



Repertoriul jurisprudenței

HOTĂRÂREA TRIBUNALULUI (Camera a opta)

29 martie 2012 *

„Concurență — Abuz de poziție dominantă — Piețele spaniole ale accesului la internet în bandă largă — Decizie de constatare a unei încălcări a articolului 82 CE — Stabilirea prețurilor — Foarfecă tarifară — Definiția piețelor — Poziție dominantă — Abuz — Calculul micșorării marjei — Efectele abuzului — Competența Comisiei — Dreptul la apărare — Subsidiaritate — Proportionalitate — Securitate juridică — Cooperare loială — Principiul bunei administrări — Amenzi”

În cauza T-336/07,

Telefónica, SA, cu sediul în Madrid (Spania),

Telefónica de España, SA, cu sediul în Madrid,

reprezentate inițial de F. González Díaz și S. Sorinas Jimeno și ulterior de F. González Díaz, avocați,

reclamante,

împotriva

Comisiei Europene, reprezentată de F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier și K. Mojzesowicz, în calitate de agenți,

pârâtă,

susținută de

France Telecom España, SA, cu sediul în Pozuelo de Alarcón (Spania), reprezentată de S. Martínez Lage, H. Brokelmann și M. Ganino, avocați,

de

Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), cu sediul în Madrid, reprezentată de L. Pineda Salido și I. Cámara Rubio, avocați,

și de

European Competitive Telecommunications Association, cu sediul în Wokingham (Regatul Unit), reprezentată de M. Di Stefano și A. Salerno, avocați,

interveniente,

* Limba de procedură: spaniola.

având ca obiect o cerere de anulare a Deciziei C(2007) 3196 final a Comisiei din 4 iulie 2007 privind o procedură în temeiul articolului 82 [CE] (cazul COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica) și, cu titlu subsidiar, o cerere de anulare sau de reducere a cuantumului amenzii aplicate reclamantelor,

TRIBUNALUL (Camera a opta),

compus din domnul L. Truchot, președinte, doamna M.E. Martins Ribeiro (raportor) și domnul H. Kanninen, judecători,

grefier: domnul J. Palacio González, administrator principal,

având în vedere procedura scrisă și în urma ședinței din 23 mai 2011,

pronunță prezenta

Hotărâre

Prezentarea reclamantelor

- 1 Telefónica SA, reclamantă în prezenta cauză, este societatea-mamă a grupului Telefónica, fost monopol de stat în sectorul telecomunicațiilor din Spania. În perioada vizată de Decizia C(2007) 3196 final a Comisiei din 4 iulie 2007 privind o procedură în temeiul articolului 82 [CE] (cazul COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica) (denumită în continuare „decizia atacată”), respectiv din septembrie 2001 până în decembrie 2006, Telefónica a furnizat servicii în bandă largă prin intermediul filialei sale Telefónica de España SAU (denumită în continuare „TESAU”), de asemenea reclamantă în prezenta cauză, precum și al altor două filiale, Telefónica Data de España SAU și Terra Networks España SA, care au fuzionat cu TESAU la 30 iunie 2006 și, respectiv, la 7 iulie 2006 [considerentele (11), (13) și (19)-(21) ale deciziei atacate]. Telefónica și filialele sale (denumite în continuare, împreună, „Telefónica”) au constituit o entitate economică unică în întreaga perioadă vizată de investigație [considerentul (12) al deciziei atacate].
- 2 Înainte de liberalizarea totală a pieței telecomunicațiilor în 1998, Telefónica era deținută de statul spaniol și beneficia de un monopol legal pentru furnizarea cu amănuntul de servicii de telecomunicații prin linie fixă. În prezent, aceasta operează singura rețea de telefonie fixă de dimensiune națională [considerentul (13) al deciziei atacate].

Procedura administrativă

- 3 La 11 iulie 2003, Wanadoo España SL (devenită France Telecom España SA) (denumită în continuare „France Telecom”) a adresat o plângere Comisiei Comunităților Europene, susținând că marja dintre prețurile cu ridicata pe care filialele Telefónica le aplicau concurenților lor pentru furnizarea cu ridicata de acces în bandă largă în Spania și prețurile cu amănuntul pe care acestea le aplicau utilizatorilor finali nu era suficientă pentru a permite concurenților Telefónica să o concureze [considerentul (26) al deciziei atacate].
- 4 După o analiză a plângerii și după ce a primit informații suplimentare, Comisia a adresat Telefónica, la 20 februarie 2006, o comunicare privind obiecțiunile. Aceasta a răspuns la 19 mai 2006. O audiere a avut loc la 12 și 13 iunie 2006 [considerentele (27) și (30) ale deciziei atacate].

- 5 La 11 ianuarie 2007, Comisia a adresat Telefónica o scrisoare prin care o invita să îi comunice comentariile cu privire la concluziile pe care intenționa să le tragă pe baza unor fapte noi care nu fuseseră menționate în comunicarea privind obiecțiunile (denumită în continuare „scrisoarea privind situația de fapt”). Telefónica a răspuns la aceasta la 12 februarie 2007 [considerentul (31) al deciziei atacate].

Decizia atacată

- 6 La 4 iulie 2007, Comisia a adoptat decizia atacată, care face obiectul prezentei acțiuni.
- 7 În primul rând, în decizia atacată, Comisia a identificat trei piețe ale produsului relevante, respectiv o piață de bandă largă cu amănuntul și două piețe de bandă largă cu ridicata [considerentele (145)-(208) ale deciziei atacate].
- 8 Piața de comercializare cu amănuntul în cauză cuprinde, potrivit deciziei atacate, toate produsele în bandă largă nediferențiate, indiferent dacă sunt furnizate prin ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, linie de abonat digitală asimetrică) sau prin orice altă tehnologie, comercializate pe „piața bunurilor de larg consum” în atenția utilizatorilor rezidențiali și nerezidențiali. În schimb, aceasta nu cuprinde serviciile de acces în bandă largă furnizate la comandă care vizau în principal „marii clienți” [considerentul (153) al deciziei atacate].
- 9 În ceea ce privește piețele cu ridicata, Comisia a indicat că erau disponibile trei principale oferte cu ridicata, și anume o ofertă de referință pentru degрупarea buclei locale, comercializată numai de Telefónica, o ofertă cu ridicata regională (GigADSL, denumită în continuare „produsul cu ridicata regional”), comercializată de asemenea numai de Telefónica, și mai multe oferte cu ridicata naționale comercializate atât de Telefónica (ADSL-IP și ADSL-IP Total, denumite în continuare „produsul cu ridicata național”), cât și de ceilalți operatori pe baza degрупării de la bucla locală și/sau a produsului cu ridicata regional [considerentul (75) al deciziei atacate].
- 10 Pentru a defini piețele cu ridicata relevante în speță, Comisia a analizat dacă produsele de acces cu ridicata descrise la punctul precedent aparțineau aceleiași piețe a produsului sau unor piețe ale produsului diferite [considerentul (162) al deciziei atacate].
- 11 În această privință, Comisia a considerat mai întâi că produsul cu ridicata regional și degрупarea buclei locale nu erau substituibile [considerentele (163)-(182) ale deciziei atacate]. Pentru a motiva această concluzie, Comisia s-a referit, în ceea ce privește substituibilitatea la nivelul cererii, la investițiile importante în extinderea rețelei [considerentele (163) și (164) ale deciziei atacate] și la diferențele funcționale dintre aceste două tipuri de acces cu ridicata [considerentul (165) al deciziei atacate]. Comisia a considerat de asemenea că nu exista substituibilitate la nivelul ofertei între aceste produse, întrucât acestea presupuneau ca un operator alternativ să fie în măsură să propună o rețea de bucle locale identică cu cea a Telefónica pe întreg teritoriul spaniol, ceea ce ar fi imposibil din punct de vedere economic într-un termen rezonabil [considerentul (167) al deciziei atacate].
- 12 Apoi, Comisia a considerat că nu exista un nivel suficient de substituibilitate între produsele cu ridicata regional și național [considerentele (183)-(195) ale deciziei atacate], precizând că limitele exacte dintre piețele cu ridicata națională și regională nu erau determinate, având în vedere poziția dominantă a Telefónica pe fiecare dintre aceste piețe [considerentul (195) al deciziei atacate]. În ceea ce privește substituibilitatea la nivelul cererii, Comisia a considerat că operatorul alternativ care dorea să furnizeze servicii cu amănuntul ADSL la nivel național utilizând produsul cu ridicata regional trebuia să își asume costuri recurente și prelabile importante de extindere și de întreținere a unei rețele care permite interconectarea la 109 puncte de acces indirecte ale Telefónica [considerentul (183) al deciziei atacate]. În plus, migrarea produsului cu ridicata regional către produsul cu ridicata național nu ar avea sens din punct de vedere economic, întrucât ar fi illogic și puțin probabil ca operatori care au investit

deja în extinderea unei rețele să suporte costul pentru a nu utiliza propria rețea și pentru a utiliza produsul cu ridicata național, care nu le-ar oferi aceleași posibilități în materie de control al calității serviciului produsului cu amănuntul ca și produsul cu ridicata regional [considerentul (187) al deciziei atacate]. În ceea ce privește substituibilitatea la nivelul ofertei, Comisia a arătat că, deși, desigur, un operator care dorea să propună o ofertă cu ridicata națională putea să facă acest lucru pe baza ofertei cu ridicata regionale, ceea ce implica investiții considerabile, acestea din urmă nu puteau fi comparate cu cele necesare pentru degрупarea buclei locale care era necesară, în amonte, pentru ca operatorul să poată oferi un produs de acces cu ridicata regional concurent al produsului oferit de Telefónica [considerentul (191) al deciziei atacate].

- 13 În sfârșit, Comisia a considerat că tehnologiile de acces în bandă largă, altele decât ADSL, și în special cablul nu puteau fi considerate substituibile ofertelor ADSL [considerentele (196)-(207) ale deciziei atacate]. În ceea ce privește substituibilitatea la nivelul cererii, Comisia a subliniat costurile considerabile care trebuie să fie suportate în caz de migrare între o ofertă cu ridicata ADSL și o ofertă cu ridicata bazată pe cablu, precum și slaba acoperire și fragmentarea rețelelor de cablu în Spania [considerentul (199) al deciziei atacate]. Comisia a indicat de asemenea că, deși era posibil din punct de vedere tehnic ca operatorii de cablu să furnizeze terților un acces cu ridicata în bandă largă echivalent produselor cu ridicata regional și național, dificultățile practice și economice îi împiedicau să facă acest lucru, astfel încât o asemenea ofertă nu ar fi viabilă din punct de vedere economic.
- 14 Comisia a concluzionat că piețele cu ridicata în cauză în sensul deciziei atacate cuprindeau produsul cu ridicata regional și produsul cu ridicata național, cu excluderea serviciilor cu ridicata prin cablu și a tehnologiilor diferite de ADSL [considerentele (6) și (208) ale deciziei atacate].
- 15 Piețele geografice relevante cu ridicata și cu amănuntul sunt, potrivit deciziei atacate, de dimensiune națională (teritoriul spaniol) [considerentul (209) al deciziei atacate].
- 16 În al doilea rând, Comisia a constatat că Telefónica ocupa o poziție dominantă pe cele două piețe cu ridicata în cauză [considerentele (223)-(242) ale deciziei atacate]. Astfel, în perioada considerată, Telefónica ar fi deținut monopolul furnizării produsului cu ridicata regional și mai mult de 84 % din piața produsului cu ridicata național [considerentele (223) și (235) ale deciziei atacate]. Potrivit deciziei atacate [considerentele (243)-(277)], Telefónica s-ar afla de asemenea în poziție dominantă pe piața de comercializare cu amănuntul.
- 17 În al treilea rând, Comisia a examinat dacă Telefónica abuzase de poziția sa dominantă pe piețele relevante [considerentele (278)-(694) ale deciziei atacate]. În această privință, Comisia a considerat că Telefónica încălcă articolul 82 CE prin impunerea de prețuri inechitabile concurenților săi sub forma unei foarfeci tarifare între prețurile accesului în bandă largă cu amănuntul pe piața spaniolă a „bunurilor de larg consum” și prețurile accesului în bandă largă cu ridicata la nivel regional și național, în perioada cuprinsă între septembrie 2001 și decembrie 2006 [considerentul (694) al deciziei atacate].
- 18 În scopul stabilirii existenței unei foarfeci tarifare în speță, Comisia a amintit, în primul rând, contextul normativ în care Telefónica furnizase produsele cu ridicata regional și național, în special obligația impusă Telefónica de dreptul spaniol de a furniza în condiții echitabile un acces cu ridicata la nivel regional și național. Comisia a amintit de asemenea obligația impusă Telefónica de Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT, Comisia Pieței de Telecomunicații Spaniole) în luna martie 1999 de a furniza produsul cu ridicata regional și a arătat că Telefónica începuse să ofere produsul său ADSL-IP Total din proprie inițiativă din septembrie 1999, în timp ce CMT impusese Telefónica să furnizeze accesul la ADSL-IP începând cu aprilie 2002 [considerentele (288) și (289) ale deciziei atacate].

- 19 În al doilea rând, în ceea ce privește metoda de calcul al foarfecii tarifare, Comisia a considerat, *primo*, că nivelul de eficacitate al concurenților Telefónica trebuia să fie estimat în funcție de costurile din aval ale acesteia din urmă (metoda „concurentului la fel de eficient”) [considerentele (311)-(315) ale deciziei atacate], *secundo*, că metoda pertinentă de evaluare a costurilor era, în speță, cea a costurilor marginale medii pe termen lung (denumite în continuare „CMMTL”) [considerentele (316)-(324) ale deciziei atacate], *tertio*, că evaluarea rentabilității în timp putea fi stabilită utilizând două metode, și anume metoda denumită „perioadă-cu-perioadă” și metoda fluxului de numerar actualizat (denumită în continuare „FNA”) [considerentele (325)-(385) ale deciziei atacate], *quarto*, că la baza calculului foarfecii tarifare trebuia să se afle portofoliul de servicii comercializate de Telefónica pe piața de comercializare cu amănuntul relevantă [considerentele (386)-(388) ale deciziei atacate] și, *quinto*, în ceea ce privește alegerea intrărilor în amonte pentru calcularea reproductibilității prețurilor practicate pe piața în aval, că tarifele Telefónica trebuiau să fie reproductibile de către un concurent la fel de eficient utilizând cel puțin un produs cu ridicata al Telefónica pe fiecare dintre piețele cu ridicata relevante [considerentele (389)-(396) ale deciziei atacate].
- 20 În al treilea rând, Comisia a calculat dacă diferența dintre prețurile practicate pe piețele în aval și în amonte ale Telefónica acoperea cel puțin CMMTL din aval ale Telefónica [considerentele (397)-(511) ale deciziei atacate]. Aplicând metodologia descrisă la punctul precedent, Comisia a calculat că prețurile cu amănuntul ale Telefónica nu au fost reproductibile pe baza produselor cu ridicata național sau regional ale acesteia, între septembrie 2001 și decembrie 2006 [considerentele (512)-(542) ale deciziei atacate].
- 21 În al patrulea rând, în ceea ce privește efectele abuzului, Comisia a considerat că comportamentul Telefónica limitase probabil capacitatea operatorilor ADSL de a crește în mod durabil pe piața de comercializare cu amănuntul și adusesese probabil prejudicii utilizatorilor finali. Comisia a considerat de asemenea că comportamentul Telefónica avusese efecte concrete de excludere și adusesese prejudicii consumatorilor [considerentele (544)-(618) ale deciziei atacate].
- 22 În al cincilea rând, Comisia a arătat că comportamentul Telefónica nu era justificat în mod obiectiv și nu generase câștiguri de eficacitate [considerentele (619)-(664) ale deciziei atacate].
- 23 În sfârșit, în al șaselea rând, Comisia a indicat că Telefónica dispunea de o marjă pentru a evita foarfeca tarifară. Astfel, Telefónica ar fi putut să își majoreze prețurile cu amănuntul sau să își reducă tarifele la vânzările cu ridicata. Comisia a adăugat că deciziile CMT privind foarfeca tarifară adresate Telefónica nu erau de natură să înlăture răspunderea acesteia din urmă [considerentele (665)-(694) ale deciziei atacate].
- 24 În al patrulea rând, Comisia a constatat că, în speță, schimburile comerciale dintre statele membre fuseseră afectate, întrucât politica tarifară a Telefónica viza serviciile de acces ale unui operator în poziție dominantă care acopereau întregul teritoriu spaniol, care constituie o parte substanțială a pieței interne [considerentele (695)-(697) ale deciziei atacate].
- 25 În vederea calculării quantumului amenzii, Comisia a utilizat în cadrul deciziei atacate metodologia cuprinsă în Liniile directe privind metoda de stabilire a amenzilor aplicate în temeiul articolului 15 alineatul (2) din Regulamentul nr. 17 și al articolului 65 alineatul (5) din Tratatul [CO] (JO 1998, C 9, p. 3, Ediție specială, 08/vol. 3, p. 69, denumite în continuare „Liniile directe din 1998”).
- 26 În primul rând, Comisia a evaluat gravitatea și impactul încălcării, precum și dimensiunea pieței geografice relevante. Mai întâi, în ceea ce privește gravitatea încălcării, Comisia a considerat că era vorba despre un abuz caracterizat din partea unei întreprinderi care deține o poziție virtual monopolistă, care trebuie să fie calificat drept „foarte grav” conform Liniilor directe din 1998 [considerentele (739)-(743) ale deciziei atacate]. În considerentele (744)-(750) ale deciziei atacate, Comisia distinge în special prezenta cauză de Decizia 2003/707/CE a Comisiei din 21 mai 2003 privind o procedură în temeiul articolului 82 CE (cazul COMP/C 1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche

Telekom AG) (JO L 263, p. 9, denumită în continuare „Decizia Deutsche Telekom”), în care abuzul Deutsche Telekom care consta de asemenea într-o micșorare a marjei nu fusese calificat drept „foarte grav” în sensul Liniilor directe din 1998. Apoi, în ceea ce privește impactul încălcării constatate, Comisia a ținut seama de faptul că piețele relevante aveau o valoare economică considerabilă, că jucau un rol crucial în crearea societății informaționale și că impactul abuzului Telefónica pe piața de comercializare cu amănuntul fusese semnificativ [considerentele (751) și (753) ale deciziei atacate]. În sfârșit, în ceea ce privește dimensiunea pieței geografice relevante, Comisia a arătat în special că piața spaniolă a benzii largi era a cincea cea mai mare piață națională de bandă largă din Uniunea Europeană și că, deși cazurile de foarfecă tarifară erau circumscrise în mod necesar unui singur stat membru, aceasta împiedica operatorii din alte state membre să intre pe o piață în creștere susținută [considerentele (754) și (755) ale deciziei atacate].

- 27 Potrivit deciziei atacate, quantumul de plecare al amenzii, de 90 000 000 de euro, ține seama de faptul că gravitatea practicii abuzive s-a conturat în perioada considerată și, mai precis, după adoptarea Deciziei Deutsche Telekom [considerentele (756) și (757) ale deciziei atacate]. Un factor multiplicator de 1,25 a fost aplicat quantumului menționat pentru a ține seama de capacitatea economică semnificativă a Telefónica și pentru a asigura amenzii un caracter suficient de descurajator, astfel încât quantumul de plecare al amenzii a fost ridicat la 112 500 000 de euro [considerentul (758) al deciziei atacate].
- 28 În al doilea rând, întrucât încălcarea a durat din septembrie 2001 până în decembrie 2006, respectiv cinci ani și patru luni, Comisia a majorat quantumul de plecare al amenzii cu 50 %. Quantumul de bază al amenzii a fost ridicat astfel la 168 750 000 de euro [considerentele (759)-(761) ale deciziei atacate].
- 29 În al treilea rând, având în vedere elementele de probă disponibile, Comisia a considerat că existența anumitor circumstanțe atenuante putea fi reținută în speță, întrucât încălcarea fusese cel puțin săvârșită din neglijență. Astfel, o reducere a quantumului amenzii de 10 % a fost acordată Telefónica, ceea ce a dus la stabilirea quantumului amenzii la 151 875 000 de euro [considerentele (765) și (766) ale deciziei atacate].
- 30 Dispozitivul deciziei atacate are următorul cuprins:

„Articolul 1

[Telefónica] și [TESAU] au săvârșit o încălcare a articolului 82 CE, prin aplicarea unor tarife neechitabile sub forma unei disproporții între prețurile cu ridicata și prețurile cu amănuntul pentru accesul în bandă largă între septembrie 2001 și decembrie 2006.

Articolul 2

Pentru încălcarea constatată la articolul 1 se aplică [Telefónica] și [TESAU], în solidar, o amendă de 151 875 000 de euro.”

Procedura și concluziile părților

- 31 Prin cererea introductivă depusă la grefa Tribunalului la 1 octombrie 2007, reclamantele au introdus prezenta acțiune.
- 32 Prin actele depuse la grefa Tribunalului la 10 și, respectiv, la 24 decembrie 2007, France Telecom și Asociación de usuarios de servicios bancarios (Ausbanc Consumo) (denumită în continuare „Ausbanc”) au solicitat să intervină în susținerea concluziilor Comisiei.

- 33 Prin scrisoarea din 7 ianuarie 2008, reclamantele au solicitat aplicarea regimului de confidențialitate față de eventualele interveniente în privința anumitor elemente cuprinse în cererea introductivă și în anexele sale.
- 34 Prin scrisoarea din 22 februarie 2008, reclamantele au solicitat aplicarea regimului de confidențialitate față de Ausbanc pentru anumite elemente cuprinse în cererea introductivă și în anexele sale.
- 35 Prin scrisorile din 15 aprilie 2008, reclamantele au solicitat aplicarea regimului de confidențialitate față de Ausbanc și de France Telecom pentru anumite elemente cuprinse în memoriul în apărare și în anexele sale.
- 36 Prin scrisorile din 25 iulie 2008, reclamantele au solicitat aplicarea regimului de confidențialitate față de Ausbanc și de France Telecom pentru anumite elemente cuprinse în memoriul în replică și în anexele sale.
- 37 Prin Ordonanța președintelui Camerei a opta a Tribunalului din 31 iulie 2008, a fost admisă cererea de intervenție în susținerea concluziilor Comisiei formulată de France Telecom și Ausbanc. Decizia privind temeinicia cererii de aplicare a regimului de confidențialitate a fost amânată.
- 38 Versiuni neconfidențiale ale actelor de procedură, pregătite de reclamante, au fost transmise intervenientelor.
- 39 Prin scrisoarea din 12 septembrie 2008, Ausbanc a contestat confidențialitatea fragmentelor care nu au fost reproduse în versiunile neconfidențiale ale actelor de procedură pe care le primise.
- 40 Prin scrisoarea din 15 septembrie 2008, France Telecom a contestat cererile de aplicare a regimului de confidențialitate, în măsura în care acestea vizau integralitatea diferitelor anexe la cererea introductivă, la memoriul în apărare și la memoriul în replică.
- 41 La 28 octombrie 2008, France Telecom și Ausbanc au depus memoriile în intervenție.
- 42 Prin scrisoarea din 25 noiembrie 2008, reclamantele au informat Tribunalul că memoriile în intervenție nu conțineau date confidențiale.
- 43 Prin scrisoarea din 27 noiembrie 2008, reclamantele au solicitat aplicarea regimului de confidențialitate față de Ausbanc și de France Telecom pentru anumite elemente cuprinse în memoriul în duplică și în anexele sale.
- 44 La 6 februarie 2009, reclamantele și-au prezentat observațiile scrise cu privire la memoriile în intervenție.
- 45 Prin scrisoarea din 6 februarie 2009, reclamantele au solicitat aplicarea regimului de confidențialitate în privința anumitor elemente cuprinse în observațiile lor cu privire la memoriul în intervenție al France Telecom și într-o anexă la aceste observații.
- 46 Prin scrisoarea din 9 februarie 2009, Comisia a renunțat să formuleze observații cu privire la memoriile în intervenție.
- 47 Prin Ordonanța din 2 martie 2010, președintele Camerei a opta a admis în parte cererea reclamantelor de aplicare a regimului de confidențialitate.
- 48 Printr-un act depus la Tribunal la 4 noiembrie 2010, European Competitive Telecommunications Association (denumită în continuare „ECTA”) a solicitat de asemenea să intervină în susținerea concluziilor Comisiei.

- 49 Prin scrisoarea din 7 decembrie 2010, reclamantele s-au opus acestei cereri.
- 50 Prin Ordonanța președintelui Camerei a opta a Tribunalului din 28 februarie 2011, a fost admisă cererea de intervenție în susținerea concluziilor Comisiei formulată de ECTA.
- 51 Reclamantele solicită Tribunalului:
- cu titlu principal, anularea, în temeiul articolului 230 CE, a deciziei atacate;
 - cu titlu subsidiar, anularea sau reducerea, în temeiul articolului 229 CE, a cuantumului amenzii care le-a fost aplicată prin decizia atacată;
 - în toate cazurile, obligarea Comisiei la plata cheltuielilor de judecată.
- 52 Comisia solicită Tribunalului:
- respingerea acțiunii;
 - obligarea reclamantelor la plata cheltuielilor de judecată.
- 53 Ausbanc solicită Tribunalului:
- respingerea cererii principale și a cererii subsidiare ale reclamantelor;
 - obligarea reclamantelor la plata cheltuielilor de judecată.
- 54 France Telecom solicită Tribunalului:
- respingerea în totalitate a cererii introductive a reclamantelor;
 - obligarea reclamantelor la plata tuturor cheltuielilor de judecată efectuate cu ocazia intervenției.
- 55 Pe baza raportului judecătorului raportor, Tribunalul (Camera a opta) a decis deschiderea procedurii orale. Pledoariile părților și răspunsurile acestora la întrebările orale adresate de Tribunal au fost ascultate în ședința din 23 mai 2011.
- 56 În cadrul ședinței, ECTA a solicitat Tribunalului:
- respingerea acțiunii;
 - obligarea reclamantelor la plata cheltuielilor de judecată.

În drept

A — Cu privire la admisibilitatea argumentelor reclamantelor pretins cuprinse în anexe

- 57 În memoriul în duplică, Comisia a contestat admisibilitatea anumitor argumente ale reclamantelor pretins cuprinse în anexele la cererea lor introductivă și la memoriul în replică. Aceasta a arătat că reclamantele ar fi prezentat, astfel, argumente de natură juridică sau economică care nu se limitau să susțină sau să completeze elementele de fapt sau de drept invocate în mod expres în textul acestor acte de procedură, ci adăugau susțineri noi. Astfel, potrivit Comisiei, „fragmente întregi din memoriile reclamantelor” ar face trimitere integral la aceste anexe, în absența cărora ar fi lipsite de conținut.

- 58 Din articolul 21 din Statutul Curții de Justiție și din articolul 44 alineatul (1) litera (c) din Regulamentul de procedură al Tribunalului rezultă că orice cerere de sesizare a instanței trebuie să indice obiectul litigiului și expunerea sumară a motivelor invocate. Această mențiune trebuie să fie suficient de clară și de precisă pentru a permite pârâtului să își pregătească apărarea, iar Tribunalului să se pronunțe asupra acțiunii, dacă este cazul, fără să se bazeze pe alte informații. În vederea garantării securității juridice și a bunei administrări a justiției, este necesar, pentru ca o acțiune să fie admisibilă, ca elementele esențiale de fapt și de drept pe care aceasta se întemeiază să rezulte, cel puțin în mod sumar, dar coerent și comprehensibil, din chiar textul cererii introductive. Deși textul cererii introductive poate fi susținut și completat, cu privire la puncte specifice, prin trimiteri la fragmente determinate din înscrisurile anexate acesteia, o trimitere globală la alte înscrisuri, chiar anexate cererii introductive, nu poate suplini absența elementelor esențiale care trebuie să fie expuse în cererea introductivă privind argumentarea în drept (a se vedea Hotărârea Tribunalului din 17 septembrie 2007, *Microsoft/Comisia*, T-201/04, Rep., p. II-3601, punctul 94 și jurisprudența citată).
- 59 În plus, nu intră în competența Tribunalului să caute și să identifice în anexe motivele și argumentele ce ar putea fi considerate temei al acțiunii, anexele având o funcție pur probatorie și de susținere a cererii (Hotărârea Tribunalului din 7 noiembrie 1997, *Cipeke/Comisia*, T-84/96, Rec., p. II-2081, punctul 34, Hotărârea Tribunalului din 21 martie 2002, *Joynson/Comisia*, T-231/99, Rec., p. II-2085, punctul 154, și Hotărârea Tribunalului din 14 decembrie 2005, *Honeywell/Comisia*, T-209/01, Rec., p. II-5527, punctul 57). Funcția pur probatorie și de susținere a anexelor presupune că, în măsura în care acestea conțin elemente de drept pe care se întemeiază anumite motive invocate în cererea introductivă, astfel de elemente trebuie să figureze în textul însuși al acesteia sau, cel puțin, să fie identificate în mod suficient în cuprinsul acestui memoriu (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 28 iunie 2005, *Dansk Rørindustri și alții/Comisia*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P și C-213/02 P, Rec., p. I-5425, punctul 99). Cererea introductivă trebuie, prin urmare, să clarifice în ce constă motivul pe care se întemeiază acțiunea, astfel încât simpla enunțare abstractă a acestuia nu îndeplinește cerințele prevăzute de Regulamentul de procedură (Hotărârea Tribunalului din 12 ianuarie 1995, *Viho/Comisia*, T-102/92, Rec., p. II-17, punctul 68, și Hotărârea Tribunalului din 22 noiembrie 2006, *Italia/Comisia*, T-282/04, nepublicată în Repertoriu, punctul 60).
- 60 Prin urmare, anexele nu ar putea să servească la dezvoltarea unui motiv expus sumar în cererea introductivă, prin prezentarea unor obiecțiuni sau argumente care nu figurează în aceasta (a se vedea Hotărârea Tribunalului din 30 ianuarie 2007, *France Télécom/Comisia*, T-340/03, Rep., p. II-107, punctul 167 și jurisprudența citată).
- 61 Această interpretare a articolului 21 din statutul Curții și a articolului 44 alineatul (1) litera (c) din Regulamentul de procedură vizează și condițiile de admisibilitate a replicii, care are rolul, potrivit articolului 47 alineatul (1) din același regulament, de a completa cererea introductivă (a se vedea Hotărârea *Microsoft/Comisia*, punctul 58 de mai sus, punctul 95 și jurisprudența citată).
- 62 În speță, în înscrisurile lor, reclamantele au efectuat numeroase trimiteri la documente, uneori voluminoase, anexate la acestea. Totuși, unele dintre aceste trimiteri nu vizează înscrisurile anexate decât în mod global și nu permit, așadar, Tribunalului să identifice precis elementele pe care le-ar putea considera că susțin sau completează cu privire la puncte specifice, prin trimiteri la fragmente determinate din înscrisurile menționate, motivele și argumentele dezvoltate în cererea introductivă sau în memoriul în replică. În plus, în particular, înscrisurile la care se referă anumite trimiteri nu urmăresc numai să susțină și să completeze cu privire la puncte specifice anumite argumente din cuprinsul memoriului la care sunt anexate, ci cuprind chiar explicația respectivelor argumente, astfel încât, fără analiza acestor înscrisuri, argumentele nu pot fi înțelese.

63 Rezultă că, în speță, anexele la cererea introductivă și la memoriul în replică nu vor fi luate în considerare decât în măsura în care susțin sau completează motive sau argumente invocate expres de reclamante în cuprinsul înscrisurilor lor și atunci când este posibil să se determine cu precizie care sunt elementele conținute de acestea care susțin sau completează motivele sau argumentele respective (a se vedea în acest sens Hotărârea Microsoft/Comisia, punctul 58 de mai sus, punctul 99).

B — *Cu privire la fond*

64 În acțiunile lor, reclamantele formulează concluzii cu titlu principal și concluzii cu titlu subsidiar.

65 În susținerea concluziilor lor principale, prin care solicită anularea deciziei atacate, reclamantele invocă șase motive. Primul motiv este întemeiat pe încălcarea dreptului la apărare. Al doilea motiv este întemeiat pe erori de fapt și de drept în definirea piețelor cu ridicata în cauză. Al treilea motiv este întemeiat pe erori de fapt și de drept în stabilirea poziției dominante a Telefónica pe piețele relevante. Al patrulea motiv este întemeiat pe erori de drept în aplicarea articolului 82 CE în ceea ce privește comportamentul abuziv al Telefónica. Al cincilea motiv este întemeiat pe erori de fapt și/sau pe erori de apreciere a faptelor și pe erori de drept în ceea ce privește comportamentul abuziv al Telefónica, precum și efectul său anticoncurențial. În sfârșit, al șaselea motiv este întemeiat pe o aplicare *ultra vires* a articolului 82 CE și pe o încălcare a principiilor subsidiarității, proporționalității, securității juridice, cooperării loiale și bunei administrări.

66 Cu titlu subsidiar, reclamantele invocă două motive prin care solicită anularea amenzii sau reducerea cuantumului acesteia. Primul motiv este întemeiat pe erori de fapt și de drept și pe o încălcare a articolului 15 alineatul (2) din Regulamentul nr. 17 al Consiliului din 6 februarie 1962, Primul regulament de punere în aplicare a articolelor [81 CE] și [82 CE] (JO 1962, 13, p. 204, Ediție specială, 08/vol. 1, p. 3), și a articolului 23 alineatul (2) din Regulamentul (CE) nr. 1/2003 al Consiliului din 16 decembrie 2002 privind punerea în aplicare a normelor de concurență prevăzute la articolele 81 [CE] și 82 [CE] (JO 2003, L 1, p. 1, Ediție specială, 08/vol. 1, p. 167) și a principiilor securității juridice și încrederii legitime. Al doilea motiv, formulat cu titlu mai subsidiar, este întemeiat pe erori de fapt și de drept și pe o încălcare a principiilor proporționalității, egalității de tratament, individualizării pedepselor și a obligației de motivare, în cadrul determinării cuantumului amenzii.

1. *Cu privire la concluziile principale, prin care se solicită anularea deciziei atacate*

a) *Cu privire la întinderea controlului instanței Uniunii și la sarcina probei*

67 Reiese din articolul 2 din Regulamentul nr. 1/2003, precum și dintr-o jurisprudență constantă, pronunțată în temeiul articolelor 81 CE și 82 CE, că în domeniul dreptului concurenței, în cazul unui litigiu privind existența unei încălcări, Comisiei îi revine obligația de a face dovada încălcărilor pe care le constată și de a stabili elementele de probă adecvate în vederea demonstrării, corespunzător cerințelor legale, a existenței faptelor constitutive ale unei încălcări (Hotărârea Curtii din 17 decembrie 1998, Baustahlgewebe/Comisia, C-185/95 P, Rec., p. I-8417, punctul 58, și Hotărârea Curtii din 6 ianuarie 2004, BAI și Comisia/Bayer, C-2/01 P și C-3/01 P, Rec., p. I-23, punctul 62; a se vedea de asemenea în acest sens Hotărârea Microsoft/Comisia, punctul 58 de mai sus, punctul 688). În acest scop, Comisia trebuie să strângă elemente de probă suficient de precise și concordante pentru a întemeia convingerea fermă că încălcarea presupusă a fost săvârșită (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 25 octombrie 2005, Groupe Danone/Comisia, T-38/02, Rec., p. II-4407, punctul 217 și jurisprudența citată).

68 În continuare, trebuie să se amintească faptul că, în cadrul unei acțiuni în anulare formulate în temeiul articolului 230 CE, instanței Uniunii îi revine numai obligația de a controla legalitatea actului atacat (Hotărârea Tribunalului din 8 iulie 2004, JFE Engineering și alții/Comisia, T-67/00, T-68/00, T-71/00 și

T-78/00, Rec., p. II-2501, punctul 174). Astfel, rolul instanței sesizate cu o acțiune în anulare împotriva unei decizii a Comisiei prin care se constată existența unei încălcări în domeniul dreptului concurenței și prin care se aplică amenzi destinatarilor constă în a aprecia dacă dovezile și alte elemente invocate de Comisie în decizie sunt suficiente pentru a demonstra existența încălcării imputate (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 20 aprilie 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij și alții/Comisia*, T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 și T-335/94, Rec., p. II-931, punctul 891, și Hotărârea Tribunalului *JFE Engineering și alții/Comisia*, citată anterior, punctul 175).

- 69 În plus, trebuie amintit că, potrivit unei jurisprudențe constante, deși, ca regulă generală, instanța Uniunii exercită un control complet al împrejurării dacă sunt sau nu sunt reunite condițiile de aplicare a dispozițiilor privind concurența, controlul pe care îl exercită cu privire la aprecierile economice complexe realizate de Comisie se limitează în mod necesar la verificarea respectării normelor de procedură și de motivare, precum și a exactității materiale a situației de fapt, a inexistenței oricărei erori vădite de apreciere și a unui abuz de putere (Hotărârea Curții din 11 iulie 1985, *Remia și alții/Comisia*, 42/84, Rec., p. 2545, punctul 34, Hotărârea Curții din 17 noiembrie 1987, *British American Tobacco și Reynolds Industries/Comisia*, 142/84 și 156/84, Rec., p. 4487, punctul 62, și Hotărârea Curții din 7 ianuarie 2004, *Aalborg Portland și alții/Comisia*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P și C-219/00 P, Rec., p. I-123, punctul 279; Hotărârea Tribunalului din 10 aprilie 2008, *Deutsche Telekom/Comisia*, T-271/03, Rep., p. II-477, punctul 185).
- 70 De asemenea, în măsura în care decizia Comisiei este rezultatul unor aprecieri tehnice complexe, acestea fac în principiu și obiectul unui control jurisdicțional limitat, care implică faptul că instanța comunitară nu poate înlocui aprecierea elementelor de fapt a Comisiei cu propria apreciere (Hotărârea Tribunalului *Microsoft/Comisia*, punctul 58 de mai sus, punctul 88, și Hotărârea Tribunalului din 9 septembrie 2009, *Clearstream/Comisia*, T-301/04, Rep., p. II-3155, punctul 94).
- 71 Cu toate acestea, deși instanța Uniunii recunoaște Comisiei o marjă de apreciere în domeniul economic, acest lucru nu implică faptul că trebuie să se abțină să controleze interpretarea de către Comisie a datelor de această natură. Astfel, instanța comunitară trebuie nu numai să verifice exactitatea materială a elementelor de probă invocate, fiabilitatea și coerența lor, ci și să controleze dacă aceste elemente constituie ansamblul datelor relevante ce trebuie să fie luate în considerare pentru evaluarea unei situații complexe și dacă sunt de natură să susțină concluziile deduse din aceasta (Hotărârea Curții din 15 februarie 2005, *Comisia/Tetra Laval*, C-12/03 P, Rec., p. I-987, punctul 39, Hotărârea *Microsoft/Comisia*, punctul 58 de mai sus, punctul 89, și Hotărârea *Clearstream/Comisia*, punctul 70 de mai sus, punctul 95).
- 72 În această privință, orice dubiu al instanței trebuie interpretat în favoarea întreprinderii căreia îi este adresată decizia de constatare a unei încălcări (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 14 februarie 1978, *United Brands și United Brands Continental/Comisia*, 27/76, Rec., p. 207, punctul 265). Prin urmare, instanța nu poate concluziona că existența încălcării în cauză a fost dovedită de Comisie la un standard juridic corespunzător dacă există încă o îndoială cu privire la acest aspect, în special în cazul unei acțiuni în anulare a unei decizii de aplicare a unei amenzi (Hotărârea *JFE Engineering și alții/Comisia*, punctul 68 de mai sus, punctul 177).
- 73 Astfel, în această ultimă situație, se impune să se țină seama de principiul prezumției de nevinovăție, astfel cum rezultă în special din articolul 6 alineatul (2) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950, care face parte dintre drepturile fundamentale care, la rândul lor, potrivit jurisprudenței Curții, reafirmată, pe de altă parte, în preambulul Actului Unic European și la articolul 6 alineatul (2) UE, precum și la articolul 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, proclamată la 7 decembrie 2000 la Nisa (JO C 364, p. 1), sunt protejate în ordinea juridică a Uniunii. Având în vedere natura încălcărilor în cauză, precum și natura și gradul de gravitate ale sancțiunilor aplicabile acesteia, principiul prezumției de nevinovăție se aplică în special în procedurile referitoare la încălcări ale normelor privind

concurența aplicabile întreprinderilor și care se pot finaliza prin aplicarea de amenzi sau de penalități cu titlu cominatoriu (a se vedea Hotărârea JFE Engineering și alții/Comisia, punctul 68 de mai sus, punctul 178 și jurisprudența citată; a se vedea de asemenea în acest sens Hotărârea Curtii din 8 iulie 1999, Hüls/Comisia, C-199/92 P, Rec., p. I-4287, punctele 149 și 150, și Hotărârea Curtii Montecatini/Comisia, C-235/92 P, Rec., p. I-4539, punctele 175 și 176).

