT:n toimet ja päätökset eivät ole voineet luoda kantajille perusteltua luottamusta siihen, että sen hinnoittelukäytännöt olivat EY 82 artiklan mukaisia. Tämän vuoksi on hylättävä ensimmäinen kanneperuste, jonka mukaan kilpailusääntöjä ei ole rikottu tahallisesti tai tuottamuksellisesti.
- 353 Toiseksi kantajat arvostelevat sitä, että komissio ei riidanalaisessa päätöksessä ilmoittanut mitään aineellista tai oikeudellista perustelua, jonka perusteella olisi mahdollista todeta, että rikkominen merkitsee ”selvää väärinkäyttöä”, jota on tapahtunut jo aiemmin (riidanalaisen päätöksen 731–736 perustelukappale).
- 354 Aluksi on korostettava, että kuten edellä 319–352 perustelukappaleesta seuraa, komissio katsoi oikeutetusti, että riidanalaisessa päätöksessä todettu rikkominen oli toteutettu tahallisesti tai tuottamuksellisesti. Kuten edellä 319 kohdassa muistutetaan, tällaisen rikkomisen seuraamukseksi voidaan määrätä asetuksen N:o 17/15 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan ja 1.5.2004 lähtien asetuksen N:o 1/2003/23 artiklan 2 kohdan nojalla sakko.
- 355 Kyseisessä kanneperusteessa kantajat väittävät kuitenkin, että oikeusvarmuuden periaatteen vastaista on se, että komissio määrää sakon kilpailua rajoittavasta toiminnasta, jos tämän toiminnan lainvastaisuus ei ilmene selvistä ja ennakoitavista aiemmista tapauksista. Kantajat katsovat tästä, että riidanalaisen päätöksen 731–736 perustelukappaleessa esitettyjä komission perusteluita rasittavat virheet tosiseikkojen arvioinnissa.
- 356 Ensimmäiseksi kantajat väittävät, että esillä olevassa asiassa Telefónican syyksi luettu hintaruuvi ei perustunut selviin aiempiin tapauksiin.

- 357 Aluksi on hylättävä kantajien väite, joka koskee komission päätöskäytäntöä, jonka mukaan sakon määräämättä jättämistä voidaan perustella sillä, ettei toiminnan lainvastaisuudesta ole selvää aiempaa tapausta. Tältä osin on huomautettava, että komission päätöksellä olla määräämättä sakkoa tietyissä päätöksissä sillä perusteella, että todetut rikkomiset olivat luonteeltaan melko uusia, ei myönnetä ”immunitteettia” sakoista yrityksille, jotka myöhemmin syyllistyvät samantyyppisiin kilpailusääntöjen rikkomisiin. Komissiolla on nimittäin harkintavaltaa päättää kunkin tapauksen erityisten seikkojen perusteella siitä, onko sen toteaman rikkomisen seuraamukseksi ja kilpailuoikeuden tehokkaan vaikutuksen säilyttämiseksi tarpeen määrätä sakkoja (yhdistetyt asiat T-213/95 ja T-18/96, SCK ja FNK v. komissio, tuomio 22.10.1997, Kok., s. II-1739, 239 kohta).
- 358 Tämän jälkeen on hylättävä väite, jonka mukaan komission perusteluissa oli ristiriita yhtäältä sen riidanalaisen päätöksen 733 perustelukappaleessa esitetyn väitteen, jonka mukaan hintaruuvien laskenta esillä olevassa asiassa perustuu selvästi ennen Deutsche Telekom -päätöstä tehtyihin päätöksiin ja kyseistä päätöstä aikaisempaan oikeuskäytäntöön, ja sen riidanalaisen päätöksen 744 perustelukappaleessa esitetyn väitteen välillä, jonka mukaan Deutsche Telekom -päätöksessä sovellettu laskentamenetelmää ei ollut käytetty aiemmin missään komission lopullisessa päätöksessä.
- 359 Komissio väittää oikeutetusti, että Deutsche Telekom -päätöksen 206 perustelukappaleesta ilmenee, että kyseisessä päätöksessä käytetty laskentamenetelmä, johon riidanalaisen päätöksen 744 perustelukappaleessa viitataan, perustuu sen aiempaan päätöskäytäntöön, vaikka siihen sisältyi uusi tekijä eli painotettu lähestymistapa. Kyseisessä perustelukappaleessa todetaan, että ”kustannusten ja hintojen epäsuhtaa koskeva testi on osa komission vahvistettua päätöksentekokäytäntöä ja uutena näkökohtana siihen liittyy painotettu lähestymistapa. Sen soveltaminen oli tässä tapauksessa tarpeen, jotta voitiin ottaa huomioon se tosiasia, että Saksassa oli vahvistettu yksi ainoa tilaajayhteysjohdon eriytetystä käyttöoikeudesta perittävä televerkkopalvelumaksu, kun taas vastaavien vähittäispalvelujen hinnat vaihtelivat sen mukaan, oliko kyse analogisesta liittymästä, ISDN-liittymästä vai ADSL-liittymästä”.
- 360 Lisäksi kantajien väitteestä, jonka mukaan komission riidanalaisen päätöksen 733 perustelukappaleessa mainitsemat aiemmat päätökset olivat liian yleisiä ja epätäsmällisiä, jotta Telefónica olisi voinut ennakoita, että sen toiminta saattoi olla lainvastaista, on todettava riippumatta siitä, onko edellä 186 kohdassa mainitussa asiassa Industrie des poudres sphériques vastaan komissio annettu tuomio merkityksellinen esillä olevassa asiassa, että komissio oli jo [EY 82] artiklan soveltamisesta 18.7.1988 tekemänsä päätöksen 88/518/ETY (IV/30.178 – Napier Brown – British Sugar) (EYVL L 284, s. 41) 66 perustelukappaleessa katsonut, että ”se, että määräävässä asemassa oleva yritys, joka on määräävässä asemassa sekä raaka-ainemarkkinoilla että lopputuotemarkkinoilla, soveltaa sen hinnan, jonka se laskuttaa sen kanssa lopputuotemarkkinoilla kilpailevilta yrityksiltä raaka-aineista, ja sen hinnan, jonka se laskuttaa lopputuotteesta, välillä liian pientä marginaalia, jotta se voisi kuvastaa määräävässä asemassa olevan yrityksen omia jalostuskustannuksia – –, sillä tuloksella, että kilpailu lopputuotteesta rajoittuu, merkitsee määräävän aseman väärinkäyttöä”.
- 361 Kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 735 perustelukappaleessa, Deutsche Telekom -päätös oli myös aiempi päätös, jossa selvennetään EY 82 artiklan soveltamisedellytyksiä erityisen alakohtaisen etukäteissääntelyn kohteena olevan taloudellisen toiminnan suhteen. Kantajien väitteitä, joilla pyritään osoittamaan, että Telefónica ei tämän päätöksen perusteella voinut määrittää täsmällisesti niitä olosuhteita, joissa komissio ja unionin tuomioistuimet saattaisivat todeta, että marginaalien puristaminen merkitsee EY 82 artiklan rikkomista, ei tältä osin voida hyväksyä. Ensimmäiseksi on hylättävä väite, jonka mukaan Deutsche Telekom -päätöksestä oli vireillä kanne unionin tuomioistuimessa, koska unionin toimielinten toimien laillisuusolettama merkitsee sitä, että niillä on oikeusvaikutuksia niin kauan kuin niitä ei ole peruutettu, kumottu kumoamiskanteen johdosta tai todettu pätemättömiksi ennakkoratkaisupyynnön tai lainvastaisuusväitteen seurauksena (ks. asia C-475/01, komissio v. Kreikka, tuomio 5.10.2004, Kok., s. I-8923, 18 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Toiseksi tuotemarkkinoiden määrittelyn ennakoitavuuden puute on hylättävä edellä 323 perustelukappaleessa esitetyillä perusteilla. Kolmanneksi väitteestä, jonka mukaan

markkinat kasvoivat voimakkaasti, on riittävää todeta, että tämän seikan perusteella ei voida sulkea pois kilpailusääntöjen ja muun muassa EY 82 artiklan soveltamista (edellä 60 kohdassa mainittu asia France Télécom v. komissio, tuomio 30.1.2007, 107 kohta). Neljänneksi siitä, että esillä oleva asia koskee väitetyksi tuotantotekijää, joka ei ole välttämätön, on riittävää huomauttaa, että hintaruuvivaikutuksen toteaminen ei edellytä sitä, että kyseessä oleva tukkuotuote olisi välttämätön (ks. edellä 180–182 kohta). Viidenneksi myöskään Espanjan alakohtaisen valvonnan ankaruutta koskevaa väitettä ei voida hyväksyä edellä 339–342 kohdassa esitetystä syistä.

362 Tästä seuraa, että Telefónican olisi pitänyt tietää, että sen toiminta saattoi rajoittaa kilpailua. Kantajat eivät voi myöskään väittää, että niillä ei olisi väitetiedoksiannon jälkeenkään ollut mahdollisuutta ennakoida komission riidanalaisessa päätöksessä käyttämää kustannusten ja tulojen mallia siitä syystä, että perustuu lisätodisteisiin, joita ei mainittu väitetiedoksiannossa eikä tosiseikkoja koskevassa kirjeessä. Kuten kantajien ensisijaisten vaatimusten ensimmäisen kanneperusteen tutkinnan yhteydessä jo todettiin, niiden puolustautumisoikeuksia ei ole todettu loukatun.

363 Toiseksi kantajat väittävät, että Telefónica ei olisi ennen lokakuuta 2003, jolloin Deutsche Telekom -päätös julkaistiin, eikä sen jälkeen voinut ennakoida komission päätöksessään hintaruuvien määrittämiseksi käyttämää uutta menetelmää.

364 Tässä yhteydessä on ensinnäkin hylättävä kantajien väitteet, joiden mukaan Telefónica ei voinut ennakoida komission riidanalaisessa päätöksessä käyttämiä lähteitä, menetelmää ja laskelmia. Hintaruuvien laskennassa käytettiin nimittäin lähteenä Telefónican aiempia tuloja ja menoja, jotka olivat peräisin kantajilta itseltään. Lisäksi kun otetaan huomioon edellä 360 ja 361 kohdassa mainitut aiemmat päätökset, Telefónica saattoi kohtuudella ennakoida, että sen toiminta markkinoilla voi rajoittaa kilpailua.

365 Toiseksi väite, jonka mukaan Telefónica ei voinut ennakoida komission riidanalaisessa päätöksessä esittämää merkityksellisten markkinoiden määritelmää, on hylätty jo edellä 323–326 kohdassa.

