

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 14 oktober 2010*

Innehållsförteckning

I — Bakgrund till tvisten.....	I - 9607
II — Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen	I - 9615
III — Parternas yrkanden	I - 9618
IV — Överklagandet	I - 9620
A — Upptagande till sakprövning.....	I - 9620
B — Prövning i sak.....	I - 9622
1. Inledande synpunkter.....	I - 9624
2. Den första grunden: RegTP:s hantering, i egenskap av behörig nationell regleringsmyndighet, av regleringen av klagandens verksamhet innebar flera fall av felaktig rättstillämpning.....	I - 9631
a) Den första grundens första del avseende huruvida överträdelsen kan tillskrivas klaganden	I - 9631
i) Den överklagade domen	I - 9631
ii) Parternas argument.....	I - 9635
iii) Domstolens bedömning	I - 9639
b) Den första grundens andra del avseende principen om skydd för berättigade förväntningar.....	I - 9645
i) Den överklagade domen	I - 9645

* Rättegångsspråk: tyska.

ii)	Parternas argument	I - 9646
iii)	Domstolens bedömning	I - 9647
c)	Den första grundens tredje del avseende huruvida överträdelsen mot artikel 82 EG varit uppsåtlig eller berott på oaktsamhet	I - 9649
i)	Den överklagade domen	I - 9649
ii)	Parternas argument	I - 9651
iii)	Domstolens bedömning	I - 9653
d)	Slutsats avseende den första grunden	I - 9658
3.	Den andra grunden: Förstainstansrättens tillämpning av artikel 82 EG är felaktig	I - 9658
a)	Den överklagade domen	I - 9658
b)	Den andra grundens första del avseende huruvida kriteriet marginalpress är relevant för att fastställa missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG	I - 9667
i)	Parternas argument	I - 9667
ii)	Domstolens bedömning	I - 9669
c)	Den andra grundens andra del avseende huruvida metoden för beräkning av marginalpressen var lämplig	I - 9679
i)	Argumentet avseende felaktig tillämpning av kriteriet lika effektivt konkurrent	I - 9679
—	Parternas argument	I - 9679
—	Domstolens bedömning	I - 9682
ii)	Argumentet om felaktig rättstillämpning, eftersom samtals-tjänster och andra teletjänster inte beaktades vid beräkningen av marginalpressen	I - 9684
—	Parternas argument	I - 9684
—	Domstolens bedömning	I - 9689

d)	Den andra grundens tredje del avseende inverkan av marginalpressen.	I - 9697
	i) Parternas argument.	I - 9697
	ii) Domstolens bedömning	I - 9698
e)	Slutsats avseende den andra grunden.	I - 9702
4.	Den tredje grunden: Felaktig rättstillämpning vid beräkningen av bötesbeloppet på grund av att prisregleringen inte beaktades	I - 9702
	a) Den överklagade domen.	I - 9702
	b) Parternas argument	I - 9705
	i) Den tredje grundens första del avseende överträdelsens allvar	I - 9706
	— Parternas argument.	I - 9706
	— Domstolens bedömning	I - 9707
	ii) Den tredje grundens andra del avseende huruvida prisregleringen inte beaktades tillräckligt som förmildrande omständighet	I - 9710
	— Parternas argument.	I - 9710
	— Domstolens bedömning	I - 9711
	iii) Den tredje grundens tredje del avseende åläggande av symboliska böter.	I - 9712
	— Parternas argument.	I - 9712
	— Domstolens bedömning	I - 9713
	c) Slutsats avseende den andra grunden.	I - 9715
V	— Rättegångskostnader	I - 9715

I mål C-280/08 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i domstolens stadga, som ingavs den 23 juni 2008,

Deutsche Telekom AG, Bonn (Tyskland), företrädd av U. Quack, S. Ohlhoff och M. Hutschneider, Rechtsanwältin,

klagande,

i vilket de andra parterna är:

Europeiska kommissionen, företrädd av K. Mojzesowicz, W. Mölls och O. Weber, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans,

Vodafone D2 GmbH, tidigare Vodafone AG & Co. KG, tidigare Arcor AG & Co. KG, Eschborn (Tyskland), företrätt av M. Klusmann, Rechtsanwalt,

Versatel NRW GmbH, tidigare Tropolys NRW GmbH, tidigare CityKom Münster GmbH Telekommunikationsservice och TeleBeL Gesellschaft für Telekommunikation Bergisches Land mbH, Essen (Tyskland),

EWE TEL GmbH, Oldenburg (Tyskland),

HanseNet Telekommunikation GmbH, Hamburg (Tyskland),

Versatel Nord GmbH, tidigare Versatel Nord-Deutschland GmbH, tidigare Kom-Tel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH, Flensburg (Tyskland),

NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Köln (Tyskland),

Versatel Süd GmbH, tidigare Versatel Süd-Deutschland GmbH, tidigare tesion Telekommunikation GmbH, Stuttgart (Tyskland),

Versatel West GmbH, tidigare Versatel West-Deutschland GmbH, tidigare Versatel Deutschland GmbH & Co. KG, Dortmund (Tyskland),

företrädna av N. Nolte, Rechtsanwalt,

intervenienter i första instans, meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.N. Cunha Rodrigues samt domarna A. Arabadjiev, U. Löhmus, A. Ó Caoimh (referent) och P. Lindh,

generaladvokat: J. Mazák,
justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 25 november 2009,

och efter att den 22 april 2010 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Deutsche Telekom AG har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt den 10 april 2008 i mål T-271/03, Deutsche Telekom mot kommissionen (REG 2008, s. II-477) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogillade förstainstansrätten Deutsche Telekom talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2003/707/EG av den 21 maj 2003 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget (ärende COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (EUT L 263, s. 9) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

I — Bakgrund till tvisten

- 2 Förstainstansrätten redogjorde i punkterna 1–24 i den överklagade domen för bakgrunden till tvisten på följande sätt:

”1 Sökanden Deutsche Telekom AG är den traditionella teleoperatören i Tyskland. ...

- 2 Sökanden driver det fasta telefontätet i Tyskland. Innan telemarknaden fullständigt avreglerades förfogade sökanden över ett lagenligt monopol när det gällde tillhandahållandet av teletjänster via det fasta telefontätet till slutkunder. Alltsedan Telekommunikationsgesetz (den tyska lagen om telekommunikationer, nedan kallad TKG) av den 25 juli 1996 (BGBl. 1996 I, s. 1120) trädde i kraft den 1 augusti 1996, är både marknaden för tillhandahållande av infrastruktur och marknaden för tillhandahållande av teletjänster avreglerade i Tyskland. Sedan dess är sökanden i olika hög grad utsatt för konkurrens från andra operatörer på båda marknaderna.

- 3 Sökandens fasta nät består av flera accessnät till slutkunderna. Med uttrycket accessnät avses den fysiska anslutning som förbinder nätanslutningspunkten i en slutkunds lokaler med korskopplingen eller likvärdig facilitet i det fasta allmänna telefontätet.

- 4 Sökanden erbjuder både andra teleoperatörer och slutanvändare tillträde till sina accessnät. Båda tillträdesformerna finns reglerade på olika sätt i de gällande särskilda bestämmelserna för telesektorn. Det ska vad avser tillträdestjänster och sökandens avgifter göras åtskillnad mellan tillträdestjänster avseende det fasta nätet som sökanden erbjuder sina konkurrenter (nedan kallade [tjänster för tillträde till accessnät]) och tillträdestjänster avseende det fasta nätet som sökanden erbjuder sina slutkunder (nedan kallade tillträdestjänster för slutkunder).

I — [Tjänster för tillträde till accessnät]

- 5 Sökanden ålades, genom beslut nr 223 a som förbundsministeriet för post- och telekommunikation ... meddelade den 28 maj 1997, att från och med juni 1997 bevilja sina konkurrenter fullständigt tillträde till accessnätet.

- 6 Sökandens [tjänster för tillträde till accessnät] bestod av två komponenter, nämligen en avgift för det månatliga abonnemanget och en engångsavgift. ...

- 7 Sökandens [tjänster för tillträde till accessnät] ska, i enlighet med 25 § 1 TKG, godkännas i förväg av Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (post- och telestyrelsen, nedan kallad RegTP).

- 8 RegTP kontrollerade i detta sammanhang huruvida de [tjänster för tillträde till accessnät] som sökanden ansökte om uppfyllde villkoren i 24 § TKG. I 24 § 1 TKG anges att '[a]vgifterna ska fastställas på grundval av kostnaderna för ett effektivt tillhandahållande av en tjänst'.

...

II — Tillträdestjänster för slutkunder

- 10 Sökanden erbjuder sina slutkunder två basalternativ vad gäller tillträdestjänster: via traditionell analog anslutning ... eller via digital smalbandsanslutning. Dessa båda basalternativ för slutkundernas anslutning till accessnätet kan tillhandahållas via sökandens befintliga nät med tvinnad parkabel av koppar (smalbandsanslutningar). Därutöver erbjuder sökanden sina slutkunder även bredbandsanslutningar (... ADSL), närmare bestämt genom kompletterande upprustning av de

befintliga [smalbands]anslutningarna för att möjliggöra bredbandstjänster, till exempel snabbare tillträde till internet.

...

- 12 [Sökandens priser för tillträdestjänster för slutkunder] består av två komponenter: en månatlig grundavgift, som hänför sig till kvaliteten på anslutningarna och tjänsterna som tillhandahålls, och en engångsavgift för nyinstallation eller övertagande av en anslutning,

A — Avgifter för abonnemang avseende analoga anslutningar ... och digitala smalbandsanslutningar ...

- 13 Tillträdesavgifterna för abonnemang av analoga anslutningar och [digitala smalbandsanslutningar] fastställs enligt pristakssystemet. I enlighet med 27 § 1 andra meningen och 25 § 1 TKG ... sker regleringen av slutkundsavgifterna för anslutning till sökandens fasta nät och för samtalen inte separat för varje enskild tjänst på grundval av kostnaden för tjänsten, utan för flera tjänster tillsammans, varvid de olika enskilda tjänsterna sammanförs i korgar.
- 14 ... Det aktuella systemet administreras sedan den 1 januari 1998 av RegTP. RegTP skapade därvid två korgar, en för tjänster till privatkunder och en för tjänster till företagskunder. Båda korgarna omfattade både tillträdestjänster för slutkunder ... och hela sökandens utbud i fråga om telefoni, såsom lokal-, regional-, fjärr- och utlandssamtal.

...

- 17 Enligt [förbundsministeriets för post- och telekommunikation] beslut av den 17 december 1997 var sökanden tvungen att sänka den totala avgiften för var och en av de två korgarna med 4,3 procent mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 1999 (första pristaksperioden). Vid utgången av den första perioden, den 31 december 1999, beslöt RegTP genom beslut av den 23 december 1999 att i huvudsak behålla korgarnas innehåll och sänkte avgifterna med 5,6 procent mellan den 1 januari 2000 och den 31 december 2001 (andra pristaksperioden).
- 18 Inom ramen för de bindande riktlinjerna för avgiftssänkning kunde sökanden ändra avgifterna för de enskilda beståndsdelarna i varje korg, förutsatt att RegTP hade godkänt en sådan ändring. ... Genom systemet tilläts alltså avgiftshöjningar för en eller flera beståndsdelar i en korg, så länge korgens övre avgiftsgräns inte överskreds. ...
- 19 Under de första två pristaksperioderna [mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 2001] sänkte sökanden slutkundsavgifterna för de båda korgarna och överskred de fastställda riktlinjerna för sänkning väsentligt. Dessa avgiftssänkningar avsåg i huvudsak endast samtalsavgifterna. Slutkundsavgifterna för analoga förbindelser ... ändrades däremot inte under de första två pristaksperioderna Vad avser slutkundsavgifterna för [digitala smalbandsanslutningar], sänkte sökanden under samma period månadsavgifterna
- 20 Sedan den 1 januari 2002 gäller ett nytt pristakssystem I det nya systemet föreskrivs, i stället för de båda tidigare korgarna för privat- och företagskunder,

numera fyra korgar, nämligen för accessnät (korg A), lokalsamtal (korg B), fjärrsamtal inom landet (korg C) och utlandssamtal (korg D).

- 21 Den 15 januari 2002 informerade sökanden RegTP om sin avsikt att höja månadsavgifterna för analoga anslutningar och [digitala smalbands-] anslutningar RegTP godkände denna höjning

- 22 Sökanden ansökte den 31 oktober 2002 om ytterligare en höjning av sina slutkundsavgifter. RegTP avsåg delvis denna ansökan ...

B — Avgifter för ADSL-anslutningar ...

- 23 Avgifterna för [ADSL]-anslutning är inte förhandsreglerade med hjälp av pristakssystemet. Dessa avgifter kan i enlighet med 30 § TKG regleras i efterhand.

- 24 RegTP inledde den 2 februari 2001, efter mottagande av flera klagomål från konkurrenter till sökanden, en undersökning i efterhand av sökandens ADSL-avgifter för att fastställa huruvida kostnaderna eventuellt var otillräckligt täckta i strid med de tyska konkurrensreglerna. RegTP slutförde undersökningen den 25 januari 2002 efter att ha fastställt att den höjning av avgifterna som sökanden hade tillkännagett den 15 januari 2002 inte längre medförde misstankar om otillräcklig täckning av kostnaderna.”

- 103 Genom att [sökanden] tar ut grossistavgifter för konkurrenternas tillträde till accessnätet som är högre än avgifterna för [sökandens] egna slutkunder för tillträde till det fasta nätet hindrar [sökanden] sina konkurrenter att, förutom de rena telefonsamtalen, även erbjuda tillträdestjänster via accessnätet. ...
- 104 [Sökanden] anser att det föreliggande beviset om oskäligen prissättning i form av marginalpress är uteslutet eftersom grossistavgifterna [för tillträde till accessnätet] är föreskrivna av RegTP. ...
- 105 I strid med [sökandens] uppfattning är ändå missbruksformen marginalpress tillämplig för det föreliggande sakförhållandet. På relaterade marknader, där konkurrenterna erhåller grossisttjänster [för tillträde till accessnät] av den etablerade operatören och är hänvisade till detta för att kunna konkurrera på en produkt- eller tjänstemarknad i [detaljstledet], kan det utan tvivel finnas en pressad marginal mellan de reglerade grossistpriserna [för tillträde till accessnätet] och slutkundspriserna [för tillträdestjänster]. För att bevisa att det finns en marginalpress gäller det till att börja med endast att det finns en obalans mellan de båda avgiftsnivåerna som kan leda till en konkurrensbegränsning.”
- 5 I artikel 1 i det omtvistade beslutet fann kommissionen därför att klaganden ”sedan 1998 överträtt artikel 82 a i EG-fördraget genom att påföra sina konkurrenter och sina slutkunder orimliga månads- och engångsavgifter för tillträdet till det fasta nätet och därigenom på ett betydande sätt hindrat konkurrensen på marknaden för tillträde till accessnätet”.
- 6 Enligt artikel 3 i det omtvistade beslutet ålade kommissionen klaganden böter med 12,6 miljoner euro på grund av denna överträdelse.

II — Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen

- 7 Deutsche Telekom väckte, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 30 juli 2003, talan om i första hand ogiltigförklaring av det angripna beslutet och i andra hand nedsättning av det bötesbelopp som ålades enligt detta beslut.
- 8 Till stöd för sin talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet åberopade Deutsche Telekom bland annat en grund avseende överträdelse av artikel 82 EG och en grund avseende maktmissbruk samt åsidosättande av proportionalitetsprincipen, rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar.
- 9 Grunden avseende överträdelse av artikel 82 EG innehöll flera delar, varav tre är relevanta för överklagandet. Den första avser att missbruk inte föreligger, eftersom Deutsche Telekom inte förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme för att kunna undvika marginalpressen. Den andra avser att kommissionens metod för att fastställa marginalpressen var rättsstridig och den fjärde delen avser att marginalpressen inte hade någon inverkan på marknaden.
- 10 Förstainstansrätten ogillade talan och angav i samband med denna bedömning, i punkterna 150 och 242 i den överklagade domen, bland annat att sökanden i sin ansökan inte hade invänt mot definitionen av de relevanta marknaderna i det omtvistade beslutet. Enligt denna kan en grossistmarknad för tjänster för tillträde till accessnät respektive en marknad för slutkunder för tillträde till accessnät urskiljas. Den sistnämnda omfattar en marknad för tillträde till smalband och en marknad för tillträde till bredband. Samtliga dessa marknader har nationell omfattning.

- 11 Beträffande den första delen av grunden fann förstainstansrätten, i punkterna 140 och 151 i den överklagade domen, att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den i det omtvistade beslutet fann att sökanden förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme under den ifrågavarande perioden för att minska den marginalpress som konstaterades i det ovannämnda beslutet genom att ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder.

- 12 Beträffande den andra delen av den ovannämnda grunden, godtog förstainstansrätten i punkt 168 i den överklagade domen sökandens argument att en marginalpress utgör missbruk enbart då slutkundspriserna kan anses utgöra missbruk. I punkterna 193, 203 och 206 i denna dom fann förstainstansrätten att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den grundade prövningen av frågan huruvida klagandens priser utgjorde missbruk enbart på sökandens särskilda situation i enlighet med kriteriet lika effektiv konkurrent, nämligen med hänsyn till sökandens priser och kostnader, och endast beaktade intäkter från tjänster för tillträde men inte intäkter från andra tjänster, såsom samtal, samt därvid jämförde grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät och priser för samtliga tillträdestjänster för slutkunder, nämligen tillträde till smalband och till bredband.

- 13 Beträffande den fjärde delen av grunden angav förstainstansrätten, i punkt 237 i den överklagade domen, bland annat att den ifrågavarande marginalpressen i princip utgör hinder för konkurrensens utveckling på marknaderna för tillträdestjänster för slutkunder.

- 14 Förstainstansrätten fann dessutom att talan inte kunde vinna bifall såvitt avser någon del av grunden avseende maktmissbruk samt åsidosättande av proportionalitetsprincipen, rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar. Beträffande argumentet att kommissionen underkastade sökandens priser en

dubbelreglering, och därmed åsidosatte både proportionalitetsprincipen och rätts-säkerhetsprincipen, angav förstainstansrätten följande i punkt 265 i den överklagade domen:

”Även om det inte kan uteslutas att de tyska myndigheterna även har åsidosatt gemenskapsrätten, och bland annat bestämmelserna i [kommissionens] direktiv 90/388 [av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 192, s. 10; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 221)], i dess lydelse enligt [kommissionens] direktiv 96/19 [av den 13 mars 1996 (EGT L 74, s. 13)], genom en gradvis återanpassning av avgifterna för anslutning och samtal, medför en sådan underlåtenhet, om den konstateras, inte att det handlingsutrymme som sökanden faktiskt förfogade över för att minska marginalpressen elimineras.”

