



## Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (ósma izba)

z dnia 29 marca 2012 r.\*

Konkurencja — Nadużycie pozycji dominującej — Hiszpańskie rynki szerokopasmowego dostępu do Internetu — Decyzja stwierdzająca naruszenie art. 82 WE — Ustalenie cen — Nożyce cenowe — Określenie rynków — Pozycja dominująca — Nadużycie — Obliczenie zaniżania marży — Skutki nadużycia — Kompetencje Komisji — Prawo do obrony — Pomocniczość — Proporcjonalność — Pewność prawa — Lojalna współpraca — Zasada dobrej administracji — Grzywny

W sprawie T-336/07

**Telefónica, SA**, z siedzibą w Madrycie (Hiszpania),

**Telefónica de España, SA**, z siedzibą w Madrycie,

reprezentowane początkowo przez adwokatów F. Gonzáleza Díaza oraz S. Sorinasa Jimena, a następnie przez adwokata F. Gonzáleza Díaza,

strona skarżąca,

przeciwko

**Komisji Europejskiej**, reprezentowanej przez F. Castilla de la Torrego, É. Gippiniego Fourniera oraz K. Mojzesowicz, działających w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

popieranej przez:

**France Telecom España, SA**, z siedzibą w Pozuelo de Alarcón (Hiszpania), reprezentowaną przez adwokatów S. Martíneza Lagego, H. Brokelmanna oraz M. Ganino,

**Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo)**, z siedzibą w Madrycie, reprezentowaną przez adwokatów L. Pinedę Salida oraz I. Cámarę Rubio

oraz

**European Competitive Telecommunications Association**, z siedzibą w Wokingham (Zjednoczone Królestwo), reprezentowaną przez adwokatów M. Di Stefana oraz A. Salerno,

interwenienci,

\* Język postępowania: hiszpański.

mającej za przedmiot wniosek o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji C(2007) 3196 wersja ostateczna z dnia 4 lipca 2007 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 82 [WE] (sprawa COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica) oraz, tytułem ewentualnym, żądanie uchylenia lub obniżenia grzywny nałożonej na skarżące,

SĄD (ósma izba),

w składzie: L. Truchot, prezes, M.E. Martins Ribeiro (sprawozdawca) i H. Kanninen, sędziowie,

sekretarz: J. Palacio González, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 23 maja 2011 r.,

wydaje następujący

## Wyrok

### Prezentacja skarżących

- 1 Telefónica SA, strona skarżąca w niniejszej sprawie, jest spółką dominującą grupy Telefónica, dawnym monopolistą państwowym w sektorze telekomunikacji w Hiszpanii. Przez cały okres, o którym mowa w decyzji Komisji C(2007) 3196 wersja ostateczna z dnia 4 lipca 2007 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 82 [WE] (sprawa COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica) (zwanej dalej „zaskarżoną decyzją”), tj. od września 2001 r. do grudnia 2006 r., Telefónica świadczyła usługi szerokopasmowe za pośrednictwem swojej spółki zależnej Telefónica de España SAU (zwanej dalej „TESAU”), również będącej stroną skarżącą w niniejszej sprawie, oraz dwóch innych spółek zależnych, Telefónica Data de España SAU i Terra Networks España SA, które połączyły się z TESAU, odpowiednio, w dniach 30 czerwca i 7 lipca 2006 r. (motywy 11, 13, 19–21 zaskarżonej decyzji). Przez cały okres będący przedmiotem dochodzenia Telefónica i jej spółki zależne (łącznie zwane dalej „Telefónica”) stanowiły jedną i tę samą jednostkę gospodarczą (motyw 12 zaskarżonej decyzji).
- 2 Przed całkowitą liberalizacją rynków telekomunikacyjnych w 1998 r. Telefónica należała do państwa hiszpańskiego i korzystała z monopolu prawnego w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych poprzez sieć stacjonarną. Obecnie korzysta z jedynej sieci telefonii stacjonarnej o wymiarze krajowym (motywy 13 zaskarżonej decyzji).

### Postępowanie administracyjne

- 3 W dniu 11 lipca 2003 r. Wanadoo España SL (obecnie France Telecom España SA) (zwana dalej „France Telecom”) złożyła do Komisji Wspólnot Europejskich skargę, w której zarzuca, że różnica między cenami hurtowymi, jakie spółki zależne Telefóniki żądały od swoich konkurentów za hurtowe usługi dostępu szerokopasmowego w Hiszpanii, a cenami detalicznymi, jakie stosowały one wobec użytkowników końcowych, była niewystarczająca, aby konkurenci Telefóniki mogli z nią konkurować (motywy 26 zaskarżonej decyzji).
- 4 Po przeprowadzeniu analizy tej skargi i po otrzymaniu informacji uzupełniających Komisja w dniu 20 lutego 2006 r. skierowała do Telefóniki pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, na które Telefónica odpowiedziała w dniu 19 maja 2006 r. Przesłuchanie odbyło się w dniach 12 i 13 czerwca 2006 r. (motywy 27, 30 zaskarżonej decyzji).

- 5 W dniu 11 stycznia 2007 r. Komisja skierowała do Telefóniki pismo, w którym wezwała ją do przedstawienia jej uwag dotyczących wniosków, które Komisja zamierzała wyciągnąć na podstawie nowych okoliczności faktycznych, niewspomnianych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów. Telefónica odpowiedziała na nie w dniu 12 lutego 2007 r. (motyw 31 zaskarżonej decyzji).

### **Zaskarżona decyzja**

- 6 W dniu 4 lipca 2007 r. Komisja wydała decyzję będącą przedmiotem skargi w niniejszej sprawie.
- 7 W pierwszej kolejności w zaskarżonej decyzji Komisja określiła trzy właściwe rynki produktowe, tj. detaliczny rynek dostępu szerokopasmowego i dwa hurtowe rynki dostępu szerokopasmowego (motywy 145–208 zaskarżonej decyzji).
- 8 Właściwy rynek detaliczny obejmuje zgodnie z zaskarżoną decyzją wszystkie usługi szerokopasmowe niezależnie od tego, czy są one świadczone przez łącza ADSL (Asymetrycznej cyfrowej linii abonenckiej) czy za pomocą innych technologii; te sprzedawane na „masowym rynku konsumenckim” usługi są przeznaczone dla użytkowników domowych i tych niebędących gospodarstwami domowymi. Rynek ten nie obejmuje natomiast usług dostępu szerokopasmowego dostosowanych do indywidualnych potrzeb, skierowanych głównie do „dużych klientów” (motyw 153 zaskarżonej decyzji).
- 9 W zakresie dotyczącym rynków hurtowych Komisja wskazała, że dostępne były trzy główne oferty hurtowe, a mianowicie oferta ramowa dla uwalniania pętli lokalnej, proponowana jedynie przez Telefónicę, hurtowa oferta regionalna (GigADSL, zwana dalej „regionalnym produktem hurtowym”), również proponowana jedynie przez Telefónicę, i wiele krajowych ofert hurtowych na produkty sprzedawane zarówno przez Telefónicę (ADSL-IP i ADSL-IP Total, zwane dalej „krajową usługą hurtową”), jak i przez innych operatorów w oparciu o uwolnienie pętli lokalnej lub regionalny produkt hurtowy (motyw 75 zaskarżonej decyzji).
- 10 W celu określenia hurtowych rynków właściwych w niniejszej sprawie Komisja zbadała, czy hurtowe usługi dostępu opisane w poprzednim punkcie należą do tego samego rynku produktowego czy do odrębnych rynków produktowych (motyw 162 zaskarżonej decyzji).
- 11 W tym względzie Komisja uznała przede wszystkim, że regionalny produkt hurtowy i uwolnienie pętli lokalnej nie są wzajemnie zastępowalne (motywy 163–182 zaskarżonej decyzji). Aby uzasadnić ten wniosek, Komisja wskazała, jeśli chodzi o zastępowalność po stronie popytu, istotne nakłady na budowę sieci (motywy 163, 164 zaskarżonej decyzji) i funkcjonalne różnice między tymi dwoma rodzajami dostępu (motyw 165 zaskarżonej decyzji). Komisja uznała też, że brak było zastępowalności po stronie podaży obu tych produktów, ponieważ wymagałaby ona, aby operator alternatywny był w stanie dostarczyć sieć pętli lokalnych identycznych jak sieć Telefóniki na całym terytorium Hiszpanii, co z ekonomicznego punktu widzenia nie jest możliwe w rozsądnym terminie (motyw 167 zaskarżonej decyzji).
- 12 Następnie Komisja uznała, że brak jest wystarczającej zastępowalności między produktami hurtowymi regionalnym i krajowym (motywy 183–195 zaskarżonej decyzji), wskazując jednocześnie, że dokładne granice pomiędzy rynkami hurtowymi krajowym i regionalnym nie są rozstrzygające ze względu na dominującą pozycję Telefóniki na każdym z tych rynków (motyw 195 zaskarżonej decyzji). Co się tyczy zastępowalności po stronie popytu, Komisja uznała, że operator alternatywny pragnący świadczyć usługi detaliczne ADSL na poziomie krajowym z wykorzystaniem krajowego produktu hurtowego musiał ponosić wysokie powtarzalne i poprzedzające koszty budowy i utrzymania sieci umożliwiające połączenie sieci w 109 punktach dostępu pośredniego Telefóniki (motyw 183 zaskarżonej decyzji). Ponadto przejście z regionalnego produktu hurtowego na krajowy produkt hurtowy nie miałoby sensu z ekonomicznego punktu widzenia, ponieważ byłoby nielogiczne

i mało prawdopodobne, aby operatorzy, którzy poczynili już nakłady na budowę sieci, ponieśli koszty niewykorzystywania własnej sieci i korzystania z krajowego produktu hurtowego, który nie zapewnia im takich samych możliwości w zakresie kontroli jakości usługi produktu detalicznego, jakie daje im regionalny produkt hurtowy (motyw 187 zaskarżonej decyzji). Co się tyczy zastępowalności po stronie podaży, Komisja wskazała, że choć niewątpliwie operator chcący proponować krajową ofertę hurtową mógł to robić w oparciu o regionalną ofertę hurtową, co wymagało istotnych nakładów, nakłady te były nieporównywalne do nakładów koniecznych do uwolnienia pętli lokalnej, które na rynku wyższego szczebla było niezbędne, aby operator mógł oferować regionalny produkt dostępu hurtowego konkurencyjny wobec takiego produktu Telefóniki (motyw 191 zaskarżonej decyzji).

- 13 Komisja uznała wreszcie, że technologie dostępu szerokopasmowego inne niż ADSL, w szczególności technologia kablowa, nie mogą być uważane za substytucyjne wobec ofert ADSL (motywy 196–207 zaskarżonej decyzji). Jeśli chodzi o zastępowalność po stronie popytu, Komisja wskazała istotne koszty, które muszą zostać poniesione w razie przejścia z oferty hurtowej ADSL na ofertę hurtową z użyciem kabla, a także słabe pokrycie i rozdrobnienie sieci kablowej w Hiszpanii (motyw 199 zaskarżonej decyzji). Komisja wskazała też, że nawet jeśli z technicznego punktu widzenia operator kablowy może oferować podmiotom trzecim hurtowy dostęp szerokopasmowy będący odpowiednikiem regionalnego i krajowego produktu hurtowego, napotyka tu na trudności natury praktycznej i ekonomicznej, ze względu na które taka oferta nie byłaby możliwa z gospodarczego punktu widzenia.
- 14 Komisja doszła do wniosku, że rynki hurtowe właściwe do celów zaskarżonej decyzji obejmują regionalny produkt hurtowy i krajowy produkt hurtowy z wyłączeniem kablowych usług hurtowych i technologii innych niż ADSL (motywy 6, 208 zaskarżonej decyzji).
- 15 Właściwe rynki geograficzne – hurtowy i detaliczny – obejmują zgodnie z zaskarżoną decyzją terytorium krajowe (Hiszpanii) (motyw 209 zaskarżonej decyzji).
- 16 W drugiej kolejności Komisja uznała, że Telefónica zajmowała pozycję dominującą na obydwu właściwych rynkach hurtowych (motywy 223–242 zaskarżonej decyzji). W rozważanym okresie Telefónica posiadała bowiem monopol na dostarczanie regionalnego produktu hurtowego i zajmowała ponad 84% rynku krajowego produktu hurtowego (motywy 223, 235 zaskarżonej decyzji). Zgodnie z zaskarżoną decyzją (motywy 243–277) Telefónica zajmowała również pozycję dominującą na rynku detalicznym.
- 17 W trzeciej kolejności Komisja zbadała, czy Telefónica nadużyła pozycji dominującej na rynkach właściwych (motywy 278–694 zaskarżonej decyzji). W tym względzie Komisja uznała, że Telefónica naruszyła art. 82 WE, narzucając swym konkurentom niesłuszne ceny w postaci nożyc cenowych między cenami detalicznego dostępu szerokopasmowego na hiszpańskim „masowym rynku konsumenckim” a cenami hurtowego dostępu szerokopasmowego na szczeblu regionalnym i krajowym w okresie od września 2001 r. do grudnia 2006 r. (motyw 694 zaskarżonej decyzji).
- 18 W celu ustalenia istnienia nożyc cenowych w niniejszej sprawie Komisja, po pierwsze, przypomniwała kontekst prawny, w ramach którego Telefónica oferowała regionalne i krajowe produkty hurtowe, w szczególności nałożony przez prawo hiszpańskie na Telefónicę obowiązek oferowania na sprawiedliwych warunkach hurtowego dostępu na szczeblu regionalnym i krajowym. Komisja przypomniwała również o nałożonym przez Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT, hiszpańską komisję ds. rynku telekomunikacyjnego) na Telefónicę od marca 1999 r. obowiązku dostarczania hurtowego produktu regionalnego i wskazała, że Telefónica zaczęła oferować swój produkt ADSL-IP Total z własnej inicjatywy od września 1999 r., podczas gdy CMT nałożyła na Telefónicę obowiązek oferowania dostępu do ADSL-IP od kwietnia 2002 r. (motywy 288, 289 zaskarżonej decyzji).



- 19 Po drugie, co się tyczy metody obliczania nożyc cenowych, Komisja uznała, primo, że poziom skuteczności konkurentów Telefóniki należy oceniać w porównaniu do jej kosztów ponoszonych na rynku niższego szczebla (metoda „równie skutecznego konkurenta”) (motywy 311–315 zaskarżonej decyzji); secundo, że odpowiednią metodą oceny kosztów jest w niniejszej sprawie metoda długoterminowych średnich kosztów przyrostowych (Long Run Average Incremental Cost, zwanych dalej „LRAIC”) (motywy 316–324 zaskarżonej decyzji); tertio, że ocenę opłacalności w czasie można ustalić zgodnie z dwiema metodami, a mianowicie z metodą zwaną „okres po okresie” oraz z metodą zdyskontowanych przepływów gotówkowych (discounted cash flow, zwaną dalej „DCF”) (motywy 325–385 zaskarżonej decyzji); quarto, że obliczania nożyc cenowych należy dokonywać na podstawie oferty usług sprzedawanych przez Telefónicę na właściwym rynku detalicznym (motywy 386–388 zaskarżonej decyzji); oraz, quinto – co się tyczy wyboru danych dotyczących rynku wyższego szczebla celem obliczania możliwości zastosowania tych samych cen na rynku niższego szczebla – że równie skuteczny konkurent musi być w stanie zastosować stawki Telefóniki przy wykorzystaniu przynajmniej jednego produktu hurtowego Telefóniki na każdym z właściwych rynków hurtowych (motywy 389–396 zaskarżonej decyzji).
- 20 Po trzecie, Komisja sprawdziła, czy różnica między cenami stosowanymi przez Telefónicę na rynku niższego szczebla i wyższego szczebla pokrywała przynajmniej LRAIC ponoszone przez Telefónicę na rynku niższego szczebla (motywy 397–511 zaskarżonej decyzji). Stosując metodologię opisaną w poprzednim punkcie, Komisja obliczyła, iż ceny detaliczne Telefóniki nie były możliwe do zastosowania przez jej konkurentów przy wykorzystaniu jej hurtowych produktów krajowego lub regionalnego w okresie od września 2001 r. do grudnia 2006 r. (motywy 512–542 zaskarżonej decyzji).
- 21 Po czwarte, co się tyczy skutków nadużycia, Komisja uznała, że zachowanie Telefóniki prawdopodobnie ograniczyło zdolność operatorów ADSL do długoterminowego rozwoju na rynku detalicznym i prawdopodobnie wyrządziło znaczne szkody użytkownikom końcowym. Komisja stwierdziła również, że zachowanie Telefóniki spowodowało rzeczywiste skutki polegające na wykluczeniu i wyrządziło szkody konsumentom (motywy 544–618 zaskarżonej decyzji).
- 22 Po piąte, Komisja podniosła, że zachowanie Telefóniki nie jest obiektywnie uzasadnione i że nie spowodowało wzrostu jej skuteczności (motywy 619–664 zaskarżonej decyzji).
- 23 Wreszcie, po szóste, Komisja wskazała, że Telefónica miała możliwość uniknięcia tych nożyc cenowych. Telefónica mogła bowiem podwyższyć swoje ceny detaliczne lub obniżyć swoje stawki hurtowe. Komisja dodała, iż fakt skierowania przez CMT do Telefóniki decyzji dotyczących nożyc cenowych nie może wyłączyć odpowiedzialności Telefóniki (motywy 665–694 zaskarżonej decyzji).
- 24 W czwartej kolejności Komisja uznała, że w niniejszej sprawie zakłócona była wymiana handlowa między państwami członkowskimi, ponieważ polityka cenowa Telefóniki dotyczy usług dostępu operatora zajmującego pozycję dominującą na rynku obejmującym całe terytorium hiszpańskie, stanowiące istotną część rynku wewnętrznego (motywy 695–697 zaskarżonej decyzji).
- 25 Do celów obliczenia kwoty grzywny Komisja zastosowała w zaskarżonej decyzji metodę określoną w wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 oraz art. 65 ust. 5 traktatu [EW/WiS] (Dz.U. 1998, C 9, s. 3, zwanych dalej „wytycznymi z 1998 r.”).
- 26 Po pierwsze, Komisja oceniła wagę i wpływ naruszenia oraz zasięg właściwego rynku geograficznego. Przede wszystkim, co się tyczy wagi naruszenia, Komisja uznała, że chodzi o istotne nadużycie ze strony przedsiębiorstwa posiadającego prawie całkowity monopol, które to nadużycie zgodnie z wytycznymi z 1998 r. należy uznać za „bardzo poważne” (motywy 739–743 zaskarżonej decyzji). W motywach 744–750 zaskarżonej decyzji Komisja w szczególności odróżniła niniejszy przypadek od decyzji Komisji 2003/707/WE z dnia 21 maja 2003 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 82 WE (sprawa COMP/C 1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (Dz.U. L 263, s. 9,

zwana dalej „decyzją w sprawie Deutsche Telekom”), w której nadużycie popełnione przez Deutsche Telekom, również polegające na zaniżaniu marży, nie zostało uznane za „bardzo poważne” w rozumieniu wytycznych z 1998 r. Następnie, w odniesieniu do wpływu naruszenia, Komisja uwzględniła okoliczność, że rynki uznane w zaskarżonej decyzji za właściwe miały istotną wartość gospodarczą, że odgrywały kluczową rolę w rozwoju społeczeństwa informacyjnego i że nadużycie popełnione przez Telefónicę miało istotny wpływ na rynek detaliczny (motywy 751, 753 zaskarżonej decyzji). Wreszcie, jeśli chodzi o zasięg właściwego rynku geograficznego, Komisja wskazała w szczególności, że hiszpański rynek szerokopasmowy był piątym co do wielkości rynkiem szerokopasmowym w Unii Europejskiej i że, choć przypadki występowania nożyc cenowych siłą rzeczy ograniczały się do jednego państwa członkowskiego, to jednak uniemożliwiały podmiotom gospodarczym z innych państw członkowskich wejście na dynamicznie rozwijający się rynek (motywy 754, 755 zaskarżonej decyzji).

- 27 Zgodnie z zaskarżoną decyzją kwota wyjściowa grzywny w wysokości 90 000 000 EUR uwzględnia fakt, że waga praktyki stanowiącej nadużycie stała się bardziej oczywista z upływem przedmiotowego okresu, a zwłaszcza po przyjęciu decyzji w sprawie Deutsche Telekom (motywy 756, 757 zaskarżonej decyzji). Do kwoty tej zastosowano mnożnik wynoszący 1,25, aby uwzględnić znaczne możliwości gospodarcze Telefóniki i aby zapewnić nadanie grzywnie wystarczająco odstrasżającego charakteru, w wyniku czego kwota wyjściowa grzywny została ustalona na 112 500 000 EUR (motywy 758 zaskarżonej decyzji).
- 28 Po drugie, ponieważ naruszenie trwało od września 2001 r. do grudnia 2006 r., tj. pięć lat i cztery miesiące, Komisja podwyższyła kwotę wyjściową o 50%. Podstawowa kwota grzywny została w ten sposób ustalona na 168 750 000 EUR (motywy 759–761 zaskarżonej decyzji).
- 29 Na podstawie dostępnych dowodów Komisja uznała, że w niniejszym przypadku należy przyjąć istnienie pewnych okoliczności łagodzących, ponieważ naruszenie zostało popełnione co najmniej wskutek niedbalstwa. Telefónice przyznano zatem obniżenie kwoty grzywny o 10%, co spowodowało ustalenie grzywny na kwotę 151 875 000 EUR (motywy 765, 766 zaskarżonej decyzji).
- 30 Sentencja zaskarżonej decyzji brzmi następująco:

„Artykuł 1

[Telefónica] i [TESAU] naruszyły art. 82 WE ze względu na stosowanie niesłusznych cen polegających na dysproporcji między hurtowymi i detalicznymi cenami szerokopasmowego dostępu stosowanymi w okresie od września 2001 r. do grudnia 2006 r.

Artykuł 2

Za naruszenie stwierdzone w art. 1 nałożona zostaje na [Telefónicę] i na [TESAU] grzywna w wysokości 151 875 000 EUR, za zapłatę której są one odpowiedzialne solidarnie” [tłumaczenie nieoficjalne].

### **Przebieg postępowania i żądania stron**

- 31 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 1 października 2007 r. skarżące wniosły skargę w niniejszej sprawie.
- 32 Pismami złożonymi w sekretariacie Sądu, odpowiednio, w dniach 10 i 24 grudnia 2007 r. France Telecom i Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) (hiszpańskie stowarzyszenie użytkowników usług bankowych, zwane dalej „Ausbanc”) wniosły o dopuszczenie ich do udziału w sprawie w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji.

- 33 Pismem z dnia 7 stycznia 2008 r. skarżące wniosły o zachowanie w stosunku do ewentualnych interwenientów poufności pewnych informacji zawartych w skardze i w załącznikach do niej.
- 34 Pismem z dnia 22 lutego 2008 r. skarżące wniosły o zachowanie w stosunku do Ausbanc poufności pewnych informacji zawartych w skardze i w załącznikach do niej.
- 35 Pismami z dnia 15 kwietnia 2008 r. skarżące wniosły o zachowanie w stosunku do Ausbanc i do France Telecom poufności pewnych informacji zawartych w odpowiedzi na skargę i w załącznikach do niej.
- 36 Pismami z dnia 25 lipca 2008 r. skarżące wniosły o zachowanie w stosunku do Ausbanc i do France Telecom poufności pewnych informacji zawartych w replice i w załącznikach do niej.
- 37 Postanowieniem prezesa ósmej izby Sądu z dnia 31 lipca 2008 r. France Telecom i Ausbanc zostały dopuszczone do udziału w sprawie w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji. Decyzja w przedmiocie zasadności wniosku o zachowanie poufności została pozostawiona do rozstrzygnięcia w terminie późniejszym.
- 38 Jawne wersje poszczególnych pism procesowych, przygotowane przez skarżące, zostały przekazane interwenientom.
- 39 Pismem z dnia 12 września 2008 r. Ausbanc zakwestionowało poufność fragmentów, które zostały utajnione w otrzymanych przez nią jawnych wersjach dokumentów zgromadzonych w postępowaniu
- 40 Pismem z dnia 15 września 2008 r. France Telecom sprzeciwiła się wnioskowi o zachowanie poufności w zakresie, w jakim dotyczyły one całości różnych załączników do skargi, odpowiedzi na skargę i repliki.
- 41 W dniu 28 października 2008 r. France Telecom i Ausbanc złożyły uwagi interwenienta.
- 42 Pismem z dnia 25 listopada 2008 r. skarżące powiadomiły Sąd, że uwagi interwenientów nie zawierają poufnych danych.
- 43 Pismem z dnia 27 listopada 2008 r. skarżące złożyły wniosek o zachowanie w stosunku do Ausbanc i do France Telecom poufności pewnych informacji zawartych w duplice i w załącznikach do niej.
- 44 W dniu 6 lutego 2009 r. skarżące złożyły swoje odpowiedzi na uwagi interwenientów.
- 45 Pismem z dnia 6 lutego 2009 r. skarżące wniosły o zachowanie poufności pewnych informacji zawartych w odpowiedziach na uwagi France Telecom i w załączniku do tych odpowiedzi.
- 46 Pismem z dnia 9 lutego 2009 r. Komisja zrezygnowała z przedstawienia odpowiedzi na uwagi interwenientów.
- 47 Postanowieniem z dnia 2 marca 2010 r. prezes ósmej izby częściowo uwzględnił wniosek skarżącej o zastosowanie poufności.
- 48 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 4 listopada 2010 r. European Competitive Telecommunications Association (zwana dalej „ECTA”) również wniosła o dopuszczenie jej do udziału w sprawie w charakterze interwenienta popierającego żądania Komisji.
- 49 Pismem z dnia 7 grudnia 2010 r. skarżące sprzeciwiły się temu wnioskowi.
- 50 Postanowieniem prezesa ósmej izby Sądu z dnia 28 lutego 2011 r. ECTA została dopuszczona do udziału w sprawie w charakterze interwenienta popierającego żądania Komisji.

- 51 Skarżące wnoszą do Sądu o:
- tytułem żądania głównego – stwierdzenie, na podstawie art. 230 WE, nieważności zaskarżonej decyzji;
  - tytułem żądania ewentualnego – uchylenie lub obniżenie, na podstawie art. 229 WE, kwoty grzywny, która została na nie nałożona w zaskarżonej decyzji;
  - w każdym razie – obciążenie Komisji kosztami postępowania.
- 52 Komisja wnosi do Sądu o:
- oddalenie skargi;
  - obciążenie skarżących kosztami postępowania.
- 53 Ausbanc wnosi do Sądu o:
- oddalenie żądania głównego i żądania ewentualnego skarżących;
  - obciążenie skarżących kosztami postępowania.
- 54 France Telecom wnosi do Sądu o:
- oddalenie skargi w całości;
  - obciążenie skarżących całością kosztów postępowania wynikających z interwencji.
- 55 Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd (ósma izba) postanowił otworzyć procedurę ustną. Na rozprawie w dniu 23 maja 2011 r. wysłuchane zostały wystąpienia stron oraz ich odpowiedzi na zadane ustnie pytania Sądu.
- 56 Na rozprawie ECTA wniosła do Sądu o:
- oddalenie skargi;
  - obciążenie skarżących kosztami postępowania.

## **Co do prawa**

*A – W przedmiocie dopuszczalności argumentów skarżących zawartych jakoby w załącznikach*

- 57 W duplice Komisja zakwestionowała dopuszczalność niektórych argumentów skarżących zawartych jakoby w załącznikach do skargi i w replice. Komisja wskazała, że tym sposobem skarżące przedstawiły argumenty o charakterze prawnym bądź gospodarczym, które nie ograniczały się do potwierdzenia lub uzupełnienia okoliczności faktycznych bądź prawnych wyraźnie podniesionych w treści tych pism procesowych, lecz stanowiły dodatkowe zarzuty. Wobec tego zdaniem Komisji „cały zakres uwag skarżących” sprowadza się do tych załączników, bez których uwagi te pozbawione byłyby treści.
- 58 Z art. 21 statutu Trybunału Sprawiedliwości i art. 44 § 1 lit. c) regulaminu postępowania przed Sądem wynika, że skarga wszczynająca postępowanie powinna wskazywać przedmiot sporu oraz związłe przedstawienie powołanych zarzutów. Wskazanie to powinno być wystarczająco jasne i dokładne, by



umożliwić stronie pozwanej przygotowanie obrony, a Sądowi wydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie skargi, w razie potrzeby, bez dodatkowych informacji na jej poparcie. Aby zagwarantować pewność prawa i prawidłowe administrowanie wymiarem sprawiedliwości, dla dopuszczalności skargi konieczne jest, aby istotne okoliczności faktyczne i prawne na jej poparcie wynikały przynajmniej zwięźle, ale w sposób spójny i zrozumiały, z treści samej skargi. Choć treść skargi co do poszczególnych punktów może być poparta i uzupełniona przez odwołania do załączonych do niej wyciągów z dokumentów, jednak ogólne odwołanie do innych pism, także wówczas, gdy stanowią one załączniki do skargi, nie rekompensuje braku zasadniczych elementów argumentacji prawnej, które muszą być zawarte w skardze na podstawie powołanych wyżej przepisów (zob. wyrok Sądu z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04 Microsoft przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-3601, pkt 94 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 59 Ponadto do Sądu nie należy wyszukiwanie i identyfikowanie w załącznikach podstaw skargi i argumentów, na których może się ona opierać, ponieważ załączniki pełnią funkcję czysto dowodową i pomocniczą (wyroki Sądu: z dnia 7 listopada 1997 r. w sprawie T-84/96 Cipeke przeciwko Komisji, Rec. s. II-2081, pkt 34; z dnia 21 marca 2002 r. w sprawie T-231/99 Joynson przeciwko Komisji, Rec. s. II-2085, pkt 154; z dnia 14 grudnia 2005 r. w sprawie T-209/01 Honeywell przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-5527, pkt 57). Czysto dowodowa i pomocnicza funkcja załączników powoduje, że jeśli zawierają one okoliczności prawne, na których oparte są niektóre żądania sformułowane w skardze, okoliczności takie muszą być zawarte w samej treści skargi lub przynajmniej zostać w niej określone w sposób wystarczający (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 28 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-5425, pkt 99). Wobec tego skarga powinna wyjaśniać, na czym polega zarzut, na którym się opiera, a samo abstrakcyjne wskazanie tego zarzutu nie czyni zadość wymogom określonym w regulaminie postępowania (wyroki Sądu: z dnia 12 stycznia 1995 r. w sprawie T-102/92 Viho przeciwko Komisji, Rec. s. II-17, pkt 68; z dnia 22 listopada 2006 r. w sprawie T-282/04 Włochy przeciwko Komisji, niepublikowany w Zbiorze, pkt 60).
- 60 Załączniki nie mogą więc służyć do rozwinięcia zarzutu, który został zwięźle przedstawiony w skardze, poprzez podniesienie zarzutów lub argumentów, które nie znajdują się w tej skardze (zob. wyrok Sądu z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie T-340/03 France Télécom przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-107, pkt 167 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 61 Taka wykładnia art. 21 statutu Trybunału Sprawiedliwości i art. 44 ust. 1 lit. c) regulaminu postępowania dotyczy również warunków dopuszczalności repliki, której celem, zgodnie z art. 47 § 1 tego regulaminu, jest uzupełnienie skargi (zob. ww. w pkt 58 wyrok w sprawie Microsoft przeciwko Komisji, pkt 95 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 62 W niniejszej sprawie skarżące w swoich pismach wielokrotnie odsyłają do załączonych do nich dokumentów, niekiedy bardzo obszernych. Niektóre z tych odesłań dotyczą jednak odnośnych załączników jedynie w sposób ogólny, a zatem nie pozwalają na dokładne ustalenie przez Sąd okoliczności, które mógłby on uznać za wspierające lub uzupełniające – poprzez odesłanie do określonych fragmentów tych dokumentów – konkretne punkty zarzutów i argumentów rozwiniętych w skardze lub w replice. Ponadto, w szczególności, dokumenty, do których odnoszą się niektóre odesłania, nie mają jedynie na celu wsparcia i uzupełnienia konkretnych punktów pewnych argumentów zawartych w treści pisma, do którego zostały załączone, lecz stanowią właściwe wyjaśnienie treści tych argumentów, tak iż bez analizy tych dokumentów argumenty te nie są zrozumiałe.
- 63 Oznacza to, że w niniejszej sprawie załączniki do skargi i do repliki zostaną wzięte przez Sąd pod rozwagę tylko w takim zakresie, w jakim wspierają lub uzupełniają argumenty wyraźnie powołane przez skarżące w treści pisma lub w jakim możliwe jest dokładne określenie przez Sąd, które elementy w nich zawarte wspierają lub uzupełniają wspomniane zarzuty lub argumenty (zob. podobnie ww. w pkt 58 wyrok w sprawie Microsoft przeciwko Komisji, pkt 99).

B – *Co do istoty*

- 64 Skarżące zawarły w skardze żądania sformułowane tytułem głównym i tytułem ewentualnym.
- 65 Na poparcie swojego głównego żądania, zmierzającego do uzyskania stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji, skarżące podnoszą sześć zarzutów. Zarzut pierwszy oparty jest na naruszeniu prawa do obrony. Zarzut drugi odnosi się do błędów w ustaleniach faktycznych i do naruszenia prawa przy definiowaniu właściwych rynków hurtowych. Zarzut trzeci oparty jest na błędach w ustaleniach faktycznych i na naruszeniu prawa przy ustalaniu dominującej pozycji Telefóniki na rynkach uznanych za właściwe. Zarzut czwarty dotyczy błędnego zastosowania art. 82 WE w odniesieniu do stanowiącego nadużycie zachowania Telefóniki. Zarzut piąty dotyczy błędów w ustaleniach faktycznych lub błędów w ocenie okoliczności faktycznych i naruszenia prawa w odniesieniu do zachowania Telefóniki stanowiącego nadużycie oraz do jego antykonkurencyjnego skutku. Wreszcie zarzut szósty odnosi się do zastosowania *ultra vires* art. 82 WE i do naruszenia zasad pomocniczości, proporcjonalności, pewności prawa, lojalnej współpracy oraz dobrej administracji.

- 66 Tytułem ewentualnym skarżące przedstawiły dwa żądania, dotyczące uchylecia grzywny lub obniżenia jej kwoty. Zarzut pierwszy dotyczy błędów w ustaleniach faktycznych i naruszenia art. 15 ust. 2 rozporządzenia Rady nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwszego rozporządzenia wprowadzającego w życie art. [81 WE] i [82 WE] (Dz.U. 13, s. 204), i art. 23 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 [WE] i 82 [WE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1) oraz zasad pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań. Zarzut drugi, podniesiony dalszym tytułem ewentualnym, dotyczy błędów w ustaleniach faktycznych i naruszenia prawa oraz zasad proporcjonalności, równego traktowania, indywidualizacji kar, a także obowiązku uzasadnienia, które to błędy zostały popełnione przy ustalaniu kwoty grzywny.

1. *W przedmiocie żądania głównego, dotyczącego stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji*

a) *Co do zakresu kontroli przez sąd unijny i ciężaru dowodu*

- 67 Z art. 2 rozporządzenia nr 1/2003, jak również z utrwalonego orzecznictwa odnoszącego się do kwestii stosowania art. 81 WE i 82 WE wynika, że w dziedzinie prawa konkurencji w przypadku sporu co do istnienia naruszenia reguł konkurencji na Komisji spoczywa ciężar dowodu na okoliczność naruszenia, które Komisja stwierdza, oraz ciężar przedstawienia środków dowodowych mogących wykazać w stopniu wystarczającym w świetle wymogów prawa okoliczności faktyczne wskazujące na takie naruszenie (wyroki Trybunału: z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-185/95 P Baustahlgewebe przeciwko Komisji, Rec. s. I-8417, pkt 58; z dnia 6 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-2/01 P i C-3/01 P BAI i Komisja przeciwko Bayer, Rec. s. I-23, pkt 62; zob. podobnie także ww. w pkt 58 wyrok w sprawie Microsoft przeciwko Komisji, pkt 688). W tym celu Komisja musi zgromadzić dokładne i zgodne dowody na poparcie silnego przekonania, że zarzucane naruszenie zostało popełnione (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 25 października 2005 r. w sprawie T-38/02 Groupe Danone przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-4407, pkt 217 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 68 Następnie należy przypomnieć, że sąd unijny w ramach skargi o stwierdzenie nieważności na podstawie art. 230 WE ma za zadanie jedynie kontrolę legalności zaskarżonego aktu (wyrok Sądu z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawach połączonych T-67/00, T-68/00, T-71/00 i T-78/00 JFE Engineering i in. przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-2501, pkt 174). Zadanie sądu rozpatrującego skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji stwierdzającej wystąpienie naruszenia w dziedzinie konkurencji i nakładającej na adresatów grzywny polega zatem na ocenie, czy dowody i inne informacje, na które powołuje się Komisja w swojej decyzji, są wystarczające dla ustalenia wystąpienia zarzucanego naruszenia (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 20 kwietnia 1999 r. w sprawach połączonych od T-305/94 do T-307/94,

od T-313/94 do T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 i T-335/94 Limburgse Vinyl Maatschappij i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-931, pkt 891; ww. wyrok w sprawie JFE Engineering i in. przeciwko Komisji, pkt 175).

- 69 Ponadto trzeba przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, choć sąd unijny sprawuje w sposób ogólny pełną kontrolę nad kwestią, czy przesłanki zastosowania przepisów dotyczących konkurencji są spełnione, to jednak sprawowana przez niego kontrola skomplikowanych ocen ekonomicznych dokonywanych przez Komisję musi ograniczać się do zweryfikowania przestrzegania wymogów dotyczących zasad postępowania i uzasadnienia, a także prawdziwości materialnej okoliczności faktycznych, braku oczywistego błędu w ocenie i nadużycia władzy (wyroki Trybunału: z dnia 11 lipca 1985 r. w sprawie 42/84 Remia i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 2545, pkt 34; z dnia 17 listopada 1987 r. w sprawach połączonych 142/84 i 156/84 British American Tobacco i Reynolds Industries przeciwko Komisji, Rec. s. 4487, pkt 62; z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-123, pkt 279; wyrok Sądu z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie T-271/03 Deutsche Telekom przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-477, pkt 185).
- 70 Podobnie w zakresie, w jakim decyzja Komisji jest wynikiem złożonych ocen technicznych, są one również co do zasady przedmiotem ograniczonej kontroli sądowej, co oznacza, że sąd unijny nie może zastąpić dokonanej przez Komisję oceny okoliczności faktycznych swoją oceną (ww. w pkt 58 wyrok w sprawie Microsoft przeciwko Komisji, pkt 88; wyrok Sądu z dnia 9 września 2009 r. w sprawie T-301/04 Clearstream przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-3155, pkt 94).
- 71 Niemniej, chociaż sąd unijny uznaje, że Komisji przysługuje pewien zakres swobodnego uznania w dziedzinie ekonomicznej, nie oznacza to, że sąd ten powinien powstrzymać się od kontroli dokonanej przez Komisję interpretacji danych o tym charakterze. W istocie sąd unijny powinien dokonać zwłaszcza weryfikacji nie tylko materialnej dokładności przytoczonych dowodów, ich wiarygodności i spójności, ale też sprawdzić, czy ten materiał dowodowy stanowi zbiór istotnych danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji, i czy może on stanowić podstawę dla wniosków na nim opartych (wyrok Trybunału z dnia 15 lutego 2005 r. w sprawie C-12/03 P Komisja przeciwko Tetra Laval, Zb. Orz. s. I-987, pkt 39; ww. w pkt 58 wyrok w sprawie Microsoft przeciwko Komisji, pkt 89; ww. w pkt 70 wyrok w sprawie Clearstream przeciwko Komisji, pkt 95).
- 72 W tym względzie, jeżeli sąd ma wątpliwości, to należy je rozpatrywać na korzyść przedsiębiorstw będących adresatami decyzji stwierdzającej naruszenie (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 United Brands i United Brands Continentaal przeciwko Komisji, Rec. s. 207, pkt 265). Sąd nie może zatem uznać, że Komisja wykazała w wymagany prawem sposób istnienie danego naruszenia, jeżeli w tej kwestii ma on nadal wątpliwości, zwłaszcza w ramach skargi o stwierdzenie nieważności decyzji nakładającej grzywnę (ww. w pkt 68 wyrok w sprawach połączonych JFE Engineering i in. przeciwko Komisji, pkt 177).
- 73 W tej ostatniej sytuacji należy bowiem uwzględnić zasadę domniemania niewinności, wyrażoną w szczególności w art. 6 ust. 2 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r., zaliczającą się do praw podstawowych, które zgodnie z orzecznictwem Trybunału, potwierdzonym ponadto przez preambułę Jednolitego aktu europejskiego i przez art. 6 ust. 2 UE oraz przez art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, proklamowanej w dniu 7 grudnia 2000 r. w Nicei (Dz.U. C 364, s. 1), podlegają ochronie w porządku prawnym Unii. Z uwagi na charakter spornych naruszeń oraz charakter i surowość związanych z nimi sankcji zasada domniemania niewinności ma zastosowanie w szczególności do postępowań w sprawie naruszenia reguł konkurencji, stosowanych w przypadku przedsiębiorstw, które to postępowania mogą zakończyć się nałożeniem grzywien lub kar pieniężnych (zob. ww. w pkt 68 wyrok w sprawach połączonych JFE Engineering i in. przeciwko Komisji, pkt 178 i przytoczone tam orzecznictwo; zob.

podobnie także wyroki Trybunału z dnia 8 lipca 1999 r.: w sprawie C-199/92 P Hüls przeciwko Komisji, Rec. s. I-4287, pkt 149, 150; w sprawie C-235/92 P Montecatini przeciwko Komisji, Rec. s. I-4539, pkt 175, 176).