366 Kolmanneksi väitteestä, jonka mukaan hintaruuvien arviointiperusteita sovellettiin riidanalaisessa päätöksessä ensimmäistä kertaa voimakkaasti kasvaviin markkinoihin, on todettava, että edellä 361 kohdassa huomautetaan, ettei sen seikan perusteella, että markkinat kasvavat voimakkaasti, voida sulkea pois kilpailusääntöjen soveltamista.

367 Neljänneksi väitteet, joiden mukaan hintaruuvien arviointiperusteita sovellettaessa on osoitettava aiemman myyntiportaan tuotteen välttämättömyys, on hylätty edellä 182 kohdassa.

368 Viidenneksi on todettava, että kantajien väitteellä, jonka mukaan Espanjan sääntely oli kilpailusääntöjen rikkomisajanjaksolla tiukempaa kuin Deutsche Telekom -päätöksessä tarkasteltu sääntely, ei ole merkitystä eikä se missään tapauksessa ole perusteltu, kuten riidanalaisen päätöksen 748 perustelukappaleesta ilmenee.

369 Ensimmäisen kanneperusteen toinen väite sekä tämä kanneperuste kokonaisuudessaan on näin ollen hylättävä.

b) Toinen kanneperuste, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä sekä suhteellisuusperiaatteen, yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevan periaatteen loukkaamista ja perusteluvelvollisuuden laiminlyöntiä sakon määrän määrittämisessä

370 Toinen kanneperuste jakautuu viiteen osaan. Ensimmäinen osa koskee sitä, että kun rikkomista on pidetty ”erittäin vakavana” ja sakon laskentapohjaksi on vahvistettu 90 miljoonaa euroa, on tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä sekä perusteluvelvollisuus on laiminlyöty. Toinen osa koskee sitä, että kun sakon laskentapohjaksi on vahvistettu 90 miljoonaa euroa,

suhteellisuusperiaatetta, yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevaa periaatetta on loukattu ja perusteluvollisuus laiminlyöty. Kolmas osa koskee sitä, että kun sakon laskentapohjaa on korotettu ehkäisevän vaikutuksen takaamiseksi, on tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä sekä laiminlyöty perusteluvollisuus. Neljäs osa koskee sitä, että kun rikkomista on pidetty ”pitkäkestoisena”, on tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä. Viidennen osan mukaan lieventäviä olosuhteita huomioon otettaessa on tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä.

Toisen kanneperusteen ensimmäinen osa, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä sekä perusteluvollisuuden laiminlyöntiä, kun rikkomista pidettiin ”erittäin vakavana” ja sakon laskentapohjaksi vahvistettiin 90 miljoonaa euroa

- 371 Toissijaisten vaatimustensa toisen kanneperusteen ensimmäisessä osassa kantajat riittävät riidanalaisessa päätöksessä todetun kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden ja tämän seurauksena Telefónicalle määrätyn sakon laskentapohjan määrän vahvistamisen (ks. edellä 25–29 kohta).
- 372 Aluksi on huomautettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan komissiolla on laaja harkintavalta sakkojen laskentamenetelmän osalta. Tähän menetelmään, jota rajaavat vuoden 1998 suuntaviivat, sisältyy joustavia osatekijöitä, joiden perusteella komissiolla on mahdollisuus käyttää omaa harkintavaltaansa asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdan mukaisesti (ks. vastaavasti edellä 76 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Papierfabrik August Koehler ym. v. komissio, tuomion 112 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 373 Unionin kilpailusääntöjen rikkomisten vakavuus on määritettävä erittäin monien seikkojen, kuten asian ominaispiirteiden, asiayhteyden ja sakkojen ennalta ehkäisevän vaikutuksen perusteella, mutta huomioon otettavista arviointiperusteista ei ole vahvistettu sitovaa tai tyhjentävää luetteloa (asia C-510/06, Archer Daniels Midland v. komissio, tuomio 19.3.2009, Kok., s. I-1843, 72 kohta ja edellä 83 kohdassa mainittu asia Prym ja Prym Consumer v. komissio, tuomion 54 kohta).
- 374 Kuten edellä 25 kohdassa todetaan, komissio määrittä esillä olevassa asiassa sakkojen määrän soveltaen vuoden 1998 suuntaviivoissa esitettyä menetelmää.
- 375 Vaikka suuntaviivoja ei voidakaan pitää oikeussääntöinä, joita hallinto on kaikissa tapauksissa velvollinen noudattamaan, niillä vahvistetaan kuitenkin käytännesääntöjä, joilla ilmaistaan noudatettava käytäntö ja joista hallinto ei voi yksittäistapauksessa poiketa, jollei se perustele tätä poikkeamista syillä, jotka ovat sopusuunnassa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa (ks. edellä 59 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomion 209 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja asia T-73/04, Carbone-Lorraine v. komissio, tuomio 8.10.2008, Kok., s. II-2661, 70 kohta).
- 376 Kun komissio antaa tällaisia käytännesääntöjä ja ne julkaisemalla ilmoittaa, että niitä sovelletaan tuosta hetkestä lähtien niissä tarkoitettuihin tilanteisiin, se rajoittaa oman harkintavaltansa käyttämistä eikä se voi poiketa näistä säännöistä, tai muuten sen mahdollisesti katsottaisiin loukanneen yleisiä oikeusperiaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta tai luottamuksensuojan periaatetta (ks. edellä 59 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomion 211 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja edellä 375 kohdassa mainittu asia Carbone-Lorraine v. komissio, tuomion 71 kohta).
- 377 Lisäksi vuoden 1998 suuntaviivoissa määritellään yleisesti ja abstraktisti menetelmät, jotka komissio on itselleen asettanut sakkojen määrän vahvistamiseksi ja joilla näin ollen varmistetaan yritysten oikeusvarmuus (edellä 59 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomion 211 ja 213 kohta).

- 378 On huomautettava, että rikkomisen vakavuuden arvioimisesta määrätään suuntaviivojen 1 kohdan A alakohdan ensimmäisessä ja toisessa alakohdassa seuraavaa:
- ”Rikkomuksen vakavuuden arvioinnissa on otettava huomioon sen laatu, sen todellinen vaikutus markkinoihin, jos se on mitattavissa, ja laajuus asian kannalta merkityksellisillä maantieteellisillä markkinoilla. Rikkomukset voidaan jakaa kolmeen luokkaan, nimittäin vakavaa vähäisempiin, vakaviin ja erittäin vakaviin rikkomuksiin.”
- 379 Vuoden 1998 suuntaviivoista ilmenee, että vakavaa vähäisemmät rikkomiset voivat olla esimerkiksi ”[useimmiten vertikaalisia] rajoituksia, joiden tarkoituksena on rajoittaa kauppaa, mutta joiden vaikutus markkinoihin on rajoitettu, ja jotka koskevat merkittävää mutta suhteellisen kapeaa osaa yhteismarkkinoista” (1 A kohdan toisen alakohdan ensimmäinen luetelmakohta). Vakavista rikkomisista komissio täsmentää, että ”ne ovat useimmiten vakavaa vähäisempien rikkomisten kaltaisia horisontaalisia tai vertikaalisia rajoituksia, joita sovelletaan kuitenkin ankarammin, jotka vaikuttavat markkinoihin laajemmin ja jotka voivat vaikuttaa suureen osaan yhteismarkkinoista”. Komissio toteaa lisäksi, että ”kysymyksessä voi olla myös määräävän aseman väärinkäyttö” (1 A kohdan toisen alakohdan toinen luetelmakohta). Erittäin vakavien rikkomisten osalta komissio toteaa, että kyseessä ovat ”pääasiassa hintakartellit tai markkinoiden jakaminen horisontaalisin rajoituksin tai muut menettelyt, jotka vaikuttavat sisämarkkinoiden moitteettomaan toimintaan, kuten muiden sulkeminen pois kansallisilta markkinoilta tai monopolia vastaavassa asemassa toimivien yritysten määräävän aseman väärinkäyttö” (1 A kohdan toisen alakohdan kolmas luetelmakohta).
- 380 Komissio täsmentää myös yhtäältä, että kussakin edellä mainituissa rikkomisten luokissa määrättyjen seuraamusten asteikko antaa mahdollisuuden vaihdella yritykseen sovellettavaa seuraamusta rikkomisen laadun mukaan, erityisesti vakavien ja erittäin vakavien rikkomisten luokissa, ja toisaalta, että on tarpeen ottaa huomioon kilpailusääntöjä rikkovien todellinen taloudellinen kapasiteetti aiheuttaa merkittävää vahinkoa muille talouden toimijoille ja erityisesti kuluttajille ja määrittää sakon määrä tasolle, joka on riittävän varoittava (1 A kohdan kolmas ja neljäs alakohta).
- 381 Vuoden 1998 suuntaviivojen mukaan erittäin vakavien rikkomisten osalta sakkojen laskentapohja voi olla yli 20 miljoonaa euroa, vakavien rikkomisten osalta se voi vaihdella yhden ja 20 miljoonan euron välillä ja vakavaa vähäisempien rikkomisten osalta sakkojen laskentapohja voi olla 1 000–1 000 000 euroa (1 A kohdan ensimmäinen, toinen ja kolmas alakohta).
- 382 Ensimmäiseksi on tutkittava kantajien väitteet, joilla pyritään osoittamaan, että komission ei olisi pitänyt katsoa rikkomista erittäin vakavaksi ja että näin ollen sakon laskentapohjaksi olisi pitänyt vahvistaa määrä, joka on huomattavasti alempi kuin 90 miljoonaa euroa.
- 383 Tässä yhteydessä on hylättävä ensimmäiseksi väite, jonka mukaan todettu rikkominen ei merkinnyt selvää väärinkäyttöä, edellä 353–368 kohdassa esitetyillä perusteilla.
- 384 Toiseksi kantajien niistä väitteistä, joiden mukaan Telefónica ei ollut tukkumarkkinoilla käytännössä monopolin asemassa, on todettava edellä 155 kohdassa jo huomautetun, ettei Telefónica kiistä olleensa ainoa toimija, joka tarjosi alueellista tukku tuotetta Espanjassa vuodesta 1999 lähtien ja jolla oli siis näillä markkinoilla tosiasiallinen monopoli. Lisäksi kuten edellä 163 kohdassa todetaan valtakunnallisesta tukku tuotteesta, Telefónicalla oli koko kilpailusääntöjen rikkomisajanjakson ajan yli 84 prosentin markkinaosuus. Kantajien väite, jonka mukaan monopolia vastaavan aseman olemassaolo oli poissuljettu, koska kilpailusääntöjen rikkomisen kohteena olleet tuotteet eivät olleet ”välttämättömiä infrastruktuureja” tai koska ne olivat alakohtaisen sääntelyn kohteena, ei perustu vuoden 1998 suuntaviivoihin eikä oikeuskäytäntöön, eikä sitä voida hyväksyä.