- 15 Beträffande argumentet avseende åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar fann förstainstansrätten, i punkt 269 i den överklagade domen, att RegTP:s beslut inte hade kunnat ge upphov till berättigade förväntningar hos sökanden.
- 16 Vad slutligen avser argumentet avseende maktmissbruk slog förstainstansrätten, i punkt 271 i den överklagade domen, fast att

”Kommissionen avser i det [omtvistade] beslutet enbart [sökandens] avgifter och inte beslut av de tyska myndigheterna. Även om RegTP åsidosatte en gemenskapsregel och även om kommissionen i detta avseende skulle ha kunnat väcka talan om fördragsbrott mot Förbundsrepubliken Tyskland, skulle detta inte ha påverkat det [omtvistade] beslutets lagenlighet. Kommissionen nöjde sig med att i det beslutet konstatera att [sökanden] hade överträtt artikel 82 EG, en bestämmelse som inte avser

medlemsstaterna utan enbart ekonomiska aktörer. Kommissionen har således inte gjort sig skyldig till maktmissbruk genom detta konstaterande på grundval av artikel 82 EG.”

- 17 Till stöd för sitt yrkande om nedsättning av det ålagda bötesbeloppet anförde sökanden sex grunder. Av dessa avser den tredje grunden att oaktsamhet eller uppsåt inte kan göras gällande, den fjärde att prisregleringen inte beaktades tillräckligt vid beräkningen av bötesbeloppet och den sjätte att förmildrande omständigheter inte beaktades. I punkterna 290–321 i den överklagade domen fann förstainstansrätten att talan inte kunde vinna bifall på någon av dessa tre grunder.
- 18 Förstainstansrätten ogillade således talan och förpliktade sökanden att bära sina rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnader.

III — Parternas yrkanden

- 19 Klaganden har yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen,

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet,

— i andra hand, i enlighet med sin obegränsade behörighet, sätta ned det bötesbelopp som klaganden ålades enligt artikel 3 i det omtvistade beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

²⁰ Kommissionen har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

²¹ Vodafone D2 GmbH, tidigare Vodafone AG & Co. KG, tidigare Arcor AG & Co. KG (nedan kallat Vodafone) har yrkat att domstolen ska avvisa eller åtminstone ogilla överklagandet och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

²² Även Versatel NRW GmbH, tidigare Tropolys NRW GmbH, tidigare CityKom Münster GmbH Telekommunikationsservice och TeleBeL Gesellschaft für Telekommunikation Bergisches Land mbH, EWE TEL GmbH, HanseNet Telekommunikation GmbH, Versatel Nord GmbH, tidigare Versatel Nord-Deutschland GmbH, tidigare KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH, Net-Cologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Versatel Süd GmbH, tidigare Versatel Süd-Deutschland GmbH, tidigare tesion Telekommunikation GmbH samt Versatel West GmbH, tidigare Versatel West-Deutschland GmbH, tidigare Versatel Deutschland GmbH & Co. KG (nedan tillsammans kallade Versatel) har under

förhandlingen biträtt kommissionens och Vodafones yrkanden och således yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet.

IV — Överklagandet

A — *Upptagande till sakprövning*

- ²³ Vodafone och Versatel har inledningsvis anfört att överklagandet inte kan prövas i sak, eftersom det genom den första grunden samt de första och andra delarna av den andra grunden, som i sak syftar till att invända mot förstainstansrättens bedömning avseende tillämpningen av artikel 82 EG på klagandens prissättning samt avseende iakttagande av proportionalitetsprincipen, rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar, endast innebär en upprepning av klagandens argument under förfarandet i första instans, i syfte att domstolen ska bedöma dessa argument på nytt.
- ²⁴ Det följer nämligen av artikel 225 EG, artikel 58 första stycket i domstolens stadga och artikel 112.1 c i domstolens rättegångsregler att det i ett överklagande klart ska anges på vilka punkter domen ifrågasätts samt de rättsliga grunder som åberopas till stöd för yrkandet om upphävande. Ett överklagande som inte innehåller något argument som särskilt syftar till att visa att det har skett en felaktig rättstillämpning i den överklagade domen och som endast återger grunder och argument som redan har anförts vid tribunalen uppfyller inte detta krav. Ett sådant överklagande utgör nämligen endast en begäran om omprövning av den ansökan som ingetts till tribunalen, vilket faller utanför domstolens behörighet (se, bland annat, dom av den 4 juli 2000 i mål C-352/98 P, Bergaderm och Goupil mot kommissionen, REG 2000, s. I-5291,

punkterna 34 och 35, och av den 30 september 2003 i mål C-76/01 P, Eurocoton m.fl. mot rådet, REG 2003, s. I-10091, punkterna 46 och 47).

- 25 När en klagande har ifrågasatt tribunalens tolkning eller tillämpning av unionsrätten kan dock de rättsfrågor som prövades av tribunalen på nytt prövas i målet om överklagande. Om klaganden inte på detta sätt kan åberopa grunder och argument som använts vid tribunalen till stöd för sitt överklagande, mister överklagandeinstitutet en del av sin innebörd (se, bland annat, dom av den 16 maj 2002 i mål C-321/99 P, ARAP m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. I-4287, punkt 49).
- 26 Det förevarande överklagandet avser emellertid genom den första, tillsammans med den andra, grunden just att ifrågasätta förstainstansrättens ställningstagande angående flera av de olika rättsfrågor som den hade att pröva avseende tillämpningen av artikel 82 EG på klagandens prissättning och iakttagandet av vissa allmänna principer i unionsrätten. I överklagandet anges exakt i vilka avseenden den överklagade domen kritiserats samt vilka grunder och argument som anförs till stöd för kritiken.
- 27 Härav följer att överklagandet kan tas upp till sakprövning, såvitt avser den första och den andra grunden. Domstolen ska emellertid, i samband med bedömningen av dessa grunder för överklagandet, pröva huruvida de särskilda argument som anförts till stöd för dessa grunder kan prövas i sak.

B — *Prövning i sak*

- 28 Klaganden har åberopat tre grunder till stöd för överklagandet. Dessa avser felaktig rättstillämpning beträffande den behandling av regleringen av klagandens verksamhet som RegTP gjorde i egenskap av behörig nationell regleringsmyndighet, felaktig tillämpning av artikel 82 EG respektive felaktig rättstillämpning vid beräkningen av bötesbeloppet på grund av att den ovannämnda regleringen inte beaktades.
- 29 Genom den överklagade domen ogillade förstainstansrätten klagandens talan mot det omtvistade beslutet och fann i huvudsak att kommissionen, såsom framgår av punkterna 3–6 i förevarande dom, gjorde en riktig bedömning när den ålade klaganden böter på grund av att bolaget hade överträtt artikel 82 a EG, genom att tillämpa en oskälig prissättning som lett till marginalpress för konkurrenter som var åtminstone lika effektiva som bolaget genom en obalans mellan grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät och priser för tillträdestjänster som tillhandahålls slutkunder. Dessa konkurrenter hade därmed inte möjlighet att konkurrera effektivt med klaganden om att tillhandahålla de sistnämnda tjänsterna.
- 30 Genom de tre grunderna har klaganden syftat till att invända mot förstainstansrättens bedömning av följande:
- Huruvida överträdelsen kan tillskrivas klaganden med hänsyn till det handlingsutrymme denne förfogade över för att ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder och relevansen av den reglering som de nationella regleringsmyndigheterna införde för tillämpning av artikel 82 EG.

- Huruvida kriteriet marginalpress under dessa förhållanden var lämpligt för att konstatera missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG med hänsyn till den reglering som de nationella regleringsmyndigheterna införde avseende grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät samt huruvida metoden för beräkning av denna marginalpress och bedömningen av inverkan av denna med avseende på den ovannämnda artikeln var lagenliga.

- Huruvida bötesbeloppet var befogat, med hänsyn till den reglering som de nationella regleringsmyndigheterna införde inom telesektorn.

³¹ Klaganden har däremot inte i princip bestritt den omständigheten att ett dominerande företags prissättning, vilken leder till marginalpress för konkurrenter som är åtminstone lika effektiva, ska anses vara oskälig enligt artikel 82 EG.

³² Klaganden har inte klandrat förstainstansrätten för att denna fann att ett företag missbrukar sin dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 82 EG, när företagets prissättning leder till marginalpress på grund av en obalans mellan grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät och priser för tillträdestjänster som tillhandahålls slutkunder på de marknader där företaget är verksamt. Klaganden har i den andra grunden endast hävdad att, med hänsyn till att klagandens grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät är föremål för reglering av de nationella regleringsmyndigheterna, marginalpress i förevarande mål inte utgör ett relevant kriterium för att slå fast att klaganden har överträtt artikel 82 EG.

- 33 Under dessa förhållanden ska domstolen pröva grunderna för överklagandet i den ordning klaganden framställt dem. Denna ordning motsvarar den ordning i vilken grunderna åberopades vid förstainstansrätten och i vilken de prövades i den överklagade domen.

1. Inledande synpunkter

- 34 Med avseende på huruvida det finns något stöd för klagandens grunder betonar domstolen först och främst att enligt artikel 113.2 i domstolens rättegångsregler får överklagandet inte avse annan sak än den som varit föremål för talan vid tribunalen. Domstolen är endast behörig att pröva den rättsliga bedömningen av de grunder som åberopats i den lägre instansen. En part får således inte vid domstolen åberopa en ny grund som denne inte har åberopat vid tribunalen, eftersom detta skulle innebära att vederbörande vid domstolen, vilken har en begränsad behörighet i mål om överklagande, kunde anhängiggöra en mer omfattande tvist än den som tribunalen har prövat (se, för ett motsvarande synsätt, bland annat dom av den 1 juni 1994 i mål C-136/92 P, kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl., REG 1994, s. I-1981, punkt 59, av den 26 oktober 2006 i mål C-68/05 P, Koninklijke Coöperatie Cosun mot kommissionen, REG 2006, s. I-10367, punkt 96, och av den 12 november 2009 i mål C-564/08 P, SGL Carbon mot kommissionen, REG 2009, punkt 22).
- 35 Klaganden har både i överklagandet och under förhandlingen hävdatt att företaget inte hade något handlingsutrymme för att bestämma grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät, eftersom dessa bestäms av den nationella regleringsmyndigheten, nämligen RegTP. Den ifrågasvarande marginalpressen beror i realiteten på den överdrivet höga nivån på dessa grossistpriser som fastställs av RegTP. I stället för att

fatta ett beslut enligt artikel 82 EG med avseende på klaganden borde kommissionen därför ha väckt talan om fördragsbrott mot Förbundsrepubliken Tyskland enligt artikel 226 EG. Det är i övrigt fel att anse att grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät har fastställts på grundval av klagandens kostnader. RegTP fastställer dessa priser på grundval av kostnaderna för att tillhandahålla tjänster på ett effektivt sätt i enlighet med en mall som den nationella regleringsmyndigheten fastställt.

- 36 Kommissionen och Versatel har hävdats att det är klaganden som har ansvar för grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnätet, eftersom RegTP fastställer dessa priser enligt bestämmelserna i TKG på grundval av en ansökan från klaganden i förhållande till dennes kostnader. Klaganden kan därför inte beklaga sig över att dessa priser varit överdrivet höga. När klagandens kostnader minskar är denne, såsom framgår av det omtvistade beslutet, enligt lag skyldig att lämna in en ny ansökan till RegTP för att sänka grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät.
- 37 Versatel har under förhandlingen gjort gällande att klaganden sedan år 1997 systematiskt har försökt undergräva det nationella förfarandet för fastställande av grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät, genom att återkalla sina ansökningar om godkännande och genom att med åsidosättande av sin skyldighet enligt nationell rätt underlåta att förebringa bevisning eller belägg för kostnader som kunnat motivera dessa grossistpriser.
- 38 Beträffande dessa omtvistade punkter anmärker domstolen att frågan om klagandens handlingsutrymme för att ändra sina grossistpriser för tjänster för tillträde till

accessnät inte var föremål för talan i förstainstansrätten. Denna beslutade den överklagade domen på grundval av det vid förstainstansrätten icke ifrågasatta antagandet att klaganden inte hade något sådant handlingsutrymme.

- 39 I punkt 93 i den överklagade domen angav förstainstansrätten nämligen att kommissionen i det omtvistade beslutet visserligen inte uteslöt möjligheten för klaganden att sänka sina grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät, men endast att den prövade huruvida klaganden förfogade över ett faktiskt handlingsutrymme för att kunna ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder.
- 40 Eftersom det synsättet inte ifrågasattes vid förstainstansrätten, begränsade sig denna, för att avgöra huruvida den marginalpress som konstaterades i det omtvistade beslutet kunde tillskrivas klaganden, till att i punkterna 85–152 i den överklagade domen pröva huruvida kommissionen i detta beslut hade kunnat finna att klaganden förfogade över ett faktiskt handlingsutrymme för att kunna ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder och eliminera eller minska denna marginalpress. Förstainstansrätten fann i punkterna 140 och 151 i den överklagade domen att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den fann att ett sådant handlingsutrymme förelåg trots att RegTP reglerade priserna för tillträdestjänster för slutkunder.
- 41 Innan den i punkterna 183–213 i den överklagade domen fann att de argument som klaganden hade anfört för att bestrida det missbruk och den metod för beräkning av marginalpressen som konstaterats i det omtvistade beslutet inte kunde godtas, betonade förstainstansrätten, i punkt 167 i den ovannämnda domen, att kommissionen endast hade fastslagit att klaganden förfogade över ett handlingsutrymme för att ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder.

- 42 Under dessa förhållanden ankommer det inte på domstolen att i samband med förevarande överklagande pröva i vilken mån klaganden i förekommande fall, såsom kommissionen och Versatel har gjort gällande, hade kunnat ändra grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät. En sådan prövning går nämligen utöver den rättsliga bedömningen av de grunder som åberopats i första instans. Enligt den rättspraxis som anförts ovan i punkt 34 ligger alla grunder och argument i detta avseende utanför gränserna för förevarande överklagande och kan därför inte läggas till grund för en sakprövning.
- 43 Vid prövningen av huruvida det finns något stöd för klagandens argument i syfte att ifrågasätta lagenligheten av den överklagade domen och särskilt de argument som syftar till att ifrågasätta att överträdelsen kan tillskrivas klaganden och att den marginalpress utgör missbruk som konstaterades i det omtvistade beslutet, vilket är argument som omfattas av den första och den andra grunden för överklagandet, ska endast det antagande läggas till grund som lades till grund för den ovannämnda domen. Enligt detta antagande förfogade klaganden över ett handlingsutrymme endast för att ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder. Detta handlingsutrymme har för övrigt inte bestritts i samband med detta överklagande.
- 44 I förevarande mål kan inte utan att överklagandet därmed kommer att avse en annan sak, förstainstansrätten klandras för att inte ha anmärkt mot att kommissionen inte ifrågasatte de nationella regleringsmyndigheternas agerande. Genom att de nationella regleringsmyndigheterna fastställde grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät till en för hög nivå, var de nämligen ensamt ansvariga för den marginalpress som konstaterades i det omtvistade beslutet.
- 45 Enligt domstolens praxis åligger det visserligen respektive medlemsstat att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna fullgör sina skyldigheter enligt unionsrätten (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 15 april 2008 i mål C-268/06, Impact, REG 2008,

s. I-2483, punkt 85). Enligt artiklarna 81 EG och 82 EG, jämförda med artikel 10 EG, åläggs medlemsstaterna att inte vidta eller upprätthålla åtgärder, inte ens i form av lag eller annan författning, som kan förta den ändamålsenliga verkan av konkurrensregler som är tillämpliga på företag (se, bland annat, dom av den 16 november 1977 i mål 13/77, GB-Inno-BM, REG 1977, s. 2115, punkt 31, svensk specialutgåva, volym 3, s. 471, och av den 5 oktober 1995 i mål C-96/94, Centro Servizi Spediporto, REG 1995, s. I-2883, punkt 20).

46 Beträffande kommissionens möjligheter att väcka talan om fördragsbrott mot den ifrågavarande medlemsstaten ska det märkas att domstolen, eftersom den överklagade domen endast avser lagenligheten av ett beslut som kommissionen har fattat avseende klaganden i enlighet med artikel 82 EG, i samband med detta överklagande ska begränsa sig till att kontrollera huruvida det av de argument som åberopats till stöd för överklagandet framgår att förstainstansrättens prövning av beslutets lagenlighet innebar felaktig rättstillämpning. Detta gäller oberoende av huruvida kommissionen, samtidigt eller alternativt, kunde fatta beslut om överträdelse av unionsrätten avseende den ifrågavarande medlemsstaten.

47 Såsom förstainstansrätten konstaterade i punkterna 265 och 271 i den överklagade domen, kan det visserligen inte uteslutas att de nationella regleringsmyndigheterna åsidosatte unionsrätten, och visserligen hade kommissionen därför kunnat väcka talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG mot Förbundsrepubliken Tyskland. Sådana möjligheter saknar emellertid relevans för det förevarande överklagandet. Detta gäller så mycket mer som kommissionen, med avseende på det system som föreskrivs i artikel 226 EG, enligt domstolens praxis har ett utrymme för skönsmässig bedömning för att väcka talan om fördragsbrott, och det ankommer inte på unionens domstolar att pröva huruvida det varit lämpligt att kommissionen utövat denna möjlighet (se, bland annat, dom av den 26 juni 2003 i mål C-233/00, kommissionen mot Frankrike, REG 2003, s. I-6625, punkt 31).

- 48 Beträffande klagandens påstående att grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät varit överdrivet höga angav denne i sin ansökan till förstainstansrätten inte något för att ifrågasätta huruvida dessa priser var lagenliga enligt unionsrätten. Klaganden gjorde nämligen endast gällande att, eftersom de nationella regleringsmyndigheterna fastställer grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät kan klaganden inte ändra dessa och därför kan endast priserna för tillträdestjänster för slutkunder vara oskäligen i den mening som avses i artikel 82 EG. Klaganden gjorde vidare gällande att det åligger kommissionen att väcka talan om fördragsbrott mot dessa myndigheter om deras prispolitik avseende de ovannämnda tjänsterna strider mot unionsrätten.
- 49 Domstolen kan i samband med förevarande överklagande därför inte pröva de argument som syftar till att bestrida lagenligheten av grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät bland annat på grund av att dessa påstått ha varit överdrivet höga i förhållande till klagandens kostnader för att tillhandahålla dessa tjänster (se härvid dom av den 24 april 2008 i mål C-55/06, Arcor, REG 2008, s. I-2931, punkt 69). Eftersom sådana argument går utöver de grunder som åberopats i första instans kan de i enlighet med den rättspraxis som anförts ovan i punkt 34 inte läggas till grund för en sakprövning i detta överklagande.
- 50 Såsom förstainstansrätten angav i punkterna 150 och 242 i den överklagade domen invände klaganden i sin talan i första instans inte mot kommissionens definition av de relevanta marknaderna i det omtvistade beslutet. Enligt denna definition utgörs den relevanta geografiska marknaden av den tyska marknaden och beträffande de relevanta tjänstemarknaderna utgör grossistmarknaden för tjänster för tillträde till accessnät en enda marknad, som är skild från marknaden för tillträdestjänster för slutkunder, vilken i sin tur omfattar två segment, nämligen tillträde till smalband och tillträde till bredband.