- 74 Legalitatea deciziei atacate trebuie examinată, având în vedere motivele reclamantelor, în lumina considerațiilor precedente.

b) Cu privire la primul motiv, întemeiat pe o încălcare a dreptului la apărare

- 75 Reclamantele arată că, în decizia atacată, Comisia a utilizat pentru prima dată, în susținerea concluziei sale potrivit căreia Telefónica a săvârșit o încălcare, mai multe elemente de probă care nu i-au fost comunicate în cursul procedurii administrative și cu privire la care Telefónica nu ar fi avut ocazia să își facă cunoscut punctul de vedere. Aceste elemente i-ar fi inopozabile și ar trebui să fie înlăturate ca elemente de probă care susțin decizia atacată. Pe de altă parte, aceste elemente de probă ar fi viciate de grave erori și de lacune. Potrivit reclamantelor, dacă Telefónica ar fi fost în măsură să își facă cunoscut punctul de vedere cu privire la acestea, ar fi putut să indice existența erorilor și a lacunelor Comisiei și, prin urmare, ar fi permis rectificarea lor înainte de adoptarea deciziei atacate, astfel încât conținutul și concluziile acesteia ar fi fost în mod necesar diferite.
- 76 Trebuie amintit că, potrivit unei jurisprudențe constante, respectarea dreptului la apărare în orice procedură susceptibilă să conducă la aplicarea unor sancțiuni, în special a unor amenzi sau penalități cu titlu cominatoriu, constituie un principiu fundamental al dreptului Uniunii, care trebuie respectat chiar dacă este vorba despre o procedură care are caracter administrativ (Hotărârea Curtii din 13 februarie 1979, Hoffmann-La Roche/Comisia, 85/76, Rec., p. 461, punctul 9, și Hotărârea Curtii din 3 septembrie 2009, Papierfabrik August Koehler și alții/Comisia, C-322/07 P, C-327/07 P și C-338/07 P, Rep., p. I-7191, punctul 34).
- 77 Dreptul de acces la dosar, corolar al principiului respectării dreptului la apărare, presupune că întreprinderii în cauză trebuie să i se acorde de către Comisie posibilitatea de a proceda la o examinare a tuturor documentelor care figurează în dosarul de investigare și care sunt susceptibile să fie pertinente pentru apărarea sa. Acestea cuprind atât înscrisurile incriminatoare, cât și pe cele dezincriminatoare, sub rezerva secretelor comerciale ale altor întreprinderi, a documentelor interne ale Comisiei și a altor informații confidențiale (a se vedea Hotărârea Aalborg Portland și alții/Comisia, punctul 69 de mai sus, punctul 68 și jurisprudența citată).
- 78 Necomunicarea unui document constituie o încălcare a dreptului la apărare doar dacă întreprinderea vizată demonstrează, pe de o parte, că, în speță, Comisia s-a întemeiat pe acest document pentru a-și susține obiecțiunea privind existența încălcării și, pe de altă parte, că această obiecțiune putea fi dovedită doar prin referire la documentul respectiv. Dacă existau alte mijloace de probă scrise despre care părțile au avut cunoștință în cursul procedurii administrative și care să sprijine în mod specific concluziile Comisiei, eliminarea din rândul mijloacelor de probă a documentului incriminator netransmis nu ar infirma temeinicia obiecțiunilor reținute în decizia contestată. Astfel, revine întreprinderii avute în vedere sarcina să demonstreze că rezultatul la care a ajuns Comisia în cadrul deciziei sale ar fi fost diferit dacă un document netransmis și pe care Comisia s-a întemeiat pentru incriminarea acestei întreprinderi trebuia să fie îndepărtat ca mijloc de probă incriminator (a se vedea Hotărârea Aalborg Portland și alții/Comisia, punctul 69 de mai sus, punctele 71-73 și jurisprudența citată).
- 79 În plus, articolul 27 alineatul (1) din Regulamentul nr. 1/2003 prevede să li se transmită părților obiecțiunile printr-o comunicare care trebuie să prevadă, în mod clar, toate elementele esențiale pe care se bazează Comisia în acest stadiu al procedurii. O astfel de comunicare privind obiecțiunile

constituie garanția procedurală că este aplicat principiul fundamental de drept al Uniunii care impune respectarea dreptului la apărare în orice procedură (a se vedea în acest sens Hotărârea Papierfabrik August Koehler și alții/Comisia, punctul 76 de mai sus, punctul 35 și jurisprudența citată).

- 80 Acest principiu impune în special ca o comunicare privind obiecțiunile adresată de Comisie unei întreprinderi căreia intenționează să îi aplice o sancțiune pentru încălcarea normelor de concurență să conțină elementele esențiale reținute în privința sa, precum faptele reproșate, calificarea acestora și elementele de probă pe care se întemeiază Comisia, pentru ca respectiva întreprindere să fie în măsură să își valorifice în mod util argumentele în cadrul procedurii administrative inițiate împotriva sa (a se vedea Hotărârea Papierfabrik August Koehler și alții/Comisia, punctul 76 de mai sus, punctul 36 și jurisprudența citată).
- 81 Această cerință este respectată atunci când decizia Comisiei nu reține în sarcina persoanelor interesate încălcări diferite de cele menționate în comunicarea privind obiecțiunile și cuprinde doar fapte cu privire la care persoanele interesate au avut ocazia să își prezinte punctul de vedere (Hotărârea Curții din 15 iulie 1970, ACF Chemiefarma/Comisia, 41/69, Rec., p. 661, punctul 94, Hotărârea Tribunalului din 19 martie 2003, CMA CGM și alții/Comisia, T-213/00, Rec., p. II-913, punctul 109, și Hotărârea Tribunalului France Télécom/Comisia, punctul 60 de mai sus, punctul 18).
- 82 Decizia finală a Comisiei nu trebuie totuși să fie în mod necesar o copie a expunerii obiecțiunilor. Astfel, sunt admisibile acele adăugări la comunicarea privind obiecțiunile care sunt efectuate în urma memoriului în răspuns al părților, ale căror argumente demonstrează că acestea au putut să își exercite în mod efectiv dreptul la apărare. Comisia poate de asemenea, în lumina procedurii administrative, să modifice sau să adauge argumente de fapt sau de drept în sprijinul obiecțiunilor pe care le-a formulat (a se vedea Hotărârea Tribunalului din 28 februarie 2002, Compagnie générale maritime și alții/Comisia, T-86/95, Rec., p. II-1011, punctul 442, și Hotărârea Tribunalului France Télécom/Comisia, punctul 60 de mai sus, punctul 18 și jurisprudența citată).
- 83 Astfel, Comisia trebuie să țină cont de elementele rezultate din procedura administrativă fie pentru a înlătura obiecțiuni care s-ar fi dovedit neîntemeiate, fie pentru a rectifica și a completa atât în fapt, cât și în drept argumentarea sa în susținerea obiecțiunilor pe care le reține (a se vedea Hotărârea Curții din 29 octombrie 1980, van Landewyck și alții/Comisia, 209/78-215/78 și 218/78, Rec., p. 3125, punctul 68, și Hotărârea Curții din 3 septembrie 2009, Prym și Prym Consumer/Comisia, C-534/07 P, Rep., p. I-7415, punctul 40 și jurisprudența citată).
- 84 Astfel, dreptul la apărare nu este încălcat ca urmare a unei neconcordanțe între comunicarea privind obiecțiunile și decizia finală decât dacă o obiecțiune reținută în această decizie nu a fost expusă în respectiva comunicare într-o măsură suficientă pentru a permite destinatarilor să se apere (a se vedea Hotărârea Tribunalului din 8 iulie 2004, Corus UK/Comisia, T-48/00, Rec., p. II-2325, punctul 100 și jurisprudența citată).
- 85 Această situație nu se regăsește atunci când diferențele invocate între comunicarea privind obiecțiunile și decizia atacată nu privesc comportamente diferite de cele cu privire la care reclamantele și-au exprimat deja punctul de vedere și care, prin urmare, nu au legătură cu nicio obiecțiune nouă (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 15 octombrie 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij și alții/Comisia, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P-C-252/99 P și C-254/99 P, Rec., p. I-8375, punctul 103).
- 86 În primul rând, reclamantele susțin că Comisia s-a întemeiat, în decizia atacată, pe „elemente noi” în cadrul testului „perioadă-cu-perioadă” al foarfecii tarifare.

- 87 *Primo*, reclamantele susțin utilizarea de către Comisie a unor „elemente noi” pentru a justifica necesitatea de a reține, în ceea ce privește durata medie a relației comerciale dintre Telefónica și abonații săi de pe piața cu amănuntul, o „durată de viață medie” de [confidențial]¹ ani, pe de o parte, referindu-se la planul de afaceri inițial al Telefónica, care prevedea recuperarea cheltuielilor efectuate pentru atragerea clientelei într-un an sau în doi ani, și, pe de altă parte, indicând că formula de calcul propusă de Telefónica nu ar fi adecvată pentru o piață în creștere [considerentele (474)-(489) ale deciziei atacate]. Reclamantele arată astfel că, dacă ar fi putut să se pronunțe în această privință înainte de adoptarea deciziei atacate, ar fi putut să demonstreze că longevitatea medie a abonaților săi era [confidențial].
- 88 În această privință, trebuie mai întâi să se constate că durata de amortizare a costurilor de atragere a abonaților de [confidențial] ani utilizată în considerentul (489) al deciziei atacate este identică cu cea care figurează la punctul 383 din comunicarea privind obiecțiunile. Anexa H la comunicarea privind obiecțiunile (punctele 595-598), intitulată „[e]stimare a longevității medii a abonaților Telefónica”, a indicat în această privință estimări ale Telefónica privind această longevitate, precum și motivele pentru care Comisia considera că respectivele estimări subestimau această longevitate (punctul 598 din comunicarea privind obiecțiunile). De altfel, Telefónica și-a expus argumentele în această privință în secțiunea 4.1 și în anexa 5 la răspunsul său la comunicarea privind obiecțiunile.
- 89 Apoi, în ceea ce privește trimiterea, din considerentul (476) al deciziei atacate, la recuperarea costurilor de atragere a abonaților pe baza planului de afaceri inițial al Telefónica, trebuie să se arate că aceasta, care se bazează pe anexa 10iii la scrisoarea Telefónica din 21 iulie 2006, ulterioară comunicării privind obiecțiunile (nota de subsol 492 din decizia atacată), nu a fost utilizată pentru a stabili durata amortizării costurilor de atragere a abonaților în decizia atacată [considerentele (476) și (489) ale deciziei atacate], această indicație permițând totuși să se constate că durata de [confidențial] ani, utilizată de Comisie pentru calcularea testului „perioadă-cu-perioadă”, este mai favorabilă Telefónica decât cea care figura în planul de afaceri menționat.
- 90 În sfârșit, în ceea ce privește afirmația Comisiei, în considerentul (482) al deciziei atacate, potrivit căreia formula de calcul propusă de Telefónica nu era adecvată pentru o piață în creștere, trebuie arătat că reclamantele au fost informate în mod corespunzător, în comunicarea privind obiecțiunile, cu privire la importanța calculării amortizării adecvate a cheltuielilor de atragere de noi clienți ai Telefónica, în special pe piețele în creștere. Astfel, la punctul 380 din comunicarea privind obiecțiunile, Comisia arătase deja că, pe o piață în creștere precum piața de comercializare cu amănuntul din prezenta cauză, costurile de atragere a clienților constituiau costuri importante care trebuiau să fie amortizate într-o perioadă adecvată, astfel încât ar trebui să fie operate ajustări în contabilitatea Telefónica. Afirmația care figurează în considerentul (482) al deciziei atacate nu constituie, în această privință, decât un răspuns la calculele propuse de Telefónica în scrisoarea din 26 martie 2004, la care Comisia făcea deja trimitere în anexa H (punctul 595, nota de subsol 504) din comunicarea privind obiecțiunile.
- 91 În orice caz, argumentul reclamantelor, formulat în memoriul în replică, potrivit căruia, dacă ar fi avut cunoștință de faptul că Comisia nu va ține seama de longevitatea medie a abonaților Telefónica, ar fi putut să demonstreze că această longevitate era foarte [confidențial] față de cea reținută de Comisie în decizia atacată și potrivit căruia practica autorităților naționale de reglementare (denumită în continuare „ARN”) nu era relevantă trebuie de asemenea să fie respins. Astfel, după cum a fost deja menționat la punctul 88 de mai sus, durata de amortizare a costurilor de atragere a abonaților de [confidențial] ani figura deja la punctul 383 din comunicarea privind obiecțiunile și Comisia se referea deja la practica autorităților naționale de concurență și a ARN la punctul 382 din aceasta. În plus,

1 — Date confidențiale nereproduse.

Comisia indicase de asemenea, în comunicarea menționată, că era posibil ca, din cauza comportamentului anticoncurențial al Telefónica, durata medie a abonamentelor sale să fie superioară celei care ar fi existat pe o piață concurențială (punctul 381 din comunicarea privind obiecțiunile).

- 92 Critica reclamantelor potrivit căreia Comisia s-ar fi întemeiat pe „elemente noi” pentru a apăra necesitatea unei longevități medii de [confidențial] ani trebuie, așadar, să fie respinsă.
- 93 *Secundo*, în decizia atacată, Comisia ar fi considerat că alocarea costurilor realizată de Telefónica subestima costurile marginale de comercializare a serviciilor în bandă largă, deși anterior Comisia ar fi indicat că această afectare constituia „limita superioară” (punctele 407 și 424 din comunicarea privind obiecțiunile) sau că aceasta includea o parte rezonabilă a structurii comerciale (punctul 27 din scrisoarea privind situația de fapt).
- 94 În această privință, trebuie să se arate că Comisia indicase deja, la punctele 401-407 și 424 din comunicarea privind obiecțiunile, că Telefónica subestimase costul de comercializare în analiza CMMTL. Astfel, Comisia arătase, la punctul 401 din comunicarea privind obiecțiunile, că Telefónica „subestimase [CMMTL] ale anumitor activități, în special costurile de comercializare”. Comisia preciza că „TESAU inclu[sese] numai costul direct imputabil fiecărui nou abonat («prime și comision» acordate rețelei de vânzare), dar nu inclu[sese] niciun cost legat de structura sa comercială”. Pe de altă parte, la punctul 403 din comunicarea privind obiecțiunile, Comisia indicase de asemenea că „activitatea cu amănuntul ADSL a TESAU [genera] o parte importantă din structura comercială a TESAU și [că] o parte din această structură [trebuia], așadar, să fie luată în considerare în [CMMTL] ale TESAU”. În sfârșit, la punctul 29 din scrisoarea privind situația de fapt, Comisia subliniase că structura comercială a TESAU era dedicată în principal creșterii benzii largi. Reclamantele au prezentat, de altfel, observații în această privință, în răspunsul lor la comunicarea privind obiecțiunile și la scrisoarea privind situația de fapt.
- 95 În ceea ce privește afirmația reclamantelor privind costurile de comercializare potrivit căreia Comisia ar fi „abandonat ipoteza inferioară [care figurează la punctul 406 din comunicarea privind obiecțiunile] în favoarea ipotezei superioare [care figurează la punctul 407 din aceasta]”, întemeindu-se pentru prima dată, în considerentul (468) al deciziei atacate, pe evoluția capacității comerciale a Telefónica, trebuie subliniat că evoluția amintită fusese deja menționată cu claritate la punctul 402 din comunicarea privind obiecțiunile și la punctul 27 din scrisoarea privind situația de fapt. La punctul menționat anterior din comunicarea privind obiecțiunile, Comisia indicase deja, pe de altă parte, că „ipoteza inferioară”, și anume calculul nivelului minim probabil al CMMTL, prezenta riscul de reducere a acestora la un nivel inferior veritabilelor CMMTL. Comisia arătase de asemenea, la punctul 30 din scrisoarea privind situația de fapt, bazându-se pe punctul 407 din comunicarea privind obiecțiunile, care se referea la nivelul maxim al CMMTL, că aprecia că era justificată includerea unei părți din costurile de comercializare ale Telefónica în evaluarea sa a CMMTL în vederea unei eventuale decizii. În plus, la punctul 424 din comunicarea privind obiecțiunile, Comisia subliniase că costurile rețelei de comercializare nu cuprindeau numai costurile privind această rețea (ipoteza inferioară), ci și creșterea costurilor structurii comerciale a TESAU din cauza activității sale ADSL cu amănuntul (ipoteza superioară). Critica reclamantelor nu poate, prin urmare, să fie primită.
- 96 În al doilea rând, reclamantele susțin că, în decizia atacată, Comisia a introdus elemente privind metoda FNA, cu privire la care Telefónica nu ar fi fost ascultată.
- 97 *Primo*, reclamantele susțin că, prin modificarea surselor de referință în cadrul analizei „perioadă-cu-perioadă”, Comisia a modificat de asemenea „sursele majorității costurilor și veniturilor utilizate în analiza FNA”, astfel încât considerațiile reclamantelor privind analiza „perioadă-cu-perioadă” ar fi deopotrivă pertinente în scopul analizei FNA. Cu toate acestea, întrucât argumentele reclamantelor în această privință au fost respinse (a se vedea punctele 86-95 de mai sus)

și în absența unor precizări suplimentare din partea reclamantelor, în cadrul prezentului motiv, cu privire la eventuale alte modificări ale surselor costurilor și veniturilor utilizate în analiza FNA, prezenta critică trebuie de asemenea să fie respinsă.

- 98 *Secundo*, Comisia ar fi procedat pentru prima dată, în decizia atacată, la o „analiză a sensibilității” valorii terminale utilizate în analiza sa a FNA, întrucât ar fi calculat o asemenea valoare pe baza unei estimări ipotetice a nivelului de rentabilitate viitoare a comerțului cu amănuntul al Telefónica, pornind de la beneficiile viitoare estimate pentru perioada 2007-2011 provenite de la clienți atrași înainte de 2006, fără să menționeze acest aspect în scrisoare privind situația de fapt. În memoriul în replică, reclamantele afirmă în această privință că reiese din considerentul (372) al deciziei atacate că Comisia s-a bazat pe aceste „noi calcule” pentru a justifica alegerea valorii terminale.
- 99 Totuși, acest argument se întemeiază pe o premisă eronată. Astfel, contrar susținerilor reclamantelor, Comisia nu a calculat o valoare terminală bazată pe o estimare ipotetică a nivelului de rentabilitate viitoare a comerțului cu amănuntul al Telefónica, pornind de la beneficiile viitoare estimate în perioada 2007-2011. În considerentul (370) al deciziei atacate, Comisia a indicat în mod precis că „nu [era] pertinent în prezenta cauză să se stabilească dacă pierderile Telefónica în perioada 2001-2006 [puteau] fi compensate de profituri viitoare ipotetice începând din 2007”. În plus, trebuie să se arate că considerentul (372) al deciziei atacate urmărește respingerea abordării alternative propuse de Telefónica în cadrul procedurii administrative în scopul calculării valorii terminale [considerentul (368) al deciziei atacate] și demonstrarea faptului că calcularea acesteia cuprindea mai multe erori majore care ar avea drept efect supraestimarea valorii terminale [considerentul (371) al deciziei atacate]. Or, după cum s-a arătat la punctele 82 și 83 de mai sus, în decizia sa finală, Comisia trebuie să țină seama de elementele care rezultă din procedura administrativă pentru a rectifica și a completa atât în fapt, cât și în drept argumentarea sa în susținerea obiecțiunilor pe care le reține.
- 100 În orice caz, Comisia a subliniat că metoda pe care o utilizează pentru a calcula valoarea terminală în decizia atacată fusese deja anunțată la punctul 446, în nota de subsol 302 și în tabelul 47 din comunicarea privind obiecțiunile (a se vedea de asemenea punctele 21 și 22 din scrisoarea privind situația de fapt). Aceasta a fost, de altfel, criticată de Telefónica în secțiunea 6.3 din răspunsul său la comunicarea menționată și în secțiunea 5.1.2 din răspunsul său la scrisoarea privind situația de fapt.
- 101 Fiind întrebate cu privire la această afirmație în cadrul ședinței, mai întâi, reclamantele au precizat că exista o diferență evidentă între tabelul 47 din comunicarea privind obiecțiunile și tabelul 67 din decizia atacată, întrucât datele privind anul 2006 nu ar fi menționate în comunicarea amintită. Cu toate acestea, trebuie să se considere că lipsa unor astfel de date, care se explică prin data comunicării privind obiecțiunile, din 21 februarie 2006, nu infirmă afirmația Comisiei privind utilizarea aceleiași metode în comunicarea privind obiecțiunile și în decizia atacată. În continuare, reclamantele au repetat că tabelul 67 din decizia atacată cuprindea o „analiză de sensibilitate” (referitoare la anii 2007-2011) destinată să „confirme” analiza valorii terminale, ceea ce ar fi un element nou. Totuși, acest argument trebuie să fie respins pentru motivele expuse la punctul 99 de mai sus. În sfârșit, reclamantele au afirmat că Comisia utilizase CMMTL minime în comunicarea privind obiecțiunile, în timp ce aceasta ar fi utilizat CMMTL maxime în decizia atacată. Acest argument a fost respins totuși la punctele 93-95 de mai sus.
- 102 *Tertio*, Comisia ar fi criticat utilizarea multiplilor veniturilor propuși de Telefónica în răspunsul său la comunicarea privind obiecțiunile și ar fi reajustat calculele FNA prezentate de Telefónica în răspunsul menționat, fără ca Telefónica să fie ascultată în această privință [considerentele (367)-(377) și (533)-(536) ale deciziei atacate]. Comisia s-ar referi de asemenea, în decizia atacată, la achizițiile recente ale Terra Networks SA și O2 plc de către Telefónica [considerentul (377) al deciziei atacate], bazându-se astfel pe documente care nu figurează în dosar.

- 103 În această privință, considerentul (377) al deciziei atacate nu vizează decât să respingă argumentația prezentată de Telefónica în răspunsul său la comunicarea privind obiecțiunile. Or, astfel cum s-a amintit la punctele 82 și 83 de mai sus, sunt admisibile acele adăugări la comunicarea privind obiecțiunile care sunt efectuate în urma memoriului în răspuns al părților, ale căror argumente demonstrează că acestea au putut să își exercite în mod efectiv dreptul la apărare. În plus, metoda de evaluare utilizată cu ocazia achiziționării Terra Networks și a O2 de către Telefónica însăși nu a fost menționată, cu titlu suplimentar, în considerentul menționat decât cu titlu de exemplu, pentru a respinge metoda multiplilor încasărilor adoptată de Telefónica pentru evaluarea activităților sale în răspunsul său la comunicarea privind obiecțiunile. Comisia nu s-a întemeiat, așadar, pe documentele în cauză pentru a-și susține, în speță, obiecțiunea privind existența unei încălcări. Conform jurisprudenței care figurează la punctul 78 de mai sus, critica reclamantelor nu poate, așadar, să fie primită. Pe de altă parte, din documentația privind audierea din 12 iunie 2006, anexată la dosarul Tribunalului, reiese că calculul valorii terminale ca multiplu al veniturilor amintit de reclamante a făcut obiectul dezbaterilor în cursul audierii în cauză.
- 104 În al treilea rând, reclamantele susțin că, în decizia atacată, Comisia ar fi efectuat o comparație a cotelor de piață ale produselor în bandă largă și în bandă îngustă [considerentele (574)-(578) ale deciziei atacate] care nu ar fi figurat în comunicarea privind obiecțiunile și care nu ar fi fost amintită în scrisoarea privind situația de fapt.
- 105 Trebuie arătat că Comisia nu a contestat în înscrisurile sale și nici, atunci când a fost întrebată cu privire la acest aspect, în cadrul ședinței că această comparație nu figura în comunicarea privind obiecțiunile, nici în scrisoarea privind situația de fapt. Totuși, aprecierea efectelor concrete ale încălcării în considerentele (564)-(573) și (579)-(613) ale deciziei atacate se bazează pe numeroase alte elemente deja expuse la punctele 475-532 din comunicarea privind obiecțiunile. Or, deși nu s-a demonstrat că eliminarea ca mijloc de probă a comparației între cotele de piață ale produselor în bandă largă și cele ale produselor în bandă îngustă ar infirma temeinicia obiecțiunilor reținute în decizia atacată, trebuie să se considere că comunicarea privind obiecțiunile cuprindea în speță elementele esențiale pe care se baza concluzia Comisiei privind existența efectelor concrete ale încălcării.
- 106 În al patrulea rând, potrivit reclamantelor, pentru a stabili existența unor efecte concrete pe piața de comercializare cu ridicata, Comisia ar fi utilizat noi date privind cotele suplimentare nete ale Telefónica în raport cu concurenții săi [considerentele (579)-(581) și schema 18 din decizia atacată].
- 107 După cum a arătat Comisia în cadrul ședinței, aceasta indicase deja, la punctul 38 și în nota de subsol 45 din scrisoarea privind situația de fapt, [confidențial]. În plus, trebuie să se considere, după cum subliniază Comisia, că graficul 18 din decizia atacată constituie o reprezentare a datelor referitoare la cotele de piață sau la volumele care figurează deja în tabelul 64 din comunicarea privind obiecțiunile. În această privință, argumentul formulat de reclamante în cadrul ședinței, potrivit căruia, spre deosebire de graficul 18 din decizia atacată, tabelul 64 din comunicarea privind obiecțiunile se referă de asemenea la anul 2001, precum și la operatorul British Telecom, trebuie să fie respins, întrucât aceste elemente nu figurează în decizia atacată. Argumentul reclamantelor nu poate, prin urmare, să fie admis.
- 108 În al cincilea rând, Comisia ar fi emis critici [considerentele (606)-(609) ale deciziei atacate] cu privire la studiul referitor la prețuri anexat de Telefónica la răspunsul său la comunicarea privind obiecțiunile, care ar fi noi și diferite de cele formulate de economistul-șef al Comisiei în cadrul audierii. Este suficient să se constate în această privință că, întrucât criticile Comisiei nu constituie decât o respingere a calculelor propuse de Telefónica în raportul de expertiză inclus în anexa 6 la răspunsul său la comunicarea privind obiecțiunile, iar nu elemente noi pentru a susține concluzia Comisiei privind efectele concrete ale comportamentului Telefónica pe piețele vizate, nu se poate constata nicio încălcare a dreptului la apărare al Telefónica.

109 Rezultă că prezentul motiv trebuie respins în totalitate.

c) Cu privire la al doilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și de drept în definiția piețelor cu ridicata relevante

110 În cadrul prezentului motiv, reclamantele contestă definiția piețelor cu ridicata relevante expusă de Comisie în considerentele (162)-(208) ale deciziei atacate (a se vedea punctele 9-14 de mai sus).

111 Potrivit unei jurisprudențe constante, în scopul analizării poziției, eventual dominantă, a unei întreprinderi pe o piață sectorială determinată, posibilitățile de exercitare a concurenței trebuie evaluate în cadrul pieței care grupează ansamblul produselor sau al serviciilor care, în funcție de caracteristicile lor, sunt în mod deosebit apte să satisfacă nevoi constante și sunt greu de substituit cu alte produse. Mai mult, având în vedere că determinarea pieței relevante servește la evaluarea aspectului dacă întreprinderea vizată are posibilitatea de a împiedica o concurență efectivă și de a se comporta într-o măsură apreciabilă independent de concurenții și de clienții săi și de consumatori, nu este posibilă limitarea, în acest scop, numai la analiza caracteristicilor obiective ale produselor în cauză, ci este de asemenea necesar să se ia în considerare condițiile de concurență și structura cererii și a ofertei de pe piață (a se vedea Hotărârea Curtii din 9 noiembrie 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia*, 322/81, Rec., p. 3461, punctul 37, și Hotărârile *France Télécom/Comisia*, punctul 60 de mai sus, punctul 78, și *Clearstream/Comisia*, punctul 70 de mai sus, punctul 48 și jurisprudența citată).

112 Noțiunea de piață relevantă implică faptul că o concurență efectivă poate să existe între produsele care fac parte din această piață, ceea ce presupune un grad suficient de substituibilitate, în vederea aceleiași utilizări, între toate produsele care fac parte din aceeași piață (*Hotărârea Hoffmann-La Roche/Comisia*, punctul 76 de mai sus, punctul 28, și *Hotărârea Clearstream/Comisia*, punctul 70 de mai sus, punctul 49).

113 De asemenea, din Comunicarea Comisiei privind definirea pieței relevante în sensul dreptului comunitar al concurenței (JO 1997, C 372, p. 5, Ediție specială, 08/vol. 3, p. 60, punctul 7) rezultă că „[o] piață relevantă a produsului cuprinde toate produsele și/sau serviciile pe care consumatorul le consideră interschimbabile sau substituibile, datorită caracteristicilor, prețului și utilizării căreia acestea îi sunt destinate”. Din punct de vedere economic, pentru definirea pieței relevante, substituția la nivelul cererii reprezintă forța disciplinară cea mai imediată și mai eficace care acționează asupra furnizorilor unui anumit produs, în special în ceea ce privește deciziile acestora în materie de prețuri (punctul 13 din această comunicare). În plus, pentru definirea pieței relevante se poate ține seama de asemenea de substituibilitatea la nivelul ofertei, în cazurile în care aceasta ar avea efecte echivalente celor ale substituibilității la nivelul cererii în ceea ce privește eficacitatea și caracterul imediat. Acest lucru înseamnă ca furnizorii să fie în măsură să își reorienteze producția spre produsele relevante și să le comercializeze pe termen scurt fără a suporta costuri sau riscuri suplimentare semnificative ca reacție la variațiile mici, dar permanente ale prețurilor relative (punctul 20 din comunicarea menționată).

114 În primul rând, reclamantele susțin că degрупarea buclei locale, produsul cu ridicata regional și produsul cu ridicata național aparțin aceleiași piețe relevante a produselor. În ceea ce privește substituibilitatea la nivelul cererii a acestor produse, reclamantele afirmă că acestea permit operatorilor alternativi să ofere aceleași servicii cu amănuntul în bandă largă. Comisia ar fi recunoscut, de altfel, în considerentele (154) și (155) ale deciziei atacate, că produsele respective aparțin aceleiași piețe de comercializare cu amănuntul relevante.

- 115 *Primo*, reclamantele susțin că Comisia a considerat în mod eronat că costurile de substituire a produselor cu ridicata național și regional prin degрупarea buclei locale erau „extrem de ridicate” și că o asemenea substituie era un „proces lung” și necesita o „masă critică minimă”. Reclamantele afirmă de asemenea că operatorii alternativi au putut să recurgă la bucla locală din anul 2001 și că aceasta a cunoscut un progres considerabil între 2004 și 2006.
- 116 Trebuie amintit că, în decizia atacată, Comisia a subliniat investițiile considerabile necesitate de trecerea de la produsul cu ridicata național la produsul cu ridicata regional [considerentul (185) al deciziei atacate]. Comisia a constatat de asemenea că trecerea de la produsul cu ridicata regional la degрупarea buclei locale era extrem de costisitoare, întrucât presupunea extinderea unei rețele, de la punctul de interconectare regional la liniile locale ale Telefónica, prețuri cu ridicata importante impuse de Telefónica pentru a efectua această migrare și obținerea colocării și a altor servicii asociate pentru a putea furniza servicii de acces cu amănuntul în bandă largă. În plus, potrivit Comisiei, o astfel de migrare ia mult timp, nu este o opțiune viabilă pentru ansamblul teritoriului spaniol și necesită o masă critică minimă [considerentele (173)-(177) ale deciziei atacate]. Comisia a amintit de asemenea în considerentul (180) al deciziei atacate că, într-o scrisoare din 2 martie 2005 adresată Comisiei, Telefónica însăși se referise la faptul că operatorii alternativi trebuiau să aștepte o masă critică înainte de a începe să investească în propria infrastructură care le-ar permite să utilizeze degрупarea buclei locale.
- 117 Or, mai întâi, reclamantele nu au contestat constatările din decizia atacată potrivit cărora, pentru a proceda la degрупarea buclei locale, operatorii alternativi trebuiau să fie prezenți fizic și să își colocalizeze echipamentele cu cele ale Telefónica, care este singura întreprindere care deține o rețea de acces local pe întreg teritoriul spaniol, ceea ce i-a constrâns să le instaleze în cele 6 836 de repartitoare principale ale Telefónica și presupunea investiții prealabile foarte importante [considerentele (80), (81) și tabelul 8 din decizia atacată; a se vedea de asemenea considerentul (132) al deciziei atacate]. În înscrisurile lor sau în cadrul ședinței, reclamantele nu au contestat nici faptul că investițiile Telefónica în acest scop s-au ridicat la mai mult de 1 500 de milioane de euro, la care ar trebui adăugate investițiile necesare pentru a se conecta la cele 109 puncte de acces indirect ale produsului cu ridicata regional, care ar reprezenta [confidențial] milioane de euro [considerentele (164), (185), tabelul 9 și notele de subsol 73 și 74 din decizia atacată]. Or, după cum arată în mod întemeiat Comisia, aceste investiții sunt considerabile. Astfel, Comisia a indicat, fără să fie contrazisă de reclamante, că însăși investiția de 200 de milioane de euro care, potrivit Telefónica, ar fi fost necesară pentru ca un operator alternativ să își poată extinde rețeaua locală reprezenta mai mult de 130 % din veniturile cumulate de Jazztel pe piața de comercializare cu amănuntul între 2001 și 2006.
- 118 În continuare, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia Jazztel, în pofida faptului că ar fi lipsită de „masă critică minimă” [considerentul (177) al deciziei atacate] și nu deținuse decât o cotă de piață mai mică de 1 % la începutul perioadei 2001-2006, ar fi fost totuși în măsură să realizeze o investiție de 200 de milioane de euro, ceea ce ar contrazice afirmația care figurează în considerentul (164) al deciziei atacate potrivit căreia ar fi necesare între 580 și 670 de milioane de euro pentru a extinde o rețea de buclă locală care cuprinde între 550 și 575 de centrale.
- 119 Pe de o parte, argumentul reclamantelor se bazează exclusiv pe o comunicare a Jazztel către comisión nacional del mercado de valores (Comisia Națională pentru Piața Valorilor Mobiliare spaniolă) din 27 iulie 2007, în care Jazztel ar fi afirmat că, „în cursul exercițiilor 2005 și 2006, întreprinderea investi[se] mai mult de 200 de milioane de euro în extinderea rețelei de buclă locală de ultimă generație celei mai întinse și mai moderne din Spania” și că „întreprinderea [avea] intenția de a-și reduce investițiile în mod semnificativ în 2007, după terminarea lucrărilor de dezvoltare a rețelei”. Or, nu rezultă din această afirmație că totalitatea cheltuielilor de extindere a rețelei Jazztel s-au ridicat la „mai mult de 200 de milioane de euro”, ci numai că această sumă a fost investită în extinderea rețelei în 2005 și 2006. Astfel cum arată Comisia, fără să fie contrazisă în această privință de reclamante, valoarea investițiilor menționate în comunicarea amintită nu include investițiile deja realizate de

Jazztel înainte de 2005 în scopul extinderii rețelei sale, printre care în special cei 2 718 km ai rețelei de buclă locală instalați de Jazztel începând cu sfârșitul anului 2004, nici investițiile pe care Jazztel va trebui să le mai realizeze pentru a finaliza extinderea rețelei menționate.