74 W świetle powyższych uwag należy zbadać zgodność z prawem zaskarżonej decyzji w związku z zarzutami skarżących.

b) W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego naruszenia prawa do obrony

75 Skarżące podnoszą, że w zaskarżonej decyzji Komisja na poparcie swojego twierdzenia, jakoby Telefónica popełniła naruszenie, po raz pierwszy użyła szeregu dowodów, które nie zostały przedstawione Telefónice na etapie postępowania administracyjnego i co do których nie miała ona okazji przedstawić swojego stanowiska. Nie można wobec niej powołać się na te dowody i powinny one zostać oddalone jako środki dowodowe uzasadniające zaskarżoną decyzję. Ponadto dowody te są według skarżących obciążone poważnymi błędami i brakami. Zdaniem skarżących, gdyby Telefónica miała możliwość przedstawienia swojego stanowiska w tej sprawie, mogłaby poinformować Komisję o ich istnieniu, a tym samym umożliwić ich poprawienie przed wydaniem zaskarżonej decyzji, przez co jej treść i zawarte w niej wnioski niewątpliwie byłyby inne.

76 Należy przypomnieć, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem poszanowanie prawa do obrony we wszelkich postępowaniach, które mogą doprowadzić do nałożenia sankcji, w szczególności grzywny lub okresowej kary pieniężnej, stanowi podstawową zasadę prawa Unii, którą należy respektować także w postępowaniu administracyjnym (wyroki Trybunału: z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, Rec. s. 461, pkt 9; z dnia 3 września 2009 r. w sprawach połączonych C-322/07 P, C-327/07 P i C-338/07 P Papierfabrik August Koehler i in. przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-7191, pkt 34).

77 Prawo dostępu do akt sprawy, będące konsekwencją zasady poszanowania prawa do obrony, oznacza, że Komisja ma obowiązek zapewnić zainteresowanemu przedsiębiorstwu możliwość zbadania wszystkich dokumentów znajdujących się w aktach dochodzenia, które mogą mieć znaczenie dla jego obrony. Dokumenty te obejmują zarówno dokumenty obciążające, jak i odciążające, z zastrzeżeniem tajemnicy handlowej innych przedsiębiorstw, dokumentów wewnętrznych Komisji oraz innych poufnych informacji (ww. w pkt 69 wyrok w sprawach połączonych Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 68 i przytoczone tam orzecznictwo).

78 Nieprzekazanie dokumentu stanowi naruszenie prawa do obrony tylko w przypadku, gdy dane przedsiębiorstwo wykaże, po pierwsze, że Komisja oparła się na tym dokumencie w celu uzasadnienia zarzutu dotyczącego istnienia naruszenia oraz, po drugie, że zarzut ten mógłby być dowiedziony wyłącznie poprzez odwołanie do wspomnianego dokumentu. Jeżeli istnieją inne dowody w postaci dokumentów, o których strony wiedziały na etapie postępowania administracyjnego, a które wyraźnie potwierdzają wnioski Komisji, wyłączenie z materiału dowodowego nieprzekazanego dokumentu obciążającego nie podważa zasadności zarzutów zawartych w zaskarżonej decyzji. A zatem to zainteresowane przedsiębiorstwo jest zobowiązane wykazać, że wnioski, do jakich doszła Komisja w wydanej decyzji, byłyby inne, gdyby dokument, który nie został udostępniony, a który stanowił dla Komisji podstawę do zarzucenia przedsiębiorstwu popełnienia naruszenia, został odrzucony jako materiał dowodowy (zob. ww. w pkt 69 wyrok w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 71–73 i przytoczone tam orzecznictwo).

79 Ponadto art. 27 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 stanowi, że stronom wysyła się pismo w sprawie przedstawienia zarzutów. Musi ono wskazywać w wyraźny sposób wszystkie istotne elementy, na których Komisja opiera się na tym etapie postępowania. Takie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów stanowi gwarancję proceduralną podstawowej zasady prawa wspólnotowego, która wymaga



poszanowania prawa do obrony w ramach każdego postępowania (zob. podobnie ww. w pkt 76 wyrok w sprawach połączonych Papierfabrik August Koehler i in. przeciwko Komisji, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 80 Zasada ta wymaga w szczególności, by w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów skierowanym przez Komisję do przedsiębiorstwa, na które zamierza ona nałożyć sankcję za naruszenie reguł konkurencji, zawarte zostały istotne okoliczności uwzględnione przeciw temu przedsiębiorstwu, takie jak zarzucane mu czyny, ich kwalifikacja oraz dowody, na których opiera się Komisja, tak by owo przedsiębiorstwo mogło skutecznie przedstawić swe argumenty w ramach postępowania administracyjnego wszczętego przeciwko niemu (zob. ww. w pkt 76 wyrok w sprawach połączonych Papierfabrik August Koehler i in. przeciwko Komisji, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 81 Wymóg ten jest zachowany wówczas, gdy wspomniana decyzja nie obciąża zainteresowanych odpowiedzialnością za naruszenia inne niż te, które były przedmiotem pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, oraz gdy uwzględnia jedynie fakty, co do których zainteresowani mieli możliwość wypowiedzenia się (wyrok Trybunału z dnia 15 lipca 1970 r. w sprawie 41/69 ACF Chemiefarma przeciwko Komisji, Rec. s. 661, pkt 94; wyrok Sądu z dnia 19 marca 2003 r. w sprawie T-213/00 CMA CGM i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-913, pkt 109; ww. w pkt 60 wyrok w sprawie France Télécom przeciwko Komisji, pkt 18).
- 82 Niemniej jednak decyzja końcowa Komisji nie musi być koniecznie kopią pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Tym samym dopuszczalne są uzupełnienia treści pisma w sprawie przedstawienia zarzutów dokonane w świetle udzielonej na to pismo odpowiedzi stron, których argumenty wskazują, że strony mogły skutecznie skorzystać z prawa do obrony. Mając na uwadze postępowanie administracyjne, Komisja może również zmienić lub dodać argumenty faktyczne i prawne na poparcie zarzutów, które postawiła (zob. wyrok Sądu z dnia 28 lutego 2002 r. w sprawie T-86/95 Compagnie générale maritime i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-1011, pkt 442; ww. w pkt 60 wyrok w sprawie France Télécom przeciwko Komisji, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 83 Komisja jest bowiem zobowiązana uwzględnić informacje wynikające z postępowania administracyjnego bądź to w celu porzucenia zarzutów, które okazały się niewłaściwie uzasadnione, bądź w celu uporządkowania i uzupełnienia, zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym, swej argumentacji na poparcie przyjętych zarzutów (zob. wyroki Trybunału: z dnia 29 października 1980 r. w sprawach połączonych od 209/78 do 215/78 i 218/78 van Landewyck i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 3125, pkt 68; z dnia 3 września 2009 r. w sprawie C-534/07 P Prym i Prym Consumer przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-7415, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 84 Wobec tego prawo do obrony jest naruszone z uwagi na rozbieżności pomiędzy pismem w sprawie przedstawienia zarzutów a decyzją końcową tylko pod warunkiem, że zawarty w tej decyzji zarzut nie był przedstawiony w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów w sposób wystarczający, aby umożliwić adresatom obronę (zob. wyrok Sądu z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie T-48/00 Corus UK przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-2325, pkt 100 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 85 Nie jest tak w przypadku, gdy podnoszone różnice pomiędzy pismem w sprawie przedstawienia zarzutów a zaskarżoną decyzją nie dotyczą zachowań innych niż te, co do których skarżące już przedstawiły swe stanowisko i które w związku z tym nie wiążą się z żadnym nowym zarzutem (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 15 października 2002 r. w sprawach połączonych C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P Limburgse Vinyl Maatschappij i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-8375, pkt 103).
- 86 W pierwszym rzędzie skarżące podnoszą, że Komisja w zaskarżonej decyzji oparła się na „nowych elementach” przy badaniu nożyc cenowych metodą „okres po okresie”.



- 87 W pierwszej kolejności skarżące uważają, że Komisja wykorzystała „nowe elementy” w celu obrony konieczności przyjęcia jako średniego czasu trwania relacji handlowej pomiędzy Telefónicą i jej abonentami na rynku detalicznym „średniego czasu relacji” wynoszącego [poufne]<sup>1</sup> lat, po pierwsze, poprzez powołanie się na pierwotny plan biznesowy Telefóniki, który przewidywał odzyskanie w ciągu roku lub dwóch lat kosztów poniesionych w celu pozyskania klientów, a po drugie, poprzez wskazanie, że wzór obliczeniowy zaproponowany przez Telefónicę nie był właściwy dla rynku znajdującego się w fazie ekspansji (motywy 474–489 zaskarżonej decyzji). Skarżące wskazują też, że gdyby mogły wypowiedzieć się w tej sprawie, zanim zaskarżona decyzja została wydana, mogłyby wykazać, że średni czas relacji z jej abonentami wynosił [poufne].
- 88 W tym względzie należy przede wszystkim stwierdzić, że czas trwania amortyzacji kosztów pozyskania abonentów wynoszący [poufne] lat, przyjęty w motywie 489 zaskarżonej decyzji, jest taki sam jak czas wskazany w pkt 383 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Załącznik H do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów (pkt 595–598), zatytułowany „[s]zacunkowy średni czas relacji z abonentami Telefóniki”, przedstawia w tym względzie szacunki Telefóniki dotyczące tego czasu trwania, a także powody, dla których Komisja uważała, że szacunki te zaniżały ów czas trwania (pkt 598 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów). Telefónica przedstawiła zresztą swoje argumenty w tej kwestii w części 4.1 odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów i w załączniku 5 do tej odpowiedzi.
- 89 Następnie, co się tyczy odniesienia – w motywie 476 zaskarżonej decyzji – do odzyskania kosztów pozyskania abonentów na podstawie pierwotnego planu biznesowego Telefóniki, opartego na załączniku 10iii do pisma Telefóniki z dnia 21 lipca 2006 r., późniejszego od pisma w sprawie przedstawienia zarzutów (przypis 492 w zaskarżonej decyzji), należy wskazać, że nie zostało ono wykorzystane w zaskarżonej decyzji w celu ustalenia czasu trwania amortyzacji kosztów pozyskania abonentów (motywy 476, 489 zaskarżonej decyzji), natomiast informacja ta pozwoliła stwierdzić, że okres [poufne] lat, wykorzystany przez Komisję w obliczeniach badania metodą „okres po okresie”, jest bardziej korzystny dla Telefóniki od okresu wskazanego w tym planie biznesowym.
- 90 Wreszcie, jeśli chodzi o twierdzenie Komisji zawarte w motywie 482 zaskarżonej decyzji, jakoby wzór obliczeniowy zaproponowany przez Telefónicę nie był właściwy dla rynku znajdującego się w fazie ekspansji, należy wskazać, że skarżące zostały należycie powiadomione, w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, o znaczeniu właściwego obliczenia amortyzacji kosztów pozyskania nowych klientów Telefóniki, w szczególności na rynkach w fazie ekspansji. I tak, już w pkt 380 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja wskazała, że na rynku w fazie ekspansji, takim jak rynek detaliczny analizowany w niniejszym przypadku, koszty pozyskania klientów stanowią istotne koszty, które powinny zostać zamortyzowane w stosownym okresie, wobec czego należało skorygować księgowość Telefóniki. Twierdzenie zawarte w motywie 482 zaskarżonej decyzji stanowi w tym względzie wyłącznie odpowiedź na obliczenia zaproponowane przez Telefónicę w piśmie z dnia 26 marca 2004 r., do których Komisja odniosła się już w załączniku H (pkt 595, przypis 504) pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.
- 91 W każdym razie argument skarżących zawarty w replice, zgodnie z którym gdyby wiedziały one, że Komisja nie uwzględni średniego czasu relacji z abonentami Telefóniki, mogłyby wykazać, iż ów średni czas był znacznie [poufne] od przyjętej przez Komisję w zaskarżonej decyzji, i zgodnie z którym praktyka krajowych organów regulacyjnych (zwanym dalej „KOR”) była pozbawiona znaczenia, również należy oddalić. Jak zostało już bowiem wspomniane w pkt 88 powyżej, czas amortyzacji kosztów pozyskania abonentów wynoszący [poufne] lat został już wskazany w pkt 383 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, a w pkt 382 tego pisma Komisja odniosła się już do praktyki krajowych organów ds. konkurencji i KOR. Ponadto w piśmie tym Komisja wskazała też, że możliwe jest, iż ze względu na antykonkurencyjne zachowanie Telefóniki średni czas relacji z jej abonentami jest dłuższy od średniego czasu, jaki występowałby na rynku konkurencyjnym (pkt 381 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów).

1 — Dane poufne utajnione.

- 92 Zastrzeżenie skarżących, jakoby Komisja oparła się na „nowych elementach” w celu obrony konieczności przyjęcia średniego czasu relacji wynoszącego [poufne] lat, należy zatem oddalić.
- 93 Po drugie, według skarżących Komisja uznała w zaskarżonej decyzji, że alokacja kosztów poniesionych przez Telefónicę zaniżała koszty krańcowe sprzedaży usług szerokopasmowych, podczas gdy wcześniej Komisja wskazała, że owa alokacja stanowiła „górną granicę” (pkt 407, 424 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów) lub że obejmowała ona rozsądną część struktury handlowej (pkt 27 pisma w sprawie okoliczności faktycznych).
- 94 W tym względzie należy wskazać, że Komisja wskazała już w pkt 401–407 i 427 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, iż w swojej analizie LRAIC Telefónica zaniżyła koszty sprzedaży. I tak, w pkt 401 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja wskazała, że Telefónica „zaniżyła [LRAIC] niektórych rodzajów działalności, w szczególności koszty wprowadzenia sprzedaży”. Komisja wyjaśniła, że „TESAU uwzględniła wyłącznie koszty związane bezpośrednio z każdym nowym abonentem (»premie i prowizje« należne sieci sprzedaży), ale nie uwzględniła żadnych kosztów związanych z jej strukturą handlową”. Ponadto w pkt 403 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja wskazała również, że „działalność detaliczna w zakresie ADSL prowadzona przez TESAU [generowała] znaczną część struktury handlowej TESAU i [że] pewna część tej struktury powinna zatem zostać uwzględniona w [LRAIC] TESAU”. Wreszcie w pkt 29 pisma w sprawie okoliczności faktycznych Komisja podkreśliła, że struktura handlowa TESAU była głównie nastawiona na rozwój usług szerokopasmowych. Ponadto skarżące przedstawiły uwagi w tym względzie w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów.
- 95 Jeśli chodzi o dotyczące kosztów sprzedaży twierdzenie skarżących, jakoby Komisja „zrezygnowała z hipotezy niższej [zawartej w pkt 406 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów] na rzecz hipotezy wyższej [zawartej w pkt 407 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów]”, opierając się po raz pierwszy, w motywie 468 zaskarżonej decyzji, na ewolucji potencjału handlowego Telefóniki, należy stwierdzić, że ewolucja ta została wcześniej wyraźnie wspomniana w pkt 402 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów i w pkt 27 pisma w sprawie okoliczności faktycznych. W ww. punkcie pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja wyjaśniła ponadto, że „hipoteza niższa”, to znaczy obliczenie minimalnego prawdopodobnego poziomu LRAIC, wiązała się z ryzykiem obniżenia tych kosztów do poziomu niższego niż poziom rzeczywistych kosztów LRAIC. W pkt 30 pisma w sprawie okoliczności faktycznych Komisja wskazała również, na podstawie pkt 407 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, który to punkt odwoływał się do maksymalnego poziomu LRAIC, że uważa ona za zasadne uwzględnienie części ponoszonych przez Telefónicę kosztów sprzedaży w wycenie LRAIC dla celów ewentualnej decyzji. Ponadto w pkt 424 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja podkreśliła, że koszty sieci sprzedaży obejmują nie tylko koszty związane z tą siecią (hipoteza niższa), lecz również wzrost kosztów struktury handlowej TESAU wynikających z jej detalicznej działalności w zakresie ADSL (hipoteza wyższa). Zastrzeżenie skarżących nie może zatem zostać uwzględnione.
- 96 W drugiej kolejności skarżące podnoszą, że w zaskarżonej decyzji Komisja wprowadziła elementy dotyczące metody DCF, w przedmiocie której Telefónica nie została wysłuchana.
- 97 Po pierwsze, skarżące twierdzą, że zmieniając źródła informacji w ramach analizy „okres po okresie”, Komisja „zmieniła również źródła większości kosztów i przychodów wykorzystanych w jej analizie DCF”, tak iż uwagi skarżących dotyczące analizy „okres po okresie” są również istotne dla analizy DCF. Ponieważ jednak argumenty skarżących w tym względzie zostały odrzucone (zob. pkt 86–95 powyżej), a także wobec nieprzedstawienia przez skarżące w ramach analizowanego zarzutu dodatkowych wyjaśnień na temat ewentualnych innych źródeł kosztów i przychodów wykorzystanych w analizie DCF, analizowane zastrzeżenie również należy oddalić.
- 98 Po drugie, zdaniem skarżących Komisja w zaskarżonej decyzji po raz pierwszy przeprowadziła „analizę wrażliwości” wartości końcowej wykorzystanej przez nią w analizie DCF, ponieważ obliczyła taką wartość na podstawie hipotetycznego oszacowania poziomu przyszłej zyskowności sprzedaży

detailed Telefónica in reliance on expected profits in 2007–2011, which were not mentioned in the letter in the case of the facts. In its reply, the complainant states that, for this reason, the 372 contested decision results from the Commission's reliance on "new calculations" in order to justify the final value.

- 99 Argument ten jest jednak oparty na błędnej przesłance. Wbrew twierdzeniom skarżących Komisja nie obliczyła wartości końcowej opartej na hipotetycznym oszacowaniu poziomu przyszłej zyskowności sprzedaży detalicznej Telefóniki w oparciu o przyszłe zyski spodziewane w okresie od 2007 r. do 2011 r. W motywie 370 zaskarżonej decyzji Komisja szczegółowo wskazała, że „w niniejszym przypadku ustalenie, czy straty Telefóniki w okresie od 2001 r. do 2006 r. mogły zostać zrekompensowane przez przyszłe hipotetyczne korzyści, poczynwszy od 2007 r., nie miało istotnego znaczenia”. Ponadto należy zauważyć, że motyw 372 zaskarżonej decyzji ma na celu odparcie alternatywnego podejścia zaproponowanego przez Telefónicę w ramach postępowania administracyjnego w celu obliczenia wartości końcowej (motyw 368 zaskarżonej decyzji) i wykazanie, że jej obliczenie zawierało szereg istotnych błędów mogących powodować zawyżenie wartości końcowej (motyw 371 zaskarżonej decyzji). Jak zostało zaś wskazane w pkt 82 i 83 powyżej, w wersji ostatecznej swojej decyzji Komisja ma obowiązek uwzględnić informacje wynikające z postępowania administracyjnego w celu korekty lub uzupełnienia, zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym, swej argumentacji na poparcie zarzutów, które podtrzymuje.
- 100 W każdym razie Komisja podkreśliła, że metoda użyta przez nią w zaskarżonej decyzji do obliczenia wartości końcowej została już wskazana w pkt 446, w przypisie nr 302 i w tabeli 47 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów (zob. też pkt 21, 22 pisma w sprawie okoliczności faktycznych). Metoda ta została zresztą skrytykowana przez Telefónicę w części 6.3 odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów i w części 5.1.2 odpowiedzi na pismo w sprawie okoliczności faktycznych.
- 101 Zapytane na rozprawie o to twierdzenie skarżące przede wszystkim wyjaśniły, że zachodzi oczywista różnica między tabelą 47 w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów a tabelą 67 w zaskarżonej decyzji, ponieważ dane dotyczące 2006 r. nie mogły być wskazane w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów. Należy jednak uznać, że brak tych danych, którego wyjaśnieniem jest data pisma w sprawie przedstawienia zarzutów – dzień 21 lutego 2006 r. – nie podważa twierdzenia Komisji dotyczącego wykorzystania tej samej metody w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów i w zaskarżonej decyzji. Następnie skarżące powtórzyły, że tabela 67 w zaskarżonej decyzji zawierała „analizę wrażliwości” (odnoszącą się do lat 2007–2011) mającą „potwierdzić” analizę wartości końcowej, która według nich była nowym elementem. Argument ten należy jednak odrzucić z powodów przedstawionych powyżej w pkt 99. Wreszcie, skarżące potwierdziły, że w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja posłużyła się LRAIC minimalnymi, natomiast w zaskarżonej decyzji użyła LRAIC maksymalnych. Argument ten został już jednak oddalony w pkt 93–95 powyżej.
- 102 Po trzecie, Komisja skrytykowała użycie wielokrotności przychodów proponowanych przez Telefónicę w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów i skorygowała przedstawione przez Telefónicę w tej odpowiedzi obliczenia DCF bez wysłuchania Telefóniki w tym przedmiocie (motywy 367–377, 533–536 zaskarżonej decyzji). W zaskarżonej decyzji Komisja powołuje się też na niedawne nabycie przez Telefónicę spółek Terra Networks SA i O2 plc (motyw 377 zaskarżonej decyzji), opierając się tym samym na dokumentach, których nie ma w aktach postępowania.
- 103 Jeśli o to chodzi, motyw 377 zaskarżonej decyzji ma jedynie na celu odparcie argumentacji przedstawionej przez Telefónicę w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów. Tymczasem, jak zostało przypomniane w pkt 82 i 83 powyżej, dopuszczalne są uzupełnienia treści pisma w sprawie przedstawienia zarzutów dokonane w świetle odpowiedzi na to pismo, udzielonej przez strony, których argumenty wskazują, że mogły one skutecznie skorzystać z prawa do obrony. Ponadto sama metoda wyceny wykorzystana przy nabyciu przez Telefónicę spółek Terra Networks i O2 została w tym motywie wspomniana jedynie dodatkowo, jako przykład, w celu odrzucenia metody wielokrotności przychodów,



którą w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów Telefónica przyjęła dla wyceny swojej działalności na rynku niższego szczebla. Komisja nie oparła się zatem na omawianych dokumentach, aby potwierdzić w niniejszym wypadku swoje zastrzeżenie dotyczące istnienia naruszenia. Zgodnie z orzecznictwem przytoczonym w pkt 78 powyżej zastrzeżenie skarżących nie może zostać uwzględnione. Ponadto z dokumentów dotyczących przesłuchania w dniu 12 czerwca 2006 r. załączonych do akt postępowania przed Sądem wynika, że przywoływane przez skarżące obliczenie wartości końcowej jako wielokrotności przychodów było przedmiotem dyskusji podczas tego przesłuchania.

104 W trzeciej kolejności skarżące podnoszą, że w zaskarżonej decyzji Komisja przeprowadziła porównanie udziałów w rynkach produktów szerokiego i wąskiego dostępu (motywy 574–578 zaskarżonej decyzji). Porównania takiego zabrakło w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów i nie zostało ono wspomniane w piśmie w sprawie okoliczności faktycznych.

105 Należy wskazać, że zarówno w swoich pismach, jak i zapytana o to, Komisja nie zaprzeczyła, iż wspomnianego porównania nie było ani w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, ani w piśmie w sprawie okoliczności faktycznych. Ocena rzeczywistych skutków naruszenia zawarta w motywach 564–573 i 579–613 zaskarżonej decyzji jest jednak oparta na wielu innych elementach przedstawionych wcześniej w pkt 457–532 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Zatem ponieważ nie zostało wykazane, że pominięcie porównania między udziałami w rynku produktów szerokopasmowych i udziałami w rynku produktów wąkopasmowych jako środka dowodowego podważyłoby uzasadnienie zastrzeżeń przedstawionych w zaskarżonej decyzji, należy stwierdzić, że w niniejszym przypadku pismo w sprawie przedstawienia zarzutów zawierało istotne elementy, na których oparty był wniosek Komisji dotyczący istnienia rzeczywistych skutków naruszenia.

106 W czwartej kolejności skarżące uważają, że w celu stwierdzenia wystąpienia rzeczywistych skutków na rynku hurtowym Komisja wykorzystała nowe dane dotyczące dodatkowego udziału netto Telefóniki w rynku w porównaniu do jej konkurentów (motywy 579–581 i wykres nr 18 w zaskarżonej decyzji).

107 Jak podniosła Komisja na rozprawie, wskazała już ona, w pkt 38 i w przypisie nr 45 pisma w sprawie okoliczności faktycznych, [poufne]. Ponadto należy uznać, jak podkreśla Komisja, że wykres nr 18 w zaskarżonej decyzji przedstawia dane dotyczące udziałów w rynku lub wolumenów zawartych już w tabeli nr 64 w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów. W tym względzie argument podniesiony przez skarżące na rozprawie, w myśl którego w odróżnieniu od wykresu nr 18 w zaskarżonej decyzji tabela nr 64 w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów odnosi się również do roku 2001 i do operatora British Telecom, należy oddalić, ponieważ zaskarżona decyzja nie zawiera tych elementów. Argument skarżących nie może zatem zostać uwzględniony.

108 W piątej kolejności Komisja wyraziła zastrzeżenia (motywy 606–609 zaskarżonej decyzji) wobec badania dotyczącego cen, załączone przez Telefónicę do odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, które były nowe i różniły się od zastrzeżeń przedstawionych przez głównego ekonomistę Komisji podczas przesłuchania. W tym względzie wystarczy stwierdzić, że ponieważ zastrzeżenia Komisji służą wyłącznie podważeniu obliczeń zaproponowanych przez Telefónicę w ekspertyzie stanowiącej załącznik 6 do odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów i nie stanowią nowych elementów na poparcie wniosków Komisji dotyczących rzeczywistych skutków zachowania Telefóniki na rynkach, których wnioski te dotyczą, nie można stwierdzić, że prawo do obrony zostało naruszone.

109 Wynika z tego, że analizowany zarzut należy oddalić w całości.

c) W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego błędów w ustaleniach faktycznych i naruszenia prawa przy definiowaniu rynków hurtowych uznanych w zaskarżonej decyzji za właściwe

110 W ramach analizowanego zarzutu skarżące kwestionują definicję rynków właściwych przedstawioną przez Komisję w motywach 162–208 zaskarżonej decyzji (zob. pkt 9–14 powyżej).

- 111 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w celu zbadania potencjalnie dominującej pozycji zajmowanej przez przedsiębiorstwo na określonym rynku sektorowym, możliwości konkurencji należy oceniać w kontekście rynku obejmującego wszystkie produkty, które stosownie do swoich właściwości szczególnie nadają się do zaspokojenia stałych potrzeb i które mogą być w ograniczony sposób stosowane zamiennie z innymi produktami. Ponadto, uwzględniając fakt, iż określenie właściwego rynku służy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo może utrudniać skuteczną konkurencję i zachowywać się w sposób w znacznej mierze niezależny od swoich konkurentów, klientów i konsumentów, nie można w tym celu ograniczać się wyłącznie do badania obiektywnych cech danych produktów, ale należy również uwzględnić warunki konkurencji oraz strukturę popytu i podaży na rynku (zob. wyrok Trybunału z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin* przeciwko Komisji, Rec. s. 3461, pkt 37; ww. w pkt 60 wyrok w sprawie *France Télécom* przeciwko Komisji, pkt 78; ww. w pkt 70 wyrok w sprawie *Clearstream* przeciwko Komisji, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 112 Pojęcie rynku właściwego implikuje, iż może na nim istnieć skuteczna konkurencja między produktami stanowiącymi jego część, co zakłada, że wszystkie produkty stanowiące część tego samego rynku mogą być w wystarczającym stopniu stosowane zamiennie w celu tego samego zastosowania (ww. w pkt 76 wyrok w sprawie *Hoffmann-La Roche* przeciwko Komisji, pkt 28; ww. w pkt 70 wyrok w sprawie *Clearstream* przeciwko Komisji, pkt 49).
- 113 Również z komunikatu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.U. 1997, C 372, s. 5, pkt 7) wynika, że „[w]łaściwy rynek asortymentowy składa się z wszystkich tych produktów lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez konsumenta, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie”. Z gospodarczego punktu widzenia dla zdefiniowania rynku właściwego zastępowalność po stronie popytu stanowi najbardziej bezpośrednią oraz skuteczną siłę dyscyplinującą działającą na dostawców danego produktu, w szczególności w odniesieniu do ich decyzji w sprawie ustalania cen (pkt 13 tego komunikatu). Ponadto zastępowalność po stronie podaży również może zostać wzięta pod uwagę podczas definiowania rynku właściwego w sytuacjach, gdy skutki tej zastępowalności są równoważne skutkom zastępowalności po stronie popytu pod względem natychmiastowości oraz skuteczności. Oznacza to, że w odpowiedzi na małe, ale stałe zmiany cen względnych dostawcy są w stanie przestawić produkcję na odpowiednie produkty oraz obrót nimi w krótkim okresie czasu bez występujących dodatkowych znacznych kosztów lub zagrożeń (pkt 20 tego komunikatu).
- 114 W pierwszej kolejności skarżące wskazują, że uwolnienie pętli lokalnej, regionalny produkt hurtowy i krajowy produkt hurtowy należą do tego samego właściwego rynku produktowego. Jeśli chodzi o zastępowalność po stronie popytu na te produkty, skarżące twierdzą, że umożliwiają one operatorom alternatywnym oferowanie tych samych szerokopasmowych usług detalicznych. W motywach 154 i 155 zaskarżonej decyzji Komisja sama przyznała, że produkty te należą do tego samego rynku właściwego.
- 115 Po pierwsze, skarżące podnoszą, że Komisja niesłusznie uznała, iż koszty zastąpienia produktów hurtowych regionalnego i krajowego uwolnieniem pętli lokalnej były „niezwykle wysokie” i że takie zastąpienie było „długotrwałym procesem” i wymagało „minimalnej masy krytycznej”. Skarżące twierdzą też, że od 2001 r. operatorzy alternatywni mogli korzystać z pętli lokalnej i że w latach 2004–2006 nastąpił w tym zakresie znaczący postęp.
- 116 Należy przypomnieć, że w zaskarżonej decyzji Komisja podkreśliła, iż przejście z krajowego produktu hurtowego na regionalny produkt hurtowy wymaga znacznych nakładów (motyw 185 zaskarżonej decyzji). Uznała też, że przejście z regionalnego produktu hurtowego na uwolnienie pętli lokalnej było „niezwykle kosztowne”, ponieważ wiązało się z budową sieci i regionalnego punktu połączenia z lokalnymi liniami Telefóniki, z wysokimi cenami hurtowymi narzucanymi przez Telefónicę za przeprowadzenie tej migracji oraz z uzyskaniem kolokacji i innych powiązanych usług, aby móc świadczyć detaliczne usługi dostępu szerokopasmowego (motywy 173, 177 zaskarżonej decyzji). Ponadto zdaniem Komisji taka migracja zajmuje dużo czasu, nie jest możliwa na całym terytorium



Hiszpanii i wymaga minimalnej masy krytycznej (motywy 173–177 zaskarżonej decyzji). W motywie 180 zaskarżonej decyzji Komisja przypomniała również, że w piśmie do Komisji z dnia 2 marca 2005 r. sama Telefónica wspomniała, iż operatorzy alternatywni musieli osiągnąć pewną masę krytyczną przed rozpoczęciem inwestowania we własną infrastrukturę, która umożliwiłaby im korzystanie z uwolnienia pętli lokalnej.

- 117 Przede wszystkim skarżące nie podważyły ustaleń zaskarżonej decyzji, zgodnie z którymi przeprowadzenie uwolnienia pętli lokalnej wymaga fizycznej obecności operatorów alternatywnych i kolokacji ich urządzeń z urządzeniami Telefóniki, będącej jedynym przedsiębiorstwem posiadającym lokalną sieć dostępu na całym terytorium hiszpańskim, co zmusiło tych operatorów do zainstalowania owych urządzeń na 6836 przełącznicach głównych Telefóniki, a to wymagało wcześniejszych bardzo dużych nakładów (motywy 80, 81 i tabela nr 8 w zaskarżonej decyzji; zob. również motyw 132 zaskarżonej decyzji). Skarżące nie mogły też zaprzeczyć, ani w swoich pismach, ani na rozprawie, że nakłady poniesione w tym celu przez Telefónicę wyniosły ponad 1500 mln EUR, do której to kwoty należałoby dodać nakłady konieczne w celu połączenia się ze 109 punktami dostępu pośredniego regionalnego produktu hurtowego, wynoszące [poufne] mln EUR (motywy 164, 185, tabela nr 9 i przypisy 73, 74 w zaskarżonej decyzji). Jak słusznie wskazała Komisja, są to znaczne nakłady. I tak, Komisja wskazała, a skarżące temu nie zaprzeczyły, że same nakłady w wysokości 200 mln EUR, które według Telefóniki były konieczne, aby operator alternatywny mógł stworzyć swoją sieć lokalną, stanowiły ponad 130% przychodów osiągniętych przez Jazztel na rynku detalicznym w latach 2001–2006.
- 118 Następnie należy oddalić argument skarżących, zgodnie z którym Jazztel, pomimo tego, że nie miała „minimalnej masy krytycznej” (motyw 177 zaskarżonej decyzji) i że jej udział w rynku był na początku okresu 2001–2006 mniejszy niż 1%, była jednak w stanie ponieść nakłady w wysokości 200 mln EUR, co miałoby przeczyć twierdzeniu zawartemu w motywie 164 zaskarżonej decyzji, iż budowa sieci pętli lokalnej obejmującej 550–575 centrali wymaga 580–670 mln EUR.
- 119 Z jednej strony argument skarżących oparty jest wyłącznie na przekazanej przez Jazztel do Comisión Nacional del Mercado de Valores (hiszpańskiej komisji krajowej rynku papierów wartościowych) informacji z dnia 27 lipca 2007 r., w której według skarżących Jazztel stwierdziła, że „w okresach rozliczeniowych 2005 i 2006 przedsiębiorstwo zainwestowało ponad 200 mln EUR w budowę sieci pętli lokalnej ostatniej generacji o największym zasięgu i najbardziej nowoczesnej w Hiszpanii” i że „przedsiębiorstwo zamierzało znacząco obniżyć nakłady w 2007 r., kiedy ukończone zostaną prace nad rozbudową sieci”. Tymczasem z twierdzenia tego nie wynika, że całkowite koszty budowy sieci Jazztel wyniosły „ponad 200 mln EUR”, lecz jedynie, że taka kwota została zainwestowana w budowę sieci w latach 2005 i 2006. Jak wskazała Komisja, a skarżące temu nie zaprzeczyły, wysokość nakładów wskazana w tej informacji nie obejmuje nakładów poniesionych jeszcze przed 2005 r. przez Jazztel na budowę sieci, w tym w szczególności 2718 km sieci pętli lokalnej budowanej przez Jazztel od końca 2004 r. ani nakładów, które Jazztel jeszcze będzie musiała ponieść, aby ukończyć budowę tej sieci.
- 120 Z drugiej strony, nawet przy założeniu, że – jak twierdzą skarżące – w dniu 28 lutego 2007 r. Jazztel rzeczywiście zdołała uzyskać dostęp do 607 przełącznic Telefóniki, to oprócz tego, że informacja ta dotyczy czasu po zakończeniu okresu naruszenia, nie musi ona oznaczać, że Jazztel rzeczywiście poniosła już nakłady konieczne dla zbudowania sieci sięgającej tych przełącznic. I tak, w marcu 2006 r. Jazztel przyłączyła do swojej sieci 38% lub 44% (zdaniem Komisji), lub 53% (zdaniem skarżących) spośród 470 „centrali lokalnych”, które wybudowała. Tymczasem argument skarżących – którego prawdziwość została zakwestionowana przez Komisję i zgodnie z którym podłączenie przełącznic do sieci Jazztel było niezależną od uwolnienia pętli lokalnej usługą, którą operatorzy alternatywni mogą uzyskać od operatora innego niż Telefónica – nie podważa faktu, że nakłady te stanowią część nakładów koniecznych, aby operator alternatywny mógł korzystać z usługi uwolnienia pętli lokalnej (motyw 132 zaskarżonej decyzji). Ponadto w sytuacji gdy Telefónica posiada 6836 przełącznic głównych, uzyskanie dostępu do 607 przełącznic Telefóniki pokrywa, z geograficznego

punktu widzenia, mniej niż 10% centrali Telefóniki i umożliwił jedynie, według samej Telefóniki, dostęp do około 60% potencjalnych klientów. Ponadto pokrycie to zostało osiągnięte dopiero pod koniec 2006 r., czyli sześć lat po udostępnieniu pętli lokalnej.

- 121 W tym względzie argument skarżących, w myśl którego nawet jeśli nakłady wymagane w celu korzystania z innego produktu hurtowego były rzeczywiście wysokie, to jednak Komisja nie obliczyła zysków wynikających z użytkowania pętli lokalnej (takich jak dodatkowe przychody, zróżnicowanie detalicznych usług końcowych i technologiczna niezależność od Telefóniki), również musi zostać oddalony. Jak bowiem słusznie wskazała Komisja w motywie 176 zaskarżonej decyzji, operator alternatywny chcący zastąpić regionalny produkt hurtowy uwolnieniem pętli lokalnej będzie musiał ponieść nakłady konieczne dla budowy jego sieci, ale korzyści z tej zmiany odniesie dopiero po pozyskaniu wystarczającej liczby klientów, co nie jest ani pewne, ani natychmiastowe.
- 122 Wreszcie, należy oddalić argument skarżących, jakoby istotne i szybkie postępy w zakresie pętli lokalnej w latach 2004–2006, które doprowadziły do pokrycia przekraczającego 60% obiektów Telefóniki, dowodziły, że „czynnik czasu” nie stanowi przeszkody dla zastąpienia krajowego lub regionalnego produktu hurtowego uwolnieniem pętli lokalnej.
- 123 Jak wynika w szczególności z pkt 16, 20, 21 i 23 komunikatu w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, o którym mowa w pkt 113 powyżej, i jak słusznie przypomniała Komisja w motywie 172 zaskarżonej decyzji, zastępowalność niezbędna dla określenia rynku właściwego musi być możliwa do realizacji w krótkim czasie, co według motywów 172–175 zaskarżonej decyzji nie ma miejsca w niniejszym wypadku.
- 124 Mający na celu podważenie tego wniosku argument skarżących, zgodnie z którym operatorzy alternatywni nie uznali za korzystne wystąpienia o dostęp do pętli lokalnej przed 2004 r., w okresie kiedy osiągnęli pokrycie wynoszące ponad 60% obiektów Telefóniki, powinien w tym względzie zostać oddalony.
- 125 Choć bowiem TESAÚ podlega regulacyjnemu obowiązkowi udostępnienia skrętki miedzianej operatorom alternatywnym od grudnia 2000 r. (motyw 81 zaskarżonej decyzji), rzeczywiste wykorzystanie pętli lokalnej rozpoczęło się, w ograniczonym zakresie, dopiero pod koniec 2004 r. i na początku 2005 r. (motyw 96 i wykres nr 2 w zaskarżonej decyzji). Po pierwsze, zważywszy na konieczne nakłady (zob. pkt 117–121 powyżej), sama Telefónica przyznała (motyw 180 zaskarżonej decyzji), że dopiero w 2004 r. operatorzy alternatywni osiągnęli w zakresie połączeń i doświadczenia na rynku masę krytyczną, która umożliwiła im inwestowanie w infrastrukturę sieci i tym samym rozpoczęcie migracji swoich połączeń z pośredniego dostępu hurtowego na dostęp poprzez uwolnioną pętlę lokalną (zob. także motywy 177–180 zaskarżonej decyzji i pkt 129 poniżej). Po drugie, jak wynika w szczególności z motywu 143 zaskarżonej decyzji, stwierdzone zostały znaczne odstępstwa czasu pomiędzy chwilą, w której operatorzy alternatywni wystąpili o dostęp do uwolnionej pętli lokalnej Telefóniki, a chwilą przyznania im tego dostępu. W tym względzie należy wskazać, że jak wynika z tabeli nr 60 w zaskarżonej decyzji, zawierającej dane, które nie zostały zakwestionowane przez skarżące, domniemywane pokrycie przekraczające 60% obiektów Telefóniki zostało osiągnięte dopiero w grudniu 2006 r., czyli pod koniec okresu trwania naruszenia.
- 126 W tym względzie argument skarżących, jakoby Comisión Nacional de la Competencia (hiszpańska krajowa komisja ds. konkurencji) w decyzji z dnia 22 października 2007 r. zaprzeczyła istnieniu barier w dostępie do pętli lokalnej, również powinien zostać oddalony. Nawet przy założeniu, że z decyzji tej wynika, iż w niniejszym przypadku organ odpowiedzialny za ochronę konkurencji na żadnym etapie dochodzenia „nie potwierdził, że domniemywane opóźnienia rzeczywiście miały miejsce”, decyzja ta nie podważa ustaleń zawartych w motywach 139 i 140 zaskarżonej decyzji – niekwestionowanych przez Telefónicę w jej pismach – zgodnie z którymi od 2002 r. przed CMT wszczętych zostało 55 sporów w przedmiocie pętli lokalnej, z czego większość zakończyła się wydaniem decyzji niekorzystnej dla Telefóniki.