- 51 Vid förstainstansrätten invände klaganden inte vid något tillfälle mot kommissionens konstaterande i det omtvistade beslutet att klaganden hade en dominerade ställning i den mening som avses i artikel 82 EG på samtliga dessa tjänstemarknader.
- 52 Härav följer att i enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkt 34 kan vare sig förstainstansrättens definition av de relevanta marknaderna i den överklagade domen eller konstaterandet att klaganden hade en dominerade ställning på samtliga dessa marknader ifrågasättas i samband med prövningen av förevarande överklagande.
- 53 Såvitt avser bedömningen av förhållandena på marknaden och konkurrenssituationen ska det erinras om att det i ett mål om överklagande inte ankommer på domstolen att ersätta förstainstansrättens bedömning med sin egen. Enligt artikel 225 EG och artikel 58 första stycket i domstolens stadga ska nämligen ett överklagande vara begränsat till rättsfrågor. Bedömningen av de faktiska omständigheterna utgör inte – utom i det fall då de faktiska omständigheterna eller bevisningen eventuellt har missuppfattats, vilket inte har gjorts gällande i förevarande mål – en rättsfråga som i sig är underställd domstolens prövning (se dom av den 15 mars 2007 i mål C-95/04 P, *British Airways mot kommissionen*, REG 2007, s. I-2331, punkt 78 och där angiven rättspraxis).
- 54 Klagandens grunder till stöd för överklagandet ska prövas mot bakgrund av dessa överväganden.

2. Den första grunden: RegTP:s hantering, i egenskap av behörig nationell regleringsmyndighet, av regleringen av klagandens verksamhet innebar flera fall av felaktig rättstillämpning

55 Klagandens första grund sönderfaller i tre delar avseende huruvida överträdelsen kan tillskrivas klaganden, principen om skydd för berättigade förväntningar respektive huruvida överträdelsen mot artikel 82 EG varit uppsåtlig eller berott på oaktsamhet.

a) Den första grundens första del avseende huruvida överträdelsen kan tillskrivas klaganden

i) Den överklagade domen

56 Beträffande klagandens handlingsutrymme för att undvika marginalpress erinrade förstainstansrätten i punkterna 85–89 i den överklagade domen om de principer som följer av domstolens relevanta praxis och prövade i punkterna 97–152 i den domen huruvida de tillämpliga tyska bestämmelserna, bland annat TKG och de beslut som RegTP fattade under den tid som avses i det omtvistade beslutet, innebar att klaganden inte hade några möjligheter till konkurrensmässigt agerande eller om klaganden hade ett tillräckligt handlingsutrymme för att fastställa sina priser till en sådan nivå att denne kunde eliminera eller minska den marginalpress som konstaterades i det omtvistade beslutet.

57 I punkt 100 i den överklagade domen angav förstainstansrätten, beträffande tiden mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 2001, att klaganden inom ramen för

tillämpliga bestämmelser kunde ändra sina priser efter att i förväg ha erhållit ett godkännande från RegTP. I punkt 105 fann förstainstansrätten att kommissionen hade gjort en riktig bedömning när den, med hänsyn till de sex ansökningar om sänkningar av samtalspriserna som framställdes under den ifrågavarande tiden, konstaterade att klaganden under denna tid förfogade över ett handlingsutrymme för att ansöka om höjning av priserna för tillträde till smalband för slutkunder med iakttagande av den övre gräns som var tillämplig för samtliga korgar med tjänster till privatkunder och tjänster till företagskunder.

- 58 Därefter undersökte förstainstansrätten, i punkterna 106–124 i den överklagade domen, huruvida RegTP:s ingripande i fastställelsen av klagandens priser för tillträdestjänster för slutkunder inneburit att denne inte längre var ansvarig enligt artikel 82 EG. Förstainstansrätten slog, i punkt 107 i den ovannämnda domen, härvid fast att den omständigheten att det ålåg RegTP att godkänna klagandens priser inte medför att klaganden inte kan hållas ansvarig enligt artikel 82 EG, eftersom klaganden påverkar storleken på priserna för tillträdestjänster för slutkunder genom att ansöka om godkännande av dessa priser hos RegTP.
- 59 Förstainstansrätten godtog, i punkterna 108–124 i den överklagade domen, härvid inte klagandens argument att denne inte var ansvarig enligt artikel 82 EG, eftersom RegTP i förväg kontrollerar huruvida priserna för tillträdestjänster för slutkunder överensstämmer med artikel 82 EG.
- 60 I punkterna 109–114 i den ovannämnda domen angav förstainstansrätten att slutkundspriserna för tillträde till analoga anslutningar hade fastställts på grundval av beslut som det federala Post- och Teleministeriet fattat med stöd av den lagstiftning som var tillämplig innan TKG antogs. Förstainstansrätten angav vidare att det inte framgår av bestämmelserna i TKG att RegTP ska undersöka huruvida ansökningar om ändring av priserna för tillträde till smalband för slutkunder är förenliga med

artikel 82 EG. Dessutom angav förstainstansrätten att de nationella regleringsmyndigheterna handlar enligt nationell rätt, att nationell rätt kan ha telepolitiska mål, vilka skiljer sig från målen för unionens konkurrenspolitik och vidare att de olika beslut av RegTP som klaganden har åberopat inte innehåller någon hänvisning till artikel 82 EG.

- 61 Beträffande den omständigheten att RegTP i flera beslut hade undersökt frågan huruvida marginalpress förelåg, konstaterade förstainstansrätten i punkterna 116–119 i den överklagade domen att det förhållandet – att RegTP, efter att ha konstaterat att skillnaden mellan grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät och klagandens priser för tillträdestjänster för slutkunder var negativ, i varje beslut funnit att korssubventionering mellan priserna för tillträdestjänster och priserna för samtal borde tillåta andra operatörer att erbjuda sina slutkunder konkurrenskraftiga priser – visar att RegTP inte undersökte huruvida priserna i fråga var förenliga med artikel 82 EG eller åtminstone att den gjorde en felaktig tillämpning av den.
- 62 I punkt 120 i den överklagade domen angav förstainstansrätten att även om det kan antas att RegTP ska anses vara skyldig att undersöka huruvida de priser för tillträdestjänster för slutkunder som klaganden föreslår är förenliga med artikel 82 EG, kan kommissionen inte vara bunden av ett beslut som har fattats av en nationell myndighet med stöd av denna bestämmelse.
- 63 I punkterna 121–123 i den överklagade domen angav förstainstansrätten att det som är av betydelse för att klaganden ska kunna hållas ansvarig för en eventuell överträdelser är huruvida denne vid tidpunkten för omständigheterna i målet förfogade över

ett tillräckligt handlingsutrymme för att kunna fastställa sina priser för tillträde till smalband för slutkunder till en sådan nivå att företaget hade kunnat eliminera eller minska den angivna marginalpressen. Förstainstansrätten upprepade härvid att klaganden kunde påverka storleken på sina slutkundspriser genom en ansökan om godkännande hos RegTP. Förstainstansrätten angav att Bundesgerichtshof i dom av den 10 februari 2004 uttryckligen bekräftade att klaganden var ansvarig för att ansöka om sådana ändringar och att det enligt de tyska rättsreglerna inte var uteslutet att RegTP hade godkänt priser som var oförenliga med artikel 82 EG.

64 Förstainstansrätten fann i punkt 124 i den överklagade domen att klaganden, trots att RegTP ingriper i fastställandet av dennes priser för tillträde till smalband för slutkunder, under perioden den 1 januari 1998–31 december 2001 förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme för att artikel 82 EG ska anses tillämplig på dennes prispolitik.

65 Vad för det andra avsåg tiden efter den 1 januari 2002 konstaterade förstainstansrätten i punkterna 144 och 145 i den överklagade domen att klaganden inte hade invänt mot den omständigheten att företaget hade kunna höja sina priser för tillträde till bredband (ADSL) för slutkunder från den dagen och att klagandens prissättning kan omfattas av artikel 82 EG, eftersom bolaget fritt fastställer sina priser inom de gränser som fastställs i den tyska lagstiftningen. I punkterna 147–151 i den ovannämnda domen undersökte förstainstansrätten huruvida klaganden hade kunnat minska marginalpressen genom att höja sina priser för tillträde till bredband för slutkunder. Punkterna 148 och 149 i den ovannämnda domen har följande lydelse:

”148 Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende om att eftersom [grossisttjänster för tillträde till accessnät] gör det möjligt att med avseende på slutkunder tillhandahålla analoga anslutningar ..., medför sökandens handlingsutrymme att höja sina [priser för tillträde till bredband för slutkunder] en sänkning av

marginalpressen mellan dels [grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät], dels slutkundsavgifterna med avseende på samtliga ... anslutningar. Det är nödvändigt att vidta en kompletterande analys av ... anslutningar ..., inte enbart därför att dessa anslutningar utgör en enda tjänst på grossistnivå, utan även därför att, såsom kommissionen fann i det [omtvistade] beslutet ..., vilket sökanden inte har invänt mot, att slutkunder inte kan erbjudas enbart ADSL-anslutning, eftersom denna av tekniska orsaker kräver en omläggning av analoga smalbandsanslutningar

- 149 Sökandens anmärkningar avseende en påstådd korselasticitet mellan avgifterna för ADSL-anslutningar och smalbandsanslutningar samt mellan olika sorters ADSL kan inte godtas. Sökanden har inte invänt mot att det förfogade över ett handlingsutrymme att höja sina ADSL-avgifter. En begränsad höjning av dessa avgifter skulle ha medfört en högre genomsnittlig slutkundsavgift för tillträdestjänster avseende smalband och bredband tillsammans och hade således medfört en minskning av den fastställda marginalpressen. Mot bakgrund av bland annat fördelarna med bredband avseende överföring av data skulle slutkunderna för tillträdestjänster avseende bredband inte automatiskt återgå till smalbandsanslutning om slutkundsavgifterna för ADSL-anslutning höjdes.”

ii) Parternas argument

- ⁶⁶ Vad för det första avser tiden mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 2001 har klaganden genom ett första argument gjort gällande att förstainstansrätten felaktigt

grundade sin bedömning på antagandet att den omständigheten att klaganden haft ett handlingsutrymme för att ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder är ett nödvändigt och tillräckligt villkor för att tillskriva denne överträdelsen. Att ett sådant handlingsutrymme föreligger innebär nämligen inte att det är möjligt att besvara frågan huruvida den omständigheten att klaganden inte ansökt om godkännande hos RegTP för att höja dessa priser för slutkunder utgjorde en överträdelse.

- 67 Enligt klaganden beaktade förstainstansrätten härvid inte att RegTP hade undersökt den påstådda marginalpressen och ansett att den inte var konkurrensbegränsande. Det ansvar att behålla marknadsstrukturen, som ett dominerande företag har, tas över av den nationella regleringsmyndigheten, när företaget är föremål för reglering av en sådan, i enlighet med konkurrenslagstiftningen, inrättad myndighet och när myndigheten i samband med prövningen av ett beteende inte har framfört några invändningar. Under sådana förhållanden är det dominerande företags ansvar begränsat till en skyldighet att vidarebefordra samtliga upplysningar till den nationella regleringsmyndigheten som är nödvändiga för att kontrollera företagets beteende.
- 68 Under dessa förhållanden har klaganden hävdats att punkt 113 i den överklagade domen är felaktig, eftersom RegTP var skyldig att iaktta unionens konkurrensrätt. På samma sätt är punkt 123 i den domen behäftad med fel. Bundesgerichtshof slog nämligen inte fast att klagandens ansvar för att ansöka om prisändringar innebär att klaganden ska ersätta den nationella regleringsmyndighetens bedömning avseende tillämpning av artikel 82 EG med sin egen. För övrigt är punkt 120 i den överklagade domen inte övertygande. Enligt denna ska marginalpressen tillskrivas klaganden på grund av att kommissionen inte kan vara bunden av ett beslut som har fattats av en nationell myndighet med stöd av artikel 82 EG. Frågan i förevarande mål gäller nämligen endast huruvida marginalpressen kan tillskrivas klaganden och inte huruvida kommissionen i sak är bunden av RegTP:s bedömning. Vidare är de nationella regleringsmyndigheterna självständiga i samband med upprättande av konkurrensregler

för telesektorn. Slutligen fordras enligt rättssäkerhetsprincipen att ett dominerande företag som omfattas av en nationell reglering kan förlita sig på att regleringen är riktig.

- 69 I ett andra argument har klaganden hävdat att övervägandena i punkterna 111–119 i den överklagade domen saknar relevans eller är behäftade med rättsliga fel. Förstainstansrättens resonemang leder nämligen till en rättsstridig ond cirkel genom att den från ett annat resultat än det den kommit fram till kommer till slutsatsen att klaganden inte hade rätt att förlita sig på resultatet av RegTP:s undersökning. För övrigt gav uttrycket korssubventionering som RegTP använde inte upphov till något tvivel om riktigheten i vad denna konstaterade. Av de skäl som anförts ovan i punkt 66 innebär dessutom punkterna 111–114 i den ovannämnda domen felaktig rättstillämpning.
- 70 I ett tredje argument har klaganden hävdat att i motsats till vad förstainstansrätten slog fast i punkterna 109 och 110 i den överklagade domen, saknar den omständigheten – att klagandens slutkundspriser för tillträde till analoga anslutningar grundades på godkännande av det federala Post- och Teleministeriet – relevans för bedömningen av huruvida överträdelsen kan tillskrivas klaganden. Det förhållandet att RegTP återkallade anmärkningen att marginalpressen varit konkurrensbegränsande är däremot avgörande.
- 71 Avseende tiden mellan den 1 januari 2002 och den 21 maj 2003 har klaganden i ett första argument gjort gällande att den överklagade domen är behäftad med fel, eftersom marginalpressen i likhet med vad som gäller för den föregående perioden inte kan tillskrivas klaganden.

- 72 I ett andra argument har klaganden anfört att den överklagade domen innehåller en motstridighet mellan bedömningen av huruvida överträdelsen kan tillskrivas klaganden och beräkningen av marginalpressen. Förstainstansrätten fordrade nämligen korssubventionering mellan två marknader, nämligen å ena sidan marknaden för tillträde till smalband och å den andra marknaden för tillträde till bredband. Vid beräkningen av marginalpressen underlät förstainstansrätten emellertid att beakta konkurrenternas intäkter från samtal, bland annat på grund av att möjligheten till korssubventionering mellan två marknader, nämligen marknaden för tillträdestjänster för slutkunder och marknaden för samtal, inte kunde göras gällande.
- 73 I ett tredje argument har klaganden påstått att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att göra ogrundade antaganden beträffande möjligheten att minska marginalpressen. Konstaterandet i punkt 149 i den överklagade domen att korselasticitet mellan priserna inte medför att klagandens handlingsutrymme att höja sina ADSL-priser försvinner är visserligen riktigt, men saknar relevans. Förstainstansrätten undersökte emellertid inte frågan huruvida och i vilken mån en smalbandsslutkund skulle avstå från att gå över till bredband på grund av att detta har ett högre pris.
- 74 Kommissionen har betonat att klagandens huvudståndpunkt är felaktig, emedan den innebär dels att överträdelsen inte kan tillskrivas klaganden, eftersom de faktiska omständigheterna omfattas av den nationella regleringsmyndighetens ansvar, dels att kommissionen inte kan väcka talan direkt mot ett reglerat företag i ett ärende som tidigare varit föremål för ett beslut som RegTP fattat. Klagandens argument kan därför inte godtas.
- 75 Vodafone har hävdat att den första delen av den första grunden inte kan prövas i sak, eftersom klaganden har begränsat sig till att upprepa de argument som återopades under förfarandet vid förstainstansrätten endast i syfte att domstolen ska bedöma dessa argument på nytt. Vodafone har i andra hand hävdat att klagandens argument inte kan leda till bifall för överklagandet.

- 76 Under förhandlingen har även Versatel gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning när den fann att klaganden förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme för att höja sina priser för tillträdestjänster för slutkunder.

iii) Domstolens bedömning

- 77 Domstolen konstaterar inledningsvis att klaganden i denna del av den första grunden visserligen huvudsakligen har upprepat de argument som åberopades vid förstainstansrätten, men att klaganden därigenom har klandrat denna för felaktig rättstillämpning genom att grunda bedömningen huruvida klaganden kunde tillskrivas överträdelsen enligt artikel 82 EG på ett felaktigt rättsligt kriterium. I motsats till vad Vodafone har hävdad kan denna del av den första grunden därför prövas i sak.

- 78 Beträffande huruvida det finns något stöd för den första delen av den första grunden, har klaganden i huvudsak klandrat förstainstansrätten för att ha funnit att den marginalpress som konstaterades i det omtvistade beslutet kunde tillskrivas klaganden enligt artikel 82 EG, på den enda grunden att klaganden förfogade över ett handlingsutrymme för att kunna ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder. Hela denna del av den första grunden vilar på antagandet att ett sådant handlingsutrymme inte är en tillämplig förutsättning för tillämpning av artikel 82 EG när den ifrågavarande prispolitiken, såsom i förevarande mål, har godkänts av den behöriga nationella myndigheten för reglering av telesektorn, det vill säga RegTP.

- 79 Ett sådant antagande är emellertid felaktigt.

- 80 Enligt domstolens praxis är det endast om företagen åläggs att agera på ett konkurrensbegränsande sätt i nationell lagstiftning, eller om denna lagstiftning ger upphov till ett rättsligt ramverk som omöjliggör ett konkurrensmässigt beteende från företagens sida, som artiklarna 81 EG och 82 EG inte är tillämpliga. Dessa bestämmelser utgår från att i en sådan situation orsakas inte konkurrensbegränsningen av företagens självständiga beteende. Däremot kan artiklarna 81 EG och 82 EG tillämpas om det visar sig att den nationella lagstiftningen ger utrymme för en konkurrens som kan hindras, begränsas eller snedvridas genom företagens självständiga beteende (dom av den 11 november 1997 i de förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing, REG 1997, s. I-6265, punkterna 33 och 34 samt där angiven rättspraxis).
- 81 Domstolen har således endast i ringa omfattning godtagit möjligheten att utesluta ett visst konkurrensbegränsande beteende från tillämpningsområdet för artiklarna 81 EG och 82 EG på grund av att det påtvingats företagen i fråga genom befintlig nationell lagstiftning eller att denna har undanröjt alla möjligheter till konkurrens från deras sida (se dom av den 20 mars 1985 i mål 41/83, Italien mot kommissionen, REG 1985, s. 873, punkt 19, svensk specialutgåva, volym 8, s. 131, av den 10 december 1985 i de förenade målen 240/82–242/82, 261/82, 262/82, 268/82 och 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 3831, punkterna 27–29, och av den 9 september 2003 i mål C-198/01, CIF, REG 2003, s. I-8055, punkt 67).
- 82 Domstolen har därför slagit fast att om nationell lagstiftning är begränsad till att uppmuntra eller underlätta självständiga konkurrensbegränsande beteenden för företagen, omfattas dessa av tillämpningsområdet för artiklarna 81 EG och 82 EG (dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkterna 36–73, och domen i det ovannämnda målet CIF, punkt 56).
- 83 Enligt domstolens praxis åläggs ett dominerande företag en särskild skyldighet att inte, genom sitt beteende, skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den gemensamma marknaden (dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 57; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351).