- 120 Pe de altă parte, chiar dacă se presupune, după cum susțin reclamantele, că, la 28 februarie 2007, Jazztel a reușit efectiv să se colocalizeze în cele 607 repartitoare ale Telefónica, în afară de faptul că această informație este ulterioară perioadei încălcării, acest lucru nu înseamnă în mod necesar că Jazztel a realizat deja investițiile necesare pentru extinderea rețelei sale până la aceste repartitoare. Astfel, în martie 2006, Jazztel racordase la rețeaua sa 38 sau 44 % (potrivit Comisiei) sau 53 % (potrivit reclamantelor) din 470 de „schimburi locale” pe care le instalase. Or, argumentul reclamantelor, a cărui exactitudine este contestată de Comisie, potrivit căruia conectarea repartitoarelor la rețeaua Jazztel ar fi un serviciu independent de degрупare, pe care operatorii alternativi îl pot obține de la un alt operator decât Telefónica, nu pune sub semnul întrebării faptul că această investiție face parte din investițiile necesare pentru ca un operator alternativ să poată beneficia de serviciul de degрупare de la bucla locală [considerentul (132) al deciziei atacate]. În plus, întrucât Telefónica deține 6 836 de repartitoare principale, faptul de a se plasa în cele 607 repartitoare ale Telefónica acoperă, din punct de vedere geografic, mai puțin de 10 % din centralele Telefónica și permite numai, potrivit Telefónica însăși, atingerea a aproximativ 60 % din clienții potențiali. Pe de altă parte, această acoperire nu a fost atinsă decât la sfârșitul anului 2006, respectiv la șase ani după ce bucla locală a devenit disponibilă.
- 121 În această privință, argumentul reclamantelor potrivit căruia, chiar dacă investițiile necesare în scopul utilizării unui alt produs cu ridicata erau efectiv importante, Comisia nu ar fi calculat beneficiile care rezultă din utilizarea buclei locale (venituri superioare, diversitatea serviciilor finale cu amănuntul și independența tehnologică a Telefónica) trebuie de asemenea să fie respins. Astfel, după cum a indicat în mod întemeiat Comisia în considerentul (176) al deciziei atacate, un operator alternativ care dorește să substituie produsului cu ridicata regional degрупarea buclei locale va trebui să realizeze investițiile necesare în scopul extinderii rețelei sale, dar nu va obține beneficiile acestei schimbări decât după ce a atins o clientelă suficientă, fapt care nu este nici sigur și nici imediat.
- 122 În sfârșit, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia progresele considerabile și rapide ale buclei locale între anii 2004 și 2006 care au condus la o acoperire de mai mult de 60 % din instalațiile Telefónica demonstrează că „factorul timp” nu constituie un obstacol pentru substituirea produselor cu ridicata național sau regional prin degрупarea buclei locale.
- 123 După cum rezultă în special din cuprinsul punctelor 16, 20, 21 și 23 din Comunicarea privind definirea pieței relevante în sensul dreptului comunitar al concurenței menționată la punctul 113 de mai sus și astfel cum a amintit în mod întemeiat Comisia în considerentul (172) al deciziei atacate, substituibilitatea necesară în scopul definirii pieței relevante trebuie să se materializeze pe termen scurt, ceea ce, potrivit considerentelor (172)-(175) ale deciziei atacate, nu se întâmplă în speță.
- 124 Argumentul reclamantelor invocat pentru a infirma această concluzie, potrivit căruia operatorii alternativi nu ar fi considerat oportun să solicite accesul la bucla locală înainte de 2004, într-o perioadă în care ar fi atins o acoperire de mai mult de 60 % din instalațiile Telefónica, trebuie să fie respins în această privință.
- 125 Astfel, deși TESAU este supusă unei obligații legale de închiriere a cablului de cupru operatorilor alternativi începând din luna decembrie 2000 [considerentul (81) al deciziei atacate], utilizarea efectivă a buclei locale nu a început, într-o măsură limitată, decât la sfârșitul anului 2004 și la începutul anului 2005 [considerentul (96) și schema 2 din decizia atacată]. Pe de o parte, având în vedere investițiile necesare (a se vedea punctele 117-121 de mai sus) și după cum a recunoscut chiar Telefónica [considerentul (180) al deciziei atacate], operatorii alternativi au atins o masă critică în ceea ce privește conexiunile și experiența de piață numai în anul 2004, ceea ce le-a permis să investească în infrastructurile rețelei și să înceapă, astfel, să migreze conexiunile de acces cu ridicata indirect către accesul separat la bucla locală [a se vedea de asemenea considerentele (177)-(180) ale deciziei atacate și

punctul 129 de mai sus]. Pe de altă parte, după cum rezultă în special din considerentul (143) al deciziei atacate, au fost constatate intervale de timp importante între momentul în care operatorii alternativi solicitau accesul separat la bucla locală a Telefónica și momentul în care le era acordat un asemenea acces. În această privință, trebuie să se arate că, după cum reiese din tabelul 60 din decizia atacată, ale cărui date nu au fost contestate de reclamante, pretinsa acoperire de mai mult de 60 % din instalațiile Telefónica nu a fost realizată decât în decembrie 2006, respectiv la sfârșitul perioadei încălcării.

126 În această privință, argumentul reclamantelor potrivit căruia existența unor bariere la accesul la bucla locală ar fi fost dezmințită de Comisión Nacional de la Competencia (Comisia Națională a Concurenței din Spania) în decizia din 22 octombrie 2007 trebuie de asemenea să fie respins. Chiar dacă se presupune că reiese din această decizie că, în această cauză, organismul însărcinat cu protecția concurenței nu a „acreditat faptul că întârzierile prezumate au fost reale” în niciun moment al investigării, această decizie nu pune sub semnul întrebării constatările care figurează în considerentele (139) și (140) ale deciziei atacate, care nu au fost contestate de Telefónica în înscrisurile sale, potrivit cărora, începând din anul 2002, CMT a fost sesizată cu 55 de conflicte privind accesul la bucla locală, dintre care cea mai mare parte au condus la o decizie în defavoarea Telefónica.

127 *Secundo*, reclamantele susțin că există produse cu ridicata, altele decât degрупarea buclei locale, care permit prezentarea unei oferte „diferite”, de exemplu servicii de telefonie prin protocolul IP (Internet Protocol). Cu toate acestea, părțile au confirmat, în esență, în cadrul ședinței, că existau diferențe funcționale între produsele cu ridicata național, regional și degрупarea buclei locale, ceea ce rezultă, de altfel, din considerentele (66), (70), (82), (85), (87), (89), (165) și (171) și din nota de subsol 47 din decizia atacată. Deși, desigur, în cadrul ședinței, reclamantele au susținut că produsul cu ridicata regional permitea un „anumit nivel de diferențiere”, trebuie să se considere, astfel cum precizează Comisia în considerentele menționate anterior, că un operator care optează pentru degрупarea buclei locale a Telefónica poate controla o parte substanțială a lanțului de valoare și numeroase aspecte ale serviciului său cu amănuntul. După cum rezultă din considerentele (82), (87), (89) și (171) ale deciziei atacate, contrar degрупării de la bucla locală, accesul la produsele cu ridicata național și regional nu permite operatorilor alternativi să își diferențieze în mod semnificativ produsul cu amănuntul de cel al Telefónica, astfel încât trebuie să se limiteze să concureze cu Telefónica pe baza prețurilor. În această privință, reclamantele însele subliniază, în memoriul în replică, faptul că investiția în bucla locală atrage o diversitate mai mare de servicii finale cu amănuntul. Acestea se referă în acest scop la exemplele France Telecom, care ar fi fost prima întreprindere care a oferit în Spania un produs care includea comunicațiile vocale și internetul, și Jazztel, care ar fi fost prima întreprindere care a comercializat un produs cu amănuntul cu o viteză de conexiune care poate ajunge până la 20 de megabiți pe secundă.

128 *Tertio*, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia ar exista o „substituibilitate suficientă” între produsul cu ridicata regional, produsul cu ridicata național și degрупarea buclei locale, din cauza faptului că, în fiecare centrală a Telefónica, un număr suficient de operatori alternativi ar utiliza o combinație de diferite produse cu ridicata care corespunde cel mai bine cerințelor acestora și că respectiva substituibilitate „marginală” ar fi suficientă pentru a considera în speță că aceste produse aparțin aceleiași piețe relevante a produsului.

129 Mai întâi, trebuie să se arate, astfel cum a procedat Comisia, că faptul că anumiți operatori au investit pentru extinderea propriilor rețele și au putut crește începând cu anul 2004 utilizarea buclei locale nu confirmă existența unei substituibilități efective între produsele cu ridicata național și regional și degрупarea buclei locale în perioada încălcării, ci este rezultatul unui proces de migrare progresivă, descris de Comisie în special în considerentele (93)-(103) ale deciziei atacate. Or, pe de o parte, o asemenea migrație necesită investiții considerabile care se întind pe mai mulți ani. Pe de altă parte, din cauza costurilor substanțiale nerecuperabile asociate acestei migrări și progresiei pe „scara investițiilor” (a se vedea nota de subsol 82 din decizia atacată), este puțin probabil ca un operator alternativ să substituie degрупării de la bucla locală produsele cu ridicata național sau regional în cazul unei creșteri ușoare, dar semnificativă și permanentă, a prețului degрупării de la bucla locală.

- 130 În continuare, utilizarea de către operatorii alternativi, în perioada încălcării, în fiecare centrală, a unei combinații optime de produse cu ridicata, care ar include degрупarea buclei locale, nu a fost confirmată. Astfel, din considerentele (102) și (103) ale deciziei atacate, care nu au fost contestate de reclamante în înscrisurile lor, rezultă că, până în 2002, France Telecom a cumpărat aproape exclusiv produsul cu ridicata național al Telefónica, acesta fiind înlocuit, la sfârșitul anului 2002, de o ofertă cu ridicata națională alternativă bazată pe produsul cu ridicata regional al Telefónica. Numai începând cu luna februarie 2005 numărul de bucle locale degрупate ale France Telecom a crescut în mod semnificativ, în timp ce avea loc o reducere a numărului de linii naționale alternative cu ridicata bazate pe produsul cu ridicata regional al Telefónica. În plus, până în ultimul trimestru al anului 2004, Ya.com a cumpărat exclusiv produsul cu ridicata național al Telefónica și nu a început să utilizeze progresiv degрупarea buclei locale decât începând cu iulie 2005, odată cu achiziționarea Albura.
- 131 În sfârșit, argumentul reclamantelor nu poate fi aplicat decât concurenților Telefónica care dispun de o rețea care le permite degрупarea buclei locale, cu excluderea concurenților potențiali ai Telefónica care nu ar fi efectuat încă investiții în scopul utilizării produsului cu ridicata regional sau a degрупării de la bucla locală.
- 132 *Quarto*, în ceea ce privește argumentul reclamantelor potrivit căruia Servicio de Defensa de la Competencia (Serviciul de Protecție a Concurenței spaniol) ar fi admis existența unei singure piețe cu ridicata relevante în cauza Telefónica/Iberbanda (raportul Serviciului de Protecție a Concurenței N-06038, Telefónica/Iberbanda), este suficient să se arate că reclamantele nu contestă afirmația Comisiei, formulată în înscrisurile sale, potrivit căreia, în această cauză, aprecierea operațiunii nu depindea de o limitare mai mult sau mai puțin restrânsă a piețelor, cotele de piață ale Iberbanda fiind foarte reduse, și că această autoritate, în decizia sa finală, s-a referit în mod expres la diferențierea operată de CMT între degрупarea buclei locale și accesurile cu ridicata indirecte.
- 133 *Quinto*, trebuie amintit că reclamantele au arătat ele însele, în răspunsul lor inițial la plângerea France Telecom, că degрупarea buclei locale și produsele cu ridicata de acces indirect nu erau substituibile [considerentul (170) al deciziei atacate]. În plus, astfel cum a indicat Comisia în considerentul (182) al deciziei atacate, toate ARN care au analizat piața cu ridicata a accesului în bandă largă în țările lor respective incluzând CMT în ceea ce privește piața spaniolă, au considerat, din motive similare, că degрупarea buclei locale și produsele cu ridicata de acces indirect constituiau piețe distincte. O asemenea abordare este, după cum arată în mod întemeiat Comisia, conformă și Recomandării 2003/311/CE a Comisiei din 11 februarie 2003 privind piețele relevante de produse și de servicii din sectorul comunicațiilor electronice care pot face obiectul unei reglementări *ex ante*, în conformitate cu Directiva 2002/21/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind un cadru de reglementare comun pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice (JO L 114, p. 45), care distinge piața accesului cu ridicata separat (inclusiv accesul partajat) la buclele și la sub-buclele metalice pentru furnizarea de servicii în bandă largă și de servicii vocale (piața 11) de piața accesului cu ridicata în bandă largă (piața 12).
- 134 Având în vedere cele precedente, trebuie să se considere că în mod întemeiat Comisia a considerat, în considerentele (163)-(182) ale deciziei atacate, că degрупarea buclei locale nu făcea parte din piața relevantă în speță.
- 135 În al doilea rând, reclamantele contestă concluzia deciziei atacate potrivit căreia produsele cu ridicata regional și național nu aparțin aceleiași piețe. *Primo*, reclamantele arată că Comisia a recurs la exemple teoretice și străine de realitatea pieței spaniole.

- 136 În această privință, desigur, Comisia se referă, în considerentul (185) al deciziei atacate, la estimările autorității de reglementare a telecomunicațiilor franceze (ART) privind costurile generate de trecerea produselor cu ridicata națională la produsele cu ridicata regională, care ar fi cuprinse între 150 și 300 de milioane de euro, deși se estimează că, în Franța, o acoperire națională ar putea fi atinsă prin intermediul interconectării la nivelul a 20 de puncte de acces indirecte.
- 137 Cu toate acestea, estimările ART, deși referitoare la o piață geografică diferită, sunt relevante în scopul ilustrării investițiilor necesare pentru extinderea unei asemenea rețele. Astfel, după cum rezultă din nota de subsol 166 din decizia atacată, numărul de puncte de acces indirect este de aproximativ cinci ori mai mare în Spania decât în Franța și, astfel, se poate considera că, prin urmare, costurile pentru extinderea unei rețele în Spania ar fi vădit mai ridicate decât în Franța. În plus, după cum s-a arătat în considerentul (723) al deciziei atacate, piața benzii largi din Franța se caracterizează printr-o structură asemănătoare celei din Spania, în privința existenței unui acces cu ridicata la nivelele local, național și regional.
- 138 *Secundo*, reclamantele susțin că Comisia își bazează definiția celor două piețe distincte pe lipsa unei justificări economice a trecerii de la produsul cu ridicata regional la produsul cu ridicata național, invocată de France Telecom [considerentul (187) al deciziei atacate], deși France Telecom ar fi contrazis ea însăși această afirmație în documentele depuse la dosar, afirmând că un operator alternativ ar putea să decidă să migreze de la produsul cu ridicata regional la produsul cu ridicata național dacă prețul acestuia din urmă ar scădea. În plus, Albura ar fi reușit să reproducă rețeaua de acces regional a Telefónica.
- 139 În această privință, trebuie să se arate mai întâi că, după cum rezultă din considerentul (187) al deciziei atacate, ținând cont de costurile nerecuperabile, operatorii alternativi, care au făcut deja investițiile necesare pentru a se conecta la cele 109 puncte de acces indirecte, își vor valorifica investițiile și vor alege produsul cu ridicata regional mai degrabă decât să concentreze traficul într-un punct unic de acces național. Astfel, având în vedere costurile asociate trecerii de la produsul cu ridicata național la produsul cu ridicata regional, chiar și în cazul unei creșteri ușoare, dar semnificative și permanente, a prețului produsului cu ridicata regional, ar fi puțin probabil și illogic din punct de vedere economic ca operatorii, care au investit deja în extinderea unei rețele, să suporte costul de a nu utiliza această rețea și să decidă să utilizeze produsul cu ridicata național, care nu le-ar oferi aceleași posibilități în privința controlului calității service-ului produsului cu amănuntul ca și produsul cu ridicata regional. În plus, întrebata în această privință în cadrul ședinței, France Telecom a confirmat într-adevăr că aprecia că nu exista nicio justificare economică pentru a trece de la produsul cu ridicata regional la produsul cu ridicata național. Faptul că, desigur, o astfel de migrare a fost efectuată într-o singură etapă, în mod excepțional, este cauzat de o constrângere tehnică legată de necesitatea ca France Telecom să obțină capacități suplimentare la nivelul produsului cu ridicata regional. Prin urmare, argumentul reclamantelor nu poate fi reținut.
- 140 *Tertio*, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia Comisia ar fi acceptat, în trecut, „substituția asimetrică” în scopul de a delimita piața relevantă a produsului, întrucât nu poate fi vorba despre o astfel de substituție în speță, trecerea de la produsul cu ridicata național la produsul cu ridicata regional luând timp și necesitând investiții foarte importante (a se vedea punctul 129 de mai sus) și trecerea de la produsul cu ridicata regional la produsul cu ridicata național fiind illogică din punct de vedere economic (a se vedea punctul 139 de mai sus). De altfel, rezultă din jurisprudența Tribunalului că o disproporție importantă între ratele de migrare între două produse nu acreditează teza interșanjabilității acestora în ochii consumatorilor (Hotărârea France Télécom/Comisia, punctul 60 de mai sus, punctele 86-91).
- 141 *Quarto*, reclamantele susțin că Comisia ar fi recunoscut, în Recomandarea 2003/311, că cele două produse de acces indirect cu ridicata fac parte din aceeași piață. Totuși, trebuie amintit că Recomandarea 2003/311, în expunerea sa de motive, pe de o parte, exclude în mod explicit din domeniul său de aplicare piața cu ridicata a revânzării în bandă largă, cu alte cuvinte produsele de

acces național într-un punct unic precum produsul cu ridicata național, în care traficul operatorului alternativ trece integral prin rețeaua Telefónica, și, pe de altă parte, subliniază existența unor bariere foarte importante la intrare în ceea ce privește accesul cu ridicata în bandă largă, în măsura în care trebuie să fie extinsă o rețea pentru a furniza serviciul. Pe de altă parte, articolul 15 din Directiva 2002/21/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002 privind un cadru de reglementare comun pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice („Directiva-cadru”) (JO L 108, p. 33, Ediție specială, 13/vol. 35, p. 195), la care se referă în mod expres preambulul Recomandării 2003/311, și considerentul (18) al recomandării menționate prevăd că piețele definite în scopul intervenției de reglementare sunt astfel de piețe fără a aduce atingere piețelor care ar putea fi definite în cadrul cauzelor specifice în dreptul concurenței.

142 *Quinto*, reclamantele susțin că, în decizia din 6 aprilie 2006, confirmată prin decizia din 1 iunie 2006, CMT ar fi considerat de asemenea că produsul cu ridicata regional și produsul cu ridicata național fac parte din aceeași piață. În această privință, contrar deciziei atacate, decizia CMT din 1 iunie 2006 se înscrie în cadrul unei analize prospective. În plus, în observațiile formulate în legătură cu proiectul de decizie a CMT, Comisia indicase, de altfel, că trăsăturile actuale și condițiile pieței spaniole a accesului în bandă largă ar putea eventual să justifice o segmentare a pieței cu ridicata a accesului în bandă largă în două piețe relevante ale produsului. În sfârșit, în decizia din 1 iunie 2006, CMT a exclus ea însăși ADSL-IP Total din piața 12. Or, Telefónica nu contestă că ADSL-IP și ADSL-IP Total fac parte din aceeași piață a accesului național cu ridicata [a se vedea în această privință considerentele (88)-(95), (109) și (110) ale deciziei atacate].

143 Având în vedere considerațiile care precedă, trebuie să se concluzioneze că în mod întemeiat Comisia a considerat, în considerentele (183)-(195) ale deciziei atacate, că produsele cu ridicata național și regional nu aparțineau aceleiași piețe.

144 Prin urmare, al doilea motiv trebuie respins.

d) Cu privire la al treilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și de drept în stabilirea pretensei poziții dominante a Telefónica pe piețele relevante

145 În cadrul celui de al treilea motiv, reclamantele susțin că Comisia a săvârșit erori de fapt și de drept în stabilirea pretensei poziții dominante a Telefónica pe piețele relevante.

146 Cu titlu introductiv, trebuie respinse argumentele reclamantelor potrivit cărora, pentru a constata un abuz de poziție dominantă al Telefónica sub forma unei foarfeci tarifare, Comisia ar fi trebuit să stabilească faptul că Telefónica dispunea de o poziție dominantă atât pe piața de comercializare cu ridicata, cât și pe piața de comercializare cu amănuntul. Astfel, după cum rezultă din jurisprudența Curții, caracterul abuziv al unei practici tarifare instituite de o întreprindere integrată vertical care deține o poziție dominantă pe o piață relevantă cu ridicata și care conduce la micșorarea marjei concurenților acestei întreprinderi pe piața de comercializare cu amănuntul nu depinde de existența unei poziții dominante a acestei întreprinderi pe această din urmă piață (Hotărârea Curții din 17 februarie 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, Rep., p. I-527, punctul 89). Prin urmare, examinarea argumentelor reclamantelor referitoare la stabilirea poziției dominante a Telefónica se impune numai în ceea ce privește piețele cu ridicata relevante.

147 Potrivit unei jurisprudențe constante, o poziție dominantă poate fi definită ca o poziție de putere economică deținută de o întreprindere care îi permite să împiedice menținerea unei concurențe efective pe piața de referință, dându-i posibilitatea de a avea un comportament în mare măsură independent față de concurenții săi, de clienții săi și, în sfârșit, de consumatori (Hotărârea Curții United Brands și United Brands Continental/Comisia, punctul 72 de mai sus, punctul 65, și Hotărârea Curții din 15 decembrie 1994, DLG, C-250/92, Rec., p. I-5641, punctul 47, Hotărârea Tribunalului din 22 noiembrie 2001, AAMS/Comisia, T-139/98, Rec., p. II-3413, punctul 51,

Hotărârea Tribunalului din 23 octombrie 2003, Van den Bergh Foods/Comisia, T-65/98, Rec., p. II-4653, punctul 154, și Hotărârea Tribunalului France Télécom/Comisia, punctul 60 de mai sus, punctul 99).

- 148 Ca regulă generală, existența unei poziții dominante poate rezulta din mai mulți factori care, analizați separat, nu ar fi obligatoriu concludenți (Hotărârea United Brands și United Brands Continentaal/Comisia, punctul 72 de mai sus, punctul 66, și Hotărârea DLG, punctul 147 de mai sus, punctul 47). Printre acești factori, existența unor cote de piață ample este foarte relevantă (Hotărârea Tribunalului din 12 decembrie 1991, Hilti/Comisia, T-30/89, Rec., p. II-1439, punctul 90, și Hotărârea Tribunalului din 25 iunie 2010, Imperial Chemical Industries/Comisia, T-66/01, Rep., p. II-2631, punctele 255 și 256).
- 149 Astfel, reiese dintr-o jurisprudență constantă că niște cote de piață extrem de importante constituie, în sine și în afara unor împrejurări excepționale, dovada existenței unei poziții dominante. O întreprindere care deține o cotă de piață extrem de importantă pentru o anumită perioadă, prin volumul producției și prin oferta pe care o reprezintă – fără ca deținătorii unor cote semnificativ mai mici să fie în măsură să satisfacă rapid cererile celor care ar dori să se detașeze de întreprinderea deținătoare a celei mai importante cote de piață –, se află într-o situație de forță care o transformă într-un partener obligatoriu și care, doar prin acest fapt, îi asigură, cel puțin pentru perioade relativ lungi, independența de acțiune caracteristică poziției dominante (Hotărârile Hoffmann-La Roche/Comisia, punctul 76 de mai sus, punctul 41, Van den Bergh Foods/Comisia, punctul 147 de mai sus, punctul 154, și Imperial Chemical Industries/Comisia, punctul 148 de mai sus, punctul 256; a se vedea de asemenea Hotărârea France Télécom/Comisia, punctul 60 de mai sus, punctul 100).
- 150 Potrivit jurisprudenței, o cotă de piață de 50 % constituie, în sine și în afara unor împrejurări excepționale, o poziție dominantă (Hotărârea Curții din 3 iulie 1991, AKZO/Comisia, C-62/86, Rec., p. I-3359, punctul 60, și Hotărârea Imperial Chemical Industries/Comisia, punctul 148 de mai sus, punctul 256). De asemenea, o cotă de piață de 70-80 % constituie, în sine, un indiciu clar privind existența unei poziții dominante (Hotărârea Tribunalului Hilti/Comisia, punctul 148 de mai sus, punctul 92, Hotărârea Tribunalului din 30 septembrie 2003, Atlantic Container Line și alții/Comisia, T-191/98, T-212/98-T-214/98, Rec., p. II-3275, punctul 907, și Hotărârea Tribunalului Imperial Chemical Industries/Comisia, punctul 148 de mai sus, punctul 257).
- 151 În speță, reclamantele susțin că Telefónica nu dispune de o poziție dominantă pe „piața cu ridicata” a accesului în bandă largă.
- 152 În ceea ce privește piețele cu ridicata ale accesului la internet în bandă largă, trebuie amintit că, după cum rezultă din considerentele (162)-(208) ale deciziei atacate și din punctele 110-143 de mai sus, produsul cu ridicata regional și produsul cu ridicata național nu aparțin aceleiași piețe a produsului, astfel încât trebuie să se evalueze separat existența eventuală a unei poziții dominante a Telefónica pe fiecare dintre aceste piețe.
- 153 În primul rând, Comisia a considerat, în considerentul (232) al deciziei atacate, că Telefónica deținea o poziție dominantă pe piața de comercializare cu ridicata regională. Pentru a ajunge la această concluzie, Comisia s-a bazat pe cota de piață de 100 % a Telefónica și pe poziția sa de monopol de fapt pe această piață [considerentul (223) al deciziei atacate]. Comisia s-a referit de asemenea la barierele la intrare considerabile de pe această piață, în special la faptul că operatorii alternativi trebuiau să construiască o rețea de acces local alternativă nouă sau să degroupeze buclele locale ale Telefónica.
- 154 Astfel, în considerentele (224)-(226) ale deciziei atacate, Comisia a subliniat costurile nerecuperabile semnificative pentru noii operatori care intenționează să ofere servicii în bandă largă cu ridicata de acces regional prin bucla locală a Telefónica, precum și economiile de scară și de gamă considerabile de care beneficia Telefónica. Pe de altă parte, în considerentul (227) al deciziei atacate, Comisia a arătat că existau obstacole și întârzieri considerabile în accesul la degрупarea buclei locale în perioada

încălcării, astfel încât chiar și un operator care și-ar fi extins propria rețea nu ar fi fost în măsură să concureze cu Telefónica. În considerentul (228) al deciziei atacate, Comisia a arătat că necesitatea de a dispune de un număr suficient de clienți pentru serviciile în bandă largă reprezenta o barieră suplimentară la intrarea pe piață pentru operatorii care investeau în degрупarea buclei locale, astfel încât aceștia aveau, probabil, costuri unitare mai ridicate decât Telefónica cu ocazia extinderii rețelilor lor locale. Comisia a concluzionat că operatorii alternativi care investesc în prezent în degрупarea buclei locale nu vor avea niciun impact semnificativ asupra concurenței pe piața de comercializare cu ridicata a accesului regional chiar și pe termen lung și că acest impact nu va fi niciodată național [considerentele (229) și (230) ale deciziei atacate].

155 *Primo*, trebuie arătat că reclamantele nu contestă că Telefónica a fost singurul operator care furniza produsul cu ridicata regional în Spania începând cu anul 1999 [considerentul (223) al deciziei atacate], dispunând astfel pe această piață de un monopol de fapt.

156 *Secundo*, reclamantele susțin că, în pofida cotei sale de piață, Telefónica a fost supusă unei presiuni concurențiale constante din partea concurenților săi, care și-au crescut în mod constant și progresiv prezența pe „piața cu ridicata”. În această privință, după cum s-a amintit la punctul 152 de mai sus, Comisia a considerat în mod întemeiat că produsele cu ridicata național și regional nu aparțineau aceleiași piețe. Prin urmare, exemplele citate de reclamante în memoriul în replică, referitoare la Arsys, care ar fi lansat un produs cu amănuntul în bandă largă utilizând exclusiv oferta cu ridicata a Uni2, la Tele2, la Tiscali și la Auna, care ar fi utilizat serviciile cu ridicata ale Albura, nu pot fi reținute, acestea referindu-se la oferta cu ridicata națională.

157 *Tertio*, nici argumentul reclamantelor potrivit căruia „piața cu ridicata” ar fi o „piață contestabilă”, pe care clienții și concurenții Telefónica puteau reproduce rețeaua acesteia, astfel încât erau în măsură să exercite o presiune concurențială efectivă independent de cotele lor de piață, nu poate fi acceptat, având în vedere investițiile necesare pentru construirea unei rețele de acces local alternative noi sau pentru degрупarea buclelor locale ale Telefónica, ceea ce este indispensabil pentru ca un operator alternativ să poată oferi un produs cu ridicata de acces regional concurent al produsului cu ridicata regional al Telefónica (a se vedea în special punctul 129 de mai sus).

158 Rezultă că reclamantele nu au invocat niciun element de natură să conteste concluzia Comisiei potrivit căreia Telefónica deținea o poziție dominantă pe piața cu ridicata regională în perioada încălcării.

159 În al doilea rând, Comisia a considerat că Telefónica dispunea de o poziție dominantă pe piața accesului național cu ridicata. Astfel, Comisia afirmă în considerentul (234) al deciziei atacate că, până în ultimul trimestru al anului 2002, nu exista nicio alternativă reală la produsul cu ridicata național al Telefónica. Pe de altă parte, începând din 2002 și pe toată durata încălcării, cota de piață a Telefónica ar fi rămas în mod constant peste 84 % [considerentul (235) al deciziei atacate]. În considerentele (236)-(241) ale deciziei atacate, Comisia s-a referit, de asemenea, *primo*, la diferența importantă dintre cota de piață deținută de Telefónica și cea a concurenților săi principali, cota de piață a Telefónica fiind de mai mult de 11 ori mai mare decât cea a concurentului său principal [considerentul (236) al deciziei atacate], *secundo*, la economiile de scară și de gamă, precum și la integrarea verticală de care beneficia Telefónica, care îi permitea să își recupereze costurile datorită volumelor importante de trafic generate prin intermediul bazei sale largi de abonați [considerentul (237) al deciziei atacate], *tertio*, la controlul său al buclei locale, care îi permitea să influențeze în mod semnificativ disponibilitatea produselor cu ridicata concurente [considerentul (240) al deciziei atacate], și, *quarto*, la rețeaua sa moștenită dintr-un fost monopol, care nu putea fi reprodusă ușor [considerentul (241) al deciziei atacate].

160 Pentru a demonstra inexistența poziției dominante a Telefónica pe piața de comercializare cu ridicata națională, reclamantele invocă mai multe argumente. *Primo*, acestea susțin că rețeaua Telefónica ar putea fi reprodusă.

- 161 Astfel, reclamantele afirmă că rețeaua Telefónica a fost reprodusă integral de mai mulți operatori alternativi. Cu toate acestea, astfel cum Comisia a constatat în mod întemeiat în considerentul (239) al deciziei atacate, aceste exemple nu demonstrează absența unei poziții dominante a Telefónica pe piața de comercializare cu ridicata națională.
- 162 Desigur, eventuala existență a unei concurențe pe piață este o circumstanță pertinentă în scopul aprecierii existenței unei poziții dominante. Totuși, existența unei concurențe, chiar activă, pe o anumită piață nu exclude existența unei poziții dominante pe aceeași piață, respectiva poziție fiind caracterizată în mod predominant de capacitatea de a se comporta fără a fi necesar să se țină cont, în strategia sa de piață, de această concurență și fără a suporta, din această cauză, vreun prejudiciu ca urmare a acestei atitudini (a se vedea Hotărârea Tribunalului din 14 decembrie 2005, General Electric/Comisia, T-210/01, Rec., p. II-5575, punctul 117 și jurisprudența citată, și Hotărârea France Télécom/Comisia, punctul 60 de mai sus, punctul 101).
- 163 Or, în speță, exemplele invocate de reclamante nu pun sub semnul întrebării elementele amintite de Comisie în considerentele (235)-(241) ale deciziei atacate, referitoare în special la faptul că Telefónica a menținut o cotă de piață mai mare de 84 % pe tot parcursul încălcării, la faptul că, începând din anul 2001, această cotă de piață a rămas de unsprezece ori mai mare decât cea a principalului său concurent sau la existența unor obstacole care împiedicau concurenții Telefónica să propună în mod rentabil un produs cu ridicata național aflat în concurență cu al său.
- 164 *Secundo*, reclamantele afirmă că Comisia ar adopta o „poziție în esență dogmatică”. Aceasta nu ar fi coerentă cu poziția adoptată de Comisie în comunicările sale către alte autorități de reglementare europene. Astfel, în aceste comunicări, Comisia ar fi considerat că o concurență exercitată la nivelul pieței de comercializare cu amănuntul de întreprinderi integrate vertical poate exercita o presiune concurențială indirectă pe piața de comercializare cu ridicata. Prin urmare, Comisia ar fi trebuit să analizeze problema dacă operatorii de cablu și ai buclei locale ar fi exercitat o presiune concurențială indirectă asupra comportamentului Telefónica pe piața de comercializare cu ridicata a accesului indirect.
- 165 În această privință, este suficient să se arate că un asemenea argument este lipsit de temei, întrucât, pe de o parte, Comisia a analizat efectiv presiunea concurențială a operatorilor de cablu și a arătat, în considerentele (268)-(276) ale deciziei atacate, că operatorii de cablu nu exercitaseră o disciplină de preț asupra Telefónica pe piața de comercializare cu amănuntul și, pe de altă parte, astfel cum rezultă din considerentele (264)-(266) ale deciziei atacate, că degрупarea buclei locale nu a cunoscut o dezvoltare reală decât începând cu septembrie 2004 și că a fost limitată pe plan geografic.
- 166 *Tertio*, faptul că Telefónica a fost obligată, începând din anul 2000, să furnizeze accesul la bucla locală la prețuri bazate pe costuri nu este suficient pentru a demonstra absența poziției dominante a acesteia. Astfel, deși capacitatea de a impune majorări regulate de prețuri constituie în mod incontestabil un element de natură să indice existența unei poziții dominante, aceasta nu constituie deloc un element indispensabil în acest scop, independența de care se bucură o întreprindere dominantă în materie de prețuri vizând mai mult capacitatea de a stabili aceste prețuri fără a trebui să țină seama de reacția concurenților, a clienților și a furnizorilor decât capacitatea de a majora prețurile (a se vedea Hotărârea Atlantic Container Line și alții/Comisia, punctul 150 de mai sus, punctul 1084 și jurisprudența citată). Or, întrucât ansamblul produselor concurente de acces cu ridicata sunt bazate pe buclele locale ale Telefónica sau pe produsul său cu ridicata regional, disponibilitatea unor produse concurente depinde nu numai de disponibilitatea reală a unor bucle locale degрупate și/sau a produsului cu ridicata regional, ci și de condițiile economice în care acestea sunt furnizate [considerentul (240) al deciziei atacate].
- 167 Având în vedere cele precedente, trebuie să se concluzioneze că în mod întemeiat Comisia a considerat că Telefónica deținea o poziție dominantă pe piața de comercializare cu ridicata națională.

- 168 Prin urmare și întrucât, astfel cum s-a arătat la punctul 146 de mai sus, Comisia nu avea obligația, în scopul stabilirii existenței unei foarfeci tarifare, de a demonstra că Telefónica deținea o poziție dominantă pe piața de comercializare cu amănuntul, prezentul motiv trebuie să fie respins în ansamblul său.
- e) Cu privire la al patrulea motiv, întemeiat pe erori de drept în aplicarea articolului 82 CE în ceea ce privește comportamentul pretins abuziv al Telefónica
- 169 În cadrul prezentului motiv, reclamantele susțin că decizia atacată este viciată de două erori grave în aplicarea articolului 82 CE în ceea ce privește comportamentul pretins abuziv al Telefónica.
- 170 Cu titlu introductiv, trebuie amintit că, prin interzicerea exploatării abuzive a unei poziții dominante pe piață în măsura în care comerțul dintre statele membre poate fi afectat, articolul 82 CE vizează comportamentele care sunt de natură să influențeze structura pieței în cazul în care, tocmai din cauza prezenței întreprinderii în cauză, gradul de concurență este deja redus și care au ca efect să împiedice menținerea gradului de concurență existent încă pe piață sau dezvoltarea acestei concurențe prin recurgerea la mijloace diferite de cele care guvernează o concurență normală între produse sau servicii pe baza prestațiilor operatorilor economici (Hotărârea Curții Hoffman-La Roche/Comisia, punctul 76 de mai sus, punctul 91, Hotărârea Curții Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia, punctul 111 de mai sus, punctul 70, Hotărârea Curții din 2 aprilie 2009, France Télécom/Comisia, C-202/07 P, Rep., p. I-2369, punctul 104, și Hotărârea Curții din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, C-280/08 P, Rep., p. I-9555, punctul 174).
- 171 Prin urmare, întrucât articolul 82 CE vizează nu numai practicile care pot cauza un prejudiciu imediat consumatorilor, ci și pe cele care le cauzează un prejudiciu prin faptul că aduc atingere unei structuri a concurenței efective, întreprinderii care deține o poziție dominantă îi revine o răspundere specială de a nu aduce atingere prin comportamentul său unei concurențe efective și nedenaturate pe piața comună (a se vedea Hotărârea din 2 aprilie 2009, France Télécom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 105, și Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctul 24 și jurisprudența citată).
- 172 Astfel cum a precizat deja Curtea, rezultă că articolul 82 CE interzice unei întreprinderi în poziție dominantă să elimine un concurent și să își întărească astfel poziția prin recurgerea la alte mijloace decât cele caracteristice unei concurențe bazate pe merite. Din această perspectivă, nu orice concurență prin intermediul prețurilor poate fi considerată legitimă (a se vedea Hotărârea din 2 aprilie 2009, France Télécom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 106 și jurisprudența citată).
- 173 În ceea ce privește caracterul abuziv al unei practici tarifare precum cea în litigiu în speță, trebuie arătat că articolul 82 al doilea paragraf litera (a) CE interzice în mod expres ca o întreprindere dominantă să impună, direct sau indirect, prețuri inechitabile (Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctul 25).
- 174 Pe de altă parte, lista practicilor abuzive care figurează la articolul 82 CE nu este limitativă, astfel încât enumerarea practicilor abuzive conținută în această dispoziție nu epuizează modurile de exploatare abuzivă a poziției dominante interzise de dreptul Uniunii (a se vedea Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctul 26 și jurisprudența citată).
- 175 Pentru a determina dacă întreprinderea care deține o poziție dominantă a exploatat în mod abuziv această poziție prin aplicarea practicilor sale tarifare, trebuie să fie apreciate toate împrejurările și să se examineze dacă această practică urmărește să priveze cumpărătorul de posibilitățile de a-și alege sursele de aprovizionare sau să restrângă aceste posibilități, să blocheze accesul concurenților pe piață, să aplice partenerilor comerciali condiții inegale la prestații echivalente sau să întărească poziția dominantă printr-o concurență denaturată (a se vedea Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctul 28 și jurisprudența citată).