- 385 Kolmanneksi väite, jonka mukaan riidanalaisen päätöksen 744 ja 746 perustelukappale ovat ristiriitaisia (koska viimeksi mainitussa viitataan kyseisen päätöksen 733 kohtaan), on hylättävä edellä 358 ja 359 kohdassa jo esitetyistä syistä. Deutsche Telekom -päätöksessä, johon riidanalaisen päätöksen 744 perustelukappaleessa viitataan, sovellettu laskentamenetelmä perustui komission aiempaan päätöskäytäntöön, vaikka siihen sisältyikin uusi tekijä eli painotetun lähestymistavan käyttäminen.
- 386 Neljänneksi vaikka kantajat väittävät, ettei Telefónicalla sen jälkeenkään, kun Deutsche Telekom -päätös julkaistiin 14.10.2003 Euroopan unionin virallisessa lehdessä, ollut mitään syytä ajatella, että sen toiminta voisi merkitä EY 82 artiklan rikkomista, koska sen asema oli selvästi erilainen kuin kyseisessä asiassa analysoitu asema, tällaista väitettä ei voida hyväksyä edellä 361 kohdassa esitetyistä syistä. Kantajien väite, joka perustuu komission aiempaan päätöskäytäntöön ja jonka mukaan rikkominen olisi pitänyt luokitella vakavaksi ainakin ennen vuotta 2003, on hylättävä, koska kuten vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee, komission aiempi päätöskäytäntö ei ole sakkojen määrittämisen oikeudellinen kehys kilpailuoikeuden alalla, joka muodostuu yksinomaan asetuksesta N:o 17 ja 1.5.2004 lähtien asetuksesta N:o 1/2003. Muita asioita koskevat päätökset ovat luonteeltaan vain viitteellisiä syrjinnän mahdollisen olemassaolon osalta, koska on epätodennäköistä, että niihin liittyvät olosuhteet, kuten markkinat, tuotteet, maat, yritykset ja asianomaiset ajanjaksot, olisivat identtisiä (ks. asia C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals v. komissio, tuomio 7.6.2007, Kok., s. I-4405, 60 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Kantajien muut väitteet, joilla ne pyrkivät osoittamaan, ettei Telefónica voinut ennakoida, että sen toiminta saattoi merkitä EY 82 artiklan rikkomista, on hylätty edellä 322–352 kohdassa.
- 387 Edellä esitetyn perusteella kantajien ensimmäinen väite, sellaisena kuin se on esitetty edellä 382 kohdassa, ei voi menestyä.
- 388 Toiseksi kantajat väittävät, että sakan laskentapohja on liian suuri, kun otetaan huomioon se, että riidanalaisilla käytännöillä ei ollut konkreettisia vaikutuksia tai ne olivat rajallisia.
- 389 On huomautettava, että vuoden 1998 suuntaviivojen 1 kohdan A alakohdan ensimmäisen alakohdan mukaan komission on kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuutta arvioidessaan tutkittava sen todellista vaikutusta markkinoihin ainoastaan, jos se on mitattavissa (ks. vastaavasti edellä 83 kohdassa mainittu asia Prym ja Prym Consumer v. komissio, tuomion 74 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 390 Lisäksi silloin kun komissio katsoo olevan asianmukaista ottaa sakan laskemiseksi huomioon tämä valinnainen tekijä, eli kilpailusääntöjen rikkomisesta markkinoihin aiheutunut todellinen vaikutus, se ei voi tyytyä esittämään pelkkää oletamaa, vaan sen on esitettävä konkreettisia, uskottavia ja riittäviä tietoja, joiden perusteella voidaan arvioida, millainen todellinen vaikutus kilpailusääntöjen rikkomisella on saattanut olla kilpailuun mainituilla markkinoilla (edellä 83 kohdassa mainittu asia Prym ja Prym Consumer v. komissio, tuomion 82 kohta).
- 391 Esillä olevassa asiassa riidanalaisesta päätöksestä ilmenee, että komissio tarkoitti ottaa sakan laskemiseksi huomioon tämän valinnaisen tekijän, eli kilpailusääntöjen rikkomisesta markkinoihin aiheutuneen todellisen vaikutuksen, minkä komissio vahvisti nimenomaisesti istunnossa, kun siltä kysyttiin tästä. Kuten riidanalaisen päätöksen 751 ja 752 perustelukappaleesta ilmenee, komissio arvioi, että ”Telefónican väärinkäytön vaikutukset vähittäismarkkinoilla olivat merkittävät”. Komissio toteaa yhtäältä, että rikkomisen vakavuutta arvioidessaan se otti huomioon sen, että merkitykselliset markkinat olivat taloudelliselta arvoltaan huomattavat ja ne olivat ratkaisevassa roolissa tietoyhteiskunnan luomisessa, ja toisaalta viitaten riidanalaisen päätöksen väärinkäytön vaikutuksia koskevaan osaan katsoneensa, että Telefónican toimeenpanemalla oli välittömästi vähittäismarkkinoilta poissulkeva vaikutus ja että se, että Telefónican toiminta oli rajoittanut ADSL-operaattoreiden mahdollisuuksia kestäväan kasvuun vähittäismarkkinoilla, vaikutti olevan merkittävä tekijä siinä, että Espanjan vähittäishinnat olivat Euroopan korkeimpia.

- 392 Koska komissio ei tukeudu pelkästään merkityksellisten markkinoiden huomattavaan taloudelliseen arvoon ja niiden ratkaisevaan rooliin tietoyhteiskunnan luomisessa vaan myös väärinkäytön vaikutuksiin osoittaakseen riidanalaisessa päätöksessä kilpailusääntöjen rikkomisen todellisen vaikutuksen markkinoilla, käsiteltävän kanneperusteen yhteydessä on tarkasteltava kantajien ensisijaisten vaatimustensa viidennen kanneperusteen toisen osan yhteydessä esittämiä väitteitä, joilla pyritään osoittamaan, ettei komissio osoittanut oikeudellisesti riittävällä tavalla Telefónican väärinkäytön todellisia vaikutuksia.
- 393 Väitetyistä konkreettisista poissulkemisvaikutuksista vähittäismarkkinoilla komissio totesi riidanalaisessa päätöksessä, että oli olemassa empiirisiä todisteita siitä, että ensinnäkin Telefónican kasvu ylitti selvästi kilpailijoidensa kasvun (riidanalaisen päätöksen 567–570 perustelukappale), toiseksi Telefónica oli selvästi suurin ADSL-yhteyden tarjoaja vähittäistason massamarkkinoilla koko tarkastelujakson ajan (riidanalaisen päätöksen 571–573 perustelukappale), kolmanneksi Telefónica oli ADSL-alan kilpailijoistaan poiketen saanut vähittäistason laajakaistamarkkinoilta suuremman markkinaosuuden kuin sillä oli hitaiden yhteyksien palveluissa (riidanalaisen päätöksen 574–578 perustelukappale) ja neljänneksi Telefónican toiminta oli rajoittanut kilpailua valtakunnallisilla tukkumarkkinoilla (riidanalaisen päätöksen 579–584 perustelukappale). Komissio toteaa myös, ettei vähittäismarkkinoiden rajallinen kilpailu riitä kyseenalaistamaan sitä, että hintaruuvilla oli konkreettisia poissulkemisvaikutuksia (riidanalaisen päätöksen 585–591 perustelukappale).
- 394 Ensiksi kantajien mukaan Telefónican markkinaosuus vähittäismarkkinoilla oli pienentynyt tuntuvasti analysoidulla ajanjaksolla, mikä ei sovi yhteen poissuljentastrategian kehittämisen kanssa. Telefónican vähittäispalveluja koskeva asiakkaiden hankintaprosentti (riidanalaisen päätöksen 568–570 perustelukappale) oli aina alempi kuin Telefónican markkinaosuus näillä markkinoilla. Lisäksi tiedot, joihin komissio tukeutuu, koskevat ainoastaan ADSL:ää koskevaa vähittäissegmenttiä eivätkä ne koske muihin laajakaistatuotteisiin perustuvia tuotteita, jotka kuuluvat vähittäismarkkinoihin, sellaisina kuin ne määriteltiin riidanalaisessa päätöksessä.
- 395 Tästä on aluksi todettava, että kantajat eivät riitautta komission riidanalaisen päätöksen 568–570 perustelukappaleessa esittämiä tietoja. Niiden mukaan Telefónica kehittyi vähittäismarkkinoilla neljä kertaa nopeammin kuin kaikki sen ADSL-kilpailijat yhteensä ja kuusi ja neljätoista kertaa nopeammin kuin sen kaksi pääasiallista kilpailijaa tammikuun 2002 ja lokakuun 2004 välisenä aikana. Lisäksi vuoden 2004 viimeisen neljänneksen ja vuoden 2005 ensimmäisen neljänneksen aikana Telefónica sai osakseen lähes 70 prosenttia ADSL-markkinoiden kasvusta. Lopuksi on todettava, että kilpailijoiden tilaajayhteyksien eriyettyyn tarjontaa perustuvien vähittäistarjousten asteittainen vahvistuminen ei estänyt Telefónicaa saamasta yli 70 prosenttia ADSL-segmentin uusista asiakkaista huhtikuun 2005 ja heinäkuun 2006 välisenä aikana.
- 396 Toisin kuin kantajat väittävät, on korostettava, että Telefónican markkinaosuus vähittäismarkkinoiden ADSL-segmentillä pysyi suhteellisen vakaana kilpailusääntöjen rikkomisajanjakson ajan (riidanalaisen päätöksen taulukko 13) muuttuen sen jälkeen, kun se aleni [luottamuksellinen tieto] joulukuun 2001 ja heinäkuun 2002 välisenä aikana 58 prosentista heinäkuussa 2002 (eli ainoastaan kuusi kuukautta rikkomisajanjakson alusta lähtien) 56 prosenttiin joulukuussa 2006. Kantajat eivät näin ollen voi väittää, että niiden markkinaosuus vähittäismarkkinoiden ADSL-segmentillä olisi pienentynyt tuntuvasti.
- 397 Toisin kuin kantajat väittävät, komissiota ei voida arvostella siitä, että se analysoi tarkemmin hintaruuvien vaikutuksia vähittäismarkkinoiden ADSL-segmentillä. Tämä segmentti kattoi 72–78,7 prosenttia Espanjan laajakaistayhteyksistä vuosien 2002 ja 2006 välisenä aikana (riidanalaisen päätöksen 39 ja 555 perustelukappale ja taulukko 1). Lisäksi hintaruuvi kohdistui suoraan ADSL-segmenttiin, sillä hintaruuvia käytettiin valtakunnalliseen ja alueelliseen tukkutuotteeseen, joiden avulla vaihtoehtoiset ADSL-operaattorit saattoivat tarjota tuotteitaan vähittäismarkkinoilla.