- 84 Härav följer att den omständigheten att klaganden, av åtgärder som vidtagits av en nationell regleringsmyndighet som RegTP, uppmuntrats att behålla en prissättning som leder till marginalpress för konkurrenter som är åtminstone lika effektiva inte i sig kan medföra att klaganden inte är ansvarig enligt artikel 82 EG (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 30 januari 1985 i mål 123/83, Clair, REG 1985, s. 391, punkterna 21–23).
- 85 Eftersom klaganden förfogade över ett handlingsutrymme för att ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder, gjorde förstainstansrätten en riktig bedömning när den på endast den grunden fann att marginalpressen kunde tillskrivas klaganden.
- 86 I de argument som klaganden har utvecklat i den första delen av den första grunden har denne emellertid inte bestritt att detta handlingsutrymme förelegat. Klaganden har i synnerhet inte bestritt vad förstainstansrätten konstaterade i punkterna 97–105 och 121–151 i den överklagade domen, nämligen i huvudsak att klaganden hade kunnat ansöka om godkännande hos RegTP för att ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder och närmare bestämt priserna för tillträde till smalband för slutkunder avseende tiden mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 2001 samt priserna för tillträde till bredband för slutkunder avseende tiden efter den 1 januari 2002.
- 87 Klaganden har emellertid begränsat sig till att genom olika anmärkningar och argument ange att RegTP:s ingripande var uppmuntrande och har bland annat betonat att denna nationella regleringsmyndighet själv undersökte och godkände den ifrågavarande marginalpressen med avseende på både nationell telelagstiftning och unionslagstiftningen på detta område. Klaganden har vidare betonat att Bundesgerichtshof i dom av den 10 februari 2004 slog fast att klaganden inte kan ersätta RegTP:s bedömning av huruvida en viss prissättning strider mot artikel 82 EG med sin egen bedömning.

- 88 Av de skäl som angetts ovan i punkterna 80–85 kan sådana omständigheter emellertid inte påverka det förhållandet att prispolitiken kan tillskrivas klaganden, eftersom det är utrett att denne förfogade över ett handlingsutrymme för att ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder. Sådana omständigheter är därför verkningslösa när det gäller att bestrida förstainstansrättens bedömning i detta avseende.
- 89 Klaganden kan härvid i synnerhet inte klandra förstainstansrätten för att inte ha undersökt om klaganden varit oaktsam genom att inte utnyttja sitt handlingsutrymme för att ansöka om godkännande hos RegTP för att ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder. Frågan huruvida ett sådant beteende varit "oaktsamt" påverkar nämligen inte konstaterandet att klaganden förfogade över ett handlingsutrymme för att besluta att följa beteendet eller inte utan kan endast beaktas i samband med fastställandet av huruvida detta beteende utgör en överträdelse och i samband med att bötesbeloppet fastställs.
- 90 Såsom förstainstansrätten slog fast i punkt 120 i den överklagade domen, kan kommissionen inte vara bunden av ett beslut som har fattats av en nationell myndighet med stöd av artikel 82 EG (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 14 december 2000 i mål C-344/98, Masterfoods och HB, REG 2000, s. I-11369, punkt 48). I förevarande mål har klaganden inte bestritt att kommissionen inte är bunden av RegTP:s beslut.
- 91 Det kan, såsom klaganden har anmärkt, visserligen inte uteslutas att de nationella regleringsmyndigheterna har överträtt artikel 82 EG jämförd med artikel 10 EG, varför kommissionen hade kunnat väcka talan om fördragsbrott mot den ifrågavarande medlemsstaten. Även en sådan omständighet saknar emellertid betydelse för det handlingsutrymme som klaganden förfogade över för att ändra sina priser för

tillträdestjänster för slutkunder. Såsom framgår ovan av punkterna 44–49 är denna omständighet därför verkningslös i förevarande överklagande för att bestrida förstainstansrättens bedömning med avseende på huruvida överträdelsen kunde tillskrivas klaganden.

- 92 Detsamma gäller klagandens påstående att den reglering som RegTP genomför syftar till att öppna de ifrågavarande marknaderna för konkurrens. Det är utrett att denna reglering inte hindrade klaganden från att ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder och följaktligen inte från att följa ett självständigt beteende i överensstämmelse med artikel 82 EG, eftersom konkurrensbestämmelserna i EG-fördraget om kontroll i efterhand i detta avseende kompletterar de tillämpliga bestämmelser som unionsstiftaren har antagit i syfte att i förväg reglera telemarknaderna.
- 93 Domstolen kan inte heller godta argumentet att förstainstansrätten, på grund av korrelativitet mellan priserna för tillträde till bredband för slutkunder och priserna för tillträde till smalband för slutkunder, gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i punkt 149 i den överklagade domen avseende klagandens möjligheter att minska marginalpressen efter den 1 januari 2002 genom att höja sina priser för tillträde till bredband för slutkunder. Såsom förstainstansrätten konstaterade i den ovannämnda punkten motsäger detta argument inte att klaganden har ett handlingsutrymme för att ändra sina priser för tillträde till bredband för slutkunder. Om klaganden avser att bestrida att denna höjning har lett till ett högre genomsnittspris för tillträde till smalband och bredband för slutkunder kan, i enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkt 53, detta argument inte läggas till grund för en sakprövning eftersom det, utan att någon missuppfattning har gjorts gällande, syftar till att ifrågasätta

förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna i den överklagade domen.

- ⁹⁴ Domstolen kan inte heller godta det ovan i punkt 72 angivna argumentet att motiveringen är motstridig. Detta argument grundar sig nämligen på ett felaktigt antagande. Det är visserligen riktigt att förstainstansrätten, i bland annat punkterna 119 och 199–201 i den överklagade domen, underkände möjligheten att vid beräkningen av marginalpressen göra en korssubventionering mellan två olika marknader, nämligen marknaden för tillträdestjänster för slutkunder respektive marknaden för samtal för slutkunder. Det är däremot fel att anse att förstainstansrätten fordrade korssubventionering vid bedömningen av huruvida överträdelsen kunde tillskrivas klaganden.
- ⁹⁵ I punkterna 148–150 i den överklagade domen inskränkte sig förstainstansrätten nämligen härvid till att konstatera att klaganden förfogade över ett sådant handlingsutrymme för att höja priserna för tillträde till bredband för slutkunder att den marginalpress som följde av skillnaden mellan grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät och priser för samtliga tillträdestjänster för slutkunder kunde minskas. Förstainstansrätten fordrade härigenom inte att korssubventionering skulle göras mellan tillträde till smalband och tillträde till bredband. Detta gäller så mycket mer som förstainstansrätten i punkt 148 i den överklagade domen, utan att klaganden har bestritt detta i förevarande överklagande, konstaterade att det i fråga om grossisttjänster för tillträde till accessnät finns en enda marknad, eftersom de tjänster för tillträde som tillhandahålls i detta avseende gör det möjligt för klagandens konkurrenter att tillhandahålla sina slutkunder både tjänster för tillträde till smalband och tjänster för tillträde till bredband. De sistnämnda tjänsterna kan av tekniska skäl dessutom inte tillhandahållas separat.
- ⁹⁶ Den första grundens första del kan i vissa delar inte tas upp till sakprövning, är i andra delar verkningslös och kan i övrigt inte leda till bifall för överklagandet.

b) Den första grundens andra del avseende principen om skydd för berättigade förväntningar

i) Den överklagade domen

97 Förstainstansrätten erinrade i punkt 267 i den överklagade domen om att RegTP i flera beslut som fattades under den ifrågavarande perioden fann att, även om skillnaden mellan klagandens grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät och dennes priser för tillträdestjänster för slutkunder var negativ, borde korssubventionering mellan tillträdestjänster och samtalstjänster göra det möjligt för andra operatörer att erbjuda sina slutkunder konkurrenskraftiga priser. Härfter konstaterade förstainstansrätten, i punkt 268 i den ovannämnda domen, att RegTP:s beslut inte innehöll någon hänvisning till artikel 82 EG och att det framgick, underförstått men med nödvändighet, av RegTP:s beslut att klagandens prissättning hade en konkurrensbegränsande verkan, då klagandens konkurrenter måste vidta korssubventionering för att förbli konkurrenskraftiga på marknaden för tillträdestjänster.

98 Förstainstansrätten slog i punkt 269 i den överklagade domen fast följande:

”RegTP:s beslut har under dessa förhållanden inte gett upphov till berättigade förväntningar hos sökanden att dess avgifter var förenliga med artikel 82 EG. Bundesgerichtshof bekräftade för övrigt, i dom av den 10 februari 2004, genom vilken den dom som Oberlandesgericht Düsseldorf hade meddelat den 16 januari 2002 hävdades, att ’det administrativa undersökningsförfarandet [av RegTP inte] utesluter ... den praktiska möjligheten att ett företag föreslår en avgift som innebär ett missbruk av företagets

dominerande ställning, och erhåller tillstånd därför att missbruket inte upptäcks under undersökningsförfarandet.”

ii) Parternas argument

- ⁹⁹ Klaganden anser att förstainstansrätten tillämpade principen om skydd för berättigade förväntningar på ett felaktigt sätt, eftersom den omständigheten att det enligt upprepade beslut från RegTP inte förelåg någon konkurrensbegränsande marginalpress gav upphov till skyddsvärda förväntningar hos klaganden att dennes priser var lagenliga.
- ¹⁰⁰ Klaganden har härvid i ett första argument gjort gällande att det är irrelevant huruvida de beslut som RegTP fattade innehåller en uttrycklig hänvisning till artikel 82 EG. RegTP fann nämligen att det inte förelåg någon konkurrensbegränsande marginalpress.
- ¹⁰¹ I ett andra argument har klaganden hävdat att det, i motsats till vad förstainstansrätten fann i punkterna 267 och 268 i den överklagade domen, inte framgår av vare sig RegTP:s redogörelse för möjligheterna till korssubventionering med samtalspriserna eller av användningen av uttrycket korssubventionering att klagandens prissättning haft konkurrensbegränsande verkan.
- ¹⁰² I ett tredje argument har klaganden gjort gällande att hänvisningen i punkt 269 i den överklagade domen till ett avgörande från Bundesgerichtshof av den 10 februari 2004

saknar relevans. Eftersom det avgörandet meddelades efter referensperioden kan det inte vara avgörande för frågan huruvida klaganden hade rätt att förlita sig på att RegTP:s beslut under den ovannämnda perioden var riktiga. Av ett avgörande från Oberlandesgericht Düsseldorf av den 16 januari 2002 hade klaganden tvärtom kunnat sluta sig till att det framgick av andra omständigheter att klaganden hade rätt att förlita sig på RegTP:s beslut. Den ovannämnda domstolen slog nämligen fast att RegTP:s beslut innebar att någon överträdelse av artikel 82 EG inte kunde föreligga.

103 Kommissionen har hävdats att RegTP:s utlåtande visserligen inte föregrep kommissionens bedömning med avseende på artikel 82 EG, men att det inte heller kunde ge upphov till berättigade förväntningar att kommissionen skulle följa RegTP:s uppfattning. Klagandens argument är således delvis verkningslösa och kan i övrigt inte leda till bifall för överklagandet.

104 Vodafone anser att den första grundens första del inte kan prövas i sak, eftersom klaganden i huvudsak endast har upprepat de argument som åberopades vid förstainstansrätten avseende betydelsen av de beslut som RegTP fattat, RegTP:s påståenden om möjligheten till korssubventionering och betydelsen av ett avgörande från Oberlandesgericht Düsseldorf. Denna grund kan i vart fall inte leda till bifall för överklagandet, eftersom endast den myndighet som är behörig avseende den ifrågakvarande rättsliga situationen kan ge upphov till berättigade förväntningar.

iii) Domstolens bedömning

105 Genom de förevarande argumenten har klaganden, utan att utveckla rättsliga argument för att visa skälen till att punkterna 267–269 i den överklagade domen innebar

felaktig rättstillämpning, begränsat sig till att endast göra gällande att de beslut som RegTP fattade och avgöranden som vissa nationella domstolar avkunnade kunde ge upphov till berättigade förväntningar hos klaganden att dennes prissättning var förenlig med artikel 82 EG. Klaganden har härvid upprepat eller utvecklat argument som redan åberopats vid förstainstansrätten för att visa att kommissionen hade åsidosatt principen om skydd för berättigade förväntningar.

- 106 Genom att härigenom ifrågasätta det omtvistade beslutet har klaganden begärt omprövning av den ansökan som ingavs till förstainstansrätten. Enligt den rättspraxis som angetts ovan i punkt 24 kan klagandens argument inte läggas till grund för en sakprövning i detta avseende.
- 107 Med avseende på att klaganden i sitt andra argument har bestritt att det varit möjligt att ur RegTP:s beslut sluta sig till att klagandens prissättning hade en konkurrensbegränsande verkan, finner domstolen att klaganden har syftat till att ifrågasätta förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna utan att göra gällande att förstainstansrätten missuppfattat dessa. Enligt den rättspraxis som angetts ovan i punkt 53 kan inte heller ett sådant argument läggas till grund för en sakprövning.
- 108 Det tredje argumentet är verkningslöst i den mån det syftar till att ifrågasätta huruvida den dom som Bundesgerichtshof avkunnade den 10 februari 2004 var relevant. Detta argument har nämligen riktats mot ett skäl som angavs för fullständighetens skull till stöd för vad förstainstansrätten konstaterade i andra avseenden (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 2 april 2009 i mål C-431/07 P, Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen, REG 2009, s. I-2665, punkt 148 och där angiven rättspraxis).
- 109 Såsom framgår av uttrycket ”för övrigt” i början av andra meningen i punkt 269 i den överklagade domen, hänvisade förstainstansrätten till vad som konstaterats i

Bundesgerichtshofs ovannämnda dom endast i syfte att bekräfta den slutsats som följer av motiveringen i punkterna 267 och 268 i den överklagade domen och som återges i första meningen i punkt 269 i den domen. Enligt denna kunde RegTP:s beslut inte ge upphov till berättigade förväntningar hos klaganden att dennes prissättning var förenlig med artikel 82 EG.

- 110 Den första grundens andra del kan i vissa delar inte tas upp till sakprövning och är i övriga delar verkningslös.

c) Den första grundens tredje del avseende huruvida överträdelsen mot artikel 82 EG varit uppsåtlig eller berott på oaktsamhet

i) Den överklagade domen

- 111 Förstainstansrätten biföll inte talan på klagandens grund avseende bristande motivering beträffande huruvida överträdelsen mot artikel 82 EG varit uppsåtlig eller berott på oaktsamhet. I punkt 286 i den överklagade domen angav förstainstansrätten att det omtvistade beslutet innehåller en hänvisning till artikel 15.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 1962, 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8). I den bestämmelsen definieras i första stycket de villkor som ska vara uppfyllda för att kommissionen ska kunna ålägga böter. Ett av dessa villkor är att överträdelsen begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet.

- 112 Förstainstansrätten konstaterade i punkt 287 i den överklagade domen att kommissionen i det omtvistade beslutet redogjorde för varför den ansåg att klagandens prissättning utgör missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG. Kommissionen motiverade även varför klaganden skulle anses ansvarig för den konstaterade överträdelserna, trots att de tyska myndigheterna ska godkänna klagandens priser.
- 113 Förstainstansrätten biföll inte talan på klagandens grund avseende att oaktsamhet eller uppsåt inte kunde göras gällande mot denne. Förstainstansrätten angav härvid, i punkt 296 i den överklagade domen, att klaganden inte kunde vara omedveten om att bolaget, trots RegTP:s beslut om godkännande, förfogade över ett handlingsutrymme för att minska marginalpressen. Klaganden kunde inte heller vara omedveten om att denna marginalpress medförde allvarliga konkurrensbegränsningar, med beaktande särskilt av klagandens monopolställning på marknaden för grossisttjänster för tillträde till accessnät och dess monopolliknande ställning på marknaden för tillträdes-tjänster för slutkunder.
- 114 I punkt 298 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten att möjligheten att inleda ett administrativt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland inte påverkade villkoren för att kunna ålägga böter i artikel 15.2 första stycket i förordning nr 17. Klaganden kunde nämligen inte vara omedveten om dels att den förfogade över ett verkligt handlingsutrymme för att höja sina priser för slutkunder, dels att klagandens prissättning utgjorde ett hinder för konkurrensutvecklingen på marknaden för tillträde till accessnätet, på vilken konkurrensen redan försvagats, bland annat med anledning av klagandens närvaro på den marknaden.
- 115 I punkt 299 i den överklagade domen underkände förstainstansrätten argumentet avseende RegTP:s undersökning av marginalpressen av de skäl som angetts i punkterna 267–269 i den överklagade domen, vilka omfattas av punkterna 97 och 98 i förevarande dom.

ii) Parternas argument

- 116 Klaganden har i ett första argument hävdad att kraven i artikel 253 EG åsidosattes i punkterna 284–289 i den överklagade domen, eftersom denna felaktigt utgick från principen att anklagelsen om oaktsamhet eller uppsåtlig överträdelse var tillräckligt motiverad i det omtvistade beslutet. Detta beslut innehåller nämligen inte något rättsligt eller faktiskt konstaterande avseende frågan om oaktsamhet eller uppsåtlig överträdelse.
- 117 Klaganden har först och främst hävdad att det ur rättslig synpunkt inte är tillräckligt att kommissionen i andra beaktandedelet i det omtvistade beslutet hänvisade till artikel 15.2 i förordning nr 17. Beaktandedelet utgör nämligen inte en del av beslutets motivering, utan innehåller bara hänvisningar till rättsaktens rättsliga grund. Av beaktandedelet framgår inte av vilka skäl kommissionen ansåg att överträdelsen var uppsåtlig eller berodde på oaktsamhet.
- 118 Klaganden anser för det andra att kommissionens materiella konstateranden, som förstainstansrätten hänvisade till i punkt 287 i den överklagade domen, inte är sådana att de kan motivera att en överträdelse av artikel 82 EG påtalas som skulle ha begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet. Dessa överväganden har nämligen inte något samband med frågan huruvida beteendet uppfyller det subjektiva rekvisitet, det vill säga huruvida klaganden kunde vara omedveten om att beteendet var konkurrensbegränsande.
- 119 I ett andra argument har klaganden hävdad att förstainstansrättens bedömning av huruvida uppsåt eller oaktsamhet förelegat utgjorde felaktig rättstillämpning, eftersom motiveringen i den överklagade domen dessutom grundades på felaktig tillämpning av artikel 15.2 första stycket i förordning nr 17. Det subjektiva rekvisitet beträffande en

eventuell överträdelse av artikel 82 EG har nämligen inte behandlats. Med beaktande av de beslut som RegTP fattade och av att det inte finns några tidigare fall i Europeiska unionen, var klaganden omedveten om att beteendet var konkurrensbegränsande.