- 176 În primul rând, reclamantele susțin că reiese în mod clar din decizia atacată că Comisia analizează pretinsa foarfecă tarifară ca un abuz ale cărui efecte de excludere sunt analoage celor ale refuzului *de facto* de a încheia un contract. Or, Comisia nu ar fi aplicat criteriul juridic corespunzător acestui tip de comportamente, stabilit de Curte în Hotărârea din 26 noiembrie 1998, Bronner (C-7/97, Rec., p. I-7791). În particular, Comisia nu ar fi demonstrat că produsele cu ridicata în cauză constituiau inputuri sau infrastructuri esențiale și nici că refuzul de a furniza ar fi de natură să elimine orice concurență de pe piața cu amănuntul.
- 177 Or, acest argument nu poate fi primit.
- 178 Astfel, trebuie arătat că, spre deosebire de ceea ce susțin reclamantele, în decizia atacată, Comisia nu a analizat foarfeca tarifară drept un refuz *de facto* de a contracta. Astfel, Comisia a amintit în decizia atacată conceptul de abuz în sensul articolului 82 CE și obligațiile care decurg din acesta [considerentele (279) și (280) ale deciziei atacate]. Comisia a definit de asemenea practica foarfecii tarifară bazându-se în special pe jurisprudența instanței Uniunii și pe practica sa decizională [considerentele (281)-(284) ale deciziei atacate]. În această privință, Comisia a subliniat în considerentul (285) al deciziei atacate că, din septembrie 2001 și până în decembrie 2006, Telefónica abuzase de poziția sa dominantă pe piețele spaniole ale accesului în bandă largă printr-o foarfecă tarifară cauzată de disproporția dintre tarifele cu amănuntul și cu ridicata pentru accesul în bandă largă, cu consecința unei restricții probabile a concurenței pe piața cu amănuntul. În considerentele (299)-(309) ale deciziei atacate, Comisia a considerat de asemenea că criteriile desprinse în Hotărârea Bronner, punctul 176 de mai sus, nu erau aplicabile în prezenta cauză.
- 179 În particular, trebuie arătat că, în decizia atacată, Comisia nu a impus Telefónica să permită accesul la produsele cu ridicata concurenților săi, această obligație rezultând din cadrul de reglementare spaniol. Astfel, Telefónica avea obligația de a furniza produsul cu ridicata regional din luna martie 1999 și produsul cu ridicata național (ADSL-IP) din luna aprilie 2002, această obligație rezultând din voința autorităților publice de a stimula Telefónica și concurenții săi să investească și să inoveze [considerentele (88), (111), (287) și (303) ale deciziei atacate].
- 180 În plus, Curtea a amintit, în Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, că din Hotărârea Bronner, punctul 176 de mai sus, nu se poate deduce că cerințele necesare pentru a stabili existența unui refuz abuziv de furnizare trebuie să se aplice în mod necesar și la aprecierea caracterului abuziv al unui comportament care constă în stabilirea, în ceea ce privește furnizarea de servicii sau vânzarea de produse, a unor condiții dezavantajoase sau de care cumpărătorul ar putea să nu fie interesat. Astfel, asemenea comportamente ar putea să constituie în sine o formă autonomă de abuz diferită de refuzul de furnizare (Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctele 55 și 56).
- 181 A interpreta în mod contrar Hotărârea Bronner, punctul 176 de mai sus, ar însemna să se impună ca, pentru ca orice comportament al unei întreprinderi dominante privind condițiile comerciale ale acesteia să poată fi considerat abuziv, să fie întotdeauna îndeplinite condițiile necesare pentru a stabili existența unui refuz de a contracta, ceea ce ar reduce în mod nejustificat efectul util al articolului 82 CE (a se vedea în acest sens Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctul 58).
- 182 În această privință, cu toate că, desigur, în Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus (punctul 69), Curtea a indicat că, la aprecierea efectelor micșorării marjei, poate fi pertinent caracterul indispensabil al produsului cu ridicata, trebuie să se constate că reclamantele nu au invocat caracterul indispensabil al produselor cu ridicata decât în susținerea afirmației lor potrivit căreia Comisia nu ar fi aplicat criteriul juridic adecvat pretinsului refuz *de facto* de a contracta sancționat în decizia atacată. Prin urmare, argumentul reclamantelor trebuie să fie respins.
- 183 În al doilea rând, reclamantele susțin că, chiar dacă se presupune că articolul 82 CE este aplicabil, Comisia nu ar fi aplicat criteriul juridic corespunzător noțiunii de foarfecă tarifară.

- 184 *Primo*, reclamantele susțin că Comisia a săvârșit o eroare de drept prin aplicarea testului foarfecii tarifare unui input neesențial. Totuși, un asemenea argument trebuie să fie respins, pentru motivele expuse la punctele 180-182 de mai sus.
- 185 *Secundo*, reclamantele afirmă că, pentru a stabili existența unei foarfeci tarifare abuzive, Comisia ar fi trebuit să dovedească faptul că Telefónica deținea de asemenea o poziție dominantă pe piața de comercializare cu amănuntul. Cu toate acestea, un asemenea argument a fost respins la punctul 146 de mai sus.
- 186 *Tertio*, reclamantele afirmă că, potrivit Hotărârii Tribunalului din 30 noiembrie 2000, *Industrie des poudres sphériques/Comisia* (T-5/97, Rec., p. II-3755, punctul 179), nu poate exista o practică de foarfecă tarifară decât dacă prețul cu ridicata facturat concurenților pentru produsul din amonte este excesiv sau dacă prețul cu amănuntul pentru produsul derivat are un caracter de ruinare.
- 187 În această privință, trebuie amintit că micșorarea marjei este cea care poate, în lipsa oricărei justificări obiective, să constituie în sine un abuz în sensul articolului 82 CE. Or, micșorarea marjei rezultă din diferența dintre prețurile pentru serviciile cu ridicata și cele pentru serviciile cu amănuntul, iar nu din nivelul acestor prețuri ca atare. În special, această micșorare poate rezulta nu numai dintr-un preț anormal de scăzut pe piața cu amănuntul, ci și dintr-un preț anormal de ridicat pe piața cu ridicata (a se vedea în acest sens Hotărârea *TeliaSonera*, punctul 146 de mai sus, punctele 97 și 98). Prin urmare, Comisia nu avea obligația de a demonstra în decizia atacată că Telefónica practica prețuri excesive pentru produsele sale cu ridicata de acces indirect sau prețuri de ruinare pentru produsele sale cu amănuntul (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 octombrie 2010, *Deutsche Telekom/Comisia*, punctul 170 de mai sus, punctul 169, și Hotărârea din 10 aprilie 2008, *Deutsche Telekom/Comisia*, punctul 69 de mai sus, punctul 167).
- 188 *Quarto*, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia Comisia ar fi trebuit să își completeze analiza caracterului abuziv al comportamentului Telefónica bazată pe criteriul „concurrentului la fel de eficient” printr-un studiu al marjelor principalilor operatori alternativi de pe piața spaniolă.
- 189 Astfel, trebuie amintit că Curtea a precizat deja că articolul 82 CE interzice, printre altele, unei întreprinderi în poziție dominantă să aplice practici tarifare care produc efecte de excludere pentru concurenții săi la fel de eficienți, actuali sau potențiali. Astfel, o întreprindere utilizează în mod abuziv poziția sa dominantă atunci când pune în aplicare o politică de prețuri prin care urmărește să elimine de pe piață concurenți care sunt poate la fel de eficienți precum respectiva întreprindere, dar care, ca urmare a capacității lor financiare mai reduse, sunt incapabili să reziste la concurența care li se face (a se vedea în acest sens Hotărârea *TeliaSonera*, punctul 146 de mai sus, punctele 39 și 40 și jurisprudența citată).
- 190 Or, pentru a aprecia caracterul licit al politicii de prețuri aplicate de o întreprindere dominantă, trebuie în principiu să se facă trimitere la criteriile referitoare la prețuri întemeiate pe costurile suportate de întreprinderea dominantă însăși și pe strategia acesteia (a se vedea Hotărârea din 14 octombrie 2010, *Deutsche Telekom/Comisia*, punctul 170 de mai sus, punctul 198, și Hotărârea *TeliaSonera*, punctul 146 de mai sus, punctul 41 și jurisprudența citată; a se vedea de asemenea Hotărârea din 10 aprilie 2008, *Deutsche Telekom/Comisia*, punctul 69 de mai sus, punctele 188-191).
- 191 În particular, în ceea ce privește o practică tarifară care determină micșorarea marjei, utilizarea unor asemenea criterii de analiză permite să se verifice dacă această întreprindere ar fi fost suficient de eficientă încât să își ofere serviciile cu amănuntul către clienții finali altfel decât în pierdere, dacă ar fi fost obligată în prealabil să plătească propriile prețuri cu ridicata pentru prestațiile intermediare (Hotărârea din 14 octombrie 2010, *Deutsche Telekom/Comisia*, punctul 170 de mai sus, punctul 201, și Hotărârea *TeliaSonera*, punctul 146 de mai sus, punctul 42).

- ¹⁹² O asemenea abordare este cu atât mai justificată, pe de o parte, cu cât este conformă și cu principiul general al securității juridice, din moment ce luarea în considerare a costurilor întreprinderii dominante îi permite acesteia, având în vedere răspunderea specială care îi revine în temeiul articolului 82 CE, să aprecieze legalitatea propriilor comportamente. Astfel, deși o întreprindere dominantă cunoaște propriile costuri și tarife, aceasta nu le cunoaște, în principiu, pe cele ale concurenților săi (Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 202, și Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctul 44). Pe de altă parte, un abuz de excludere afectează deopotrivă concurenții potențiali ai întreprinderii dominante, pe care perspectiva unei lipse de rentabilitate ar putea să îi descurajeze să intre pe piață.
- ¹⁹³ Desigur, rezultă de asemenea din jurisprudență că nu se poate exclude că prețurile și costurile concurenților pot fi pertinente în cadrul examinării practicii tarifare în cauză. Cu toate acestea, numai în cazul în care, ținând seama de împrejurările indicate de Curte, nu este posibil să se facă referire la prețurile și la costurile întreprinderii dominante, trebuie să se examineze cele ale concurenților pe aceeași piață (Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctele 45 și 46), ceea ce nu a fost susținut de reclamante.
- ¹⁹⁴ Așadar, Comisia a considerat în mod întemeiat că testul adecvat pentru a stabili existența foarfecii tarifare consta în a determina dacă un concurent cu aceeași structură a costurilor ca și cea a activității din aval a întreprinderii integrate vertical ar fi în măsură să ofere servicii în aval fără să înregistreze pierderi dacă respectiva întreprindere integrată vertical ar trebui să plătească prețul de acces în amonte facturat concurenților săi, referindu-se la costurile suportate de Telefónica [considerentele (311)-(315) ale deciziei atacate], fără a efectua un studiu al marjelor principalilor operatori alternativi de pe piața spaniolă.
- ¹⁹⁵ *Quinto*, reclamantele subliniază că, chiar dacă se presupune că criteriul „concurentului ipotetic la fel de eficient” ar fi adecvat pentru a demonstra existența unei încălcări în speță, analiza Comisiei ar fi viciată de o eroare în alegerea inputurilor cu ridicata. Potrivit reclamantelor, un concurent la fel de eficient ar utiliza, pentru a-și dezvolta activitățile cu amănuntul, numai bucla locală sau o combinație optimă de produse cu ridicata. Cu toate acestea, la punctele 130 și 131 de mai sus s-a arătat că utilizarea de către operatorii alternativi, în perioada încălcării, în fiecare centrală, a unei combinații optime de produse cu ridicata, care ar include degрупarea buclei locale, nu este dovedită.
- ¹⁹⁶ *Sexto*, reclamantele susțin că teoria scării investițiilor nu impune ca toate eșaloanele să fie accesibile. Un astfel de argument trebuie însă respins. Astfel, după cum arată în mod întemeiat Comisia, procesul care permite operatorilor alternativi să investească în mod treptat în propria infrastructură nu poate constitui o strategie viabilă decât dacă nu există nicio practică de foarfecă tarifară la diferitele niveluri ale scării. Or, foarfeca tarifară impusă de Telefónica a întârziat probabil intrarea și creșterea concurenților săi și capacitatea acestora de a atinge un nivel suficient de economii de scară pentru a justifica investiții într-o infrastructură proprie și utilizarea degрупării de la bucla locală [considerentul (554) al deciziei atacate].
- ¹⁹⁷ Având în vedere considerațiile care precedă, prezentul motiv trebuie respins.
- f) Cu privire la al cincilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și/sau pe erori de apreciere a faptelor și pe erori de drept în ceea ce privește comportamentul pretins abuziv al Telefónica și impactul său pretins anticoncurențial
- ¹⁹⁸ Acest motiv, formulat cu titlu subsidiar, cuprinde două aspecte. Primul aspect este întemeiat pe erori de fapt și/sau pe erori de apreciere a faptelor în aplicarea testului foarfecii tarifare. Al doilea aspect este întemeiat pe faptul că Comisia nu ar fi stabilit corespunzător cerințelor legale efectele probabile sau concrete ale comportamentului examinat.

Cu privire la primul aspect al celui de al cincilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și/sau pe erori de apreciere a faptelor în aplicarea testului foarfecii tarifare

199 În cadrul prezentului aspect, reclamantele formulează trei critici. Prima critică este întemeiată pe o eroare în alegerea inputurilor cu ridicata. A doua critică este întemeiată pe erori și pe omisiuni comise în analiza FNA. În sfârșit, a treia critică este întemeiată pe erori și pe omisiuni săvârșite în analiza „perioadă-cu-perioadă”.

— Cu privire la prima critică din cadrul primului aspect al celui de al cincilea motiv, întemeiată pe o eroare în alegerea inputurilor cu ridicata

200 Prin această critică, susținută printr-o trimitere la considerațiile referitoare la al doilea și la al patrulea motiv, reclamantele susțin că Comisia nu trebuia să examineze existența unei foarfeci tarifare pentru fiecare produs cu ridicata considerat în mod separat, având în vedere faptul că operatorii alternativi ar utiliza o combinație optimă de produse cu ridicata, incluzând aici degрупarea buclei locale, care permit economii de costuri. În memoriul în replică și în cadrul ședinței, reclamantele au susținut de asemenea că, în temeiul principiului „concurentului la fel de eficient”, Comisia ar fi trebuit să aplice testul foarfecii tarifare pe baza combinației de produse cu ridicata pe care ar utiliza-o operatorii alternativi.

201 În primul rând, trebuie amintit că articolul 82 CE interzice în special unei întreprinderi în poziție dominantă pe o piață determinată să aplice practici tarifare care produc efecte de excludere pentru concurenții săi la fel de eficienți, actuali sau potențiali (a se vedea punctul 189 de mai sus). În această privință, examinarea unei astfel de poziții necesită o apreciere a posibilităților de exercitare a concurenței în cadrul pieței care grupează ansamblul produselor care, în funcție de caracteristicile lor, sunt în mod deosebit apte să satisfacă nevoi constante și sunt greu de substituit cu alte produse, determinarea pieței relevante servind la evaluarea aspectului dacă întreprinderea vizată are posibilitatea de a împiedica o concurență efectivă pe piața menționată (a se vedea punctul 111 de mai sus). Or, s-a constatat, pe de o parte, în cadrul celui de al doilea motiv (a se vedea punctele 110-144 de mai sus), că în mod întemeiat Comisia a considerat că degрупarea buclei locale, produsul cu ridicata național și produsul cu ridicata regional nu aparțineau aceleiași piețe și, pe de altă parte, în cadrul celui de al patrulea motiv (a se vedea punctele 169-197 de mai sus), că o micșorare a marjei pe o piață relevantă putea să constituie, în sine, un abuz în sensul articolului 82 CE.

202 Întrucât determinarea pieței relevante servește la evaluarea existenței sau inexistenței posibilității întreprinderii vizate de a împiedica o concurență efectivă pe piața menționată, reclamantele nu pot pretinde, bazându-se pe considerațiile prezentate în cadrul celui de al doilea motiv, că utilizarea unei combinații optime de produse cu ridicata ar permite concurenților Telefónica să își amelioreze rentabilitatea. Astfel, aceste produse cu ridicata nu fac parte din aceeași piață a produselor (a se vedea punctele 114-134 de mai sus).

203 În al doilea rând, trebuie arătat că argumentul reclamantelor ar însemna să se considere că un operator alternativ ar putea compensa pierderi suferite din cauza foarfecii tarifare la nivelul unui produs cu ridicata prin venituri provenind din utilizarea, în anumite zone geografice mai rentabile, a altor produse ale Telefónica care nu ar face obiectul unei foarfeci tarifare și care ar aparține altei piețe, și anume degрупarea buclei locale, a cărei utilizare necesită, de altfel, investiții mari și care nu era, pe de altă parte, disponibilă imediat [a se vedea punctul 125 de mai sus și considerentele (227), (231), (266) și (562) ale deciziei atacate], ceea ce nu poate fi admis.

204 Potrivit jurisprudenței, un sistem de concurență nedenaturată, precum cel prevăzut prin tratat, nu poate fi garantat decât dacă este asigurată egalitatea de șanse între diferiții operatori economici. Or, egalitatea de șanse presupune ca Telefónica și concurenții săi cel puțin la fel de eficienți să se afle pe poziții de egalitate pe piața de comercializare cu amănuntul. Această situație nu se regăsește, pe de o parte, dacă prețurile produselor cu ridicata la nivel național și regional plătite de operatorii alternativi către Telefónica nu ar putea fi repercutate asupra prețurilor produselor cu amănuntul ale concurenților

și, pe de altă parte, dacă operatorii alternativi, ținând seama de prețurile produselor cu ridicata național și regional ale Telefónica, nu ar putea oferi aceste prețuri decât suportând pierderi pe care vor trebui să încerce să le compenseze cu venituri provenind de pe alte piețe (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 230, și Hotărârea din 10 aprilie 2008, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 69 de mai sus, punctele 198 și 199 și jurisprudența citată).

- 205 În plus, după cum a subliniat Comisia, argumentul reclamantelor întemeiat pe utilizarea de către operatorii alternativi, în perioada încălcării, în fiecare centrală, a unei combinații optime de produse cu ridicata, care ar include degрупarea buclei locale, este contrar poziției exprimate de Telefónica însăși în răspunsul său din 22 septembrie 2003 la plângerea France Telecom, în care Telefónica susținuse că analiza existenței eventuale a foarfecii tarifare trebuia să fie făcută numai pe baza produsului cu ridicata regional.
- 206 În al treilea rând, astfel cum s-a subliniat la punctul 131 de mai sus, o asemenea combinație optimă nu poate fi utilizată decât de concurenții Telefónica care dispun de o rețea care le permite degрупarea buclei locale, cu excluderea concurenților potențiali ai Telefónica.
- 207 În al patrulea rând, deși reclamantele susțin că un concurent la fel de eficient care ar utiliza numai bucla locală ar obține beneficii și că, pe cale de consecință, un concurent la fel de eficient care ar utiliza o combinație optimă de inputuri ar obține de asemenea rezultate pozitive, acest argument trebuie să fie respins. Astfel, după cum s-a arătat la punctul 125 de mai sus, utilizarea efectivă a buclei locale nu a început, într-o măsură limitată, decât la sfârșitul anului 2004 și la începutul anului 2005. În plus, având în vedere investițiile necesare, numai în anul 2004 operatorii alternativi au început să își migreze conexiunile de acces cu ridicata indirect către accesul separat la bucla locală.
- 208 În al cincilea rând, argumentația reclamantelor potrivit căreia o eventuală combinație optimă de produse cu ridicata ar împiedica stabilirea unei foarfeci tarifare este în contradicție cu obligațiile legale impuse Telefónica de CMT, vizând în special asigurarea faptului că toate ofertele sale cu amănuntul pot fi reproduse pe baza produsului său cu ridicata regional [considerentul (114) al deciziei atacate].
- 209 În al șaselea rând, trebuie respins argumentul reclamantelor prin care se contestă definiția caracteristicilor rețelei concurentului la fel de eficient, potrivit căruia ar conta numai să se știe dacă, cu economiile de scară și costurile de rețea ale Telefónica, un operator alternativ ar putea sau nu ar putea să fie rentabil. Astfel, după cum a arătat Comisia în considerentul (315) al deciziei atacate, aplicarea metodei concurentului la fel de eficient nu implică faptul că concurenții Telefónica pot reproduce activele în amonte ale acestora din urmă. Astfel, testul foarfecii tarifare se aplică în perspectiva unui operator în aval la fel de eficient, și anume un operator care utilizează produsul cu ridicata al întreprinderii dominante, în concurență cu aceasta din urmă pe piața în aval și ale cărui costuri pe această din urmă piață sunt identice cu cele ale întreprinderii dominante.
- 210 În orice caz, utilizarea de către operatorii alternativi, în perioada încălcării, în fiecare centrală, a unei combinații optime de produse cu ridicata, care ar include degрупarea buclei locale, nu este dovedită. Astfel, deși TESAU este supusă unei obligații legale de închiriere a cablului de cupru operatorilor alternativi începând din decembrie 2000 [considerentul (81) al deciziei atacate], rezultă din considerentele (102) și (103) ale deciziei atacate, ale căror date nu au fost contestate de reclamante, că, până în anul 2002, France Telecom a cumpărat aproape exclusiv produsul cu ridicata național al Telefónica, acesta fiind înlocuit, la sfârșitul anului 2002, cu o ofertă cu ridicata națională alternativă bazată pe produsul cu ridicata regional al Telefónica. Numai începând cu februarie 2005 numărul de bucle locale degрупate ale France Telecom a crescut în mod semnificativ, în timp ce a avut loc o reducere a numărului de linii naționale alternative cu ridicata bazate pe produsul cu ridicata regional al Telefónica. În plus, până în ultimul trimestru al anului 2004, Ya.com a cumpărat exclusiv produsul cu ridicata național al Telefónica și nu a început să utilizeze progresiv degрупarea buclei locale decât începând din luna iulie 2005, odată cu achiziționarea Albura.

211 Din considerațiile precedente rezultă că Comisia nu a săvârșit nicio eroare vădită de apreciere în selecția inputurilor cu ridicata în scopul calculării foarfecii tarifare. Prin urmare, prima critică din cadrul primului aspect al celui de al cincilea motiv nu poate fi primită.

— Cu privire la a doua critică din cadrul primului aspect al celui de al cincilea motiv, întemeiată pe erori și omisiuni săvârșite în aplicarea analizei FNA

212 În cadrul prezentei critici, reclamantele formulează mai multe obiecții cu privire la aplicarea de către Comisie, în speță, a analizei FNA [considerentele (350)-(385) ale deciziei atacate].

213 Trebuie arătat, astfel cum a indicat Comisia în considerentul (315) al deciziei atacate, că testul foarfecii tarifare vizează, în speță, să se stabilească dacă un concurent cu aceeași structură a costurilor ca și cea a activității în aval a întreprinderii integrate vertical poate fi rentabil pe piața în aval date fiind prețurile cu ridicata și cu amănuntul ale acestei întreprinderi. În decizia atacată, Comisia a amintit că, potrivit jurisprudenței Curții și potrivit propriei sale practici decizionale în materie de prețuri abuzive, rentabilitatea unei întreprinderi în poziție dominantă a fost evaluată întotdeauna pe baza analizei „perioadă-cu-perioadă”, metoda FNA pentru calcularea unei foarfeci tarifare prezentând anumite deficiențe [considerentele (331) și (332) ale deciziei atacate]. În cadrul calculului foarfecii tarifare, Comisia a decis totuși să calculeze rentabilitatea Telefónica prin intermediul a două metode, și anume metoda „perioadă-cu-perioadă” și metoda FNA, propusă de Telefónica, cu scopul, pe de o parte, de a evita o concluzie în sensul existenței unei foarfeci tarifare din cauza distorsionărilor contabile rezultate din lipsa de maturitate a pieței spaniole a benzii largi și, pe de altă parte, de a se asigura că metoda propusă de Telefónica nu pune sub semnul întrebării concluzia privind existența unei foarfeci tarifare care rezulta din analiza „perioadă-cu-perioadă” [considerentul (349) al deciziei atacate].

214 Comisia explică de asemenea că, într-o analiză a FNA, o valoare terminală este calculată pentru a reflecta faptul că există active-cheie care vor continua să fie utilizate chiar și după perioada de referință. Astfel, luarea în considerare în cadrul analizei a unei valori terminale se poate dovedi necesară întrucât anumite costuri nu sunt acoperite în totalitate în perioada de referință. Potrivit Comisiei, atât valoarea terminală adecvată care trebuie inclusă în calculul FNA, cât și perioada de referință adecvată vizează determinarea unei date-limită după care recuperarea pierderilor nu mai este luată în considerare în cadrul analizei [considerentele (360) și (361) ale deciziei atacate]. Întrucât metoda FNA autorizează pierderi inițiale pe termen scurt, dar impune recuperarea acestora pe o perioadă rezonabil de lungă, Comisia a trebuit să determine perioada de recuperare adecvată în speță [considerentul (351) al deciziei atacate].

215 În această privință, Comisia a apreciat, în considerentul (354) al deciziei atacate, că abordarea cea mai rezonabilă consta în limitarea perioadei de analiză la durata de viață economică a activelor utilizate de întreprinderea în cauză. În considerentul (359) al deciziei atacate, Comisia a considerat că, în speță, perioada adecvată pentru analiza FNA era cea cuprinsă între lunile septembrie 2001 și decembrie 2006 (cinci ani și patru luni) și, în plus, că această perioadă era favorabilă Telefónica pentru că marja activităților sale în aval crescuse de-a lungul timpului.

216 În primul rând, reclamantele contestă metoda de calcul al valorii terminale utilizată de Comisie în cadrul analizei FNA [considerentul (363) al deciziei atacate]. Acestea susțin că metoda de calcul al valorii terminale a serviciilor cu amănuntul în bandă largă a Comisiei diferă de metodele de evaluare aplicate în mod obișnuit întreprinderilor. Abordarea Comisiei ar fi incorectă, în măsura în care ar fi vorba, în speță, de evaluarea unei întreprinderi care dispune de active necorporale complexe. Astfel, cheltuielile efectuate de Telefónica în activitatea sa comercială cu amănuntul privind banda largă ar permite să fie valorificate, în afara bazei de clienți, active precum mărcile sale, relațiile sale cu clienții, know-how-ul său și capacitatea sa de organizare. Or, astfel de active ar avea o viață economică mult mai lungă decât cei cinci ani și patru luni reținuți de Comisie, astfel încât perioada de referință ar fi trebuit să fie extinsă dincolo de luna decembrie 2006.

- 217 *Primo*, trebuie respins argumentul reclamantelor prin care acestea susțin că prelungirea perioadei de referință în analiza FNA nu ar crește riscul unor erori de previziune sau de luare în calcul în cadrul acestei analize a recompenselor unui comportament anticoncurențial.
- 218 Astfel cum a subliniat în mod întemeiat Comisia în considerentele (333) și (334) ale deciziei atacate, întrucât metoda FNA permite compensarea pierderilor inițiale prin profituri viitoare, rezultatele acestei metode riscă efectiv fie să depindă de previziuni nerezonabile ale întreprinderii dominante în legătură cu profiturile sale viitoare așteptate, care ar putea conduce la un rezultat eronat, fie să includă profituri pe termen lung care ar fi rezultatul unei întăriri a puterii de piață a întreprinderii dominante.
- 219 În această privință, trebuie respinse de asemenea argumentele reclamantelor potrivit cărora reducerea perioadei analizate ar conduce la subestimarea „valorii comerciale” a Telefónica și ar ignora valoarea activelor Telefónica după anul 2006.
- 220 Astfel, trebuie să se considere că Comisia nu a ignorat valoarea activelor Telefónica după anul 2006. În schimb, aceasta a considerat în mod întemeiat că, în speță, spre deosebire de o metodă care ar avea drept obiectiv evaluarea unei societăți în vederea cumpărării sau vânzării sale, nu era relevant să se stabilească dacă pierderile Telefónica din perioada 2001-2006 puteau fi compensate prin profituri viitoare ipotetice începând din anul 2007. Astfel, Comisia a considerat, fără să săvârșească nicio eroare vădită de apreciere, că activitatea în aval a întreprinderii dominante trebuia să fie rentabilă pe o durată corespunzătoare duratei de viață a activelor sale. În caz contrar, politica de prețuri a Telefónica ar putea avea un efect negativ asupra concurenței [considerentul (370) al deciziei atacate].
- 221 *Secundo*, trebuie de asemenea să fie respins argumentul potrivit căruia Comisia nu ar oferi nicio explicație cu privire la întinderea perioadei alese pentru analiza FNA, care ar fi astfel arbitrară.
- 222 Mai întâi, în considerentele (351)-(359) ale deciziei atacate, Comisia a indicat că abordarea cea mai rezonabilă consta în limitarea perioadei de analiză a duratei de viață a activelor utilizate de întreprinderea în cauză, fiind luat în considerare în evaluarea rentabilității sale ansamblul beneficiilor economice avute în vedere care decurgeau din utilizarea acestor active. Comisia a mai adăugat că o perioadă de cinci ani coincidea cu durata de viață economică medie a elementelor de rețea ale TESAU necesare pentru a furniza servicii ADSL cu amănuntul pe baza produsului cu ridicata regional, astfel cum reieșea din planul său inițial de afaceri, precum și cu durata de viață medie a elementelor de rețea ale operatorilor alternativi, precum France Telecom și Auna. Comisia a menționat de asemenea că această durată era mai mare decât perioada de amortizare a costurilor de atragere a abonaților TESAU și că era coerentă cu perioada utilizată de autoritatea de reglementare a telecomunicațiilor din Regatul Unit. Ținând seama de aceste elemente, care, în orice caz, nu pot permite reclamantelor să pretindă că Comisia nu a oferit nicio explicație privind întinderea perioadei de analiză pe care a utilizat-o, trebuie să se considere că aceasta nu a fost stabilită în mod arbitrar și că nu este afectată de o eroare vădită de apreciere.
- 223 În această privință, referitor la stabilirea întinderii perioadei în care trebuia să fie atinsă rentabilitatea, reclamantele contestă trimiterea la planurile de afaceri ale Telefónica, susținând că analiza pe care se bazează Comisia [confidențial], ceea ce ar confirma că pierderile detectate de Comisie în perioada [confidențial] ar fi cauzate de lipsa de maturitate a pieței spaniole a benzii largi. Cu toate acestea, pe de o parte, reiese din dosar că planul de afaceri [confidențial] vizează efectiv valoarea totală a ansamblului activității. Pe de altă parte, după cum arată în mod întemeiat Comisia, contabilitatea costurilor și planul de afaceri al Telefónica demonstrează, mai întâi, că Telefónica [confidențial], aceasta calculând că pragul său de rentabilitate se situa la [confidențial] de utilizatori finali ADSL, cifră care a fost atinsă [confidențial], apoi, că aceasta prevedea un prag de rentabilitate în funcție de rezultate înainte de impozite, dobânzi, amortizări și provizioane (EBITDA) și de profit înainte de impozite și cheltuieli financiare (EBIT) în [confidențial] și, în sfârșit, că aceasta se aștepta la o valoare actualizată netă (denumită în continuare „VAN”) [confidențial] (cu excluderea oricărei valori

terminale) pentru perioada [confidențial]. Astfel, Comisia nu a săvârșit nicio eroare vădită de apreciere atunci când a considerat că pierderile detectate pentru perioada [confidențial] nu pot fi considerate ca fiind cauzate de lipsa de maturitate a pieței spaniole a benzii largi.

224 *Tertio*, reclamantele susțin că nu este exact că metodologia adoptată de Comisie, care include o valoare terminală care reflectă viața economică reziduală a activelor imobilizate și a clienților atrași, este mai favorabilă pentru Telefónica decât cea utilizată de aceasta în planul său de afaceri inițial [considerentele (362) și (363) ale deciziei atacate], din cauza orizontului temporal mai vast ([confidențial] ani) reținut de Telefónica în acesta. Acestea susțin de asemenea că metodologiile menționate nu sunt similare (nota de subsol 810 din decizia atacată), Telefónica considerând că baza sa de clienți era constantă, iar nu în scădere. În plus, potrivit reclamantelor, planurile de dezvoltare ale Telefónica, menționate în considerentul (367) al deciziei atacate, nu ar fi relevante în cadrul calculului valorii terminale.

225 În această privință, trebuie arătat că reclamantele nu precizează, în înscrisurile lor, motivele pentru care argumentul lor, presupunând că ar fi întemeiat, ar fi de natură să determine nelegalitatea deciziei atacate. Astfel, pe de o parte, chiar dacă se presupune, după cum susțin reclamantele, că metodologia adoptată de Comisie nu este mai favorabilă pentru Telefónica decât cea pe care aceasta ar fi utilizat-o în planul său de afaceri inițial sau că metodologiile în cauză nu sunt similare, nu rezultă de aici că ar fi eronate constatările privind valoarea terminală, care figurează în special în considerentele (360)-(362) ale deciziei atacate, și determinarea valorii terminale în cadrul calculului FNA. Pe de altă parte, trebuie arătat că planurile de dezvoltare a Telefónica au fost menționate în considerentul (367) al deciziei atacate pentru a demonstra că, spre deosebire de cele susținute de Telefónica, calculul valorii terminale realizat de Comisie nu era fără precedent. Or, chiar dacă se presupune că o astfel de constatare este eronată, aceasta nu determină nelegalitatea calculului valorii terminale care figurează în decizia atacată.

226 În plus, deși, desigur, orizontul temporal avut în vedere de Telefónica în planul său de afaceri [confidențial] era efectiv de [confidențial] ani (perioadă [confidențial]), fapt admis de Comisie în memoriul său în apărare, trebuie să se considere că aceasta a decis fără să săvârșească o eroare vădită că o asemenea durată era prea lungă pentru a avea în vedere rentabilitatea unui ipotetic operator în aval (a se vedea în această privință punctele 216-220 de mai sus).

227 În orice caz, trebuie subliniat că din dosar reiese că un calcul al VAN pentru activitatea cu amănuntul pentru perioada [confidențial], efectuat potrivit aceleiași metode ca și cea utilizată de Telefónica în planul său de afaceri „Objetivo Verne 2002”, [confidențial]. Argumentul reclamantelor, formulat în cadrul ședinței, potrivit căruia Comisia nu ar fi trebuit să utilizeze previziunile Telefónica care figurează în planul amintit, ci ar fi trebuit să solicite acesteia din urmă previziunile sale actualizate la momentul realizării calculului valorii terminale, nu poate fi reținut. Astfel, se poate considera în mod rezonabil că asemenea previziuni, actualizate la momentul calculului menționat, ar crește riscul de a se lua în considerare în cadrul analizei recompenselor un comportament anticoncurențial.

228 În al doilea rând, reclamantele susțin că Comisia ar fi putut să calculeze o valoare terminală mai adecvată, întemeiată pe date de piață. Pe de o parte, o abordare alternativă destinată să evalueze fluxurile de numerar începând din 2006 ar fi constat în utilizarea informațiilor privind valori tranzacționale comparabile, în temeiul „metodei multiplilor”, al cărei obiectiv este acela de a evalua activitatea unei întreprinderi prin compararea acesteia cu prețul plătit pentru activități comerciale similare. Utilizarea unei asemenea metode ar avea avantajul de a nu necesita nicio presupunere privind durata activității considerate. Pe de altă parte, aplicarea de multipli ai EBITDA, în considerentul (377) al deciziei atacate, ar fi lipsită de sens pentru întreprinderile care dispun de un potențial ridicat de creștere. În aceste condiții, în afară de multiplul veniturilor utilizat de Telefónica în răspunsul său la comunicarea privind obiecțiunile, Comisia ar fi putut utiliza un multiplu propriu sectorului.

- 229 Trebuie să se considere că în mod întemeiat Comisia a apreciat, în considerentul (369) al deciziei atacate, că utilizarea, în speță, a unei valori terminale care înglobează toate profiturile viitoare ale întreprinderii în cauză nu era nici rezonabilă și nici adecvată în cadrul calculului unei foarfeci tarifare.
- 230 Astfel, mai întâi, o asemenea abordare, în cadrul căreia ar fi luat în considerare ansamblul beneficiilor viitoare ale întreprinderii în cauză, nu ar permite să se determine dacă, având în vedere în special tarifele plătite Telefónica de operatorii alternativi pentru produsele cu ridicata național și regional, un operator din aval la fel de eficient ca și Telefónica ar putea să își recupereze pierderile inițiale și să atingă echilibrul datorită beneficiilor obținute prin activitatea sa pe piața în aval într-o perioadă de referință determinată. Apoi, o asemenea metodă nu ar ține seama nici de durata de viață medie a activelor în cauză, nici de faptul că, pe o piață concurențială, o întreprindere nouă pe piață nu este în măsură să se bazeze pe totalitatea eventualelor sale profituri viitoare pentru a compensa pierderile inițiale înregistrate cu ocazia intrării sale pe piață. În sfârșit, după cum a arătat Comisia în considerentul (334) al deciziei atacate, o astfel de abordare ar permite unei întreprinderi, dacă este cazul, să adopte cu succes o strategie de foarfecă tarifară stabilind, într-o primă etapă, prețuri care pot, după o anumită perioadă, să excludă concurenții și procedând, într-o a doua etapă, fie la o majorare a prețurilor care să îi permită, în final, să își recupereze pierderile inițiale, fie la o menținere a respectivelor prețuri sub nivelul concurențial, acest lucru fiind făcut posibil prin lipsa unor intrări sau creșteri semnificative ale concurenților pe piața relevantă [a se vedea de asemenea considerentul (334) al deciziei atacate].
- 231 În al treilea rând, reclamantele afirmă că „aplicarea unei metode de evaluare corecte, care se bazează pe cifrele pieței pentru a calcula valoarea terminală, ar fi demonstrat că activitatea unui eventual concurent la fel de eficient ca și Telefónica ar fi fost rentabilă”. Cu toate acestea, un astfel de argument nu este deloc explicat sau dezvoltat în înscrisuri, reclamantele referindu-se, în mod global, la zece pagini dintr-un studiu economic anexat. Prin urmare, având în vedere punctele 58-63 de mai sus, acest argument trebuie să fie respins.
- 232 Având în vedere considerațiile care precedă, a doua critică din cuprinsul primului aspect al celui de al cincilea motiv trebuie să fie respinsă.
- Cu privire la a treia critică din cadrul primului aspect al celui de al cincilea motiv, întemeiată pe erori săvârșite în analiza „perioadă-cu-perioadă”
- 233 În cadrul prezentei critici, reclamantele formulează mai multe obiecții cu privire la analiza „perioadă-cu-perioadă” realizată de Comisie.
- 234 În primul rând, reclamantele susțin că Comisia nu a estimat în mod corect CMMTL de comercializare.
- 235 Cu titlu introductiv, trebuie amintit că, în decizia atacată, Comisia a constatat că costurile marginale de comercializare erau un element al costurilor de atragere a abonaților Telefónica [considerentele (458)-(463) ale deciziei atacate], care include nu numai primele și comisioanele (cu excluderea salariilor) acordate rețelei de vânzări a Telefónica pentru fiecare nou abonat, ci și dezvoltarea structurii comerciale a Telefónica, întrucât o astfel de expansiune a fost posibilă datorită activității sale privind banda largă.
- 236 În ceea ce privește estimarea costurilor de comercializare, Comisia a afirmat, în considerentele (464)-(473) ale deciziei atacate, că Telefónica subestimase CMMTL, întrucât nu inclusese printre acestea decât primele și comisioanele acordate rețelei de vânzare pentru fiecare nou abonat, cu excluderea oricărei cheltuieli privind structura comercială a societății. Potrivit Comisiei, chiar dacă structura comercială a Telefónica face parte dintre costurile sale comune, nu s-ar putea afirma că aceasta ar avea aceeași dimensiune (ca număr de angajați) dacă societatea nu ar oferi servicii cu amănuntul în bandă largă [considerentele (465) și (470) ale deciziei atacate]. În considerentul (472) al deciziei atacate, Comisia afirmă că, deși, desigur, pentru a estima în mod rezonabil costul

suplimentar al comercializării, ar fi fost posibil să se bazeze pe afectarea efectivă a echipei comerciale a Telefónica comercializării de servicii cu amănuntul în bandă largă, în speță, Telefónica, în ceea ce privește cifra de afaceri a fiecăreia dintre activitățile sale, subestimează clar costul suplimentar al activității cu amănuntul privind banda largă, ceea ce fusese deja criticat de CMT. În consecință, Comisia concluzionează în considerentul (473) al deciziei atacate că, în speță, având în vedere informațiile dezvăluite de Telefónica și faptul că nu există niciun studiu, chiar solicitat de CMT, care să analizeze atenția acordată de echipa comercială fiecăreia dintre piețele cu amănuntul ale societății, calculul cheltuielilor de comercializare în raport cu cifra de afaceri trebuia să fie utilizat ca o cifră aproximativă a CMMTL care este favorabilă societății.