- 127 Po drugie, skarżące twierdzą, że istnieją produkty hurtowe, inne niż uwolnienie pętli lokalnej, umożliwiające przedstawienie „odmiennej” oferty, np. usługi telefonii via IP (Internet Protocol). Jednak w istocie na rozprawie strony potwierdziły istnienie różnic funkcjonalnych między produktami hurtowymi krajowym i regionalnym oraz uwolnieniem pętli lokalnej, co wynika zresztą z motywów 66, 70, 82, 85, 87, 89, 165 i 171 oraz z przypisu 47 w zaskarżonej decyzji. Choć wprawdzie podczas rozprawy skarżące podniosły, że regionalny produkt hurtowy umożliwia „pewien stopień zróżnicowania”, należy stwierdzić, zgodnie z wyjaśnieniami Komisji zawartymi w ww. motywach, iż operator decydujący się na korzystanie z uwolnienia pętli lokalnej Telefóniki może kontrolować istotną część łańcucha wartości i wiele aspektów swojej usługi detalicznej. Jak wynika z motywów 82, 87, 89 i 171 zaskarżonej decyzji, dostęp do krajowego i regionalnego produktu hurtowego – inaczej niż uwolnienie pętli lokalnej – nie umożliwia operatorom alternatywnym odróżnienia w sposób znaczący ich produktu detalicznego od produktu detalicznego Telefóniki, przez co muszą oni ograniczyć się do konkurowania z Telefónicą w oparciu o ceny. W tym względzie skarżące same wskazały w replice, że nakłady na pętlę lokalną zapewniają większe zróżnicowanie detalicznych usług końcowych. Jako przykłady w tym względzie wskazały one France Telecom, która była pierwszym przedsiębiorstwem oferującym w Hiszpanii produkt obejmujący połączenia głosowe i Internet, oraz Jazztel, będącą pierwszym przedsiębiorstwem, które wprowadziło na rynek produkt detaliczny o szybkości połączenia mogącej osiągać do 20 megabajtów na sekundę.
- 128 Po trzecie, należy oddalić argument skarżących dotyczący istnienia „wystarczającej zastępowalności” między produktami hurtowymi regionalnym i krajowym oraz uwolnieniem pętli lokalnej ze względu na okoliczność, że w każdej centrali Telefóniki wystarczająca liczba operatorów alternatywnych wykorzystuje kombinację różnych produktów hurtowych najbardziej odpowiadających ich potrzebom i że ta zastępowalność „na marginesie” wystarcza, aby uznać w niniejszym przypadku, iż produkty te należą do tego samego właściwego rynku produktowego.
- 129 Przede wszystkim należy wskazać, podobnie jak uczyniła to Komisja, że okoliczność, iż niektórzy operatorzy poczynili nakłady na budowę własnych sieci i zdołali zwiększyć od 2004 r. wykorzystanie pętli lokalnej, nie potwierdza istnienia rzeczywistej zastępowalności między produktami hurtowymi regionalnym i krajowym oraz uwolnieniem pętli lokalnej w okresie trwania naruszenia, lecz jest wynikiem procesu stopniowej migracji, opisanej przez Komisję w szczególności w motywach 93–103 zaskarżonej decyzji. Tymczasem z jednej strony migracja taka wymaga znacznych nakładów ponoszonych przez wiele lat. Z drugiej strony ze względu na istotne nieodzyskiwalne koszty związane z tą migracją i na przechodzenie na wyższe szczeble „drabiny inwestycyjnej” (zob. przypis 82 w zaskarżonej decyzji) jest mało prawdopodobne, aby w razie niewielkiego, ale odczuwalnego i stałego podwyższenia ceny uwolnienia pętli lokalnej operator alternatywny zastąpił uwolnienie pętli lokalnej krajowym lub regionalnym produktem hurtowym.
- 130 Następnie, wykorzystanie przez operatorów alternatywnych, w okresie trwania naruszenia, w każdej centrali optymalnego połączenia produktów hurtowych obejmującego uwolnienie pętli lokalnej nie zostało potwierdzone. Z motywów 102 i 103 zaskarżonej decyzji, której danych skarżące nie zakwestionowały, wynika, że aż do 2002 r. France Telecom prawie wyłącznie zakupywała krajowy produkt hurtowy Telefóniki, który pod koniec 2002 r. został zastąpiony krajową hurtową ofertą alternatywną opartą na regionalnym produkcie hurtowym Telefóniki. Dopiero począwszy od lutego 2005 r., liczba uwolnionych lokalnych pętli abonenckich France Telecom znacznie wzrosła, podczas gdy zmniejszyła się liczba alternatywnych krajowych łączy hurtowych opartych na regionalnym produkcie hurtowym Telefóniki. Ponadto aż do ostatniego kwartału 2004 r. Ya.com zakupywała wyłącznie krajowy produkt hurtowy Telefóniki i zaczęła stopniowo wykorzystywać uwalnianie pętli lokalnej dopiero od lipca 2005 r., wraz z nabyciem Albury.
- 131 Wreszcie, argument skarżących ma zastosowanie wyłącznie do konkurentów Telefóniki posiadających sieć umożliwiającą im uwolnienie pętli lokalnej, z wyłączeniem ewentualnych potencjalnych konkurentów Telefóniki, którzy nie dokonali jeszcze nakładów na korzystanie z regionalnego produktu hurtowego lub uwolnienia pętli lokalnej.



- 132 Po czwarte, co się tyczy argumentu skarżących, jakoby Servicio de Defensa de la Competencia (hiszpański organ ochrony konkurencji) przyznał, że istnieje tylko jeden hurtowy rynek właściwy w sprawie Telefónica przeciwko Iberbandzie (sprawozdanie Servicio de Defensa de la Competencia N-06038, Telefónica przeciwko Iberbandzie), wystarczy wskazać, że skarżące nie podważyły twierdzenia Komisji zawartego w jej pismach, zgodnie z którym w tym wypadku ocena operacji nie zależała od mniej lub bardziej wąskiego wyznaczenia rynków, ponieważ udział Iberbandy w rynku był bardzo niewielki, i że w ostatecznej wersji decyzji organ ten w sposób wyraźny powołał się na przeprowadzone przez CMT rozróżnienie pomiędzy uwolnieniem pętli lokalnej i pośrednim dostępem hurtowym.
- 133 Po piąte, należy przypomnieć, że skarżące same wyjaśniły w swojej pierwotnej odpowiedzi na skargę do Komisji złożoną przez France Telecom, że uwolnienie pętli lokalnej i hurtowe produkty dostępu pośredniego nie były wzajemnie zastępowalne (motyw 170 zaskarżonej decyzji). Ponadto, jak wskazała Komisja w motywie 182 zaskarżonej decyzji, wszystkie KOR, które badały hurtowy rynek dostępu szerokopasmowego w swoich krajach, w tym CMT w przypadku rynku hiszpańskiego, uznały z podobnych powodów, że uwolnienie pętli lokalnej i hurtowe produkty dostępu pośredniego stanowią odrębne rynki. Takie podejście, jak słusznie wskazuje Komisja, jest też zgodne z zaleceniem Komisji 2003/311/WE z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 114, s. 45), które odróżnia rynek świadczenia hurtowej usługi dostępu do lokalnej pętli i podpętli abonenckiej (łącznie z dostępem współdzielonym) realizowanego za pomocą pary przewodów metalowych w celu świadczenia usług szerokopasmowych i usług głosowych (rynek 11) od rynku świadczenia hurtowej usługi dostępu szerokopasmowego (rynek 12).
- 134 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, iż Komisja słusznie uznała w motywach 163–182 zaskarżonej decyzji, że uwolnienie pętli lokalnej nie wchodzi w zakres rynku uznanego w tej decyzji za właściwy.
- 135 W drugiej kolejności skarżące podważają zawartą w zaskarżonej decyzji konkluzję, zgodnie z którą produkty hurtowe regionalny i krajowy nie należą do tego samego rynku. Po pierwsze, skarżące wskazują, że Komisja odwołała się do przykładów teoretycznych i obcych realiów rynku hiszpańskiego.
- 136 W tym względzie Komisja w motywie 185 zaskarżonej decyzji rzeczywiście powołuje się na szacunki francuskiego krajowego organu regulacji telekomunikacji (KOR) dotyczące kosztów związanych z przejściem z krajowych produktów hurtowych na regionalne produkty hurtowe, które to koszty miałyby mieścić się w przedziale 150–300 mln EUR, mimo że ocenia się, iż we Francji zasięg krajowy można osiągnąć poprzez połączenie sieci na poziomie 20 punktów dostępu pośredniego.
- 137 Jednak choć szacunki KOR dotyczą innego rynku geograficznego, są one istotne dla przedstawienia nakładów koniecznych do budowy takiej sieci. Jak wynika z przypisu 166 w zaskarżonej decyzji, liczba punktów dostępu pośredniego w Hiszpanii jest bowiem w przybliżeniu pięciokrotnie wyższa niż we Francji, można zatem uznać, że koszty związane z budową sieci w Hiszpanii byłyby wobec tego znacznie wyższe niż we Francji. Ponadto, jak zostało wskazane w motywie 723 zaskarżonej decyzji, struktura rynku szerokopasmowego we Francji jest podobna do struktury tego rynku w Hiszpanii ze względu na istnienie dostępu hurtowego na poziomie lokalnym, krajowym i regionalnym.
- 138 Po drugie, skarżące twierdzą, że zdefiniowanie przez Komisję dwóch odrębnych rynków oparte jest na braku – jak utrzymuje France Telecom – ekonomicznego uzasadnienia dla przechodzenia z regionalnego produktu hurtowego na krajowy produkt hurtowy (motyw 187 zaskarżonej decyzji), podczas gdy sama France Telecom zaprzeczyła temu twierdzeniu w dokumentach znajdujących się w aktach postępowania, przyznając, że operator alternatywny mógłby zdecydować się na przejście z regionalnego produktu hurtowego na krajowy produkt hurtowy, gdyby cena tego ostatniego miała się obniżyć. Ponadto według skarżących Albura zdołała powielić sieć dostępu regionalnego Telefóniki.

- 139 W tym względzie przede wszystkim należy wskazać, że – jak wynika z motywu 187 zaskarżonej decyzji – wobec niedających się odzyskać kosztów operatorzy alternatywni, którzy ponieśli już nakłady niezbędne dla przyłączenia ich sieci w 109 punktach dostępu pośredniego, będą wykorzystywać poczynione przez siebie nakłady i wybiorą raczej regionalny produkt hurtowy niż skupienie ruchu w jednym krajowym punkcie dostępu. Ze względu na koszty związane z przejściem z krajowego produktu hurtowego na regionalny produkt hurtowy byłoby bowiem mało prawdopodobne, i z gospodarczego punktu widzenia pozbawione logiki, aby – nawet w razie niewielkiego, ale odczuwalnego i stałego wzrostu ceny regionalnego produktu hurtowego – operatorzy, którzy poczynili już nakłady na budowę sieci, ponieśli koszty niewykorzystywania tej sieci i postanowili korzystać z krajowego produktu hurtowego, który nie zapewnia im takich samych możliwości w zakresie kontroli jakości usługi produktu detalicznego co regionalny produkt hurtowy. Ponadto, zapytana o to na rozprawie, France Telecom rzeczywiście potwierdziła, że uważa, iż przejście z regionalnego produktu hurtowego na krajowy produkt hurtowy nie jest gospodarczo uzasadnione. Wprawdzie taka migracja została raz, w drodze wyjątku, przeprowadzona, jednak nastąpiło to z powodów technicznych, związanych z potrzebą uzyskania przez France Telecom dodatkowych możliwości na poziomie regionalnego produktu hurtowego. Argument skarżących nie może zatem zostać uwzględniony.
- 140 Po trzecie, należy oddalić argument skarżących, jakoby w przeszłości Komisja akceptowała „zastępowalność asymetryczną” przy wyznaczaniu właściwego rynku produktowego, ponieważ w niniejszym przypadku nie może być mowy o tego rodzaju zastępowalności, gdyż przejście z krajowego produktu hurtowego na regionalny produkt hurtowy wymaga czasu i bardzo istotnych nakładów (zob. pkt 129 powyżej), zaś przejście z regionalnego produktu hurtowego na krajowy produkt hurtowy z gospodarczego punktu widzenia pozbawione jest logiki (zob. pkt 139 powyżej). Ponadto z orzecznictwa Sądu wynika, że duża dysproporcja w poziomie migracji między dwoma produktami nie uwiarygodnia w oczach konsumentów tezy dotyczącej zamienności tych produktów (ww. w pkt 60 wyrok w sprawie France Télécom przeciwko Komisji, pkt 86–91).
- 141 Po czwarte, skarżące twierdzą, że w zaleceniu 2003/311 Komisja przyznała, iż oba produkty pośredniego dostępu hurtowego wchodzą w zakres tego samego rynku. Należy jednak przypomnieć, że w motywach zalecenia 2003/311 z jednej strony z zakresu jego zastosowania wyraźnie został wyłączony hurtowy rynek odsprzedaży łączy szerokopasmowych, czyli produkty krajowego dostępu w jednym punkcie, takie jak krajowy produkt hurtowy, w wypadku którego ruch operatora alternatywnego przechodzi w całości przez sieć Telefóniki, a z drugiej strony podkreślone zostało istnienie bardzo istotnych barier wejścia w odniesieniu do hurtowego świadczenia usługi dostępu szerokopasmowego, ponieważ jej świadczenie wymaga wybudowania sieci. Ponadto art. 15 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywy ramowej) (Dz.U. L 108, s. 33), na który wprost powołuje się preambuła zalecenia 2003/311, i motyw 18 tego zalecenia stanowią, że zdefiniowanie rynków w celu nałożenia obowiązków regulacyjnych nie ma wpływu na rynki, które mogą być zdefiniowane w szczególnych przypadkach na mocy przepisów prawa konkurencji.
- 142 Po piąte, skarżące podnoszą, że CMT w swojej decyzji z dnia 6 kwietnia 2006 r., potwierdzonej decyzją z dnia 1 czerwca 2006 r., również uznała, iż produkty hurtowe regionalny i krajowy wchodzą w skład tego samego rynku. W tym względzie, w odróżnieniu od zaskarżonej decyzji, decyzja CMT z dnia 1 czerwca 2006 r. wpisuje się w ramy analizy prospektywnej. Ponadto w swoich uwagach na temat projektu decyzji CMT Komisja wskazała, że ówczesne cechy i warunki hiszpańskiego rynku szerokopasmowego potencjalnie mogłyby uzasadniać podział hurtowego rynku usług dostępu szerokopasmowego na dwa właściwe rynki produktowe. Wreszcie, w decyzji z dnia 1 czerwca 2006 r. sama CMT wykluczyła ADSL-IP Total z rynku 12. Tymczasem Telefónica nie zaprzecza, że ADSL-IP i ADSL-IP Total wchodzą w zakres tego samego rynku hurtowej usługi dostępu krajowego (zob. w tym względzie motywy 88–95, 109, 110 zaskarżonej decyzji).
- 143 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że w motywach 183–195 zaskarżonej decyzji Komisja słusznie uznała, iż produkty hurtowe krajowy i regionalny nie wchodziły w zakres tego samego rynku.



144 W konsekwencji zarzut drugi należy oddalić.

d) W przedmiocie zarzutu trzeciego, opartego na błędach w ustaleniach faktycznych i na naruszeniu prawa przy ustalaniu uznanej za dominującą pozycji Telefóniki na rynkach właściwych

145 W ramach zarzutu trzeciego skarżące podnoszą, że Komisja popełniła błędy w ustaleniach faktycznych i naruszyła prawo przy ustalaniu uznanej za dominującą pozycji Telefóniki na rynkach właściwych.

146 Na wstępie należy oddalić argumenty skarżących, zgodnie z którymi Komisja – w celu stwierdzenia nadużycia dominującej pozycji Telefóniki, mającego postać nożyc cenowych – powinna była ustalić, że Telefónica posiadała dominującą pozycję jednocześnie na rynkach hurtowym i detalicznym. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału, to, czy praktyka cenowa stosowana przez pionowo zintegrowane przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na właściwym rynku hurtowym, prowadząca do zaniżania marży konkurentów tego przedsiębiorstwa na rynku detalicznym, ma charakter nadużycia, nie zależy bowiem od istnienia pozycji dominującej tego przedsiębiorstwa na tym drugim rynku (wyrok Trybunału z dnia 17 lutego 2011 r. w sprawie C-52/09 TeliaSonera, Zb. Orz. s. I-527, pkt 89). Nie zachodzi zatem potrzeba badania argumentów skarżących dotyczących ustalenia dominującej pozycji Telefóniki w odniesieniu do właściwych rynków hurtowych.

147 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pozycję dominującą można określić jako dysponowanie przez dane przedsiębiorstwo siłą gospodarczą, która stwarza mu możliwość stawiania na przeszkodzie utrzymaniu skutecznej konkurencji na odnośnym rynku poprzez umożliwienie mu zachowywania się w sposób w znacznej mierze niezależny od swoich konkurentów, od swoich klientów i wreszcie od swoich konsumentów (ww. w pkt 72 wyrok w sprawie United Brands i United Brands Continentaal przeciwko Komisji, pkt 65; wyrok Trybunału z dnia 15 grudnia 1994 r. w sprawie C-250/92 DLG, Rec. s. I-5641, pkt 47; wyroki Sądu: z dnia 22 listopada 2001 r. w sprawie T-139/98 AAMS przeciwko Komisji, Rec. s. II-3413, pkt 51; z dnia 23 października 2003 r. w sprawie T-65/98 Van den Bergh Foods przeciwko Komisji, Rec. s. II-4653, pkt 154; ww. w pkt 60 wyrok w sprawie France Télécom przeciwko Komisji, pkt 99).

148 Co do zasady istnienie pozycji dominującej może wynikać z wystąpienia szeregu czynników, które – rozpatrywane z osobna – nie mają koniecznie decydującego znaczenia (ww. w pkt 72 wyrok w sprawie United Brands i United Brands Continentaal przeciwko Komisji, pkt 66; ww. w pkt 147 wyrok w sprawie DLG, pkt 47). Spośród tych czynników dużą wagę ma istnienie znacznych udziałów w rynku (wyroki Sądu: z dnia 12 grudnia 1991 r. w sprawie T-30/89 Hilti przeciwko Komisji, Rec. s. II-1439, pkt 90; z dnia 25 czerwca 2010 r. w sprawie T-66/01 Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-2631, pkt 255, 256).

149 Zatem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem bardzo duże udziały w rynku stanowią same w sobie, poza wyjątkowymi okolicznościami, dowód istnienia pozycji dominującej. Posiadanie bardzo dużego udziału w rynku przez określony czas stawia to przedsiębiorstwo, poprzez wielkość produkcji i podaż, jakie ono reprezentuje – biorąc pod uwagę, że przedsiębiorstwa posiadające znacznie mniejszy udział w rynku nie są w stanie szybko zaspokoić popytu ze strony podmiotów pragnących oddzielić się od przedsiębiorstwa posiadającego największy udział w rynku – w pozycji siły, która czyni z niego koniecznego partnera handlowego i która chociażby z tego powodu zapewnia mu niezależność w działaniu, przynajmniej przez względnie długie okresy czasu, co jest typowe dla pozycji dominującej (ww. w pkt 76 wyrok w sprawie Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, pkt 41; ww. w pkt 147 wyrok w sprawie Van den Bergh Foods przeciwko Komisji, pkt 154; ww. w pkt 148 wyrok w sprawie Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji, pkt 256; zob. również ww. w pkt 60 wyrok w sprawie France Télécom przeciwko Komisji, pkt 100).

150 Zgodnie z orzecznictwem udział w rynku wynoszący 50% stanowi sam w sobie, poza wyjątkowymi okolicznościami, dowód istnienia pozycji dominującej (wyrok Trybunału z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie C-62/86 AKZO przeciwko Komisji, Rec. s. I-3359, pkt 60; ww. w pkt 148 wyrok w sprawie

Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji, pkt 256). Podobnie udział w rynku wynoszący 70–80% stanowi sam w sobie wyraźną wskazówkę co do istnienia pozycji dominującej (ww. w pkt 148 wyrok w sprawie Hilti przeciwko Komisji, pkt 92; wyrok Sądu z dnia 30 września 2003 r. w sprawach połączonych T-191/98 i od T-212/98 do T-214/98 Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-3275, pkt 907; ww. w pkt 148 wyrok w sprawie Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji, pkt 257).

- 151 W niniejszym przypadku skarżące twierdzą, że Telefónica nie posiada dominującej pozycji na „hurtowym rynku” szerokopasmowym.
- 152 W odniesieniu do hurtowych rynków usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu należy przypomnieć, że jak wynika z motywów 162–208 zaskarżonej decyzji i z pkt 110–143 powyżej, produkty hurtowe regionalny i krajowy produkt hurtowy nie wchodzi w zakres tego samego rynku produktowego, wobec czego ewentualne istnienie dominującej pozycji Telefóniki na każdym z tych rynków wymaga oddzielnej oceny.
- 153 W pierwszej kolejności Komisja uznała w motywie 232 zaskarżonej decyzji, że Telefónica zajmowała dominującą pozycję na regionalnym rynku hurtowym. Aby dojść do tego wniosku, Komisja oparła się na wynoszącym 100% udziale Telefóniki w rynku i na jej pozycji faktycznego monopolu na tym rynku (motyw 223 zaskarżonej decyzji). Komisja powołała się też na istotne bariery wejścia na ten rynek, w szczególności na okoliczność, że operatorzy alternatywni musieli zbudować nową alternatywną sieć dostępu albo korzystać z uwolnienia pętli lokalnych Telefóniki.
- 154 I tak, w motywach 224–226 zaskarżonej decyzji Komisja podkreśliła nieodzyskiwalne istotne koszty, jakie muszą ponieść nowi operatorzy zamierzający świadczyć hurtowe szerokopasmowe usługi dostępu regionalnego za pośrednictwem pętli lokalnej Telefóniki, oraz istotne korzyści skali i zakresu odnoszone przez Telefónicę. Ponadto w motywie 227 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła, że w okresie trwania naruszenia występowały znaczące przeszkody i opóźnienia w dostępie do uwolnionej pętli lokalnej, przez co nawet operator, który zbudował własną sieć, nie był w stanie konkurować z Telefónicą. W motywie 228 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, że konieczność posiadania wystarczającej liczby klientów korzystających z usług szerokopasmowych stanowi dodatkową barierę wejścia na rynek dla operatorów ponoszących nakłady na uwolnienie pętli lokalnej, tak iż prawdopodobnie ponosili oni wyższe od Telefóniki koszty jednostkowe podczas budowy swoich sieci lokalnych. Komisja doszła do wniosku, że operatorzy alternatywni ponoszący obecnie nakłady na uwolnienie pętli lokalnej nie będą mieli żadnego istotnego wpływu na konkurencję na hurtowym rynku dostępu regionalnego nawet w średnim okresie i że nigdy nie będzie to wpływ o zasięgu krajowym (motywy 229, 230 zaskarżonej decyzji).
- 155 Po pierwsze, należy wskazać, że skarżące nie przeczą, iż Telefónica była jedynym operatorem, który oferował regionalny produkt hurtowy w Hiszpanii od 1999 r. (motyw 223 zaskarżonej decyzji), przez co miała ona na tym rynku faktyczny monopol.
- 156 Po drugie, skarżące twierdzą, że pomimo swojego udziału w rynku Telefónica podlegała stałej presji konkurencyjnej ze strony jej konkurentów, którzy stale i stopniowo zwiększali swoją obecność na „rynku hurtowym”. W tym względzie, jak zostało przypomniane w pkt 152 powyżej, Komisja słusznie uznała, że produkty hurtowe krajowy i regionalny nie wchodzi w zakres tego samego rynku. Wobec tego przykłady przytoczone przez skarżące w replice, odnoszące się do Arsys, która wprowadziła na rynek szerokopasmowy produkt detaliczny, korzystając wyłącznie z oferty hurtowej Uni2, do Tele2, do Tiscali i do Auny, które korzystały z usług hurtowych Albury, nie mogą zostać uwzględnione, ponieważ dotyczą krajowej oferty hurtowej.
- 157 Po trzecie, argument skarżących, jakoby „rynek hurtowy” był „rynkiem potencjalnie konkurencyjnym”, na którym klienci i konkurenci Telefóniki mogli powielić jej sieć, przez co byli w stanie wywierać na nią rzeczywistą presję konkurencyjną, niezależnie od swoich udziałów w rynku, również nie może

zostać uwzględniony, ze względu na nakłady konieczne dla wybudowania nowej alternatywnej lokalnej sieci dostępu lub uwolnienia pętli lokalnych Telefóniki, co jest niezbędne, aby operator alternatywny mógł oferować hurtowy produkt dostępu regionalnego stanowiący konkurencję dla regionalnego produktu hurtowego Telefóniki (zob. w szczególności pkt 129 powyżej).

- 158 Wynika z tego, że skarżące nie przedstawiły żadnej informacji mogącej podważyć konkluzję Komisji, zgodnie z którą w okresie trwania naruszenia Telefónica posiadała dominującą pozycję na regionalnym rynku hurtowym.
- 159 W drugiej kolejności Komisja uznała, że Telefónica posiadała dominującą pozycję na rynku hurtowej usługi dostępu krajowego. I tak, w motywie 234 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, że do ostatniego kwartału 2002 r. nie istniała żadna rzeczywista alternatywa dla krajowego produktu hurtowego Telefóniki. Ponadto od 2002 r. i przez cały okres trwania naruszenia udział Telefóniki w rynku utrzymywał się stale powyżej 84% (motyw 235 zaskarżonej decyzji). W motywach 236–241 zaskarżonej decyzji Komisja powołała się również: primo, na istotną różnicę pomiędzy udziałem w rynku posiadanym przez Telefónicę i udziałem w rynku posiadanym przez jej głównych konkurentów, ponieważ udział Telefóniki w rynku jest ponad jedenastokrotnie wyższy od udziału jej głównego konkurenta (motyw 236 zaskarżonej decyzji); secundo, na korzyści skali i zakresu oraz na integrację pionową, z których korzystała Telefónica i które umożliwiły jej odzyskanie kosztów dzięki dużej ilości ruchu generowanego przez jej szeroką bazę abonentów (motyw 237 zaskarżonej decyzji); tertio, na kontrolowanie pętli lokalnej umożliwiające Telefónice istotny wpływ na dostępność konkurencyjnych produktów hurtowych (motyw 240 zaskarżonej decyzji); quarto, na jej sieć odziedziczoną po dawnym monopoliście, którą niełatwo jest powielić (motyw 241 zaskarżonej decyzji).
- 160 Aby wykazać, że Telefónica nie miała dominującej pozycji na krajowym rynku hurtowym, skarżące podnoszą szereg argumentów. Po pierwsze, utrzymują one, że sieć Telefóniki może zostać powielona.
- 161 I tak, skarżące twierdzą, że sieć Telefóniki została w całości powielona przez szereg operatorów alternatywnych. Jednak, jak słusznie podważyła to twierdzenie Komisja w motywie 239 zaskarżonej decyzji, przykłady te nie dowodzą nieistnienia dominującej pozycji Telefóniki na krajowym rynku hurtowym.
- 162 Oczywiście, ewentualne istnienie konkurencji na rynku jest okolicznością mającą istotne znaczenie dla oceny istnienia pozycji dominującej. Jednak istnienie nawet ożywionej konkurencji na danym rynku nie wyklucza istnienia na tym rynku pozycji dominującej, ponieważ taka pozycja charakteryzuje się zasadniczo możliwością określenia swojego zachowania rynkowego bez uwzględnienia konkurencji w ramach swojej strategii rynkowej oraz bez ponoszenia niekorzystnych skutków takiego zachowania (zob. wyrok Sądu z dnia 14 grudnia 2005 r. w sprawie T-210/01 General Electric przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-5575, pkt 117 i przytoczone tam orzecznictwo; ww. w pkt 60 wyrok w sprawie France Télécom przeciwko Komisji, pkt 101).
- 163 Natomiast w niniejszym przypadku przykłady przywołane przez skarżące nie podważają dowodów przedstawionych przez Komisję w motywach 235–241 zaskarżonej decyzji, dotyczących w szczególności zarówno utrzymania przez Telefónicę udziału w rynku wynoszącego ponad 84% przez cały okres trwania naruszenia, jak i okoliczności, iż od 2001 r. udział ten pozostał ponad jedenastokrotnie większy od udziału jej głównego konkurenta, a także istnienia przeszkód uniemożliwiających konkurentom Telefóniki opłacalne oferowanie krajowego produktu hurtowego konkurencyjnego wobec jej produktu.
- 164 Po drugie, skarżące twierdzą, że Komisja stoi na „stanowisku zasadniczo dogmatycznym”. Stanowisko to jest ich zdaniem niespójne ze stanowiskiem zajmowanym przez Komisję w komunikatach kierowanych przez nią do europejskich organów regulacyjnych. Zgodnie z tymi komunikatami Komisja miałaby bowiem uważać, że konkurencja na poziomie rynku detalicznego pomiędzy przedsiębiorstwami zintegrowanymi wertykalnie może powodować pośrednią presję konkurencyjną na rynku hurtowym.

Wobec tego według skarżących Komisja powinna zbadać, czy operatorzy kablowi i operatorzy korzystający z pętli lokalnej wywierali pośrednią presję konkurencyjną na zachowanie Telefóniki na hurtowym rynku usługi dostępu pośredniego.

- 165 W tym względzie wystarczy wskazać, że argument ten jest bezpodstawny, gdyż – z jednej strony – w rzeczywistości Komisja zbadała presję konkurencyjną operatorów kablowych i wskazała w motywach 268–276 zaskarżonej decyzji, iż operatorzy kablowi nie mieli dyscyplinującego wpływu na ceny Telefóniki na rynku detalicznym, i – z drugiej strony – jak wynika z motywów 264–266 zaskarżonej decyzji, rzeczywiste uwolnienie pętli lokalnej nastąpiło dopiero od września 2004 r. i miało ograniczony zasięg geograficzny.
- 166 Po trzecie, okoliczność, iż od 2000 r. Telefónica miała obowiązek zapewniania dostępu do pętli lokalnej po cenach opartych na kosztach, nie wystarcza, aby udowodnić, iż nie miała ona pozycji dominującej. Choć bowiem możliwość narzucania regularnych podwyżek cen może niewątpliwie świadczyć o istnieniu pozycji dominującej, nie jest ona wcale do tego niezbędna, ponieważ niezależność w kwestii cen, jaką posiada przedsiębiorstwo dominujące, dotyczy w większym stopniu możliwości określania tych ostatnich bez konieczności uwzględniania reakcji konkurentów, klientów i dostawców, niż możliwości ich podwyższenia (zob. ww. w pkt 150 wyrok w sprawach połączonych *Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji*, pkt 1084 i przytoczone tam orzecznictwo). Tymczasem, zważywszy, że wszystkie konkurencyjne produkty dostępu hurtowego bazują na pętlach lokalnych Telefóniki lub na jej regionalnym produkcie hurtowym, dostępność produktów konkurencyjnych zależy nie tylko od rzeczywistej dostępności usługi uwolnienia pętli lokalnych lub regionalnego produktu hurtowego, lecz również od warunków gospodarczych, w jakich są one udostępniane (motyw 240 zaskarżonej decyzji).
- 167 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że Komisja słusznie uznała, iż Telefónica posiadała pozycję dominującą na krajowym rynku hurtowym.
- 168 Zważywszy na powyższe i na okoliczność, iż – jak zostało wskazane w pkt 146 powyżej – aby stwierdzić istnienie nożyc cenowych, Komisja nie musiała wykazać posiadania przez Telefónicę pozycji dominującej na rynku detalicznym, analizowany zarzut należy oddalić w całości.

e) W przedmiocie zarzutu czwartego, dotyczącego błędnego zastosowania art. 82 WE w odniesieniu do stanowiącego nadużycie zachowania Telefóniki

- 169 W ramach analizowanego zarzutu skarżące podnoszą, że zaskarżona decyzja jest obciążona dwoma poważnymi błędami w zastosowaniu art. 82 WE w odniesieniu do zachowania Telefóniki stanowiącego jakoby nadużycie.
- 170 Na wstępie należy przypomnieć, że wprowadzając zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku w zakresie, w jakim może to wpłynąć na handel między państwami członkowskimi, art. 82 WE dotyczy zachowań, które mogą wpłynąć na strukturę rynku, gdzie ze względu na obecność przedsiębiorstwa zajmującego taką pozycję konkurencja jest już osłabiona, oraz które stwarzają przeszkodę w utrzymaniu istniejącego poziomu konkurencji lub jej rozwoju na rynku poprzez stosowanie środków odmiennych od tych, jakie stosuje się w warunkach normalnej konkurencji między towarami lub usługami na podstawie świadczeń podmiotów gospodarczych (ww. w pkt 76 wyrok w sprawie *Hoffman-La Roche przeciwko Komisji*, pkt 91; ww. w pkt 111 wyrok w sprawie *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin przeciwko Komisji*, pkt 70; wyroki Trybunału: z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie C-202/07 P *France Télécom przeciwko Komisji*, Zb. Orz. s. I-2369, pkt 104; z dnia 14 października 2010 r. w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom przeciwko Komisji*, Zb. Orz. s. I-9555, pkt 174).



- 171 Zatem skoro art. 82 WE dotyczy nie tylko praktyk mogących wyrządzić bezpośrednią szkodę konsumentom, ale także praktyk, które wyrządzają im szkodę poprzez naruszenie systemu skutecznej konkurencji, na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku (zob. ww. w pkt 170 wyrok w sprawie France Télécom przeciwko Komisji, pkt 105; ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 172 Trybunał wskazał także, iż art. 82 WE zakazuje przedsiębiorstwu dominującemu eliminowania konkurentów i wzmocniania w ten sposób swej pozycji za pomocą środków innych niż oparte na konkurencji między świadczeniami. Z tego punktu widzenia nie każda konkurencja cenowa może być uznawana za zgodną z prawem (zob. ww. w pkt 170 wyrok w sprawie France Télécom przeciwko Komisji, pkt 106 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 173 W odniesieniu do tego, czy praktyka taka jak ta, której dotyczy niniejsza sprawa, stanowi naruszenie, należy wskazać, że art. 82 akapit drugi lit. a) WE wyraźnie zakazuje bezpośredniego lub pośredniego narzucania niesłusznych cen (ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 25).
- 174 Ponadto lista nadużyć zawarta w art. 82 WE nie jest zamknięta, co oznacza, że wymienione w nim praktyki nie wyczerpują zakazanych przez prawo Unii sposobów nadużywania pozycji dominującej (zob. ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 175 Aby ustalić, czy poprzez stosowanie praktyk cenowych przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą nadużyło tej pozycji, należy poddać ocenie wszystkie okoliczności i zbadać, czy praktyki te mają na celu pozbawienie nabywcy możliwości wyboru źródeł zaopatrzenia lub ograniczenie mu tej możliwości, zamknięcie dostępu do rynku konkurentom, zastosowanie w odniesieniu do partnerów handlowych nierównych warunków do równoważnych świadczeń i stworzenie im przez to niekorzystnych warunków konkurencji lub umocnienie pozycji dominującej wskutek zakłócenia konkurencji (zob. ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 176 W pierwszej kolejności skarżące podnoszą, że z zaskarżonej decyzji jasno wynika, iż Komisja bada domniemywane nożyce cenowe jako nadużycie, którego skutki wykluczające są podobne do faktycznej odmowy zawarcia umowy. Komisja nie zastosowała jednak kryterium prawnego właściwego w przypadku tego typu zachowań, określonego przez Trybunał w wyroku z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 Bronner, Rec. s. I-7791. W szczególności Komisja nie wykazała, że przedmiotowe produkty hurtowe stanowiły niezbędne elementy składowe lub infrastrukturę ani że odmowa świadczenia mogła wyeliminować wszelką konkurencję na rynku detalicznym.
- 177 Taki argument nie może zostać uwzględniony.
- 178 Należy bowiem wskazać, że wbrew twierdzeniom skarżących Komisja w zaskarżonej decyzji nie badała nożyc cenowych jako faktycznej odmowy zawarcia umowy. W rzeczywistości Komisja przypomniała tam koncepcję nadużycia w rozumieniu art. 82 WE i wynikające z niej obowiązki (motywy 279, 280 zaskarżonej decyzji). Komisja zdefiniowała tam również praktykę nożyc cenowych, opierając się w szczególności na orzecznictwie sądu unijnego i na swojej praktyce decyzyjnej (motywy 281–284 zaskarżonej decyzji). Komisja podkreśliła w tym względzie w motywie 285 zaskarżonej decyzji, że od września 2001 r. do grudnia 2006 r. Telefónica nadużywała swojej pozycji dominującej na hiszpańskich rynkach dostępu szerokopasmowego poprzez stosowanie nożyc cenowych wynikających z dysproporcji pomiędzy opłatami detalicznymi i hurtowymi za dostęp szerokopasmowy, czego konsekwencją było prawdopodobne ograniczenie konkurencji na rynku detalicznym. Komisja uznała również w motywach 299–309 zaskarżonej decyzji, że kryteria określone w ww. w pkt 176 wyroku w sprawie Bronner nie dotyczyły niniejszego przypadku.