- 398 Kuten edellä 281 kohdassa jo todettiin, komissio otti huomioon kaapelioperaattoreiden olemassaolon. Se katsoi, ettei hintaruuvi vaikuttanut niihin suoraan eivätkä ne aiheuttaneet riittävästi kilpailupainetta Telefónicaan vähittäismarkkinoilla (riidanalaisen päätöksen 559 ja 560 perustelukappale).
- 399 Toiseksi kantajat väittävät, että komissio ei perustellut väitettään, jonka mukaan hintaruuvi kuristi taloudellisesti Telefónicaan kilpailijat (riidanalaisen päätöksen 587–591 perustelukappale). Väitteellä pyrittiin kuitenkin ainoastaan kiistämään Telefónicaan väitetiedoksiintoon antamassaan vastauksessa esittämä väite, jonka mukaan sen piti vastata lukuisten tehokkaiden kilpailijoiden intensiiviseen kilpailuun (riidanalaisen päätöksen 585 perustelukappale), mikä sen mukaan kyseenalaisti sen, että hintaruuvilla olisi ollut konkreettisia poissulkemisvaikutuksia. Koska kantajat eivät kiistä riidanalaisen päätöksen 588 perustelukappaleessa esitettyä toteamusta, jonka mukaan yhdenkään ADSL-operaattorin markkinaosuus ei ollut suurempi kuin yksi prosentti ennen vuotta 2005, niiden väite ei voi kuitenkaan menestyä. Lisäksi toisin kuin kantajat väittävät ja kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 590 perustelukappaleessa, Jazztel ei ollut kyennyt saamaan yli yhden prosentin markkinaosuutta Telefónicaan valtakunnallisen ja alueellisen tukkutuotteen avulla. Lopuksi kantajien väitteestä, jonka mukaan se, että toiset operaattorit ostivat useita vaihtoehtoisia operaattoreita korkeaan hintaan, heijastelee vaihtoehtoisten operaattoreiden suuria kasvunäkymiä, on todettava, ettei se osoita, ettei Telefónicaan toiminnalla olisi ollut poissulkemisvaikutuksia rikkomisajanjakson aikana. Lisäksi kauppa, jossa France Telecom osti Ya.comin ja johon kantajat viittaavat nimenomaisesti, tapahtui kesäkuussa 2007. Se tapahtui siis rikkomisajanjakson jälkeen.
- 400 Kolmanneksi kantajat väittävät, että komissio otti huomioon vääristyneellä tavalla tiedot sekä kasvuprosentit vähittäismarkkinoilla osoittaakseen, että Telefónicaan toiminnan vaikutuksena oli kilpailun rajoittuminen tukkumarkkinoilla (riidanalaisen päätöksen 579–584 perustelukappale). Kantajat, joilta kysyttiin istunnossa väitteensä merkityksestä ja sisällöstä, vahvistivat, ettei se koske kasvuprosentteja vähittäismarkkinoilla. Sen sijaan komissio viittaa niiden mukaan tukkulinjojen kasvuprosentteihin ottamatta huomioon omaa käyttöä, jota tapahtuu useilla vertikaalisesti integroituneilla operaattoreilla. Kyseistä perustelematonta väitettä ei kuitenkaan voida hyväksyä, koska riidanalaisen päätöksen alaviitteestä nro 654, joka liittyy riidanalaisen päätöksen 579 perustelukappaleessa esitettyyn taulukkoon 18, ilmenee, että ”nettotuotot lasketaan linjojen määrän kehityksen perusteella (mukaan lukien oma käyttö)”. Komissio otti näin ollen tosiasiallisesti huomioon oman käytön.
- 401 Joka tapauksessa on todettava, että huolimatta siitä, että Telefónica menetti jonkin verran valtakunnallisen tukkutuotteen markkinaosuuttaan (riidanalaisen päätöksen taulukko 18), kantajat eivät kiistä komission toteamuksia, joiden mukaan Telefónicaan valtakunnallisen tukkutuotteen kasvu oli tammikuun 2002 ja lokakuun 2004 välisenä aikana kuusi kertaa nopeampi kuin sen ADSL-kilpailijoiden kasvu yhteensä, kymmenen kertaa nopeampi kuin sen pääasiallisen ADSL-kilpailijan, ONO:n, ja 30 kertaa nopeampi kuin sen toiseksi suurimman ADSL-kilpailijan, France Telecomin kasvu (riidanalaisen päätöksen 580 perustelukappale). Lisäksi riidanalaisesta päätöksestä ilmenee, että lokakuusta 2004 lähtien Telefónicaan valtakunnallisen tukkutuotteen kasvu jatkui kolme kertaa nopeampana kuin sen ADSL-kilpailijoiden kasvu yhteensä, seitsemän kertaa nopeampana kuin sen pääasiallisen ADSL-kilpailijan, France Telecomin, ja kymmenen kertaa nopeampana kuin sen toiseksi suurimman ADSL-kilpailijan, Jazztelin kasvu. Lisäksi Aunan, joka oli Telefónicaan pääasiallinen kilpailija valtakunnallisilla tukkumarkkinoilla, myyntimäärä aleni viimeksi mainitulla ajanjaksolla (riidanalaisen päätöksen 580 perustelukappale). Telefónicaan kasvua ADSL-linjojen markkinoilla valtakunnallisen tukkutuotteen tasolla ja Aunan myyntimäärien alenemista valtakunnallisilla tukkumarkkinoilla on pidettävä osoituksena Telefónicaan kilpailijoiden konkreettisesta poissulkemisvaikutuksesta.

- 402 Edellä esitetyn perusteella ja ilman, että olisi lausuttava kantajien väitteistä, joilla pyritään riitauttamaan komission riidanalaisen päätöksen 574–578 perustelukappaleessa toteuttama hitaiden yhteyksien palvelujen ja laajakaistapalvelujen välinen vertailu, on todettava, että komissio on esittänyt tarpeeksi konkreettisia, uskottavia ja riittäviä tietoja sen osoittamiseksi, että Telefónican menettelyllä on ollut konkreettisia markkinoilta poissulkemisvaikutuksia.
- 403 Neljänneksi kantajat kiistävät väitetyn kuluttajien kärsimän vahingon. Ne riitauttavat komission väitteen, jonka mukaan Telefónican toiminnan vuoksi vähittäishinnat olivat unionin korkeimpien joukossa elleivät korkeimmat silloin, kun unionissa oli viisitoista jäsenvaltiota, tai jopa korkeammat kuin näiden jäsenvaltioiden korkeimmat vähittäishinnat.
- 404 Tältä osin on todettava, että riidanalaisen päätöksen 592–602 perustelukappaleessa komissio totesi seuraavaa:
- Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö (OECD) totesi 18.6.2004 päivätyssä tutkimuksessa, että keskimääräinen laajakaistapohjaisen internetyhteyden kuukausimaksu Espanjassa oli yksi Euroopan kalleimpia hinta-suorituskyky -suhteeseen nähden, minkä vahvisti espanjalaisen kuluttajayhdistyksen Organización de Consumidores y Usuariosin (OCU) toteuttama tutkimus (riidanalaisen päätöksen 594 perustelukappale);
 - CMT:n vuosien 2004 ja 2006 välisenä aikana tekemät analyysit osoittavat, että laajakaistapohjaisen internetyhteyden vähittäishinnat Espanjassa olivat korkeat ja selvästi korkeammat kuin eurooppalainen keskiarvo (riidanalaisen päätöksen 595 perustelukappale);
 - Irlannin kansallisen sääntelyviranomaisen, Commission for Communications Regulationin (ComReg), tilaamassa ja Teligen-nimisen toimiston joulukuussa 2006 toteuttamassa tutkimuksessa (jäljempänä vuoden 2006 tutkimus) todettiin, että Telefónican vähittäishinnat olivat 85 prosenttia korkeammat kuin eurooppalainen keskiarvo (riidanalaisen päätöksen 596–601 perustelukappale);
 - Telefónica laski omien tietojensa perusteella, että keskimääräinen vähittäishinta Espanjassa oli 20 prosenttia korkeampi kuin unionin keskimääräinen hinta silloin, kun unionissa oli viisitoista jäsenvaltiota (riidanalaisen päätöksen 602 perustelukappale).
- 405 Kantajat väittivät kannekirjelmässään yhtäältä, että komissio ei riidanalaisessa päätöksessä osoittanut, että vähittäishinnat Espanjassa olivat Euroopan korkeimpia. Tässä yhteydessä ne kuitenkin riitauttivat yksinomaan vuoden 2006 tutkimuksen tulokset väittäen, että vertailun kohteena olevat tarjoukset olivat heterogeenisiä, että kyseisessä tutkimuksessa ei otettu huomioon tarjouksia eikä suosituimpien tuotteiden hintaa ja että huomioon otettu otos koski ainoastaan viidentoista maan tilannetta tietyllä hetkellä. Ne eivät ole kuitenkaan riitauttaneet muita komission mainitsemia tutkimuksia, jotka todistavat vähittäistuotteen hintojen korkeasta tasosta Espanjassa, joten niiden väitettä ei voida hyväksyä. Kuten komissio korosti riidanalaisen päätöksen 602 perustelukappaleessa, Telefónica joka tapauksessa itse myönsi vastauksessaan väitetiedoksiintoon, että pelkkä vähittäishintojen vertailu jäsenvaltioissa johtaa toteamukseen, jonka mukaan vähittäishinnat Espanjassa olivat unionin korkeimmat silloin, kun unionissa oli viisitoista jäsenvaltiota eli ”ajanjaksolla 1999–2005”.
- 406 Toisaalta vastauskirjelmässään ja istunnossa kantajat väittivät, ettei yksikään komission lainaamista tutkimuksista vastannut siihen, olivatko espanjalaiset kuluttajat kärsineet korkeammista laajakaistaisen internetyhteyden vähittäishinnoista kilpailua rajoittavan hintaruuvivaikutuksen vuoksi.
- 407 Edellä 390 kohdassa huomautettiin kuitenkin, että komission oli esitettävä konkreettisia, uskottavia ja riittäviä tietoja, joiden perusteella voidaan arvioida, millainen todellinen vaikutus kilpailusääntöjen rikkomisella on saattanut olla kilpailuun merkityksellisillä markkinoilla. On kuitenkin katsottava, että komissio saattoi oikeutetusti katsoa, että vähittäishintojen korkea taso Espanjassa muodosti tällaisen aiheutodisteen Telefónican menettelyn todellisesta vaikutuksesta Espanjan markkinoilla.