237 *Primo*, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia Comisia nu ar fi trebuit să estimeze CMMTL de comercializare pe baza datelor contabile ale Telefónica, ci ar fi trebuit să utilizeze surse de date alternative, precum tablourile de bord ale Telefónica.

238 După cum rezultă din considerentele (319) și (320) ale deciziei atacate, costul marginal pe termen lung al unui produs corespunde cheltuielilor specifice produsului suportate de întreprindere pe termen lung legate de volumul total al producției respectivului produs și, prin urmare, costurilor pe care întreprinderea le-ar fi evitat pe termen lung dacă ar fi decis să nu producă acest produs. Comisia a arătat astfel că costul marginal pe termen lung al produsului trebuia să cuprindă nu numai toate costurile fixe și variabile direct legate de producerea produsului în cauză, ci și o proporție din costurile comune legate de această activitate. Reclamantele nu contestă această constatare. Rezultă că CMMTL calculat corect trebuie să includă o proporție din costurile legate de structura comercială a Telefónica pe care societatea le-ar fi evitat pe termen lung dacă nu ar fi furnizat serviciile cu amănuntul în bandă largă.

239 Or, reclamantele nu contestă că estimarea CMMTL de comercializare, astfel cum figurează în analiza pierderilor și a profiturilor activității cu amănuntul (Economics ADSL) [considerentul (407) al deciziei atacate] și în tabloul de bord (ADSL Scorecard) al activității în bandă largă [considerentele (408)-(410) ale deciziei atacate], nu include drept costuri de comercializare [*confidențial*], subestimând astfel CMMTL ale produsului cu amănuntul în bandă largă al Telefónica. Deși, desigur, reclamantele afirmă că [*confidențial*], trebuie arătat că acesta [*confidențial*], astfel încât în mod întemeiat Comisia a considerat că CMMTL ale produsului cu amănuntul în bandă largă al Telefónica erau subevaluate.

240 *Secundo*, după cum arată în mod întemeiat Comisia, abordarea reclamantelor nu poate fi susținută în speță, întrucât aceasta înseamnă să se considere că delegații comerciali nu își consacră o parte din timpul lor comercializării de produse cu amănuntul în bandă largă ale Telefónica. De altfel, într-o scrisoare din 1 aprilie 2005 adresată Comisiei, citată în nota de subsol 472 din decizia atacată, Telefónica însăși a recunoscut că era „evident că cheltuiala cu primele nu epuiz[a] capitolul intitulat «costuri de comercializare»” și că „trebui[au] să se adauge toate costurile care decurg din structura comercială a TESAU (și anume cheltuielile cu personalul altul decât cel care [era] afectat direct vânzării și costurile cu imobilizările, de structură și de suport) în măsura în care [erau] imputabile ofertei ADSL cu amănuntul”.

241 În această privință, trebuie respinse argumentele reclamantelor potrivit cărora, pe de o parte, structura comercială a Telefónica ar fi rămas stabilă de la intrarea întreprinderii pe piața de comercializare cu amănuntul de bandă largă și, pe de altă parte, efectivele Telefónica ar reprezenta un cost fix, dificil de ajustat din cauza rigidității pieței forței de muncă.

242 Astfel, după cum a arătat Comisia în considerentul (468) al deciziei atacate, faptul că Telefónica nu și-a majorat efectivele comerciale din anul 1999 nu implică faptul că o parte din structura comercială a Telefónica nu poate fi direct imputabilă activității cu amănuntul privind banda largă a societății. Astfel cum a indicat Comisia în considerentul (469) al deciziei atacate, independent de pretinsa rigiditate a pieței forței de muncă în Spania, este probabil că dimensiunea structurii comerciale a Telefónica nu ar fi fost menținută dacă întreprinderea nu și-ar fi oferit produsele în bandă largă cu amănuntul,

veniturile generate prin activitățile tradiționale (voce și abonament) scăzând între 2002 și 2006 [considerentul (466) al deciziei atacate]. De altfel, trebuie să se considere, precum Comisia [considerentul (466) al deciziei atacate, *in fine*], că forța comercială a TESAU este dedicată în principal creșterii activității sale privind banda largă, ceea ce reclamantele nu contestă. Astfel, Telefónica însăși a considerat că creșterea grupului ar fi alimentată de banda largă. În plus, veniturile generate de serviciile în bandă largă au crescut în mod considerabil între 2002 și 2006, în timp ce veniturile generate de activitățile tradiționale s-au diminuat în aceeași perioadă [considerentele (466) și (467) ale deciziei atacate].

243 În plus, din dosar rezultă că, între 1999 și 2006, Telefónica și-a redus în mod semnificativ numărul de angajați (Telefónica însăși reducându-și efectivele, între 2003 și 2007, cu aproximativ 14 000 de angajați), păstrând însă un efectiv comercial relativ stabil, și că procentul personalului afectat unor funcții comerciale s-a modificat de la [confidențial] în 2001 la [confidențial] din efectivele sale în 2006.

244 Întrucât nu exista o estimare fiabilă a afectării efective a echipei comerciale a Telefónica comercializării produsului cu amănuntul în bandă largă, în funcție de suma totală alocată respectivei comercializări în raport cu timpul consacrat de echipa comercială acestora [considerentele (472) și (473) ale deciziei atacate], Comisia nu și-a depășit marja de apreciere atunci când a considerat drept o aproximare rezonabilă a CMMTL de comercializare partea din costuri pe care Telefónica o imputa ea însăși activității cu amănuntul ADSL [confidențial] în contabilitatea sa din anul 2005. Astfel, trebuie să se arate în această privință că regula de alocare utilizată de Telefónica până în anul 2004 fusese considerată inadecvată de CMT, întrucât aceasta nu se baza pe atribuirea costului total al comercializării proporțional cu timpul consacrat de personalul comercial produselor cu amănuntul în bandă largă.

245 În al doilea rând, reclamantele susțin că Comisia a subestimat longevitatea medie a clientelei Telefónica.

246 Trebuie amintit, cu titlu introductiv, că în decizia atacată Comisia a indicat că un anumit număr de ajustări ale costurilor Telefónica fuseseră realizate pentru a oferi o măsură adecvată, în ceea ce privește testul de micșorare a marjei, a echilibrului economic al serviciilor ADSL cu amănuntul ale Telefónica. Comisia a subliniat de asemenea că, pe piața de comercializare cu amănuntul, costurile de atragere a noilor clienți reprezentau o parte importantă din cheltuieli care ar fi amortizată repede și care ar genera profituri suplimentare pe termen lung. Prin urmare, Comisia a realizat ajustări ale conturilor Telefónica prin amortizarea costurilor de atragere a noilor abonați pe o perioadă adecvată [considerentul (474) al deciziei atacate]. În decizia atacată, Comisia a estimat, în această privință, că perioada adecvată pentru a amortiza costurile de atragere a abonaților Telefónica, în scopul prezentei cauze, era de [confidențial] ani, această durată constituind perioada maximă utilizată de autoritățile de concurență naționale și de ARN, inclusiv CMT, și fiind mai lungă decât timpul prevăzut de Telefónica în planul său de afaceri inițial pentru a recupera aceste costuri. Comisia nu a utilizat, așadar, longevitatea medie a clientelei Telefónica, propusă de aceasta din urmă, pentru motivele expuse în considerentele (476)-(485) ale deciziei atacate.

247 *Primo*, reclamantele susțin că Comisia nu explică de ce perioada de amortizare aplicată de anumite ARN și autorități de concurență este mai relevantă decât estimările reținute în Decizia Comisiei din 16 iulie 2003 (cazul COMP/38.233 – Wanadoo Interactive), cu atât mai mult cu cât durata maximă utilizată de anumite autorități naționale, în particular autoritatea franceză, ar fi de [confidențial] ani pornind de la longevitatea medie a abonaților [considerentul (488) al deciziei atacate]. Un asemenea argument trebuie totuși să fie respins, întrucât Comisia a explicat în mod clar motivele acestei alegeri în considerentele (486)-(489) ale deciziei atacate.

248 *Secundo*, potrivit reclamantelor, Comisia nu ar analiza planurile de afaceri ale Telefónica în mod adecvat, întrucât o asemenea analiză ar arăta că ipotezele care stau la baza acestora se întemeiază pe estimări ale valorii create pentru [confidențial]. Chestionate cu privire la cuprinsul și la sensul acestei

afirmații în cadrul ședinței, reclamantele au declarat, în esență, că Comisia s-ar fi bazat pe o interpretare eronată a planurilor de afaceri ale Telefónica pentru a nu reține longevitatea medie reală a abonaților Telefónica, care ar fi, potrivit acesteia, de [confidențial]. Argumentul acestora nu ar trebui totuși să fie înțeles ca vizând să stabilească o longevitate medie a abonaților Telefónica de [confidențial] ani.

249 În această privință, trebuie respins argumentul reclamantelor, întrucât acesta se bazează pe o premisă eronată. După cum rezultă din considerentele (477)-(489) ale deciziei atacate, Comisia a respins datele referitoare la longevitatea medie reală a clienților Telefónica din cauza faptului, *primo*, că durata de viață medie a abonaților Telefónica era foarte probabil superioară celei care ar trebui să fie pe o piață concurențială, *secundo*, că durata de viață propusă de Telefónica era în contradicție chiar cu afirmațiile acesteia potrivit cărora piața de comercializare cu amănuntul se caracteriza prin costuri relativ reduse pentru schimbarea furnizorului și potrivit cărora rata de reînnoire a abonaților săi („churn rate”) ar fi de [confidențial] % pe lună, ceea ce ar corespunde unei durate de viață de [confidențial] ani, *tertio*, că formula Telefónica nu se putea aplica pe o piață în dezvoltare și, *quarto*, că durata reținută de Comisie constituia durata maximă reținută de autoritățile naționale de concurență. Astfel, Comisia nu s-a bazat pe planurile de afaceri ale Telefónica pentru a respinge longevitatea medie propusă de aceasta, ci s-a limitat să afirme, în considerentul (489) al deciziei atacate, că perioada de amortizare aleasă *in fine* era [confidențial] celei care figura în planurile menționate și, prin urmare, mai favorabilă pentru Telefónica.

250 *Tertio*, reclamantele susțin că ipoteza Comisiei nu corespunde realității comportamentului clienților Telefónica, durata medie a abonamentelor Telefónica fiind mai mare de [confidențial]. În această privință, reclamantele se limitează să afirme că aplicarea tehnicilor de statistică curente pentru estimarea longevității medii a clientelei permite să se obțină o cifră mai mare de [confidențial]. Cu toate acestea, un astfel de argument nu este nici explicat și nici dezvoltat în înscrisuri și face obiectul unei trimiteri care vizează, în mod global, zece pagini dintr-un studiu economic anexat. Prin urmare, acesta trebuie să fie respins.

251 *Quarto*, reclamantele susțin că Comisia ar fi putut să aleagă să aplice un alt criteriu de amortizare. Cu toate acestea, reclamantele se limitează să evoce o posibilitate, ceea ce nu este suficient pentru a considera că Comisia a săvârșit o eroare vădită de apreciere în alegerea criteriilor de amortizare. Acest argument trebuie, așadar, să fie respins.

252 În al treilea rând, reclamantele susțin că Comisia supraestimează costurile de rețea.

253 *Primo*, reclamantele susțin că Comisia ar fi calculat în mod eronat valoarea netă contabilă a investiției, care ar avea repercusiuni asupra calculului costului de capital al rețelei IP a Telefónica. Comisia, în memoriul său în apărare, a recunoscut eroarea de calcul invocată de Telefónica. Cu toate acestea, Comisia afirmă că respectiva eroare nu afectează deloc calculul foarfecii tarifare la nivelul produsului cu ridicata național, că nu modifică în niciun mod rezultatele analizei FNA și că aceasta are, asupra analizei „perioadă-cu-perioadă”, numai un efect limitat care nu afectează constatarea existenței unei foarfeci tarifare la nivelul produsului cu ridicata regional. În memoriul în replică, reclamantele nu mai susțin argumente referitoare la calculul de către Comisie al valorii nete contabile a investiției. Acestea au confirmat în plus, în cadrul ședinței, că rectificarea erorii Comisiei nu avea niciun impact asupra rezultatului acțiunii. Prin urmare, nu mai este necesar să se examineze acest argument.

254 *Secundo*, reclamantele susțin că Comisia aplică un cost mediu ponderat al capitalului (WACC) excesiv și constant de-a lungul întregii perioade examinate.

255 Trebuie amintit că costul capitalului este prețul estimat pe care întreprinderea trebuie să îl plătească pentru a constitui capitalul utilizat, care reflectă de asemenea randamentul așteptat de investitori pentru a investi în activitățile întreprinderii [considerentul (383) al deciziei atacate]. În considerentul (447) al deciziei atacate, Comisia precizează că costul capitalului este calculat în funcție

de WACC utilizat de CMT cu ocazia reglementării sectorului benzii largi al TESAU și invocat de Telefónica însăși, care ar fi pretins că costul sectorului ADSL ar prezenta un risc mai important în raport cu celelalte sectoare. Astfel, WACC a fost stabilit, în decizia atacată, la [confidențial] %. Acest WACC este de asemenea cel care a fost utilizat de Telefónica în răspunsul său la comunicarea privind obiecțiunile [considerentele (384), (385), (447) și (451) ale deciziei atacate].

- 256 Mai întâi, reclamantele susțin, în esență, că WACC oficial, aprobat de CMT, nu a depășit niciodată [confidențial] %. În plus, WACC mediu utilizat de Telefónica în planul său de afaceri pentru perioada 2002-2011 ar fi de [confidențial] %. Astfel de argumente nu pot fi totuși reținute, Comisia explicând, în înscrisurile sale, fără să fie contrazisă cu privire la acest punct de reclamante, că WACC la care se referă Telefónica corespunde unui WACC mediu, calculat nu numai pentru activitățile privind banda largă cu ridicata și cu amănuntul ale Telefónica, ci și pentru activitățile sale de telefonie fixă. În plus, din dosar rezultă că Telefónica însăși consideră că WACC pentru activitatea privind banda largă cu amănuntul este mult mai ridicat ([confidențial] %) decât WACC mediu pentru activitatea TESAU în ansamblul său. În mod similar, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia ratele rentabilității capitalului aprobate de organisme de reglementare sau de analiști cu ocazia evaluării întreprinderilor care se consacră furnizării de servicii în bandă largă nu ar atinge nivelul ratei reținute de Comisie în decizia atacată, respectivele rate de rentabilitate nevizând în mod specific activitățile privind banda largă cu ridicata și cu amănuntul ale întreprinderilor respective.
- 257 În continuare, potrivit reclamantelor, CMT nu ar fi recunoscut niciodată în privința Telefónica o rată a rentabilității mai mare pentru piața benzii largi în raport cu celelalte activități. Nici un asemenea argument nu poate fi reținut. Astfel, WACC utilizat în decizia atacată, care a fost utilizat de CMT în modelul său „retail minus”, este WACC pentru activitatea privind banda largă în aval a TESAU, fapt care a fost confirmat de CMT ca răspuns la o cerere de informații a Comisiei din 18 noiembrie 2004. Din acest răspuns rezultă că CMT a operat o distincție între, pe de o parte, WACC utilizat în calcularea prețurilor serviciului de acces indirect orientat asupra costurilor (de [confidențial] %) și, pe de altă parte, WACC utilizat pentru calculul prețurilor cu ridicata stabilite potrivit modelului „retail minus” (de [confidențial] %). Mai mult, reclamantele recunosc că însăși Telefónica a utilizat un WACC de [confidențial] % în răspunsul său la comunicarea privind obiecțiunile.
- 258 În sfârșit, reclamantele afirmă că susținerile lor privind WACC formulate în cadrul ofertei de acces la bucla abonatului în 2002 nu ar justifica utilizarea acestora în întreaga perioadă examinată, întrucât respectiva ofertă ar fi fost formulată într-un moment în care Telefónica efectua importante investiții în condiții de incertitudine tehnologică maximă și de cerere de dezvoltare a benzii largi. Cu toate acestea, astfel cum arată Comisia, fără să fi fost contrazisă de reclamante în această privință în cadrul ședinței, la momentul la care oferta menționată a fost formulată de Telefónica în anul 2002, activitatea sa privind banda largă era deja rentabilă.
- 259 În al patrulea rând, reclamantele susțin că Comisia contabilizează de două ori mai multe elemente de costuri [și anume, costurile nerecurente ale platformei FAI (furnizor de acces la internet) și costurile studiilor de piață ADSL] și că elementele de costuri sunt în mod frecvent incoerente în timp.
- 260 Pe de o parte, în ceea ce privește dubla contabilizare a anumitor elemente de costuri, reclamantele susțin că cheltuielile de achiziționare a platformei FAI reproduse în tabelul 29 din decizia atacată figurează deja în rubrica corespunzătoare costurilor recurente ale acestei platforme, inclusă în tabelul 27 din decizia atacată. Pe de altă parte, costurile care figurează la poziția „Observarea pieței” ar fi fost de asemenea contabilizate de două ori.
- 261 În această privință, trebuie să se constate că datele contestate, care figurează în tabelele 27 și 29 din decizia atacată, sunt conforme datelor care au fost comunicate de reclamantele însele Comisiei în răspunsul lor la comunicarea privind obiecțiunile.

- 262 Pe de altă parte, trebuie arătat că, în cererea lor introductivă, reclamantele se limitează să susțină că Comisia estimează în mod eronat costurile Telefónica prin recurgerea la surse incoerente și se referă la patru pagini dintr-o anexă. În memoriul în replică, reclamantele consideră că nu pot decât să revină la explicațiile privind costurile furnizate în cererea introductivă și se referă de asemenea la trei pagini dintr-o anexă la aceasta. Trebuie subliniat că, în înscrisurile lor, reclamantele nu oferă nicio explicație referitoare la această dublă contabilizare. La rândul său, Comisia explică faptul că costurile care figurează în tabelul 27 sunt recurente, în timp ce costurile care figurează în tabelul 29 sunt nerecurente. Întrebate în această privință în cadrul ședinței, reclamantele au susținut că Comisia ar fi utilizat date provenind din tablourile de bord ale Telefónica, care nu ar face distincție între costurile recurente și costurile nerecurente în cauză. Cu toate acestea, documentele care figurează în dosarul Tribunalului la care reclamantele s-au referit în mod expres în cadrul ședinței pentru a-și susține afirmația provin din documentul „Economics ADSL”, care este analiza efectuată de Telefónica a pierderilor și a profiturilor activității sale cu amănuntul. Or, reiese în mod expres din considerentul (407) al deciziei atacate, necontestat de reclamante, că acest document este o analiză „bazată pe [p]ropria evaluare [a Telefónica] a costurilor marginale referitoare la cheltuielile sale în afara rețelei (costuri de atragere a abonaților și tarife recurente ale FAI)” și că, prin urmare, costurile platformei FAI care figurează în acest studiu nu includ costurile nerecurente. În ceea ce privește pretinsa dublă contabilizare a costurilor recurente de „observare a pieței”, care figurează în tabelul 27 din decizia atacată, care ar fi cuprinse deja în „celelalte costuri de producție”, care figurează în același tabel, trebuie să se constate că aceasta nu este susținută în niciun fel. Prin urmare, argumentul reclamantelor nu poate fi admis.
- 263 Pe de altă parte, în ceea ce privește argumentul potrivit căruia elementele de costuri ar fi incoerente în timp, trebuie arătat că Telefónica nu a furnizat costurile sale unitare pentru 2001, în pofida cererilor Comisiei în acest sens (nota de subsol 464 din decizia atacată). În consecință, Comisia nu a săvârșit nicio eroare vădită de apreciere atunci când a determinat costurile Telefónica pentru anul 2001 pornind de la datele contabile din posesia sa sau, în lipsa acestora, pe baza estimărilor care figurează fie în documentul intitulat „Economics ADSL”, fie în tablourile de bord ale persoanei interesate. De altfel, reclamantele nu au contestat această abordare în răspunsul la comunicarea privind obiecțiunile sau în scrisoarea privind situația de fapt. Prin urmare, argumentul lor nu poate fi reținut.
- 264 Având în vedere considerațiile care precedă, a treia critică din cadrul primului aspect al celui de al cincilea motiv trebuie să fie respinsă în ansamblul său, fără să fie necesară pronunțarea cu privire la impactul asupra calculului foarfecii tarifar al erorilor invocate.
- 265 Prin urmare, primul aspect al celui de al cincilea motiv trebuie să fie respins în totalitate.
- Cu privire la al doilea aspect al celui de al cincilea motiv, întemeiat pe faptul că Comisia nu ar fi stabilit corespunzător cerințelor legale efectele probabile sau concrete ale comportamentului examinat
- 266 În cadrul prezentului aspect, reclamantele susțin că Comisia nu a stabilit corespunzător cerințelor legale efectele probabile sau concrete ale comportamentului Telefónica.
- 267 Potrivit jurisprudenței amintite la punctul 170 de mai sus, prin interzicerea folosirii abuzive a unei poziții dominante în măsura în care comerțul dintre statele membre poate fi afectat, articolul 82 CE vizează comportamentele unei întreprinderi în poziție dominantă care, pe o piață pe care, tocmai ca urmare a prezenței întreprinderii în cauză, gradul de concurență este deja redus, au ca efect să împiedice menținerea gradului de concurență existent încă pe piață sau dezvoltarea acestei concurențe prin recurgerea la mijloace diferite de cele care guvernează o concurență normală între produse sau servicii pe baza prestațiilor operatorilor economici.

- 268 Efectul evidențiat de jurisprudența citată la punctul precedent nu privește în mod obligatoriu efectul concret al comportamentului abuziv denunțat. Pentru a stabili existența unei încălcări a articolului 82 CE, este suficient să se demonstreze că, prin comportamentul său abuziv, întreprinderea aflată în poziție dominantă urmărește să limiteze concurența sau, cu alte cuvinte, că acest comportament este de natură să aibă sau poate avea un asemenea efect (Hotărârea Tribunalului din 30 septembrie 2003, Michelin/Comisia, T-203/01, Rec., p. II-4071, punctul 239, Hotărârea Tribunalului din 17 decembrie 2003, British Airways/Comisia, T-219/99, Rec., p. II-5917, punctul 293, și Hotărârea Tribunalului Microsoft/Comisia, punctul 58 de mai sus, punctul 867). Astfel, efectul anticoncurențial al practicii tarifare în cauză pe piață trebuie să existe, dar nu trebuie să fie în mod necesar concret, fiind suficientă demonstrarea unui efect anticoncurențial potențial de natură să excludă concurenții cel puțin la fel de eficienți precum întreprinderea aflată în poziție dominantă (Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctul 64).
- 269 Din jurisprudența Curții rezultă de asemenea că, pentru a determina dacă întreprinderea care deține o poziție dominantă a exploatat în mod abuziv această poziție prin aplicarea practicilor sale tarifare, trebuie să fie apreciate toate împrejurările și să se examineze dacă această practică urmărește să priveze cumpărătorul de posibilitățile de a-și alege sursele de aprovizionare sau să restrângă această posibilitate, să blocheze accesul concurenților pe piață, să aplice partenerilor comerciali condiții inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj concurențial, sau să întărească poziția dominantă printr-o concurență denaturată (a se vedea Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 175, și Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctul 28 și jurisprudența citată).
- 270 Astfel, întrucât articolul 82 CE vizează nu numai practicile care pot cauza un prejudiciu imediat consumatorilor, ci și pe cele care le cauzează un prejudiciu prin faptul că aduc atingere concurenței, întreprinderii care deține o poziție dominantă îi revine o răspundere specială de a nu aduce atingere prin comportamentul său unei concurențe efective și nedenaturate pe piața comună (a se vedea Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 176 și jurisprudența citată).
- 271 Rezultă că articolul 82 CE interzice în special unei întreprinderi în poziție dominantă să aplice practici tarifare care produc efecte de eliminare pentru concurenții săi la fel de eficienți, actuali sau potențiali, și anume practici care sunt apte să facă mai dificil, chiar imposibil, accesul pe piață al acestora din urmă, precum și să facă mai dificilă, chiar imposibilă, pentru cocontractanții acesteia alegerea între mai multe surse de aprovizionare sau între mai mulți parteneri comerciali, consolidând astfel poziția sa dominantă prin recurgerea la alte mijloace decât cele care fac parte dintr-o concurență pe merit. În această perspectivă, nu orice concurență prin prețuri poate, așadar, să fie considerată legală (a se vedea Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 177 și jurisprudența citată).
- 272 În primul rând, având în vedere considerațiile care precedă, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia, dat fiind intervalul de timp scurs între începerea comportamentului incriminat și adoptarea deciziei atacate, nu era adecvată efectuarea unui test al efectelor probabile, Comisia dispunând de timpul necesar pentru a demonstra existența pretinselor efecte anticoncurențiale legate de comportamentul în cauză. Un astfel de argument nu își găsește, de altfel, niciun temei în jurisprudență.
- 273 În al doilea rând, trebuie respins argumentul reclamantelor întemeiat pe Hotărârea Tribunalului din 25 octombrie 2002, Tetra Laval/Comisia (T-5/02, Rec., p. II-4381, punctul 153), potrivit căruia, chiar bazându-se pe o analiză a efectelor probabile, Comisia ar fi trebuit să stabilească faptul că comportamentul Telefónica ar fi avut, „după toate aparențele”, efecte negative asupra concurenței, precum și asupra consumatorilor. Astfel, această hotărâre a fost pronunțată într-o cauză referitoare la controlul concentrărilor, în care Tribunalul a considerat că Comisia, în cadrul unei analize prospective, trebuia să interzică o operațiune de concentrare de tip conglomerat dacă „[era] în măsură

să concluzioneze, din cauza efectelor de conglomerat pe care le [constata], că o poziție dominantă ar fi, după toate aparențele, creată sau întărită într-un viitor apropiat și ar avea drept consecință faptul că ar ridica obstacole semnificative în calea concurenței efective de pe piața în cauză”. Astfel cum a arătat Curtea în Hotărârea Comisia/Tetra Laval, punctul 71 de mai sus (punctele 42 și 43), o analiză prospectivă a creării sau a întăririi unei poziții dominante, precum cea care este necesară în materia controlului concentrărilor, trebuie să fie efectuată cu mare atenție, întrucât nu este vorba despre examinarea unor evenimente din trecut, în legătură cu care există deseori numeroase elemente care permit înțelegerea cauzelor. Or, o astfel de situație nu este comparabilă cu prezenta cauză.

274 În al treilea rând, având în vedere jurisprudența amintită la punctul 268 de mai sus, trebuie să se verifice afirmația reclamantelor potrivit căreia constatările Comisiei privind efectele probabile ale comportamentului Telefónica ar fi pur teoretice și nu ar fi susținute.

275 În această privință, trebuie arătat că efectele probabile ale comportamentului Telefónica au fost examinate în considerentele (545)-(563) ale deciziei atacate. Pe de o parte, Comisia a constatat în aceste considerente că Telefónica limitase probabil capacitatea operatorilor ADSL de a crește în mod durabil pe piața de comercializare cu amănuntul. Mai întâi, pentru a motiva această concluzie, Comisia s-a referit la faptul că operatorii ADSL au trebuit să practice prețuri inferioare prețurilor cu amănuntul ale Telefónica, cu scopul de a atrage clienți. Comisia a subliniat că de aici au rezultat pierderi care nu erau recuperabile într-un termen rezonabil pe o piață concurențială [considerentul (546) al deciziei atacate]. Comisia s-a bazat în special, în acest scop, pe constatările efectuate în considerentele (251)-(253) ale deciziei atacate. În continuare, referindu-se la constatările realizate în considerentele (223)-(242) ale deciziei atacate, Comisia a considerat în special că concurenții ADSL de pe piața de comercializare cu amănuntul nu dispuneau de un input alternativ viabil. Astfel, Comisia s-a referit la relația de dependență a operatorilor alternativi de produsele cu ridicata ale Telefónica [considerentele (547) și (548) ale deciziei atacate]. Prin urmare, Comisia a considerat că comportamentul Telefónica îngreunase probabil menținerea continuă a prezenței pe piață a concurenților la fel de eficienți și că Telefónica fusese în măsură, prin comportamentul său, să constrângă operatorii alternativi să caute un echilibru între rentabilitatea lor și creșterea cotei lor de piață, limitând astfel presiunea concurențială exercitată asupra sa [considerentele (549)-(552) ale deciziei atacate]. Pe de altă parte, Comisia a considerat că comportamentul Telefónica adusese probabil prejudicii consumatorilor finali, întrucât concurența, care a fost restrânsă prin intermediul foarfecii tarifare, ar fi putut să determine reducerea prețurilor cu amănuntul [considerentele (556)-(559) ale deciziei atacate].

276 Constatările Comisiei care figurează în considerentele (545)-(563) ale deciziei atacate nu pot fi considerate drept „pur teoretice” sau insuficient motivate. Dimpotrivă, acestea demonstrează corespunzător cerințelor legale obstacolele eventuale pe care practicile tarifare ale Telefónica le-au putut cauza gradului de concurență al pieței de comercializare cu amănuntul. Astfel, fără să săvârșească nicio eroare vădită de apreciere, Comisia a concluzionat că comportamentul Telefónica întărise probabil barierele la intrare și în calea extinderii pe această piață și că, în lipsa unor denaturări rezultând din foarfeca tarifară, concurența ar fi fost probabil mai intensă pe piața de comercializare cu amănuntul, fapt care ar fi profitat consumatorilor în materie de prețuri, de alegere și de inovare.

277 Argumentele invocate de reclamante care vizau contestarea acestei concluzii nu pot fi admise.

278 Astfel, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia testul foarfecii tarifare utilizat de Comisie nu ar respecta criteriile care determină deciziile strategice ale operatorilor alternativi de pe piața de comercializare cu amănuntul.

279 Pe de o parte, în ceea ce privește argumentul potrivit căruia un concurent la fel de eficient ca și Telefónica nu ar adopta deciziile strategice numai în funcție de durata de viață a activelor sale, ci și în funcție de perioada necesară pentru a rentabiliza investiția în noi infrastructuri și pentru a-și atrage

clientela, trebuie să se arate, precum Comisia, că demonstrarea efectului anticoncurențial al abuzului se bazează într-o mare măsură pe tendința practicii avute în vedere de a majora costurile de intrare ale concurenților și de a întârzia perspectivele de rentabilitate ale acestora, îngreunând constituirea unei baze de clienți de natură să justifice extinderea propriei lor infrastructuri. Or, o astfel de situație a influențat în mod necesar deciziile strategice, comportamentul pe piață și rezultatele concurenților Telefónica și ale potențialilor noi operatori.

280 Pe de altă parte, trebuie respinse argumentele reclamantelor prin care se urmărește să se demonstreze că analiza Comisiei ignoră faptul că concurenții Telefónica ar avea acces la strategii concurențiale precum cea de a intra pe piața de comercializare cu amănuntul pe baza propriilor infrastructuri sau cu ajutorul unei combinații a propriilor infrastructuri și a celei a Telefónica sau exercitând o concurență agresivă, care să le permită să urce progresiv scara investițiilor. Mai întâi, în ceea ce privește argumentul reclamantelor potrivit căruia un operator alternativ și-ar optimiza investițiile prin instalarea infrastructurii sale numai în zonele geografice rentabile, trebuie să se considere că, într-o astfel de ipoteză, un asemenea operator ar fi constrâns să suporte pierderi în anumite zone geografice ale teritoriului spaniol din venituri obținute în alte zone. Apoi, argumentul potrivit căruia investițiile efectuate de operatorii alternativi în propriile rețele nu ar fi atât de importante, cu atât mai mult cu cât persoanele interesate ar utiliza o combinație optimă de produse cu ridicata, trebuie de asemenea să fie respins. Astfel, după cum s-a amintit la punctul 117 de mai sus, dezvoltarea de infrastructuri proprii determină costuri considerabile. Pe de altă parte, astfel cum s-a arătat la punctul 130 de mai sus, utilizarea unei combinații de produse cu ridicata nu este dovedită. În sfârșit, argumentul potrivit căruia teoria scării investițiilor nu ar impune ca toate nivelele să fie accesibile trebuie să fie respinsă pentru motivele care figurează la punctul 196 de mai sus.

281 În plus, trebuie respinsă susținerea potrivit căreia Comisia ar fi ignorat, în decizia atacată, presiunea concurențială a operatorilor de cablu pe piața de comercializare cu amănuntul. Astfel, Comisia a examinat acest fenomen nu numai în secțiunea deciziei atacate referitoare la efectele probabile ale comportamentului Telefónica [considerentele (559) și (560) ale deciziei atacate], dar și în considerentele (268)-(276) ale deciziei menționate, referitoare la definiția pieței de comercializare cu amănuntul.

282 Având în vedere ansamblul considerațiilor care precedă, se poate concluziona că, în considerentele (545)-(563) ale deciziei atacate, Comisia a demonstrat corespunzător cerințelor legale existența unor obstacole eventuale pe care practicile tarifare ale Telefónica au putut să le creeze în calea dezvoltării ofertei pe piața de comercializare cu amănuntul și, prin urmare, asupra gradului de concurență al acesteia.

283 Întrucât, în scopul stabilirii unei încălcări a articolului 82 CE, este suficient să se demonstreze că comportamentul abuziv urmărește să restrângă concurența (a se vedea punctul 268 de mai sus) și că, potrivit unei jurisprudențe consacrate, în măsura în care anumite motive ale unei decizii sunt, prin ele însele, de natură să o justifice corespunzător cerințelor legale, viciile care ar putea afecta alte motive ale actului nu au, în orice caz, niciun efect asupra dispozitivului acestuia (Hotărârea Tribunalului din 21 septembrie 2005, EDP/Comisia, T-87/05, Rec., p. II-3745, punctul 144; a se vedea de asemenea în acest sens Hotărârea Curții din 12 iulie 2001, Comisia și Franța/TF1, C-302/99 P și C-308/99 P, Rec., p. I-5603, punctele 26-29), susținerile reclamantelor referitoare la lipsa de dovezi ale efectelor concrete ale comportamentului Telefónica pe piață trebuie să fie respinse ca inoperante în cadrul stabilirii încălcării invocate.

284 Rezultă că al doilea aspect al celui de al cincilea motiv trebuie respins.

285 Prin urmare, al cincilea motiv trebuie respins în totalitate.

g) Cu privire la al șaselea motiv, întemeiat pe o aplicare *ultra vires* a articolului 82 CE și pe o încălcare a principiilor subsidiarității, proporționalității, securității juridice, cooperării loiale și buneii administrări

286 Prezentul motiv cuprinde trei aspecte. Primul aspect este întemeiat pe o aplicare *ultra vires* a articolului 82 CE. Al doilea aspect, formulat cu titlu subsidiar, este întemeiat pe o încălcare a principiilor subsidiarității, proporționalității și securității juridice. În sfârșit, al treilea aspect este întemeiat pe o încălcare a principiilor cooperării loiale și buneii administrări.

Cu privire la primul aspect al celui de al șaselea motiv, întemeiat pe o aplicare *ultra vires* a articolului 82 CE

287 În cadrul prezentului aspect, reclamantele susțin că, prin adoptarea deciziei atacate, Comisia a realizat o aplicare *ultra vires* a articolului 82 CE.

288 În ceea ce privește admisibilitatea prezentului aspect, contestată de Comisie, trebuie să se arate că rezultă din textul cererii introductive că argumentele reclamantelor invocate în cadrul prezentului aspect urmăresc să demonstreze aplicarea de către Comisie a articolului 82 CE în afara competențelor care i-au fost acordate în domeniul dreptului concurenței. În plus, în cadrul memoriului în replică, reclamantele au afirmat că, spre deosebire de cele sugerate de Comisie, ele nu invocă niciun abuz de putere. Întrucât prezentul aspect urmărește să stabilească faptul că, în speță, Comisia și-a depășit competențele, acesta trebuie să fie declarat admisibil.

289 În ceea ce privește temeinicia prezentului aspect, în primul rând, trebuie respins argumentul reclamantelor întemeiat pe considerațiile pe care acestea le-au prezentat în cadrul celui de al patrulea motiv, potrivit căruia Comisia ar fi ignorat criteriile juridice aplicabile articolului 82 CE, întrucât acest argument, care nu vizează în orice caz să demonstreze că Comisia și-a depășit competențele, este neîntemeiat (a se vedea punctele 169-197 de mai sus). În plus, faptul că comportamentul abuziv s-a produs pe o piață calificată de reclamante drept „instrumentară”, și anume o piață „creată în scop de reglementare”, este lipsit de relevanță pentru aplicarea articolului 82 CE, întrucât dreptul concurenței se aplică și acestor piețe (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 13 noiembrie 1975, General Motors Continental/Comisia, 26/75, Rec., p. 1367, punctele 4-10, și Hotărârea Curții din 11 noiembrie 1986, British Leyland/Comisia, 226/84, Rec., p. 3263, punctul 5).

290 În al doilea rând, în ceea ce privește argumentul reclamantelor potrivit căruia Comisia, în aprecierea sa a comportamentului Telefónica în decizia atacată, ar fi adus atingere competențelor ARN și s-ar fi referit la noțiuni cu caracter normativ, precum cea de „scară a investițiilor”, trebuie arătat că reclamantele se limitează să afirme că respectiva noțiune, a cărei utilizare în cadrul aplicării articolului 82 CE ar fi lipsită de orice temei, nu reflectă evoluția pieței spaniole, nici evoluția strategiei concurențiale a operatorilor alternativi. Or, deși reclamantele afirmă că această noțiune cu caracter normativ nu ar aparține dreptului concurenței, acestea nu explică de ce utilizarea de către Comisie a acestui concept economic, în scopul descrierii evoluției pieței spaniole a benzii largi de la liberalizarea sectorului telecomunicațiilor, ar demonstra depășirea de către Comisie a competențelor sau faptul că aceasta a aplicat articolul 82 CE „în scopuri de reglementare”, astfel încât afirmația lor nu poate fi reținută. De altfel, astfel cum rezultă din considerentul (180) al deciziei atacate, Telefónica însăși, într-o scrisoare adresată Comisiei la 2 martie 2005, s-a referit la conceptul de „scară a investițiilor” pentru a descrie evoluția pieței spaniole a internetului începând din anul 2001 și a confirmat că „piața spaniolă a benzii largi evolu[a] potrivit ritmului sperat în «scara investițiilor»”. Deși reclamantele susțin că recurgerea la această noțiune ar fi condus Comisia la ignorarea faptului că operatorii alternativi ar utiliza o combinație optimă de produse cu ridicata sau că, astfel cum ar demonstra de exemplu Jazztel, aceștia au putut și pot să realizeze investiții importante fără să dispună de o bază semnificativă de clienți, un asemenea argument, care nu urmărește nici să demonstreze depășirea competențelor de către Comisie, trebuie să fie respins pentru motivele menționate la punctele 120 și 201-211 de mai sus.

291 În al treilea rând, în ceea ce privește argumentul, invocat în memoriul în replică, potrivit căruia Comisia ar fi dispus de un instrument formal ad-hoc de intervenție rezultat din articolul 7 din Directiva-cadru care îi permite să intervină într-o situație precum cea în cauză în speță și fără să fie necesar să se pronunțe cu privire la admisibilitatea acestuia, contestată de Comisie, trebuie să se constate că acesta nu este întemeiat.