- 120 Enligt klaganden är det med ledning av övervägandena avseende RegTP:s beslut, vilka återfinns i punkterna 267–269 i den överklagade domen och vilka förstainstansrätten hänvisade till i punkt 299 i samma dom, inte möjligt att sluta sig till att klaganden hade handlat uppsåtligen eller av oaktsamhet. Den omständigheten att RegTP inte uttryckligen hänvisade till artikel 82 EG är inte avgörande, eftersom uppsåts- eller oaktsamhetsbedömningen inte är beroende av huruvida det ifrågavarande företaget har kännedom om att dess beteende innebär en överträdelse av artikel 82 EG. För övrigt innebär varken begreppet korssubventionering som RegTP använde eller Bundesgerichtshofs dom av den 10 februari 2004 att det går att sluta sig till att klaganden handlat uppsåtligen eller av oaktsamhet. Slutligen underlät förstainstansrätten att pröva de slutsatser som klaganden hade skäl att dra utifrån kommissionens agerande, nämligen att denna inledde ett förfarande om fördragsbrott mot Förbundsrepubliken Tyskland och upplyste klaganden om att den hade för avsikt att inte fortsätta förfarandet mot klaganden.
- 121 Kommissionen har hävdat att regleringen av sektorn är relevant endast med avseende på frågan huruvida klaganden var medveten om att dess agerande var rättsstridigt. Den är däremot inte relevant för att avgöra huruvida överträdelsen varit uppsåtlig. Den första grundens tredje del är således verkningslös och kan i vart fall inte leda till bifall för överklagandet.
- 122 Vodafone anser att klaganden på nytt har upprepat argument som åberopades vid förstainstansrätten för att förklara att klaganden inte har handlat uppsåtligen eller av oaktsamhet. Klagandens argument kan i vart fall inte prövas i sak i den mån klaganden har fordrat att domstolen av billighetsskäl ska ersätta förstainstansrättens bedömning

med sin egen i samband med bedömningen av den överklagade domens motivering. Den första grundens tredje del kan i övrigt inte leda till bifall för överklagandet.

iii) Domstolens bedömning

¹²³ Domstolen konstaterar inledningsvis att de argument som åberopades vid förstainstansrätten visserligen delvis upprepas i förevarande argument, men att dessa i enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkt 25 kan prövas i sak, om de syftar till att rikta klander mot förstainstansrätten för att ha lagt ett felaktigt rättsligt kriterium till grund såväl för tillämpningen av villkoret avseende huruvida överträdelsen varit uppsåtlig eller berott på oaktsamhet som för kontrollen av att kommissionen iakttagit detta villkor beträffande den motiveringsskyldighet som åligger den. Frågan huruvida en dom från förstainstansrätten är tillräckligt motiverad utgör i övrigt en rättsfråga som i sig kan åberopas i ett mål om överklagande (se, bland annat, dom av den 9 september 2008 i de förenade målen C-120/06 P och C-121/06 P, FIAMM och FIAMM Technologies mot rådet och kommissionen, REG 2008, s. I-6513, punkt 90).

¹²⁴ Vad först och främst gäller argumenten avseende huruvida förstainstansrättens bedömning är välgrundad, erinrar domstolen om att det, beträffande frågan huruvida överträdelserna varit uppsåtliga eller berott på oaktsamhet och därmed kan beivras genom att böter åläggs enligt artikel 15.2 första stycket i förordning nr 17, följer av domstolens praxis att detta villkor är uppfyllt, eftersom det ifrågavarande företaget måste ha varit medvetet om att dess beteende var konkurrensbegränsande, oberoende av huruvida det var medvetet om att dess beteende innebar en överträdelse av fördragets konkurrensbestämmelser (se dom av den 8 november 1983 i de förenade

målen 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkt 107).

- 125 I förevarande mål ansåg förstainstansrätten i punkterna 296 och 297 i den överklagade domen att det ovannämnda villkoret var uppfyllt, dels eftersom klaganden inte kunde vara omedveten om att bolaget, trots RegTP:s beslut om godkännande, förfogade över ett handlingsutrymme för att fastställa priserna för tillträdestjänster för slutkunder, och vidare eftersom klaganden inte kunde vara omedveten om att denna marginalpress medförde allvarliga konkurrensbegränsningar, med beaktande särskilt av klagandens monopolställning på marknaden för grossisttjänster för tillträde till accessnät och monopolliknande ställning på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder.
- 126 Ett sådant resonemang vilar på faktiska konstateranden och omfattas, om någon missuppfattning inte har gjorts gällande, av den bedömning som förstainstansrätten är ensam behörig att göra. Detta resonemang innebär inte felaktig rättstillämpning.
- 127 Det är tillräckligt att konstatera att klagandens argument, att förstainstansrätten inte beaktade de beslut som RegTP fattade och att några tidigare fall inte förekommit i unionen, endast syftar till att visa att klaganden var ovetande om att det beteende som klandrades i det omtvistade beslutet var rättsstridigt med avseende på artikel 82 EG. Enligt den rättspraxis som angetts ovan i punkt 124 kan sådana argument inte leda till bifall för överklagandet.
- 128 Detsamma gäller argumentet att förstainstansrätten inte beaktade att det administrativa förfarandet enligt artikel 226 EG hade inletts mot Förbundsrepubliken Tyskland. Även om det antas att kommissionen upplyste klaganden om att den hade för avsikt att inte fortsätta förfarandet angående överträdelse mot artikel 82 EG mot denne,

inverkar denna omständighet inte på konstaterandet att klaganden inte kunde vara ovetande om att dess beteende var rättsstridigt. Förstainstansrätten gjorde sig således inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 298 i den överklagade domen slog fast att den omständigheten att det ifrågavarande förfarandet inleddes inte invercade på frågan huruvida en överträdelse i den mening som avses i artikel 15.2 i förordning nr 17 varit uppsåtlig eller berott på oaktsamhet.

129 I enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkt 108 är klagandens argument mot punkt 299 i den överklagade domen verkningslöst. Detta argument har nämligen riktats mot ett skäl som angetts för fullständighetens skull i anslutning till vad förstainstansrätten konstaterade i punkterna 296 och 297 i den överklagade domen, vilket är tillräckligt för att visa huruvida överträdelsen varit uppsåtlig eller berott på oaktsamhet.

130 Vad för det andra avser förstainstansrättens kontroll av motiveringen i det omtvistade beslutet beträffande huruvida överträdelsen varit uppsåtlig eller berott på oaktsamhet erinrar domstolen om att den motiveringsskyldighet som föreskrivs i artikel 253 EG utgör en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan huruvida motiveringen är hållbar, vilken ska hänföras till frågan huruvida den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende. Den motivering som krävs enligt artikel 253 EG ska vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet och det ska klart och tydligt framgå av denna hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den viddagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att utföra sin prövning (dom av den 22 mars 2001 i mål C-17/99, Frankrike mot kommissionen, REG 2001, s. I-2481, punkt 35).

131 Frågan huruvida kravet på motivering är uppfyllt ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälen och det intresse av att få förklaringar som de vilka rättsakten är riktad till, eller andra

personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha. Det krävs dock inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i ovannämnda artikel 253 EG inte ska ske endast utifrån rättsaktens ordalydelse utan även utifrån sammanhanget och samtliga rättsregler på det ifrågavarande området (se, bland annat, dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63, och av den 10 juli 2008 i mål C-413/06 P, Bertelsmann och Sony Corporation of America mot Impala, REG 2008, s. I-4951, punkt 166).

- 132 Beträffande det omtvistade beslutets motivering konstaterade förstainstansrätten i punkt 286 i den överklagade domen dels att detta beslut innehöll en hänvisning till artikel 15.2 i förordning nr 17, som avser de villkor som ska vara uppfyllda för att kommissionen ska kunna ålägga böter. Ett av dessa villkor är att överträdelsen begåtts uppsåtligt eller av oaktsamhet. I punkt 287 i den ovannämnda domen konstaterade förstainstansrätten vidare att kommissionen i samma beslut i detalj redogjorde för skälen till att den ansåg att klagandens prissättning utgjorde missbruk och till att klaganden skulle anses ansvarig för den konstaterade överträdelsen, trots att de nationella regleringsmyndigheterna hade godkänt dessa priser.
- 133 Kommissionens skäl för att fatta det omtvistade beslutet framgår av dessa konstateranden, och klaganden kunde härigenom få kännedom om kommissionens resonemang med avseende på tillämpningen av villkoren för att inleda det förfarande för att ålägga böter som föreskrivs i artikel 15.2 i förordning nr 17. Utan att åsidosätta artikel 253 EG kunde förstainstansrätten dra slutsatsen att det omtvistade beslutet var tillräckligt motiverat i detta avseende med avseende på de krav som följer av denna bestämmelse. Klagandens argument i detta avseende kan således inte leda till bifall för överklagandet.

- 134 Till den del klaganden har tillagt att kommissionens konstateranden som upprepats i punkt 287 i den överklagade domen saknar relevans för att avgöra huruvida en överträdelse varit uppsåtlig eller berott på oaktsamhet, är det tillräckligt att konstatera att enligt den rättspraxis som angetts ovan i punkt 24 kan ett argument som syftar till att ifrågasätta huruvida motiveringen för ett omtvistat beslut är välgrundad inte kan läggas till grund för en sakprövning av överklagandet.
- 135 Vad för det tredje avser motiveringen av den överklagade domen, erinrar domstolen om att skyldigheten att motivera domar följer av artikel 36 i domstolens stadga, vilken enligt artikel 53 första stycket i denna stadga och artikel 81 i tribunalens rättegångsregler är tillämplig på tribunalen (se dom av de 4 oktober 2007 i mål C-311/05 P, Naipes Heraclio Fournier mot harmoniseringsbyrån, punkt 51 och där angiven rättspraxis).
- 136 Enligt fast rättspraxis ska av motiveringen till en dom klart och tydligt framgå hur tribunalen har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för avgörandet och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövning (se, bland annat, dom av den 14 maj 1998 i mål C-259/96 P, rådet mot de Nil och Impens, REG 1998 s. I-2915, punkterna 32 och 33, och av den 17 maj 2001 i mål C-449/98 P, IECC mot kommissionen, REG 2001, s. I-3875, punkt 70).
- 137 Det är, såsom ovan framgår av punkt 125, härvid tillräckligt att konstatera att det klart och tydligt framgår, av punkterna 296 och 297 i den överklagade domen, hur förstainstansrätten resonerade med avseende på huruvida den överträdelse som gjorts gällande varit uppsåtlig eller berott på oaktsamhet. Argumentet avseende bristande motivering av den överklagade domen i detta avseende kan således inte godtas.

138 Den första grundens tredje del kan därför i vissa delar inte tas upp till sakprövning, är i andra delar verkningslös och kan i övrigt inte leda till bifall för överklagandet.

d) Slutsats avseende den första grunden

139 Av vad anförts följer att överklagandet inte kan bifallas på den första grunden.

3. Den andra grunden: Förstainstansrättens tillämpning av artikel 82 EG är felaktig

140 Klagandens andra grund sönderfaller i tre delar avseende huruvida kriteriet marginalpress är relevant för att fastställa missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG, avseende huruvida metoden för beräkning av marginalpressen var lämplig och avseende inverkan av marginalpressen.

a) Den överklagade domen

141 I punkterna 153–207 i den överklagade domen underkände förstainstansrätten klagandens argument att kommissionens metod för att fastställa att marginalpress föreläggat var rättsstridig.

- 142 För det första underkände förstainstansrätten, i punkterna 166–168 i den överklagade domen, klagandens argument att marginalpress utgör missbruk enbart då klagandens priser för tillträdestjänster för slutkunder kan anses utgöra missbruk. Förstainstansrätten konstaterade i punkt 166 i den överklagade domen att enligt det omtvistade beslutet bestod klagandens missbruk i en oskälig prissättning i form av en marginalpress till nackdel för konkurrenterna och att kommissionen ansåg att otillåten marginalpress föreligger om skillnaden mellan slutkundspriserna hos ett dominerande företag och grossistpriserna för jämförbara tjänster för konkurrenterna antingen är negativ eller inte tillräcklig för att täcka den dominerande operatörens produktspecifika kostnader för att tillhandhålla kunderna sina egna slutkundstjänster. Därefter slog förstainstansrätten fast följande i punkt 167 i den ovannämnda domen:

”Kommissionen har förvisso i det [omtvistade] beslutet enbart fastställt att sökanden förfogade över ett handlingsutrymme för att ändra sina [priser för tillträdestjänster för slutkunder]. Huruvida sökandens agerande utgör missbruk beror av huruvida skillnaden mellan sökandens [grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät] och [priser för tillträdestjänster för slutkunder], vilken medför en marginalpress, kan anses oskälig. Kommissionen var därmed, med hänsyn till det missbruk som konstaterades i det [omtvistade] beslutet, inte skyldig att bevisa, i det [omtvistade] beslutet, att sökandens slutkundsavgifter utgjorde missbruk i sig.”

- 143 För det andra underkände förstainstansrätten, i punkterna 183–194 i den överklagade domen, klagandens argument att kommissionen beräknade marginalpressen på grundval av ett dominerade och vertikalt integrerat företags priser och kostnader samt att den därvid bortsåg från den särskilda ställningen för konkurrenterna på marknaden. I punkt 185 i den överklagade domen angav förstainstansrätten att dess prövning av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar endast ska avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering följs, att de faktiska omständigheter som lagts till grund för det omtvistade valet är materiellt riktiga, att

bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk. Förstainstansrätten slog därefter fast följande:

”186 Förstainstansrätten påminner först om att i det [omtvistade] beslutet undersökte kommissionen huruvida det dominerande företags avgifter innebar en risk för att en ekonomisk aktör som är lika lönsam som det dominerande företaget skulle kunna trängas ut från marknaden. Kommissionen grundade således sin bedömning enbart på sökandens avgifter och kostnader, och inte på den särskilda ställning som sökandens faktiska eller potentiella konkurrenter hade, för att avgöra om sökandens avgifter utgjorde missbruk.

187 Enligt kommissionen ’kan man utgå ifrån att det finns en oskäligen marginalpress om skillnaden mellan slutkundsavgifterna hos ett dominerande företag och grossistavgifterna för jämförbara tjänster hos konkurrenterna antingen är negativ eller inte tillräcklig för att täcka den dominerande operatörens produktspecifika kostnader för att tillhandhålla sina egna slutkundstjänster på [marknaden för slutkunder]’ I förevarande fall skulle marginalpressen ha utgjort missbruk om sökanden själv ’inte hade möjlighet att erbjuda sina egna tjänster på slutkundsnivå utan att förlust hade uppstått om ett tillträdespris på grossistnivå skulle betalas som ett internpris för de egna slutkundstjänsterna’ Under sådana omständigheter kan ’[konkurrenter som] är lika effektiva som [sökanden]’ endast ’erbjuda tillträdestjänster för slutkunderna till ett konkurrenskraftigt pris om de gör ytterligare effektivitetsvinster’

188 Förstainstansrätten konstaterade ... att domstolen hittills inte uttryckligen har prövat den metod som ska tillämpas i syfte att avgöra om det finns en marginalpress. Det framgår däremot emellertid tydligt av rättspraxis att frågan om

ett dominerande företags avgifter utgör missbruk ska bedömas mot bakgrund av företagets egen situation, och därmed, dess egna avgifter och kostnader, och inte den situation i vilken faktiska eller potentiella konkurrenter befinner sig.

...

- 192 Varje annat tillvägagångssätt kan vara oförenligt med den allmänna rättssäkerhetsprincipen. Om lagenligheten av ett dominerande företags avgifter berodde på den särskilda situation som konkurrerande företag befinner sig i, bland annat med anledning av deras kostnadsstruktur, vilken det dominerande företaget i allmänhet inte känner till, skulle det dominerande företaget inte kunna bedöma huruvida dess eget agerande är lagenligt.
- 193 Det var således med rätta som kommissionen analyserade frågan huruvida sökandens avgifter utgjorde missbruk enbart på grundval av sökandens särskilda situation och, därmed, med hänvisning till dess avgifter och kostnader.
- 194 Eftersom förstainstansrätten ska pröva huruvida sökanden själv, eller ett företag som är lika lönsamt som sökanden, skulle ha varit i stånd att erbjuda sina tjänster till slutkunder utan att gå med förlust, om företaget i fråga hade varit skyldigt att, genom överföring mellan företag, i förväg betala sådana avgifter avseende interna grossisttjänster, är sökandens argument att dess konkurrenter inte avser att efterbilda sökandens kundstruktur, och erhålla extraintäkter från nyskapande produkter som enbart de erbjuder på marknaden, med

avseende på vilka sökanden för övrigt inte har lämnat ytterligare information, är verkningslös. Sökanden kan, av samma skäl, inte heller vinna framgång med argumentet att konkurrenterna kan utesluta möjligheten till (för)val.”

144 För det tredje underkände förstainstansrätten, i punkterna 195–206 i den överklagade domen klagandens argument att kommissionen endast beaktade intäkter från samtliga tillträdestjänster och undantog intäkter från andra tjänster, bland annat sådana som härrörde från samtal.

145 Förstainstansrätten angav härvid i punkt 196 i den överklagade domen att i direktiv 96/19 görs, vad avser traditionella operatörers avgiftsstruktur, åtskillnad mellan den initiala uppkopplingskostnaden, den månatliga abonnemangskostnaden och lokala och regionala samtal respektive fjärrsamtal. Direktivet syftade till att genomföra en omfördelning av avgifterna mellan dessa olika beståndsdelar i förhållande till de verkliga kostnaderna, för att möjliggöra full konkurrens på marknaderna för tele-tjänster. Detta borde i praktiken ske genom en sänkning av avgifterna för region- och fjärrsamtal och genom en höjning av uppkopplingskostnaden, den månatliga abonnemangsavgiften och kostnaden för lokalsamtal. Förstainstansrätten fann i punkt 197 i den ovannämnda domen att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den påpekade att separat bedömning av avgifterna för tillträde och samtal finns föreskriven i den unionsrättsliga principen om omstrukturering av taxorna.