- 408 Viidenneksi kantajat väittävät, että riidanalaisen päätöksen 603 perustelukappaleessa esitetty komission toteamus, jonka mukaan laajakaistan käyttöönottoprosentti Espanjassa on alempi kuin eurooppalainen keskiarvo, on virheellinen. Ne toteavat tästä, että Espanja on vain ”hieman” eurooppalaisen keskiarvon alapuolella, että tätä kehitystä ennakoitiin jo vuonna 2001 siksi, että laajakaistainen internetyhteys kehittyi myöhään Espanjassa, ja vielä että toteamus selittyy sosiodemografisilla tekijöillä.
- 409 Vaikka kantajat esittävät tiettyjä perusteluja, joilla voidaan selittää se, että kyseinen prosenttiluku on eurooppalaisen keskiarvon alapuolella, ne eivät kiistä sitä, että se todellakin oli tätä keskiarvoa pienempi. On katsottava, ettei komissio tehnyt ilmeistä arviointivirhettä, kun se arvioi myös sen, että laajakaistan käyttöönottoprosentti Espanjassa on alempi kuin muissa jäsenvaltioissa, merkitsevän aiheudistetta Telefónican menettelyn todellisesta vaikutuksesta Espanjan markkinoilla.
- 410 Edellä esitetyn perusteella myöskään kantajien toinen väite, sellaisena kuin se on esitetty edellä 388 kohdassa, ei voi menestyä.
- 411 Kolmanneksi kantajat väittävät, että sakon laskentapohja on liian suuri, kun otetaan huomioon väitettävien merkityksellisten markkinoiden maantieteellinen laajuus.
- 412 Ensiksi on hylättävä komission päätöskäytäntöä koskevat väitteet, joiden mukaan määräävän aseman väärinkäyttöä televiestinnän alalla koskevissa päätöksissä komissio olisi aina katsonut, että rikkomiset ovat vakavia, kun merkitykselliset markkinat olivat vastaavanlaisia kuin Espanjan laajakaistaisten internetyhteyksien markkinat. Kuten edellä 386 kohdassa todetaan, komission päätöskäytäntö ei ole kilpailuasioissa määrättävien sakkojen oikeudellinen kehys.
- 413 Toiseksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan rikkominen pitäisi luokitella vakavaksi, koska ”merkitykselliset markkinat rajoittuvat (korkeintaan) yhden jäsenvaltion alueelle”. Kuten komissio korosti perustellusti riidanalaisen päätöksen 755 perustelukappaleessa, vaikka hintaruuvitapaukset rajoittuvat väistämättä yhden ainoan jäsenvaltion alueelle, ne estävät muista jäsenvaltioista peräisin olevien operaattoreiden pääsyn nopeasti kasvaville markkinoille, minkä lisäksi Espanjan laajakaistamarkkinat ovat unionin viidenneksi suurimmat kansalliset laajakaistamarkkinat. Lisäksi kuten komissio korosti riidanalaisen päätöksen 742 perustelukappaleessa, Telefónican väärinkäyttö on käytännössä monopoliasemassa olevan yrityksen selvä väärinkäyttö. Kuten edellä 388–410 kohdasta ilmenee, komissio arvioi oikeutetusti, että Telefónican menettelyllä oli ollut merkittävä vaikutus vähittäismarkkinoilla. Oikeuskäytännöstä seuraa, että maantieteellisten markkinoiden laajuus on vain yksi vuoden 1998 suuntaviivojen mukaisesta kolmesta kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden kokonaisarviointiin vaikuttavasta perusteesta. Näistä keskenään riippuvaisista perusteista kilpailusääntöjen rikkomisen laadulla on ensisijainen merkitys. Sitä vastoin maantieteellisten markkinoiden laajuus ei ole siinä mielessä itsenäinen peruste, että ainoastaan useampia jäsenvaltioita koskevia kilpailusääntöjen rikkomisia voitaisiin luonnehtia ”erittäin vakaviksi”. EY:n perustamissopimuksen, asetuksen N:o 17, asetuksen N:o 1/2003, vuoden 1998 suuntaviivojen sen enempää kuin oikeuskäytännökään perusteella ei voida katsoa, että ainoastaan maantieteellisesti erittäin laajoja rajoituksia voitaisiin pitää tällaisina (ks. vastaavasti edellä 319 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Raiffeisen Zentralbank Österreich ym. v. komissio, tuomion 311 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Kun huomioon otetaan nämä tekijät, komissio piti esillä olevassa asiassa kilpailusääntöjen rikkomista oikeutetusti hyvin vakavana, vaikka merkitykselliset maantieteelliset markkinat rajoittuivat Espanjan alueeseen.
- 414 Kantajien kolmas väite, sellaisena kuin se on esitetty edellä 411 kohdassa, on näin ollen hylättävä.
- 415 Neljänneksi kantajat väittävät, että komissio laiminlöi perusteluvollisuutensa ja teki oikeudellisen virheen, kun se ei ottanut huomioon rikkomisen vakavuuden asteen vaihtelua rikkomisajanjakson aikana.

- 416 Ensinnäkin perusteluvollisuuden laiminlyömisestä ilmenee oikeuskäytännöstä, että kun määritellään kilpailulainsäädännön rikkomisesta määrättävien sakkojen määrää, olennaisia menettelymääräyksiä, joihin perusteluvollisuus kuuluu, noudatetaan, kun komissio ilmoittaa päätöksessään ne arviointiperusteet, joiden avulla se on määrittänyt kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden ja keston (asia C-291/98 P, Sarrió v. komissio, tuomio 16.11.2000, Kok., s. I-991, 73 kohta ja edellä 150 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat, Atlantic Container Line ym. v. komissio, tuomion 1521 kohta). Nämä vaatimukset eivät edellytä sitä, että komission olisi ilmoitettava päätöksessään sakkojen laskentatapaan liittyviä numerotietoja (ks. edellä 58 kohdassa mainittu asia Microsoft v. komissio, tuomion 1361 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 417 Käsiteltävässä asiassa komissio arvioi riidanalaisen päätöksen 750 perustelukappaleessa, että ”kilpailusääntöjen rikkomista on pidettävä hyvin vakavana”. Riidanalaisen päätöksen 756 perustelukappaleessa komissio totesi yhtäältä, että ”kilpailusääntöjen rikkomista [oli] lähtökohtaisesti pidettävä hyvin vakavana, vaikka se ei ollut yhtä vakava koko tarkastelujakson ajan”, ja toisaalta, että ”sakon alkuperäisessä määrässä otet[tiin] huomioon se, että Telefónican väärinkäytön vakavuus [oli] tullut joka tapauksessa selvemmäksi erityisesti Deutsche Telekom -päätöksen jälkeen”.
- 418 Tässä yhteydessä on hylättävä kantajien väite, joka koskee väitettyä perustelujen ristiriitaisuutta, joka johtuu kantajien mukaan siitä, että komissio arvioi, että kilpailusääntöjen rikkominen oli hyvin vakava, vaikka se olisi voinut olla vähemmän vakava ennen lokakuuta 2003, jolloin Deutsche Telekom -päätös julkaistiin. Kuten riidanalaisen päätöksen 738–758 perustelukappaleesta ilmenee, komissio katsoi rikkomisen olleen hyvin vakava koko tarkastelujakson ajan, vaikka tämä vakavuus ei ollut yhtäläinen kyseisellä ajanjaksolla. Myös väite, jonka mukaan ”perusmäärän’ erityistä laskentatapaa” ei perusteltu lainkaan, on edellä 416 kohdassa mainitun oikeuskäytännön valossa hylättävä.
- 419 Toiseksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan komissio ei tehnyt edellä 417 kohdassa mainituista rikkomisen luonnehdintaa tai sakon laskentapohjan vahvistamista koskevista toteamuksista sellaisia johtopäätöksiä, että rikkomista olisi pitänyt luonnehtia enintään vakavaksi ja vahvistaa sakon laskentapohja huomattavasti pienemmäksi. Tämä väite perustuu nimittäin virheelliseen oletamaan, koska yhtäältä edellä esitetystä (ks. edellä 371–414 perustelukappale) seuraa, että komissio katsoi oikeutetusti, että kilpailusääntöjen rikkomista oli pidettävä hyvin vakavana koko tarkastelujaksolla, ja koska toisaalta riidanalaisen päätöksen 750 ja 760 perustelukappaleesta ilmenee nimenomaisesti, että huolimatta luokittelusta hyvin vakavaksi koko tarkastelujaksolla, komissio otti todellisuudessa huomioon rikkomisen vaihtelevan intensiteetin sakon laskentapohjaa vahvistaessaan (ks. edellä 27 ja 417 kohta).
- 420 Kantajien neljättä väitettä, sellaisena kuin se on esitetty edellä 388 kohdassa, ei näin ollen voida hyväksyä.
- 421 Edellä esitetyn perusteella toisen kanneperusteen ensimmäinen osa on hylättävä kokonaisuudessaan.
- Toisen kanneperusteen toinen osa, joka koskee suhteellisuusperiaatteen, yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevan periaatteen loukkaamista sekä perusteluvollisuuden laiminlyöntiä sakon laskentapohjan vahvistamisen yhteydessä
- 422 Käsiteltävällä kanneperusteella kantajat väittävät, että komissio loukkasi suhteellisuusperiaatetta, yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevaa periaatetta ja laiminlöi perusteluvollisuutta, kun se vahvisti sakon laskentapohjan.
- 423 Ensiksi on tutkittava kantajien väite, joka koskee suhteellisuusperiaatteen, yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevan periaatteen loukkaamista.