292 Trebuie subliniat că, potrivit articolului 1 alineatul (1) din Directiva-cadru, aceasta „stabilește un cadru armonizat pentru reglementarea serviciilor de comunicații electronice, a rețelilor de comunicații electronice, a infrastructurilor și a serviciilor asociate, [...] prevede sarcini pentru [ARN] și stabilește o serie de proceduri care să asigure o aplicare armonizată a cadrului de reglementare pe teritoriul Comunității”. De asemenea, trebuie să se arate că legiuitorul Uniunii a dorit să acorde un rol central ARN pentru a atinge obiectivele vizate de Directiva-cadru, după cum o atestă recurgerea la instrumentul juridic al directivei, ai cărei unici destinatari sunt statele membre, structura acesteia, care cuprinde printre altele două capitole intitulate „[ARN]” (capitolul 2: articolele 3-7) și, respectiv, „Sarcinile [ARN]” (capitolul 3: articolele 8-13), și competențele precise atribuite ARN. În această privință, articolul 7 din Directiva-cadru descrie participarea Comisiei și a ARN la procedura de consolidare a pieței interne de comunicații electronice și vizează, potrivit considerentului (15) al directivei menționate, să „asigure că deciziile luate la nivel național nu au efecte nefavorabile asupra pieței comune sau asupra altor obiective ale tratatului”.

293 Existența acestui instrument nu afectează, așadar, deloc competența Comisiei întemeiată direct pe articolul 3 alineatul (1) din Regulamentul nr. 17 și, începând de la 1 mai 2004, pe articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul nr. 1/2003 de a constata încălcările articolelor 81 CE și 82 CE (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 aprilie 2008, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 69 de mai sus, punctul 263). Astfel, normele privind concurența prevăzute de Tratatul CE completează, prin exercitarea unui control *ex post*, cadrul de reglementare adoptat de legiuitorul Uniunii în vederea reglementării *ex ante* a piețelor telecomunicațiilor (Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 92).

294 În plus, reclamantele nu pot susține că ar fi revenit Comisiei, potrivit articolului 7 din Directiva-cadru, obligația de a controla măsurile de reglementare adoptate de CMT. Astfel, după cum a arătat Comisia în înscrisurile sale, numai măsurile adoptate în iunie 2006, în urma punerii în aplicare de către CMT a directivei-cadru și a Orientărilor privind analiza pieței și evaluarea puterii semnificative pe piață în conformitate cu cadrul comunitar de reglementare pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice (JO 2002, C 165, p. 6) (denumite în continuare, împreună, „cadrul de reglementare din 2002”), au fost notificate Comisiei prin intermediul procedurii prevăzute la articolul menționat.

295 Rezultă că primul aspect al celui de al șaselea motiv trebuie respins.

Cu privire la al doilea aspect al celui de al șaselea motiv, întemeiat pe o încălcare a principiilor subsidiarității, proporționalității și securității juridice

296 În cadrul celui de al doilea aspect al prezentului motiv, reclamantele susțin că, chiar dacă se presupune că Comisia poate utiliza articolul 82 CE în scopuri de reglementare, *quod non*, intervenția sa în prezenta cauză ar fi contrară principiilor subsidiarității, proporționalității și securității juridice, întrucât aceasta s-ar amesteca fără motiv în exercitarea competențelor CMT.

297 Trebuie amintit că principiul subsidiarității este enunțat la articolul 5 al doilea paragraf CE și se concretizează prin Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității, anexat la Tratatul CE, potrivit căruia, în domeniile care nu sunt de competența sa exclusivă, Comunitatea nu intervine decât în cazul și în măsura în care obiectivele acțiunii preconizate nu pot să fie realizate

într-un mod satisfăcător de către statele membre, însă pot fi realizate mai bine la nivel comunitar din cauza dimensiunilor sau a efectelor acțiunii preconizate. Acest protocol stabilește de asemenea, la alineatul (5), linii directoare pentru a stabili dacă sunt îndeplinite aceste condiții.

- 298 Protocolul respectiv precizează în plus la alineatul (3) că principiul subsidiarității nu pune în discuție competențele conferite Comunității prin tratatul menționat, astfel cum sunt interpretate de Curte. Astfel, acest principiu nu pune în discuție competențele care au fost acordate Comisiei prin Tratatul CE, printre care figurează aplicarea normelor de concurență necesare pentru funcționarea pieței interne [articolul 3 alineatul (1) litera (g) CE] enunțate la articolele 81 CE și 82 CE și puse în aplicare prin Regulamentul nr. 17 și, începând de la 1 mai 2004, prin Regulamentul nr. 1/2003 (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 8 martie 2007, France Télécom/Comisia, T-339/04, Rep., p. II-521, punctele 88 și 89).
- 299 Având în vedere considerațiile care figurează la punctul 293 de mai sus, Telefónica nu putea ignora faptul că respectarea reglementării spaniole în materie de telecomunicații nu prevenea o intervenție a Comisiei în temeiul articolului 82 CE, cu atât mai mult cu cât mai multe instrumente juridice din cadrul de reglementare din 2002 reflectă posibilitatea unor proceduri paralele în fața ARN și a autorităților de concurență [a se vedea în această privință articolul 15 alineatul (1) din Directiva-cadru și punctele 28, 31 și 70 din Orientările Comisiei privind analiza pieței și evaluarea puterii semnificative pe piață în conformitate cu cadrul comunitar de reglementare pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice].
- 300 Rezultă că deciziile adoptate de ARN pe baza cadrului de reglementare din 2002 nu lipsesc Comisia de competența sa de a interveni într-un stadiu ulterior pentru a aplica articolul 82 CE în temeiul Regulamentului nr. 17, și, începând de la 1 mai 2004, al Regulamentului nr. 1/2003. În plus, nicio dispoziție a cadrului menționat nu impune Comisiei obligația de a stabili existența unor circumstanțe excepționale pentru a-și justifica intervenția într-un asemenea caz, astfel cum susțin reclamantele. Prin urmare, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia, în esență, nici Comisia și nici autoritățile naționale de concurență nu ar trebui să analizeze, în temeiul dreptului concurenței, comportamente supuse unor măsuri de reglementare care au obiective similare.
- 301 În orice caz, mai întâi, CMT nu este o autoritate de concurență, ci o autoritate de reglementare, și aceasta nu a intervenit niciodată pentru a determina respectarea articolului 82 CE și nici nu a adoptat decizii privind practicile sancționate prin decizia atacată [considerentele (678) și (683) ale deciziei atacate]. Chiar presupunând că CMT ar fi obligată să analizeze compatibilitatea cu articolul 82 CE a practicilor Telefónica, o astfel de împrejurare nu ar împiedica posibilitatea constatării de către Comisie a unei încălcări imputate acesteia. Astfel, Comisia nu poate fi obligată să respecte o decizie adoptată de o autoritate națională în temeiul articolului 82 CE (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 aprilie 2008, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 69 de mai sus, punctul 120).
- 302 Apoi, CMT a afirmat, în mai multe rânduri, că nu dispunea de anumite informații necesare pentru a proceda la examinarea foarfecii tarifare privind prețurile Telefónica pentru accesul, cu ridicata și cu amănuntul, în bandă largă la nivel regional [a se vedea în special considerentele (494), (495), (509) și (511) ale deciziei atacate].
- 303 În sfârșit, potrivit considerentului (494) al deciziei atacate, modelul de costuri utilizat de CMT în deciziile sale *ex ante* având ca obiectiv să se asigure de absența foarfecii tarifare nu era nici el adecvat, în scopul aplicării articolului 82 CE, întrucât, pe de o parte, acesta nu se baza pe estimări recente în ceea ce privește costurile istorice ale Telefónica, ci pe estimări realizate de consultanți externi pe baza unor informații furnizate de societate în octombrie 2001, și, pe de altă parte, modelul costurilor respectivilor consultanți subestimase costurile suplimentare ale rețelei în aval a Telefónica și nu luase în considerare cheltuielile de promovare ale acesteia din urmă. Prin urmare, argumentele potrivit cărora CMT s-ar fi dovedit deosebit de activă în privința politicii de prețuri a Telefónica și ar fi

acționat *ex post* în repetate rânduri reglementând și controlând politica de prețuri a Telefónica începând de la primele etape ale dezvoltării spaniole a pieței benzii largi trebuie de asemenea să fie respinse.

304 În acest context, argumentul reclamantelor potrivit căruia Comisia nu ar avea competența de a examina acțiunea ARN în temeiul articolului 82 CE dacă nu se demonstrează că acestea nu au acționat în cadrul competențelor lor sau au acționat în mod vădit eronat trebuie de asemenea să fie respins. Astfel, în decizia atacată, Comisia nu a examinat în temeiul articolului 82 CE acțiunea CMT, ci pe cea a Telefónica.

305 Prin urmare, nu s-a stabilit că principiul subsidiarității a fost încălcat.

306 În ceea ce privește pretensele încălcări ale principiilor proporționalității și securității juridice, reclamantele nu demonstrează în ce mod au fost încălcate aceste principii. Ele se limitează, astfel, să invoce încălcarea principiului securității juridice rezultată din intervenția Comisiei în temeiul articolului 82 CE, deși aceasta nu ar fi contestat acțiunea CMT. Astfel, Telefónica ar fi putut să aibă convingerea că, dacă respectă cadrul de reglementare în vigoare, comportamentul său va fi conform dreptului Uniunii. Cu toate acestea, un asemenea argument trebuie respins, pentru motivele prezentate la punctele 299-304 de mai sus.

307 În sfârșit, în ceea ce privește argumentul reclamantelor potrivit căruia Comisia ar fi trebuit să introducă o acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor împotriva Regatului Spaniei în temeiul articolului 226 CE, dacă ar fi ajuns la concluzia că deciziile CMT, ca organ al unui stat membru, nu permiteau evitarea unei foarfeci tarifare și, prin urmare, nu respectau cadrul de reglementare din 2002, trebuie să se arate că, în decizia atacată, Comisia nu a efectuat o astfel de constatare. Pe de altă parte, chiar dacă se presupune că CMT a încălcat o normă a Uniunii și că Comisia ar fi putut să intențeze pe acest temei o procedură în constatarea neîndeplinirii obligațiilor împotriva Regatului Spaniei, astfel de eventualități nu ar fi deloc de natură să afecteze legalitatea deciziei atacate. Astfel, în această decizie, Comisia s-a limitat să constate că Telefónica săvârșise o încălcare a articolului 82 CE, dispoziție care nu vizează statele membre, ci numai operatorii economici (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 aprilie 2008, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 69 de mai sus, punctul 271). Mai mult, potrivit jurisprudenței Curții, în sistemul instituit prin articolul 226 CE, Comisia dispune de o putere discreționară pentru a intenta o acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor și nu revine instanțelor Uniunii sarcina de a aprecia oportunitatea exercitării acesteia (Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 47).

308 Rezultă că al doilea aspect al celui de al șaselea motiv trebuie să fie respins.

Cu privire la al treilea aspect al celui de al șaselea motiv, întemeiat pe o încălcare a principiilor cooperării loiale și buneii administrări

309 Cu titlu introductiv, trebuie amintit că principiul cooperării loiale, consacrat de articolul 10 CE, se aplică tuturor autorităților statelor membre care acționează în cadrul competențelor lor, precum și instituțiilor Uniunii, care au obligații reciproce de cooperare loială cu statele membre (Ordonanța Curții din 13 iulie 1990, Zwartveld și alții, C-2/88 IMM, Rec., p. I-3365, punctul 17; a se vedea Hotărârea Curții din 22 octombrie 2002, Roquette Frères, C-94/00, Rec., p. I-9011, punctul 31 și jurisprudența citată). Atunci când, precum în speță, autoritățile Uniunii și autoritățile naționale sunt chemate să contribuie la realizarea obiectivelor tratatului printr-o exercitare coordonată a competențelor lor respective, o astfel de cooperare are un caracter esențial (Hotărârea Roquette Frères, citată anterior, punctul 32).

- 310 Contrar celor susținute de reclamante, CMT a fost efectiv asociată la procedura administrativă care a condus la decizia atacată. În primul rând, Comisia i-a trimis trei cereri de informații, datele 18 noiembrie și 17 decembrie 2004 și, respectiv, 17 ianuarie 2005. În al doilea rând, Comisia a comunicat CMT, la 24 mai 2006, o versiune neconfidențială a comunicării privind obiecțiunile. Aceasta a informat-o de asemenea că avea posibilitatea, dacă era cazul, să îi adreseze comentarii scrise cu privire la comunicarea privind obiecțiunile sau să formuleze observații sau întrebări orale în cadrul audierii. Or, nu a fost formulată nicio observație scrisă de către CMT. În al treilea rând, mai mulți reprezentanți ai CMT au fost prezenți la audierea din 12 și 13 iunie 2006 și CMT a intervenit de asemenea în cadrul acesteia. În al patrulea rând, la 26 iunie 2006, CMT a răspuns de asemenea în scris la o serie de întrebări adresate de autoarea plângerii în cursul audierii. În al cincilea rând, reclamantele nu contestă afirmația Comisiei potrivit căreia membrii echipei însărcinate cu dosarul au întâlnit reprezentanți ai CMT în mai multe rânduri pentru a discuta investigația. În al șaselea rând, reclamantele nu contestă afirmațiile Comisiei potrivit cărora, la 14 iunie 2007, mai mulți reprezentanți ai CMT au avut o întâlnire cu aceasta și au formulat observații cu privire la cuprinsul anumitor considerente ale deciziei atacate, care au fost luate în considerare în vederea celei de a doua reuniuni a comitetului consultativ vizat la articolul 14 din Regulamentul nr. 1/2003. CMT nu a prezentat comentarii suplimentare în această privință. Un expert al CMT a participat, de altfel, la o reuniune a acestui comitet consultativ, care a avut loc la 15 iunie 2007.
- 311 În această privință, nu poate fi reținut argumentul reclamantelor potrivit căruia cererile de informații adresate de Comisie CMT ar fi avut un caracter tehnic și nu ar fi vizat obiecțiunile imputate Telefónica, realitatea piețelor pretins vizate, metodologia urmată pentru a realiza testele de foarfecă tarifară sau existența eventuală a unei astfel de foarfeci. Astfel, în pofida unei invitații în acest sens a Comisiei, CMT nu a formulat observații scrise adresate Comisiei privind comunicarea privind obiecțiunile și, în particular, aprecierile preliminare ale Comisiei referitoare la elementele menționate anterior, astfel cum figurau acestea la punctele 142-250 și 358-469 din respectiva comunicare.
- 312 Pe de altă parte, trebuie amintit, în ceea ce privește relațiile care se stabilesc în cadrul procedurilor desfășurate de Comisie în temeiul articolelor 81 CE și 82 CE, că modalitățile de punere în aplicare a principiului cooperării loiale care reiese din articolul 10 CE și pe care Comisia este ținută să îl respecte în relațiile sale cu statele membre au fost precizate în special la articolele 11-16 din Regulamentul nr. 1/2003, în capitolul IV din acesta, intitulat „Cooperarea”. Or, aceste dispoziții nu prevăd în mod expres obligația Comisiei de a consulta ARN.
- 313 Reclamantele nu pot nici să pretindă, în acest context, că trimiterea comunicării privind obiecțiunile către CMT și invitarea acesteia la audiere au avut loc tardiv, atunci când Comisia și-ar fi format deja o opinie cu privire la pretinsa ilegalitate a comportamentului Telefónica. Astfel, în afară de faptul că comunicarea privind obiecțiunile este un document pregătit de ale cărui evaluări au o natură pur provizorie și sunt menite să delimiteze obiectul procedurii administrative față de întreprinderile care fac obiectul acestei proceduri (Hotărârea Curții din 7 iunie 1983, *Musique Diffusion française și alții/Comisia*, 100/80-103/80, Rec., p. 1825, punctul 14, Hotărârile Curții Aalborg Portland și alții/Comisia, punctul 69 de mai sus, punctul 67, și *Prym și Prym Consumer/Comisia*, punctul 83 de mai sus, punctul 40), s-a arătat deja la punctul 310 de mai sus că Comisia trimisese CMT o copie a unei astfel de comunicări la 24 mai 2006, respectiv cu mai mult de un an înainte de adoptarea deciziei atacate.
- 314 Având în vedere considerațiile care precedă, nu se poate considera, prin urmare, că, în speță, Comisia și-a încălcat obligația de cooperare loială. Întrucât argumentul reclamantelor întemeiat pe o încălcare a principiului bunei administrări se bazează exclusiv pe nerespectarea obligației menționate, acesta trebuie de asemenea să fie respins.
- 315 Prin urmare, al treilea aspect al prezentului motiv trebuie respins.

316 Prin urmare, al șaselea motiv trebuie să fie respins în totalitate, precum și, în consecință, ansamblul concluziilor principale, prin care se solicită anularea deciziei atacate.

2. Cu privire la concluziile subsidiare, prin care se solicită anularea sau reducerea cuantumului amenzii

317 Reclamantele invocă două motive în susținerea concluziilor lor prin care solicită anularea sau reducerea cuantumului amenzii. Primul motiv este întemeiat pe erori de fapt, de apreciere a faptelor și de drept și pe o încălcare a articolului 15 alineatul (2) din Regulamentul nr. 17, a articolului 23 alineatul (2) din Regulamentul nr. 1/2003 și a principiilor securității juridice și încrederii legitime. Al doilea motiv, formulat cu titlu subsidiar, este întemeiat pe erori de fapt și de drept și pe încălcarea principiilor proporționalității, egalității de tratament, individualizării pedepselor, precum și a obligației de motivare, cu ocazia determinării cuantumului amenzii.

a) Cu privire la primul motiv, întemeiat pe erori de fapt, de apreciere a faptelor și de drept și pe o încălcare a articolului 15 alineatul (2) din Regulamentul nr. 17, a articolului 23 alineatul (2) din Regulamentul nr. 1/2003 și a principiilor securității juridice și încrederii legitime

318 Prin intermediul prezentului motiv, reclamantele contestă constatările Comisiei potrivit cărora, pe de o parte, comportamentul Telefónica, în perioada încălcării, a fost intenționat sau, cel puțin, grav neglijent și, pe de altă parte, încălcarea săvârșită de Telefónica constituie un „abuz caracterizat”, pentru care există precedente [considerentele (720)-(736) ale deciziei atacate].

319 În primul rând, în ceea ce privește problema dacă o încălcare a fost săvârșită în mod deliberat sau din neglijență și este, din această cauză, susceptibilă să fie sancționată cu o amendă în temeiul articolului 15 alineatul (2) primul paragraf din Regulamentul nr. 17 și, începând de la 1 mai 2004, al articolului 23 alineatul (2) din Regulamentul nr. 1/2003, rezultă din jurisprudență că această condiție este îndeplinită de vreme ce întreprinderea în cauză nu poate să ignore faptul că are un comportament cu caracter anticoncurențial, indiferent dacă a avut sau nu a avut cunoștință de încălcarea normelor din tratat privind concurența (a se vedea Hotărârea Tribunalului din 14 decembrie 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich și alții/Comisia, T-259/02-T-264/02 și T-271/02, Rec., p. II-5169, punctul 205, și Hotărârea Tribunalului din 10 aprilie 2008, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 69 de mai sus, punctul 295 și jurisprudența citată; a se vedea de asemenea în acest sens Hotărârea Curții din 8 noiembrie 1983, IAZ International Belgium și alții/Comisia, 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 și 110/82, Rec., p. 3369, punctul 45, Hotărârea Curții Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia, punctul 111 de mai sus, punctul 107, și Hotărârea Curții din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 124).

320 Potrivit jurisprudenței, o întreprindere își dă seama de natura anticoncurențială a comportamentului său atunci când cunoaște elementele materiale de fapt care justifică atât constatarea unei poziții dominante pe piața în cauză, cât și aprecierea Comisiei privind existența unui abuz al acestei poziții (a se vedea în acest sens Hotărârea Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia, punctul 111 de mai sus, punctul 107, și Hotărârea Raiffeisen Zentralbank Österreich și alții/Comisia, punctul 319 de mai sus, punctele 207 și 210; a se vedea de asemenea Concluziile avocatului general Mazák prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 39).

321 *Primo*, pentru a contesta constatarea Comisiei potrivit căreia comportamentul Telefónica a fost intenționat sau, cel puțin, grav neglijent, reclamantele susțin că Telefónica nu ar fi fost în mod rezonabil în măsură să prevadă că comportamentul său va fi susceptibil să constituie un abuz de poziție dominantă contrar articolului 82 CE, ținând seama de definiția piețelor produselor dată anterior de autoritățile spaniole de concurență și de CMT, care ar fi diferită de cea reținută în decizia atacată, de

controlul exercitat de CMT asupra prețurilor și asupra comportamentului Telefónica în perioada încălcării și de absența unei marje de manevră suficiente a Telefónica pentru a-și determina politica de prețuri în această perioadă.

- 322 În primul rând, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia Telefónica nu ar fi putut prevedea adoptarea de către Comisie a unei definiții a pieței diferite de cea adoptată de autoritățile spaniole.
- 323 Astfel, în calitate de operator economic diligent, Telefónica ar fi trebuit să fie familiarizată cu principiile care reglementează definiția piețelor în cauzele de concurență și, dacă este cazul, să recurgă la un consultant pentru a evalua, într-o măsură rezonabilă în împrejurările cauzei, consecințele care pot rezulta dintr-un act determinat. Aceasta este în special situația profesioniștilor, obișnuiți cu necesitatea de a da dovadă de o mare prudență în exercitarea profesiei lor. De asemenea, se poate aștepta ca aceștia să acorde o atenție specială evaluării riscurilor pe care le presupune respectivul act (a se vedea în acest sens Hotărârea Dansk Rørindustri și alții/Comisia, punctul 59 de mai sus, punctul 219).
- 324 În plus, un operator economic avizat nu se poate îndoi de faptul că deținerea de cote de piață importante, deși nu este în mod necesar și în toate cazurile singurul indiciu determinant al existenței unei poziții dominante, are totuși o importanță considerabilă care trebuie să fie luată în considerare în mod necesar de acesta în ceea ce privește comportamentul său posibil pe piață (Hotărârea Hoffmann-La Roche/Comisia, punctul 76 de mai sus, punctul 133).
- 325 În această privință, după cum a arătat Comisia în mod întemeiat în considerentul (721) al deciziei atacate, Telefónica, operator istoric și proprietar al singurei infrastructuri semnificative pentru furnizarea de produse cu ridicata regionale și naționale, nu putea ignora că deținea o poziție dominantă pe piețele relevante. Prin urmare, importanța cotelor de piață deținute de Telefónica (a se vedea punctele 153 și 159 de mai sus) pe piețele cu ridicata națională și regională implică faptul că convingerea sa că nu ocupa o poziție dominantă pe aceste piețe nu putea fi decât rezultatul fie al unei examinări insuficiente a structurii piețelor pe care opera aceasta, fie al unui refuz de a lua în considerare aceste structuri (a se vedea în acest sens Hotărârea Hoffmann-La Roche/Comisia, punctul 76 de mai sus, punctul 139). Argumentul potrivit căruia Telefónica nu ar fi putut să prevadă adoptarea de către Comisie a unei definiții a pieței diferite de cea adoptată de autoritățile spaniole nu poate, prin urmare, să fie admis.
- 326 Având în vedere considerațiile care precedă și faptul că s-a arătat la punctele 110-144 de mai sus că în mod întemeiat Comisia a considerat că bucla locală, produsul cu ridicata național și produsul cu ridicata regional nu aparțineau aceleiași piețe a produselor, nu pot fi reținute argumentele reclamantelor potrivit cărora deciziile adoptate de autoritățile de reglementare naționale din Franța și din Regatul Unit, care au concluzionat că produsele cu ridicata național și regional nu erau substituibile, nu le-ar fi permis să prevadă definițiile pieței care vor fi adoptate în speță. Aceeași este situația în privința argumentului reclamantelor întemeiat pe aprecierea care ar fi fost formulată de CMT în decizia sa din 6 aprilie 2006, potrivit căreia produsele cu ridicata național și regional ar aparține aceleiași piețe relevante, argument care, de altfel, a fost respins în mod expres la punctul 142 de mai sus.
- 327 În al doilea rând, nu poate fi primit nici argumentul reclamantelor potrivit căruia, contrar celor ce figurează în considerentul (724) al deciziei atacate, Telefónica nu ar fi dispus de o marjă de manevră suficientă pentru a-și stabili politica de prețuri, din cauza reglementării sectoriale aplicabile.
- 328 Trebuie amintit că articolul 82 TFUE nu vizează decât comportamentele anticoncurențiale care au fost adoptate de întreprinderi din proprie inițiativă. Dacă o legislație națională impune întreprinderilor un comportament anticoncurențial sau creează un cadru juridic care elimină el însuși orice posibilitate de comportament concurențial din partea acestora, articolul 82 CE nu este aplicabil. Într-o astfel de

situație, restrângerea concurenței nu își are cauza în comportamente autonome ale întreprinderilor, după cum implică această dispoziție (a se vedea Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctul 49 și jurisprudența citată).

329 În schimb, articolul 82 CE se poate aplica dacă se dovedește că legislația națională menține posibilitatea împiedicării, a restrângerii sau a denaturării concurenței prin comportamente autonome ale întreprinderilor (a se vedea Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctul 50 și jurisprudența citată).

330 Astfel, Curtea a precizat că, în pofida existenței unei asemenea legislații, dacă o întreprindere integrată vertical care deține o poziție dominantă dispune de o marjă de manevră pentru a modifica fie și numai prețurile sale cu amănuntul, pentru acest simplu motiv, micșorarea marjelor îi poate fi imputată (Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctul 85, și Hotărârea TeliaSonera, punctul 146 de mai sus, punctul 51).

331 În speță, trebuie mai întâi să se arate că, în privința produsului cu ridicata național, reclamantele nu contestă constatarea efectuată în considerentele (109)-(110) și (671) ale deciziei atacate potrivit căreia, pe de o parte, prețurile produsului cu ridicata național nu au fost niciodată reglementate în perioada încălcării și, pe de altă parte, Telefónica a avut libertatea, începând din septembrie 2001, de a reduce aceste prețuri.

332 Apoi, în legătură cu produsul cu ridicata regional, reclamantele susțin că prețurile impuse de CMT în temeiul mecanismului „retail minus” ar fi fost *de facto* prețuri fixe, cel puțin între lunile martie 2004 și decembrie 2006.

333 Trebuie amintit că, astfel cum reiese din considerentul (113) al deciziei atacate, o ordonanță din 29 decembrie 2000 a cabinetului Președinției spaniol a stabilit caracterul maxim al prețurilor pentru produsul cu ridicata regional. Pe de altă parte, astfel cum rezultă din dosar, CMT, prin scrisoarea din 2 februarie 2005, a confirmat în mod explicit că prețurile produsului cu ridicata regional erau prețuri maxime și că Telefónica putea să solicite o reducere a prețurilor sale [a se vedea de asemenea considerentele (116)-(118) și (673) ale deciziei atacate].

334 În această privință, argumentul reclamantelor întemeiat, pe de o parte, pe decizia CMT din 31 martie 2004, în care aceasta din urmă ar fi afirmat că ar fi rezonabil ca prețul produsului cu ridicata regional să fie de natură să contribuie la menținerea investițiilor operatorilor de cablu și că prețul produsului cu ridicata regional ar trebui să fie stabilit pornind de la un quantum absolut calculat potrivit metodei „retail minus”, astfel încât „CMT nu ar fi autorizat niciodată o reducere a prețului produsului [cu ridicata] regional, dat fiind că aceasta ar fi pus în pericol viabilitatea cablului”, și, pe de altă parte, pe deciziile CMT din 29 aprilie 2002 și din 22 iulie 2004, în care CMT s-ar fi declarat împotriva unor reduceri pronunțate ale prețurilor cu ridicata pentru a evita descurajarea investițiilor în infrastructuri și a inovației, este bazat pe premisa ipotetică potrivit căreia CMT nu ar fi autorizat niciodată o reducere a prețului produselor cu ridicata. Așadar, acesta trebuie respins.

335 În orice caz, un astfel de argument este contrazis de faptul că prețurile produsului cu ridicata regional au fost reduse de CMT din proprie inițiativă, deși Telefónica nu propusese nicio modificare a prețurilor sale, prin decizia din 22 iulie 2004 [decizia CMT din 22 iulie 2004 privind cererea de modificare a ofertei de acces la bucla locală (OBA) a TESAU pentru a o adapta la creșterea vitezelor ADSL la nivelul cu amănuntul] și prin decizia din 19 mai 2005 [decizia CMT din 19 mai 2005 privind cererea de modificare a ofertei de acces la bucla locală (OBA) a TESAU pentru a o adapta la creșterea vitezelor ADSL la nivelul cu amănuntul]. Argumentul, invocat de reclamante în cadrul memoriului în replică al acestora, potrivit căruia respectivele decizii demonstrează că reducerea prețurilor produsului cu ridicata regional necesita intervenția CMT și nu putea fi decisă în mod liber de Telefónica trebuie de asemenea să fie respins, întrucât revenea Telefónica, în cadrul răspunderii speciale care îi revine în calitate de întreprindere care ocupă o poziție dominantă pe piața produsului cu ridicata regional,

obligăția de a prezenta CMT cereri de modificare a tarifelor sale în cazul în care acestea aveau drept efect să aducă atingere unei concurențe efective și nedenaturate în cadrul pieței comune (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 aprilie 2008, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 69 de mai sus, punctul 122).

- 336 În sfârșit, în ceea ce privește prețurile cu amănuntul ale Telefónica, trebuie să se arate, astfel cum a făcut Comisia, că reclamantele nu contestă afirmația Comisiei, care figurează în considerentul (724) al deciziei atacate, potrivit căreia Telefónica putea să își majoreze prețurile cu amănuntul în orice moment. Acestea nu contestă nici constatările care figurează în considerentele (104)-(108) ale deciziei atacate, potrivit cărora, deși prețurile cu amănuntul ale TESAU au făcut obiectul unui regim de autorizare administrativă din partea Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (Comisia delegată pentru afaceri economice spaniolă, denumită în continuare „CDGAE”) de la 3 august 2001 la 1 noiembrie 2003, prețurile cu amănuntul ale celorlalte filiale ale Telefónica nu au fost supuse niciunei reglementări, potrivit cărora prețurile cu amănuntul aprobate la 3 august 2001 de CDGAE ca reprezentând prețuri fixe au fost propuse de TESAU și potrivit cărora prețurile cu amănuntul ale serviciilor de acces ADSL ale TESAU au fost liberalizate printr-o decizie a CDGAE din 25 septembrie 2003, care a pus capăt regimului de autorizare administrativă pentru prețurile cu amănuntul ale serviciilor de acces ADSL ale TESAU, menținând însă obligația acesteia din urmă de a comunica orice modificare a prețurilor menționate cu zece zile înainte de introducerea lor pe piață. Prin urmare, trebuie să se considere că Telefónica avea posibilitatea de a-și majora prețurile cu amănuntul, ceea ce aceasta nu a făcut.
- 337 Reclamantele arată în această privință că raționamentul Comisiei este afectat de o contradicție, întrucât aceasta nu ar putea, pe de o parte, să reproșeze Telefónica punerea în aplicare a practicilor de foarfecă tarifară care au determinat în Spania prețuri cu amănuntul mult mai ridicate decât în celelalte țări europene și, pe de altă parte, să impute Telefónica faptul de a nu-și fi majorat prețurile cu amănuntul pentru a evita o foarfecă tarifară. Un astfel de argument trebuie respins. Astfel, instanța Uniunii a considerat deja, în trecut, că putea fi necesară majorarea tarifelor produselor cu amănuntul pentru a evita un efect de foarfecă tarifară (Hotărârea din 10 aprilie 2008, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 69 de mai sus, punctele 141-151; a se vedea de asemenea Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, punctul 170 de mai sus, punctele 88 și 89).
- 338 În al treilea rând, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia Telefónica nu putea să prevadă în mod rezonabil că politica sa de prețuri, aprobată în prealabil de CMT, ar fi de natură să constituie o încălcare a articolului 82 CE.
- 339 Mai întâi, trebuie amintit că faptul că decizia atacată vizează produse și servicii reglementate nu este relevant. Astfel, în absența unei derogări exprese în acest sens, dreptul concurenței este aplicabil sectoarelor reglementate (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 16 decembrie 1975, Suiker Unie și alții/Comisia, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 și 114/73, Rec., p. 1663, punctele 65-72, și Hotărârea Curții din 11 aprilie 1989, Saeed Flugreisen și Silver Line Reisebüro, 66/86, Rec., p. 803). Astfel, aplicabilitatea normelor de concurență nu este exclusă în cazul în care dispozițiile sectoriale în cauză mențin posibilitatea împiedicării, a restrângerii sau a denaturării concurenței prin comportamente autonome ale întreprinderilor (a se vedea Hotărârea Curții din 11 noiembrie 1997, Comisia și Franța/Ladbroke Racing, C-359/95 P și C-379/95 P, Rec., p. I-6265, punctele 33 și 34 și jurisprudența citată), situație prezentă în speță (a se vedea punctele 327-337 de mai sus).
- 340 Astfel cum s-a arătat la punctul 299 de mai sus, Telefónica nu putea ignora, așadar, faptul că respectarea reglementării spaniole în materie de telecomunicații nu putea preveni o intervenție a Comisiei în temeiul articolului 82 CE.

- 341 Apoi, deși, desigur, prin decizia din 26 iulie 2001, CMT a estimat că prețurile produsului cu ridicata regional al Telefónica vor fi stabilite pe baza unui sistem de prețuri „retail minus”, în temeiul căruia prețul fiecărei variante a produsului cu ridicata regional nu este superior unui procentaj determinat din tariful lunar corespunzător prețului cu amănuntul al TESAU [considerentele (114) și (290) și nota de subsol 258 din decizia atacată], reclamantele nu contestă că CMT nu a examinat existența unei foarfeci tarifare între produsul cu ridicata regional al Telefónica și produsele sale cu amănuntul pe baza costurilor istorice reale ale acesteia din urmă, ci pe baza unor estimări *ex ante*. Acestea nu contestă nici faptul că CMT nu a analizat niciodată existența eventuală a unei foarfeci tarifare între produsul cu ridicata național al Telefónica și produsele sale cu amănuntul. Or, astfel cum a indicat Comisia în considerentele (725)-(728) ale deciziei atacate, Telefónica, care deținea informații detaliate cu privire la costurile sale reale și la veniturile sale, nu putea ignora faptul că estimările realizate *ex ante* de CMT nu fuseseră confirmate în realitate de evoluțiile pieței, pe care aceasta putea să le observe.
- 342 Având în vedere considerațiile care precedă, trebuie respins ansamblul argumentelor reclamantelor care vizau demonstrarea faptului că Telefónica nu era în mod rezonabil în măsură să prevadă caracterul anticoncurențial al comportamentului său.
- 343 *Secundo*, reclamantele susțin că Telefónica putea avea încredere legitimă în acțiunile și în deciziile CMT. Acestea susțin de asemenea că divergențele dintre costurile reale *ex post* și estimările utilizate de CMT în examinarea sa *ex ante* a existenței unei foarfeci tarifare, subliniate de Comisie în considerentele (728) și (729) ale deciziei atacate (a se vedea de asemenea tabelul 59 din decizia atacată), nu ar fi fost suficient de evidente pentru ca Telefónica să se fi putut îndoii de intervenția CMT.
- 344 Trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia Telefónica nu putea pune la îndoială temeinicia metodei utilizate de CMT pentru a determina existența unei foarfeci tarifare și nici relevanța cererilor de informații ale CMT, în lumina absenței intervenției Comisiei în privința acțiunii organismului de reglementare spaniol.
- 345 Astfel, un asemenea argument este întemeiat pe premisa eronată potrivit căreia Comisia ar fi considerat că metoda utilizată de CMT pentru a determina existența unei foarfeci tarifare ar fi inadecvată, acțiunea de reglementare a CMT neconstituind obiectul deciziei atacate. Dimpotrivă, după cum a subliniat Comisia în considerentul (733) al deciziei atacate, metoda utilizată pentru a stabili existența unei foarfeci tarifare în decizia atacată nu este în contradicție cu metoda „retail minus” utilizată de CMT.
- 346 Absența intervenției Comisiei în privința organismului de reglementare spaniol nu putea, așadar, să permită Telefónica să aibă încredere legitimă în faptul că nu săvârșea o încălcare a articolului 82 CE.
- 347 În ceea ce privește argumentul potrivit căruia, având în vedere intervenția CMT, Telefónica putea avea încredere legitimă în faptul că relația dintre prețurile sale cu ridicata și prețurile sale cu amănuntul nu determina un efect de foarfecă tarifară, mai întâi trebuie să se arate că reclamantele nu contestă constatările care figurează în considerentul (726) al deciziei atacate, potrivit cărora, pe de o parte, CMT nu a analizat niciodată existența unei foarfeci tarifare între produsul cu ridicata național și produsul cu amănuntul al Telefónica în perioada în cauză și, pe de altă parte, produsul cu ridicata național avea o importanță mai mare decât produsul cu ridicata regional în această perioadă.
- 348 Apoi, în ceea ce privește produsul cu ridicata regional, deși, desigur, CMT a analizat existența unui efect de foarfecă tarifară care rezulta din tarifele Telefónica referitoare la produsul cu ridicata regional în mai multe decizii adoptate în perioada încălcării, aceasta nu a analizat niciodată existența unui astfel de efect pe baza costurilor istorice reale ale Telefónica.