146 Förstainstansrätten erinrade i punkt 198 i den överklagade domen om att ett väl fungerande konkurrenssystem mellan klaganden och dennes konkurrenter endast kan säkerställas om de olika ekonomiska aktörerna kan tillförsäkras lika möjligheter. Förstainstansrätten slog härvid fast följande:

”199 Även om tillträdestjänster och kommunikationer, från slutkundens synvinkel, ska anses utgöra en helhet, måste sökandens konkurrenter ändå ha tillgång till

accessnätet för att kunna tillhandahålla kommunikationstjänster till slutkunden via sökandens fasta nät. Lika möjligheter för den traditionella operatören som äger det fasta nätet, såsom sökanden, och för dess konkurrenter, innebär således att avgifterna för tillträdestjänster fastställs på en nivå som medför att konkurrenterna och den traditionella operatören kan anses likställda med avseende på tillhandahållande av kommunikationstjänster. Lika möjligheter kan enbart garanteras om den traditionella operatören fastställer sina [priser för tillträdestjänster för slutkunder] på en nivå som gör det möjligt för konkurrenterna – som antas vara lika effektiva som den traditionella operatören – att överföra samtliga kostnader avseende [tjänster för tillträde till accessnät] på [sina] slutkundsavgifter. Om den traditionella operatören emellertid inte iakttar den principen, kan nya marknadsaktörer enbart erbjuda sina slutkunder tillträdestjänster med förlust. De skulle därmed vara tvingade att ersätta dessa förluster avseende tillträde till accessnätet med höga samtalsavgifter, vilket även skulle medföra att konkurrensen på marknaden för samtal snedvrids.

- 200 Av detta följer således att även om det sökanden har påstått stämmer, att tillträdes- och samtals tjänsterna utgör ett 'kluster' från slutkundens synvinkel, var det med rätta som kommissionen i skäl 119 i det [omtvistade] beslutet fann att det, för att bedöma huruvida sökandens avgifter snedvrider konkurrensen, var nödvändigt att undersöka om det förelåg en marginalpress enbart vad beträffar tillträdestjänster och alltså utan att inkludera samtalsavgifterna i sin beräkning.
- 201 Genom den blandkalkyl mellan tillträdesavgifterna och samtalsavgifterna som sökanden har anspelat på, bekräftas för övrigt att sökanden och dess konkurrenter inte behandlas lika vad avser tillträde till accessnätet. Att ha tillträde till

accessnätet utgör emellertid en nödvändig förutsättning för att konkurrensen på marknaden för samtal inte ska snedvridas.

202 Det kan under alla omständigheter inte uteslutas att, eftersom sökanden kraftigt sänkte sina samtalsavgifter under den period som avses i det [omtvistade] beslutet ..., konkurrenterna inte ens hade samma ekonomiska möjlighet som sökanden att erbjuda den kompensation som sökanden föreslog. De konkurrenter som redan vidkändes en konkurrensnackdel i förhållande till sökanden, vad beträffar tillträde till accessnätet, borde i själva verket ta ut ännu lägre samtalsavgifter än sökanden, för att uppmana potentiella kunder att säga upp sina abonnemang hos sökanden och teckna abonnemang hos dem i stället.”

¹⁴⁷ Förstainstansrätten fann i punkt 203 i den överklagade domen att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den vid beräkningen av marginalpressen beaktade enbart intäkterna från tillträdestjänster och uteslöt intäkter från andra tjänster, såsom samtalstjänster.

¹⁴⁸ I punkt 223 i den överklagade domen angav förstainstansrätten att den felaktiga beräkning som kommissionen medgett avseende beräkningen av klagandens produkt-specifika kostnader inte påverkade det angripna beslutets lagenlighet, eftersom det förhållandet att klagandens prissättning varit oskälig i den mening som avses i artikel 82 EG har samband med själva förekomsten av en marginalpress, och inte med den exakta marginalen. I punkterna 234–244 i den överklagade domen underkände förstainstansrätten klagandens argument att marginalpressen inte hade någon inverkan på marknaden. Förstainstansrätten konstaterade härvid bland annat följande:

”234 Enligt kommissionen har sökandens avgifter begränsat konkurrensen på marknaden för slutkundstjänster. Kommissionen har på grundval av detta

konstaterande i det [omtvistade] beslutet ... härlett att det förelåg en marginalpress. Det är inte nödvändigt att visa att denna hade en konkurrensbegränsande verkan, även om kommissionen, alternativt, gjorde en sådan prövning i skälen 181–183 i det [omtvistade] beslutet.

- 235 Sökanden hade en faktisk monopolställning på marknaden för slutkunder, ända till dess att en första konkurrent år 1998 inträdde på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder. Den konkurrensbegränsande verkan som kommissionen är skyldig att visa avser därmed eventuella hinder som sökandens avgifter har kunnat medföra för den nämnda konkurrentens utveckling på marknaden.
- 236 Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende om att sökanden är ägare till det fasta telefnätet i Tyskland och att det inte har ifrågasatts, såsom kommissionen fann i skälen 83–91 i det [omtvistade] beslutet, att det vid den tidpunkt då beslutet fattades inte fanns någon annan infrastruktur i Tyskland som skulle ha möjliggjort för sökandens konkurrenter att varaktigt inträda på marknaden för tillträdestjänster till slutkunder.
- 237 Sökandens [tjänster för tillträde till accessnät] är ... oundgängliga för att någon av sökandens konkurrenter ska kunna konkurrera med sökanden på marknaden ... för tillträdestjänster [för] slutkunder. Med hänsyn härtill skulle en marginalpress mellan sökandens [grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät] och [priser för tillträdestjänster för slutkunder] i princip utgöra hinder för konkurrensens utveckling på marknaderna [för slutkunder]. Om sökandens slutkundsavgifter i själva verket är lägre än dess [grossistpriser för tjänster för

tillträde till accessnät] eller om marginalen mellan dessa ... inte är tillräcklig för att möjliggöra för en operatör som är lika effektiv som sökanden att täcka sina särskilda kostnader för tillhandahållande av tjänster till slutkunder, är det enbart möjligt för en konkurrent som är lika effektiv som sökanden att inträda på marknaden för tillträdestjänster till slutkunder genom att gå med förlust.

238 Sökanden har förvisso påpekat att dess konkurrenter vanligtvis företar korssubventionering. De uppväger gjorda förluster på marknaden för tillträdestjänster avseende slutkunder med vinster på andra marknader, såsom marknaden för kommunikationer. Sökanden behöver emellertid inte, såsom ägare av det fasta nätet, använda sig av [tjänster för tillträde till accessnät] för att kunna erbjuda tillträdestjänster till slutkunder och behöver således inte, i motsats till sina konkurrenter, med anledning av de avgifter bolaget kan ta ut i egenskap av dominerande företag, söka kompensera för förluster på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder. Den marginalpress som kommissionen konstaterade i det [omtvistade] beslutet medför således en snedvridning av konkurrensen inte enbart på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder utan även på marknaden för kommunikationer

239 De små marknadsandelar som sökandens konkurrenter har på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder, efter det att marknaden liberaliserats i och med TKG:s ikraftträdande den 1 augusti 1996, vittnar för övrigt om de hinder som sökandens avgifter har gett upphov till för konkurrensens utveckling på dessa marknader. ...

240 Sökanden har inte heller invänt mot påståendet att dess konkurrenters marknadsandel, enbart på marknaden för analoga anslutningar som vid den tidpunkt då det angripna beslutet fattades motsvarade 75 procent av samtliga anslutningar i Tyskland, minskade från 21 procent år 1999 till 10 procent år 2002

...

244 ... Sökanden har i vilket fall som helst underlåtit att ange antalet konkurrenter på nationell nivå och har inte lagt fram någon bevisning som vederlägger konstaterandena i skälen 180–183 i det angripna beslutet, att dess avgifter utgör en faktisk begränsning av konkurrensen på den tyska marknaden för tillträdes-tjänster till slutkunder.”

b) Den andra grundens första del avseende huruvida kriteriet marginalpress är relevant för att fastställa missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG

i) Parternas argument

¹⁴⁹ I ett första argument har klaganden gjort gällande att den överklagade domen är bristfälligt motiverad, eftersom förstainstansrätten inte prövade det argument som klaganden anförde i första instans med avseende på att kommissionen inte borde ha

tillämpat kriteriet marginalpress på grund av att RegTP fastställde grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät. Resonemanget i den överklagade domen vilar i detta hänseende på en ond cirkel. Förstainstansrätten tillämpade nämligen ett kriterium som kommissionen valt för att avgöra vilka beståndsdelar som prövningen av klagandens priser ska avse. Klagandens invändning avser emellertid ett tidigare steg i resonemanget, nämligen frågan huruvida kriteriet marginalpress som kommissionen valt alls var lämpligt.

¹⁵⁰ I ett andra argument har klaganden hävdat att förstainstansrätten gjorde en felaktig tillämpning av artikel 82 EG i punkterna 166–168 i den överklagade domen. En bedömning av marginalpressen innebär inte att det är styrkt att klagandens priser utgör missbruk, eftersom grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät fastställs av den behöriga nationella regleringsmyndigheten med bindande verkan.

¹⁵¹ Klaganden anser att frågan huruvida kriteriet avseende marginalpressens inverkan är lämpligt under dessa förhållanden är beroende av nivån på de grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnätet som fastställs av myndigheten och som i sig inte kan påstås utgöra missbruk, eftersom det reglerade företaget inte har något handlingsutrymme. När den nationella regleringsmyndigheten fastställer för höga grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät är det dominerande företag som omfattas av regleringen å sin sida tvunget att tillämpa för höga priser för tillträdestjänster för slutkunder för att tillförsäkra sig en lämplig marginal. Under dessa förhållanden är företaget tvunget att välja mellan två former av missbruk, nämligen marginalpress eller en höjning av priserna som innebär missbruk. Ett företag i dominerande ställning kan således inte undvika att göra sig skyldigt till missbruk.

- 152 Enligt klaganden gör ett företag i dominerande ställning sig under dessa förhållanden skyldigt till missbruk endast om priserna för tillträdestjänster för slutkunder i sig är så låga att de utgör missbruk.
- 153 Kommissionen anser att den överklagade domen är tillräckligt motiverad och att klagandens argument inte kan leda till bifall för överklagandet.
- 154 Enligt Vodafone är de argument som anförts i samband med den andra grundens första del irrelevanta ur materiell och rättsligt synpunkt. Dessutom kan dessa argument inte godtas, eftersom de utgör upprepningar av argument som åberopats i första instans och avser en felaktig materiell bedömning.

ii) Domstolens bedömning

- 155 I motsats till vad Vodafone har gjort gällande kan den andra grundens första del prövas i sak av samma skäl som dem som anges ovan i punkt 123. Klaganden har visserligen i sak upprepat de argument som åberopades vid förstainstansrätten, men har riktat klander mot förstainstansrätten för att denna gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att lägga ett felaktigt rättsligt kriterium till grund för tillämpningen av artikel 82 EG och genom att motivera den överklagade domen otillräckligt i detta avseende.

156 Beträffande huruvida överklagandet kan bifallas på den andra grundens första del och vad för det första avser argumentet avseende bristande motivering av den överklagade domen, har klaganden felaktigt klandrat förstainstansrätten för att i den överklagade domen inte ha gett ett motiverat svar på klagandens argument att kriteriet avseende marginalpress är irrelevant när grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät, såsom i förevarande fall, fastställs av en nationell regleringsmyndighet och för att förstainstansrätten därmed inte tillräckligt motiverade att kommissionens val var lämpligt, när denna valde kriteriet marginalpress för att fastställa huruvida missbruk förelegat i den mening som avses i artikel 82 EG.

157 I punkterna 166–168 i den överklagade domen angav förstainstansrätten att kommissionen i det omtvistade beslutet dels slog fast att klaganden förfogade över ett handlingsutrymme för att ändra sina priser för tillträdestjänster för slutkunder, dels konstaterade att frågan huruvida klagandens beteende utgjorde missbruk berodde på marginalpressen hos de av klagandens konkurrenter som var åtminstone lika effektiva som klaganden samt att denna fråga hade samband med huruvida skillnaden mellan klagandens grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät och slutkundsavgifter kunde anses oskälig. Kommissionen var därmed inte skyldig att visa att klagandens slutkundsavgifter utgjorde missbruk. I punkterna 183–213 i den ovannämnda domen förtydligade förstainstansrätten varför den inte kunde godta klagandens argument mot den metod som kommissionen tillämpade för att beräkna marginalpressen.

158 Förstainstansrätten angav därmed, underförstått men med nödvändighet, skälen till att de nationella regleringsmyndigheternas påstådda reglering av grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät i förevarande fall inte utgjorde hinder mot att klagandens prissättning kunde anses utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG.

- 159 Det framgår nämligen tydligt av olika konstateranden i punkterna 166–168 och 183–213 i den överklagade domen att det vare sig är nivån för grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät, vilka såsom angetts ovan i punkterna 48 och 49, inte kan prövas i förevarande överklagande, eller nivån för priserna för tillträdestjänster för slutkunder som strider mot artikel 82 EG, utan skillnaden mellan dessa.
- 160 I enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkterna 135 och 136 kunde klaganden således, efter att ha läst dessa avsnitt av den överklagade domen, få kännedom om skälen till att de nationella regleringsmyndigheternas påstådda reglering av grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät enligt förstainstansrättens mening saknade betydelse för tillämpningen av artikel 82 EG på klagandens prissättning.
- 161 Härav följer att punkterna 166–168 i den överklagade domen, jämförda med punkterna 183–213 i samma dom, innehåller en tillräcklig motivering för förstainstansrättens slutsats att kommissionens val av kriteriet marginalpress varit lämpligt för att fastställa att klagandens prissättning utgjorde missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG, trots att de nationella regleringsmyndigheterna fastställde grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät.
- 162 Argumentet att den överklagade domen är otillräckligt motiverad kan därför inte leda till bifall för överklagandet.

163 Genom argumentet att kriteriet marginalpress var felaktigt för att konstatera att missbruk förelegat i den mening som avses i artikel 82 EG har klaganden, såsom ovan angetts i framför allt punkterna 31 och 32, inte bestritt att ett dominerande företags priser som leder till marginalpress för konkurrenter som är åtminstone lika effektiva i princip kan anses utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG. Genom detta argument har klaganden däremot gjort gällande att under omständigheterna i målet är kriteriet marginalpress, som valdes i den överklagade domen, inte lämpligt för att slå fast att klagandens prissättning utgör missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG, eftersom de nationella regleringsmyndigheterna fastställer klagandens grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät.

164 Såsom framgår ovan av punkterna 38–43 ska i förevarande mål den utgångspunkt väljas som förstainstansrätten valde i den överklagade domen, och som kommissionen valde i det omtvistade beslutet, nämligen att klaganden inte förfogar över ett handlingsutrymme för att ändra de ovannämnda grossistpriserna.

165 Med hänsyn till detta kan klaganden inte – i syfte att visa att kriteriet marginalpress är olämpligt – i samband med förevarande argument grunda sig på antagandet att de nationella regleringsmyndigheterna fastställer grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät till en för hög nivå. Även om det, såsom klaganden har påstått under förhandlingen, antas att de klagomål från konkurrenter som gav upphov till det omtvistade beslutet grundade sig på denna omständighet, måste såsom ovan har angetts i punkterna 48 och 49, ett sådant antagande anses gå utöver gränserna för förevarande överklagande.

- 166 Det finns därför inte någon anledning att pröva klagandens argument att kriteriet marginalpress är felaktigt, eftersom klaganden – med hänsyn till de för höga grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät som de nationella regleringsmyndigheterna hade fastställt – inte hade något annat val än att göra en otillåten höjning av priserna för tillträdestjänster för slutkunder, i syfte att undvika det påtalade missbruket i förevarande fall. Ett sådant argument grundar sig på ett antagande som inte omfattas av domstolens prövning av förevarande överklagande.
- 167 Med avseende på att klaganden har hävdad att frågan huruvida kriteriet marginalpress är lämpligt är beroende av nivån på de grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnätet som fastställs av den nationella regleringsmyndigheten, påpekar domstolen att, i enlighet med vad som framgår av punkterna 166–168 i den överklagade domen, klagandens prissättning utgör missbruk, i den mening som avses i artikel 82 EG, på grund av att den oskäliga skillnaden mellan de ifrågavarande grossistpriserna och priserna för tillträdestjänster för slutkunder ledde till en marginalpress hos konkurrenter som är åtminstone lika effektiva. Såsom förstainstansrätten angav i punkt 223 i den överklagade domen, vilket inte har bestritts i förevarande överklagande, har det förhållandet att klagandens prissättning är oskälig i den mening som avses i artikel 82 EG samband med själva förekomsten av en marginalpress, och inte med den exakta marginalen.
- 168 Härav följer att nivån på grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät i sig är irrelevant för att ifrågasätta förstainstansrättens slutsatser avseende tillämpningen av artikel 82 EG på den ifrågavarande prissättningen.
- 169 Vid prövningen av huruvida det finns stöd för förevarande argument, ska det prövas huruvida förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning när den (i bland annat

punkterna 166 och 168 i den överklagade domen) fann att klagandens prissättning, även om det antas att bolaget inte förfogar över ett handlingsutrymme för att ändra sina grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät, kan anses utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG, när skillnaden mellan dessa priser är oskälig, oberoende av frågan huruvida dessa priser i sig utgör missbruk. Enligt den överklagade domen är detta fallet när denna skillnad antingen är negativ eller inte tillräcklig för att täcka klagandens produktspecifika kostnader för att tillhandahålla sina egna tjänster, varvid en konkurrent som är lika effektiv som klaganden inte kan konkurrera med denne om att tillhandahålla tillträdestjänster för slutkunder.

¹⁷⁰ Enligt fast rättspraxis ger artikel 82 EG uttryck för det allmänna målet för Europeiska gemenskapens verksamhet, det vill säga upprättandet av en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids. Med en sådan dominerande ställning som avses i artikel 82 EG ska förstås den situationen att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjlighet att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att denna ställning tillåter företaget att i betydande omfattning agera oberoende, i förhållande till sina konkurrenter, sina kunder och i sista hand konsumenterna (se dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 38; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315, och av den 2 april 2009 i mål C-202/07 P, France Télécom mot kommissionen, REG 2009, s. I-2369, punkt 103).

¹⁷¹ Såsom framgår ovan i punkterna 50–52, har klaganden inte bestritt att denne har en dominerande ställning på samtliga relevanta tjänstemarknader, det vill säga både på grossistmarknaden för tjänster för tillträde till accessnät och på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder.