- 424 Ensimmäiseksi on huomautettava, että yhdenvertaisen kohtelun periaate edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällaista kohtelua voida objektiivisesti perustella (asia C-344/04, IATA ja ELFAA, tuomio 10.1.2006, Kok., s. I-403, 95 kohta; asia C-413/08 P, Lafarge v. komissio, tuomio 17.6.2010, Kok., s. I-5361, 40 kohta ja asia T-276/04, Compagnie maritime belge v. komissio, tuomio 1.7.2008, Kok., s. II-1277, 92 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 425 Käsiteltävässä asiassa kantajat korostavat osoittaakseen, että yhdenvertaisen kohtelun periaatetta on rikottu, riidanalaisen päätöksen ja komission kaikkien aiempien päätösten välisiä eroja sakon laskentapohjan vahvistamisessa. Kuten edellä 386 kohdassa huomautetaan, komission aiempi päätöskäytäntö ei kuitenkaan toimi sakkojen määrittämisen oikeudellisena kehyksenä kilpailuoikeuden alalla.
- 426 Lisäksi vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan se seikka, että komissio on aikaisemmin määrännyt tiettyntasoisia sakkoja tiettytyyppisistä rikkomisista, ei voi estää sitä korottamasta tätä tasoa asetuksessa N:o 17 ja asetuksessa N:o 1/2003 säädetyissä rajoissa, jos tämä on välttämätöntä unionin kilpailupolitiikan toteuttamiseksi (ks. edellä 59 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomion 169 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 427 Unionin kilpailusääntöjen tehokas soveltaminen edellyttää päinvastoin sitä, että komissio voi milloin tahansa mukauttaa sakkojen tasoa tämän politiikan tarpeita vastaavaksi. Ei voida katsoa, että komissio näin toimiessaan loukkaa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta suhteessa aikaisempaan käytäntöön (ks. edellä 67 kohdassa mainittu asia Groupe Danone v. komissio, tuomion 154 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Esillä olevassa asiassa ei näin ollen voida todeta loukatun yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.
- 428 Toiseksi on palautettava mieliin, että unionin oikeuden yleisiin oikeusperiaatteisiin kuuluvan suhteellisuusperiaatteen mukaan unionin toimielinten säädöksillä, päätöksillä ja muilla toimenpiteillä ei saa ylittää niitä rajoja, jotka johtuvat siitä, mikä on tarpeellista niillä lainmukaisesti tavoiteltujen päämäärien toteuttamiseksi ja tähän soveltuvaa, eli silloin, kun on mahdollista valita usean tarkoituksenmukaisen toimenpiteen välillä, on valittava vähiten pakottava, eivätkä toimenpiteistä aiheutuvat haitat saa olla liian suuria tavoiteltuihin päämääriin nähden (ks. asia C-189/01, Jippes ym., tuomio 12.7.2001, Kok., s. I-5689, 81 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 429 Suhteellisuusperiaate edellyttää sakon laskennan yhteydessä, että komission on vahvistettava sakko suhteessa rikkomisen vakavuuden arvioimiseksi huomioon otettuihin seikkoihin ja että sen on tältä osin sovellettava näitä seikkoja johdonmukaisesti ja objektiivisesti perustellulla tavalla (ks. asia T-43/02, Jungbunzlauer v. komissio, tuomio 27.9.2006, Kok., s. II-3435, 228 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 430 Tältä osin on aluksi huomautettava, että komissiolla on asetuksen N:o 1/2003 yhteydessä harkintavaltaa sakkojen määrän vahvistamisessa, jotta se voisi ohjata yritysten toimintaa niin, että ne noudattaisivat kilpailusääntöjä (ks. edellä 67 kohdassa mainittu asia Groupe Danone v. komissio, tuomion 134 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 431 On myös huomautettava, että se menettelytapa, joka esitetään vuoden 1998 suuntaviivojen 1 kohdan A alakohdassa perustuu kiinteään määrään perustuvaan laskutoimitukseen, jonka mukaan sakon laskentapohja, joka määritetään rikkomisen vakavuuden perusteella, lasketaan siten, että huomioon otetaan rikkomisen laatu, sen todellinen vaikutus markkinoihin, jos se on mitattavissa, ja asian kannalta merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden laajuus (asia T-116/04, Wieland-Werke v. komissio, tuomio 6.5.2009, Kok., s. II-1087, 62 kohta).

- 432 Kuten edellä 371–421 kohdasta seuraa, esillä olevassa asiassa komissio piti perustellusti kilpailusääntöjen rikkomista hyvin vakavana. Kun otetaan huomioon yhtäältä se, että Telefónican väärinkäyttöä on pidettävä selvänä väärinkäyttönä, jota on tapahtunut aiemminkin ja joka vaarantaa televiestintäverkkojen ja -palvelujen sisämarkkinoiden saavuttamisen tavoitteen, ja toisaalta se, että kyseisellä väärinkäytöllä on ollut merkittävä vaikutus Espanjan vähittäismarkkinoilla (riidanalaisen päätöksen 738–757 perustelukappale), 90 miljoonan euron suuruista sakon laskentapohjaa ei voida pitää suhteettomana.
- 433 Kolmanneksi kantajat eivät voi väittää, että rangaistusten yksilöllisyyttä koskevaa periaatetta olisi loukattu. Kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden arvioimiseksi sakon määrän määrittämistä varten komission on huolehdittava siitä, että sen toimenpiteellä on rikkomista ehkäisevä vaikutus erityisesti sellaisten kilpailusääntöjen rikkomisen muotojen osalta, jotka ovat erityisen haitallisia unionin tavoitteiden toteuttamisen kannalta (edellä 67 kohdassa mainittu asia Groupe Danone v. komissio, tuomio 169 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ehkäisevän vaikutuksen on oltava samanaikaisesti sekä erityinen että yleinen. Sakko on seuraamus yksilöllisestä kilpailusääntöjen rikkomisesta, minkä lisäksi se kuuluu myös yleiseen politiikkaan, jonka mukaan yritysten on noudatettava kilpailusääntöjä (ks. vastaavasti edellä 313 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Musique Diffusion française ym. v. komissio, tuomion 106 kohta). Vaikka sakolla voi todella olla myös yleinen ehkäisevä vaikutus sellaisiin muihin yrityksiin nähden, joita houkuttaisi rikkoa kilpailusääntöjä, riidanalaisesta päätöksestä kuitenkin ilmenee, että käsiteltävässä asiassa sakko laskettiin ottaen huomioon Telefónican oma tilanne eli moititun rikkomisen vakavuus, kun huomioon otetaan sen luonne, sen vaikutukset markkinoilla ja merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden laajuus, rikkomisen kesto ja lieventävän olosuhteen olemassaolo. Näin ollen kantajat eivät voi väittää, että sakon yleinen ehkäisevä vaikutus olisi ollut ”sakon ensimmäinen ja perimmäinen tavoite”.
- 434 Toiseksi perusteluvollisuuden laiminlyöntiä koskevasta väitteestä on huomautettava, kuten edellä 416 kohdassa todetaan, että olennaisia menettelymääräyksiä, joihin perusteluvollisuus kuuluu, noudatetaan, kun komissio ilmoittaa päätöksessään ne arviointiperusteet, joiden avulla se on määrittänyt kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden ja keston, eikä komission ole ilmoitettava päätöksessään tarkempaa selvitystä eikä sakkojen laskentatapaan liittyviä numerotietoja. Tällaisia tietoja on kuitenkin esitetty riidanalaisen päätöksen 713–767 perustelukappaleessa. Lisäksi sakon laskentapohjan laskentaan kuuluva kiinteään määrään perustuva laskutoimitus palautettiin mieliin edellä 431 kohdassa. Kantajien väite, jonka mukaan komission olisi pitänyt selittää riidanalaisessa päätöksessä yksityiskohtaisemmin, kuinka se vahvisti sakon laskentapohjaksi 90 miljoonaa euroa, on näin ollen hylättävä.
- 435 Lisäksi kuten edellä 386 kohdassa huomautetaan, koska komission aiempi päätöskäytäntö ei ole sakkojen määrittämisen oikeudellinen kehys kilpailuoikeuden alalla, kantajat eivät voi arvostella komissiota siitä, ettei se ilmoittanut riidanalaisessa päätöksessä syitä sille, että Telefónicalle määrätyn sakon laskentapohja on selvästi suurempi kuin Wanadoo Interactive -pätöksessä määrätyn sakon laskentapohja, eikä siitä, ettei se ole täsmentänyt enemmän, miksi käsiteltävässä asiassa oli perusteltua määrätä Telefónicalle sakko, joka oli suurempi kuin Deutsche Telekom -pätöksessä määrätty sakko (ks. vastaavasti edellä 268 kohdassa mainittu asia Michelin v. komissio, tuomion 255 kohta).
- 436 Edellä esitetyn perusteella perusteluvollisuuden laiminlyöntiä koskeva väite samoin kuin toisen kanneperusteen toinen osa kokonaisuudessaan on hylättävä.

Toisen kanneperusteen kolmas osa, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä sekä perusteluvelvollisuuden laiminlyöntiä, kun laskentapohjaa korotettiin ehkäisevän vaikutuksen takaamiseksi

- 437 Kanneperusteen kyseisen osan yhteydessä kantajat väittävät, että komissio teki tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä korottaessaan sakon laskentapohjaa ehkäisevän vaikutuksen varmistamiseksi.
- 438 Aluksi on huomautettava, että vuoden 1998 suuntaviivojen 1 kohdan A alakohdan neljännen alakohdan mukaan sakon laskentapohjaa määritettäessä on ”tarpeen ottaa huomioon kilpailusääntöjä rikkovien todellinen taloudellinen kapasiteetti aiheuttaa merkittävää vahinkoa muille talouden toimijoille ja erityisesti kuluttajille ja määrittää sakon määrä tasolle, joka on riittävän varoittava”. Lisäksi suuntaviivojen 1 kohdan A alakohdan viidennen alakohdan mukaan komissio voi ottaa huomioon sen, että ”suurilla yrityksillä on useimmiten oikeudellista ja taloudellista tietoa sekä infrastruktuureja, jotka antavat niille mahdollisuuden arvioida paremmin toimintaansa mahdollisesti liittyviä rikkomuksia ja niistä aiheutuvia kilpailuoikeudellisia seurauksia”.
- 439 Ensimmäiseksi kantajien väitteestä, jonka mukaan ehkäisevän vaikutuksen varmistamiseksi tehtyä laskentapohjan korottamista ei ole perusteltu, on todettava, että riidanalaisen päätöksen 758 perustelukappaleessa komissio totesi, että ”kun otetaan huomioon Telefónican merkittävä taloudellinen voima, sakon riittävän ehkäisevän vaikutuksen varmistamiseksi sakon alkuperäistä määrää [oli] korotettava kertoimella 1,25”. Riidanalaisen päätöksen alaviitteessä 791 komissio täsmensi, että Telefónica oli Euroopan suurin televiestintäalan historiallinen toimija markkina-arvon perusteella ja että Telefónican resurssit ja voitot olivat merkittäviä. Komissio totesi myös, että United States Securities and Exchange Commissionille (Yhdysvaltojen arvopaperi- ja pörssikomitea) tekemänsä verovuotta 2006 koskevan ilmoituksen mukaan Telefónicalla oli 31.12.2006 kassavaroja ja lyhytaikaisia investointeja 5 472 miljoonaa euroa ja että sen voitot verovuonna 2006 olivat 6 579 miljoonaa euroa ja tulot 52 901 miljoonaa euroa. Tästä seuraa, että sakon määrän korottamista ehkäisevän vaikutuksen varmistamiseksi on perusteltu oikeudellisesti riittävällä tavalla.
- 440 Toiseksi on hylättävä väitteet, joiden mukaan yhtäältä komission olisi pitänyt tarkistaa, oliko jo 90 miljoonan euron määrällä sellaisenaan riittävän ehkäisevä vaikutus ilman korotustakin, ja toisaalta sakon korotuksen tarpeellisuus ehkäisevän vaikutuksen varmistamiseksi olisi määritettävä sakon lopullisen määrän laskemisen jälkeen. Tästä on todettava, että kantajat eivät kiistä vuoden 1998 suuntaviivojen, joiden mukaan sakon ehkäisevän vaikutuksen huomioon ottaminen on yksi sakon laskentapohjan vahvistamisessa huomioon otettavista tekijöistä, lainmukaisuutta. On kuitenkin katsottava, että komissio saattoi oikeutetusti todeta, että Telefónican, joka oli päätöksen tekohetkellä markkina-arvoltaan suurin televiestintäalan historiallinen toimija (riidanalaisen päätöksen 758 perustelukappale ja alaviite 791), merkittävä taloudellinen voima oikeutti ehkäisevän vaikutuksen kertoimen soveltamisen, varsinkin kun kantajat eivät kiistä sitä, että sakon laskentapohja on käsiteltävässä asiassa ainoastaan 0,17 prosenttia Telefónican liikevaihdosta.
- 441 Kolmanneksi kantajat tukeutuvat komission päätöskäytäntöön osoittaakseen, että komissio loukkasi suhteellisuusperiaatetta ja yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, kun se korotti sakon laskentapohjaa ehkäisevän vaikutuksen varmistamiseksi. Niiden mukaan Telefónican taloudellinen kapasiteetti ei anna oikeutusta sille, että sitä kohdellaan eri tavoin kuin yrityksiä Wanadoo Interactive ja Deutsche Telekom, joihin komissio ei soveltanut korostusta ehkäisevän vaikutuksen varmistamiseksi. Väite on kuitenkin hylättävä, koska kuten edellä 386 kohdassa todetaan, komission aiempi päätöskäytäntö ei voi toimia sakkojen oikeudellisena kehyksenä kilpailuoikeuden alalla. Pelkällä toteamuksella siitä, että komissio korotti Telefónicalle määrätyn sakon määrää ehkäisevän vaikutuksen varmistamiseksi, kun taas korotusta ei tehty Wanadoo Interactivea ja Deutsche Telekomia koskevissa päätöksissä, ei näin ollen voida perustella yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja suhteellisuusperiaatteen loukkaamista. Kantajien väite on näin ollen hylättävä.