- 179 W szczególności należy wskazać, że w zaskarżonej decyzji Komisja nie zobowiązała Telefóniki do zapewnienia jej konkurentom dostępu do produktów hurtowych, gdyż wymóg ten wynika z hiszpańskich uregulowań prawnych. I tak, Telefónica miała obowiązek udostępniania regionalnego produktu hurtowego od marca 1999 r., a krajowego produktu hurtowego (ADSL-IP) od kwietnia 2002 r. Obowiązek ten wynikał z woli władz publicznych, aby zachęcić Telefónicę i jej konkurentów do inwestycji i innowacji (motywy 88, 111, 287, 303 zaskarżonej decyzji).
- 180 Ponadto w ww. w pkt 146 wyroku w sprawie TeliaSonera Trybunał przypomniał, że na podstawie ww. w pkt 176 wyroku w sprawie Bronner nie można uznać, iż warunki konieczne, aby stwierdzić wystąpienie odmowy świadczenia stanowiącej nadużycie, obowiązkowo muszą mieć również zastosowanie przy ocenie, czy zachowanie polegające na narzuceniu niekorzystnych warunków świadczenia usług albo sprzedaży towarów lub warunków, które mogą nie być interesujące dla nabywcy, ma charakter nadużycia (ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 55, 56).
- 181 Odmienna interpretacja ww. w pkt 176 wyroku w sprawie Bronner oznaczałaby wymóg, by dla uznania za nadużycie jakiegokolwiek zachowania przedsiębiorstwa dominującego, dotyczącego stosowanych przez to przedsiębiorstwo warunków handlowych, za każdym razem spełnione były przesłanki wymagane dla stwierdzenia istnienia odmowy zawarcia umowy, co w sposób niewłaściwy ograniczyłoby skuteczność art. 82 WE (zob. podobnie ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 58).
- 182 W tym względzie, choć wprawdzie w ww. w pkt 146 wyroku w sprawie TeliaSonera, pkt 69, Trybunał wskazał, że niezbędny charakter produktu hurtowego może okazać się istotny w kontekście oceny skutków zaniżania marży, należy jednak stwierdzić, iż skarżące przywołały niezbędny charakter produktów hurtowych jedynie na poparcie swojego twierdzenia, jakoby Komisja nie zastosowała właściwego kryterium prawnego do będącej powodem nałożenia kary w zaskarżonej decyzji domniemywanej faktycznej odmowy zawarcia umowy. Ich argument należy zatem oddalić.
- 183 W drugiej kolejności skarżące twierdzą, że nawet przy założeniu, iż zastosowanie ma art. 82 WE, Komisja nie zastosowała kryterium prawnego odpowiadającego pojęciu nożyc cenowych.
- 184 Po pierwsze, skarżące wskazują, że Komisja naruszyła prawo poprzez zastosowanie testu nożyc cenowych w odniesieniu do elementu składowego, który nie był niezbędny. Zarzut ten należy jednak oddalić z powodów opisanych w pkt 180–182 powyżej.
- 185 Po drugie, skarżące utrzymują, że w celu ustalenia istnienia nożyc cenowych mających charakter nadużycia Komisja powinna była wykazać, iż Telefónica miała pozycję dominującą również na rynku detalicznym. Argument ten został jednak oddalony w pkt 146 powyżej.
- 186 Po trzecie, skarżące twierdzą, że zgodnie z wyrokiem Sądu z dnia 30 listopada 2000 r. w sprawie T-5/97 *Industrie des poudres sphériques* przeciwko Komisji, Rec. s. II-3755, pkt 179, praktyka nożyc cenowych może mieć miejsce, wyłącznie jeżeli cena hurtowa, którą obciążani są konkurenci za produkt wyższego szczebla, jest zawyżona lub jeżeli cena detaliczna produktu pochodnego jest drapieżna.
- 187 W tym względzie należy przypomnieć, że zaniżanie marży, jeśli nie jest obiektywnie uzasadnione, może samo w sobie stanowić nadużycie w rozumieniu art. 82 WE. Zaniżanie marży wynika zaś z różnicy między cenami usług hurtowych i cenami usług detalicznych, a nie z poziomu tych cen jako takich. W szczególności zaniżanie to może wynikać nie tylko z nienormalnie niskiej ceny na rynku detalicznym, lecz również z nienormalnie wysokiej ceny na rynku hurtowym (zob. podobnie ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 97, 98). Wobec tego Komisja nie miała obowiązku wykazać w zaskarżonej decyzji, że Telefónica stosowała zawyżone ceny za swoje produkty hurtowe w zakresie dostępu hurtowego dostępu pośredniego lub że stosowała ceny drapieżne za swoje produkty detaliczne (zob. podobnie ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie *Deutsche Telekom* przeciwko Komisji, pkt 169; ww. w pkt 69 wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie *Deutsche Telekom* przeciwko Komisji, pkt 167).

- 188 Po czwarte, należy oddalić argument skarżących, w myśl którego swoją opartą na kryterium „równie skutecznego konkurenta” analizę noszącego znamiona nadużycia charakteru zachowania Telefóniki Komisja powinna była uzupełnić poprzez zbadanie marży głównych operatorów alternatywnych na rynku hiszpańskim.
- 189 Należy bowiem przypomnieć, że Trybunał wyjaśnił już, iż art. 82 WE zakazuje w szczególności przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą stosowania praktyk cenowych powodujących skutki w postaci wykluczenia wobec jego równie skutecznych konkurentów, rzeczywistych lub potencjalnych. Swoją pozycję dominującą wykorzystuje w sposób noszący znamiona nadużycia przedsiębiorstwo prowadzące politykę cenową zmierzającą do wykluczenia z rynku konkurentów, którzy są być może równie skuteczni jak to przedsiębiorstwo, ale z powodu mniejszych możliwości finansowych nie mogą sprostać konkurencji wobec nich (zob. podobnie ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 39, 40 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 190 W celu dokonania oceny zgodności z prawem polityki cenowej stosowanej przez przedsiębiorstwo dominujące należy co do zasady odwołać się do kryteriów ustalania cen w oparciu o koszty ponoszone przez samo przedsiębiorstwo dominujące i o jego strategię (zob. ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 198; ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 41; zob. również ww. w pkt 69 wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 188–191).
- 191 W szczególności jeżeli chodzi o praktykę cenową prowadzącą do zaniżania marży, użycie takich kryteriów analizy pozwala sprawdzić, czy przedsiębiorstwo to byłoby wystarczająco skuteczne, aby oferować swoje usługi detaliczne użytkownikom końcowym bez ponoszenia strat, gdyby wcześniej musiało zapłacić swoje własne ceny hurtowe za usługi pośrednie (ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 201; ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 42).
- 192 Takie podejście jest tym bardziej uzasadnione, że, primo, jest ono zgodne również z ogólną zasadą pewności prawa, ponieważ wzięcie pod uwagę kosztów przedsiębiorstwa dominującego umożliwia temu ostatniemu, w ramach szczególnej odpowiedzialności spoczywającej na nim na mocy art. 82 WE, dokonanie oceny zgodności z prawem jego własnych zachowań (ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 202; ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 44). Secundo, nadużycie polegające na wykluczeniu ma wpływ również na potencjalnych konkurentów przedsiębiorstwa dominującego, których perspektywa braku zyskowności może zniechęcić do wejścia na rynek.
- 193 Co prawda z orzecznictwa wynika również, że nie można wykluczyć, iż koszty i ceny konkurentów mogą mieć istotne znaczenie przy badaniu rozpatrywanej praktyki cenowej, niemniej jednak tylko w wypadku kiedy ze względu na wskazane przez Trybunał okoliczności nie jest możliwe odwołanie się do cen i kosztów przedsiębiorstwa dominującego, należy zbadać ceny i koszty konkurentów występujące na tym rynku (ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 45, 46), co nie zostało podniesione przez skarżące.
- 194 Zatem Komisja słusznie uznała, że test właściwy do ustalenia istnienia nożyc cenowych polega na ustaleniu, czy konkurent mający taką samą strukturę kosztów jak struktura działalności niższego szczebla przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo byłby w stanie oferować usługi niższego szczebla bez ponoszenia strat, gdyby wspomniane przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo musiało płacić za dostęp wyższego szczebla cenę, jaką obciążani są jego konkurenci, w oparciu o koszty ponoszone przez Telefónicę (motywy 311–315 zaskarżonej decyzji), bez przeprowadzania badania marży głównych operatorów alternatywnych na rynku hiszpańskim.
- 195 Po piąte, skarżące podkreślają, że nawet przy założeniu, iż kryterium „hipotetycznego równie skutecznego konkurenta” jest w niniejszym przypadku właściwe dla wykazania wystąpienia naruszenia, analiza Komisji obciążona jest błędem w wyborze hurtowych elementów składowych. Ich zdaniem

równie skuteczny konkurent korzystałby, w celu rozwinięcia swojej działalności detalicznej, wyłącznie z pętli lokalnej lub z optymalnego połączenia produktów hurtowych. Jednak w pkt 130 i 131 powyżej zostało wskazane, że korzystanie przez operatorów alternatywnych w okresie trwania naruszenia, we wszystkich centralach, z optymalnego połączenia produktów hurtowych, które obejmowałyby uwolnienie pętli lokalnej, nie potwierdziło się.

196 Po szóste, skarżące utrzymują, że teoria drabiny inwestycyjnej nie wymaga, aby wszystkie szczeble były dostępne. Argument ten należy jednak oddalić. Jak bowiem słusznie wskazuje Komisja, proces umożliwiający operatorom alternatywnym stopniowe inwestowanie w ich własną infrastrukturę jest strategią możliwą do przyjęcia jedynie wówczas, gdy pomiędzy różnymi poziomami tej drabiny nie występuje praktyka nożyc cenowych. Natomiast nożyc cenowe narzucone przez Telefónicę prawdopodobnie opóźniły wejście na rynek i rozwój jej konkurentów oraz możliwość osiągnięcia przez nich takiego poziomu korzyści skali, który wystarczy, aby uzasadnić nakłady na własną infrastrukturę i korzystanie z uwolnienia pętli lokalnej (motyw 554 zaskarżonej decyzji).

197 Mając na względzie powyższe, analizowany zarzut należy oddalić.

f) W przedmiocie zarzutu piątego, dotyczącego błędów w ustaleniach faktycznych lub błędów w ocenie okoliczności faktycznych i naruszenia prawa w odniesieniu do zachowania Telefóniki stanowiącego jakoby nadużycie oraz do jego jakoby antykonkurencyjnego skutku

198 Zarzut ten, podniesiony tytułem ewentualnym, składa się z dwóch części. Część pierwsza dotyczy błędów w ustaleniach faktycznych lub błędów w ocenie okoliczności faktycznych przy zastosowaniu testu nożyc cenowych. Część druga oparta jest na nieustaleniu przez Komisję w sposób wystarczający możliwych lub rzeczywistych skutków badanego zachowania.

W przedmiocie części pierwszej zarzutu piątego, dotyczącej błędów w ustaleniach faktycznych lub błędów w ocenie okoliczności faktycznych przy zastosowaniu testu nożyc cenowych

199 W ramach tej części zarzutu skarżące podnoszą trzy zastrzeżenia. Zastrzeżenie pierwsze dotyczy błędu w wyborze hurtowych elementów składowych. Zastrzeżenie drugie dotyczy błędów i braków, które wystąpiły w analizie DCF. Wreszcie, zastrzeżenie trzecie dotyczy błędów i braków występujących w analizie „okres po okresie”.

– W przedmiocie zastrzeżenia pierwszego w pierwszej części zarzutu piątego, dotyczącego błędu w wyborze hurtowych elementów składowych

200 W ramach tego zastrzeżenia, popartego odwołaniem do wyjaśnień dotyczących zarzutów drugiego i czwartego, skarżące podnoszą, że Komisja nie powinna była badać istnienia nożyc cenowych dla każdego produktu hurtowego rozpatrywanego oddzielnie, ze względu na fakt, iż operatorzy alternatywni korzystali z umożliwiającego oszczędności kosztów optymalnego połączenia produktów hurtowych, w tym z uwolnienia pętli lokalnej. W replice i na rozprawie skarżące wskazały też, że test nożyc cenowych Komisja powinna była zastosować, zgodnie z zasadą „równie skutecznego konkurenta”, w oparciu o połączenie produktów hurtowych, z których korzystali operatorzy alternatywni.

201 Po pierwsze, należy przypomnieć, że art. 82 WE zakazuje w szczególności przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą stosowania praktyk cenowych powodujących skutki w postaci wykluczenia wobec jego równie skutecznych konkurentów, rzeczywistych lub potencjalnych (zob. pkt 189 powyżej). W tym względzie badanie takiej pozycji wymaga oceny możliwości konkurencji w ramach rynku obejmującego wszystkie produkty, które stosownie do swoich właściwości szczególnie nadają się do zaspokojenia stałych potrzeb i które mogą być w ograniczony sposób stosowane zamiennie z innymi produktami, ponieważ określenie właściwego rynku służy ocenie, czy dane



przedsiębiorstwo może utrudniać skuteczną konkurencję na tym rynku (zob. pkt 111 powyżej). Tymczasem zostało stwierdzone, primo, w odniesieniu do zarzutu drugiego (zob. pkt 110–144 powyżej), że Komisja słusznie uznała, iż uwolnienie pętli lokalnej, krajowy produkt hurtowy i regionalny produkt hurtowy nie wchodzi w zakres tego samego rynku, oraz secundo, w odniesieniu do zarzutu czwartego (zob. pkt 169–197 powyżej), że zaniżanie marży na rynku właściwym mogło samo w sobie stanowić nadużycie w rozumieniu art. 82 WE.

- 202 Ponieważ określenie właściwego rynku służy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo może utrudniać skuteczną konkurencję na tym rynku, zatem skarżące nie mogą utrzymywać, w oparciu o swoje wyjaśnienia przedstawione w ramach zarzutu drugiego, że korzystanie z optymalnego połączenia produktów hurtowych umożliwia konkurentom Telefóniki poprawę ich zyskowności. Owe produkty hurtowe nie wchodzi bowiem w zakres tego samego rynku produktowego (zob. pkt 114–134 powyżej).
- 203 Po drugie, należy wskazać, że argument skarżących sprowadza się do twierdzenia, iż operator alternatywny mógłby rekompensować straty poniesione z powodu nożyc cenowych na poziomie produktu hurtowego przez przychody pochodzące z korzystania, na pewnych bardziej dochodowych obszarach geograficznych, z innych produktów Telefóniki, niebędących przedmiotem nożyc cenowych i wchodzących w zakres innego rynku, mianowicie z uwolnienia pętli lokalnej, z którego korzystanie wymaga skądinąd znacznych nakładów i które zresztą nie było dostępne niezwłocznie (zob. pkt 125 powyżej i motywy 227, 231, 266, 562 zaskarżonej decyzji). Z takim rozumowaniem nie można się zgodzić.
- 204 Zgodnie z orzecznictwem system niezakłóconej konkurencji, taki jaki został przewidziany w traktacie, może bowiem zostać zagwarantowany jedynie w sytuacji, w której zapewniono równość szans różnego rodzaju podmiotów gospodarczych. Natomiast równość szans wymaga, aby Telefónica i jej co najmniej równie skuteczni konkurenci znajdowali się w równorzędnej pozycji na rynku detalicznym. Nie dzieje się tak, po pierwsze, jeśli ceny produktów hurtowych krajowego i regionalnego uiszczane przez operatorów alternatywnych na rzecz Telefóniki nie mogą znaleźć odzwierciedlenia w cenach ich produktów detalicznych, i po drugie, jeśli operatorzy alternatywni, ze względu na ceny krajowych produktów hurtowego i detalicznego Telefóniki, mogą oferować te ostatnie jedynie ponosząc straty, które musieliby starać się kompensować dzięki przychodom pochodzącym z innych rynków (zob. podobnie ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 230; ww. w pkt 69 wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 198, 199 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 205 Ponadto, jak wskazała Komisja, argument skarżących dotyczący korzystania przez operatorów alternatywnych w okresie trwania naruszenia, w każdej centrali, z optymalnego połączenia produktów hurtowych, które obejmowałyby uwolnienie pętli lokalnej, stoi w sprzeczności ze stanowiskiem wyrażonym przez samą Telefónicę w odpowiedzi z dnia 22 września 2003 r. na skargę złożoną do Komisji przez France Telecom, w której to skardze Telefónica utrzymywała, że analiza ewentualnego istnienia nożyc cenowych powinna być dokonywana wyłącznie na podstawie regionalnego produktu hurtowego.
- 206 Po trzecie, jak zostało wskazane w pkt 131 powyżej, takie optymalne połączenie może być wykorzystywane jedynie przez konkurentów Telefóniki posiadających sieć, która umożliwia im korzystanie z uwolnienia pętli lokalnej, z wyłączeniem potencjalnych konkurentów Telefóniki.
- 207 Po czwarte, choć skarżące twierdzą, że równie skuteczny konkurent, który korzystałby wyłącznie z pętli lokalnej, osiągałby zyski i że, w konsekwencji, równie skuteczny konkurent, który korzystałby z optymalnego połączenia elementów składowych, również osiągnąłby pozytywne wyniki, to jednak argument ten musi zostać oddalony. Jak wskazano w pkt 125 powyżej, rzeczywiste wykorzystanie pętli lokalnej rozpoczęło się bowiem, w ograniczonym zakresie, dopiero pod koniec 2004 r. i na początku

2005 r. Ponadto, ze względu na konieczne nakłady, dopiero w 2004 r. operatorzy alternatywni rozpoczęli migrację swoich połączeń z pośredniego dostępu hurtowego na dostęp poprzez uwolnioną pętlę lokalną.

208 Po piąte, argumentacja skarżących, zgodnie z którą potencjalnie optymalna kombinacja produktów hurtowych uniemożliwia utworzenie nożyc cenowych, jest sprzeczna ze zobowiązaniami wynikającymi z regulacji nałożonymi przez CMT na Telefónicę, mającymi na celu w szczególności zapewnienie, aby wszystkie oferty detaliczne Telefóniki były możliwe do powielenia na podstawie jej regionalnego produktu hurtowego (motyw 114 zaskarżonej decyzji).

209 Po szóste, należy oddalić zmierzający do zakwestionowania definicji i właściwości sieci równie skutecznego konkurenta argument skarżących, zgodnie z którym należy jedynie ustalić, czy – przy korzyściach skali i kosztach sieci Telefóniki – operator alternatywny mógłby przynosić zysk, czy też nie. Jak wskazała Komisja w motywie 315 zaskarżonej decyzji, przy zastosowaniu metody równie skutecznego konkurenta nie jest bowiem konieczne, aby konkurenci Telefóniki mogli powielić jej aktywa wyższego szczebla. Test nożyc cenowych ma bowiem zastosowanie w kontekście równie skutecznego operatora niższego szczebla, czyli operatora, który korzysta z produktu hurtowego przedsiębiorstwa dominującego i który konkuruje z tym przedsiębiorstwem na rynku niższego szczebla, a jego koszty na tym rynku są takie same jak koszty przedsiębiorstwa dominującego.

210 W każdym razie korzystanie przez operatorów alternatywnych w okresie trwania naruszenia, we wszystkich centralach, z optymalnego połączenia produktów hurtowych, które obejmowałyby uwolnienie pętli lokalnej, nie potwierdziło się. Zatem choć TESAU podlega regulacyjnemu obowiązkowi udostępnienia skrętki miedzianej operatorom alternatywnym od grudnia 2000 r. (motyw 81 zaskarżonej decyzji), z motywów 102 i 103 zaskarżonej decyzji – zawierających dane, których skarżące nie zakwestionowały – wynika, że aż do 2002 r. France Telecom prawie wyłącznie kupowała krajowy produkt hurtowy Telefóniki, który pod koniec 2002 r. został zastąpiony krajową hurtową alternatywną ofertą opartą na regionalnym produkcie hurtowym Telefóniki. Dopiero począwszy od lutego 2005 r., liczba uwolnionych lokalnych pętli abonenckich France Telecom znacznie wzrosła, podczas gdy zmniejszyła się liczba alternatywnych krajowych łączy hurtowych opartych na regionalnym produkcie hurtowym Telefóniki. Ponadto aż do ostatniego kwartału 2004 r. Ya.com zakupywała wyłącznie krajowy produkt hurtowy Telefóniki i rozpoczęła stopniowo wykorzystywać uwalnianie pętli lokalnej dopiero od lipca 2005 r., wraz z nabyciem Albury.

211 Z powyższych wyjaśnień wynika, że Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie przy wyborze hurtowych elementów składowych dla potrzeb obliczenia nożyc cenowych. Zastrzeżenie pierwsze części pierwszej zarzutu piątego nie może zatem zostać uwzględnione.

– W przedmiocie zastrzeżenia drugiego w części pierwszej zarzutu piątego, dotyczącego błędów i braków, które wystąpiły w analizie DCF

212 W ramach analizowanego zastrzeżenia skarżące formułują szereg krytycznych uwag odnośnie do zastosowania przez Komisję, w niniejszym przypadku analizy DCF (motywy 350–385 zaskarżonej decyzji).

213 Należy zauważyć, że jak wskazała Komisja w motywie 315 zaskarżonej decyzji, test nożyc cenowych ma w niniejszym przypadku na celu ustalenie, czy konkurent mający taką samą strukturę kosztów jak struktura działalności niższego szczebla przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo może przynosić zyski na rynku niższego szczebla przy uwzględnieniu hurtowych i detalicznych cen tego przedsiębiorstwa. W zaskarżonej decyzji Komisja przypominała, że – zgodnie z orzecznictwem Trybunału i z jej własną praktyką decyzyjną w dziedzinie cen stanowiących nadużycie – zyskowność przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą była zawsze oceniana na podstawie analizy „okres po okresie”, ponieważ metoda DCF obarczona jest w odniesieniu do obliczania nożyc cenowych pewnymi wadami (motywy 331, 332 zaskarżonej decyzji). Przy obliczaniu nożyc cenowych Komisja postanowiła

jednak obliczyć zyskowność Telefóniki w oparciu o dwie metody, mianowicie metodę „okres po okresie” i metodę DCF, zaproponowane przez Telefónicę w celu z jednej strony uniknięcia stwierdzenia istnienia nożyc cenowych z powodu zakłóceń rachunkowości wynikających z niedojrzałości hiszpańskiego rynku szerokopasmowego oraz z drugiej strony upewnienia się, że metoda zaproponowana przez Telefónicę nie podważała wniosku dotyczącego istnienia nożyc cenowych wynikającego z analizy „okres po okresie” (motyw 349 zaskarżonej decyzji).

- 214 Komisja wyjaśniła też, że w analizie DCF wartość końcowa obliczona jest w celu odzwierciedlenia istnienia kluczowych aktywów, które będą nadal wykorzystywane również po upływie okresu referencyjnego. Uwzględnienie wartości końcowej w analizie może okazać się konieczne, ponieważ niektóre koszty nie zostają całkowicie pokryte w okresie referencyjnym. Zdaniem Komisji zarówno wartość końcowa właściwa w celu uwzględnienia w analizie DCF, jak i właściwy okres odniesienia służą określeniu daty granicznej, po której odzyskanie strat nie jest uwzględniane w analizie (motywy 360, 361 zaskarżonej decyzji). Ponieważ metoda DCF dopuszcza początkowe krótkoterminowe straty, ale wymaga odzyskania ich w rozsądnie długim okresie, Komisja musiała określić właściwy w niniejszym przypadku okres odzyskania (motyw 351 zaskarżonej decyzji).
- 215 W tym względzie Komisja uznała w motywie 354 zaskarżonej decyzji, że najrozsądniejszym podejściem było ograniczenie analizowanego okresu do czasu gospodarczej użyteczności aktywów zaangażowanych przez badane przedsiębiorstwo. W motywie 359 zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że w niniejszym przypadku okresem właściwym dla potrzeb analizy DCF jest okres od września 2001 r. do grudnia 2006 r. (pięć lat i cztery miesiące), a ponadto, że jest to okres korzystny dla Telefóniki, ponieważ zakres jej działalności na rynku niższego szczebla powiększył się z upływem czasu.
- 216 W pierwszej kolejności skarżące kwestionują metodę obliczenia wartości końcowej, z której skorzystała Komisja w ramach analizy DCF (motyw 363 zaskarżonej decyzji). Podnoszą one, że zastosowana przez Komisję metoda obliczania wartości końcowej detalicznych usług szerokopasmowych różni się od metod wyceny zwykle stosowanych wobec przedsiębiorstw. Ich zdaniem podejście Komisji jest niewłaściwe, ponieważ w niniejszym przypadku chodzi o wycenę przedsiębiorstwa posiadającego złożone aktywa niematerialne. Według skarżących wydatki Telefóniki dotyczące jej działalności handlowej w zakresie detalicznych usług szerokopasmowych pozwalają wycenić nie tylko wartość jej bazy klientów, ale również aktywów takich jak jej znaki towarowe, relacje z klientami, jej wiedza i umiejętności organizacyjne. Gospodarcza użyteczność tych aktywów jest znacznie dłuższa niż przyjęty przez Komisję okres pięciu lat i czterech miesięcy, wobec czego okres referencyjny powinien być przedłużony poza grudzień 2006 r.
- 217 Po pierwsze, należy oddalić argument skarżących, jakoby wydłużenie okresu referencyjnego w analizie DCF nie zwiększało ryzyka błędów prognozy lub uwzględnienia w tej analizie korzyści z antykonkurencyjnego zachowania.
- 218 Jak słusznie podkreśliła Komisja w motywach 333 i 334 zaskarżonej decyzji, ze względu na to, iż metoda DCF dopuszcza zrekompensowanie początkowych strat poprzez przyszłe zyski, istnieje ryzyko, że wyniki tej metody rzeczywiście albo będą uzależnione od nieracjonalnych prognoz przedsiębiorstwa dominującego dotyczących przyszłych spodziewanych zysków, co mogłoby prowadzić do błędnego wyniku, albo będą uwzględniały zyski długoterminowe będące skutkiem wzmocnienia siły rynkowej przedsiębiorstwa dominującego.
- 219 W tym względzie należy również oddalić argument skarżących, w myśl którego skrócenie analizowanego okresu powoduje zaniżenie „gospodarczej wartości” Telefóniki i pomija wartość aktywów Telefóniki po roku 2006.
- 220 Należy bowiem uznać, iż Komisja nie pominęła wartości aktywów Telefóniki po roku 2006. Słusznie uznała natomiast, że w niniejszym przypadku – w odróżnieniu od metody, której celem byłaby wycena spółki w celu jej nabycia lub sprzedaży – ustalenie, czy straty Telefóniki w okresie od 2001 r. do 2006 r.

mogły zostać zrekompensovane przez przyszłe hipotetyczne korzyści, poczynając od 2007 r., nie miało istotnego znaczenia. Komisja nie popełniła bowiem oczywistego błędu w ocenie, stwierdzając, że działalność prowadzona na rynku niższego szczebla przez przedsiębiorstwo dominujące powinna przynosić zyski w okresie odpowiadającym czasowi użyteczności jego aktywów. W przeciwnym wypadku polityka cenowa Telefóniki mogłaby mieć negatywny wpływ na konkurencję (motyw 370 zaskarżonej decyzji).

- 221 Po drugie, należy oddalić argument, jakoby Komisja nie przedstawiła żadnego wyjaśnienia w odniesieniu do długości okresu wybranego dla potrzeb analizy DCF, która zdaniem skarżących jest z tego względu dowolna.
- 222 Przede wszystkim w motywach 351–359 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, że najrozsądniejszym podejściem było ograniczenie analizowanego okresu do czasu gospodarczej użyteczności aktywów zaangażowanych przez odnośne przedsiębiorstwo, ponieważ w ten sposób ocena jego zyskowności uwzględniała wszystkie korzyści gospodarcze wynikające z korzystania z tych aktywów. Komisja dodała również, że okres pięciu lat odpowiadał średniemu czasowi gospodarczej użyteczności elementów sieci TESAU niezbędnych w celu świadczenia detalicznych usług ADSL w oparciu o regionalny produkt hurtowy, wynikającej z jej pierwotnego planu biznesowego, oraz średniemu czasowi gospodarczej użyteczności elementów sieci operatorów alternatywnych takich jak France Telecom i Auna. Komisja wspomniała też, że czas ten był dłuższy niż okres amortyzacji kosztów pozyskania abonentów TESAU i że był zgodny z okresem użytym przez regulatora telekomunikacyjnego Zjednoczonego Królestwa. Z uwagi na te elementy, które tak czy inaczej nie pozwalają skarżącym utrzymywać, że Komisja nie przedstawiła żadnego wyjaśnienia w sprawie długości analizowanego okresu, jaką się posłużyła, należy stwierdzić, że owa długość analizowanego okresu nie została określona w sposób dowolny i że nie jest obciążona oczywistym błędem w ocenie.
- 223 W tym względzie, co się tyczy określenia długości okresu, w trakcie którego powinna zostać osiągnięta zyskowność, skarżące kwestionują odwołanie się przez Komisję do planów biznesowych Telefóniki, twierdząc, że analiza, na której oparła się Komisja [poufne], co według nich potwierdza, iż straty stwierdzone przez Komisję w okresie [poufne] wynikały z niedojrzałości hiszpańskiego rynku szerokopasmowego. Jednak, po pierwsze, z akt postępowania wynika, że plan biznesowy [poufne] rzeczywiście dotyczy pełnej wartości całości działalności. Po drugie, jak słusznie wskazuje Komisja, rachunkowość kosztów i plan biznesowy Telefóniki wykazują przede wszystkim, że Telefónica [poufne], ponieważ obliczyła, iż jej próg zyskowności znajdował się na poziomie [poufne] użytkowników końcowych ADSL, która to liczba została osiągnięta [poufne], następnie, że przewidywała ona próg zyskowności w kategoriach zysku przed potrąceniem odsetek, podatków, deprecjacji i amortyzacji (EBITDA) oraz zysku przed obliczeniem podatków i odsetek (EBIT) w [poufne], i wreszcie, że spodziewała się wartości bieżącej netto (Net Present Value, zwanej dalej „NPV”) [poufne] (z wyłączeniem wszelkiej wartości końcowej) w okresie [poufne]. Komisja nie popełniła zatem oczywistego błędu w ocenie, uznając, że straty stwierdzone w okresie [poufne] nie mogą być uważane za wynikłe z niedojrzałości hiszpańskiego rynku szerokopasmowego.
- 224 Po trzecie, skarżące podnoszą, że nie jest prawdą, iż przyjęta przez Komisję metodologia, która uwzględnia wartość końcową będącą odzwierciedleniem pozostałego czasu gospodarczej użyteczności środków trwałych i pozyskanych klientów, jest dla Telefóniki bardziej korzystna od metodologii wykorzystanej przez tę ostatnią w jej pierwotnym planie biznesowym (motywy 362, 363 zaskarżonej decyzji) ze względu na przyjęty w tym planie przez Telefónicę szerszy horyzont czasowy ([poufne]). Skarżące utrzymują również, że metodologie te nie są do siebie podobne (przypis 810 w zaskarżonej decyzji), ponieważ Telefónica uznała, iż jej baza klientów była stała, a nie malejąca. Ponadto według skarżących wspomniane w motywie 367 zaskarżonej decyzji plany rozwoju Telefóniki nie miały znaczenia dla obliczenia wartości końcowej.



- 225 W tym względy należy wskazać, że w swoich pismach skarżące nie wyjaśniają, dlaczego ich argument, nawet gdyby był zasadny, miałby świadczyć o niezgodności zaskarżonej decyzji z prawem. Po pierwsze, nawet jeśli się założy, że – jak twierdzą skarżące – metodologia przyjęta przez Komisję nie jest dla Telefóniki bardziej korzystna od metodologii wykorzystanej w jej pierwotnym planie biznesowym lub że metodologie te nie są podobne, nie będzie to oznaczało, iż twierdzenia dotyczące wartości końcowej, zawarte w szczególności w motywach 360–362 zaskarżonej decyzji, i określenie wartości końcowej przy obliczaniu DCF były błędne. Po drugie, należy wskazać, że plany rozwoju Telefóniki zostały wspomniane w motywie 367 zaskarżonej decyzji w celu wykazania, iż wbrew twierdzeniom Telefóniki obliczenie przez Komisję wartości końcowej nie było pozbawione precedensu. Jednak nawet przy założeniu, że twierdzenie to jest błędne, nie oznaczałoby to, iż zawarte w zaskarżonej decyzji obliczenie wartości końcowej było niezgodne z prawem.
- 226 Ponadto, choć rzeczywiście horyzont czasowy rozważany przez Telefónicę w jej planie biznesowym [poufne] w rzeczywistości obejmował [poufne] lat (okres [poufne]), co zostało przez Komisję przyznane w odpowiedzi na skargę, należy uznać, iż Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, stwierdzając, że okres ten był zbyt długi, aby rozważać rentowność hipotetycznego operatora niższego szczebla (zob. w tym względy pkt 216–220 powyżej).
- 227 Należy w każdym razie podkreślić, że z akt postępowania wynika, iż obliczenie NPV dla działalności detalicznej w okresie [poufne], przeprowadzone według takiej samej metody jak metoda użyta przez Telefónicę w jej planie biznesowym „Objetivo Verne 2002”, [poufne]. Podniesiony na rozprawie argument skarżących, zgodnie z którym Komisja nie powinna była wykorzystać prognoz Telefóniki zawartych we wspomnianym planie, lecz zwrócić się do niej o prognozy uaktualnione w dniu, kiedy dokonywała obliczenia wartości końcowej, nie może zostać uwzględniony. Rozsądnie jest bowiem uznać, że takie prognozy, uaktualnione w momencie tego obliczenia, zwiększyłyby ryzyko uwzględnienia w analizie korzyści z antykonkurencyjnego zachowania.
- 228 W drugiej kolejności skarżące podnoszą, że Komisja mogła obliczyć bardziej stosowną wartość końcową, opartą na danych rynkowych. Po pierwsze, podejście alternatywne służące ocenie przepływów pieniężnych od roku 2006 polegało zdaniem skarżących na wykorzystaniu informacji na temat wartości transakcji porównywalnych przy zastosowaniu „metody wielokrotności”, której celem jest wycena działalności gospodarczej danego przedsiębiorstwa poprzez porównanie jej z ceną zapłaconą za podobną działalność gospodarczą. Według skarżących zaletą użycia takiej metody jest brak potrzeby jakichkolwiek założeń dotyczących czasu trwania rozpatrywanej działalności. Po drugie, zastosowanie wielokrotności EBITDA w motywie 377 zaskarżonej decyzji nie na zdaniem skarżących sensu w przypadku przedsiębiorstw o dużym potencjale wzrostu. W tych okolicznościach – oprócz wielokrotności przychodów, użytej przez Telefónicę w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów – Komisja mogła posłużyć się wielokrotnością właściwą dla tego sektora.
- 229 Należy stwierdzić, że w motywie 369 zaskarżonej decyzji Komisja słusznie uznała, iż wykorzystanie w niniejszym przypadku wartości końcowej obejmującej wszystkie przyszłe zyski badanego przedsiębiorstwa nie było ani rozsądne, ani właściwe przy obliczaniu nożyc cenowych.
- 230 Przede wszystkim podejście to, w ramach którego uwzględnione zostają wszystkie przyszłe zyski badanego przedsiębiorstwa, nie pozwoliłoby stwierdzić, czy – w szczególności przy uwzględnieniu opłat uiszczanych przez operatorów alternatywnych na rzecz Telefóniki za produkty hurtowe krajowy i regionalny – operator niższego szczebla równie skuteczny jak Telefónica mógłby odzyskać straty początkowe i osiągnąć równowagę dzięki zyskom przynoszonym mu przez działalność na rynku niższego szczebla w określonym okresie odniesienia. Następnie, metoda taka nie uwzględnia również średniego czasu użyteczności odnośnych aktywów ani tego, że na konkurencyjnym rynku nowy podmiot nie może liczyć na całość swoich ewentualnych przyszłych zysków w celu pokrycia początkowych strat poniesionych przy wejściu na rynek. Wreszcie, jak wskazała Komisja w motywie 334 zaskarżonej decyzji, takie podejście pozwala przedsiębiorstwu w razie potrzeby na skuteczne przyjęcie strategii nożyc cenowych poprzez ustalenie w początkowym okresie cen mogących

po upływie określonego czasu spowodować wykluczenie konkurentów, a następnie poprzez podwyższenie cen pozwalające mu w stosownym czasie odzyskać początkowe straty lub poprzez utrzymanie tych cen powyżej konkurencyjnego poziomu, co zostało umożliwione przez brak pojawienia się lub brak zauważalnego rozwoju konkurentów na właściwym rynku (zob. także motyw 334 zaskarżonej decyzji).

- 231 W trzeciej kolejności skarżące twierdzą, że „zastosowanie prawidłowej metody wyceny, która w celu obliczenia wartości końcowej bazuje na danych rynkowych, wykazałoby, iż aktywność ewentualnego konkurenta równie skutecznego jak Telefónica byłaby zyskowna”. Argument ten nie został jednak wyjaśniony ani rozwinięty w ich pismach, zaś skarżące w sposób ogólny odwołały się do dziesięciostronicowego studium gospodarczego przedstawionego jako załącznik. W świetle pkt 58–63 powyżej argument ten powinien zatem zostać odrzucony.
- 232 Ze względu na powyższe wyjaśnienia zastrzeżenie drugie części pierwszej zarzutu piątego należy oddalić.
- W przedmiocie zastrzeżenia trzeciego w części pierwszej zarzutu piątego, dotyczącego błędów i braków występujących w analizie „okres po okresie”
- 233 W ramach analizowanego zastrzeżenia skarżące formułują szereg uwag krytycznych w odniesieniu do przeprowadzonej przez Komisję analizy „okres po okresie”.
- 234 W pierwszej kolejności skarżące twierdzą, że Komisja nie oszacowała prawidłowo LRAIC dotyczących sprzedaży.
- 235 Na wstępie należy przypomnieć, że w zaskarżonej decyzji Komisja uznała, iż koszty krańcowe sprzedaży były w kosztach pozyskania abonentów Telefóniki (motywy 458–463 zaskarżonej decyzji) pozycją obejmującą nie tylko premie i prowizje (z wyłączeniem pensji) przyznane na rzecz sieci sprzedaży Telefóniki za każdego nowego abonenta, lecz również rozwój struktury handlowej Telefóniki, gdyż taka ekspansja była możliwa dzięki jej działalności szerokopasmowej.
- 236 Jeśli chodzi o oszacowanie kosztów sprzedaży, w motywach 464–473 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że Telefónica zaniżyła LRAIC, ponieważ uwzględniła jedynie premie i prowizje przyznane sieci sprzedaży za każdego nowego abonenta, z pominięciem wydatków związanych ze strukturą handlową spółki. Zdaniem Komisji nawet jeśli struktura handlowa Telefóniki stanowi część kosztów wspólnych, nie można twierdzić, że miałyby ona taką samą wielkość (wyrażającą się liczbą pracowników), gdyby spółka nie oferowała detalicznych usług szerokopasmowych (motywy 465, 470 zaskarżonej decyzji). W motywie 472 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, że – choć co prawda po to, aby racjonalnie szacować dodatkowe koszty sprzedaży, można było oprzeć się na rzeczywistej alokacji zespołu handlowego Telefóniki do sprzedaży detalicznych usług szerokopasmowych – w niniejszym przypadku Telefónica, jeśli chodzi o obroty z każdego z prowadzonych przez nią rodzajów działalności, wyraźnie zaniża dodatkowe koszty detalicznej działalności szerokopasmowej, co zostało już skrytykowane przez CMT. W konsekwencji Komisja uznała w motywie 473 zaskarżonej decyzji, że w niniejszym przypadku – w świetle informacji udostępnionych przez Telefónicę i w świetle faktu, iż pomimo żądania CMT nie istnieje żadne opracowanie, które badałoby uwagę poświęcaną przez zespół handlowy każdemu z rynków detalicznych spółki – obliczenie kosztów sprzedaży w stosunku do obrotów musiało zostać potraktowane jako przybliżona suma LRAIC, która jest korzystna dla spółki.
- 237 Po pierwsze, należy oddalić argument skarżących, jakoby Komisja nie powinna była oszacować LRAIC sprzedaży na podstawie danych księgowych Telefóniki, lecz powinna była skorzystać z alternatywnych źródeł danych, takich jak zestawienia wskaźników (dashboards) Telefóniki.