- 349 În această privință, argumentul reclamantelor potrivit căruia divergențele dintre costurile reale *ex post* și estimările *ex ante* utilizate de CMT nu ar fi fost suficient de clare pentru a determina Telefónica să pună la îndoială temeinicia acțiunii CMT trebuie să fie respins. Astfel, pentru a susține acest argument, reclamantele afirmă, în cererea lor introductivă, că pretensele incoerențe dintre informațiile furnizate de Telefónica către CMT și cele cuprinse în planurile sale de afaceri sau în tablourile de bord ar rezulta dintr-o interpretare eronată efectuată de Comisie a informațiilor puse la dispoziția sa privind previziunile cererii și care se referă la costuri privind o rețea de [confidențial] linii ADSL. Or, chiar dacă se presupune că un astfel de argument este întemeiat, acesta singur nu poate să pună sub semnul întrebării ansamblul elementelor de probă care figurează în special în tabelul 59 din decizia atacată, prin care se stabilește că Telefónica nu putea să nu știe că costurile utilizate în modelul „retail minus” al CMT nu corespundeau realității. Dimpotrivă, celelalte argumente ale reclamantelor potrivit cărora, pe de o parte, consultantul ARCOME nu ar fi utilizat informațiile furnizate de Telefónica, ci ar fi utilizat, ca referință pentru a elabora modelul „retail minus”, o rețea de mai mult de [confidențial] linii ADSL, și, pe de altă parte, CMT nu ar fi utilizat contabilitatea costurilor Telefónica, considerând că aceasta nu fusese realizată în mod suficient de detaliat, urmăresc să confirme faptul că Telefónica știa sau ar fi trebuit să știe că costurile utilizate în modelul „retail minus” al CMT nu corespundeau costurilor reale.
- 350 În plus, trebuie respinse argumentele reclamantelor potrivit cărora nu reiese nici din planurile de afaceri, nici din tablourile de bord că Telefónica invoca pierderi pe piața de comercializare cu amănuntul. *Primo*, reclamantele susțin că, [confidențial]. Cu toate acestea, un asemenea argument nu este deloc susținut. *Secundo*, reclamantele afirmă că planul de afaceri din 18 aprilie 2002 nu ar permite să se desprindă o astfel de concluzie, întrucât [confidențial]. Cu toate acestea, rezultă din previziunile care figurează în acest document că [confidențial]. Așadar, argumentul acestora nu poate fi primit. *Tertio*, în ceea ce privește tablourile de bord ale Telefónica, reclamantele afirmă ele însele că aceste documente, care conțin informații lunare cu privire la încasări și la cheltuieli, permit garantarea derulării corecte a planului de afaceri și evoluția activității. Întrucât planul de afaceri prevedea că [confidențial], le revenea reclamantelor obligația de a se asigura că [confidențial].
- 351 În sfârșit, astfel cum arată Comisia, Telefónica nu contestă faptul că costurile marginale reale ale infrastructurii, de rețea și de acces au fost mult mai importante decât cele care figurează în modelul „retail minus” al CMT. Întrucât aceste costuri reale au figurat în diferite documente interne ale Telefónica, aceasta din urmă nu putea ignora faptul că modelul CMT subestima costurile sale reale.
- 352 Având în vedere considerațiile care precedă, trebuie să se concluzioneze că acțiunile și deciziile CMT nu au putut crea încrederea legitimă a reclamantelor în faptul că practicile sale tarifare erau conforme cu articolul 82 CE. Prin urmare, prima critică, întemeiată pe absența unei încălcări săvârșite în mod deliberat sau din neglijență, trebuie să fie respinsă.
- 353 În al doilea rând, reclamantele impută Comisiei faptul că nu a indicat, în decizia atacată, niciun temei material sau juridic care să permită să se considere că încălcarea constituie un „abuz caracterizat”, pentru care ar exista precedente [considerentele (731)-(736) ale deciziei atacate].
- 354 Cu titlu introductiv, trebuie subliniat că, astfel cum rezultă din cuprinsul punctelor 319-352 de mai sus, Comisia a considerat în mod întemeiat că încălcarea constatată în decizia atacată fusese săvârșită în mod deliberat sau din neglijență. Or, după cum s-a amintit la punctul 319 de mai sus, o astfel de încălcare este susceptibilă să fie sancționată cu o amendă în temeiul articolului 15 alineatul (2) primul paragraf din Regulamentul nr. 17 și, începând de la 1 mai 2004, al articolului 23 alineatul (2) din Regulamentul nr. 1/2003.

- 355 În cadrul prezentei critici, reclamantele susțin totuși că principiul securității juridice se opune aplicării de către Comisie a unei amenzi pentru comportamente anticoncurențiale în cazul în care caracterul ilegal al acestor comportamente nu rezultă din precedente clare și previzibile. În această privință, raționamentul Comisiei care figurează în considerentele (731)-(736) ale deciziei atacate ar fi viciat de erori de fapt și de erori de apreciere a faptelor.
- 356 În primul rând, reclamantele susțin că foarfeca tarifară imputată Telefónica în speță nu s-a bazat pe precedente clare.
- 357 Mai întâi, trebuie respins argumentul reclamantelor, întemeiat pe practica decizională a Comisiei în temeiul căreia absența unor precedente clare care să stabilească caracterul ilegal al unui comportament ar putea justifica neaplicarea unei amenzi. În această privință, trebuie amintit că decizia Comisiei de a nu aplica o amendă în anumite decizii din cauza naturii relativ noi a încălcărilor constatate nu acordă o „imunitate” întreprinderilor care săvârșesc ulterior același tip de încălcări. Astfel, în contextul specific al fiecărei cauze, Comisia decide, în exercitarea puterii sale de apreciere, asupra oportunității de a aplica o amendă pentru a sancționa încălcarea constatată și pentru a menține eficiența dreptului concurenței (Hotărârea Tribunalului din 22 octombrie 1997, SCK și FNK/Comisia, T-213/95 și T-18/96, Rec., p. II-1739, punctul 239).
- 358 Apoi, trebuie respins argumentul întemeiat pe pretinsa contradicție în raționamentul Comisiei între, pe de o parte, afirmația, care figurează în considerentul (733) al deciziei atacate, potrivit căreia calculul foarfecii tarifară în speță reiese în mod clar din deciziile și jurisprudența anterioare adoptării Deciziei Deutsche Telekom și, pe de altă parte, afirmația, care figurează în considerentul (744) al deciziei atacate, potrivit căreia metoda de calcul aplicată în Decizia Deutsche Telekom nu ar fi fost utilizată înainte în nicio decizie oficială a Comisiei.
- 359 Astfel, Comisia susține în mod întemeiat, în esență, că reiese din considerentul (206) al Deciziei Deutsche Telekom că metoda de calcul aplicată în decizia menționată, la care se referă considerentul (744) al deciziei atacate, rezultă din practica sa decizională anterioară, chiar dacă, este adevărat, aceasta cuprinde un element nou, și anume utilizarea unei abordări ponderate. Considerentul menționat prevede astfel că „metoda pentru a determina efectul de foarfecă face parte din practica decizională consacrată a Comisiei și elementul nou este reprezentat de abordarea ponderată care a trebuit să fie utilizată în prezentul caz pentru a lua în considerare faptul că, în Germania, a fost stabilit un singur tarif cu ridicata pentru degрупarea buclei locale, în timp ce tarifele pentru serviciile cu amănuntul corespunzătoare diferă între liniile analoge, liniile ISDN și liniile ADSL”.
- 360 În plus, în ceea ce privește afirmația reclamantelor potrivit căreia precedentele citate de Comisie în considerentul (733) al deciziei atacate ar fi prea generoase și imprecise pentru a permite Telefónica să prevadă că comportamentul său era susceptibil să aibă un caracter ilegal, trebuie să se arate, independent de relevanța Hotărârii Industrie des poudres sphériques/Comisia, punctul 186 de mai sus, în cadrul prezentei cauze, că, în Decizia 88/518/CEE din 18 iulie 1988 privind o procedură în temeiul articolului [82 CE] (IV/30.178 – Napier Brown – British Sugar) (JO L 284, p. 41), Comisia apreciasse deja, în considerentul (66), că „[m]enținerea de către o întreprindere dominantă, care este dominantă atât pe piața materiei prime, cât și pe cea a unui produs derivat, a unei marje între prețul pe care îl facturează pentru materia primă întreprinderilor concurente de pe piața produsului derivat și prețul pe care îl facturează pentru produsul derivat, marjă care este prea mică pentru a reflecta costul de transformare al întreprinderii dominante înseși, [...], având efectul de a restrânge concurența privind produsul derivat, constituie un abuz de poziție dominantă”.
- 361 În sfârșit, după cum a arătat Comisia în considerentul (735) al deciziei atacate, Decizia Deutsche Telekom constituie de asemenea un precedent care clarifică condițiile de aplicare a articolului 82 CE în privința unei activități economice supuse unei reglementări sectoriale *ex ante* specifice. Argumentele reclamantelor prin care intenționează să demonstreze că această decizie nu ar fi permis Telefónica să determine cu precizie condițiile în care Comisia și instanța Uniunii consideră că

existența unei micșorări a marjei ar putea constitui o încălcare a articolului 82 CE nu pot fi primite în această privință. *Primo*, trebuie respins argumentul potrivit căruia Decizia Deutsche Telekom ar fi făcut obiectul unei acțiuni pendinte în fața instanței Uniunii, întrucât prezumția de legalitate a actelor instituțiilor Uniunii implică faptul că aceste acte produc efecte juridice atât timp cât nu au fost retrase, anulate în cadrul unei acțiuni în anulare sau declarate nevalide ca urmare a unei trimiteri preliminare sau a unei excepții de nelegalitate (a se vedea Hotărârea Curții din 5 octombrie 2004, Comisia/Grecia, C-475/01, Rec., p. I-8923, punctul 18 și jurisprudența citată). *Secundo*, lipsa de previzibilitate a definiției piețelor produselor trebuie să fie respinsă pentru motivele expuse la punctul 323 de mai sus. *Tertio*, în ceea ce privește argumentul întemeiat pe faptul că piața ar fi fost într-o creștere puternică, este suficient să se amintească faptul că o astfel de împrejurare nu poate exclude aplicarea normelor de concurență și în special a celor ale articolului 82 CE (Hotărârea din 30 ianuarie 2007, France Télécom/Comisia, punctul 60 de mai sus, punctul 107). *Quarto*, în ceea ce privește faptul că prezenta cauză ar privi un input neesențial, este suficient să se amintească faptul că pentru constatarea existenței unui efect de foarfecă nu este obligatoriu ca produsul cu ridicata în cauză să fie indispensabil (a se vedea punctele 180-182 de mai sus). *Quinto*, nici argumentul întemeiat pe caracterul strict al controlului sectorial în Spania nu poate fi reținut, pentru motivele expuse la punctele 339-342 de mai sus.

362 Rezultă că Telefónica nu putea ignora că prin comportamentul său putea să restrângă concurența. În plus, reclamantele nu pot afirma că, și după comunicarea privind obiecțiunile, nu ar fi fost în măsură să prevadă modelul de costuri și de încasări pe care Comisia urma să îl adopte în decizia atacată din cauza faptului că acesta s-ar baza pe elemente de probă suplimentare care nu ar fi fost menționate nici în aceasta, nici în scrisoarea privind situația de fapt. Astfel, după cum s-a arătat deja în cadrul examinării primului motiv al concluziilor principale ale reclamantelor, nu a fost constatată în această privință nicio încălcare a dreptului lor la apărare.

363 În al doilea rând, reclamantele susțin că Telefónica nu ar fi putut niciodată să prevadă, nici înainte și nici după octombrie 2003, data publicării Deciziei Deutsche Telekom, noua metodologie utilizată de Comisie în decizia sa pentru a determina existența unei foarfeci tarifare.

364 În această privință, *primo*, trebuie respinse argumentele reclamantelor potrivit cărora Telefónica nu ar fi putut să prevadă sursele, metodele și calculele utilizate de Comisie în decizia atacată. Astfel, sursele utilizate în cadrul calculului foarfecii tarifare sunt încasările și costurile istorice ale Telefónica, care provin chiar de la reclamante. În plus, având în vedere precedentele decizionale menționate la punctele 360 și 361 de mai sus, Telefónica era în măsură în mod rezonabil să prevadă că comportamentul său pe piață era susceptibil să restrângă concurența.

365 *Secundo*, argumentul potrivit căruia definiția piețelor relevante dată de către Comisie în decizia atacată nu a fost previzibilă pentru Telefónica a fost respins deja la punctele 323-326 de mai sus.

366 *Tertio*, în ceea ce privește argumentul potrivit căruia testul foarfecii tarifare a fost aplicat pentru prima dată în decizia atacată unei piețe în creștere puternică, s-a amintit la punctul 361 de mai sus că împrejurarea că o piață este în creștere puternică nu poate exclude aplicarea normelor de concurență.

367 *Quarto*, argumentele întemeiate pe necesitatea de a demonstra caracterul indispensabil al produsului în amonte în cadrul testului foarfecii tarifare au fost respinse la punctul 182 de mai sus.

368 *Quinto*, susținerea reclamantelor potrivit căreia reglementarea spaniolă ar fi fost mai strictă în perioada încălcării decât reglementarea examinată în Decizia Deutsche Telekom este lipsită de relevanță și, în orice caz, nu este întemeiată, astfel cum rezultă din considerentul (748) al deciziei atacate.

369 A doua critică din cadrul primului motiv trebuie, așadar, să fie respinsă, precum și, în întregime, motivul menționat.

b) Cu privire la al doilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și de drept și pe o încălcare a principiilor proporționalității, egalității de tratament, individualizării pedepselor, precum și a obligației de motivare, cu ocazia determinării cuantumului amenzii

370 Cel de al doilea motiv cuprinde cinci aspecte. Primul aspect este întemeiat pe erori de fapt și de drept, precum și pe nerespectarea obligației de motivare, în ceea ce privește calificarea încălcării drept „foarte gravă” și stabilirea cuantumului de plecare al amenzii la 90 de milioane de euro. Al doilea aspect este întemeiat pe o încălcare a principiilor proporționalității, egalității de tratament și individualizării pedepselor, precum și a obligației de motivare, în stabilirea cuantumului de plecare al amenzii la 90 de milioane de euro. Al treilea aspect este întemeiat pe erori de fapt și de drept, precum și pe nemotivare, săvârșite în majorarea cuantumului de plecare al amenzii pentru a garanta un efect descurajator. Al patrulea aspect este întemeiat pe erori de fapt și de drept săvârșite în calificarea încălcării ca fiind de „lungă durată”. Al cincilea aspect este întemeiat pe erori de fapt și de drept săvârșite în luarea în considerare a circumstanțelor atenuante.

Cu privire la primul aspect al celui de al doilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și de drept, precum și pe nerespectarea obligației de motivare în ceea ce privește calificarea încălcării drept „foarte gravă” și stabilirea cuantumului de plecare al amenzii la 90 de milioane de euro

371 Prin primul aspect al celui de al doilea motiv al concluziilor lor subsidiare, reclamantele contestă gravitatea încălcării constatate în decizia atacată și, pe cale de consecință, stabilirea cuantumului de plecare al amenzii care a fost aplicată Telefónica (a se vedea punctele 25-29 de mai sus).

372 Cu titlu introductiv, trebuie amintit că rezultă dintr-o jurisprudență constantă că Comisia beneficiază de o largă putere de apreciere în ceea ce privește metoda de calcul al amenzilor. Această metodă, definită în Liniile directoare din 1998, cuprinde diferite elemente de flexibilitate care permit Comisiei să își exercite puterea de apreciere în conformitate cu dispozițiile articolului 23 alineatul (2) din Regulamentul nr. 1/2003 (a se vedea în acest sens Hotărârea Papierfabrik August Koehler/Comisia, punctul 76 de mai sus, punctul 112 și jurisprudența citată).

373 Gravitatea încălcărilor dreptului concurenței al Uniunii trebuie stabilită în funcție de numeroase elemente, precum, printre altele, împrejurările specifice cauzei, contextul său și caracterul descurajator al amenzilor, aceasta fără să se fi stabilit o listă obligatorie sau exhaustivă a criteriilor care trebuie luate în considerare în mod obligatoriu (Hotărârea Curtii din 19 martie 2009, Archer Daniels Midland/Comisia, C-510/06 P, Rep., p. I-1843, punctul 72, și Hotărârea Prym și Prym Consumer/Comisia, punctul 83 de mai sus, punctul 54).

374 După cum s-a expus la punctul 25 de mai sus, în speță, Comisia a determinat cuantumul amenzilor aplicând metoda definită în Liniile directoare din 1998.

375 Deși Liniile directoare din 1998 nu pot fi calificate drept normă de drept pe care administrația ar fi, în orice caz, obligată să o respecte, acestea prevăd totuși o regulă de conduită care indică practica ce trebuie urmată și de la care administrația nu se poate îndepărta, într-un caz particular, fără a indica motive care să fie compatibile cu principiul egalității de tratament (a se vedea Hotărârea Dansk Rørindustri și alții/Comisia, punctul 59 de mai sus, punctul 209 și jurisprudența citată, și Hotărârea Tribunalului din 8 octombrie 2008, Carbone-Lorraine/Comisia, T-73/04, Rep., p. II-2661, punctul 70).

376 Adoptând asemenea norme de conduită și anunțând, prin publicarea acestora, că le va aplica în viitor situațiilor vizate de acestea, Comisia își limitează propria putere de apreciere și nu se poate abate de la aceste norme fără să riște să fie sancționată, dacă este cazul, în temeiul unei încălcări a principiilor generale de drept, precum egalitatea de tratament sau protecția încrederii legitime (a se vedea Hotărârea Dansk Rørindustri și alții/Comisia, punctul 59 de mai sus, punctul 211 și jurisprudența citată, și Hotărârea Carbone-Lorraine/Comisia, punctul 375 de mai sus, punctul 71).

- 377 În plus, Liniile directe din 1998 stabilesc, în mod general și abstract, metodologia pe care Comisia și-a impus-o în scopul stabilirii cuantumurilor amenzilor aplicate și asigură, în consecință, securitatea juridică a întreprinderilor (Hotărârea Dansk Rørindustri și alții/Comisia, punctul 59 de mai sus, punctele 211 și 213).
- 378 Trebuie amintit că, în ceea ce privește aprecierea gravității încălcării, Liniile directe din 1998 indică, la punctul 1 A primul și al doilea paragraf, următoarele:
- „La evaluarea gravității încălcării, trebuie să se țină seama de natura sa, de impactul real asupra pieței, atunci când acesta poate fi măsurat, și de mărimea pieței geografice relevante. Încălcările sunt, așadar, împărțite în trei categorii: încălcări minore, încălcări grave și încălcări foarte grave.”
- 379 Din Liniile directe din 1998 rezultă că încălcările minore pot să constea, de exemplu, în „restricții care vizează schimburile comerciale, cel mai adesea verticale, dar cu un impact limitat asupra pieței și care aduc atingere doar unei părți substanțiale, dar relativ limitată, a pieței comunitare” (punctul 1 A al doilea paragraf prima liniuță). În ceea ce privește încălcările grave, Comisia precizează că este vorba „cel mai adesea de restricții orizontale sau verticale de același tip ca [încălcările minore], dar care se aplică într-o manieră mai riguroasă, care au un impact mai mare asupra pieței și care își produc efectele pe arii extinse ale pieței comune”. Comisia indică de asemenea că ar putea „să fie vorba despre abuzul de poziție dominantă” (punctul 1 A al doilea paragraf a doua liniuță). În ceea ce privește încălcările foarte grave, Comisia arată că acestea sunt, „în general, restricții orizontale, precum cartelurile de fixare a prețurilor și cote de împărțire a piețelor, sau alte practici care aduc atingere bunei funcționări a pieței unice, precum cele care vizează împărțirea piețelor naționale și abuzuri clare de poziție dominantă din partea întreprinderilor aflate în situație de cvasimonopol” (punctul 1 A al doilea paragraf a treia liniuță).
- 380 Comisia precizează de asemenea, pe de o parte, că, în cadrul fiecăreia dintre aceste categorii și în special pentru încălcările grave și foarte grave, scara propusă pentru amenzi va permite aplicarea unor tratamente diferențiate întreprinderilor, în funcție de natura încălcării comise, și, pe de altă parte, că este necesar să se țină seama de capacitatea economică efectivă a autorilor încălcării de a cauza prejudicii semnificative altor operatori, în special consumatorilor, și să se fixeze amenda la un nivel care să îi asigure un efect suficient de descurajator (punctul 1 A al treilea și al patrulea paragraf).
- 381 Potrivit Liniilor directe din 1998, pentru încălcările „foarte grave”, cuantumul de plecare posibil al amenzilor este de peste 20 de milioane de euro; pentru încălcările „grave”, acesta poate varia între 1 milion și 20 de milioane de euro; în sfârșit, pentru încălcările „minore”, cuantumul de plecare posibil al amenzilor este cuprins între 1 000 și 1 milion de euro (punctul 1 A al doilea paragraf prima-a treia liniuță).
- 382 În primul rând, trebuie să se examineze argumentele reclamantelor vizând demonstrarea faptului că Comisia nu ar fi trebuit să califice încălcarea drept „foarte gravă” și că, prin urmare, cuantumul de plecare al amenzii ar fi trebuit să fie stabilit la un nivel semnificativ mai mic de 90 de milioane de euro.
- 383 În această privință, *primo*, trebuie respins argumentul potrivit căruia încălcarea constatată nu ar constitui un abuz caracterizat, din motivele expuse la punctele 353-368 de mai sus.
- 384 *Secundo*, în ceea ce privește argumentele reclamantelor potrivit cărora Telefónica nu s-ar afla în situație de monopol virtual pe piețele cu ridicata, s-a amintit deja, la punctul 155 de mai sus, că Telefónica nu contestă faptul că a fost singurul operator care furniza produsul cu ridicata regional în Spania începând din anul 1999, dispunând astfel de un monopol de fapt pe această piață. În plus, astfel cum s-a arătat la punctul 163 de mai sus, în ceea ce privește produsul cu ridicata național, cota de piață a Telefónica a fost mai mare de 84 % pe toată durata încălcării. Argumentul reclamantelor

potrivit căruia existența unui cvasimonopol este exclusă întrucât produsele vizate de încălcare nu sunt „infrastructuri esențiale” sau fac obiectul unei reglementări sectoriale nu își găsește temeiul în Liniile directoare din 1998 și nici în jurisprudență și nu poate fi acceptat.

385 *Tertio*, argumentul întemeiat pe pretensele contradicții dintre considerentele (744) și (746) ale deciziei atacate [acesta din urmă trimițând la considerentul (733) al acesteia] trebuie să fie respins pentru motivele expuse deja la punctele 358 și 359 de mai sus. Astfel, metoda de calcul aplicată în Decizia Deutsche Telekom, la care se referă considerentul (744) al deciziei atacate, rezultă din practica decizională anterioară a Comisiei, chiar dacă, este adevărat, cuprinde un element nou, și anume utilizarea unei abordări ponderate.

386 *Quarto*, deși reclamantele susțin că Telefónica, chiar după publicarea la 14 octombrie 2003 a Deciziei Deutsche Telekom în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*, nu avea niciun motiv să considere că comportamentul său era susceptibil să constituie o încălcare a articolului 82 CE, în măsura în care situația sa ar fi clar diferită de situația analizată în această cauză, un asemenea argument nu poate fi primit, pentru motivele expuse la punctul 361 de mai sus. În ceea ce privește argumentul reclamantelor, întemeiat pe practica decizională a Comisiei, potrivit căruia încălcarea ar fi trebuit să fie calificată drept „gravă”, cel puțin înainte de 2003, acesta trebuie să fie respins, întrucât, după cum rezultă dintr-o jurisprudență constantă, practica decizională a Comisiei nu poate servi drept cadru juridic cu privire la amenziile în materie de concurență, acesta fiind constituit doar din Regulamentul nr. 17 și, începând de la 1 mai 2004, din Regulamentul nr. 1/2003. Deciziile referitoare la alte cauze nu prezintă decât un caracter indicativ în ceea ce privește existența unei eventuale discriminări, având în vedere că este puțin verosimil ca împrejurările proprii acestora, precum piețele, produsele, țările, întreprinderile și perioadele avute în vedere, să fie identice (a se vedea Hotărârea Curții din 7 iunie 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comisia, C-76/06 P, Rep., p. I-4405, punctul 60 și jurisprudența citată). Celelalte argumente invocate de reclamante pentru a demonstra că Telefónica nu putea să prevadă că comportamentul său putea să constituie o încălcare a articolului 82 CE au fost respinse, pe de altă parte, la punctele 322-352 de mai sus.

387 Având în vedere considerațiile care precedă, prima critică a reclamantelor, astfel cum a fost expusă la punctul 382 de mai sus, nu poate fi admisă.

388 În al doilea rând, reclamantele susțin că quantumul de plecare al amenzii este excesiv, ținând seama de lipsa unui impact concret sau de impactul limitat al practicilor în litigiu.

389 Trebuie amintit că, potrivit punctului 1 A primul paragraf din Liniile directoare din 1998, în cadrul aprecierii gravității încălcării, Comisia trebuie să examineze impactul real asupra pieței numai atunci când reiese că acest impact poate fi măsurat (a se vedea în acest sens Hotărârea Prym și Prym Consumer/Comisia, punctul 83 de mai sus, punctul 74 și jurisprudența citată).

390 În plus, din moment ce Comisia consideră oportun, în scopul calculării amenzii, să țină seama de acest element facultativ care este impactul real al încălcării asupra pieței, aceasta nu se poate limita la furnizarea unei simple prezumții, ci trebuie să prezinte indicii concrete, credibile și suficiente care să permită aprecierea influenței efective pe care a putut să o aibă încălcarea în raport cu concurența pe piața menționată (Hotărârea Prym și Prym Consumer/Comisia, punctul 83 de mai sus, punctul 82).

391 În speță, din decizia atacată reiese că Comisia a intenționat să ia în considerare elementul facultativ al impactului concret al încălcării, fapt pe care l-a confirmat expres în cadrul ședinței atunci când a fost întrebată cu privire la acest aspect. Astfel, după cum rezultă din considerentele (751) și (752) ale deciziei atacate, Comisia a apreciat că „impactul abuzului Telefónica pe piață a fost semnificativ”. Astfel, Comisia indică, pe de o parte, că, în cadrul evaluării gravității încălcării, a ținut seama de faptul că piețele relevante aveau o valoare economică considerabilă și jucau un rol crucial în crearea societății informaționale și, pe de altă parte, referindu-se la secțiunea din decizia atacată referitoare la efectele abuzului, că a considerat că foarfeca tarifară pusă în aplicare de Telefónica a avut un efect direct de

excludere pe piața de comercializare cu amănuntul și că faptul că prin comportamentul Telefónica fusese restrânsă capacitatea operatorilor ADSL de creștere sustenabilă pe piața de comercializare cu amănuntul părea să fi fost un factor important în faptul că prețurile cu amănuntul din Spania erau printre cele mai ridicate din Europa.

392 Din moment ce, în decizia atacată, în scopul stabilirii impactului concret al încălcării pe piață, Comisia se bazează nu numai pe valoarea economică considerabilă și pe rolul crucial al piețelor relevante în crearea societății informaționale, ci și pe efectele abuzului, se impune, în cadrul prezentului motiv, examinarea argumentelor reclamantelor, invocate în cadrul celui de al doilea aspect al celui de al cincilea motiv din concluziile lor principale, vizând demonstrarea faptului că efectele concrete ale abuzului Telefónica nu au fost stabilite de către Comisie corespunzător cerințelor legale.

393 În ceea ce privește preținsele efecte concrete de excludere de pe piața de comercializare cu amănuntul, Comisia a afirmat în decizia atacată că existau probe empirice ale faptului că, *primo*, creșterea Telefónica o depășise cu mult pe cea a concurenților săi [considerentele (567)-(570) ale deciziei atacate], *secundo*, Telefónica rămăsese de departe primul furnizor ADSL de pe piața de comercializare cu amănuntul de masă în tot cursul investigației [considerentele (571)-(573) ale deciziei atacate], *tertio*, contrar concurenților săi ADSL, Telefónica dobândise o cotă a pieței de comercializare cu amănuntul în bandă largă superioară celei pe care o deținea pentru serviciile în bandă îngustă [considerentele (574)-(578) ale deciziei atacate] și, *quarto*, comportamentul Telefónica limitase concurența pe piața de comercializare cu ridicata națională [considerentele (579)-(584) ale deciziei atacate]. Comisia afirmă de asemenea că concurența limitată care a rămas pe piața de comercializare cu amănuntul nu este suficientă pentru a infirma faptul că foarfeca tarifară a avut efecte concrete de excludere [considerentele (585)-(591) ale deciziei atacate].

394 *Primo*, potrivit reclamantelor, cota de piață a Telefónica pe piața de comercializare cu amănuntul s-ar fi redus în mod sensibil în perioada analizată, ceea ce ar fi înconciliabil cu dezvoltarea unei strategii de excludere. Cota de atragere a clienților pentru serviciile cu amănuntul ale Telefónica [considerentele (568)-(570) ale deciziei atacate] ar fi fost întotdeauna mai mică decât cota Telefónica pe această piață. În plus, datele pe care se bazează Comisia nu ar viza decât segmentul cu amănuntul al ADSL și ar exclude produsele bazate pe alte produse în bandă largă, care ar face parte din piața de comercializare cu amănuntul, astfel cum a fost definită în decizia atacată.

395 În această privință, mai întâi, trebuie arătat că reclamantele nu contestă datele prezentate de Comisie în considerentele (568)-(570) ale deciziei atacate. Potrivit acestora, Telefónica s-a dezvoltat într-un ritm de patru ori mai rapid pe piața de comercializare cu amănuntul decât toți concurenții săi ADSL luați împreună și de 6, respectiv de 14 ori mai rapid decât principalii doi concurenți ai săi între ianuarie 2002 și octombrie 2004. Pe de altă parte, în cursul ultimului trimestru al anului 2004 și al primului semestru din anul 2005, Telefónica a absorbit aproape 70 % din creșterea pieței ADSL. În sfârșit, întărirea progresivă a ofertelor cu amănuntul ale concurenților bazate pe degruparea buclei locale nu a împiedicat Telefónica să acapareze mai mult de 70 % dintre noii abonați pe segmentul ADSL între aprilie 2005 și iulie 2006.

396 Apoi, contrar celor susținute de reclamante, trebuie subliniat că cota de piață a Telefónica pe segmentul ADSL al pieței de comercializare cu amănuntul a rămas relativ stabilă în cursul încălcării (schema 13 din decizia atacată), aceasta ajungând, după o reducere de [confidențial] între decembrie 2001 și iulie 2002, de la 58 % în iulie 2002 (respectiv la numai șase luni de la începerea încălcării) la 56 % la sfârșitul perioadei încălcării, în decembrie 2006. Prin urmare, reclamantele nu pot susține că a avut loc o reducere sensibilă a cotei lor de piață pe segmentul ADSL cu amănuntul.

397 În această privință, contrar celor susținute de reclamante, nu se poate reproșa Comisiei faptul că a analizat în mod special efectele foarfecii tarifare asupra segmentului ADSL al pieței de comercializare cu amănuntul. Astfel, acest segment reprezenta între 72 și 78,7 % din liniile în bandă largă în Spania între 2002 și 2006 [considerentele (39), (555) și tabelul 1 din decizia atacată]. Pe de altă parte, acesta a

fost direct afectat de foarfeca tarifară, aceasta fiind exercitată asupra produselor cu ridicata național și regional, care permiteau operatorilor ADSL alternativi să își propună produsele pe piața de comercializare cu amănuntul.

398 În sfârșit, astfel cum s-a arătat deja la punctul 281 de mai sus, Comisia a luat în considerare existența operatorilor de cablu. Comisia a apreciat că aceștia nu fuseseră afectați în mod direct de foarfeca tarifară și că nu exercitaseră, pe de altă parte, nicio constrângere concurențială suficientă asupra Telefónica pe piața de comercializare cu amănuntul [considerentele (559) și (560) ale deciziei atacate].

399 *Secundo*, reclamantele susțin că Comisia nu și-a motivat afirmația potrivit căreia foarfeca tarifară ar fi epuizat din punct de vedere financiar concurenții Telefónica [considerentele (587)-(591) ale deciziei atacate]. Totuși, această afirmație nu viza decât să respingă argumentul Telefónica, formulat în răspunsul său la comunicarea privind obiecțiunile, potrivit căruia aceasta trebuise să facă față unei concurențe intense din partea unui număr important de concurenți eficace [considerentul (585) al deciziei atacate], ceea ce infirma, potrivit acesteia, faptul că foarfeca tarifară avusese efecte concrete de excludere. Or, întrucât reclamantele nu contestă constatarea care figurează în considerentul (588) al deciziei atacate, potrivit căreia niciun ADSL nu a atins o cotă de piață mai mare de 1 % înainte de anul 2005, argumentul lor nu poate fi admis. În plus, contrar celor susținute de reclamante și după cum a arătat Comisia în considerentul (590) al deciziei atacate, Jazztel nu a fost capabilă să atingă o cotă de piață mai mare de 1 % pe baza produselor cu ridicata național și regional al Telefónica. În sfârșit, în ceea ce privește argumentul reclamantelor potrivit căruia numeroasele achiziții ale operatorilor alternativi de către alți operatori, la valori ridicate, ar reflecta perspectivele ridicate de creștere ale operatorilor alternativi, acesta nu demonstrează lipsa unor efecte de excludere ale comportamentului Telefónica în perioada încălcării. Mai mult, achiziția Ya.com de către France Telecom, la care se referă în mod specific reclamantele, datează din iunie 2007. Așadar, aceasta este ulterioară perioadei menționate.

400 *Tertio*, Comisia ar fi denaturat datele, precum și cotele de creștere pe piața de comercializare cu amănuntul, pentru a demonstra că comportamentul Telefónica avusese drept efect restrângerea concurenței pe piața de comercializare cu ridicata [considerentele (579)-(584) ale deciziei atacate]. Chestionate în cadrul ședinței cu privire la sensul și la cuprinsul argumentației lor, reclamantele au afirmat că aceasta nu viza cotele de creștere pe piața de comercializare cu amănuntul. În schimb, Comisia s-ar referi la cotele de adăugare de linii cu ridicata, fără să țină seama de consumul propriu, care ar fi realizat de numeroși operatori care se integrează vertical. Totuși, acest argument, care nu a fost motivat, nu poate fi reținut, întrucât reiese din nota de subsol 654 din decizia atacată, referitoare la schema 18 din considerentul (579) al deciziei atacate, că „[c]âștigurile nete sunt calculate pe baza evoluției liniilor (inclusiv consumul propriu) pe piața națională cu ridicata”. Așadar, Comisia a ținut seama în mod efectiv de acest consum propriu.

401 În orice caz, trebuie să se arate că, în pofida faptului că Telefónica ar fi pierdut câteva cote de piață la nivelul produsului cu ridicata național (schema 18 din decizia atacată), reclamantele nu contestă constatările Comisiei potrivit cărora creșterea Telefónica la nivelul produsului cu ridicata național între ianuarie 2002 și octombrie 2004 s-a dezvoltat într-un ritm care era de șase ori mai mare decât cel al concurenților săi ADSL în ansamblul lor, de zece ori mai mare decât cel al principalului concurent ADSL, ONO, și de 30 de ori mai mare decât cel al celui de al doilea concurent ADSL al său, France Telecom [considerentul (580) al deciziei atacate]. În plus, din decizia atacată reiese că, începând din octombrie 2004, Telefónica a continuat să crească la nivelul produsului cu ridicata național într-un ritm care era de trei ori mai mare decât cel al concurenților săi ADSL în ansamblul lor, de șapte ori mai mare decât cel al principalului concurent ADSL, France Telecom, și de zece ori mai mare decât cel al celui de al doilea concurent ADSL al său, Jazztel. Pe de altă parte, Auna, care era principalul concurent al Telefónica pe piața de comercializare cu ridicata națională, a înregistrat o reducere a volumelor sale în această din urmă perioadă [considerentul (581) al deciziei atacate]. Or,

creșterea Telefónica pe piața liniilor ADSL la nivelul produsului cu ridicata național și reducerea volumelor Auna pe piața de comercializare cu ridicata națională trebuie să fie considerate drept indicii ale efectelor concrete de excludere a concurenților săi.

402 Având în vedere cele ce precedă și fără să fie necesară pronunțarea cu privire la argumentele reclamantelor vizând contestarea comparației dintre serviciile în bandă îngustă și serviciile în bandă largă, efectuată de Comisie în considerentele (574)-(578) ale deciziei atacate, trebuie să se considere că Comisia a prezentat indicii concrete, credibile și suficiente în scopul stabilirii faptului că comportamentul Telefónica a avut efecte concrete de excludere pe piață.

403 *Quarto*, reclamantele contestă pretinsul prejudiciu suferit de consumatori. Acestea contestă constatarea Comisiei potrivit căreia comportamentul Telefónica a condus prețurile cu amănuntul la un nivel care figurează printre cele mai ridicate, chiar la nivelul cel mai ridicat din Uniune, atunci când aceasta era compusă din 15 state membre, sau chiar le-a ridicat peste prețurile cu amănuntul cele mai ridicate din aceste state membre.

404 În această privință, trebuie să se arate că, în considerentele (592)-(602) ale deciziei atacate, Comisia a constatat următoarele:

- într-un studiu din 18 iunie 2004, Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE) concluzionase că prețul lunar mediu al unei conexiuni internet în bandă largă în Spania era unul dintre cele mai scumpe din Europa în funcție de raportul preț-performanță, ceea ce fusese confirmat de un studiu realizat de o asociație a consumatorilor spanioli, Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) [considerentul (594) al deciziei atacate];
- analizele realizate de CMT între 2004 și 2006 arătau că prețurile cu amănuntul ale accesului la internet în bandă largă în Spania erau ridicate și net superioare mediei europene [considerentul (595) al deciziei atacate];
- un studiu din decembrie 2006 (denumit în continuare „studiul din 2006”), comandat de ARN irlandeză, Commission for Communications Regulation (ComReg) și realizat de cabinetul Teligen, concluzionase că prețurile cu amănuntul ale Telefónica erau cu 85 % mai mari decât media europeană [considerentele (596)-(601) ale deciziei atacate];
- Telefónica ar fi calculat, pe baza propriilor date, că prețul cu amănuntul mediu în Spania era cu 20 % mai mare decât prețul mediu din Uniune, atunci când aceasta era compusă din 15 state membre [considerentul (602) al deciziei atacate].

405 Pe de o parte, în cererea lor introductivă, reclamantele au susținut că Comisia, în decizia atacată, nu demonstrase că prețurile cu amănuntul în Spania figurau printre cele mai ridicate din Europa. Cu toate acestea, în acest scop, reclamantele au contestat numai rezultatele studiului din 2006, susținând că ofertele care făceau obiectul comparației erau eterogene, că acest studiu nu ținea seama de promoțiile și nici de prețul produselor celor mai populare și că eșantionul reținut nu avea în vedere decât situația celor 15 țări la un moment determinat. Reclamantele nu au contestat totuși celelalte studii citate de Comisie, care atestă nivelul ridicat al prețurilor produsului cu amănuntul în Spania, astfel încât argumentul lor nu poate fi reținut. În orice caz, după cum a subliniat Comisia în considerentul (602) al deciziei atacate, Telefónica însăși, în răspunsul său la comunicarea privind obiecțiunile, a recunoscut că o simplă comparație a prețurilor cu amănuntul în statele membre conducea la concluzia potrivit căreia prețurile cu amănuntul în Spania erau cele mai ridicate din Uniune, atunci când aceasta era compusă din 15 state membre, „pentru perioada 1999-2005”.