442 Neljänneksi siitä väitteestä, jonka mukaan rangaistusten yksilöllisyyttä koskevaa periaatetta on loukattu, on riittävää viitata edellä 433 kohdassa esitettyyn.

443 Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että kantajien väitteet, joiden mukaan komissio teki useita virheitä, kun se korotti Telefónicalle määrätyn sakon laskentapohjaa ehkäisevän vaikutuksen varmistamiseksi, ovat perusteettomia, joten toisen kanneperusteen kolmas osa on hylättävä.

Toisen kanneperusteen neljäs osa, joka koskee oikeudellisia virheitä ja ilmeisiä arviointivirheitä rikkomisen luokittelussa ”pitkäkestoiseksi”

444 Kanneperusteen tässä osassa kantajat väittävät, että komissio teki oikeudellisia virheitä ja ilmeisiä arviointivirheitä, kun se määrätti kilpailusääntöjen rikkomisen alkamis- ja loppumispäivän.

445 On muistettava, että asetuksen N:o 17/15 artiklan 2 kohdan mukaan kilpailusääntöjen rikkomisen kesto on eräs niistä tekijöistä, jotka on otettava huomioon kilpailusääntöjä rikkoneille yrityksille määrättävien sakkojen suuruutta määrättäessä.

446 Kilpailusääntöjen rikkomisen kestosta suuntaviivoissa erotetaan toisistaan lyhytaikaiset rikkomiset (yleensä alle yksi vuosi), joiden tapauksessa rikkomisen vakavuuden perusteella määritettyä sakon laskentapohjaa ei ole korotettava, keskipitkän ajan kestävät rikkomiset (yleensä yhdestä viiteen vuotta), joiden tapauksessa laskentapohjaa voidaan korottaa 50 prosentilla, ja pitkäaikaiset rikkomiset (yleensä yli viisi vuotta), joiden tapauksessa laskentapohjaa voidaan korottaa kutakin vuotta kohden 10 prosentilla (vuoden 1998 suuntaviivojen 1 kohdan B alakohdan ensimmäisen alakohdan ensimmäinen, toinen ja kolmas luetelmakohta).

447 Ensimmäiseksi on todettava kantajien riitauttavan sen, miten rikkomisen alkamispäivä vahvistettiin riidanalaisen päätöksen 759 perustelukappaleessa.

448 Ensimmäiseksi edellä 356–369 kohdassa esitetyillä perusteilla on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan Telefónica ei ennen lokakuuta 2003 voinut tietää, että sen toiminta saattoi merkitä EY 82 artiklan rikkomista.

449 Toiseksi on huomautettava, että kantajien väitteet, joiden mukaan sakon laskentapohjaa vahvistettaessa ei otettu huomioon rikkomisen vaihtelevaa intensiteettiä, on hylätty edellä 419 kohdassa.

450 Kolmanneksi kantajien väitteissä, joiden mukaan rikkomisen vakavuuden vaihtelu oikeuttaa lisälennuksen tämän rikkomisen keston perusteella, sekoitetaan keskenään asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 3 kohdassa sekä vuoden 1998 suuntaviivoissa mainitut rikkomisen vakavuutta ja kestoja koskevat arviointiperusteet. Perusteluissaan kantajat nimittäin kyseenalaistavat sakon laskentapohjan korottamisen 10 prosentilla vuodessa ja viittaavat samalla rikkomisen vakavuuden arviointiin liittyviin seikkoihin, joita ne eivät ole edes näyttäneet toteen (ks. edellä 419 kohta). Koska korotus keston perusteella tehdään soveltamalla tiettyä prosenttimäärää laskentapohjaan, joka määritetään koko rikkomisen vakavuuden perusteella ja joka siis jo heijastelee rikkomisen eri voimakkuuksia, määrän korottamiseksi rikkomisen keston perusteella ei ole otettava huomioon rikkomisen voimakkuudessa asianomaisen ajanjakson kuluessa tapahtuneita muutoksia (yhdistetyt asiat T-456/05 ja T-457/05, Gütermann ja Zwicky v. komissio, tuomio 28.4.2010, Kok., s. II-1443, 159 kohta). Samoilla perusteilla on hylättävä myös väite, jonka mukaan 26.7.2001 ja 21.12.2006 välisenä aikana CMT valvoi Telefónican marginaaleja, ja väite, joka perustuu Espanjan markkinoiden kasvuun ja Telefónican merkittäviin investointeihin kyseisillä markkinoilla.

451 Toiseksi rikkomisen päättymispäivän määrittämisestä on todettava, että kantajien ainoa väite perustuu siihen, että hintaruuvien toteutukseksi komissio tukeutuu ainoastaan tietoihin, jotka kattavat ajanjakson vuodesta 2001 kesäkuuhun 2006. Kantajat eivät kuitenkaan riitautta komission riidanalaisen päätöksen

124 perustelukappaleessa esittämään toteamusta, jonka mukaan valtakunnallisen ja alueellisen tukku tuotteen hintataso ei muuttunut CMT:n 1.6.2006 tekemän päätöksen, jolloin CMT muutti alueellisen ja valtakunnallisen tukku tuotteen hintasäätelyä ja jolla se velvoitti Telefónican määrittämään ne kustannusten mukaan (riidanalaisen päätöksen 123 perustelukappale), ja 21.12.2006 välisenä aikana, jolloin CMT toteutti väliaikaisia toimenpiteitä, joilla kyseisten tuotteiden hintoja alennettiin huomattavasti; alueellisen tukku tuotteen hintaa 22–61 prosentilla ja valtakunnallisen tukku tuotteen (ADSL-IP) hintaa 24–61 prosentilla. Ne eivät myöskään riitautta riidanalaisen päätöksen 62 perustelukappaleessa esitettyä toteamusta, jonka mukaan riidanalaisen päätöksen tekoajankohtana TESAU:n vähittäishinnat eivät olleet muuttuneet sitten syyskuun 2001. Ne eivät myöskään vetoa niiden kustannusten muuttumiseen, jotka komissio otti huomioon esillä olevassa asiassa, Näin ollen voidaan katsoa, että kilpailusääntöjen rikkominen päättyi 21.12.2006 (ks. myös riidanalaisen päätöksen 747 perustelukappale).

452 Näissä olosuhteissa on katsottava, etteivät kantajat voi perustellusti vedota riidanalaisen rikkomisen kestoon vaatiakseen Telefónicalle määrätyn sakon alentamista vähintään 20 prosentilla, joten toisen kanneperusteen neljäs osa on hylättävä.

Toisen kanneperusteen viides osa, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä lieventävien olosuhteiden huomioon ottamisessa

453 Aluksi on huomautettava, että vuoden 1998 suuntaviivoista ilmenee, että sakon perusmäärää voidaan alentaa, kun kilpailusääntöjä on rikottu huolimattomuudesta tai tahattomasti (3 kohdan ensimmäisen alakohdan viides luetelmakohta).

454 On myös todettava, että oikeuskäytännön mukaan sitä, onko sakon mahdollinen alentaminen riittävä lieventävien olosuhteiden nojalla, on arvioitava kokonaisvaltaisesti ja ottaen huomioon kaikki merkitykselliset olosuhteet (asia T-44/00, Mannesmannröhren-Werke v. komissio, tuomio 8.7.2004, Kok., s. II-2223, 274 kohta).

455 Vuoden 1998 suuntaviivojen antaminen ei kuitenkaan ole tehnyt merkityksettömäksi oikeuskäytäntöä, jonka mukaan komissiolla on harkintavaltaa, jonka perusteella se voi ottaa tai olla ottamatta huomioon tiettyjä seikkoja, kun se vahvistaa erityisesti tapaukseen liittyvien seikkojen perusteella niiden sakkojen määrän, jotka se aikoo määrätä. Koska kyseisissä suuntaviivoissa ei ole pakottavaa mainintaa lieventävistä olosuhteista, jotka voidaan ottaa huomioon, komissio on säilyttänyt tietyn harkintavallan arvioidakseen kokonaisvaltaisesti mahdollisen lieventäviin olosuhteisiin perustuvan sakon määrän alentamisen suuruutta (edellä 319 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Raiffeisen Zentralbank Österreich ym. v. komissio, tuomion 473 kohta).

456 Esillä olevassa asiassa komissio totesi riidanalaisen päätöksen 765 perustelukappaleessa alueellisen tukku tuotteen hintaan kohdistuvista CMT:n sääntelytoimista, että Telefónica toimi huolimattomasti, koska vaikka oletettaisiin, että se saattoi aluksi uskoa, että CMT:n malli perustui realistisiin arvioihin, sen piti tai olisi pitänyt huomata pian, että todelliset kustannukset eivät vastanneet CMT:n etukäteisanalyyseissä käyttämiä arvioita (ks. myös riidanalaisen päätöksen 727–730 perustelukappale). Tämän vuoksi komissio myönsi Telefónicalle 10 prosentin alennuksen lieventävien olosuhteiden nojalla (riidanalaisen päätöksen 766 perustelukappale).