- 238 Jak wynika z motywów 319 i 320 zaskarżonej decyzji, długoterminowy koszt przyrostowy produktu odpowiada poszczególnym kosztom produktu ponoszonym długoterminowo przez przedsiębiorstwo, związanym z całkowitą wielkością produkcji tego produktu, i wobec tego – kosztom, których przedsiębiorstwo w długim terminie uniknęłoby, gdyby postanowiło nie wytwarzać tego produktu. W ten sposób Komisja wskazała, że długoterminowy koszt przyrostowy produktu powinien obejmować nie tylko wszystkie stałe i zmienne koszty bezpośrednio związane z wytworzeniem danego produktu, lecz również odpowiednią część kosztów wspólnych związanych z tą działalnością. Skarżące nie kwestionują tego twierdzenia. Oznacza to, że prawidłowo obliczony LRAIC powinien zawierać odpowiednią część kosztów związanych ze strukturą handlową Telefóniki, których w długim terminie spółka uniknęłaby, gdyby nie świadczyła detalicznych usług szerokopasmowych.
- 239 Skarżące nie zaprzeczają natomiast, że oszacowanie LRAIC sprzedaży figurujących w analizie strat i zysków działalności detalicznej (Economics ADSL) (motyw 407 zaskarżonej decyzji) i w zestawieniu wskaźników (ADSL Scorecard) działalności szerokopasmowej (motywy 408–410 zaskarżonej decyzji) nie obejmuje kosztów sprzedaży [*poufne*], zaniżając tym samym LRAIC detalicznego produktu szerokopasmowego Telefóniki. Wprawdzie choć skarżące twierdzą, że [*poufne*], należy wskazać, iż [*poufne*], wobec czego Komisja słusznie uznała, że LRAIC detalicznego produktu szerokopasmowego Telefóniki zostały zaniżone.
- 240 Po drugie, jak trafnie wskazuje Komisja, w niniejszym przypadku podejście skarżących nie może zostać uwzględnione, ponieważ jest równoznaczne z uznaniem, że przedstawiciele handlowi nie poświęcają części swojego czasu na sprzedaż detalicznych produktów szerokopasmowych Telefóniki. Ponadto w skierowanym do Komisji piśmie z dnia 1 kwietnia 2005 r., przytoczonym w przypisie nr 472 w zaskarżonej decyzji, Telefónica sama przyznała, że było „oczywiste, iż koszty premii nie wyczerpywały rozdziału zatytułowanego »koszty sprzedaży«” i że „należało dodać wszystkie koszty wynikające ze struktury handlowej TESAU (to znaczy koszty personelu innego niż personel bezpośrednio zajmujący się sprzedażą i koszty kapitałowe, koszty struktury i koszty wsparcia) w zakresie związanym z detaliczną ofertą ADSL”.
- 241 W tym względzie należy oddalić argumenty skarżących, zgodnie z którymi, primo, struktura handlowa Telefóniki pozostawała niezmienna od czasu wejścia przedsiębiorstwa na detaliczny rynek szerokopasmowy i, secundo, zasoby ludzkie Telefóniki stanowiły koszt stały, trudny do zmienienia ze względu na sztywność rynku pracy.
- 242 Jak wskazała bowiem Komisja w motywie 468 zaskarżonej decyzji, okoliczność, iż od 1999 r. Telefónica nie zwiększyła zatrudnienia w dziale handlowym, nie oznacza, że pewnej części struktury handlowej Telefóniki nie można przypisać bezpośrednio do detalicznej działalności szerokopasmowej tej spółki. Jak wskazała Komisja w motywie 469 zaskarżonej decyzji, niezależnie od rzekomej sztywności rynku pracy w Hiszpanii istnieje możliwość, że rozmiar struktury handlowej Telefóniki nie zostałby utrzymany, gdyby przedsiębiorstwo nie oferowało swoich detalicznych produktów szerokopasmowych, ponieważ przychody przynoszone przez tradycyjną działalność (usługi głosowe i abonament) zmalały w latach 2002–2006 (motyw 466 zaskarżonej decyzji). Należy ponadto uznać, podobnie jak uczyniła to Komisja (motyw 466 zaskarżonej decyzji, *in fine*), że moce handlowe TESAU dedykowane są głównie wzrostowi jej działalności szerokopasmowej, czemu skarżące nie zaprzeczają. Telefónica sama stwierdziła, że wzrost grupy zasilany jest przez usługi szerokopasmowe. Ponadto przychody przynoszone przez usługi szerokopasmowe znacznie wzrosły w latach 2002–2006, natomiast w tym samym okresie zmalały przychody przynoszone przez tradycyjne usługi (motywy 466, 467 zaskarżonej decyzji).
- 243 Ponadto z akt postępowania wynika, że w latach 1999–2006 Telefónica w istotny sposób zmniejszyła liczbę zatrudnianych osób (w latach 2003–2007 ograniczając zatrudnienie do około 14 tysięcy pracowników), przy zachowaniu względnie stałego zatrudnienia w dziale handlowym, i że odsetek zatrudnianych osób zajmujących się sprzedażą zmienił się z [*poufne*] w 2001 r. na [*poufne*] jej zasobów ludzkich w 2006 r.



- 244 Ze względu na to, iż brak było wiarygodnych szacunków dotyczących rzeczywistego dedykowania zespołu handlowego Telefóniki do sprzedaży detalicznych produktów szerokopasmowych w postaci całkowitej kwoty przeznaczonej na tę sprzedaż w stosunku do czasu poświęconego przez zespół handlowy tym produktom (motywy 472, 473 zaskarżonej decyzji), Komisja nie przekroczyła granic przysługującego jej zakresu swobodnego uznania, uznając, że rozsądne przybliżenie wysokości LRAIC sprzedaży stanowi część kosztów, które sama Telefónica przypisywała detalicznej działalności w zakresie ADSL [poufne] w swojej rachunkowości w 2005 r. Należy bowiem wskazać w tym względzie, że zasada przypisania stosowana przez Telefónicę do 2004 r. została uznana przez CMT za niewłaściwą, ponieważ nie opierała się na przypisaniu całkowitego kosztu sprzedaży do stosunkowej części czasu poświęcanej przez personel handlowy detalicznym produktom szerokopasmowym.
- 245 W drugiej kolejności skarżące podnoszą, że Komisja zaniżyła średni czas relacji z klientem Telefóniki.
- 246 Na wstępie należy przypomnieć, że w zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, iż pewna liczba korekt kosztów Telefóniki została przeprowadzona w celu dostarczenia właściwego środka, w odniesieniu do testu zaniżania marży, gospodarczego zrównoważenia detalicznych usług ADSL Telefóniki. Komisja podkreśliła, że na rynku detalicznym koszty pozyskania nowych klientów stanowiły istotną część rozchodów, która zostanie szybko zamortyzowana i przyniesie długoterminowe dodatkowe korzyści. Komisja dokonała zatem korekt w księgowości Telefóniki poprzez zamortyzowanie kosztów pozyskania nowych klientów we właściwym okresie (motyw 474 zaskarżonej decyzji). W tym względzie w zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że okres amortyzacji kosztów pozyskania abonentów Telefóniki właściwy dla potrzeb niniejszej sprawy wynosi [poufne] lat, co stanowi maksymalny okres wykorzystywany przez krajowe organy do spraw konkurencji oraz przez KOR, w tym przez CMT, dłuższy od czasu przewidzianego przez Telefónicę w jej pierwotnym planie biznesowym na odzyskanie tych kosztów. Z powodów przedstawionych w motywach 476–485 zaskarżonej decyzji Komisja nie zastosowała zatem średniego czasu relacji z abonentami Telefóniki, proponowanego przez tę ostatnią.
- 247 Po pierwsze, skarżące podnoszą, że Komisja nie wyjaśniła, dlaczego okres amortyzacji stosowany przez niektóre KOR i organy do spraw konkurencji jest bardziej istotny niż szacunki przyjęte w decyzji Komisji z dnia 16 lipca 2003 r. (sprawa COMP/38.233 – Wanadoo Interactive), tym bardziej że maksymalny czas stosowany przez niektóre organy krajowe, w szczególności przez organ francuski, wynosi [poufne] lat w oparciu o średni czas relacji z abonentami (motyw 488 zaskarżonej decyzji). Argument ten musi jednak zostać oddalony, ponieważ w motywach 486–489 zaskarżonej decyzji Komisja jasno wyjaśniła powody dokonania takiego wyboru.
- 248 Po drugie, według skarżących Komisja nie przeanalizowała w sposób właściwy planów biznesowych Telefóniki, ponieważ ta analiza wskazuje, że założenia leżące u podstaw tych planów powstały w oparciu o szacunki wartości utworzonej dla [poufne]. Zapytane na rozprawie o zakres i znaczenie tego stwierdzenia skarżące oświadczyły w istocie, że Komisja oparła się na błędnej interpretacji planów biznesowych Telefóniki, aby nie uwzględniać rzeczywistego średniego czasu relacji z abonentami Telefóniki, który według niej wynosi [poufne]. Jak stwierdziły, ich argumentu nie należy jednak rozumieć w ten sposób, iż zmierza on do określenia średniego czasu relacji z abonentami Telefóniki jako [poufne] lat.
- 249 W tym względzie argument skarżących należy oddalić, ponieważ jest on oparty na błędnej przesłance. Jak wynika z motywów 477–489 zaskarżonej decyzji, Komisja nie uwzględniła danych dotyczących rzeczywistego średniego czasu relacji z klientami Telefóniki, ponieważ, primo, czas relacji z abonentami Telefóniki był prawdopodobnie dłuższy niż miałyby to miejsce na rynku konkurencyjnym, secundo, czas relacji zaproponowany przez Telefónicę pozostawał w sprzeczności z jej własnymi twierdzeniami, w myśl których rynek detaliczny charakteryzowały stosunkowo niskie koszty zmiany dostawcy usług, a wskaźnik odejść jej abonentów („churn rate”) wynosił [poufne]% miesięcznie, co odpowiadało czasowi relacji wynoszącemu [poufne] lat, tertio, wzór zaproponowany przez Telefónicę nie nadawał się do zastosowania na rozwijającym się rynku i, quarto, czas przyjęty przez Komisję stanowił maksymalny czas przyjęty przez krajowe organy do spraw konkurencji. Przy



niewzględnieniu średniego czasu relacji zaproponowanego przez Telefónicę Komisja nie oparła się zatem na planach biznesowych Telefóniki, lecz ograniczyła się do stwierdzenia w motywie 489 zaskarżonej decyzji, że ostatecznie wybrany okres amortyzacji był [poufne] od okresu zawartego w tych planach, a zatem był bardziej korzystny dla Telefóniki.

250 Po trzecie, skarżące twierdzą, że założenia przyjęte przez Komisję nie odpowiadają rzeczywistym zachowaniom klientów Telefóniki, ponieważ średni czas relacji z abonamentami Telefóniki był dłuższy niż [poufne]. W tym względzie skarżące ograniczają się do stwierdzenia, że zastosowanie powszechnie przyjętych metod statystycznych do oszacowania średniego czasu relacji z klientami umożliwia uzyskanie liczby wyższej niż [poufne]. Argument ten nie został jednak w żaden sposób wyjaśniony ani rozwinięty w pismach i stanowi przedmiot odesłania odnoszącego się w sposób ogólny do dziesięciu stron opracowania gospodarczego przedstawionego w załączniku. Powinien on zatem zostać odrzucony.

251 Po czwarte, skarżące podnoszą, że Komisja mogła wybrać zastosowanie innego kryterium amortyzacji. Ograniczają się jednak do wspomnienia o takiej możliwości, co nie jest wystarczające, aby stwierdzić, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie przy wyborze kryteriów amortyzacji. W związku z tym argument ten powinien zostać oddalony.

252 W trzeciej kolejności skarżące twierdzą, że Komisja zawyżyła koszty sieci.

253 Po pierwsze, skarżące podnoszą, że Komisja błędnie obliczyła wartość księgową netto nakładów, która miała wpływ na obliczenie kosztu kapitałowego sieci IP Telefóniki. W odpowiedzi na skargę Komisja przyznaje się do zarzucanego jej przez Telefónicę błędu w obliczeniach. Stwierdza jednak, że błąd ten w żaden sposób nie wpływa na obliczenie nożyc cenowych na poziomie krajowego produktu hurtowego, nie zmienia wyników analizy DCF, a jego konsekwencje dla analizy „okres po okresie” są jedynie ograniczone i nie mają wpływu na stwierdzenie istnienia nożyc cenowych na poziomie regionalnego produktu hurtowego. W replice skarżące nie podnoszą już argumentów dotyczących obliczenia przez Komisję wartości księgowej netto nakładów. Potwierdziły one ponadto na rozprawie, że skorygowanie błędu Komisji nie ma wpływu na wynik postępowania w sprawie skargi. W związku z powyższym nie ma potrzeby dalszego badania tego argumentu.

254 Po drugie, skarżące podnoszą, że Komisja zastosowała średni ważony koszt kapitału (Weighted Average Cost of Capital – WACC), który był nadmierny i stały przez cały badany okres.

255 Należy przypomnieć, że koszt kapitału jest to szacunkowa cena, jaką przedsiębiorstwo musi zapłacić, aby pozyskać zaangażowany kapitał, odzwierciedlająca również zwrot, na jaki liczy inwestor, ponosząc nakłady na działalność przedsiębiorstw (motyw 383 zaskarżonej decyzji). W motywie 447 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, że koszt kapitału jest obliczony w oparciu o WACC zastosowany przez CMT przy regulacji sektora usług szerokopasmowych TESAU i wskazywany przez samą Telefónicę, która utrzymywała, że koszty sektora ADSL stanowiły ryzyko większe niż w przypadku innych sektorów. W zaskarżonej decyzji WACC został zatem określony na [poufne]%. Jest to jednocześnie WACC wykorzystany przez Telefónicę w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów (motywy 384, 385, 447, 451 zaskarżonej decyzji).

256 Przynajmniej w istocie skarżące w istocie twierdzą, że oficjalny WACC, zatwierdzony przez CMT, nie przekroczył nigdy [poufne]%. Ponadto średni WACC, którym posłużyła się Telefónica w planie biznesowym na okres 2002–2011, wynosił [poufne]%. Argumenty te nie mogą jednak zostać uwzględnione, gdyż Komisja wyjaśniła w swoich pismach, a skarżące temu nie zaprzeczyły, że WACC, na który powołuje się Telefónica, jest to średni WACC, obliczony nie tylko dla działalności w zakresie hurtowych i detalicznych usług szerokopasmowych Telefóniki, lecz również dla jej działalności w zakresie telefonii głosowej. Ponadto z akt sprawy wynika, że sama Telefónica uważa, iż WACC dla działalności w zakresie detalicznych usług szerokopasmowych jest znacznie wyższy ([poufne]%) od średniego WACC dla całej działalności TESAU. Należy oddalić również argument skarżących, w myśl

którego stopy zwrotu z kapitału zatwierdzone przez organy regulacyjne lub przez analityków przy wycenie przedsiębiorstw zajmujących się świadczeniem usług szerokopasmowych nie osiągnęły poziomu przyjętego przez Komisję w zaskarżonej decyzji, ponieważ wspomniane stopy zwrotu nie odnoszą się konkretnie do działalności tych przedsiębiorstw w zakresie hurtowych i detalicznych usług szerokopasmowych.

- 257 Następnie, zdaniem skarżących CMT nigdy nie stwierdziła w przypadku Telefóniki wyższej stopy zwrotu dla rynku usług szerokopasmowych w stosunku do innych rodzajów działalności. Argument ten również nie może zostać uwzględniony. Wykorzystany w zaskarżonej decyzji WACC, którym CMT posłużyła się w swoim modelu „cena detaliczna minus”, jest to WACC dla działalności TESAU w zakresie usług szerokopasmowych na rynku niższego szczebla, co zostało potwierdzone przez CMA w odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji wystosowane przez Komisję w dniu 18 listopada 2004 r. Z odpowiedzi tej wynika, że CMT dokonała rozróżnienia pomiędzy, z jednej strony, WACC wykorzystywanym przy obliczeniu cen usługi dostępu bezpośredniego zorientowanym na koszty (wynoszącym [poufne]%) i, z drugiej strony, WACC wykorzystywanym przy obliczeniu cen hurtowych ustalanych zgodnie z modelem „cena detaliczna minus” (wynoszącym [poufne]%). Co więcej, skarżące przyznają, że w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów Telefónica sama posłużyła się WACC wynoszącym [poufne]%
- 258 Wreszcie, skarżące podnoszą, że ich twierdzenia dotyczące WACC zawarte w ofercie dostępu do lokalnej pętli abonenckiej w 2002 r. nie uzasadniają wykorzystywania ich w odniesieniu do całego badanego okresu, ponieważ wspomniana oferta została sporządzona w momencie, kiedy Telefónica dokonywała znacznych nakładów w warunkach największej niepewności technologicznej i zapotrzebowania na rozwój usług szerokopasmowych. Jednak, jak bez sprzeciwu ze strony skarżących wskazała na rozprawie Komisja, w momencie sporządzenia tej oferty przez Telefónicę w 2002 r. działalność Telefóniki w zakresie usług szerokopasmowych przynosiła już zyski.
- 259 W czwartej kolejności skarżące twierdzą, że Komisja zaksięgowwała dwukrotnie szereg pozycji kosztowych [mianowicie jednorazowe koszty platformy ISP (Internet Service Provider – dostawcy usługi dostępu do Internetu) i koszty badań rynku ADSL] oraz że pozycje kosztowe często są niespójne pod względem czasu.
- 260 Po pierwsze, co się tyczy dwukrotnego zaksięgowania niektórych pozycji kosztowych, skarżące utrzymują, iż koszty nabycia platformy ISP powtórzone w tabeli nr 29 w zaskarżonej decyzji są już zawarte w pozycji odpowiadającej powtarzalnym kosztom tej platformy zawartym w tabeli nr 27 w zaskarżonej decyzji. Ponadto koszty zawarte w pozycji „Obserwacja rynku” według skarżących również zostały policzone dwukrotnie.
- 261 W tym względzie należy stwierdzić, że kwestionowane dane zawarte w tabelach nr 27 i 29 w zaskarżonej decyzji są zgodne z danymi, które zostały przekazane Komisji przez same skarżące w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów.
- 262 Ponadto należy stwierdzić, że w swojej skardze skarżące ograniczają się do wskazania, że Komisja błędnie oszacowała koszty Telefóniki na podstawie niespójnych źródeł, i odsyłają do czterech stron załącznika. W swojej replice stwierdzają, że mogą jedynie oprzeć się na przedstawionych w skardze wyjaśnieniach dotyczących kosztów, i również odsyłają do trzech stron załącznika. Należy podkreślić, że w swoich pismach skarżące nie przedstawiają żadnego wyjaśnienia dotyczącego tego rzekomego dwukrotnego zaksięgowania. Komisja natomiast wyjaśnia, że koszty zawarte w tabeli nr 27 są powtarzalne, podczas gdy koszty zawarte w tabeli nr 29 są jednorazowe. Zapytane o to podczas rozprawy skarżące stwierdziły, że Komisja wykorzystwała dane pochodzące z zestawień wskaźników Telefóniki, w których brak jest rozróżnienia między omawianymi kosztami powtarzalnymi i jednorazowymi. Jednak dokumenty znajdujące się w aktach sprawy Sądu, na które podczas rozprawy skarżące w sposób wyraźny powołały się dla poparcia swoich stwierdzeń, pochodzą z dokumentu „Economics ADSL”, będącego dokonana przez Telefónicę analizą strat i korzyści wynikłych z jej

działalności detalicznej. Tymczasem z motywu 407 zaskarżonej decyzji, którego skarżące nie zakwestionowały, wyraźnie wynika, że dokument ten jest analizą „opartą na wycenie własnej [Telefóniki] kosztów przyrostowych jej wydatków niesieciowych (kosztów pozyskania abonentów i powtarzających się opłat ISP)” i że wobec tego koszty platformy ISP zawarte w tej analizie nie obejmują kosztów jednorazowych. Jeśli chodzi o rzekome dwukrotne zaksięgowanie kosztów powtarzalnych „obserwacji rynku” zawartych w tabeli nr 27 w zaskarżonej decyzji, które jakoby zostały już uwzględnione w pozycji „inne koszty produkcji” w tej samej tabeli, należy stwierdzić, że nie zostało ono w żaden sposób poparte. Argument skarżących nie może zatem zostać uwzględniony.

263 Po drugie, co się tyczy argumentu, jakoby pozycje kosztowe były niespójne pod względem czasu, należy wskazać, że Telefónica nie przedstawiła swoich jednostkowych kosztów dla 2001 r., pomimo iż Komisja tego żądała (przypis nr 464 w zaskarżonej decyzji). Wobec tego Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, określając koszty Telefóniki dla 2001 r. w oparciu o posiadane przez siebie dane księgowe lub, w ich braku, na podstawie oszacowań zawartych bądź w dokumencie zatytułowanym „Economics ADSL”, bądź w zestawieniach wskaźników zainteresowanej spółki. Skarżące nie zakwestionowały zresztą tego podejścia w swojej odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów ani w piśmie w sprawie okoliczności faktycznych. Ich argument nie może zatem zostać uwzględniony.

264 W świetle powyższych wyjaśnień zastrzeżenie trzeciej części pierwszej zarzutu piątego należy oddalić w całości, bez konieczności wypowiedzania się w przedmiocie wpływu zarzucanych błędów na obliczenie nożyc cenowych.

265 Pierwsza część zarzutu piątego powinna zatem w całości zostać oddalona.

W przedmiocie części drugiej zarzutu, opartej na nieustaleniu przez Komisję w sposób wystarczający możliwych lub rzeczywistych skutków badanego zachowania

266 W tej części zarzutu piątego skarżące podnoszą, że Komisja nie ustaliła w sposób wystarczający możliwych lub rzeczywistych skutków badanego zachowania Telefóniki.

267 Zgodnie z orzecznictwem przypomnianym w pkt 170 powyżej art. 82 WE, wprowadzając zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku w zakresie, w jakim może to wpłynąć na handel między państwami członkowskimi, dotyczy zachowań przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą na rynku, gdzie – właśnie ze względu na obecność tego przedsiębiorstwa – konkurencja jest już osłabiona; zachowania te stwarzają przeszkodę w utrzymaniu istniejącego poziomu konkurencji lub jej rozwoju na rynku poprzez stosowanie środków odmiennych od tych, które stosuje się w warunkach normalnej konkurencji między towarami lub usługami na podstawie świadczeń podmiotów gospodarczych.

268 Skutek, na który wskazuje przytoczone w poprzednim punkcie orzecznictwo, nie odnosi się koniecznie do rzeczywistego skutku zaskarżonego zachowania stanowiącego nadużycie. W celu stwierdzenia naruszenia art. 82 WE wystarczy wykazać, że zachowanie przedsiębiorstwa dominującego stanowiące nadużycie zmierza do ograniczenia konkurencji lub, innymi słowy, że zachowanie to może mieć taki skutek (wyroki Sądu: z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-203/01 Michelin przeciwko Komisji, Rec. s. II-4071, pkt 239; z dnia 17 grudnia 2003 r. w sprawie T-219/99 British Airways przeciwko Komisji, Rec. s. II-5917, pkt 293; ww. w pkt 58 wyrok w sprawie Microsoft przeciwko Komisji, pkt 867). Konieczne jest zatem, by rozważana praktyka cenowa wywierała antykonkurencyjny wpływ na rynek. Wpływ ten nie musi być jednak rzeczywisty, wystarczy wykazanie potencjalnego skutku antykonkurencyjnego mogącego spowodować wykluczenie konkurentów co najmniej równie skutecznych jak przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą (ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 64).

269 Z orzecznictwa Trybunału wynika również, że aby ustalić, czy przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nadużyło tej pozycji poprzez stosowanie praktyk cenowych, należy poddać ocenie wszystkie okoliczności i zbadać, czy te praktyki mają na celu pozbawienie nabywcy lub ograniczenie



mu możliwości wyboru źródeł zaopatrzenia, zamknięcie dostępu do rynku konkurentom, zastosowanie w odniesieniu do partnerów handlowych nierównych warunków do równoważnych świadczeń i stworzenie im przez to niekorzystnych warunków konkurencji lub umocnienie pozycji dominującej wskutek zakłócenia konkurencji (zob. ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 175; ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 270 Skoro więc art. 82 WE dotyczy nie tylko praktyk mogących wyrządzić bezpośrednią szkodę konsumentom, ale także praktyk, które wyrządzają im szkodę poprzez naruszenie zasad konkurencji, na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku (zob. ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 176 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 271 Wynika z tego, że art. 82 WE zakazuje w szczególności przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą stosowania praktyk cenowych powodujących skutki w postaci wykluczenia wobec jego równie skutecznych konkurentów, rzeczywistych lub potencjalnych, to znaczy praktyk, które mogą utrudnić, a nawet uniemożliwić konkurentom przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą dostęp do rynku oraz utrudnić lub uniemożliwić stronom umowy zawartej z tym przedsiębiorstwem dokonanie wyboru spośród kilku źródeł zaopatrzenia lub partnerów handlowych, wzmacniając w ten sposób jego dominującą pozycję przy użyciu środków innych niż wchodzące w zakres konkurencji między świadczeniami. Z tej perspektywy nie każde konkurowanie cenami może być uznane za zgodne z prawem (zob. ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 176 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 272 Po pierwsze, w świetle powyższych rozważań należy oddalić argument skarżących, jakoby ze względu na czas, który upłynął między rozpoczęciem zarzucanego zachowania a wydaniem decyzji, przeprowadzenie testu skutków prawdopodobnych nie było właściwe, ponieważ Komisja miała czas potrzebny, aby wykazać rzeczywiste wystąpienie zarzucanych antykonkurencyjnych skutków związanych z badanym zachowaniem. Argument ten nie znajduje zresztą żadnego potwierdzenia w orzecznictwie.
- 273 Po drugie, należy oddalić argument skarżących oparty na wyroku Sądu z dnia 25 października 2002 r. w sprawie T-5/02 Tetra Laval przeciwko Komisji, Rec. s. II-4381, pkt 153, jakoby – nawet bazując na analizie skutków prawdopodobnych – Komisja powinna była ustalić, że zachowanie Telefóniki powodowało „z całym prawdopodobieństwem” niekorzystne skutki dla konkurencji, jak również dla konsumentów. Wyrok ten został bowiem wydany w sprawie dotyczącej kontroli koncentracji, w której Sąd uznał, że Komisja powinna zakazać koncentracji w formie konglomeratu, jeśli w ramach analizy prospektywnej „jest w stanie dojść do wniosku, że z uwagi na stwierdzone przez nią skutki konglomeratu według wszelkiego prawdopodobieństwa pozycja dominująca zostanie stworzona lub umocniona w bliskiej przyszłości i będzie prowadzić w konsekwencji do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji na danym rynku”. Jak wskazał Trybunał w ww. w pkt 71 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 42, 43, prospektywna analiza stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, taka jak analiza niezbędna w dziedzinie kontroli koncentracji, winna być dokonana z dużą ostrożnością, gdyż nie chodzi o zbadanie wydarzeń, które zaszły w przeszłości i co do których istnieją zwykle liczne materiały pozwalające na zrozumienie ich przyczyn. Tymczasem taka sytuacja nie jest porównywalna do sytuacji zaistniałej w niniejszym przypadku.
- 274 Po trzecie, zgodnie z orzecznictwem przywołanym w pkt 268 powyżej należy zbadać prawdziwość twierdzenia skarżących, jakoby ustalenia Komisji dotyczące prawdopodobnych skutków zachowania Telefóniki były czysto teoretyczne i nie miały potwierdzenia.
- 275 W tym względzie należy wskazać, że prawdopodobne skutki zachowania Telefóniki zostały zbadane w motywach 545–563 zaskarżonej decyzji. Z jednej strony Komisja stwierdziła tam, że zachowanie to prawdopodobnie ograniczyło zdolność operatorów ADSL do długoterminowego rozwoju na rynku



detalicznym. Przede wszystkim, aby uzasadnić ów wniosek, Komisja powołała się na okoliczność, że w celu zdobycia klientów operatorzy ADSL byli zmuszeni stosować ceny niższe od cen detalicznych Telefóniki. Komisja podkreśliła, że wynikały z tego straty, których odzyskanie na rynku konkurencyjnym nie było możliwe w rozsądnej perspektywie czasowej (motyw 546 zaskarżonej decyzji). W szczególności Komisja oparła się w tym względzie na uwagach przedstawionych w motywach 251–253 zaskarżonej decyzji. Następnie, powołując się na uwagi przedstawione w motywach 223–242 zaskarżonej decyzji, Komisja uznała w szczególności, że konkurenci w dziedzinie ADSL nie mieli realnej alternatywnej możliwości wejścia na rynek detaliczny. Powołała się ona w ten sposób na zależność operatorów alternatywnych od produktów hurtowych Telefóniki (motywy 547, 548 zaskarżonej decyzji). Uznała wobec tego, że zachowanie Telefóniki prawdopodobnie utrudniło stałe utrzymanie na rynku obecności równie skutecznych konkurentów i że poprzez swoje zachowanie Telefónica była zdolna zmusić operatorów alternatywnych do szukania równowagi między ich zyskownością i zwiększeniem ich udziałów w rynku, ograniczając w ten sposób wywieraną na nią presję konkurencyjną (motywy 549–552 zaskarżonej decyzji). Z drugiej strony Komisja stwierdziła, że zachowanie Telefóniki prawdopodobnie wyrządziło szkodę konsumentom końcowym, ponieważ konkurencja, która została ograniczona poprzez nożyce cenowe, mogłaby spowodować obniżenie cen detalicznych (motywy 556–559 zaskarżonej decyzji).

- 276 Ustaleń Komisji zawartych w motywach 545–563 zaskarżonej decyzji nie można uznać za „czysto teoretyczne” lub niewystarczająco potwierdzone. Przeciwnie, wykazują one w sposób wystarczający możliwe ograniczenia stopnia konkurencyjności rynku detalicznego, które mogły zostać spowodowane przez praktyki cenowe Telefóniki. Komisja nie popełniła zatem oczywistego błędu w ocenie, uznając, że zachowanie Telefóniki prawdopodobnie wzmacniało bariery wejścia na ten rynek i rozwoju na nim oraz że – gdyby nie zakłócenia wynikające z nożyc cenowych – konkurencja na rynku detalicznym byłaby prawdopodobnie bardziej ożywiona, co przyniosłoby konsumentom korzyści w zakresie cen, możliwości wyboru i innowacji.
- 277 Argumenty podniesione przez skarżące w celu podważenia powyższego twierdzenia nie mogą zostać uwzględnione.
- 278 Wobec tego należy oddalić argument skarżących, jakoby test nożyc cenowych, którym posłużyła się Komisja, nie przystawał do kryteriów określających strategiczne decyzje operatorów alternatywnych na rynku detalicznym.
- 279 Po pierwsze, w odniesieniu do argumentu, jakoby konkurent równie skuteczny jak Telefónica nie podejmował strategicznych decyzji wyłącznie na podstawie czasu trwania użyteczności swoich aktywów, lecz również w oparciu o czas niezbędny, aby uzyskać zwrot nakładów inwestycyjnych na nową infrastrukturę i przyciągnąć klientów, należy wskazać, jak uczyniła to Komisja, że wykazanie antykonkurencyjnego skutku nadużycia opiera się w znacznej mierze na skłonności rozpatrywanej praktyki do zwiększania kosztów wejścia konkurentów na rynek i do opóźniania perspektywy ich zyskowności, właśnie poprzez utrudnianie pozyskania bazy klientów mogącej uzasadniać stworzenie przez tych konkurentów ich własnej infrastruktury. Taka sytuacja z pewnością ma zaś wpływ na strategiczne decyzje, na zachowanie na rynku i na wyniki konkurentów Telefóniki oraz potencjalnych nowych podmiotów na rynku.
- 280 Po drugie, należy oddalić argumenty skarżących zmierzające do wykazania, że dokonana przez Komisję analiza pomija okoliczność, iż konkurenci Telefóniki mieli dostęp do strategii konkurencyjnych takich jak penetracja rynku detalicznego w oparciu o ich własną infrastrukturę lub przy wykorzystaniu zestawienia ich własnej infrastruktury i infrastruktury Telefóniki, albo też dzięki agresywnej konkurencji umożliwiającej im stopniowe wspinanie się po drabinie inwestycyjnej. Przede wszystkim – odnośnie do argumentu skarżących, zgodnie z którym alternatywny operator optymalizowałby swoje nakłady inwestycyjne poprzez tworzenie infrastruktury wyłącznie na obszarach geograficznych przynoszących zysk – należy stwierdzić, że w takim razie operator alternatywny byłby zmuszony kompensować straty ponoszone na niektórych obszarach geograficznych terytorium hiszpańskiego

przychodami uzyskanymi na innych obszarach. Następnie, argument, jakoby nakłady ponoszone przez operatorów alternatywnych na ich własne sieci nie były istotne, tym bardziej że zainteresowane podmioty wykorzystują optymalną kombinację produktów hurtowych, również musi zostać oddalony. Jak zostało bowiem przypomniane w pkt 117 powyżej, stworzenie własnej infrastruktury wiąże się ze znacznymi kosztami. Ponadto, jak zostało wskazane w pkt 130 powyżej, wykorzystanie kombinacji produktów hurtowych nie zostało potwierdzone. Wreszcie, argument, iż teoria drabiny inwestycyjnej nie wymaga, aby wszystkie szczeble były dostępne, powinien zostać oddalony z powodów przedstawionych w pkt 196 powyżej.

281 Ponadto nie można zgodzić się z twierdzeniem, jakoby w zaskarżonej decyzji Komisja pominęła presję konkurencyjną operatorów kablowych na rynku detalicznym. Komisja zbadała bowiem to zjawisko nie tylko w części zaskarżonej decyzji poświęconej prawdopodobnym skutkom zachowania Telefóniki (motywy 559, 560 zaskarżonej decyzji), lecz również w motywach 268–276 tej decyzji, odnoszących się do określenia rynku detalicznego.

282 W świetle całości powyższych rozważań należy stwierdzić, że w motywach 545–563 zaskarżonej decyzji Komisja w sposób wystarczający wykazała istnienie możliwych ograniczeń, które praktyki cenowe Telefóniki mogły powodować dla rozwoju podaży na rynku detalicznym, i w związku z tym dla poziomu konkurencyjności tego rynku.

283 Ze względu na to, że w celu stwierdzenia naruszenia art. 82 WE wystarczy wykazać, iż zachowanie stanowiące nadużycie zmierza do ograniczenia konkurencji (zob. pkt 268 powyżej), i na to, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, jeśli pewne motywy decyzji same w sobie uzasadniają ją w sposób wystarczający pod względem prawnym, uchybienia, jakie mogły być popełnione w innych motywach tego aktu, nie mają w żadnym razie wpływu na jego sentencję (wyrok Sądu z dnia 21 września 2005 r. w sprawie T-87/05 EDP przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-3745, pkt 144; zob. podobnie także wyrok Trybunału z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawach połączonych C-302/99 P i C-308/99 P Komisja i Francja przeciwko TF1, Rec. s. I-5603, pkt 26–29), twierdzenia skarżących dotyczące braku dowodu na rzeczywisty wpływ zachowania Telefóniki na rynek należy odrzucić jako bezskuteczne w odniesieniu do stwierdzenia zarzucanego naruszenia.

284 Wynika stąd, że część druga zarzutu piątego powinna zostać oddalona.

285 Zarzut piąty należy zatem w całości oddalić.

g) W przedmiocie zarzutu szóstego, dotyczącego zastosowania *ultra vires* art. 82 WE i naruszenia zasad pomocniczości, proporcjonalności, pewności prawa, lojalnej współpracy oraz dobrej administracji

286 Analizowany zarzut składa się z trzech części. Część pierwsza dotyczy zastosowania *ultra vires* art. 82 WE. Część druga zarzutu, podniesiona tytułem ewentualnym, odnosi się do naruszenia zasad pomocniczości, proporcjonalności i pewności prawa. Wreszcie, część trzecia oparta jest na naruszeniu zasad lojalnej współpracy oraz dobrej administracji.

W przedmiocie części pierwszej zarzutu szóstego, dotyczącej zastosowania *ultra vires* art. 82 WE

287 W tej części zarzutu skarżące podnoszą, że przy wydaniu zaskarżonej decyzji Komisja dokonała zastosowania *ultra vires* art. 82 WE.

288 Jeśli chodzi o dopuszczalność tej części zarzutu, zakwestionowaną przez Komisję, należy wskazać, że z treści skargi wynika, iż przedstawione w tej części zarzutu argumenty skarżących zmierzają do wykazania, że Komisja zastosowała art. 82 WE z przekroczeniem uprawnień przyznanych jej w dziedzinie prawa konkurencji. Ponadto w replice skarżące stwierdziły, że – wbrew temu, co sugeruje

Komisja – nie podnosiły one, iż doszło do nadużycia władzy. Ze względu na to, że ta część zarzutu zmierza do wykazania, iż w niniejszym przypadku Komisja przekroczyła swoje uprawnienia, należy uznać ją za dopuszczalną.

- 289 Co się tyczy zasadności tej części zarzutu, to, po pierwsze, nie można uwzględnić argumentu skarżących opartego na wyjaśnieniach przedstawionych przez nie w ramach zarzutu czwartego, w myśl którego Komisja pominęła kryteria prawne odnoszące się do art. 82 WE, ponieważ argument ten, który tak czy inaczej nie służy wykazaniu, że Komisja przekroczyła swoje uprawnienia, jest bezzasadny (zob. pkt 169–197 powyżej). Ponadto okoliczność, iż stanowiące nadużycie zachowanie miało miejsce na rynku uznanym przez skarżące za rynek „instrumentalny”, to znaczy na rynku „utworzonym dla celów regulacji”, nie ma znaczenia dla zastosowania art. 82 WE, ponieważ również do tych rynków ma zastosowanie prawo konkurencji (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 13 listopada 1975 r. w sprawie 26/75 General Motors Continental przeciwko Komisji, Rec. s. 1367, pkt 4–10; z dnia 11 listopada 1986 r. w sprawie 226/84 British Leyland przeciwko Komisji, Rec. s. 3263, pkt 5).
- 290 Po drugie, jeśli chodzi o argument skarżących, jakoby Komisja w swojej ocenie zachowania Telefóniki zawartej w zaskarżonej decyzji weszła w kompetencje KOR i odwołała się do pojęć o charakterze regulacyjnym, takich jak „drabina inwestycyjna”, należy wskazać, że skarżące ograniczyły się do stwierdzenia, iż pojęcie to, którego użycie w ramach stosowania art. 82 WE jest ich zdaniem pozbawione podstaw, nie odzwierciedla ewolucji rynku hiszpańskiego ani ewolucji strategii konkurencyjnej operatorów alternatywnych. Choć skarżące twierdzą, że to pojęcie o charakterze regulacyjnym nie wchodzi w zakres prawa konkurencji, to jednak nie wyjaśniają one, dlaczego posłużyło się przez Komisję tą koncepcją ekonomiczną w celu opisanie ewolucji hiszpańskiego rynku usług szerokopasmowych od czasu zliberalizowania sektora telekomunikacji miałyby świadczyć o przekroczeniu przez Komisję jej uprawnień lub o zastosowaniu przez nią art. 82 WE „dla celów regulacyjnych”, wobec czego ich twierdzenie nie może zostać uwzględnione. Ponadto, jak wynika z motywu 180 zaskarżonej decyzji, Telefónica sama w piśmie do Komisji z dnia 2 marca 2005 r. odwołała się do koncepcji „drabiny inwestycyjnej”, aby opisać ewolucję hiszpańskiego rynku Internetu od 2001 r., i potwierdziła, że „hiszpański rynek szerokopasmowy ewoluował w tempie oczekiwanym zgodnie z teorią »drabiny inwestycyjnej«”. Choć skarżące twierdzą, że odwołanie się przez nie do tego pojęcia spowodowało, iż Komisja pominęła okoliczność, że operatorzy alternatywni korzystali z optymalnego połączenia produktów hurtowych lub że – o czym świadczy przykład Jazztel – mogli i mogą dokonywać istotnych inwestycji bez posiadania znacznej bazy klientów, argument ten, który również nie służy wykazaniu, że Komisja przekroczyła swoje uprawnienia, nie może zostać uwzględniony z powodów wskazanych w pkt 120 i 201–211 powyżej.
- 291 Po trzecie, co się tyczy podniesionego w replice argumentu, jakoby Komisja dysponowała formalnym instrumentem interwencyjnym ad hoc wynikającym z art. 7 dyrektywy ramowej, który umożliwia jej interwencję w sytuacji takiej jak ta, której dotyczy niniejsza sprawa, należy stwierdzić – bez potrzeby wypowiedziania się w przedmiocie jego dopuszczalności, zakwestionowanej przez Komisję – iż argument ten jest bezzasadny.
- 292 Należy podkreślić, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy ramowej dyrektywa ta „ustanawia zharmonizowane ramy prawne dla świadczenia usług łączności elektronicznej, sieci łączności elektronicznej, urządzeń towarzyszących i usług. Określa zadania [KOR] oraz procedury zmierzające do zapewnienia zharmonizowanego stosowania uregulowań prawnych w obrębie Wspólnoty”. Należy również wskazać, że wolą prawodawcy Unii było przyznanie KOR centralnej roli w realizacji celów zakładanych przez dyrektywę ramową, na co wskazują, po pierwsze, wykorzystanie instrumentu prawnego takiego jak dyrektywa, którego jedynymi adresatami są państwa członkowskie, po drugie, struktura dyrektywy, zawierającej w szczególności dwa rozdziały, zatytułowane, odpowiednio, „[KOR]” (rozdział II, art. 3–7) i „Zadania [KOR]” (rozdział III, art. 8–13), i po trzecie, szczegółowe uprawnienia przyznane KOR. W tym względzie art. 7 dyrektywy ramowej opisuje udział Komisji i KOR w postępowaniu konsolidacyjnym na wewnętrznym rynku łączności elektronicznej i służy, zgodnie

z motywem 15 tej dyrektywy, temu, aby „zapewnić, że decyzje podejmowane na szczeblu krajowym nie będą oddziaływały negatywnie na funkcjonowanie jednolitego rynku ani na realizację innych celów określonych w traktacie”.