- 406 Pe de altă parte, în cadrul memoriului în replică și al ședinței, reclamantele au susținut că niciunul dintre studiile citate de Comisie nu răspundea la întrebarea dacă consumatorii spanioli suportaseră prețuri cu amănuntul de acces la internet în bandă largă mai ridicate din cauza unui efect de foarfecă tarifară anticoncurențială.
- 407 Totuși, s-a amintit la punctul 390 de mai sus că Comisia trebuia să prezinte indicii concrete, credibile și suficiente pentru a permite să se aprecieze influența concretă pe care încălcarea a putut să o aibă în privința concurenței pe piața relevantă. Or, trebuie să se considere că Comisia putea, în mod întemeiat, să considere că nivelul ridicat al prețurilor cu amănuntul în Spania constituia un astfel de indiciu al impactului concret al comportamentului Telefónica pe piața spaniolă.
- 408 *Quinto*, reclamantele susțin că este eronată afirmația Comisiei, care figurează în considerentul (603) al deciziei atacate, potrivit căreia cotele de penetrare a benzii largi în Spania s-ar situa sub media europeană. În acest scop, reclamantele susțin că Spania nu s-ar situa decât „ușor” sub media europeană, că această evoluție ar fi făcut deja obiectul previziunilor în 2001 din cauza dezvoltării tardive a accesului la internet în bandă largă în Spania sau că această constatare se explică prin factori sociodemografici.
- 409 Astfel, deși, desigur, reclamantele invocă anumite argumente care ar putea explica faptul că respectiva cotă este sub media europeană, acestea nu contestă faptul că era efectiv mai mică decât această medie. Or, trebuie să se considere că, fără a săvârși o eroare vădită de apreciere, Comisia a concluzionat că rata de penetrare a benzii largi mai puțin ridicată în Spania decât în celelalte state membre constituia de asemenea un indiciu al impactului concret al comportamentului Telefónica pe piața spaniolă.
- 410 Având în vedere considerațiile care precedă, nici a doua critică a reclamantelor, astfel cum a fost expusă la punctul 388 de mai sus, nu poate fi admisă.
- 411 În al treilea rând, reclamantele susțin că, ținând seama de întinderea geografică a piețelor pretins în cauză, quantumul de plecare al amenzii este excesiv.
- 412 *Primo*, trebuie respinse argumentele întemeiate pe practica decizională a Comisiei, potrivit căreia, în deciziile adoptate în materie de abuz de poziție dominantă în sectorul telecomunicațiilor, Comisia ar fi considerat de fiecare dată că încălcările erau „grave” atunci când piețele relevante prezentau caracteristici comparabile cu cele ale pieței spaniole a accesului la internet în bandă largă. Astfel, după cum a fost amintit la punctul 386 de mai sus, practica decizională a Comisiei nu poate servi drept cadru juridic cu privire la amenziile în materie de concurență.
- 413 *Secundo*, trebuie respins argumentul reclamantelor întemeiat pe faptul că încălcarea ar trebui să fie calificată drept „gravă” întrucât „piața relevantă se limitează (cel mult) la teritoriul unui stat membru”. Astfel, după cum a subliniat în mod întemeiat Comisia în considerentul (755) al deciziei atacate, în afară de faptul că, deși cazurile de foarfecă tarifară sunt limitate în mod necesar la un singur stat membru, acestea împiedică operatorii din alte state membre să intre pe o piață în creștere puternică, piața spaniolă a benzii largi este a cincea cea mai mare piață națională de bandă largă din Uniune. În plus, după cum a subliniat Comisia în considerentul (742) al deciziei atacate, abuzul Telefónica constituie un abuz caracterizat din partea unei întreprinderi care deține o poziție aproape monopolistă. Pe de altă parte, după cum rezultă din punctele 388-410 de mai sus, Comisia a considerat în mod întemeiat că comportamentul Telefónica a avut un impact semnificativ pe piața de comercializare cu amănuntul. În sfârșit, din jurisprudență rezultă că întinderea pieței geografice nu reprezintă decât unul dintre cele trei criterii pertinente, conform Liniilor directoare din 1998, în vederea aprecierii globale a gravității încălcării. Printre aceste criterii interdependente, natura încălcării are un rol primordial. În schimb, întinderea pieței geografice nu este un criteriu autonom, în sensul că numai încălcările care vizează mai multe state membre ar fi susceptibile să fie calificate drept „foarte grave”. Nici Tratatul CE, nici Regulamentul nr. 17, nici Regulamentul nr. 1/2003, nici liniile directoare, nici jurisprudența nu permit să se considere că numai restricțiile foarte întinse din punct

de vedere geografic pot fi calificate astfel (a se vedea în acest sens Hotărârea Raiffeisen Zentralbank Österreich și alții/Comisia, punctul 319 de mai sus, punctul 311 și jurisprudența citată). Având în vedere aceste elemente, în speță Comisia a calificat în mod întemeiat încălcarea drept „foarte gravă”, deși dimensiunea pieței geografice relevante era limitată la teritoriul spaniol.

- 414 A treia critică a reclamantelor, astfel cum este expusă la punctul 411 de mai sus, trebuie, prin urmare, să fie respinsă.
- 415 În al patrulea rând, reclamantele susțin că Comisia nu și-a respectat obligația de motivare și a săvârșit o eroare de drept prin neluarea în considerare a gradului variabil de gravitate a încălcării în perioada acesteia.
- 416 *Primo*, în ceea ce privește încălcarea obligației de motivare, rezultă dintr-o jurisprudență constantă că, la stabilirea cuantumului amenzii în cazul încălcărilor normelor de concurență, cerințele fundamentale de procedură constituite de obligația de motivare sunt îndeplinite atunci când Comisia indică, în decizia sa, elementele de apreciere care i-au permis să determine gravitatea și durata încălcării (Hotărârea Curtii din 16 noiembrie 2000, Sarrió/Comisia, C-291/98 P, Rec., p. I-9991, punctul 73, și Hotărârea Atlantic Container Line și alții/Comisia, punctul 150 de mai sus, punctul 1521). Aceste exigențe nu impun Comisiei obligația să indice în decizia sa datele exprimate în cifre cu privire la modul de calcul al amenzilor (a se vedea Hotărârea Microsoft/Comisia, punctul 58 de mai sus, punctul 1361 și jurisprudența citată).
- 417 În speță, Comisia a apreciat, în considerentul (750) al deciziei atacate, că „încălcarea ar trebui să fie considerată drept foarte gravă”. În plus, în considerentul (756) al deciziei atacate, Comisia a indicat, pe de o parte, că „încălcarea [trebuia], cu titlu principal, să fie calificată drept foarte gravă, chiar dacă aceasta nu a fost de o gravitate uniformă în toată perioada considerată”, și, pe de altă parte, că „cuantumul inițial al amenzii [lua] în considerare faptul că gravitatea abuzului Telefónica [devenise] în orice caz mai clară, în special după Decizia Deutsche Telekom”.
- 418 În această privință, trebuie respins argumentul reclamantelor întemeiat pe o pretinsă contradicție de motive, care ar rezulta din faptul că Comisia ar fi estimat că încălcarea era „foarte gravă”, deși aceasta ar fi putut fi mai puțin gravă înainte de luna octombrie 2003, data publicării Deciziei Deutsche Telekom. Astfel, după cum rezultă din considerentele (738)-(758) ale deciziei atacate, Comisia a considerat că încălcarea fusese „foarte gravă” în toată perioada în cauză, chiar dacă această gravitate nu fusese uniformă în perioada menționată. Pe de altă parte, argumentul întemeiat pe lipsa totală de motivare privind „modul de calcul specific al «cuantumului de bază»” trebuie să fie de asemenea respins, având în vedere jurisprudența citată la punctul 416 de mai sus.
- 419 *Secundo*, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia Comisia nu a dedus consecințele constatărilor amintite la punctul 417 de mai sus, în ceea ce privește calificarea încălcării sau stabilirea cuantumului de plecare al amenzii, întrucât aceasta ar fi trebuit, cel mult, să califice încălcarea drept „gravă” și să fixeze cuantumul de plecare al amenzii la un nivel semnificativ inferior. Astfel, acest argument este întemeiat pe o premisă eronată întrucât, pe de o parte, rezultă din considerațiile care precedă (a se vedea punctele 371-414 de mai sus) că în mod întemeiat Comisia a considerat că încălcarea trebuia să fie calificată drept „foarte gravă” pentru întreaga perioadă în cauză și, pe de altă parte, rezultă în mod expres din considerentele (750) și (760) ale deciziei atacate că, în pofida calificării drept „foarte gravă” pentru întreaga perioadă menționată, Comisia a ținut efectiv seama de intensitatea variabilă a încălcării în stabilirea cuantumului de plecare al amenzii (a se vedea punctele 27 și 417 de mai sus).
- 420 Așadar, a patra critică a reclamantelor, astfel cum este expusă la punctul 388 de mai sus, nu poate fi primită.

421 Din considerațiile care precedă rezultă că primul aspect al celui de al doilea motiv trebuie să fie respins în întregime.

Cu privire la al doilea aspect al celui de al doilea motiv, întemeiat pe o încălcare a principiilor proporționalității, egalității de tratament și individualizării pedepselor, precum și a obligației de motivare, în stabilirea cuantumului de plecare al amenzii

422 În cadrul prezentului motiv, reclamantele invocă o încălcare de către Comisie a principiilor proporționalității, egalității de tratament și individualizării pedepselor, precum și a obligației de motivare, în stabilirea cuantumului de plecare al amenzii.

423 În primul rând, se impune examinarea criticii reclamantelor întemeiate pe o încălcare a principiilor proporționalității, egalității de tratament și individualizării pedepselor.

424 *Primo*, trebuie amintit că principiul egalității de tratament se opune în special ca situații comparabile să fie tratate în mod diferit, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv (a se vedea Hotărârea Curții din 10 ianuarie 2006, IATA și ELFAA, C-344/04, Rec., p. I-403, punctul 95, Hotărârea Curții din 17 iunie 2010, Lafarge/Comisia, C-413/08 P, Rep., p. I-5361, punctul 40, și Hotărârea Tribunalului din 1 iulie 2008, Compagnie maritime belge/Comisia, T-276/04, Rep., p. II-1277, punctul 92 și jurisprudența citată).

425 În speță, pentru a demonstra că principiul egalității de tratament a fost încălcat, reclamantele subliniază diferențele, în stabilirea cuantumului de plecare al amenzii, între, pe de o parte, decizia atacată și, pe de altă parte, un ansamblu de decizii anterioare ale Comisiei. Cu toate acestea, astfel cum s-a amintit la punctul 386 de mai sus, practica decizională a Comisiei nu ar putea servi drept cadru juridic cu privire la amenziile în materie de concurență.

426 În plus, potrivit unei jurisprudențe consacrate, faptul că în trecut Comisia a aplicat amenzi de un anumit nivel pentru anumite tipuri de încălcări nu o poate priva de posibilitatea de a ridica acest nivel în limitele stabilite de Regulamentul nr. 17 și de Regulamentul nr. 1/2003, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura punerea în aplicare a politicii de concurență a Uniunii (a se vedea Hotărârea Dansk Rørindustri și alții/Comisia, punctul 59 de mai sus, punctul 169 și jurisprudența citată).

427 Dimpotrivă, aplicarea eficace a normelor Uniunii privind concurența presupune ca, în orice moment, Comisia să poată adapta nivelul amenzilor la necesitățile acestei politici. Un asemenea comportament nu poate caracteriza o încălcare de către Comisie a principiului egalității de tratament în raport cu practica sa anterioară (a se vedea Hotărârea Groupe Danone/Comisia, punctul 67 de mai sus, punctul 154 și jurisprudența citată). Prin urmare, nu se poate constata că în speță a avut loc o încălcare a principiului egalității de tratament.

428 *Secundo*, trebuie amintit că, potrivit unei jurisprudențe constante, principiul proporționalității, care face parte dintre principiile generale ale dreptului Uniunii, impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar pentru realizarea obiectivelor legitime urmărite de reglementarea în cauză, fiind stabilit că, atunci când este posibilă alegerea între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare și că inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile vizate (a se vedea Hotărârea Curții din 12 iulie 2001, Jippes și alții, C-189/01, Rec., p. I-5689, punctul 81 și jurisprudența citată).

429 În contextul calculului amenzilor, principiul proporționalității presupune că amenda trebuie stabilită de Comisie proporțional cu elementele luate în considerare pentru a se aprecia gravitatea încălcării și că, în această privință, Comisia trebuie să aplice aceste elemente în mod coerent și justificat din punct de vedere obiectiv (a se vedea Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2006, Jungbunzlauer/Comisia, T-43/02, Rec., p. II-3435, punctul 228 și jurisprudența citată).

- 430 În această privință, trebuie arătat mai întâi că, în cadrul Regulamentului nr. 1/2003, Comisia dispune de o marjă de apreciere în ceea ce privește stabilirea cuantumului amenzilor pentru a orienta comportamentul întreprinderilor în sensul respectării normelor de concurență (a se vedea Hotărârea Groupe Danone/Comisia, punctul 67 de mai sus, punctul 134 și jurisprudența citată).
- 431 Trebuie amintit de asemenea că metodologia expusă la punctul 1 A din Liniile directe din 1998 răspunde unei logici forfetare potrivit căreia cuantumul de plecare al amenzii, determinat în funcție de gravitatea încălcării, este calculat în funcție de natura încălcării, de impactul concret asupra pieței atunci când acesta poate fi măsurat și de întinderea pieței geografice în cauză (Hotărârea Tribunalului din 6 mai 2009, Wieland-Werke/Comisia, T-116/04, Rep., p. II-1087, punctul 62).
- 432 În speță, după cum rezultă din cuprinsul punctelor 371-421 de mai sus, Comisia a calificat în mod întemeiat încălcarea drept „foarte gravă”. Luând în considerare faptul, pe de o parte, că abuzul Telefónica trebuie să fie considerat un abuz caracterizat pentru care există precedente, care compromite obiectivul creării unei piețe interne pentru rețelele și serviciile de telecomunicații, și, pe de altă parte, că abuzul amintit a avut un impact semnificativ pe piața de comercializare cu amănuntul spaniolă [considerentele (738)-(757) ale deciziei atacate], un cuantum de plecare al amenzii de 90 de milioane de euro nu poate fi considerat disproporționat.
- 433 *Tertio*, reclamantele nu pot susține că principiul individualizării pedepselor a fost încălcat. Astfel, pentru a aprecia gravitatea unei încălcări în vederea determinării cuantumului amenzii, Comisia trebuie să asigure caracterul descurajator al acțiunii sale, în special pentru tipurile de încălcări care sunt deosebit de prejudiciabile pentru realizarea obiectivelor Uniunii (a se vedea Hotărârea Groupe Danone/Comisia, punctul 67 de mai sus, punctul 169 și jurisprudența citată). Descurajarea trebuie să fie specifică și totodată generală. Sanționând o încălcare individuală, amenda se înscrie de asemenea în cadrul unei politici generale de respectare de către întreprinderi a normelor de concurență (a se vedea în acest sens Hotărârea Musique Diffusion française și alții/Comisia, punctul 313 de mai sus, punctul 106). Or, deși, desigur, amenda poate avea de asemenea un efect descurajator general pentru celelalte întreprinderi care ar fi tentate să încalce normele de concurență, din decizia atacată reiese că, în speță, aceasta a fost calculată ținând seama de situația proprie a Telefónica, și anume gravitatea încălcării imputate având în vedere natura sa, efectele sale pe piață și întinderea pieței geografice relevante, durata încălcării și prezenta unei circumstanțe atenuante. Prin urmare, reclamantele nu pot susține că efectul descurajator general al amenzii ar fi fost „primul și ultimul obiectiv al amenzii”.
- 434 În al doilea rând, în ceea ce privește critica întemeiată pe o încălcare a obligației de motivare, trebuie amintit, astfel cum s-a arătat la punctul 416 de mai sus, că cerințele fundamentale de procedură constituite de obligația de motivare sunt îndeplinite atunci când Comisia indică, în decizia sa, elementele de apreciere care i-au permis să determine gravitatea și durata încălcării, fără să aibă obligația să includă în decizia sa o expunere mai detaliată sau datele exprimate în cifre cu privire la modul de calcul al amenzii. Or, astfel de elemente figurează în considerentele (713)-(767) ale deciziei atacate. Mai mult, logica forfetară inerentă calculului cuantumului de plecare al amenzii a fost amintită la punctul 431 de mai sus. Așadar, argumentul reclamantelor potrivit căruia Comisia ar fi trebuit să explice mai detaliat, în decizia atacată, modul în care a stabilit cuantumul de plecare al amenzii de 90 de milioane de euro trebuie să fie respins.
- 435 În plus, după cum s-a amintit la punctul 386 de mai sus, întrucât practica decizională a Comisiei nu servește drept cadru juridic pentru amenziile în materie de concurență, reclamantele nu pot imputa Comisiei faptul că nu a indicat, în decizia atacată, motivele pentru care cuantumul de plecare al amenzii aplicate Telefónica ar fi semnificativ mai mare decât cuantumul de plecare al amenzii aplicate în Decizia Wanadoo Interactive și nici faptul că nu a precizat mai detaliat motivele pentru care era justificată, în speță, aplicarea în privința Telefónica a unei amenzi al cărei cuantum ar fi superior celui stabilit în Decizia Deutsche Telekom (a se vedea în acest sens Hotărârea Michelin/Comisia, punctul 268 de mai sus, punctul 255).

436 Având în vedere cele ce precedă, critica întemeiată pe o încălcare a obligației de motivare trebuie să fie respinsă, la fel ca și ansamblul celui de al doilea aspect al celui de al doilea motiv.

Cu privire la al treilea aspect al celui de al doilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și de drept, precum și pe nemotivare, în majorarea cuantumului de plecare al amenzii în scop de descurajare

437 În cadrul prezentului aspect, reclamantele susțin că Comisia a săvârșit erori de fapt și de drept în majorarea cuantumului de plecare al amenzii în scop de descurajare.

438 Cu titlu introductiv, trebuie amintit că, potrivit punctului 1 A al patrulea paragraf din Liniile directoare din 1998, în cadrul determinării cuantumului de plecare al amenzii, este „necesar să se țină seama de capacitatea economică efectivă a autorilor încălcării de a cauza prejudicii semnificative altor operatori, în special consumatorilor, și să se fixeze amenda la un nivel care să îi asigure un efect suficient de descurajator”. Pe de altă parte, potrivit punctului 1 A al cincilea paragraf, Comisia poate ține seama de faptul că „marile întreprinderi au în general cunoștințe și infrastructuri economice și juridice care le permit să recunoască mai ușor caracterul infracțional [a se citi «ilicit»] al comportamentului lor și să conștientizeze consecințele care decurg din acesta în temeiul dreptului concurenței”.

439 În primul rând, în ceea ce privește argumentul reclamantelor întemeiat pe nemotivarea majorării în scop de descurajare, trebuie arătat că, în considerentul (758) al deciziei atacate, Comisia a arătat că, „[l]uând în considerare puterea economică semnificativă a Telefónica, pentru a asigura amenzii un efect descurajator suficient, cuantumul inițial trebuie să fie ajustat în sensul majorării sale cu un factor de 1,25”. În nota de subsol 791 din decizia atacată, Comisia a precizat că Telefónica era cel mai mare operator istoric de telecomunicații din Europa în funcție de capitalizarea bursieră și că resursele și profiturile Telefónica erau semnificative. Comisia a indicat de asemenea că, potrivit declarației sale către United States Securities and Exchange Commission (Comisia pentru Valori Mobiliare și Burse de Valori din Statele Unite) pentru anul fiscal 2006, Telefónica deținea o rezervă de numerar și de investiții financiare pe termen scurt de 5 472 de milioane de euro la 31 decembrie 2006 și că profiturile sale se ridicaseră la 6 579 de milioane de euro în cursul anului fiscal 2006 pentru venituri de 52 901 milioane de euro. Rezultă că majorarea cuantumului amenzii în scop de descurajare este motivată corespunzător cerințelor legale.

440 În al doilea rând, trebuie respinse argumentele potrivit cărora, pe de o parte, Comisia ar fi trebuit să verifice dacă cuantumul de plecare al amenzii de 90 de milioane de euro era deja în sine suficient de descurajator, chiar și în lipsa unei majorări, și, pe de altă parte, necesitatea de a majora o amendă cu titlu descurajator ar trebui să fie determinată după calcularea cuantumului său final. În această privință, trebuie să se arate că reclamantele nu contestă legalitatea Liniilor directoare din 1998, în temeiul cărora luarea în considerare a efectului descurajator al unei amenzi constituie unul dintre factorii de care se ține seama pentru stabilirea cuantumului de plecare al amenzii. Or, trebuie să se considere că Comisia putea, în mod întemeiat, să considere că puterea economică semnificativă a Telefónica, care era, la momentul adoptării deciziei atacate, cel mai mare operator istoric de telecomunicații în funcție de capitalizarea bursieră [considerentul (758) și nota de subsol 791 din decizia atacată], justifica aplicarea unui factor de descurajare, cu atât mai mult cu cât reclamantele nu contestă că cuantumul de plecare al amenzii nu reprezintă, în speță, decât 0,17 % din cifra de afaceri a Telefónica.

441 În al treilea rând, reclamantele se bazează pe practica decizională a Comisiei pentru a demonstra că aceasta din urmă a încălcat principiile proporționalității și egalității de tratament prin majorarea cuantumului de plecare al amenzii în scop de descurajare. Astfel, capacitatea financiară a Telefónica nu ar justifica aplicarea în privința acestuia a unui tratament diferit față de cel al întreprinderilor Wanadoo Interactive și Deutsche Telekom, cărora Comisia nu le-ar fi aplicat nicio majorare în scop de descurajare. Un astfel de argument trebuie totuși să fie respins, întrucât, astfel cum s-a arătat la punctul 386 de mai sus, practica decizională a Comisiei nu poate servi drept cadru juridic cu privire la

amenziile în materie de concurență. Prin urmare, simpla constatare privind majorarea de către Comisie a cuantumului amenzii aplicate Telefónica în scop de descurajare în prezenta cauză, în timp ce nicio majorare în acest scop nu ar fi fost aplicată în Deciziile Wanadoo Interactive și Deutsche Telekom, nu poate reprezenta un temei pentru constatarea unei încălcări a principiilor egalității de tratament și proporționalității. Astfel, critica reclamantelor trebuie să fie respinsă.

442 În al patrulea rând, în ceea ce privește argumentul întemeiat pe o încălcare a principiului individualizării pedepselor, este suficient să se facă trimitere la considerațiile care figurează la punctul 433 de mai sus.

443 Din ansamblul considerațiilor precedente rezultă că argumentele reclamantelor potrivit cărora Comisia a săvârșit mai multe erori atunci când a majorat cuantumul de plecare al amenzii aplicate Telefónica în temeiul efectului de descurajare sunt neîntemeiate, astfel încât al treilea aspect al celui de al doilea motiv trebuie respins.

Cu privire la al patrulea aspect al celui de al doilea motiv, întemeiat pe erori de drept și pe erori vădite de apreciere săvârșite în calificarea încălcării ca fiind „de lungă durată”

444 În cadrul prezentului aspect, reclamantele susțin că Comisia a săvârșit erori de drept și erori vădite de apreciere a faptelor atunci când a determinat punctul de plecare și data finală a încălcării.

445 Trebuie amintit că, în conformitate cu articolul 23 alineatul (3) din Regulamentul nr. 1/2003, durata încălcării constituie unul dintre elementele care trebuie luate în considerare pentru a determina cuantumul amenzii ce urmează să fie aplicată întreprinderilor vinovate de încălcări ale normelor de concurență.

446 În ceea ce privește factorul referitor la durata încălcării, Liniile directoare din 1998 stabilesc o distincție între încălcările de scurtă durată (în general mai mici de un an), pentru care cuantumul de plecare al amenzii reținut în temeiul gravității nu ar trebui să fie majorat, încălcările de durată medie (în general de la unu la cinci ani), pentru care acest cuantum poate fi majorat cu 50 %, și încălcările de lungă durată (în general peste cinci ani), pentru care acest cuantum poate fi majorat pentru fiecare an cu 10 % (punctul 1 B primul paragraf prima-a treia liniuță din Liniile directoare din 1998).

447 În primul rând, reclamantele contestă stabilirea, în considerentul (759) al deciziei atacate, a datei de începere a încălcării.

448 *Primo*, pentru motivele expuse la punctele 356-369 de mai sus, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia Telefónica nu ar fi fost în măsură să știe, înainte de luna octombrie 2003, că comportamentul său era susceptibil să constituie o încălcare a articolului 82 CE.

449 *Secundo*, trebuie amintit că argumentele prezentate de reclamante cu privire la neluarea în considerare, la stabilirea cuantumului de plecare al amenzii, a intensității variabile a încălcării au fost respinse la punctul 419 de mai sus.

450 *Tertio*, argumentele reclamantelor potrivit cărora variația gravității încălcării ar justifica o reducere suplimentară în temeiul duratei acestei încălcări conduc la confundarea criteriilor gravității și duratei încălcării în Liniile directoare din 1998. Astfel, prin argumentația lor, reclamantele contestă majorarea cuantumului de plecare al amenzii cu până la 10 % pe an referindu-se la elemente legate de aprecierea gravității încălcării, pe care, de altfel, nu le-au demonstrat (a se vedea punctul 419 de mai sus). Întrucât majorarea în temeiul duratei se realizează prin aplicarea la cuantumul de plecare al amenzii a unui anumit procentaj, care se stabilește în funcție de gravitatea întregii încălcări și care deja reflectă, așadar, diferitele intensități ale încălcării, nu se impune luarea în considerare pentru majorarea acestui cuantum în temeiul duratei încălcării a unei variații a intensității încălcării în perioada avută în vedere

(Hotărârea Tribunalului din 28 aprilie 2010, Gütermann și Zwicky/Comisia, T-456/05 și T-457/05, Rep., p. II-1443, punctul 159). Pentru aceleași motive, trebuie respins argumentul întemeiat pe faptul că, între 26 iulie 2001 și 21 decembrie 2006, CMT ar fi exercitat un control asupra marjelor Telefónica, precum și argumentul întemeiat pe caracterul emergent al pieței spaniole și pe investițiile semnificative ale Telefónica pe această piață.

451 În al doilea rând, în ceea ce privește determinarea datei la care a încetat încălcarea, trebuie să se arate că singurul argument al reclamantelor se bazează pe faptul că, pentru a stabili existența foarfecii tarifare, Comisia se bazează numai pe datele care acoperă perioada dintre 2001 și luna iunie 2006. Cu toate acestea, reclamantele nu contestă afirmația Comisiei care figurează în considerentul (124) al deciziei atacate potrivit căreia nivelul prețurilor produselor cu ridicata național și regional nu a fost afectat între decizia CMT din 1 iunie 2006, dată la care CMT a modificat reglementarea prețurilor aplicabilă produselor cu ridicata regional și național, impunând Telefónica să le orienteze către costuri [considerentul (123) al deciziei atacate], și 21 decembrie 2006, dată la care CMT a adoptat măsuri provizorii care prevedeau reduceri substanțiale ale prețurilor produselor menționate, prețurile produsului cu ridicata regional fiind reduse într-o proporție variind între 22 % și 54 %, iar prețurile produsului cu ridicata național (ADSL-IP) fiind reduse într-o proporție variind între 24 % și 61 %. În plus, reclamantele nu contestă constatarea care figurează în considerentul (62) al deciziei atacate potrivit căreia, la data adoptării deciziei atacate, prețurile cu amănuntul ale TESAU nu se modificaseră din septembrie 2001. Reclamantele nu susțin nici vreo modificare a costurilor care au fost luate în considerare de Comisie în prezenta cauză. Prin urmare, se poate considera că încălcarea a încetat la 21 decembrie 2006 [a se vedea de asemenea considerentul (747) al deciziei atacate].

452 În aceste condiții, întrucât trebuie să se considere că reclamantele nu pot invoca durata încălcării în litigiu pentru a solicita o reducere cu cel puțin 20 % a cuantumului amenzii aplicate Telefónica, al patrulea aspect al celui de al doilea motiv trebuie să fie respins.

Cu privire la al cincilea aspect al celui de al doilea motiv, întemeiat pe erori de drept și pe erori de fapt săvârșite în luarea în considerare a circumstanțelor atenuante

453 Cu titlu introductiv, trebuie amintit că din Liniile directe din 1998 reiese că cuantumul de bază al amenzii poate fi redus atunci când încălcarea este săvârșită din neglijență, iar nu în mod deliberat (punctul 3 primul paragraf a cincea liniuță).

454 De asemenea, trebuie să se arate că, potrivit jurisprudenței, caracterul adecvat al unei eventuale reduceri a cuantumului amenzii în temeiul circumstanțelor atenuante trebuie să fie apreciat din punct de vedere global, ținând seama de ansamblul circumstanțelor pertinente (Hotărârea Tribunalului din 8 iulie 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisia, T-44/00, Rec., p. II-2223, punctul 274).

455 Or, adoptarea Liniilor directe din 1998 nu a lipsit de relevanță jurisprudența potrivit căreia Comisia dispune de o putere de apreciere care îi permite să ia sau să nu ia în considerare anumite elemente atunci când stabilește, în special în funcție de circumstanțele din speță, cuantumul amenzilor pe care intenționează să le aplice. Astfel, în absența din liniile directe menționate a unei dispoziții imperative privind circumstanțele atenuante care pot fi avute în vedere, Comisia a păstrat o anumită marjă pentru a aprecia în mod global importanța unei eventuale reduceri a cuantumului amenzilor în temeiul circumstanțelor atenuante (Hotărârea Raiffeisen Zentralbank Österreich și alții/Comisia, punctul 319 de mai sus, punctul 473).

456 În speță, în considerentul (765) al deciziei atacate, Comisia a considerat, în ceea ce privește intervenția de reglementare a CMT vizând prețurile produsului cu ridicata regional, că Telefónica a acționat în mod neglijent întrucât, chiar și în ipoteza favorabilă în care aceasta ar fi putut să creadă, la început, că modelul CMT se baza pe estimări realiste, aceasta a trebuit sau ar fi trebuit să înțeleagă rapid că costurile efective nu corespundeau estimărilor utilizate de CMT în analiza sa *ex ante* [a se vedea de

asemenea considerentele (727)-(730) ale deciziei atacate]. Din acest motiv, Comisia a acordat Telefónica o reducere de 10 % în temeiul circumstanțelor atenuante [considerentul (766) al deciziei atacate].

457 În primul rând, reclamantele susțin că Comisia nu a ținut seama în mod suficient de faptul că încălcarea a putut fi săvârșită în parte din neglijență.

458 *Primo*, în această privință, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia Comisia ar fi săvârșit o eroare de apreciere atunci când a considerat că neglijența Telefónica nu viza decât produsul cu ridicata regional. Astfel, după cum reiese din cuprinsul punctelor 110-143 de mai sus, Comisia a concluzionat în mod întemeiat că produsele cu ridicata național și regional nu aparțineau aceleiași piețe. În plus, întrucât prețurile produsului cu ridicata național nu au fost niciodată reglementate în perioada încălcării, Comisia a considerat în mod întemeiat că circumstanța atenuantă legată de neglijența Telefónica nu viza decât produsul cu ridicata regional. Faptul că a existat o reglementare sectorială care ar fi permis CMT să intervină în privința produsului cu ridicata național al Telefónica este lipsit de relevanță, întrucât, astfel cum rezultă din jurisprudență, chiar dacă nu este exclus ca, în anumite circumstanțe, un cadru juridic național sau un comportament al autorităților naționale să poată constitui circumstanțe atenuante, aprobarea sau tolerarea unei încălcări de către autoritățile naționale nu poate fi luată în considerare în acest sens atunci când întreprinderile în cauză dispun de mijloacele necesare pentru a obține informații juridice precise și corecte (Hotărârea Curții din 24 septembrie 2009, Erste Group Bank și alții/Comisia, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P și C-137/07 P, Rep., p. I-8681, punctele 228 și 230).

459 *Secundo*, pentru motivele expuse la punctele 343-352 de mai sus, trebuie respins argumentul reclamantelor potrivit căruia Comisia a săvârșit o eroare considerând că neglijența Telefónica era extrem de gravă, având în vedere încrederea sa legitimă în acțiunea CMT și complexitatea cauzei.

460 *Tertio*, deși reclamantele susțin că reducerea de 10 % în temeiul circumstanțelor atenuante, care a fost acordată întreprinderii vizate în Decizia Deutsche Telekom, este insuficientă în speță din cauza, pe de o parte, a cuantumului de bază superior stabilit pentru Telefónica și, pe de altă parte, a reglementării sectoriale diferite din Spania, un asemenea argument nu poate fi reținut. Mai întâi, după cum s-a arătat la punctul 386 de mai sus, practica decizională a Comisiei nu poate servi drept cadru juridic cu privire la amenziile în materie de concurență. Apoi, instanța Uniunii a subliniat deja că simplul fapt că, în practica sa decizională anterioară, Comisia a acordat un anumit procent de reducere pentru un comportament determinat nu implică faptul că este obligată să acorde aceeași reducere proporțională la aprecierea unui comportament similar în cadrul unei proceduri administrative ulterioare (Hotărârea Dansk Rørindustri și alții/Comisia, punctul 59 de mai sus, punctul 192). Astfel, trebuie să se considere, în speță, că simplul fapt că, în Decizia Deutsche Telekom, Comisia a acordat un anumit procent de reducere pentru o circumstanță determinată nu implică obligația acesteia de a acorda aceeași reducere și nici chiar o reducere proporțional mai importantă cu ocazia aprecierii circumstanțelor atenuante în cadrul prezentei cauze. Prin urmare, sunt lipsite de relevanță argumentele reclamantelor, bazate pe procentul de reducere acordat în Decizia Deutsche Telekom, în scopul de a demonstra că Telefónica ar fi trebuit să beneficieze de un procent de reducere mai mare în temeiul circumstanțelor atenuante. În sfârșit, în orice caz, trebuie amintit că cuantumul de bază al amenzii este stabilit, conform Liniilor directe din 1998, în funcție de gravitatea și de durata încălcării. Prin urmare, Comisia nu poate fi obligată să ia în considerare acest cuantum de bază în cadrul determinării procentului de reducere a cuantumului amenzii aplicate unei întreprinderi în temeiul unei circumstanțe atenuante.

461 În al doilea rând, în ceea ce privește pretinsul caracter nou al prezentei cauze, este suficient să se facă trimitere la punctele 356-368 de mai sus.

462 Din considerațiile avute în vedere mai sus rezultă că al cincilea aspect al celui de al doilea motiv trebuie să fie respins, precum și motivul menționat în ansamblul său.

463 Rezultă că trebuie să fie respinse concluziile subsidiare, precum și acțiunea în întregime.

Cu privire la cheltuielile de judecată

464 Potrivit articolului 87 alineatul (2) din Regulamentul de procedură al Tribunalului, partea care cade în pretenții este obligată, la cerere, la plata cheltuielilor de judecată.

465 Întrucât reclamantele au căzut în pretenții, se impune ca acestea să fie obligate să suporte propriile cheltuieli de judecată, precum și pe cele efectuate de Comisie, de France Telecom, de Ausbanc și de ECTA, potrivit cererilor acestora din urmă.

Pentru aceste motive,

TRIBUNALUL (Camera a opta)

declară și hotărăște:

1) Respinge acțiunea.

2) Telefónica, SA și Telefónica de España, SA suportă propriile cheltuieli de judecată, precum și pe cele efectuate de Comisia Europeană, de France Telecom España, SA, de Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) și de European Competitive Telecommunications Association, potrivit concluziilor acestora din urmă.

Pronunțată astfel în ședință publică la Luxemburg, la 29 martie 2012.

Truchot

Martins Ribeiro

Kanninen

Semnături

Cuprins

Prezentarea reclamantelor	2
Procedura administrativă	2
Decizia atacată	3
Procedura și concluziile părților	6
În drept	8
A — Cu privire la admisibilitatea argumentelor reclamantelor pretins cuprinse în anexe	8
B — Cu privire la fond	10
1. Cu privire la concluziile principale, prin care se solicită anularea deciziei atacate	10
a) Cu privire la întinderea controlului instanței Uniunii și la sarcina probei	10
b) Cu privire la primul motiv, întemeiat pe o încălcare a dreptului la apărare	12
c) Cu privire la al doilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și de drept în definiția piețelor cu ridicata relevante	18
d) Cu privire la al treilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și de drept în stabilirea pretensei poziții dominante a Telefónica pe piețele relevante	24
e) Cu privire la al patrulea motiv, întemeiat pe erori de drept în aplicarea articolului 82 CE în ceea ce privește comportamentul pretins abuziv al Telefónica	28
f) Cu privire la al cincilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și/sau pe erori de apreciere a faptelor și pe erori de drept în ceea ce privește comportamentul pretins abuziv al Telefónica și impactul său pretins anticoncurențial	31
Cu privire la primul aspect al celui de al cincilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și/sau pe erori de apreciere a faptelor în aplicarea testului foarfecii tarifare	32
— Cu privire la prima critică din cadrul primului aspect al celui de al cincilea motiv, întemeiată pe o eroare în alegerea inputurilor cu ridicata	32
— Cu privire la a doua critică din cadrul primului aspect al celui de al cincilea motiv, întemeiată pe erori și omisiuni săvârșite în aplicarea analizei FNA	34
— Cu privire la a treia critică din cadrul primului aspect al celui de al cincilea motiv, întemeiată pe erori săvârșite în analiza „perioadă-cu-perioadă”	37
Cu privire la al doilea aspect al celui de al cincilea motiv, întemeiat pe faptul că Comisia nu ar fi stabilit corespunzător cerințelor legale efectele probabile sau concrete ale comportamentului examinat	42
g) Cu privire la al șaselea motiv, întemeiat pe o aplicare ultra vires a articolului 82 CE și pe o încălcare a principiilor subsidiarității, proporționalității, securității juridice, cooperării loiale și bune administrări	46

Cu privire la primul aspect al celui de al șaselea motiv, întemeiat pe o aplicare ultra vires a articolului 82 CE	46
Cu privire la al doilea aspect al celui de al șaselea motiv, întemeiat pe o încălcare a principiilor subsidiarității, proporționalității și securității juridice	47
Cu privire la al treilea aspect al celui de al șaselea motiv, întemeiat pe o încălcare a principiilor cooperării loiale și bune administrări	49
2. Cu privire la concluziile subsidiare, prin care se solicită anularea sau reducerea cuantumului amenzii	51
a) Cu privire la primul motiv, întemeiat pe erori de fapt, de apreciere a faptelor și de drept și pe o încălcare a articolului 15 alineatul (2) din Regulamentul nr. 17, a articolului 23 alineatul (2) din Regulamentul nr. 1/2003 și a principiilor securității juridice și încrederii legitime	51
b) Cu privire la al doilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și de drept și pe o încălcare a principiilor proporționalității, egalității de tratament, individualizării pedepselor, precum și a obligației de motivare, cu ocazia determinării cuantumului amenzii	59
Cu privire la primul aspect al celui de al doilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și de drept, precum și pe nerespectarea obligației de motivare în ceea ce privește calificarea încălcării drept „foarte gravă” și stabilirea cuantumului de plecare al amenzii la 90 de milioane de euro	59
Cu privire la al doilea aspect al celui de al doilea motiv, întemeiat pe o încălcare a principiilor proporționalității, egalității de tratament și individualizării pedepselor, precum și a obligației de motivare, în stabilirea cuantumului de plecare al amenzii	67
Cu privire la al treilea aspect al celui de al doilea motiv, întemeiat pe erori de fapt și de drept, precum și pe nemotivare, în majorarea cuantumului de plecare al amenzii în scop de descurajare	69
Cu privire la al patrulea aspect al celui de al doilea motiv, întemeiat pe erori de drept și pe erori vădite de apreciere săvârșite în calificarea încălcării ca fiind „de lungă durată”	70
Cu privire la al cincilea aspect al celui de al doilea motiv, întemeiat pe erori de drept și pe erori de fapt săvârșite în luarea în considerare a circumstanțelor atenuante	71
Cu privire la cheltuielile de judecată	73