457 Ensimmäisessä väitteessään kantajat katsovat, ettei komissio ottanut riittävästi huomioon sitä, että kilpailusääntöjä saatettiin rikkoa osittain huolimattomuudesta.

458 Ensinnäkin tässä yhteydessä on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan komissio teki arviointivirheen, kun se katsoi, että Telefónican huolimattomuus koski ainoastaan alueellista tukku tuotetta. Kuten edellä 110–143 kohdasta ilmenee, komissio totesi oikeutetusti, että valtakunnallinen tukku tuote ja alueellinen tukku tuote eivät kuuluneet samoille markkinoille. Lisäksi koska valtakunnallisen

tukku tuotteen hintoja ei säännelty rikkomisajanjakson aikana, komissio katsoi oikeutetusti, että Telefónican huolimattomuuteen liittyvä lieventävä olosuhde koski ainoastaan alueellista tukku tuotetta. Sillä, että CMT saattoi alakohtaisen sääntelyn avulla puuttua Telefónican valtakunnalliseen tukku tuotteeseen, ei ole merkitystä, koska kuten oikeuskäytännöstä ilmenee, vaikka ei ole mahdotonta, että tietyissä tilanteissa kansallinen lainsäädäntö tai kansallisten viranomaisten menettely saattaisi olla lieventävä olosuhde, sitä, että kansalliset viranomaiset ovat hyväksyneet kilpailusääntöjen rikkomisen tai sietäneet sitä, ei voida tässä yhteydessä ottaa huomioon, kun kysymyksessä olevilla yrityksillä on käytettävissään tarvittavat keinot täsmällisten ja oikeiden oikeudellisten neuvojen hankkimiseksi (yhdistetyt asiat C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P ja C-137/07 P, Erste Group Bank ym. v. komissio, tuomio 24.9.2009, Kok., s. I-8681, 228 ja 230 kohta).

459 Toiseksi edellä 343–352 kohdassa esitetyillä perusteilla on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan komissio teki virheen, kun se arvioi, että Telefónican huolimattomuus oli erittäin vakavaa, kun otetaan huomioon sen perusteltu luottamus CMT:n toimiin ja asian monitahoisuus.

460 Kolmanneksi vaikka kantajat väittävät, että Deutsche Telekom -päätöksessä kyseessä olevalle yritykselle myönnetty 10 prosentin alennus lieventävien olosuhteiden vuoksi on riittämätön käsiteltävässä asiassa yhtäältä sen vuoksi, että Telefónicalle vahvistettu sakon perusmäärä on suurempi, ja toisaalta Espanjan erilaisen alakohtaisen sääntelyn vuoksi, tällaista väitettä ei voida hyväksyä. Ensinnäkin kuten edellä 386 kohdassa todetaan, komission aiempi päätöskäytäntö ei voi toimia sakkojen oikeudellisenä kehyksenä kilpailuoikeuden alalla. Unionin tuomioistuin on myös jo korostanut, että pelkästään se seikka, että komissio on aiemmassa päätöskäytännössään myöntänyt tietyn alennuksen tietynlaisen käyttäytymisen vuoksi, ei merkitse, että sillä olisi velvollisuus tehdä samanlainen suhteellinen alennus arvioidessaan vastaavanlaista käyttäytymistä jossain myöhemmässä hallinnollisessa menettelyssä (edellä 59 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomion 192 kohta). Näin ollen esillä olevassa asiassa on katsottava, että pelkästään se seikka, että komissio on Deutsche Telekom -päätöksessä myöntänyt tietyn alennuksen tietyn seikan vuoksi, ei merkitse, että sillä olisi velvollisuus tehdä samanlainen alennus tai jopa suhteellisesti suurempi alennus arvioidessaan lieventäviä olosuhteita esillä olevassa asiassa. Näin ollen kantajien väitteillä, jotka perustuvat Deutsche Telekom -päätöksessä myönnettyyn alennusprosenttiin, ei ole merkitystä sen osoittamiseksi, että Telefónican olisi pitänyt saada hyväksyä suurempi alennusprosentti lieventävien olosuhteiden nojalla. Lopuksi on joka tapauksessa huomautettava, että sakon perusmäärä vahvistetaan vuoden 1998 suuntaviivojen mukaan kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden ja keston perusteella. Komission ei näin ollen tarvitse ottaa huomioon sakon perusmäärää määrittäessään yritykselle lieventävän olosuhteen perusteella myönnettävää sakon määrän alennusprosenttia.

461 Toiseksi käsiteltävän asian väitetystä uuden asian luonteesta on riittävää viitata edellä 356–368 kohtaan.

462 Edellä mainitun perusteella toisen kanneperusteen viides osa sekä kyseinen kanneperuste kokonaisuudessaan on hylättävä.

463 Tästä seuraa, että toissijaiset vaatimukset sekä kanne kokonaisuudessaan on hylättävä.

Oikeudenkäyntikulut

464 Työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut.

465 Koska kantajat ovat hävinneet asian, niiden on paitsi vastattava omista oikeudenkäyntikuluistaan myös korvattava komission, France Telecomin, Ausbancin ja ECTA:n oikeudenkäyntikulut näiden vaatimusten mukaisesti.

Näillä perusteilla

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (kahdeksas jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

- 1) **Kanne hylätään.**
- 2) **Telefónica, SA ja Telefónica de España, SA vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja ne veloitetaan korvaamaan Euroopan komission, France Telecom España, SA:n, Asociación de Usuarios de Servicios Bancariosin (Ausbanc Consumo) ja European Competitive Telecommunications Associationin oikeudenkäyntikulut näiden vaatimusten mukaisesti.**

Truchot

Martins Ribeiro

Kanninen

Julistettiin Luxemburgissa 29 päivänä maaliskuuta 2012.

Allekirjoitukset

Sisällysluettelo

Kantajien esittely	2
Hallinnollinen menettely	2
Riidanalainen päätös	3
Asian käsittely ja asianosaisten vaatimukset	6
Oikeudellinen arviointi	8
A Kantajien väitetysti liitteissä esittämien perustelujen tutkittavaksi ottaminen	8
B Asiakysymys	10
1. Pääasialliset vaatimukset, joilla vaaditaan riidanalaisen päätöksen kumoamista	10
a) Unionin tuomioistuinten valvonnan laajuus ja todistustaakka	10
b) Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee puolustautumisoikeuksien loukkaamista	12
c) Toinen kanneperuste, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä merkityksellisten tukkumarkkinoiden määrittelyssä	17
d) Kolmas kanneperuste, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä Telefónicalla merkityksellisillä markkinoilla väitetysti olevan määrävän aseman toteamisessa ..	24
e) Neljäs kanneperuste, joka koskee oikeudellisia virheitä EY 82 artiklan soveltamisessa väitettyyn väärinkäyttöä merkitsevään Telefónican menettelyyn	27
f) Viides kanneperuste, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja/tai tosiseikkojen arviointivirheitä ja oikeudellisia virheitä Telefónican väitetyn väärinkäytön ja sen kilpailua rajoittavan vaikutuksen arvioinnin yhteydessä	31
Viidennen kanneperusteen ensimmäinen osa, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja/tai tosiseikkojen arviointivirheitä hintaruuvien arviointiperusteiden soveltamisessa	31
– Viidennen kanneperusteen ensimmäisen osan ensimmäinen väite, joka koskee virhettä tukkutason tuotannontekijöiden valinnassa	31
– Viidennen kanneperusteen ensimmäisen osan toinen väite, joka koskee diskontattujen kassavirtojen analyysin toteuttamisessa tehtyjä virheitä ja laiminlyöntejä	33
– Viidennen kanneperusteen ensimmäisen osan kolmas väite, joka koskee virheitä ”jaksokohtaisessa” analyysissä	37
Viidennen kanneperusteen toinen osa, jonka mukaan komissio ei näyttänyt oikeudellisesti riittävällä tavalla toteen tutkitun toiminnan todennäköisiä tai konkreettisia vaikutuksia	42
g) Kuudes kanneperuste, joka koskee EY 82 artiklan soveltamista ultra vires ja toissijaisuusperiaatteen, suhteellisuusperiaatteen, oikeusvarmuuden periaatteen, vilpittömän yhteistyön periaatteen ja hyvän hallinnon periaatteen loukkaamista	45

Kuudennen kanneperusteen ensimmäinen osa, joka koskee EY 82 artiklan soveltamista ultra vires	45
Kuudennen kanneperusteen toinen osa, joka koskee toissijaisuusperiaatteen, suhteellisuusperiaatteen ja oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamista	47
Kuudennen kanneperusteen kolmas osa, joka koskee vilpittömän yhteistyön periaatteen ja hyvän hallinnon periaatteen loukkaamista	49
2. Toissijaiset vaatimukset, joissa vaaditaan sakon kumoamista tai sen määrän alentamista	50
a) Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä, tosiseikkojen arviointivirheitä ja oikeudellisia virheitä, asetuksen N:o 17/15 artiklan 2 kohdan ja asetuksen N:o 1/2003/23 artiklan 2 kohdan rikkomista sekä oikeusvarmuuden ja luottamuksensuojan periaatteiden loukkaamista	50
b) Toinen kanneperuste, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä sekä suhteellisuusperiaatteen, yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevan periaatteen loukkaamista ja perusteluvollisuuden laiminlyöntiä sakon määrän määrittämisessä	57
Toisen kanneperusteen ensimmäinen osa, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä sekä perusteluvollisuuden laiminlyöntiä, kun rikkomista pidettiin ”erittäin vakavana” ja sakon laskentapohjaksi vahvistettiin 90 miljoonaa euroa	58
Toisen kanneperusteen toinen osa, joka koskee suhteellisuusperiaatteen, yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevan periaatteen loukkaamista sekä perusteluvollisuuden laiminlyöntiä sakon laskentapohjan vahvistamisen yhteydessä	65
Toisen kanneperusteen kolmas osa, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä sekä perusteluvollisuuden laiminlyöntiä, kun laskentapohjaa korotettiin ehkäisevän vaikutuksen takaamiseksi	68
Toisen kanneperusteen neljäs osa, joka koskee oikeudellisia virheitä ja ilmeisiä arviointivirheitä rikkomisen luokittelussa ”pitkäkestoiseksi”	69
Toisen kanneperusteen viides osa, joka koskee tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä lieventävien olosuhteiden huomioon ottamisessa	70
Oikeudenkäyntikulut	71