293 Istnienie tego instrumentu nie ma zatem wpływu na wynikające bezpośrednio z art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 17 oraz, od dnia 1 maja 2004 r., z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 uprawnienie Komisji do stwierdzenia naruszeń art. 81 WE i 83 WE (zob. podobnie ww. w pkt 69 wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 263). Zatem reguły konkurencji przewidziane w traktacie WE uzupełniają poprzez kontrolę ex post ramy prawne przyjęte przez prawodawcę Unii w celu uregulowania ex ante rynków telekomunikacyjnych (ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 92).

294 Ponadto skarżące nie mogą utrzymywać, że zgodnie z art. 7 dyrektywy ramowej na Komisji spoczywa obowiązek kontroli środków regulacyjnych przyjętych przez CMT. Jak bowiem wskazuje w swoich pismach Komisja, jedynie środki przyjęte w czerwcu 2006 r., w następstwie wdrożenia przez CMT dyrektywy ramowej i wytycznych Komisji dotyczących analizy rynku i oceny znacznej pozycji rynkowej w zastosowaniu wspólnotowych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. 2002, C 165, s. 6) (zwanym dalej łącznie „ramami regulacyjnymi z 2002 r.”), zostały zgłoszone Komisji w ramach postępowania przewidzianego w tym artykule.

295 Z powyższego wynika, że część pierwszą zarzutu szóstego należy oddalić.

W przedmiocie części drugiej zarzutu szóstego, dotyczącej naruszenia zasad pomocniczości, proporcjonalności i pewności prawa

296 W ramach drugiej części analizowanego zarzutu skarżące podnoszą, że nawet przy założeniu, iż Komisja mogła posłużyć się art. 82 WE dla celów regulacji, quod non, jej działanie w niniejszym przypadku jest niezgodne z zasadami pomocniczości, proporcjonalności i pewności prawa, ponieważ stanowi nieuzasadnioną ingerencję w uprawnienia CMT.

297 Należy przypomnieć, że zasada pomocniczości jest ustanowiona w art. 5 akapit drugi WE i skonkretyzowana w załączonym do traktatu WE protokole w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności, na podstawie którego Wspólnota podejmuje działania w dziedzinach, które nie należą do jej kompetencji wyłącznej, tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele proponowanych działań nie mogą być osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, natomiast z uwagi na zasięg lub skutki proponowanych działań możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie wspólnotowym. Protokół ten ustanowił również w pkt 5 wytyczne dla określenia, czy te przesłanki zostały spełnione.

298 Ponadto w pkt 3 wspomnianego protokołu uściślono, że zasada pomocniczości nie kwestionuje kompetencji przyznanych Wspólnocie przez ów traktat, zgodnie z wykładnią Trybunału. Tak więc zasada ta nie podważa kompetencji przyznanych Komisji przez traktat WE, wśród których znajduje się stosowanie zasad konkurencji koniecznych do funkcjonowania rynku wewnętrznego [art. 3 ust. 1 lit. g) WE] ustanowionych w art. 81 WE i 82 WE i wprowadzonych w życie przez rozporządzenie nr 17 oraz, od dnia 1 maja 2004 r., przez rozporządzenie nr 1/2003 (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 8 marca 2007 r. w sprawie T-339/04 France Télécom przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-521, pkt 88, 89).

299 W świetle rozważań przedstawionych w pkt 293 powyżej Telefónica nie mogła nie być świadoma, że przestrzeganie uregulowań hiszpańskich w dziedzinie telekomunikacji nie zabezpieczało jej przed interwencją Komisji na podstawie art. 82 WE, tym bardziej iż szereg instrumentów prawnych przewidzianych przez ramy regulacyjne z 2002 r. odzwierciedla możliwość równoległych postępowań



przed KOR i przed organami ds. konkurencji (zob. w tym względzie art. 15 ust. 1 dyrektywy ramowej oraz pkt 28, 31 i 70 wytycznych Komisji dotyczących analizy rynku i oceny znacznej pozycji rynkowej w zastosowaniu wspólnotowych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej).

- 300 Z powyższego wynika, że decyzje wydane przez KOR na podstawie ram regulacyjnych z 2002 r. nie pozbawiają Komisji prawa do interwencji na etapie późniejszym w celu zastosowania art. 82 WE na mocy rozporządzenia nr 17 oraz, od dnia 1 maja 2004 r., rozporządzenia nr 1/2003. Ponadto żaden przepis tych ram regulacyjnych nie zobowiązuje Komisji do stwierdzenia istnienia nadzwyczajnych okoliczności w celu uzasadnienia jej interwencji w takim przypadku, co utrzymują skarżące. Zatem należy oddalić argument skarżących, jakoby w istocie ani Komisja, ani krajowe organy do spraw konkurencji nie powinny badać, na podstawie prawa konkurencji, zachowań podlegających środkom regulacyjnym mającym podobne cele.
- 301 W każdym razie przede wszystkim CMT nie jest organem ds. konkurencji, lecz organem regulacyjnym, i nigdy nie zainterweniowała w celu zapewnienia poszanowania postanowień art. 82 WE ani nie wydała decyzji dotyczących praktyk ukaranych zaskarżoną decyzją (motywy 678, 683 zaskarżonej decyzji). Nawet przy założeniu, że CMT była zobowiązana do badania zgodności praktyk Telefóniki z art. 82 WE, taka okoliczność nie wyklucza stwierdzenia przez Komisję naruszenia przypisywanego tej ostatniej. Komisja nie może bowiem być związana decyzją wydaną przez władzę krajową na podstawie art. 82 WE (zob. podobnie ww. w pkt 69 wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 120).
- 302 Następnie CMT wielokrotnie oświadczyła, że nie dysponowała pewnymi informacjami niezbędnymi, aby dokonać badania nożyc cenowych w odniesieniu do cen Telefóniki za hurtowy i detaliczny dostęp szerokopasmowy na poziomie regionalnym (zob. w szczególności motywy 494, 495, 509, 511 zaskarżonej decyzji).
- 303 Wreszcie, zgodnie z motywem 494 zaskarżonej decyzji model kosztowy wykorzystywany przez CMT w jej decyzjach *ex ante*, który miał na celu zapewnienie braku nożyc cenowych, nie był również właściwy dla potrzeb zastosowania art. 82 WE, ponieważ, po pierwsze, nie był on oparty na niedawnych oszacowaniach, jeśli chodzi o koszty historyczne Telefóniki, lecz na szacunkach dokonanych przez zewnętrznych konsultantów w oparciu o informacje dostarczone przez spółkę w październiku 2001 r., a po drugie, w modelu kosztowym tych konsultantów zaniżono dodatkowe koszty sieci niższego szczebla Telefóniki i nie uwzględniono wydatków tej ostatniej na reklamę. Argumenty, zgodnie z którymi CMT okazała się szczególnie aktywna w zakresie polityki cenowej Telefóniki i wielokrotnie podejmowała działania *ex post*, regulując i kontrolując politykę cenową Telefóniki, poczynwszy od pierwszych etapów rozwoju hiszpańskiego rynku usług szerokopasmowych, muszą zatem również zostać oddalone.
- 304 W tej sytuacji argument skarżących, zgodnie z którym Komisja nie jest uprawniona do badania działań KOR na mocy art. 82 WE, o ile nie zostało wykazane, że KOR nie działały w ramach swoich uprawnień lub że działały w sposób oczywiście nieprawidłowy, również powinien zostać oddalony. W zaskarżonej decyzji Komisja nie badała bowiem działania CMT w świetle art. 82 WE, tylko badała działanie Telefóniki.
- 305 Wobec tego nie zostało stwierdzone naruszenie zasady pomocniczości.
- 306 Co się tyczy rzekomych naruszeń zasad proporcjonalności i pewności prawa, skarżące nie wyjaśniają, na czym naruszenia tych zasad miałyby polegać. Ograniczają się bowiem do podniesienia naruszenia zasady pewności prawa wynikającego z interwencji Komisji na podstawie art. 82 WE, mimo że Komisja nie zakwestionowała działania CMT. Według skarżących Telefónica mogła zatem być przekonana, że – o ile przestrzegała obowiązujących ram regulacyjnych – jej zachowanie było zgodne z prawem Unii. Argument ten należy jednak oddalić z powodów opisanych w pkt 299–304 powyżej.

307 Wreszcie, choć skarżące twierdzą, że Komisja powinna była wnieść przeciwko Królestwu Hiszpanii skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, w przypadku gdyby doszła do wniosku, że decyzje CMT jako organu państwa członkowskiego nie umożliwiają uniknięcia nożyc cenowych, a zatem nie są zgodne z ramami regulacyjnymi z 2002 r., z jednej strony należy zaznaczyć, że w zaskarżonej decyzji Komisja nie dokonała takiego stwierdzenia. Ponadto, nawet jeżeli CMT naruszyła normę prawa Unii i jeżeli Komisja mogła z tego tytułu wszcząć postępowanie w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przeciwko Królestwu Hiszpanii, takie możliwości w żaden sposób nie mogą mieć wpływu na zgodność z prawem zaskarżonej decyzji. W tej decyzji Komisja poprzestała bowiem na stwierdzeniu, że Telefónica naruszyła art. 82 WE, postanowienie, które nie dotyczy państw członkowskich, ale wyłącznie podmiotów gospodarczych (zob. podobnie ww. w pkt 69 wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 271). Co więcej, zgodnie z orzecznictwem Trybunału w systemie ustanowionym na mocy art. 226 WE Komisja dysponuje dyskrecyjnym uprawnieniem do wniesienia skargi o stwierdzenie uchybienia i sądy unijne nie mogą oceniać stosowności skorzystania z niego (ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 47).

308 Z powyższego wynika, że część drugą zarzutu szóstego należy oddalić.

W przedmiocie części trzeciej zarzutu szóstego, dotyczącej naruszenia zasad lojalnej współpracy i dobrej administracji.

309 Na wstępie należy przypomnieć, że zasada lojalnej współpracy ustanowiona w art. 10 WE obowiązuje zarówno wszystkie władze państw członkowskich działające w ramach przyznanych im kompetencji, jak i instytucje Unii, które są wzajemnie zobowiązane do lojalnej współpracy z państwami członkowskimi (postanowienie Trybunału z dnia 13 lipca 1990 r. w sprawie C-2/88 IMM Zwartveld i in., Rec. s. I-3365, pkt 17; zob. wyrok Trybunału z dnia 22 października 2002 r. w sprawie C-94/00 Roquette Frères, Rec. s. I-9011, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo). Gdy – jak miało to miejsce w niniejszym przypadku – władze Unii i władze krajowe są wzywane do współdziałania przy realizacji celów traktatu poprzez skoordynowane wykonywanie przysługujących im kompetencji, współpraca taka ma szczególnie istotne znaczenie (ww. wyrok w sprawie Roquette Frères, pkt 32).

310 Wbrew temu, co utrzymują skarżące, CMT w rzeczywistości została włączona do postępowania administracyjnego, które doprowadziło do wydania zaskarżonej decyzji. Po pierwsze, Komisja zwróciła się do CMT z trzema żądaniami udzielenia informacji, odpowiednio, z dnia 18 listopada i z dnia 17 grudnia 2004 r. oraz z dnia 17 stycznia 2005 r. Po drugie, Komisja przekazała CMT w dniu 24 maja 2006 r. jawną wersję pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Komisja poinformowała również CMT, iż ewentualnie ma ona możliwość przedstawienia Komisji pisemnych komentarzy do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów lub przedłożenia ustnych uwag lub pytań na przesłuchaniu. Tymczasem CMT nie przedłożyła żadnych uwag na piśmie. Po trzecie, wielu przedstawicieli CMT było obecnych na przesłuchaniu w dniach 12 i 13 czerwca 2006 r., a CMT również wypowiedziała się ustnie na przesłuchaniu. Po czwarte, w dniu 26 czerwca 2006 r. CMT także odpowiedziała na piśmie na szereg pytań zadanych przez składającą skargę do Komisji w trakcie przesłuchania. Po piąte, skarżące nie kwestionują twierdzenia Komisji, zgodnie z którym członkowie zespołu roboczego zajmującego się tą sprawą wielokrotnie spotkali się z CMT w celu omówienia dochodzenia. Po szóste, skarżące nie podważają twierdzeń Komisji, zgodnie z którymi w dniu 14 czerwca 2007 r. kilku przedstawicieli CMT spotkało się z Komisją i przedstawiło uwagi dotyczące brzmienia niektórych motywów zaskarżonej decyzji, które uwzględniono w celu drugiego spotkania komitetu doradczego określonego art. 14 rozporządzenia nr 1/2003. CMT nie przedłożyła dodatkowych uwag w tym względzie. Biegły CMT uczestniczył ponadto w spotkaniu wspomnianego komitetu doradczego, które odbyło się w dniu 15 czerwca 2007 r.

311 W tym względzie argument skarżących, zgodnie z którym żądania udzielenia informacji skierowane przez Komisję do CMT miały charakter techniczny i nie dotyczyły zarzutów stawianych Telefónice, rzeczywistości rynków uznanych za właściwe, metodologii wykorzystanej przy przeprowadzaniu testów

nożyc cenowych ani ewentualnego istnienia takich nożyc, nie może zostać uwzględniony. CMT, pomimo iż została do tego wezwana przez Komisję, nie przedstawiła bowiem Komisji pisemnych uwag dotyczących pisma w sprawie przedstawienia zarzutów ani, w szczególności, wstępnych ocen Komisji dotyczących wyżej wymienionych elementów, zawartych w pkt 142–250 i 358–469 rzeczonego pisma.

- 312 Ponadto należy przypomnieć, że co się tyczy stosunków, jakie nawiązywane są w ramach postępowań prowadzonych przez Komisję zgodnie z art. 81 WE i 82 WE, sposoby wykonywania obowiązku lojalnej współpracy, która wynika z art. 10 WE i do której Komisja jest zobowiązana w ramach swoich stosunków z państwami członkowskimi, zostały w szczególności określone w art. 11–16 rozporządzenia nr 1/2003, w rozdziale IV, zatytułowanym „Współpraca”. Przepisy te nie nakładają zaś w sposób wyraźny na Komisję obowiązku skonsultowania się z KOR.
- 313 Skarżące nie mogą również w tej sytuacji utrzymywać, że wysłanie do CMT pisma w sprawie przedstawienia zarzutów i wezwanie jej na przesłuchanie było spóźnione, gdyż Komisja miała już wyrobioną opinię na temat uznanego za niezgodne z prawem zachowania Telefóniki. Oprócz tego bowiem, że pismo w sprawie przedstawienia zarzutów stanowi dokument przygotowawczy, a zawarte w nim oceny mają charakter wyłącznie tymczasowy i mają służyć do określenia zakresu postępowania administracyjnego w odniesieniu do przedsięwzięcia objętego tym postępowaniem (wyrok Trybunału z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawach połączonych od 100/80 do 103/80 *Musique Diffusion française i in. przeciwko Komisji*, Rec. s. 1825, pkt 14; ww. w pkt 69 wyrok w sprawach połączonych *Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji*, pkt 67; ww. w pkt 83 wyrok w sprawie *Prym i Prym Consumer przeciwko Komisji*, pkt 40), w pkt 310 powyżej zostało już wskazane, że Komisja wysłała do CMT kopię tego pisma w dniu 24 maja 2006 r., czyli ponad rok przed wydaniem zaskarżonej decyzji.
- 314 W świetle powyższych rozważań nie można zatem uznać, że Komisja w niniejszym przypadku naruszyła spoczywający na niej obowiązek lojalnej współpracy. Jako że argument skarżących dotyczący naruszenia zasady dobrej administracji oparty jest wyłącznie na nieprzestrzeganiu wspomnianego obowiązku, powinien on również zostać oddalony.
- 315 Należy zatem oddalić część trzecią analizowanego zarzutu.
- 316 Zarzut szósty należy zatem oddalić w całości, podobnie jak – w konsekwencji – żądanie główne, dotyczące stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji.

## *2. W przedmiocie żądań ewentualnych, dotyczących uchylecia lub obniżenia kwoty grzywny*

- 317 Na poparcie swoich żądań uchylecia lub obniżenia kwoty grzywny skarżące podnoszą dwa zarzuty. Zarzut pierwszy dotyczy błędów w ustaleniach faktycznych, oceny okoliczności faktycznych i naruszenia prawa oraz naruszenia art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17, art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 i zasad pewności prawa oraz ochrony uzasadnionych oczekiwań. Zarzut drugi, podniesiony tytułem ewentualnym, oparty jest na błędach w ustaleniach faktycznych, naruszeniu prawa, naruszeniu zasad proporcjonalności, równego traktowania indywidualizacji kar oraz obowiązku uzasadnienia przy ustalaniu kwoty grzywny.
- a) W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego błędów w ustaleniach faktycznych, oceny okoliczności faktycznych i naruszenia prawa oraz naruszenia art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17, art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 i zasad pewności prawa oraz ochrony uzasadnionych oczekiwań
- 318 W ramach tego zarzutu skarżące podważają twierdzenia Komisji, w myśl których, po pierwsze, zachowanie Telefóniki w okresie trwania naruszenia było umyślnie zawinione lub co najmniej rażąco niedbałe i, po drugie, naruszenie popełnione przez Telefónicę stanowiło „istotne nadużycie”, dla którego istnieją precedensy (motywy 720–736 zaskarżonej decyzji).

- 319 W pierwszej kolejności, w odniesieniu do kwestii, czy naruszenie zostało popełnione umyślnie lub wskutek niedbalstwa i czy może z tego powodu być ukarane grzywną na mocy art. 15 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr 17 oraz, od dnia 1 maja 2004 r., art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, z orzecznictwa wynika, iż przesłanka ta jest spełniona, jeśli dane przedsiębiorstwo nie może nie wiedzieć, że jego zachowanie ma charakter antykonkurencyjny, niezależnie od tego, czy ma świadomość naruszania reguł konkurencji zawartych w traktacie, czy też nie (zob. wyrok Sądu z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawach połączonych od T-259/02 do T-264/02 i T-271/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich i in. przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-5169, pkt 205; ww. w pkt 69 wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 295 i przytoczone tam orzecznictwo; zob. podobnie także: wyrok Trybunału z dnia 8 listopada 1983 r. w sprawach połączonych od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 i 110/82, IAZ International Belgium i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 3369, pkt 45; ww. w pkt 111 wyrok w sprawie Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin przeciwko Komisji, pkt 107; ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 124).
- 320 Zgodnie z orzecznictwem przedsiębiorstwo ma świadomość antykonkurencyjnego charakteru swojego zachowania, gdy znane mu były elementy faktyczne uzasadniające zarówno stwierdzenie występowania pozycji dominującej na danym rynku właściwym, jak i dokonanie przez Komisję oceny nadużycia tej pozycji (zob. podobnie ww. w pkt 111 wyrok w sprawie Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin przeciwko Komisji, pkt 107; ww. w pkt 319 wyrok w sprawach połączonych Raiffeisen Zentralbank Österreich i in. przeciwko Komisji, pkt 207, 210; zob. również opinia rzecznika generalnego J. Mazáka w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, zakończonej ww. w pkt 170 wyrokiem z dnia 14 października 2010 r., pkt 39).
- 321 Po pierwsze, aby podważyć twierdzenie Komisji, zgodnie z którym zachowanie Telefóniki w okresie trwania naruszenia było umyślnie zawinione lub co najmniej rażąco niedbałe, skarżące podnoszą, że Telefónica nie była w stanie rozsądnie przewidzieć, iż jej zachowanie mogło stanowić nadużycie pozycji dominującej niezgodne z art. 82 WE, ze względu na definicję rynków produktowych przyjętą wcześniej przez hiszpański organ ds. konkurencji i przez CMT, która różniła się od definicji przyjętej w zaskarżonej decyzji, oraz ze względu na dokonywaną przez CMT kontrolę cen i zachowania Telefóniki w okresie trwania naruszenia i na brak zakresu swobody Telefóniki, wystarczającego, aby określała ona swoją politykę cenową w tym okresie.
- 322 Primo, należy oddalić argument skarżących, jakoby Telefónica nie mogła przewidzieć, że Komisja przyjmie definicję rynku różną od definicji przyjętej przez władze hiszpańskie.
- 323 Telefónica, jako wykazujący należyta staranność podmiot gospodarczy, powinna była bowiem znać zasady dotyczące definiowania rynków w sprawach z zakresu konkurencji, a w razie potrzeby zasięgnąć porady w celu dokonania oceny, jakie konsekwencje wynikają w danym przypadku z konkretnego aktu. Dotyczy to w szczególności profesjonalistów, którzy przyzwyczajeni są podczas wykonywania swojego zawodu do zachowania szczególnej ostrożności. Można także od nich wymagać, aby z należyta starannością oceniali ryzyko, które stwarza ich zawód (zob. podobnie ww. w pkt 59 wyrok w sprawie Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, pkt 219).
- 324 Ponadto rozważny podmiot gospodarczy nie może mieć wątpliwości, że choć posiadanie znacznych udziałów w rynku nie zawsze musi być jedyną przesłanką określającą istnienie pozycji dominującej, to jednak ma ono istotne znaczenie, które musi być przez ów podmiot gospodarczy brane pod uwagę w odniesieniu do jego ewentualnych zachowań na rynku (ww. w pkt 76 wyrok w sprawie Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, pkt 133).
- 325 W tym względzie, jak wskazała Komisja w motywie 721 zaskarżonej decyzji, Telefónica – będąca operatorem historycznym i właścicielem jedynej infrastruktury mającej istotne znaczenie z punktu widzenia udostępniania regionalnych i krajowych produktów hurtowych – nie mogła nie wiedzieć, że posiada pozycję dominującą na rynkach właściwych. Wobec tego wielkość posiadanych przez



Telefónicę udziałów (zob. pkt 153 i 159 powyżej) w rynkach hurtowych krajowym i regionalnym powoduje, że jej przekonanie, iż nie zajmowała na tych rynkach pozycji dominującej, mogło wynikać jedynie albo z niedostatecznego zbadania struktury rynków, na których prowadziła działalność, albo z niewzięcia tych struktur pod uwagę (zob. podobnie ww. w pkt 76 wyrok w sprawie Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, pkt 139). Argument, jakoby Komisja nie mogła przewidzieć, że Komisja przyjmie definicję rynku różną od definicji przyjętej przez władze hiszpańskie, nie może zatem zostać uwzględniony.

- 326 W świetle powyższych rozważań i wobec tego, iż w pkt 110–144 powyżej zostało wykazane, że Komisja słusznie uznała, iż pętla lokalna, krajowy produkt hurtowy i regionalny produkt hurtowy nie wchodzi w zakres jednego rynku produktowego, nie można uwzględnić argumentów skarżących, jakoby wydane przez krajowe organy regulacyjne Francji i Zjednoczonego Królestwa decyzje stwierdzające, iż produkty hurtowe krajowy i regionalny nie były wzajemnie zastępowalne, nie pozwoliły im przewidzieć definicji rynków przyjętych w niniejszym przypadku. To samo dotyczy argumentu skarżących dotyczącego oceny wyrażonej jakoby przez CMT w decyzji z dnia 6 kwietnia 2006 r., w myśl której produkty hurtowe krajowy i regionalny wchodziły w zakres jednego rynku właściwego, który to argument został zresztą wyraźnie oddalony w pkt 142 powyżej.
- 327 Secundo, argument skarżących, zgodnie z którym – wbrew temu, co zostało wskazane w motywie 724 zaskarżonej decyzji – Telefónica, ze względu na obowiązujące uregulowania sektorowe, nie posiadała wystarczającego zakresu swobody, aby określać swoją politykę cenową, również nie może zostać uwzględniony.
- 328 Należy przypomnieć, że art. 82 WE dotyczy wyłącznie zachowań antykonkurencyjnych podjętych przez przedsiębiorstwa z ich własnej inicjatywy. Jeśli antykonkurencyjne zachowanie zostaje narzucone przedsiębiorstwom przez ustawodawstwo krajowe lub jeśli ustawodawstwo to tworzy ramy prawne, które same z siebie wykluczają wszelkie możliwości konkurencyjnego zachowania ze strony tych przedsiębiorstw, art. 82 WE nie znajduje zastosowania. W takiej sytuacji przyczyną ograniczenia konkurencji nie są – co przewiduje ten przepis – niezależne zachowania przedsiębiorstw (zob. ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 329 Artykuł 82 WE może natomiast znaleźć zastosowanie, jeśli okaże się, że ustawodawstwo krajowe pozostawia możliwość istnienia konkurencji, którą niezależne działania przedsiębiorstw mogą uniemożliwić, ograniczyć lub zakłócić (zob. ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 330 Trybunał wyjaśnił, że jeśli pomimo istnienia takich przepisów poziomo zintegrowane przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą dysponuje swobodą działania w zakresie zmiany choćby samych cen detalicznych, na tej tylko podstawie można mu przypisać zaniżanie marży (ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 85; ww. w pkt 146 wyrok w sprawie TeliaSonera, pkt 51).
- 331 W niniejszym przypadku należy przede wszystkim wskazać, że jeżeli chodzi o krajowy produkt hurtowy, skarżące nie podważają twierdzenia zawartego w motywach 109, 110 i 671 zaskarżonej decyzji, w myśl którego, po pierwsze, ceny krajowego produktu hurtowego nie były nigdy regulowane w okresie trwania naruszenia i, po drugie, od września 2001 r. Telefónica miała pełną swobodę ich obniżenia.
- 332 Następnie, co się tyczy regionalnego produktu hurtowego, skarżące podnoszą, że ceny narzucone przez CMT przy zastosowaniu mechanizmu „cena detaliczna minus” były de facto cenami stałymi, przynajmniej w okresie do marca 2004 r. do grudnia 2006 r.

- 333 Należy przypomnieć, że – jak wynika z motywu 113 zaskarżonej decyzji – rozporządzenie Ministerio de la Presidencia (hiszpańskiego ministerstwa prezydencji) z dnia 29 grudnia 2000 r. określiło maksymalne ceny regionalnego produktu hurtowego. Ponadto, jak wynika z akt sprawy, pismem z dnia 2 lutego 2005 r. CMT wyraźnie potwierdziła, że ceny regionalnego produktu hurtowego były cenami maksymalnymi i że Telefónica mogła wnieść o obniżenie jej cen (zob. również motywy 116–118, 673 zaskarżonej decyzji).
- 334 W tym względzie argument skarżących dotyczący, po pierwsze, decyzji CMT z dnia 31 marca 2004 r., w której CMT jakoby potwierdziła, że było rozsądne, aby cena regionalnego produktu hurtowego mogła przyczyniać się do podtrzymywania inwestycji operatorów kablowych i że cena regionalnego produktu hurtowego powinna być ustalona na podstawie całkowitej kwoty obliczonej według metody „cena detaliczna minus” – wobec czego „CMT nigdy nie zezwoliłaby na obniżenie ceny regionalnego produktu [hurtowego], ponieważ zagrażałoby to możliwości funkcjonowania kabla” – oraz dotyczący, po drugie, decyzji CMT z dnia 29 kwietnia 2002 r. i z dnia 22 lipca 2004 r., w których CMT jakoby oświadczyła, iż jest przeciwna znaczącym obniżkom cen regionalnego produktu hurtowego, aby nie zniechęcać do ponoszenia nakładów na infrastrukturę i na innowacje, oparty jest na hipotetycznym założeniu, że CMT nigdy nie zgodziłaby się na obniżenie ceny produktów hurtowych. Argument ten należy zatem oddalić.
- 335 W każdym razie argumentowi temu przeczy okoliczność, że – pomimo iż Telefónica nie zaproponowała żadnej zmiany tych cen – CMT z własnej inicjatywy obniżyła ceny regionalnego produktu hurtowego decyzjami z dnia 22 lipca 2004 r. [decyzja CMT z dnia 22 lipca 2004 r. w sprawie wniosku o dokonanie zmiany oferty dostępu do pętli lokalnej (oferta de acceso al bucle de abonado – OBA) TESAU w celu dostosowania jej do zmiany prędkości ADSL na poziomie detalicznym] i z dnia 19 maja 2005 r. [decyzja CMT z dnia 19 maja 2005 r. w sprawie wniosku o dokonanie zmiany oferty dostępu do pętli lokalnej (OBA) TESAU w celu dostosowania jej do zwiększenia prędkości ADSL na poziomie detalicznym]. Argument podniesiony przez skarżące w replice, w myśl którego decyzje te dowodzą, iż obniżenie cen regionalnego produktu hurtowego wymagało interwencji CMT i decyzja o nich nie mogła zostać swobodnie podjęta przez Telefónicę, również należy oddalić, ponieważ do zadań Telefóniki należało, w ramach szczególnej odpowiedzialności spoczywającej na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą na rynku regionalnego produktu hurtowego, występowanie do CMT z wnioskiem o zmianę stosowanych przez siebie cen, jeżeli powodowały one naruszenie skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku (zob. podobnie ww. w pkt 69 wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 122).
- 336 Wreszcie, co się tyczy stosowanych przez Telefónicę cen detalicznych, należy wzorem Komisji wskazać, że skarżące nie podważają jej twierdzenia, zawartego w motywie 724 zaskarżonej decyzji, iż Telefónica mogła w każdej chwili podwyższyć stosowane przez siebie ceny detaliczne. Skarżące nie kwestionują również uwag zawartych w motywach 104–108 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którymi, choć stosowane przez TESAU ceny detaliczne od dnia 3 sierpnia 2001 r. do dnia 1 listopada 2003 r. podlegały administracyjnemu zatwierdzeniu przez Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (hiszpańskiej komisji ds. gospodarczych, zwanej dalej „CDGAE”), to ceny detaliczne stosowane przez pozostałe spółki zależne Telefóniki nie podlegały żadnej regulacji, w myśl których ceny detaliczne zatwierdzone jako ceny stałe w dniu 3 sierpnia 2001 r. przez CDGAE zostały zaproponowane przez TESAU i według których stosowane przez TESAU detaliczne ceny usług dostępu ADSL zostały uwolnione decyzją CDGAE z dnia 25 września 2003 r., która położyła kres systemowi administracyjnego zatwierdzania stosowanych przez TESAU detalicznych cen usług dostępu ADSL, utrzymując spoczywający na TESAU obowiązek informowania o każdej zmianie tych cen dziesięć dni przed wprowadzeniem ich na rynek. Należy zatem stwierdzić, że Telefónica miała możliwość podwyższenia cen detalicznych, czego nie uczyniła.

- 337 Skarżące podnoszą w tym względzie, że rozumowanie Komisji obarczone jest wewnętrzną sprzecznością, ponieważ nie może ona z jednej strony stawiać Telefónice zarzutu stosowania praktyki nożyc cenowych, która spowodowała, że ceny detaliczne w Hiszpanii były znacznie wyższe niż w innych państwach europejskich, a z drugiej strony zarzucać jej, iż nie podwyższyła stosowanych przez siebie cen detalicznych w celu uniknięcia nożyc cenowych. Argument ten powinien zostać oddalony. Sąd unijny w przeszłości stwierdził już bowiem, że podwyższenie cen produktów detalicznych może być konieczne w celu uniknięcia zjawiska nożyc cenowych (ww. w pkt 69 wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 141–151; zob. również ww. w pkt 170 wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, pkt 88, 89).
- 338 Tertio, należy oddalić argument skarżących, jakoby Telefónica nie mogła rozsądnie przewidzieć, że jej polityka cenowa, uprzednio zatwierdzona przez CMT, mogła stanowić naruszenia art. 82 WE.
- 339 Przede wszystkim należy przypomnieć, że fakt, iż zaskarżona decyzja dotyczyła produktów i usług regulowanych, nie ma znaczenia dla sprawy. W braku wyraźnego odstępstwa w tym względzie prawo konkurencji ma bowiem zastosowanie do sektorów regulowanych (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 16 grudnia 1975 r. w sprawach połączonych od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73 Suiker Unie i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 1663, pkt 65–72; z dnia 11 kwietnia 1989 r. w sprawie 66/86 Saeed Flugreisen i Silver Line Reisebüro, Rec. s. 803). Zatem możliwość zastosowania reguł konkurencji nie jest wyłączona, jeżeli rozważane przepisy sektorowe pozostawiają możliwość istnienia konkurencji, która może być uniemożliwiona, ograniczona lub zakłócona przez niezależne działania przedsiębiorstw (zob. wyrok Trybunału z dnia 11 listopada 1997 r. w sprawach połączonych C-359/95 P i C-379/95 P Komisja i Francja przeciwko Ladbroke Racing, Rec. s. I-6265, pkt 33, 34 i przytoczone tam orzecznictwo), co miało miejsce w przypadku niniejszej sprawy (zob. pkt 327–337 powyżej).
- 340 Jak zostało wskazane w pkt 299 powyżej, Telefónica nie mogła nie być świadoma, że przestrzeganie uregulowań hiszpańskich w dziedzinie telekomunikacji nie zabezpieczało jej przed interwencją Komisji na podstawie art. 82 WE.
- 341 Następnie, choć oczywiście w decyzji z dnia 26 lipca 2001 r. CMT uznała, że stosowane przez Telefónicę ceny regionalnego produktu hurtowego zostały ustalone w oparciu o system „cena detaliczne minus”, na mocy którego cena każdego rodzaju regionalnego produktu hurtowego nie przekracza określonego procentu miesięcznej należności odpowiadającej cenie detalicznej TESAU (motywy 114, 290 i przypis 258 w zaskarżonej decyzji), to jednak skarżące nie zaprzeczają, iż CMT nigdy nie zbadała istnienia nożyc cenowych między regionalnym produktem hurtowym Telefóniki i jej produktami detalicznymi na podstawie rzeczywistych kosztów historycznych Telefóniki, lecz zbadała je na podstawie oceny ex ante. Skarżące nie przeczą również, że CMT nigdy nie zbadała ewentualnego istnienia nożyc cenowych między krajowym produktem hurtowym Telefóniki i jej produktami detalicznymi. Tymczasem, jak wskazała Komisja w motywach 725–728 zaskarżonej decyzji, Telefónica, która dysponowała szczegółowymi informacjami na temat swoich rzeczywistych kosztów i swoich przychodów, nie mogła nie wiedzieć, że szacunki dokonane ex ante przez CMT w rzeczywistości nie zostały potwierdzone przez zachodzące na rynku zmiany, które Telefónica mogła obserwować.
- 342 W świetle powyższych wyjaśnień należy oddalić wszystkie argumenty skarżących zmierzające do wykazania, że Telefónica nie mogła rozsądnie przewidzieć antykonkurencyjnego charakteru swojego zachowania.
- 343 Po drugie, skarżące podnoszą, że Telefónica mogła żywić uzasadnione oczekiwania wynikające z decyzji CMT. Uważają one też, że rozbieżności pomiędzy rzeczywistymi kosztami ex post i oszacowaniami, którymi posłużyła się CMT w swoim badaniu ex ante istnienia nożyc cenowych, wskazane przez Komisję w motywach 728 i 729 zaskarżonej decyzji (zob. także tabelę nr 59 w zaskarżonej decyzji), nie były wystarczająco oczywiste, aby Telefónica mogła mieć wątpliwości co do działań CMT.

- 344 Należy oddalić argument skarżących, jakoby Telefónica nie mogła zakwestionować zasadności metody wykorzystanej przez CMT w celu stwierdzenia istnienia nożyc cenowych oraz znaczenia żądań udzielenia informacji ze strony CMT z uwagi na brak interwencji Komisji w odniesieniu do działania hiszpańskiego regulatora.
- 345 Wobec faktu, iż działanie regulacyjne CMT nie stanowi przedmiotu zaskarżonej decyzji, powyższy argument oparty jest bowiem na błędnym założeniu, jakoby Komisja uznała, że metoda, którą posłużyła się CMT w celu stwierdzenia istnienia nożyc cenowych, była niewłaściwa. Przeciwnie, jak wskazała Komisja w motywie 733 zaskarżonej decyzji, metoda użyta w celu stwierdzenia istnienia nożyc cenowych w zaskarżonej decyzji nie stoi w sprzeczności z metodą „cena detaliczna minus” wykorzystaną przez CMT.
- 346 Brak działania Komisji w odniesieniu do hiszpańskiego regulatora nie mógł zatem stać się dla Telefóniki podstawą uzasadnionych oczekiwań co do faktu, iż nie naruszała ona art. 82 WE.
- 347 Jeżeli chodzi o argument, jakoby ze względu na działania CMT Telefónica mogła mieć uzasadnione oczekiwania, iż stosunek stosowanych przez nią cen hurtowych i detalicznych nie powodował zjawiska nożyc cenowych, przede wszystkim należy wskazać, że skarżące nie podważają twierdzeń zawartych w motywie 726 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którymi, po pierwsze, CMT nigdy nie zbadała istnienia nożyc cenowych między krajowym produktem hurtowym Telefóniki i jej produktem detalicznym w okresie, którego dotyczy zaskarżona decyzja, a po drugie, krajowy produkt hurtowy miał w tym okresie większe znaczenie od regionalnego produktu hurtowego.
- 348 Następnie, jeżeli chodzi o regionalny produkt hurtowy, to choć oczywiście CMT zbadała istnienie zjawiska nożyc cenowych wynikającego ze stosowanych przez Telefónicę cen dotyczących regionalnego produktu hurtowego w szeregu decyzji wydanych w okresie trwania naruszenia, jednak nigdy nie zbadała istnienia tego zjawiska na podstawie rzeczywistych kosztów historycznych Telefóniki.
- 349 W tym względzie argument skarżących, jakoby rozbieżności między rzeczywistymi kosztami ex post i oszacowaniami ex ante, którymi posłużyła się CMT, nie były wystarczająco wyraźne, aby skłonić Telefónicę do zakwestionowania zasadności działań CMT, powinien zostać oddalony. Na poparcie tego argumentu skarżące podnoszą bowiem w skardze, że domniemywane niespójności między informacjami dostarczonymi CMT przez Telefónicę i informacjami zawartymi w planach biznesowych tej ostatniej lub w jej zestawieniach wskaźników wynikały z dokonania przez Komisję błędnej interpretacji udostępnionych jej informacji na temat prognoz dotyczących popytu i na temat kosztów związanych z siecią [poufne] łączy ADSL. Jednak nawet przy założeniu, że argument ten jest uzasadniony, sam w sobie nie może on podważyć całości dowodów przedstawionych w szczególności w tabeli nr 59 w zaskarżonej decyzji, wykazujących, że Telefónica nie mogła nie wiedzieć, iż koszty wykorzystane w modelu „cena detaliczna minus” CMT nie odpowiadały rzeczywistości. Przeciwnie, pozostałe argumenty skarżących – zgodnie z którymi, po pierwsze, konsultant ARCOME nie skorzystał z informacji dostarczonych mu przez Telefónicę, lecz wykorzystał jako punkt odniesienia dla opracowania modelu „cena detaliczna minus” sieć ponad [poufne] łączy ADSL, a po drugie, CMT nie wykorzystwała zaksięgowania kosztów sporządzonego przez Telefónicę, uznając, iż nie jest ono wystarczająco szczegółowe – zdają się potwierdzać, że Telefónica wiedziała lub powinna była wiedzieć, iż koszty, którymi CMT posłużyła się w modelu „cena detaliczna minus”, nie odpowiadały kosztom rzeczywistym.
- 350 Ponadto należy oddalić argument skarżących, zgodnie z którym ani z planów biznesowych, ani z zestawień wskaźników nie wynikało, że Telefónica wykazywała straty na rynku detalicznym. Primo, skarżące podnoszą, że [poufne]. Nie ma jednak dowodów na poparcie tego argumentu. Secundo, skarżące twierdzą, że plan biznesowy z dnia 18 kwietnia 2002 r. nie pozwala na wyciągnięcie takiego wniosku, zważywszy, że [poufne]. Jednak z zawartych w tym dokumencie prognoz wynika, że [poufne]. Argument skarżących nie może zatem zostać uwzględniony. Tertio, co się tyczy zestawień wskaźników



Telefóniki, same skarżące twierdzą, że dokumenty te, zawierające miesięczne informacje na temat dochodów i wydatków, umożliwiają zapewnienie prawidłowej realizacji planu biznesowego i ewolucji działalności. Ponieważ plan biznesowy przewidywał, że [poufne], skarżące powinny były upewnić się, że [poufne].