- 172 Beträffande frågan huruvida klagandens prissättning utgör missbruk anger domstolen att ett företag i dominerande ställning enligt artikel 82 andra stycket a EG uttryckligen är förbjudet att direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen priser.
- 173 Förteckningen över missbruk i artikel 82 EG är inte uttömmande och de förfaranden som anges där utgör endast exempel på missbruk av dominerande ställning. Uppräkningen av förfaranden som utgör missbruk i denna bestämmelse är nämligen inte en uttömmande uppräkningslista av de sätt att missbruka en dominerande ställning som är förbjudna enligt fördraget (domen i det ovannämnda målet *British Airways mot kommissionen*, punkt 57 och där angiven rättspraxis).
- 174 Genom förbudet mot missbruk av dominerande ställning i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater avser artikel 82 EG sådant beteende hos ett företag i dominerande ställning som, på en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av företagets närvaro på den marknaden, hindrar att den konkurrens som fortfarande föreligger upprätthålls eller utvecklas genom att använda andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet *Hoffmann-La Roche mot kommissionen*, punkt 91, i det ovannämnda målet *Niederlandsche Banden-Industrie-Michelin mot kommissionen*, punkt 70, dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, *AKZO mot kommissionen*, REG 1991 s. I-3359; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-249, punkt 69, domen i det ovannämnda målet *British Airways mot kommissionen*, punkt 66, och i det ovannämnda målet *France Télécom mot kommissionen*, punkt 104).
- 175 För att bedöma huruvida ett företag har missbrukat sin dominerande ställning genom sin prissättning, är det enligt fast rättspraxis nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter och undersöka huruvida prissättningen syftar till att frånta köparen möjlighet att välja sina inköpskällor eller att inskränka denna möjlighet, att hindra konkurrenternas inträde på marknaden, att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner

med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrیدا konkurrensen (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mot kommissionen*, punkt 73, och i det ovannämnda målet *British Airways mot kommissionen*, punkt 67).

176 Artikel 82 EG avser således inte endast förfaranden som direkt kan leda till skada för konsumenterna utan också missbruk som kan leda till skada för dem genom att det undergräver konkurrensen. Företag med en dominerande ställning har, såsom domstolen erinrat om ovan i punkt 83, ett särskilt ansvar att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den gemensamma marknaden (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet *France Télécom mot kommissionen*, punkt 105 och där angiven rättspraxis).

177 Härav följer att ett dominerande företag enligt artikel 82 EG är förbjudet dels att tillämpa en prissättning som leder till en utestängningseffekt för nuvarande eller potentiella, lika effektiva, konkurrenter, det vill säga priser som kan dels försvåra eller rent av omöjliggöra konkurrenternas inträde på marknaden, dels försvåra eller rent av omöjliggöra för dess avtalsparter att välja mellan flera inköpskällor eller handelspartner så att det dominerande företags ställning stärks på andra sätt än genom pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*). Härvid kan således inte all priskonkurrens anses vara tillåten (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mot kommissionen*, punkt 73, i det ovannämnda målet *AKZO not kommissionen*, punkt 70, och i det ovannämnda målet *British Airways mot kommissionen*, punkt 68).

178 Även om klaganden inte förfogar över ett handlingsutrymme för att ändra sina grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät, har denne inte bestritt att skillnaden mellan dessa priser och priserna för tillträdestjänster för slutkunder kan leda till en

utestängningseffekt för nuvarande eller potentiella, lika effektiva, konkurrenter, eftersom deras inträde på de ifrågavarande tjänstemarknaderna åtminstone försvåras av den marginalpress som en sådan skillnad kan medföra för dem.

- 179 Under förhandlingen har klaganden emellertid gjort gällande att det kriterium som valdes i den överklagade domen för att fastställa att missbruk förelegat i den mening som avses i artikel 82 EG, under förevarande förhållanden och med beaktande av att de nationella regleringsmyndigheterna reglerade klagandens grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät, medförde att klaganden var tvungen att höja sina priser för tillträdestjänster för slutkunder till nackdel för sina egna slutkunder.
- 180 Såsom framgår ovan av punkterna 175–177 syftar artikel 82 EG särskilt till att skydda konsumenterna genom att konkurrensen inte är snedvriden (se dom av den 16 september 2008 i de förenade målen C-468/06–C-478/06, Sot. Lélos kai Sia, m.fl., REG 2008, s. I-7139, punkt 68).
- 181 Endast den omständigheten att klaganden var tvungen att höja sina priser för tillträdestjänster för slutkunder för att undvika marginalpress för konkurrenter som var lika effektiva som klaganden kan inte i sig påverka relevansen hos det kriterium som förstainstansrätten valde i det aktuella målet för att slå fast att missbruk förelegat enligt artikel 82 EG.
- 182 Marginalpressen leder till att konkurrensen på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder, som redan är försvagad på grund av klagandens närvaro på den

marknaden, minskar ytterligare och att klagandens dominerande ställning på samma marknad därigenom förstärks. Marginalpressen medför även skada för konsumenterna på grund av att deras valmöjligheter minskar och med dessa de långsiktiga möjligheterna till sänkning av priserna för slutkunder genom konkurrens från konkurrenter som är åtminstone lika effektiva på den ovannämnda marknaden (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet France Télécom mot kommissionen, punkt 112).

183 Såsom domstolen erinrat om ovan i punkterna 77–86, förfogar klaganden över ett handlingsutrymme för att eliminera eller minska marginalpressen genom att höja sina priser för tillträdestjänster för slutkunder. Förstainstansrätten gjorde därför en riktig bedömning när den i punkterna 166–168 i den överklagade domen fann att denna marginalpress i sig kan utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG, med hänsyn till att den kan leda till en utestängningseffekt för konkurrenter som är åtminstone lika effektiva som klaganden. Förstainstansrätten var därför inte skyldig att dessutom visa att grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät eller priserna för tillträdestjänster för slutkunder i sig utgjorde missbruk på grund av att de var alltför höga eller på grund av att de innebar underprissättning i konkurrensbe-gränsande syfte.

184 Härav följer att klagandens argument att förstainstansrätten valde ett felaktigt kriterium för att fastställa missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG delvis inte kan läggas till grund för en sakprövning och i övrigt inte kan leda till bifall för överklagandet.

185 Överklagandet kan därför inte bifallas på den andra grundens första del.

c) Den andra grundens andra del avseende huruvida metoden för beräkning av marginalpressen var lämplig

¹⁸⁶ Klaganden har hävdatt att bedömningen av kommissionens metod för beräkning av marginalpressen i den överklagade domen i flera hänseenden innebär felaktig rättstillämpning. Förstainstansrätten grundade nämligen sin bedömning av flera centrala aspekter av frågan på kriterier som är oförenliga med artikel 82 EG. Klaganden har härvid anfört två argument avseende å ena sidan felaktig tillämpning av kriteriet lika effektiv konkurrent och å andra sidan avseende felaktig rättstillämpning, eftersom samtaltjänster och andra teletjänster inte beaktades vid beräkningen av marginalpressen.

i) Argumentet avseende felaktig tillämpning av kriteriet lika effektiv konkurrent

— Parternas argument

¹⁸⁷ Klaganden har gjort gällande att förstainstansrätten tillämpade kriteriet lika effektiv konkurrent felaktigt i förevarande mål, eftersom den underlät att beakta att klaganden, i egenskap av ett företag i dominerande ställning, inte omfattas av samma regleringar som konkurrenterna och av materiella skäl befinner sig i en annan konkurrensituation än dessa. Kriteriet lika effektiv konkurrent avser det dominerande företagens egna priser och kostnader samt omständigheterna i förevarande mål.

- 188 Enligt klaganden är det i motsats till vad förstainstansrätten slog fast i punkt 188 i den överklagade domen inte det dominerande företags situation som är avgörande för bedömningen av ett beteende mot bakgrund av artikel 82 EG, utan konkurrenternas situation och deras möjligheter att konkurrera med det ovannämnda företaget i fråga om prestationer, med beaktande av de särskilda förhållandena på den relevanta marknaden.
- 189 Klaganden har härvid anfört att det dominerande företags situation visserligen kan vara en tillförlitlig mätare när de traditionella, materiella och rättsliga konkurrensvillkoren på marknaden är identiska för det dominerande företaget och dess konkurrenter. Kriteriet lika effektiv konkurrent kan nämligen i detta fall utgöra ett användbart instrument, eftersom det innebär att ineffektiva konkurrenter främjas i mindre mån och att säkerheten ökar för det dominerande företaget. Detta är emellertid inte fallet när konkurrenterna omfattas av andra rättsliga eller materiella villkor. Om sådana förhållanden uppkommer bör kriteriet lika effektiv konkurrent anpassas.
- 190 I förevarande mål har klaganden anfört att denne emellertid varit tvungen att överta samtliga slutkunder oberoende av om dessa var ekonomiskt attraktiva. Ur rättslig synpunkt var klaganden dessutom skyldig att erbjuda kunderna ett (för)val av operatör genom förval, det vill säga fast val av operatör, eller genom call-by-call, det vill säga val av operatör från fall till fall. Klagandens konkurrenter som inte omfattades av dessa skyldigheter undantog i allmänhet (för)valet av operatör och saluförde därför uppkoppling och samtal som en enda produkt.
- 191 Klaganden anser att kriteriet lika effektiv konkurrent borde ha ändrats på grund av de särskilda förhållandena i målet. Det hade visserligen varit möjligt att fastställa konkurrenternas genomsnittskostnader och genomsnittsintäkter med utgångspunkt i grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät och de verkliga priserna för

tillträdestjänster för slutkunder samt i klagandens produktspecifika kostnader. Det är emellertid inte befogat att grunda bedömningen på klagandens kundstruktur. Det hade dessutom varit nödvändigt att integrera samtal och andra teletjänster i bedömningen av marginalpressen.

- ¹⁹² Enligt klaganden innebär rättssäkerhetsprincipen inte att det är nödvändigt att bortse från uppenbara avvikelser i fråga om klagandens kundstruktur eller skillnader mellan de villkor som föreskrivs för det dominerande företaget och för dess konkurrenters verksamhet.
- ¹⁹³ Kommissionen har betonat att klaganden inte med framgång kan försvara sig med påståendet att klaganden inte varit lika effektiv som konkurrenterna, eftersom konkurrensrätten inte skyddar ineffektiva företag. Klagandens argument kan således inte leda till bifall för överklagandet.
- ¹⁹⁴ Vodafone har hävdat att förevarande argument inte kan läggas till grund för en prövning i sak. Klaganden har nämligen upprepat de argument som anfördes vid första instansrätten och under förfarandet vid kommissionen. Klaganden har dessutom huvudsakligen anförts argument som inte omfattas av domstolens prövning. Kriteriet lika effektiv konkurrent är i vart fall det lämpliga kriteriet för att kontrollera om ett beteende kan leda till utestängningseffekter på marknaden. Klagandens argument kan således inte leda till bifall för överklagandet.

— Domstolens bedömning

- ¹⁹⁵ I förevarande argument upprepas visserligen delvis de argument som anfördes i första instans. I motsats till vad Vodafone har gjort gällande kan dessa argument emellertid prövas i sak i enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkt 25, eftersom de syftar till att rikta klander mot att förstainstansrättens rättstillämpning var felaktig genom att den grundade bedömningen på kriteriet lika effektiv konkurrent, trots att klaganden inte omfattas av samma rättsliga och faktiska villkor som konkurrenterna. Förstainstansrätten lade därmed ett felaktigt rättsligt kriterium till grund för tillämpningen av artikel 82 EG på den ifrågakvarande prissättningen.
- ¹⁹⁶ Beträffande huruvida det finns något stöd för detta argument anger domstolen, i likhet med vad som framgår av punkt 186 i den överklagade domen och av punkterna 4 och 12 i förevarande dom, att kriteriet lika effektiv konkurrent på vilket förstainstansrätten grundade bedömningen i den överklagade domen utgörs av en undersökning av huruvida ett dominerande företags prissättning innebär en risk för att en ekonomisk aktör som är lika lönsam som detta företag skulle kunna trängas ut från marknaden. Bedömningen grundas enbart på det dominerande företags priser och kostnader, och inte på den särskilda ställningen för företagets faktiska eller potentiella konkurrenter.
- ¹⁹⁷ Såsom ovan framgår av punkt 169, beaktade förstainstansrätten klagandens kostnader när den fastställde huruvida klagandens prissättning utgjorde missbruk när skillnaden mellan klagandens grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät och priser för tillträdestjänster för slutkunder var positiv. Förstainstansrätten fann att kommissionen hade gjort en riktig bedömning när den ansåg att prissättningen var oskälig i den mening som avses i artikel 82 EG, eftersom denna skillnad var otillräcklig för att täcka klagandens produktspecifika kostnader för att tillhandhålla sina egna tjänster.

- 198 Domstolen har tidigare fastslagit att för att avgöra huruvida ett dominerande företags prissättning kan leda till att en konkurrent elimineras i strid med artikel 82 EG, ska det tillämpliga kriteriet grundas på det dominerande företags egna kostnader och strategi (se domarna i de ovannämnda målen AKZO mot kommissionen, punkt 74, och France Télécom mot kommissionen, punkt 108).
- 199 Domstolen har härvid betonat bland annat att ett dominerande företag inte kan tränga ut sådana konkurrenter från marknaden som kanske är lika effektiva som det dominerande företaget, men som inte kan möta den konkurrens de utsätts för på grund av att deras finansiella kapacitet är lägre (se domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 72).
- 200 Såsom ovan framgår av punkterna 178 och 183 följer svaret på frågan huruvida den prissättning som var i fråga i den överklagade domen utgjorde missbruk på samma sätt av huruvida de leder till en utestängningseffekt för klagandens konkurrenter. Förstainstansrätten gjorde sig därför inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 193 i den överklagade domen slog fast att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den grundade sin bedömning av huruvida klagandens prissättning utgjorde missbruk endast på dennes priser och kostnader.
- 201 Såsom förstainstansrätten i huvudsak konstaterade i punkterna 187 och 194 i den överklagade domen, gör ett sådant kriterium det möjligt att kontrollera huruvida klaganden själv hade varit kapabel att erbjuda sina slutkundstjänster utan förlust, om klaganden hade varit tvungen att betala sina egna grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät. Detta kriterium är därmed lämpligt för att avgöra huruvida klagandens prissättning leder till en utestängningseffekt för konkurrenterna på grund av marginalpressen.
- 202 Detta tillvägagångssätt är desto mer befogat, eftersom det – i likhet med vad förstainstansrätten i huvudsak angav i punkt 192 i den överklagade domen – överensstämmer med den allmänna rättssäkerhetsprincipen. Den omständigheten att det

dominerande företags kostnader beaktas gör det nämligen möjligt för detta företag att, med beaktande av det särskilda ansvar som åligger det enligt artikel 82 EG, bedöma huruvida dess eget beteende är lagenligt. Ett dominerande företag har visserligen kännedom om sina egna, men i princip inte om sina konkurrenters kostnader och priser.

203 Vad ovan konstaterats påverkas inte av att klaganden har gjort gällande att dennes konkurrenter omfattas av rättsliga och faktiska villkor som är mindre betungande för att tillhandahålla teletjänster åt slutkunderna. Även om en sådan omständighet kan styrkas, kan den inte påverka det förhållandet att ett dominerande företag i likhet med klaganden inte kan tillämpa en prissättning som medför att konkurrenter som är åtminstone lika lönsamma utestängs från den relevanta marknaden. Med hänsyn till det särskilda ansvar som åvilar ett sådant företag enligt artikel 82 EG, kan denna omständighet inte heller påverka det förhållandet att ett sådant företag ska ha förmåga att självt avgöra huruvida dess prissättning överensstämmer med denna bestämmelse.

204 Klagandens argument avseende felaktig tillämpning av kriteriet lika effektiv konkurrent kan därför inte godtas.

ii) Argumentet om felaktig rättstillämpning, eftersom samtalstjänster och andra teletjänster inte beaktades vid beräkningen av marginalpressen

— Parternas argument

205 I förevarande argument har klaganden hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i samband med bedömningen av den

ifrågavarande prissättningen, förutom i fråga om tillträdestjänster för slutkunder, inte beakta samtalstjänster och andra teletjänster som tillhandahålls dessa. Denna metod överensstämmer inte med vare sig ekonomisk vetenskap eller beslutspraxis hos andra behöriga myndigheter i Europa och Förenta staterna. Denna metod står även i strid med verkligheten på marknaden, eftersom varken slutkunderna vid sitt val av operatör eller operatörerna när dessa utformar strukturen för sitt utbud betraktar uppkoppling isolerad för sig.

²⁰⁶ Klaganden har härvid först och främst hävdad att en bedömning av marginalpressen ur ekonomisk synvinkel ger upplysningar om konkurrensbegränsning endast om man beaktar samtliga intäkter och kostnader i samband med att grossisttjänster tillhandahålls. I fråga om företag som erbjuder ett flertal produkter som innehåller grossisttjänster som kan utnyttjas för olika tjänster för slutkunder ska marginalpressen nämligen bedömas på olika aggregationsnivåer. Förstainstansrättens bedömning av marginalpressen är därför ofullständig i förevarande mål. Klagandens konkurrenter har emellertid rätt att undanta (för)valet av operatör samt att sampaketera uppkoppling, samtal och andra tjänster som tillhandahålls via accessnätet.

²⁰⁷ För det andra har klaganden hävdad att punkterna 196–202 i den överklagade domen bygger på flera rättsliga fel. Frågan huruvida kommissionen, i samband med att den konstaterade att marginalpress förelåg, hade rätt att inte beakta samtalspriserna var beroende av den rättsliga principfrågan avseende vilken metod som skulle tillämpas för att avgöra huruvida marginalpress förelåg med avseende på företag som erbjöd flera produkter. Förstainstansrätten kan inte undandra sig denna bedömning genom att betona att dess kontroll är begränsad.

- 208 Klaganden har för det första hävdad att punkterna 196 och 197 i den överklagade domen beträffande den unionsrättsliga principen om omstrukturering av priser innebär felaktig rättstillämpning.
- 209 Klaganden anser först och främst att den överklagade domen i detta avseende står i strid med punkt 113 i denna dom, i vilken förstainstansrätten, för att motivera att överträdelsen kan tillskrivas klaganden, betonade att syftet med regleringen av telesektorn kan skilja sig från syftet med unionens konkurrenspolitik. I punkterna 196 och 197 i den överklagade domen drog förstainstansrätten emellertid den slutsatsen ur en regleringsprincip att det är nödvändigt att göra olika bedömningar av tillträdestjänster och samtalstjänster vid beräkningen av marginalpressen med avseende på artikel 82 EG.
- 210 Klaganden har vidare gjort gällande att punkterna 196 och 197 i den överklagade domen är otillräckligt motiverade, eftersom förstainstansrätten inte angav skälen till att dess uppfattning är riktig och inte undersökte klagandens invändningar, särskilt omständigheten att principen om omstrukturering av priser endast är tillämplig på klaganden och att dennes konkurrenter erbjuder tillträdestjänster sampaketerade med samtalstjänster.
- 211 Klaganden har slutligen hävdad att punkterna 196 och 197 i den överklagade domen är materiellt felaktiga och innebär åsidosättande av artikel 82 EG. Å ena sidan ger principen om omstrukturering av priser inte något kriterium för tillämpning av artikel 82 EG, utan syftar endast till att medlemsstaterna ska lätta den ekonomiska bördan för företag som tillhandahåller samhällsomfattande tjänster. Eftersom klaganden å andra sidan inte omfattas av samma regleringar som konkurrenterna är principen om omstrukturering av priser endast tillämplig på klaganden. Däremot innehåller denna princip inte någonting avseende konkurrenternas konkurrensmöjligheter. Principen om omstrukturering av priser gör det därför inte möjligt att vid en bedömning av

marginalpressen dra slutsatsen att det av normativa skäl är uteslutet att erbjuda tillträdestjänster smpaketerade med samtalstjänster via accessnät.