- 351 Wreszcie, jak wskazuje Komisja, Telefónica nie przeczy, iż rzeczywiste koszty przyrostowe infrastruktury sieci i dostępu były znacznie wyższe od kosztów występujących w modelu CMT „cena detaliczna minus”. Jako że owe rzeczywiste koszty występują w różnych dokumentach wewnętrznych Telefóniki, nie mogła ona nie mieć świadomości, że model CMT zaniżał jej koszty rzeczywiste.
- 352 W świetle powyższych wyjaśnień należy stwierdzić, że działania i decyzje CMT nie mogły być podstawą uzasadnionych oczekiwań skarżących, iż ich praktyki cenowe były zgodne z art. 82 WE. W konsekwencji zastrzeżenie pierwsze, dotyczące braku naruszenia popełnionego umyślnie lub wskutek niedbalstwa, powinno zostać oddalone.
- 353 W drugiej kolejności skarżące podnoszą wobec Komisji zastrzeżenie, że w zaskarżonej decyzji nie wskazała ona żadnej faktycznej ani prawnej podstawy pozwalającej uznać, że naruszenie stanowi „istotne nadużycie”, dla którego istnieją precedensy (motywy 731–736 zaskarżonej decyzji).
- 354 Na wstępie należy podkreślić, że – jak wynika z pkt 319–352 powyżej – Komisja mogła słusznie uznać, iż stwierdzone w zaskarżonej decyzji naruszenie zostało popełnione umyślnie lub wskutek niedbalstwa. Jak zostało to przypomniane w pkt 319 powyżej, takie naruszenie zagrożone jest grzywną na mocy art. 15 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr 17 oraz, od dnia 1 maja 2004 r., art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003.
- 355 W ramach analizowanego zastrzeżenia skarżące podnoszą jednak, że zasada pewności prawa sprzeciwia się nałożeniu przez Komisję grzywny za antykonkurencyjne zachowania, jeżeli niezgodny z prawem charakter tych zachowań nie wynika z wyraźnych i przewidywalnych precedensów. W tym względzie rozumowanie Komisji, przedstawione w motywach 731–736 zaskarżonej decyzji, jest ich zdaniem obciążone błędami w ustaleniach faktycznych i błędami w ocenie okoliczności faktycznych.
- 356 Po pierwsze, skarżące podnoszą, że nożyce cenowe przypisywane Telefónice w niniejszej sprawie nie mają wyraźnych precedensów.
- 357 Przede wszystkim należy oddalić argument skarżących oparty na praktyce decyzyjnej Komisji, zgodnie z którą brak wyraźnych precedensów stwierdzających niezgodny z prawem charakter jakiegoś zachowania może według skarżących uzasadniać nienałożenie grzywny. W tym względzie należy przypomnieć, że decyzja Komisji o nienałożeniu grzywny w pewnych decyzjach ze względu na stosunkowo nowy charakter stwierdzonych naruszeń nie zapewnia „immunitetu” przedsiębiorstwom dopuszczającym się w terminie późniejszym naruszeń tego samego typu. Korzystając z przysługującego jej uznania, Komisja decyduje bowiem w szczególnych okolicznościach każdej sprawy, czy należy nałożyć grzywnę w celu ukarania stwierdzonego naruszenia i w celu zapewnienia skuteczności prawa konkurencji (wyrok Sądu z dnia 22 października 1997 r. w sprawach połączonych T-213/95 i T-18/96 SCK i FNK przeciwko Komisji, Rec. s. II-1793, pkt 239).
- 358 Następnie należy oddalić argument oparty na rzekomej wewnętrznej sprzeczności w rozumowaniu Komisji zachodzącej z jednej strony pomiędzy twierdzeniem zawartym w motywie 733 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym obliczenie nożyc cenowych w niniejszej sprawie wynika wyraźnie z decyzji i orzecznictwa, które poprzedziły wydanie decyzji w sprawie Deutsche Telekom, a z drugiej strony pomiędzy twierdzeniem zawartym w motywie 744 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym metoda obliczeń zastosowana w decyzji w sprawie Deutsche Telekom nie została nigdy wcześniej użyta w żadnej formalnej decyzji Komisji.

- 359 Komisja słusznie podnosi bowiem w istocie, że z motywu 206 decyzji w sprawie Deutsche Telekom wynika, iż metoda obliczeń zastosowana w tej decyzji, do której odwołuje się motyw 744 zaskarżonej decyzji, wynika z jej wcześniejszej praktyki decyzyjnej, nawet jeżeli – co prawda – zawiera ona nowy element, a mianowicie wykorzystanie podejścia ważonego. Zgodnie z tym motywem „metoda wykorzystana w celu stwierdzenia zjawiska nożyc należy do praktyki decyzyjnej ustalonej przez Komisję, a nowym elementem jest podejście ważne, które należało zastosować w odniesieniu do niniejszego przypadku w celu uwzględnienia okoliczności, iż w Niemczech ustalona została jedna stawka hurtowa za uwolnienie pętli lokalnej, podczas gdy stawki za odpowiadające mu usługi detaliczne są różne w przypadku łączy analogowych, łączy ISDN i łączy ADSL”.
- 360 Ponadto, jeżeli chodzi o twierdzenia skarżących, jakoby precedensy przytoczone przez Komisję w motywie 733 zaskarżonej decyzji były zbyt ogólne i niedokładne, aby umożliwić Telefónice przewidzenie, iż jej zachowanie mogło mieć charakter niezgodny z prawem, należy wskazać – niezależnie od znaczenia dla niniejszej sprawy ww. w pkt 186 wyroku w sprawie Industrie des poudres sphériques przeciwko Komisji – że w decyzji 88/518/EWG z dnia 18 lipca 1988 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. [82 WE] (IV/30.178 – Napier Brown – British Sugar (Dz.U. L 284, s. 41) Komisja stwierdziła już w motywie 66, iż „[u]trzymanie przez przedsiębiorstwo dominujące, które dominuje zarówno na rynku surowców, jak i na rynku produktu pochodnego, różnicy pomiędzy ceną, jaką fakturuje za surowiec przedsiębiorstwom, które z nim konkurują na rynku produktu pochodnego, oraz ceną, jaką fakturuje za produkt pochodny, która jest za mała, aby odzwierciedlać koszt transformacji ponoszony przez samo przedsiębiorstwo dominujące [...], co prowadzi do ograniczenia konkurencji na rynku produktu pochodnego, stanowi nadużycie pozycji dominującej”.
- 361 Wreszcie, jak wskazała Komisja w motywie 735 zaskarżonej decyzji, decyzja w sprawie Deutsche Telekom stanowi również precedens wyjaśniający warunki zastosowania art. 82 WE w odniesieniu do działalności gospodarczej poddanej szczególnym uregulowaniom sektorowym ex ante. W tym względzie argumenty skarżących mające wykazać, że decyzja ta nie umożliwiła Telefónice szczegółowego określenia warunków, w jakich Komisja i sąd unijny stwierdzają, że wystąpienie zaniżania marży może stanowić naruszenie art. 82 WE, nie mogą zostać uwzględnione. Primo, należy oddalić argument, zgodnie z którym decyzja w sprawie Deutsche Telekom jest przedmiotem skargi zawisłej przed sądem unijnym, ponieważ domniemanie zgodności z prawem aktów instytucji wspólnotowych oznacza, że wywołują one skutki prawne do czasu ich uchylenia, stwierdzenia ich nieważności w wyniku skargi o stwierdzenie nieważności, zapytania prejudycjalnego lub zarzutu niezgodności z prawem (zob. wyrok Trybunału z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C-475/01 Komisja przeciwko Grecji, Zb. Orz. s. I-8923, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo). Secundo, argument dotyczący braku możliwości przewidzenia definicji rynków produktowych należy oddalić z powodów przedstawionych w pkt 323 powyżej. Tertio, co się tyczy argumentu dotyczącego faktu, iż rynek dynamicznie się rozwijał, wystarczy przypomnieć, że okoliczność ta nie może wykluczać zastosowania zasad konkurencji, a w szczególności art. 82 WE (ww. w pkt 60 wyrok z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie France Télécom przeciwko Komisji, pkt 107). Quarto, jeżeli chodzi o fakt, iż niniejsza sprawa dotyczy elementu składowego, który nie był niezbędnym, wystarczy przypomnieć, że stwierdzenie wystąpienia zjawiska nożyc cenowych nie wymaga, aby produkt hurtowy, którego ono dotyczy, był niezbędny (zob. pkt 180–182 powyżej). Quinto, z powodów przedstawionych w pkt 339–342 powyżej nie może zostać uwzględniony również argument dotyczący ścisłej kontroli sektorowej w Hiszpanii.
- 362 Wynika z tego, że Telefónica nie mogła nie być świadoma, iż jej zachowanie mogło ograniczać konkurencję. Ponadto skarżące nie mogą twierdzić, że nawet po otrzymaniu pisma w sprawie przedstawienia zarzutów nie były w stanie przewidzieć modelu kosztów i przychodów przyjętego następnie przez Komisję w zaskarżonej decyzji, ze względu na fakt, iż był on oparty na dodatkowych dowodach, które nie zostały wymienione ani w tym piśmie, ani w piśmie w sprawie okoliczności faktycznych. Jak zostało już bowiem wskazane w ramach badania zarzutu pierwszego dotyczącego żądania głównego skarżących, w tym względzie nie zostało stwierdzone żadne naruszenie ich prawa do obrony.

- 363 Po drugie, skarżące podnoszą, że Telefónica nigdy nie mogła przewidywać – ani przed październikiem 2003 r., kiedy to wydana została decyzja w sprawie Deutsche Telekom, ani po tej dacie – nowej metodologii wykorzystanej przez Komisję w decyzji w celu stwierdzenia istnienia nożyc cenowych.
- 364 W tym względzie, primo, należy oddalić argument skarżących, jakoby Telefónica nie mogła przewidzieć źródeł, metody i obliczeń wykorzystanych przez Komisję w zaskarżonej decyzji. Źródłami wykorzystanymi przy obliczaniu nożyc cenowych są bowiem historyczne koszty i przychody Telefóniki, pochodzące od samych skarżących. Ponadto, zważywszy na wcześniejsze decyzje wspomniane w pkt 360 i 361 powyżej, Telefónica była w stanie rozsądnie przewidzieć, że jej zachowanie na rynku mogło ograniczać konkurencję.
- 365 Secundo, argument, jakoby określenie rynków właściwych przez Komisję w zaskarżonej decyzji nie było możliwe do przewidzenia przez Telefónicę, został już oddalony w pkt 323–326 powyżej.
- 366 Tertio, co się tyczy argumentu, zgodnie z którym test nożyc cenowych został w zaskarżonej decyzji po raz pierwszy zastosowany wobec dynamicznie rozwijającego się rynku, w pkt 361 powyżej zostało przypomniane, że okoliczność, iż rynek dynamicznie się rozwija, nie może wykluczać stosowania zasad konkurencji.
- 367 Quarto, argumenty dotyczące konieczności wykazania w ramach testu nożyc cenowych niezbędnego charakteru produktu wyższego szczebla zostały oddalone w pkt 182 powyżej.
- 368 Quinto, twierdzenie skarżących, jakoby uregulowania hiszpańskie w okresie trwania naruszenia miały bardziej ścisły charakter niż uregulowania badane w decyzji w sprawie Deutsche Telekom, nie ma znaczenia i tak czy inaczej jest bezpodstawne, jak wynika z motywu 748 zaskarżonej decyzji.
- 369 Należy wobec tego oddalić zastrzeżenie drugie zarzutu pierwszego, jak również zarzut pierwszy w całości.

b) W przedmiocie zarzutu drugiego, opartego na błędach w ustaleniach faktycznych, naruszeniu prawa, naruszeniu zasad proporcjonalności, równego traktowania, indywidualizacji kar oraz obowiązku uzasadnienia przy ustalaniu kwoty grzywny

- 370 Zarzut drugi składa się z pięciu części. Część pierwsza dotyczy błędów w ustaleniach faktycznych, naruszenia prawa, nieprzestrzegania obowiązku uzasadnienia w odniesieniu do uznania naruszenia za „bardzo poważne” oraz ustalenia kwoty wyjściowej grzywny w wysokości 90 mln EUR. Część druga oparta jest na naruszeniu zasad proporcjonalności, równego traktowania i indywidualizacji kar oraz obowiązku uzasadnienia w odniesieniu do ustalenia kwoty wyjściowej grzywny w wysokości 90 mln EUR. Część trzecia dotyczy błędów w ustaleniach faktycznych, naruszenia prawa oraz braku uzasadnienia przy podwyższeniu kwoty wyjściowej grzywny w celu zapewnienia skutku odstrasżającego. Część czwarta oparta jest na błędach w ustaleniach faktycznych i naruszeniu prawa popełnionych w związku z uznaniem naruszenia za „długotrwałe”. Część piąta dotyczy błędów w ustaleniach faktycznych i naruszenia prawa popełnionych przy uwzględnieniu okoliczności łagodzących.

W przedmiocie części pierwszej zarzutu drugiego, dotyczącej błędów w ustaleniach faktycznych, naruszenia prawa, nieprzestrzegania obowiązku uzasadnienia w odniesieniu do uznania naruszenia za „bardzo poważne” oraz ustalenia kwoty wyjściowej grzywny w wysokości 90 mln EUR

- 371 W części pierwszej zarzutu drugiego żądania skarżących, podniesionego tytułem ewentualnym, kwestionują one wagę stwierdzonego w zaskarżonej decyzji naruszenia i w konsekwencji ustalenie kwoty wyjściowej grzywny nałożonej na Telefónicę (zob. pkt 25–29 powyżej).

- 372 Na wstępie należy przypomnieć, że z utrwalonego orzecznictwa wynika, iż Komisja dysponuje szerokim zakresem uznania w odniesieniu do metody obliczania grzywien. Owa metoda, określona w wytycznych z 1998 r., obejmuje różne elementy cechujące się elastycznością, umożliwiające Komisji skorzystanie z przysługującego jej uznania w sposób zgodny z przepisami art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 (zob. podobnie ww. w pkt 76 wyrok w sprawach połączonych Papierfabrik August Koehler przeciwko Komisji, pkt 112 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 373 Wagę naruszeń unijnego prawa konkurencji należy ustalić na podstawie licznych okoliczności, do których należą szczególne okoliczności sprawy, jej kontekst i odstraszające działanie grzywien, przy czym nie ma potrzeby ustalania wiążącej lub wyczerpującej listy kryteriów, które należy obowiązkowo uwzględnić (wyrok Trybunału z dnia 19 marca 2009 r. w sprawie C-510/06 P Archer Daniels Midland przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-1843, pkt 72; ww. w pkt 83 wyrok w sprawie Prym i Prym Consumer przeciwko Komisji, pkt 54).
- 374 Jak zostało wskazane w pkt 25 powyżej, Komisja określiła w niniejszej sprawie kwotę grzywien, stosując metodę zdefiniowaną w wytycznych z 1998 r.
- 375 Wytycznych z 1998 r. nie można uznać za normę prawną, której w każdym razie musi przestrzegać administracja, lecz za normę postępowania, która stanowi pewną wskazówkę dla praktyki administracyjnej i od której administracja nie może odstąpić w konkretnym przypadku bez podania powodów zgodnych z zasadą równego traktowania (zob. ww. w pkt 59 wyrok w sprawach połączonych Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, pkt 209 i przytoczone tam orzecznictwo; wyrok Sądu z dnia 8 października 2008 r. w sprawie T-73/04 Carbone-Lorraine przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-2661, pkt 70).
- 376 Komisja, przyjmując takie normy postępowania i ogłaszając poprzez publikację, że będzie je od tej pory stosować do przypadków w nich przewidzianych, sama wyznacza sobie granice swobodnego uznania i nie może odejść od tych norm bez narażania się w danym przypadku na sankcję za naruszenie ogólnych zasad prawa, takich jak zasada równego traktowania lub zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań (zob. ww. w pkt 59 wyrok w sprawach połączonych Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, pkt 211 i przytoczone tam orzecznictwo; ww. w pkt 375 wyrok w sprawie Carbone-Lorraine przeciwko Komisji, pkt 71).
- 377 Ponadto wytyczne z 1998 r. określają w sposób ogólny i abstrakcyjny tryb postępowania, jaki narzuciła sobie Komisja dla celów ustalenia kwoty grzywien nałożonych w tej decyzji, i zapewniają w konsekwencji tym przedsiębiorstwom pewność prawa (ww. w pkt 59 wyrok w sprawie Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, pkt 211, 213).
- 378 Należy przypomnieć, że jeżeli chodzi o ocenę wagi naruszenia, w pkt 1A akapity pierwszy i drugi wytyczne z 1998 r. stanowią, co następuje:

„Przy ocenie wagi naruszenia należy wziąć pod uwagę je[go] charakter, rzeczywisty wpływ na rynek, tam gdzie może to być zmierzone, oraz rozmiar właściwego rynku geograficznego. Naruszenia są w ten sposób podzielone na trzy kategorie, pozwalające rozróżnić naruszenia o małym znaczeniu, poważne naruszenia oraz bardzo poważne naruszenia”.

- 379 Z wytycznych z 1998 r. wynika, że naruszeniami o małym znaczeniu przykładowo mogą być „ograniczenia, zwykle o charakterze wertykalnym, mające na celu ograniczenie handlu, ale wywierające ograniczony wpływ na rynek i dotyczące wyłącznie jednej znaczącej części rynku wspólnotowego, która jest stosunkowo ograniczona” (pkt 1A akapit drugi tiret pierwsze). Jeżeli chodzi o poważne naruszenia, Komisja wyjaśnia, że „będą to najczęściej horyzontalne lub wertykalne ograniczenia tego samego typu, co [naruszenia o małym znaczeniu], ale bardziej rygorystycznie stosowane, o większych skutkach rynkowych i wpływające na duże obszary wspólnego rynku”. Komisja wskazuje też, że „może to być również nadużywanie pozycji dominującej” (pkt 1A akapit drugi tiret drugie). Co się tyczy bardzo



poważnych naruszeń, Komisja wskazuje, że „ogólnie [zasadniczo] będą to ograniczenia horyzontalne, takie jak kartele cenowe i podział rynku, lub inne praktyki, które narażają na szwank prawidłowe funkcjonowanie jednolitego rynku, takie jak podział krajowych rynków oraz wyraźne nadużywanie pozycji dominującej przez przedsiębiorstwa posiadające rzeczywisty monopol” (pkt 1A akapit drugi tiret trzecie).

380 Komisja wyjaśnia również, po pierwsze, że w każdej z tych kategorii, a w szczególności jeżeli chodzi o poważne i bardzo poważne naruszenia, dopuszczalna skala grzywien umożliwi stosowanie zróżnicowanego traktowania przedsiębiorstw w zależności od charakteru popełnionego naruszenia oraz, po drugie, że trzeba wziąć pod uwagę rzeczywiste ekonomiczne możliwości, jakie popełniający naruszenie ma w zakresie spowodowania znaczących szkód innym podmiotom działającym na rynku, w szczególności konsumentom, i w zależności od tego ustalić grzywnę na takim poziomie, który zapewni odpowiednio odstrasżający skutek (pkt 1A tiret trzecie i czwarte).

381 Zgodnie z wytycznymi z 1998 r. w przypadku „bardzo poważnych” naruszeń możliwa kwota wyjściowa grzywien wynosi powyżej 20 mln EUR, w przypadku „poważnych” naruszeń kwota ta może wahać się między 1 mln EUR a 20 mln EUR, wreszcie w przypadku naruszeń „o małym znaczeniu” możliwa kwota wyjściowa grzywien mieści się w przedziale między 1 tys. EUR a 1 mln EUR (pkt 1A akapit drugi tiret od pierwszego do trzeciego).

382 W pierwszej kolejności należy zbadać argument skarżących zmierzający do wykazania, że Komisja nie powinna była uznać naruszenia za „bardzo poważne” i że wobec tego kwota wyjściowa grzywny powinna była zostać określona na poziomie znacznie poniżej 90 mln EUR.

383 W tym względzie, po pierwsze, z powodów przedstawionych w pkt 353–368 powyżej należy oddalić argument, jakoby stwierdzone naruszenie nie stanowiło „istotnego nadużycia”.

384 Po drugie, co się tyczy argumentów skarżących, jakoby Telefónica nie znajdowała się w sytuacji prawie całkowitego monopolu na rynkach hurtowych, w pkt 155 powyżej zostało przypomniane, że Telefónica nie zaprzecza, iż była jedynym operatorem, który oferował regionalny produkt hurtowy w Hiszpanii od 1999 r., mając wobec tego na tym rynku faktyczny monopol. Ponadto, jak zostało wskazane w pkt 163 powyżej, jeżeli chodzi o krajowy produkt regionalny, udział Telefóniki w rynku przekraczał 84% przez cały czas trwania naruszenia. Argument skarżących – zgodnie z którym istnienie rzeczywistego monopolu jest wykluczone, ponieważ produkty, o których mowa, nie stanowią „niezbędnej infrastruktury” lub są przedmiotem uregulowań sektorowych – nie znajduje uzasadnienia w wytycznych z 1998 r. ani w orzecznictwie i nie może zostać uwzględniony.

385 Po trzecie, argument oparty na rzekomych sprzecznościach między motywami 744 i 746 zaskarżonej decyzji (z których drugi odsyła do motywu 733 tejże) powinien zostać oddalony z powodów przedstawionych w pkt 358 i 359 powyżej. Metoda obliczeń zastosowana w decyzji w sprawie Deutsche Telekom, do której odwołuje się motyw 744 zaskarżonej decyzji, wynika z wcześniejszej praktyki decyzyjnej Komisji, chociaż rzeczywiście obejmuje nowy element, czyli wykorzystanie podejścia ważonego.

386 Po czwarte, choć skarżące twierdzą, iż Telefónica, nawet po opublikowaniu w dniu 14 października 2003 r. decyzji w sprawie Deutsche Telekom w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, nie miała podstaw, aby uważać, że jej zachowanie mogło stanowić naruszenie art. 82 WE, ponieważ jej sytuacja różniła się wyraźnie od sytuacji badanej w tej decyzji, to argument ten nie może zostać uwzględniony z powodów przedstawionych w pkt 361 powyżej. Co się tyczy argumentu skarżących opartego na praktyce decyzyjnej Komisji, zgodnie z którym naruszenie powinno zostać uznane za „poważne”, przynajmniej przez rok 2003, powinien on zostać oddalony, gdyż – jak wynika z utrwalonego orzecznictwa – praktyka decyzyjna Komisji nie stanowi ram prawnych dla grzywien w dziedzinie konkurencji, na które to ramy składają się wyłącznie rozporządzenie nr 17 i, od dnia 1 maja 2004 r., rozporządzenie nr 1/2003. Decyzje dotyczące innych spraw mają jedynie charakter informacyjny, jeżeli

chodzi o ewentualne istnienie dyskryminacji, zważywszy, że jest mało prawdopodobne, iż okoliczności charakteryzujące te sprawy, takie jak rynki, produkty, kraje, zainteresowane przedsiębiorstwa i brane pod uwagę okresy, są identyczne (zob. wyrok Trybunału z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie C-76/06 P Britannia Alloys & Chemicals przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-4405, pkt 60 i przytoczone tam orzecznictwo). Pozostałe argumenty podnoszone przez skarżące w celu wykazania, że Telefónica nie mogła przewidzieć, iż jej zachowanie mogło stanowić naruszenia art. 82 WE, zostały już oddalone w pkt 322–352 powyżej.

- 387 W świetle powyższych wyjaśnień podniesione przez skarżące zastrzeżenie pierwsze, przedstawione w pkt 382 powyżej, nie może zostać uwzględnione.
- 388 W drugiej kolejności skarżące podnoszą, że kwota wyjściowa grzywny jest zbyt wysoka, zważywszy na brak rzeczywistego wpływu na rynek lub na ograniczony wpływ spornych praktyk.
- 389 Należy przypomnieć, że zgodnie z pkt 1A akapit pierwszy wytycznych z 1998 r. przy ocenie wagi naruszenia Komisja powinna wziąć pod uwagę jego rzeczywisty wpływ na rynek wyłącznie wówczas, gdy wpływ taki może być zmierzony (zob. podobnie ww. w pkt 83 wyrok w sprawie Prym i Prym Consumer przeciwko Komisji, pkt 74 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 390 Ponadto jeżeli Komisja uzna za stosowne, by w celu obliczenia grzywny uwzględnić to fakultatywne kryterium rzeczywistego wpływu naruszenia na rynek, nie może ona ograniczyć się do zgłoszenia zwykłego domniemania, lecz powinna przedstawić konkretne, wiarygodne i wystarczające wskazówki pozwalające ocenić, jaki rzeczywisty wpływ na konkurencję na rynku mogło mieć naruszenie (ww. w pkt 83 wyrok w sprawie Prym i Prym Consumer przeciwko Komisji, pkt 82).
- 391 W przypadku niniejszej sprawy z zaskarżonej decyzji wynika, że Komisja zdecydowała się na uwzględnienie fakultatywnego elementu, jakim jest rzeczywisty wpływ naruszenia, co zostało przez nią wyraźnie potwierdzone w odpowiedzi na pytanie zadane na rozprawie. Jak wynika z pkt 751 i 752 zaskarżonej decyzji, Komisja uznała bowiem, że „nadużycie popełnione przez Telefónicę miało istotny wpływ na rynek”. Wskazała ona, po pierwsze, iż przy ocenie wagi naruszenia uwzględniła okoliczność, że rynki uznane w zaskarżonej decyzji za właściwe miały istotną wartość gospodarczą i odgrywały kluczową rolę w rozwoju społeczeństwa informacyjnego, a po drugie, w nawiązaniu do części zaskarżonej decyzji dotyczącej skutków nadużycia, że stwierdziła, iż nożyce cenowe stosowane przez Telefónicę powodowały na rynku detalicznym bezpośredni skutek w postaci wykluczenia, jak również że fakt, iż zachowanie Telefóniki ograniczyło możliwości zrównoważonego rozwoju operatorów ADSL na rynku detalicznym, wydawał się mieć istotny wpływ na to, że ceny detaliczne w Hiszpanii należały do najwyższych w Europie.
- 392 Ponieważ w zaskarżonej decyzji Komisja w celu ustalenia rzeczywistego wpływu naruszenia na rynek oparła się nie tylko na istotnej wartości gospodarczej rynków uznanych za właściwe i ich kluczowej roli w rozwoju społeczeństwa informacyjnego, lecz również na skutkach nadużycia, należy w związku z analizowanym zarzutem zbadać argumenty skarżących podniesione w ramach części drugiej zarzutu piątego, dotyczącego żądania głównego, zmierzające do wykazania, że Komisja nie wykazała w sposób wystarczający rzeczywistych skutków naruszenia popełnionego przez Telefónicę.
- 393 Jeśli chodzi o zarzucane rzeczywiste skutki w postaci wykluczenia na rynku detalicznym, w zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że istniały empiryczne dowody na to, iż, primo, wzrost Telefóniki znacznie przewyższył wzrost jej konkurentów (motywy 560–570 zaskarżonej decyzji); secundo, Telefónica utrzymała wyraźną przewagę jako pierwszy dostawca usługi ADSL na masowym rynku detalicznym przez cały badany okres (motywy 571–573 zaskarżonej decyzji); tertio, przeciwnie niż jej konkurenci w zakresie ADSL, Telefónica zdobyła udział w detalicznym rynku usług szerokopasmowych wyższy od jej udziału w rynku usług wąskopasmowych (motywy 574–578 zaskarżonej decyzji); quarto, zachowanie Telefóniki ograniczyło konkurencję na krajowym rynku hurtowym (motywy 579–584 zaskarżonej

decyzji). Komisja uznała też, że ograniczona konkurencja, która przetrwała na rynku detalicznym, nie wystarcza, aby podważyć fakt, iż nożyce cenowe spowodowały rzeczywiste skutki w postaci wykluczenia (motywy 585–591 zaskarżonej decyzji).

- 394 Po pierwsze, według skarżących udział Telefóniki w rynku detalicznym wyraźnie zmalał w badanym okresie, co jest nie do pogodzenia z prowadzeniem strategii wykluczenia. Stopa pozyskiwania klientów korzystających z usług detalicznych (motywy 568–570 zaskarżonej decyzji) była zawsze niższa niż udział Telefóniki w tym rynku. Ponadto dane, na których opiera się Komisja, dotyczą wyłącznie segmentu detalicznego ADSL i nie obejmują produktów opartych na innych produktach szerokopasmowych, wchodzących w zakres rynku detalicznego określonego w zaskarżonej decyzji.
- 395 W tym względzie należy przede wszystkim wskazać, że skarżące nie kwestionują danych przedstawionych przez Komisję w motywach 568–570 zaskarżonej decyzji. Zgodnie z tymi danymi Telefónica rozwijała się na rynku detalicznym cztery razy szybciej niż wszyscy jej konkurenci w zakresie ADSL rozpatrywani łącznie i, odpowiednio, sześć i czternaście razy szybciej niż jej główni konkurenci w okresie między styczniem 2002 r. i październikiem 2004 r. Ponadto w ostatnim kwartale 2004 r. i w pierwszym półroczu 2005 r. Telefónica wchłonęła prawie 70% wzrostu rynku ADSL. Wreszcie, postępujące wzmocnienie detalicznej oferty konkurentów opartej na dostępie do uwolnionej pętli lokalnej nie przeszkodziło Telefónice w pozyskaniu ponad 70% nowych abonentów w segmencie ADSL w okresie między kwietniem 2005 r. i lipcem 2006 r.
- 396 Następnie, wbrew temu, co twierdzą skarżące, należy podkreślić, że udział Telefóniki w segmencie ADSL rynku detalicznego pozostawał w okresie trwania naruszenia stosunkowo stabilny (wykres nr 13 w zaskarżonej decyzji), ponieważ – po spadku o [poufne] między grudniem 2001 r. i lipcem 2002 r. – z 58% w lipcu 2002 r. (czyli zaledwie sześć miesięcy po rozpoczęciu okresu trwania naruszenia) zmienił się na 56% pod koniec okresu trwania naruszenia w grudniu 2006 r. Skarżące nie mogą zatem utrzymywać, że ich udział w rynku w segmencie detalicznym ADSL wyraźnie zmalał.
- 397 W tym względzie, wbrew twierdzeniom skarżących, nie można zarzucić Komisji, że bardziej szczegółowo zbadała skutki nożyc cenowych w segmencie ADSL rynku detalicznego, bowiem segment ten stanowił między 72% a 78,7% łączy szerokopasmowych w Hiszpanii w latach 2002–2006 (motywy 39, 555 i tabela nr 1 w zaskarżonej decyzji). Ponadto nożyce cenowe odnosiły się do niego bezpośrednio, gdyż dotyczyły produktów hurtowych krajowego i regionalnego, które umożliwiały alternatywnym operatorom ADSL oferowanie ich produktów na rynku detalicznym.
- 398 Wreszcie, jak zostało wskazane w pkt 281 powyżej, Komisja wzięła pod uwagę istnienie operatorów kablowych. Uznała, że nożyce cenowe nie dotyczyły ich bezpośrednio, a ponadto że nie wywierali oni na rynku detalicznym wystarczającej presji konkurencyjnej na Telefónicę (motywy 559, 560 zaskarżonej decyzji).
- 399 Po drugie, skarżące podnoszą, że Komisja niczym nie poparła swojego twierdzenia, zgodnie z którym nożyce cenowe finansowo wyczerpały konkurentów Telefóniki (motywy 587–591 zaskarżonej decyzji). Jednak twierdzenie to miało jedynie służyć odparciu argumentu Telefóniki, zawartego w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, jakoby musiała ona stawić czoło intensywnej konkurencji ze strony znacznej liczby skutecznych konkurentów (motywy 585 zaskarżonej decyzji), co jej zdaniem przeczy temu, iż nożyce cenowe powodowały rzeczywiste skutki w postaci wykluczenia. Ponieważ jednak skarżące nie podważają zawartego w motywie 588 zaskarżonej decyzji twierdzenia, iż przez 2005 r. żaden operator ADSL nie osiągnął udziału w rynku przekraczającego 1%, ich argument nie może zostać uwzględniony. Ponadto, wbrew twierdzeniom skarżących i zgodnie z tym, co wskazała Komisja w motywie 590 zaskarżonej decyzji, Jaztel nie była zdolna osiągnąć udziału w rynku wyższego niż 1% w oparciu o produkty hurtowe krajowy i regionalny Telefóniki. Wreszcie, jeśli chodzi o argument skarżących, jakoby liczne nabycia operatorów alternatywnych przez innych operatorów, za znaczne kwoty, odzwierciedlały duże perspektywy wzrostu operatorów alternatywnych, to nie dowodzi

on, że zachowanie Telefóniki w okresie trwania naruszenia nie powodowało skutku w postaci wykluczenia. Co więcej, nabycie Ya.com przez France Telecom, na które w szczególności powołują się skarżące, miało miejsce w czerwcu 2007 r., a zatem nastąpiło po tym okresie.

400 Po trzecie, według skarżących Komisja zniekształciła dane, podobnie jak tempo wzrostu na rynku detalicznym, aby wykazać, iż skutkiem zachowania Telefóniki było ograniczenie konkurencji na rynku hurtowym (motywy 579–584 zaskarżonej decyzji). Zapytane na rozprawie o znaczenie i zakres ich argumentacji skarżące stwierdziły, że nie dotyczyła ona tempa wzrostu na rynku detalicznym. Komisja natomiast odniosła się ich zdaniem do tempa przybywania łączy hurtowych, bez uwzględnienia wykorzystania na użytek własny, które dokonywane jest przez licznych operatorów zintegrowanych pionowo. Argument ten, który nie został niczym poparty, nie może jednak zostać uwzględniony, ponieważ z przypisu 654, dotyczącego wykresu nr 18 w motywie 579 zaskarżonej decyzji, wynika, że „zyski netto są obliczane na podstawie ewolucji łączy (z uwzględnieniem zużycia własnego) na krajowym rynku hurtowym”. W rzeczywistości zatem Komisja uwzględniła zużycie własne.

401 Należy w każdym razie wskazać, że pomimo iż Telefónica poniosła pewne straty w zakresie udziału w rynku na poziomie krajowego produktu hurtowego (wykres nr 18 w zaskarżonej decyzji), to skarżące nie kwestionują twierdzeń Komisji, zgodnie z którymi wzrost Telefóniki na poziomie krajowego produktu brutto przebiegał między styczniem 2002 r. a październikiem 2004 r. w tempie sześciokrotnie szybszym od wzrostu wszystkich jej konkurentów w zakresie ADSL razem wziętych, dziesięciokrotnie szybszym od wzrostu ONO – jej głównego konkurenta w zakresie ADSL, i trzydziestokrotnie szybszym od wzrostu France Telecom – jej drugiego konkurenta w zakresie ADSL (motyw 580 zaskarżonej decyzji). Ponadto z zaskarżonej decyzji wynika, że od października 2004 r. wzrost Telefóniki, jeśli chodzi o krajowy produkt hurtowy, nadal przebiegał w tempie trzykrotnie szybszym od wzrostu wszystkich jej konkurentów w zakresie ADSL razem wziętych, siedmiokrotnie szybszym od wzrostu France Telecom – jej głównego konkurenta w zakresie ADSL, i dziesięciokrotnie szybszym od wzrostu Jazztel – jej drugiego konkurenta w zakresie ADSL. Ponadto Auna, będąca głównym konkurentem Telefóniki na krajowym rynku hurtowym, w tym ostatnim okresie odnotowała spadek sprzedaży (motyw 581 zaskarżonej decyzji). Wzrost Telefóniki na rynku łączy ADSL, jeśli chodzi o krajowy produkt hurtowy, i spadek sprzedaży Auna na krajowym rynku hurtowym należy uznać za wskazówkę świadczącą o rzeczywistych skutkach w postaci wykluczenia konkurentów Telefóniki.

402 W świetle powyższych uwag i bez konieczności wypowiedzania się w kwestii argumentów skarżących mających na celu zakwestionowanie porównania między usługami wąskopasmowymi i usługami szerokopasmowymi, które Komisja przeprowadziła w motywach 574–578 zaskarżonej decyzji, należy stwierdzić, że Komisja przedstawiła wystarczająco dużo konkretnych, wiarygodnych i wystarczających wskazówek, aby uznać, iż zachowanie Telefóniki spowodowało na rynku rzeczywiste skutki w postaci wykluczenia.

403 Po czwarte, skarżące kwestionują szkodę poniesioną jakoby przez abonentów. Podważają twierdzenie Komisji, jakoby zachowanie Telefóniki podniosło ceny detaliczne do poziomu jednego z najwyższych, a nawet najwyższego w Unii w okresie, gdy w jej skład wchodziło piętnaście państw członkowskich, czy wręcz podwyższyło je powyżej najwyższych cen detalicznych w tych państwach członkowskich.

404 W tym względzie należy zaznaczyć, że w motywach 592–602 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, co następuje:

— Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) w opracowaniu z dnia 18 czerwca 2004 r. stwierdziła, że średnia miesięczna opłata za szerokopasmowe połączenie z Internetem w Hiszpanii była jedną z najwyższych w Europie pod względem stosunku ceny do jakości, co zostało potwierdzone w badaniu przeprowadzonym przez Organización de Consumidores y Usuarios (OCU – hiszpańskie stowarzyszenie konsumentów) (motyw 594 zaskarżonej decyzji);



- analizy przeprowadzone przez CMT w latach 2004–2006 pokazują, że detaliczne ceny szerokopasmowego dostępu do Internetu w Hiszpanii były wysokie i wyraźnie wyższe od średniej europejskiej (motyw 595 zaskarżonej decyzji);
  - badanie z grudnia 2006 r. (zwane dalej „badaniem z 2006 r.”) zlecone przez irlandzki KOR – Commission for Communications Regulation (ComReg) – i przeprowadzone przez ośrodek Teligen wykazało, że ceny detaliczne Telefóniki były o 85% wyższe od średniej europejskiej (motywy 596–601 zaskarżonej decyzji);
  - Telefónica obliczyła na podstawie swoich własnych danych, że średnia cena detaliczna w Hiszpanii była o 20% wyższa od średniej ceny w Unii w okresie, gdy była ona złożona z piętnastu państw członkowskich (motyw 602 zaskarżonej decyzji).
- 405 Primo, w swojej skardze skarżące podniosły, że w zaskarżonej decyzji Komisja nie wykazała, iż ceny detaliczne w Hiszpanii należały do najwyższych w Europie. Jednak w związku z tym zakwestionowały one jedynie wyniki badania z 2006 r., wskazując, że porównywane oferty były niejednorodne, że badanie nie uwzględniało promocji ani cen najbardziej popularnych produktów i że wzięta pod uwagę próba dotyczyła jedynie sytuacji w piętnastu państwach w określonym momencie. Nie zakwestionowały one jednak innych badań przytoczonych przez Komisję, które potwierdzają wysoki poziom cen produktu detalicznego w Hiszpanii, wobec czego ich argument nie może zostać uwzględniony. W każdym razie, jak wskazała Komisja w motywie 602 zaskarżonej decyzji, sama Telefónica w swojej odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów przyznała, że proste porównanie cen detalicznych w państwach członkowskich prowadzi do wniosku, iż ceny detaliczne w Hiszpanii były najwyższe w Unii, gdy w jej skład wchodziło piętnaście państw członkowskich, „w latach 1999–2005”.
- 406 Secundo, w replice i na rozprawie skarżące podniosły, że żadne z badań przytoczonych przez Komisję nie dawało odpowiedzi na pytanie, czy konsumenci hiszpańscy ponosili wyższe ceny detaliczne szerokopasmowego dostępu do Internetu ze względu na antykonkurencyjny skutek nożyc cenowych.
- 407 Tymczasem w pkt 390 powyżej zostało przypomniane, że Komisja powinna przedstawić konkretne, wiarygodne i wystarczające wskazówki pozwalające ocenić, jaki rzeczywisty wpływ na konkurencję na rynku uznanym za właściwy mogło mieć dane naruszenie. Należy zaś stwierdzić, że Komisja miała podstawy, aby uznać, iż wysoki poziom cen detalicznych w Hiszpanii stanowił taką wskazówkę rzeczywistego wpływu zachowania Telefóniki na rynek hiszpański.
- 408 Po piąte, skarżące utrzymują, że twierdzenie Komisji zawarte w motywie 603 zaskarżonej decyzji, w myśl którego stopień penetracji dostępu szerokopasmowego w Hiszpanii sytuuje się poniżej średniej europejskiej, jest nieprawdziwe. W tym względzie podnoszą one, że Hiszpania sytuuje się „lekką” poniżej średniej europejskiej, że zmiany te były już przedmiotem prognoz w 2001 r. z powodu opóźnionego rozwoju szerokopasmowego dostępu do Internetu w Hiszpanii oraz że twierdzenie to można wyjaśnić czynnikami socjodemograficznymi.
- 409 Choć więc skarżące podnoszą wprawdzie pewne argumenty mogące wyjaśnić fakt, że stopień penetracji sytuuje się poniżej średniej europejskiej, jednak nie kwestionują one, iż jest on od tej średniej rzeczywiście niższy. Należy jednak stwierdzić, że Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, uznając, iż niższy niż w innych państwach członkowskich stopień penetracji dostępu szerokopasmowego w Hiszpanii również stanowił wskazówkę rzeczywistego wpływu zachowania Telefóniki na rynek hiszpański.
- 410 W świetle powyższych uwag zastrzeżenie drugie skarżących, przedstawione w pkt 388 powyżej, również nie zasługuje na uwzględnienie.

- 411 W trzeciej kolejności skarżące twierdzą, że kwota wyjściowa grzywny jest nadmierna ze względu na zasięg rynku geograficznego uznanego za właściwy.
- 412 Po pierwsze, należy oddalić argumenty dotyczące praktyki decyzyjnej Komisji, zgodnie z którymi w decyzjach wydanych w dziedzinie nadużycia pozycji dominującej w sektorze telekomunikacyjnym Komisja zawsze uznawała, że naruszenia były „poważne”, jeśli rynki właściwe posiadały cech porównywalne do hiszpańskiego rynku dostępu szerokopasmowego do Internetu. Jak zostało wskazane w pkt 386 powyżej, praktyka decyzyjna Komisji nie stanowi bowiem ram prawnych dla grzywien w dziedzinie konkurencji.
- 413 Po drugie, należy oddalić argument skarżących, jakoby naruszenie powinno było zostać zakwalifikowane jako „poważne” ze względu na to, iż „rynek właściwy jest ograniczony (co najwyżej) do terytorium jednego państwa członkowskiego. Jak bowiem słusznie wskazała Komisja w motywie 755 zaskarżonej decyzji – oprócz tego, że choć przypadki występowania nożyc cenowych siłą rzeczy są ograniczone do jednego państwa członkowskiego, uniemożliwiają one jednak podmiotom gospodarczym z innych państw członkowskich wejście na dynamicznie rozwijający się rynek – hiszpański rynek szerokopasmowy był piątym co do wielkości rynkiem szerokopasmowym w Unii. Ponadto, jak wskazała Komisja w motywie 742 zaskarżonej decyzji, nadużycie popełnione przez Telefónicę stanowi istotne nadużycie ze strony przedsiębiorstwa posiadającego prawie całkowity monopol. Ponadto, jak wynika z pkt 388–410 zaskarżonej decyzji, Komisja miała podstawy, aby uznać, że zachowanie Telefóniki miało istotny wpływ na rynek detaliczny. Wreszcie, z orzecznictwa wynika, że zasięg rynku geograficznego stanowi, zgodnie z wytycznymi z 1998 r., jedno z trzech istotnych kryteriów przy dokonywaniu ogólnej oceny wagi naruszenia. Wśród tych niezależnych kryteriów największe znaczenie ma charakter naruszenia. Natomiast zasięg rynku geograficznego nie jest kryterium niezależnym w tym znaczeniu, że tylko naruszenia dotyczące kilku państw członkowskich mogłyby być uznane za „bardzo poważne”. Ani traktat WE, ani rozporządzenie nr 17 czy rozporządzenie nr 1/2003, ani też wytyczne z 1998 r. i orzecznictwo nie pozwalają uznać, że tylko ograniczenia na bardzo szerokim rynku geograficznym mogą zostać uznane za „bardzo poważne” (zob. podobnie ww. w pkt 319 wyrok w sprawach połączonych Raiffeisen Zentralbank Österreich i in. przeciwko Komisji, pkt 311 i przytoczone tam orzecznictwo). W świetle tych elementów Komisja w niniejszym przypadku słusznie uznała naruszenie za „bardzo poważne”, pomimo że zasięg właściwego rynku geograficznego jest ograniczony do terytorium hiszpańskiego.
- 414 Zastrzeżenie trzecie skarżących, przedstawione w pkt 411 powyżej, należy zatem oddalić.
- 415 W czwartej kolejności skarżące podnoszą, że Komisja uchybiła obowiązkowi uzasadnienia i naruszyła prawo, nie uwzględniając zmiennego stopnia wagi naruszenia w okresie trwania naruszenia.
- 416 Po pierwsze, co się tyczy naruszenia obowiązku uzasadnienia, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że przy określaniu kwoty grzywny z tytułu naruszenia zasad konkurencji istotny wymóg formalny, jakim jest obowiązek uzasadnienia, jest spełniony wówczas, gdy Komisja w swej decyzji wskaże elementy oceny, które umożliwiły jej zmierzenie wagi i czasu trwania naruszenia (wyrok Trybunału z dnia 16 listopada 2000 r. w sprawie C-291/98 P Sarrió przeciwko Komisji, Rec. s. I-9991, pkt 73; ww. w pkt 150 wyrok w sprawach połączonych Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji, pkt 1521). Wymóg ten nie zobowiązuje Komisji do wskazania w jej decyzji danych liczbowych dotyczących sposobu obliczenia grzywien (zob. ww. w pkt 58 wyrok w sprawie Microsoft przeciwko Komisji, pkt 1361 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 417 W niniejszym przypadku w motywie 750 zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że „naruszenie należy uznać za bardzo poważne”. Ponadto w motywie 756 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, primo, że „naruszenie powinno przede wszystkim zostać uznane za bardzo poważne, pomimo tego, iż nie miało jednolitej wagi przez cały rozpatrywany okres”, i secundo, że „kwota początkowa grzywny uwzględnia okoliczność, iż waga naruszenia popełnionego przez Telefónicę stała się w każdym razie bardziej oczywista, w szczególności po wydaniu decyzji w sprawie Deutsche Telekom”.

418 W tym względzie należy oddalić argument skarżących dotyczący rzekomej wewnętrznej sprzeczności uzasadnienia, która miałyby wynikać z faktu, iż Komisja uznała, że naruszenie było „bardzo poważne”, pomimo iż mogło ono być mniej poważne przed październikiem 2003 r., kiedy to została opublikowana decyzja w sprawie Deutsche Telekom. Jak wynika z motywów 738–758 zaskarżonej decyzji, Komisja uznała, że naruszenie było „bardzo poważne” przez cały okres, którego dotyczyło, mimo iż w tym okresie jego waga nie była jednolita. Ponadto w świetle orzecznictwa przytoczonego w pkt 416 powyżej należy również oddalić argument oparty na całkowitym braku uzasadnienia dotyczącego „szczególnego sposobu obliczenia »kwoty podstawowej«”.

419 Po drugie, należy oddalić argument skarżących, jakoby Komisja nie wyciągnęła konsekwencji ze stwierdzeń przypomnianych w pkt 417 powyżej, w odniesieniu do zakwalifikowania naruszenia lub do ustalenia kwoty wyjściowej grzywny, ponieważ zdaniem skarżących powinna była ona zakwalifikować naruszenie jako „poważne” i ustalić kwotę wyjściową grzywny na znacznie niższym poziomie. Argument ten bowiem oparty jest na błędnej przesłance, ponieważ, primo, jak wynika z wcześniejszych uwag (zob. pkt 371–414 powyżej), Komisja słusznie stwierdziła, że naruszenie należy uznać za „bardzo poważne” w całym okresie, którego dotyczyło, i secundo, z motywów 750–760 zaskarżonej decyzji wyraźnie wynika, że pomimo zakwalifikowania naruszenia jako „bardzo poważne” w całym wspomnianym okresie przy ustalaniu kwoty wyjściowej grzywny Komisja w rzeczywistości wzięła pod uwagę jego zmienne natężenie (zob. pkt 27, 417 powyżej).

420 Zastrzeżenie czwarte skarżących, przedstawione w pkt 388 powyżej, nie może zatem zostać uwzględnione.

421 Z powyższych wyjaśnień wynika, że część pierwszą zarzutu drugiego należy w całości oddalić.

W przedmiocie części drugiej zarzutu drugiego, opartej na naruszeniu zasad proporcjonalności, równego traktowania i indywidualizacji kar oraz obowiązku uzasadnienia w odniesieniu do ustalenia kwoty wyjściowej grzywny

422 W ramach analizowanego zarzutu skarżące podnoszą naruszenie przez Komisję zasad proporcjonalności, równego traktowania i indywidualizacji kar oraz obowiązku uzasadnienia w odniesieniu do ustalenia kwoty wyjściowej grzywny.

423 W pierwszej kolejności należy zbadać zastrzeżenie skarżących dotyczące naruszenia zasad proporcjonalności, równego traktowania i indywidualizacji kar.

424 Po pierwsze, należy przypomnieć, że zasada równego traktowania stoi na przeszkodzie w szczególności temu, by porównywalne sytuacje były traktowane w różny sposób, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 10 stycznia 2006 r. w sprawie C-344/04 IATA i ELFAA, Zb. Orz. s. I-403, pkt 95; z dnia 17 czerwca 2010 r. w sprawie C-413/08 P Lafarge przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-5361, pkt 40; wyrok Sądu z dnia 1 lipca 2008 r. w sprawie T-276/04 Compagnie maritime belge przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-1277, pkt 92 i przytoczone tam orzecznictwo).

425 W niniejszej sprawie, w celu wskazania, że naruszona została zasada równego traktowania, skarżące podkreślają różnice w ustaleniu kwoty wyjściowej grzywny pomiędzy z jednej strony zaskarżoną decyzją a z drugiej strony wszystkimi wcześniejszymi decyzjami Komisji. Jednak, jak zostało przypomniane w pkt 386 powyżej, praktyka decyzyjna Komisji nie stanowi ram prawnych dla grzywien w dziedzinie konkurencji.

426 Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem fakt, że Komisja stosowała w przeszłości grzywny w określonej wysokości w przypadku określonych rodzajów naruszeń, nie może pozbawić jej możliwości podwyższenia tej wysokości w granicach określonych w rozporządzeniu nr 17

i w rozporządzeniu nr 1/2003, jeżeli jest to konieczne w celu zapewnienia realizacji polityki Unii w dziedzinie konkurencji (zob. ww. w pkt 59 wyrok w sprawach połączonych Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, pkt 169 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 427 Przeciwnie, skuteczne stosowanie zasad konkurencji Unii wymaga, by Komisja mogła w dowolnym momencie dostosować poziom grzywien do potrzeb tej polityki. Takie postępowanie nie nosi znamion naruszenia przez Komisję zasady równego traktowania w stosunku do wcześniej stosowanej praktyki (zob. ww. w pkt 67 wyrok w sprawie Groupe Danone przeciwko Komisji, pkt 154 i przytoczone tam orzecznictwo). Nie można zatem w niniejszym przypadku stwierdzić naruszenia zasady równego traktowania.
- 428 Po drugie, należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada proporcjonalności, jako jedna z zasad ogólnych prawa Unii, wymaga, aby działania instytucji nie wykraczały poza to, co odpowiednie i konieczne do realizacji uzasadnionych celów, którym mają służyć, przy czym tam, gdzie istnieje możliwość wyboru spośród większej liczby odpowiednich rozwiązań, należy stosować te najmniej dotkliwe, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów (zob. wyrok Trybunału z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-189/01 Jippes i in., Rec. s. I-5689, pkt 81 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 429 W odniesieniu do obliczania grzywien zasada proporcjonalności oznacza, że Komisja powinna ustalić grzywnę proporcjonalnie do czynników uwzględnionych w ocenie wagi naruszenia i w tym celu musi ocenić te czynniki w sposób spójny i obiektywnie uzasadniony (zob. wyrok Sądu z dnia 27 września 2006 r. w sprawie T-43/02 Jungbunzlauer przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-3435, pkt 228 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 430 W tym względzie należy przede wszystkim wskazać, że w ramach rozporządzenia nr 1/2003 Komisja dysponuje swobodą uznania w zakresie ustalania wysokości grzywien celem doprowadzenia do tego, ażeby zachowania przedsiębiorstw były zgodne z zasadami konkurencji (zob. ww. w pkt 67 wyrok w sprawie Groupe Danone przeciwko Komisji, pkt 134 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 431 Należy również przypomnieć, że metoda przedstawiona w pkt 1A wytycznych z 1998 r. opiera się na zasadzie ryczałtu, zgodnie z którą kwota wyjściowa grzywny, określona na podstawie wagi naruszenia, jest obliczana z uwzględnieniem charakteru naruszenia, jego rzeczywistego wpływu na rynek, tam gdzie może to być zmierzone, oraz zasięgu właściwego rynku geograficznego (wyrok Sądu z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie T-116/04 Wieland-Werke przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-1087, pkt 62).
- 432 W niniejszym przypadku, jak wynika z pkt 371–421 powyżej, Komisja miała podstawy, aby uznać naruszenie za „bardzo poważne”. Wobec faktu, że, primo, nadużycie popełnione przez Telefónicę należy uznać za istotne nadużycie, dla którego istnieją precedensy i które zagraża celowi, jakim jest utworzenie rynku wewnętrznego dla sieci i usług telekomunikacyjnych, i secundo, nadużycie to miało istotny wpływ na hiszpański rynek detaliczny (motywy 738–757 zaskarżonej decyzji), nie można uznać, iż kwota wyjściowa grzywny w wysokości 90 mln EUR jest nieproporcjonalna.
- 433 Po trzecie, skarżące nie mogą utrzymywać, że naruszona została zasada indywidualizacji kar. Aby ocenić wagę naruszenia w celu określenia kwoty grzywny, Komisja powinna bowiem dopilnować, by jej działanie miało charakter odstrasżający, przede wszystkim w przypadku naruszeń szczególnie niekorzystnych dla realizacji celów Unii (zob. ww. w pkt 67 wyrok w sprawie Groupe Danone przeciwko Komisji, pkt 169 i przytoczone tam orzecznictwo). Skutek odstrasżający musi mieć zarazem charakter szczególny i ogólny. Zwalczając indywidualne naruszenie, grzywna wpisuje się również w zakres ogólnej polityki przestrzegania przez przedsiębiorstwa reguł konkurencji (zob. podobnie ww. w pkt 313 wyrok w sprawach połączonych Musique Diffusion française i in. przeciwko Komisji, pkt 106). Jednak choć grzywna może wprawdzie mieć ogólny skutek odstrasżający wobec innych przedsiębiorstw, które mogłyby usiłować naruszyć zasady konkurencji, z zaskarżonej decyzji wynika, że w niniejszym przypadku została ona obliczona z uwzględnieniem konkretnej sytuacji Telefóniki,



a mianowicie wagi zarzucanego naruszenia przy uwzględnieniu jego charakteru, jego skutków na rynku i zasięgu właściwego rynku geograficznego, czasu trwania naruszenia i wystąpienia okoliczności łagodzących. Wobec tego skarżące nie mogą utrzymywać, że ogólny skutek odstrasżający grzywny był „pierwszym i jedynym celem grzywny”.

- 434 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o zastrzeżenie dotyczące naruszenia obowiązku uzasadnienia, należy przypomnieć, że – jak zostało wskazane w pkt 416 powyżej – istotny wymóg formalny, jakim jest obowiązek uzasadnienia, jest spełniony wówczas, gdy Komisja w swej decyzji wskaże elementy oceny, które umożliwiły jej zmierzenie wagi i czasu trwania naruszenia, co nie zobowiązuje Komisji do wskazania w jej decyzji danych liczbowych dotyczących sposobu obliczenia grzywien. Elementy te są zaś zawarte w motywach 713–767 zaskarżonej decyzji. Co więcej, w pkt 431 powyżej została przypomniana zasada ryczaftu, która jest nieodłącznie związana z obliczaniem kwoty wyjściowej grzywny. Argument skarżących, jakoby Komisja powinna była bardziej szczegółowo wyjaśnić w zaskarżonej decyzji, w jaki sposób ustaliła kwotę wyjściową grzywny jako 90 mln EUR, należy zatem oddalić.
- 435 Ponadto, jak zostało przypomniane w pkt 386 powyżej, ze względu na to, że praktyka decyzyjna Komisji nie stanowi ram prawnych dla grzywien w dziedzinie konkurencji, skarżące nie mogą zarzucić Komisji, że w zaskarżonej decyzji nie wskazała ona powodów, dla których kwota wyjściowa grzywny nałożonej na Telefónicę jest znacząco wyższa od kwoty wyjściowej grzywny nałożonej w decyzji w sprawie Wanadoo Interactive, ani też że nie wyjaśniła, dlaczego w niniejszym przypadku uzasadnione było nałożenie na Telefónicę grzywny, której kwota była wyższa od kwoty ustalonej w decyzji w sprawie Deutsche Telekom (zob. podobnie ww. w pkt 268 wyrok w sprawie Michelin przeciwko Komisji, pkt 255).
- 436 W świetle powyższych uwag zastrzeżenie dotyczące naruszenia obowiązku uzasadnienia należy oddalić, podobnie jak całą część drugą zarzutu drugiego.

W przedmiocie części trzeciej zarzutu drugiego, dotyczącej błędów w ustaleniach faktycznych, naruszenia prawa oraz braku uzasadnienia przy podwyższeniu kwoty wyjściowej grzywny w celu zapewnienia skutku odstrasżającego

- 437 W tej części zarzutu skarżące podnoszą, że Komisja popełniła błędy w ustaleniach faktycznych i naruszyła prawo przy zwiększeniu kwoty wyjściowej grzywny w celu odstraszenia.
- 438 Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z pkt 1A akapit czwarty wytycznych z 1998 r. przy określaniu kwoty wyjściowej grzywny „trzeba będzie [należy] wziąć [...] pod uwagę rzeczywiste ekonomiczne możliwości przestępcy [przedsiębiorstwa biorącego udział w naruszeniu] spowodowania znaczących szkód innym podmiotom działającym na rynku, w szczególności konsumentom, i w zależności od tego ustalić grzywnę na takim poziomie, który zapewni odpowiednio odstrasżający efekt [wystarczająco odstrasżający charakter]”. Ponadto zgodnie z pkt 1A akapit piąty Komisja może uwzględnić fakt, że „duże przedsiębiorstwa posiadają zazwyczaj wiedzę prawną i gospodarczą oraz infrastrukturę, która umożliwia im łatwiejsze zdanie sobie sprawy, że ich działanie stanowi naruszenie, i mogą być świadom[e] konsekwencji wynikających z prawa konkurencji”.
- 439 Po pierwsze, jeśli chodzi o argument skarżących dotyczący braku uzasadnienia zwiększenia kwoty wyjściowej w celu odstraszenia, należy wskazać, że w motywie 758 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, iż „ze względu na znaczącą siłę gospodarczą Telefóniki w celu zapewnienia wystarczającego skutku odstrasżającego grzywny kwota początkowa powinna zostać podwyższona przy zastosowaniu mnożnika 1,25”. W przypisie nr 791 w zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła, że Telefónica była największym historycznym operatorem telekomunikacyjnym w Europie pod względem wartości giełdowej i że zasoby i zyski Telefóniki były znaczące. Wskazała też, że zgodnie z jej oświadczeniem przedstawionym United States Securities and Exchange Commission (Komisji Papierów Wartościowych

i Giełd Stanów Zjednoczonych) za rok obrachunkowy 2006 Telefónica w dniu 31 grudnia 2006 r. posiadała rezerwy gotówki i krótkoterminowych inwestycji finansowych w wysokości 5472 mln EUR, a jej zyski w roku obrachunkowym 2006 wyniosły 6579 mln EUR przy przychodach w wysokości 52 901 mln EUR. Wynika z tego, że zwiększenie kwoty grzywny w celu odstraszenia jest uzasadnione w sposób wystarczający.

440 Po drugie, należy oddalić argumenty, zgodnie z którymi, primo, Komisja powinna była zbadać, czy kwota wyjściowa grzywny w wysokości 90 mln EUR była sama w sobie wystarczająco odstrasząca, nawet bez jej zwiększenia, oraz, secundo, konieczność zwiększenia grzywny w celu odstraszenia powinna być określona po obliczeniu jej kwoty ostatecznej. W tym względzie należy wskazać, że skarżące nie podważają zgodności z prawem wytycznych z 1998 r., na mocy których uwzględnienie skutku odstraszącego grzywny stanowi jeden z czynników, które należy wziąć pod uwagę przy określaniu kwoty wyjściowej grzywny. Należy zaś stwierdzić, że Komisja mogła słusznie uznać, iż znacząca siła gospodarcza Telefóniki, będącej w momencie wydania zaskarżonej decyzji największym historycznym operatorem telekomunikacyjnym pod względem wartości giełdowej (motyw 758 i przypis 791 w zaskarżonej decyzji), uzasadniała zastosowanie mnożnika odstraszącego, tym bardziej że skarżące nie zaprzeczają, iż kwota wyjściowa grzywny stanowi w niniejszym przypadku zaledwie 0,17% obrotów Telefóniki.

441 Po trzecie, skarżące opierają się na praktyce decyzyjnej Komisji, aby wykazać, że zwiększając kwotę wyjściową grzywny w celu odstraszenia, Komisja naruszyła zasadę proporcjonalności i zasadę równego traktowania. I tak, możliwości finansowe Telefóniki nie uzasadniają według skarżących traktowania jej inaczej niż przedsiębiorstw Wanadoo Interactive i Deutsche Telekom, wobec których Komisja nie zastosowała zwiększenia kwoty grzywny w celu odstraszenia. Argument ten należy jednak oddalić, ponieważ – jak zostało wskazane w pkt 386 powyżej – praktyka decyzyjna Komisji nie może stanowić ram prawnych dla grzywien w dziedzinie konkurencji. Samo stwierdzenie, że w przypadku niniejszej sprawy Komisja zwiększyła w celu odstraszenia kwotę grzywny nałożonej na Telefónicę, podczas gdy żadne zwiększenie z tego tytułu nie zostało zastosowane w decyzjach w sprawach Wanadoo Interactive i Deutsche Telekom, nie daje podstawy, aby uznać, że nastąpiło naruszenie zasady równego traktowania i zasady proporcjonalności. Zastrzeżenie skarżących należy zatem oddalić.

442 Po czwarte, jeśli chodzi o argument dotyczący naruszenia zasady indywidualizacji kar, wystarczy odesłanie do wyjaśnień zawartych w pkt 433 powyżej.

443 Z całości powyższych rozważań wynika, że argumenty skarżących, w myśl których Komisja popełniła szereg błędów, zwiększając tytułem skutku odstraszącego kwotę wyjściową grzywny nałożonej na Telefónicę, są bezzasadne, w związku z czym należy oddalić trzecią część zarzutu drugiego.

W przedmiocie części czwartej zarzutu drugiego, opartej na błędach w ustaleniach faktycznych i naruszeniu prawa popełnionych przy zakwalifikowaniu naruszenia jako „długotrwałego”

444 W ramach analizowanej części zarzutu skarżące podnoszą, że Komisja naruszyła prawo i popełniła oczywiste błędy w ocenie okoliczności faktycznych, określając moment rozpoczęcia i datę zakończenia naruszenia.

445 Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 23 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003 czas trwania naruszenia stanowi jeden z elementów, które należy uwzględnić przy określaniu wysokości grzywny nałożonej na przedsiębiorstwa, które dopuściły się naruszeń reguł konkurencji.

446 Jeśli chodzi o czynnik dotyczący czasu trwania naruszenia, wytyczne z 1998 r. wprowadzają rozróżnienie między naruszeniami krótkotrwałymi (ogólnie mniej niż rok), dla których kwota wyjściowa grzywny przyjęta na podstawie wagi naruszenia nie podlega zwiększeniu, naruszeniami o średnim okresie trwania (ogólnie od roku do pięciu lat), dla których wskazana kwota może zostać

zwiększona o 50%, oraz naruszeniami długotrwałymi (ogólnie ponad pięć lat), dla których stosowana kwota może zostać zwiększona o 10% za każdy rok (pkt 1B akapit pierwszy tiret od pierwszego do trzeciego wytycznych z 1998 r.).

- 447 W pierwszej kolejności skarżące kwestionują ustalenie, w motywie 759 zaskarżonej decyzji, daty rozpoczęcia naruszenia.
- 448 Po pierwsze, z powodów przedstawionych w pkt 356–369 powyżej, należy oddalić argument skarżących, jakoby Telefónica nie była w stanie przewidzieć przed październikiem 2003 r. iż jej zachowanie mogło stanowić naruszenie art. 82 WE.
- 449 Po drugie, należy przypomnieć, że przedstawione przez skarżące argumenty dotyczące nieuwzględnienia przy określeniu kwoty wyjściowej grzywny zmiennego natężenia naruszenia zostały oddalone w pkt 419 powyżej.
- 450 Po trzecie, argumenty skarżących, zgodnie z którymi zmiany wagi naruszenia miałyby uzasadniać dodatkowe zmniejszenie kwoty grzywny ze względu na czas trwania tego naruszenia, prowadzą do pomieszania kryteriów wagi i czasu trwania naruszenia przewidzianych w art. 23 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003 oraz w wytycznych z 1998 r. Poprzez swoją argumentację skarżące w istocie podważają zwiększenie kwoty wyjściowej grzywny o 10% za każdy rok, powołując się na okoliczności związane z oceną wagi naruszenia, które zresztą nie zostały dowiedzione (zob. pkt 419 powyżej). Ze względu na to, że zwiększenie z tytułu czasu trwania naruszenia jest dokonywane poprzez podwyższenie o określoną wartość procentową kwoty wyjściowej grzywny, która jest ustalana w oparciu o wagę całości naruszenia i odzwierciedla już zmienne natężenie naruszenia, nie należy uwzględniać zmian natężenia naruszenia w rozpatrywanym okresie w ramach zwiększenia kwoty grzywny z uwagi na czas jego trwania (wyrok Sądu z dnia 28 kwietnia 2010 r. w sprawach połączonych T-456/05 i T-457/05 Gütermann i Zwicky przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-1443, pkt 159). Z tych samych względów należy oddalić również argument skarżących dotyczący faktu, iż od dnia 26 lipca 2001 r. do dnia 21 grudnia 2006 r. CMT sprawowała kontrolę nad marżami Telefóniki, oraz argument oparty na rozwojowym charakterze rynku hiszpańskiego i na znacznych nakładach inwestycyjnych Telefóniki na tym rynku.
- 451 W drugiej kolejności, w odniesieniu do określenia daty zaprzestania naruszenia, należy wskazać, że jedyny argument skarżących dotyczy faktu, iż w celu ustalenia nożyc cenowych Komisja oparła się na danych obejmujących okres od roku 2001 do czerwca 2006 r. Skarżące nie kwestionują jednak zawartego w motywie 124 zaskarżonej decyzji twierdzenia Komisji, zgodnie z którym nie miało to wpływu na poziom cen produktów hurtowych krajowego i regionalnego w okresie między wydaniem decyzji CMT w dniu 1 czerwca 2006 r., kiedy to CMT zmieniła regulację cen dotyczącą produktów hurtowych krajowego i regionalnego, zobowiązując Telefónicę do oparcia ich na kosztach (motyw 123 zaskarżonej decyzji), i dniem 21 grudnia 2006 r., kiedy to CMT przyjęła środki tymczasowe przewidujące istotne obniżki cen tych produktów, przy czym ceny regionalnego produktu hurtowego uległy zmniejszeniu w stosunku od 22% do 54%, a ceny krajowego produktu hurtowego (ADSL-IP) uległy zmniejszeniu w stosunku od 24% do 61%. Ponadto skarżące nie podważają twierdzenia zawartego w motywie 62 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym w dniu wydania zaskarżonej decyzji stosowane przez TESAU ceny detaliczne nie były zmienione od września 2001 r. Nie powołują się też one na żadną zmianę kosztów, które zostały uwzględnione przez Komisję w niniejszym przypadku. Należy zatem uznać, że naruszenie zakończyło się w dniu 21 grudnia 2006 r. (zob. również motyw 747 zaskarżonej decyzji).
- 452 W tych okolicznościach, ponieważ należy stwierdzić, że skarżące nie mają podstaw, aby powoływać się na czas trwania naruszenia w celu żądania obniżenia o co najmniej 20% kwoty grzywny nałożonej na Telefónicę, należy oddalić część czwartą zarzutu drugiego.

W przedmiocie części piątej zarzutu drugiego, dotyczącej błędów w ustaleniach faktycznych i naruszenia prawa popełnionych przy uwzględnieniu okoliczności łagodzących

- 453 Na wstępie należy przypomnieć, że z wytycznych z 1998 r. wynika, iż podstawowa kwota grzywny może być zmniejszona, jeżeli naruszenie zostało popełnione z powodu niedbalstwa, a nie w sposób umyślny (pkt 3 akapit pierwszy tiret piąte).
- 454 Należy również wskazać, że zgodnie z orzecznictwem to, czy wysokość ewentualnego obniżenia grzywny ze względu na okoliczności łagodzące jest odpowiednia, należy rozpatrywać z całościowego punktu widzenia, przy uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności (wyrok Sądu z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie T-44/00 Mannesmannröhren-Werke przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-2223, pkt 274).
- 455 Jednak przyjęcie wytycznych z 1998 r. nie pozbawiło doniosłości orzecznictwa, zgodnie z którym Komisja dysponuje zakresem uznania pozwalającym jej na uwzględnienie lub pominięcie niektórych okoliczności podczas ustalania wysokości grzywien, które zamierza nałożyć, w zależności od okoliczności sprawy. Zatem wobec braku w tych wytycznych wskazówki o imperatywnym charakterze w odniesieniu do okoliczności łagodzących, które mogą zostać uwzględnione, Komisja zachowała pewną swobodę przy dokonywaniu całościowej oceny wysokości ewentualnej obniżki grzywien z tytułu okoliczności łagodzących (zob. ww. w pkt 319 wyrok w sprawach połączonych Raiffeisen Zentralbank Österreich i in. przeciwko Komisji, pkt 473).
- 456 W niniejszym przypadku w motywie 765 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, w odniesieniu do interwencji regulacyjnej CMT dotyczącej cen regionalnego produktu hurtowego, że Telefónica działała w sposób niedbały, zważywszy, że – nawet przy korzystnym dla niej założeniu, iż mogła początkowo wierzyć, że model przyjęty przez CMT opierał się na realistycznych oszacowaniach – musiała, lub powinna była, szybko zdać sobie sprawę, iż rzeczywiste koszty nie odpowiadały szacunkom wykorzystanym przez CMT w analizie ex ante (zob. także motywy 727–730 zaskarżonej decyzji). Z tego względu Komisja przyznała Telefónice obniżenie o 10% z tytułu okoliczności łagodzących (motyw 766 zaskarżonej decyzji).
- 457 W pierwszej kolejności skarżące podnoszą, że Komisja nie uwzględniła w wystarczającym stopniu okoliczności, iż naruszenie mogło zostać częściowo popełnione wskutek niedbalstwa.
- 458 Po pierwsze, należy w tym względzie oddalić argument skarżących, jakoby Komisja, stwierdzając, że niedbalstwo Telefóniki dotyczyło wyłącznie regionalnego produktu hurtowego, popełniła błąd w ocenie. Jak wynika bowiem z pkt 110–143 powyżej, Komisja słusznie uznała, że produkty hurtowe krajowy i regionalny nie wchodziły w zakres tego samego rynku. Ponadto, jako że ceny krajowego produktu hurtowego nigdy w okresie trwania naruszenia nie były regulowane, Komisja miała podstawy, aby uznać, iż okoliczność łagodząca związana z niedbalstwem Telefóniki dotyczyła wyłącznie regionalnego produktu hurtowego. Fakt, iż istniały uregulowania sektorowe, które umożliwiły CMT podjęcie działań w odniesieniu do krajowego produktu hurtowego Telefóniki, jest pozbawiony znaczenia, ponieważ – jak wynika z orzecznictwa – choć w pewnych okolicznościach nie jest wykluczone, że prawo krajowe lub zachowanie organów krajowych mogą stanowić okoliczności łagodzące, to przyzwolenie na naruszenie lub tolerowanie go przez organy krajowe nie powinny być brane pod uwagę, gdy dane przedsiębiorstwa dysponują niezbędnymi środkami, aby zdobyć precyzyjne i prawidłowe informacje prawne (wyrok Trybunału z dnia 24 września 2009 r. w sprawach połączonych C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P i C-137/07 P Erste Group Bank i in. przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-8681, pkt 228, 230).
- 459 Po drugie, z powodów przedstawionych w pkt 343–352 powyżej należy oddalić argument skarżących, w myśl którego ze względu na uzasadnione zaufanie skarżących do działań CMT i na złożoność sprawy niesłuszne było stwierdzenie przez Komisję, że niedbalstwo Telefóniki było wyjątkowo poważne.
- 460 Po trzecie, choć skarżące podnoszą, że obniżenie o 10% ze względu na okoliczności łagodzące, które w decyzji w sprawie Deutsche Telekom zostało przyznane przedsiębiorstwu, którego sprawa ta dotyczyła, jest w niniejszym przypadku niewystarczające ze względu na, primo, ustaloną wobec Telefóniki wyższą



kwotę podstawową i, secundo, odmienne uregulowania sektorowe w Hiszpanii, argument ten nie może zostać uwzględniony. Przede wszystkim, jak zostało wskazane w pkt 386 powyżej, praktyka decyzyjna Komisji nie stanowi ram prawnych dla grzywien w dziedzinie konkurencji. Następnie, sąd unijny podkreślił już, że sam fakt, iż w ramach wcześniejszej praktyki decyzyjnej Komisja przyznawała obniżenie na pewnym poziomie za określone zachowanie, nie oznacza, że jest ona zobowiązana przyznać proporcjonalnie takie samo obniżenie, gdy ocenia podobne zachowanie w ramach późniejszego postępowania administracyjnego (ww. w pkt 59 wyrok w sprawach połączonych Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, pkt 192). Należy zatem stwierdzić że w niniejszym przypadku sam fakt, iż w decyzji w sprawie Deutsche Telekom Komisja przyznała obniżenie na pewnym poziomie ze względu na określoną okoliczność, nie oznacza, że jest ona zobowiązana przyznać takie samo obniżenie, lub nawet obniżenie proporcjonalnie większe, przy ocenie okoliczności łagodzących w ramach niniejszej sprawy. Wobec tego argumenty skarżących, oparte na poziomie obniżenia przyznanego w decyzji w sprawie Deutsche Telekom, mające wykazać, że Telefónica powinna była móc skorzystać z większego obniżenia ze względu na okoliczności łagodzące, są pozbawione znaczenia. Wreszcie, należy w każdym razie przypomnieć, że podstawowa kwota grzywiny jest ustalana, zgodnie z wytycznymi z 1998 r., na podstawie wagi i czasu trwania naruszenia. Komisja nie może zatem być zobowiązana do uwzględnienia tego ostatniego w ramach określenia poziomu obniżenia kwoty grzywiny przyznanego przedsiębiorstwu ze względu na okoliczność łagodzącą.

461 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o rzekomo nowy charakter niniejszej sprawy, wystarczy odesłanie do pkt 356–368 powyżej.

462 Z przedstawionych powyżej rozważań wynika, że należy oddalić część piątą zarzutu drugiego, jak również cały ten zarzut.

463 Z powyższego wynika, że należy oddalić żądania podniesione tytułem ewentualnym oraz całą skargę.

### **W przedmiocie kosztów**

464 Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu postępowania kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę.

465 Ponieważ skarżące przegrały sprawę, należy obciążyć je ich własnymi kosztami oraz kosztami poniesionymi przez Komisję, przez France Telecom, przez Ausbanc i przez ECTA, zgodnie z żądaniami tych ostatnich.

Z powyższych względów

SĄD (ósma izba)

orzeka, co następuje:

- 1) **Skarga zostaje oddalona.**
- 2) **Telefónica, SA i Telefónica de España, SA ponoszą własne koszty oraz zostają obciążone kosztami poniesionymi przez Komisję Europejską, przez France Telecom España, SA, przez Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) i przez European Competitive Telecommunications Association, zgodnie z żądaniami tych ostatnich.**

Truchot

Martins Ribeiro

Kanninen

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 29 marca 2012 r.

Podpisy

Spis treści

Prezentacja skarżących .....	2
Postępowanie administracyjne .....	2
Zaskarżona decyzja .....	3
Przebieg postępowania i żądania stron .....	6
Co do prawa .....	8
A – W przedmiocie dopuszczalności argumentów skarżących zawartych jakoby w załącznikach .....	8
B – Co do istoty .....	10
1. W przedmiocie żądania głównego, dotyczącego stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji ...	10
a) Co do zakresu kontroli przez sąd unijny i ciężaru dowodu .....	10
b) W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego naruszenia prawa do obrony .....	12
c) W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego błędów w ustaleniach faktycznych i naruszenia prawa przy definiowaniu rynków hurtowych uznanych w zaskarżonej decyzji za właściwe .....	17
d) W przedmiocie zarzutu trzeciego, opartego na błędach w ustaleniach faktycznych i na naruszeniu prawa przy ustalaniu uznanej za dominującą pozycji Telefóniki na rynkach właściwych .....	24
e) W przedmiocie zarzutu czwartego, dotyczącego błędnego zastosowania art. 82 WE w odniesieniu do stanowiącego nadużycie zachowania Telefóniki .....	27
f) W przedmiocie zarzutu piątego, dotyczącego błędów w ustaleniach faktycznych lub błędów w ocenie okoliczności faktycznych i naruszenia prawa w odniesieniu do zachowania Telefóniki stanowiącego jakoby nadużycie oraz do jego jakoby antykonkurencyjnego skutku.	31
W przedmiocie części pierwszej zarzutu piątego, dotyczącej błędów w ustaleniach faktycznych lub błędów w ocenie okoliczności faktycznych przy zastosowaniu testu nożyc cenowych .....	31
– W przedmiocie zastrzeżenia pierwszego w pierwszej części zarzutu piątego, dotyczącego błędu w wyborze hurtowych elementów składowych .....	31
– W przedmiocie zastrzeżenia drugiego w części pierwszej zarzutu piątego, dotyczącego błędów i braków, które wystąpiły w analizie DCF .....	33
– W przedmiocie zastrzeżenia trzeciego w części pierwszej zarzutu piątego, dotyczącego błędów i braków występujących w analizie „okres po okresie” .....	37
W przedmiocie części drugiej zarzutu, opartej na nieustaleniu przez Komisję w sposób wystarczający możliwych lub rzeczywistych skutków badanego zachowania .....	42

g) W przedmiocie zarzutu szóstego, dotyczącego zastosowania ultra vires art. 82 WE i naruszenia zasad pomocniczości, proporcjonalności, pewności prawa, lojalnej współpracy oraz dobrej administracji .....	45
W przedmiocie części pierwszej zarzutu szóstego, dotyczącej zastosowania ultra vires art. 82 WE .....	45
W przedmiocie części drugiej zarzutu szóstego, dotyczącej naruszenia zasad pomocniczości, proporcjonalności i pewności prawa .....	47
W przedmiocie części trzeciej zarzutu szóstego, dotyczącej naruszenia zasad lojalnej współpracy i dobrej administracji .....	49
2. W przedmiocie żądań ewentualnych, dotyczących uchylenia lub obniżenia kwoty grzywny .....	50
a) W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego błędów w ustaleniach faktycznych, oceny okoliczności faktycznych i naruszenia prawa oraz naruszenia art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17, art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 i zasad pewności prawa oraz ochrony uzasadnionych oczekiwań .....	50
b) W przedmiocie zarzutu drugiego, opartego na błędach w ustaleniach faktycznych, naruszeniu prawa, naruszeniu zasad proporcjonalności, równego traktowania, indywidualizacji kar oraz obowiązku uzasadnienia przy ustalaniu kwoty grzywny .....	58
W przedmiocie części pierwszej zarzutu drugiego, dotyczącej błędów w ustaleniach faktycznych, naruszenia prawa, nieprzestrzegania obowiązku uzasadnienia w odniesieniu do uznania naruszenia za „bardzo poważne” oraz ustalenia kwoty wyjściowej grzywny w wysokości 90 mln EUR .....	58
W przedmiocie części drugiej zarzutu drugiego, opartej na naruszeniu zasad proporcjonalności, równego traktowania i indywidualizacji kar oraz obowiązku uzasadnienia w odniesieniu do ustalenia kwoty wyjściowej grzywny .....	66
W przedmiocie części trzeciej zarzutu drugiego, dotyczącej błędów w ustaleniach faktycznych, naruszenia prawa oraz braku uzasadnienia przy podwyższeniu kwoty wyjściowej grzywny w celu zapewnienia skutku odstrasżającego .....	68
W przedmiocie części czwartej zarzutu drugiego, opartej na błędach w ustaleniach faktycznych i naruszeniu prawa popełnionych przy zakwalifikowaniu naruszenia jako „długotrwałego” .....	69
W przedmiocie części piątej zarzutu drugiego, dotyczącej błędów w ustaleniach faktycznych i naruszenia prawa popełnionych przy uwzględnieniu okoliczności łagodzących .....	71
W przedmiocie kosztów .....	72