- 212 Klaganden har för det andra gjort gällande att punkterna 199–202 i den överklagade domen avseende lika möjligheter innebär felaktig rättstillämpning.
- 213 Klaganden anser först och främst att punkt 199 i den överklagade domen är otillräckligt motiverad, eftersom förstainstansrätten borde ha bedömt frågan vilka grossisttjänster som grundar sig på accessnätet. Det är nämligen endast med utgångspunkt i resultatet av en sådan bedömning som förstainstansrätten kan dra slutsatser avseende lika möjligheter för klaganden och någon av konkurrenterna. Lika möjligheter är nämligen säkerställda när en helhetsbedömning av samtliga priser och kostnader för samtliga teletjänster som grundas på accessnätet utvisar att grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät, ökade med de produktspecifika kostnaderna, inte överstiger priserna för tillträdestjänster för slutkunder.
- 214 Klaganden har vidare hävdatt att förstainstansrätten inte förde ett logiskt resonemang. I punkt 238 i den överklagade domen utgick denna nämligen från principen att klaganden inte lider förlust av att teleuppkopplingar ställs till slutkundernas förfogande och att klaganden därför inte måste kompensera en sådan förlust med intäkter från samtalsavgifter. Förstainstansrätten ansåg emellertid att klagandens priser för tillträdestjänster för slutkunder är lägre än grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät och att dessa priser fastställs i förhållande till klagandens kostnader. Förstainstansrättens antagande att klaganden inte har några kostnader för tillträdestjänsterna är uppenbart oriktigt och oförenligt med de förutsättningar som förstainstansrätten utgick från.

- 215 Klaganden har i övrigt anfört att förstainstansrättens redogörelse i punkt 202 i den överklagade domen är motstridig. Uppfattningen att klagandens konkurrenter borde tillämpa ännu lägre samtalspriser än klaganden för att uppmuntra potentiella kunder att säga upp sina abonnemang hos klaganden står nämligen direkt i strid med kriteriet lika effektiv konkurrent enligt vilket klagandens kostnads- och prisstruktur ska vara avgörande.
- 216 Klaganden har slutligen gjort gällande att förstainstansrätten tillämpade ett felaktigt rättsligt kriterium avseende fördelningen av bevisbördan när den i punkterna 201 och 202 i den överklagade domen nöjde sig med att konstatera att det "[inte ... kan] uteslutas" att konkurrenterna inte hade möjlighet att kompensera eventuella förluster på teleuppkopplingar med intäkter från samtalsavgifter. I sin ansökan i första instans hade klaganden emellertid för avsikt att visa att det var möjligt att göra en korssubventionering.
- 217 Kommissionen anser att förstainstansrätten inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den bekräftade kommissionens tillvägagångssätt i punkterna 195–207 i den överklagade domen. Kommissionen har yrkat att klagandens argument inte ska godtas.
- 218 Vodafone har hävdats att förevarande argument inte kan prövas i sak. Klaganden har nämligen upprepat de argument som åberopades vid förstainstansrätten och under förfarandet vid kommissionen. Klaganden har dessutom huvudsakligen anfört argument som inte omfattas av domstolens prövning.

— Domstolens bedömning

- 219 I motsats till vad Vodafone har gjort gällande kan detta argument prövas i sak av samma skäl som de som ligger till grund för vad domstolen fastställt ovan i punkt 155. Klaganden har visserligen delvis upprepat de argument som åberopades i första instans, men har riktat klander mot förstainstansrätten för att denna lade felaktiga rättsliga kriterier till grund för tillämpningen av artikel 82 EG på den ifrågavarande prissättningen när den tillämpade kriterierna omstrukturering av priser och lika möjligheter.
- 220 Till den del detta argument för det första avser att förstainstansrättens bedömning av marginalpressen påstås ha varit ofullständig på grund av att det i denna inte beaktades att tillgång till grossisttjänster för tillträde till accessnät gör det möjligt för konkurrenterna att erbjuda sina slutkunder smpaketerade tjänster, som bland annat omfattar samtal, konstaterar domstolen att detta argument grundar sig på en feltolkning av den överklagade domen.
- 221 Såsom tydligt framgår av punkterna 199 och 200 i den överklagade domen uteslöt förstainstansrätten i motsats till vad klaganden har hävdat nämligen inte att tillträdestjänster och samtalstjänster ur slutkundernas synvinkel kan utgöra en enhet. Förstainstansrätten ansåg däremot att om detta var fallet, hade kommissionen rätt att pröva huruvida marginalpress förelåg med avseende endast på tillträdestjänster och med undantag av samtalstjänster. Såsom framgår av punkterna 196–201 i den överklagade domen drog förstainstansrätten denna slutsats utifrån bland annat kommissionens prövning av principerna om omstrukturering av priser och lika möjligheter.

- 222 Härav följer att förevarande argument i detta hänseende inte kan leda till bifall för överklagandet.
- 223 I den mån förevarande argument avser vad förstainstansrätten konstaterade beträffande principen om omstrukturering av priser konstaterar domstolen först och främst att förstainstansrätten inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkterna 196 och 197 i den överklagade domen beaktade denna princip, som har sitt ursprung i lagstiftningen om telesektorn, för att pröva huruvida kommissionen haft stöd för att tillämpa artikel 82 EG på klagandens prissättning.
- 224 I lagstiftningen avseende telesektorn fastställs de bestämmelser som är tillämpliga på denna, och därigenom bidrar denna lagstiftning till att fastställa de konkurrensvillkor under vilka sådana företag som klaganden ska utöva sin verksamhet på de ifrågavarande marknaderna. Denna lagstiftning utgör därför, såsom framgår ovan av punkterna 80–82, en relevant faktor vid tillämpningen av artikel 82 EG på detta företags beteende. Detta gäller både för att fastställa de berörda marknaderna, för att bedöma huruvida missbruk förelegat och för att fastställa bötesbeloppet.
- 225 Detta konstaterande påverkas inte av den omständighet som klaganden gjort gällande, nämligen att principen om omstrukturering av priser endast är tillämplig på klaganden men inte på dennes konkurrenter. Av de skäl som angetts ovan i punkterna 196–203 gjorde förstainstansrätten en riktig bedömning när den för att avgöra huruvida den ifrågavarande prissättningen utgjorde missbruk med avseende på artikel 82 EG, i enlighet med kriteriet lika effektiv konkurrent, grundade sin bedömning på det dominerande företags situation och kostnader.

- 226 Eftersom förstainstansrätten i punkt 196 i den överklagade domen, utan att klaganden har bestritt detta i förevarande överklagande, konstaterade att den omfördelning av priserna som avses i unionens lagstiftning för telesektorn bland annat borde komma till uttryck i en sänkning av priserna för regionala samtal och fjärrsamtal samt en höjning av priserna för den månatliga abonnemangskostnaden och för lokala samtal, kunde förstainstansrätten i punkt 197 i den ovannämnda domen lagenligt dra slutsatsen att det enligt principen om omstrukturering av priser ska göras en separat bedömning av priserna för tillträdestjänster och priserna för samtalstjänster för slutkunder för att avgöra huruvida klagandens prissättning utgjorde missbruk.
- 227 I motsats till vad klaganden har gjort gällande föreligger inte någon motsättning i motiveringen mellan dessa sistnämnda konstateranden och vad förstainstansrätten konstaterade i punkt 113 i den överklagade domen. Förstainstansrätten konstaterade där att syftet med regleringen av telesektorn kan skilja sig från syftet med unionens konkurrenspolitik. Denna omständighet har nämligen inte något samband med huruvida regleringen av telesektorn kan beaktas vad gäller tillämpning av artikel 82 EG på ett dominerande företags beteende. I motsats till vad klaganden anser innebär denna omständighet inte att det går att fullständigt bortse från denna reglering i samband med tillämpningen av artikel 82 EG.
- 228 Även klagandens påstående att förstainstansrätten motiverade den överklagade domen otillräckligt i detta avseende är felaktigt. Såsom framgår av domstolens prövning härövan angav förstainstansrätten tydligt i punkterna 196 och 197 i den överklagade domen på vilket sätt principen om omstrukturering av priser utgör en omständighet som medför att kommissionen kan underlåta att beakta samtalstjänster vid beräkningen av marginalpressen. Såsom framgår ovan av punkt 221 behandlade förstainstansrätten i punkterna 199 och 200 i den överklagade domen klagandens argument att dennes konkurrenter erbjuder tillträdestjänster smpaketerade med samtalstjänster. På samma sätt angav förstainstansrätten i punkterna 186–194 i denna dom skälen till varför kommissionen kunde grunda sin bedömning av huruvida den ifrågavarande prissättningen utgjorde missbruk endast på klagandens särskilda situation. Såsom domstolen har erinrat om ovan i punkterna 135 och 136, iakttog förstainstansrätten därigenom de krav som följer av artikel 36 i domstolens stadga, som är tillämplig på

förstainstansrätten enligt artikel 53 första stycket i samma stadga och artikel 81 i förstainstansrättens rättegångsregler.

229 Härav följer att förevarande argument i dessa olika avseenden inte kan leda till bifall för överklagandet.

230 Till den del förevarande argument avser vad förstainstansrätten konstaterade beträffande lika möjligheter erinrar domstolen om att enligt domstolens fasta praxis kan ett system utan snedvridning av konkurrensen säkerställas endast om de olika ekonomiska aktörerna kan tillförsäkras lika möjligheter (se, bland annat, dom av den 13 december 1991 i mål C-18/88, GB-Inno-BM, REG 1991, s. I-5941, punkt 25, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-519, av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria, REG 2003, s. I-5197, punkt 83, av den 20 oktober 2005 i de förenade målen C-327/03 och C-328/03, ISIS Multimedia Net och Firma O2, REG 2005, s. I-8877, punkt 39, och av den 1 juli 2008 i mål C-49/07, MOTOE, REG 2008, s. I-4863, punkt 51).

231 I förevarande mål har klaganden, såsom förstainstansrätten konstaterade i bland annat punkterna 199, 236 och 237 i den överklagade domen, inte bestritt att det, eftersom det inte finns någon annan infrastruktur, är nödvändigt för klagandens konkurrenter att få tillträde till tjänster för tillträde till accessnät på klagandens fasta nät för att kunna varaktigt inträda på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder och där effektivt konkurrera med klaganden (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet Arcor, punkt 103).

232 Såsom domstolen har erinrat om ovan i punkt 50 har klaganden inte bestritt att grossistmarknaden för tjänster för tillträde till accessnät och marknaden för tillträdestjänster för slutkunder utgör skilda marknader bland annat i förhållande till marknader för att tillhandahålla slutkunder andra teletjänster. Såsom ovan angetts i punkt 51 har klaganden inte heller bestritt att denne har en dominerande ställning på grossistmarknaden för tjänster för tillträde till accessnät och på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder.

233 Under dessa förhållanden gjorde förstainstansrätten en riktig bedömning när den, i punkterna 199 och 237 i den överklagade domen, slog fast att lika möjligheter innebär att klaganden och dennes konkurrenter, som är åtminstone lika effektiva, kan anses likställda på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder och att detta inte är fallet om dessa konkurrenter inte utan att göra förlust kan vältra över de grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät som erläggs till klaganden på sina priser för tillträdestjänster för slutkunder.

234 Eftersom marknaden för tillträdestjänster för slutkunder utgör en avgränsad marknad och eftersom tjänster för tillträde till accessnät är oundgängliga för att konkurrenter som är åtminstone lika effektiva som klaganden ska kunna konkurrera på marknaden med ett företag som i likhet med klaganden har en dominerande ställning som i stor omfattning är följden av ett lagstadgat monopol som klaganden innehade före liberaliseringen av telesektorn, fordras för att ett system utan snedvridning av konkurrensen ska kunna upprättas, att det dominerande företaget inte genom sin prissättning på marknaden för slutkunder får utsätta åtminstone lika effektiva konkurrenter för en konkurrensnackdel som kan hindra eller begränsa deras inträde på den marknaden eller deras möjligheter att utveckla sin verksamhet på den.

- 235 Detta gäller i än högre grad eftersom konkurrenterna eventuellt tillhandahåller slutkunderna andra teletjänster genom klagandens fasta nät, vilka fordrar att grossisttjänster för tillträde till accessnätet köps från klaganden, och eftersom denna konkurrensnackdel på marknaden för slutkunder, såsom förstainstansrätten angav i punkt 199 i den överklagade domen, med nödvändighet vältras över på marknaderna för dessa andra teletjänster.
- 236 I motsats till vad klaganden har gjort gällande innebär den sistnämnda omständigheten emellertid inte att intäkterna från dessa andra teletjänster ska beaktas vid bedömningen av huruvida de konkurrenter som är åtminstone lika effektiva som klaganden kan anses vara likställda under de konkurrensvillkor som råder på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder. Dessa andra teletjänster tillhör nämligen marknader som är skilda från den sistnämnda. Förstainstansrätten gjorde därför en riktig bedömning när den i punkt 199 i den överklagade domen inte innefattade dessa i sin bedömning av huruvida principen lika möjligheter iaktogs på den relevanta marknaden.
- 237 Klaganden har felaktigt åberopat att en brist i motiveringen föreligger på denna punkt. Förstainstansrättens resonemang i punkterna 199 och 237 i den överklagade domen är nämligen inte behäftat med någon brist i motiveringen, eftersom klaganden i enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkterna 135 och 136 kunde få kännedom om skälet till att förstainstansrätten fann att lika möjligheter skulle säkerställas på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder.
- 238 Klaganden har påstått att förstainstansrätten inte förde ett logiskt resonemang när den, i punkt 238 i den överklagade domen, utgick från det felaktiga och motstridiga antagandet att klaganden inte lider någon förlust på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder som klaganden måste kompensera på övriga marknader, medan förstainstansrätten i övrigt konstaterade att klagandens slutkundspriser för dessa tjänster

är lägre än de priser för tillträdestjänster för slutkunder som fastställts på grundval av klagandens kostnader. Domstolen kan inte godta detta påstående.

- 239 I enlighet med vad ovan angetts i punkterna 48 och 49 kan det inte anses att det faktiska antagandet i detta argument har styrkts i förevarande överklagande, eftersom frågan huruvida grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät överensstämmer med klagandens kostnader inte utgör en del av de grunder som åberopades vid förstainstansrätten.
- 240 Förstainstansrätten slog i punkterna 199 och 237 i den överklagade domen fast att klagandens prissättning på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder försatte åtminstone lika effektiva konkurrenter i en situation där de inte var likställda i förhållande till klaganden på samma marknad, vilket såsom framgår av bland annat punkterna 166–168 och 194 i den överklagade domen ledde till marginalpress hos dessa konkurrenter vad beträffar tillträdestjänster. Härigenom visade förstainstansrätten i tillräcklig utsträckning att lika möjligheter inte förelåg på den relevanta marknaden och att en icke snedvriden konkurrens därför inte säkerställdes på denna marknad. Förstainstansrätten var inte skyldig att dessutom pröva huruvida aktörerna var likställda på andra avgränsade marknader, såsom marknaden för samtalstjänster, och därmed om det kunde slås fast att artikel 82 hade åsidosatts på dessa marknader. Härav följer att vad förstainstansrätten konstaterade i punkt 238 i den överklagade domen endast angavs för fullständighetens skull.
- 241 Härav följer att i enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkt 108 är klagandens argument verkningslösa i detta avseende.

242 På samma sätt kan klagandens kritik beträffande punkterna 201 och 202 i den överklagade domen inte godtas, eftersom den har riktats mot en motivering som lämnades endast för fullständighetens skull. I likhet med punkt 238 i den ovannämnda domen avser dessa skäl, som innehåller uttrycken ”för övrigt” respektive ”under alla omständigheter”, även frågan i vilken omfattning den ifrågasatt prissättningen kunde påverka konkurrensvillkoren på andra marknader för slutkunder än marknaden för tillträdestjänster för slutkunder – en fråga som avhandlades för fullständighetens skull.

243 Härav följer att klagandens argument i dessa avseenden är verkningslösa respektive inte kan leda till bifall för överklagandet.

244 Klaganden har genom den andra grundens andra del klandrat förstainstansrätten för att ha gjort en överdrivet begränsad kontroll av det omtvistade beslutet och för att ha valt en metod som inte överensstämde med ekonomisk vetenskap, beslutspraxis hos andra behöriga myndigheter eller verkligheten på marknaden. Detta argument kan i enlighet med den rättspraxis som anförts ovan i punkt 24 inte läggas till grund för en sakprövning, eftersom det inte anges på vilket sätt förstainstansrättens rättstillämpning varit felaktig.

245 Den andra grundens andra del kan därför i vissa delar inte tas upp till sakprövning, är i andra delar verkningslös och kan i övrigt inte leda till bifall för överklagandet.

d) Den andra grundens tredje del avseende inverkan av marginalpressen

i) Parternas argument

²⁴⁶ I ett första argument har klaganden hävdade att förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning när den inte godtog kommissionens uppfattning att det inte var nödvändigt att visa någon konkurrensbegränsande verkan. I sin bedömning av inverkan grundade sig förstainstansrätten, i punkt 237 i den överklagade domen, emellertid på en marginalpress som gällde endast priser för tillträdestjänster. I punkt 238 i den ovannämnda domen grundade förstainstansrätten dessutom sin bedömning på det felaktiga antagandet att klagandens konkurrenter missgynnas i förhållande till denne i fråga om korssubventioneringen mellan tillträdestjänster och samtalstjänster för slutkunder.

²⁴⁷ I ett andra argument har klaganden hävdade att vad förstainstansrätten konstaterade med avseende på den konkurrensbegränsande verkan av det ifrågavarande förfarandet utgör felaktig rättstillämpning. I punkt 239 i den överklagade domen begränsade sig förstainstansrätten nämligen till att ange att de marknadsandelar som klagandens konkurrenter innehade på marknaderna för tillträdestjänster för bredband och smalband fortfarande var små, men den konstaterade inte någonting avseende orsakssambandet mellan dessa marknadsandelar och den marginalpress som gjorts gällande. I telesektorn är det, med hänsyn till de investeringar i infrastrukturen för accessnät som är nödvändiga, emellertid inte överraskande om nätaktörerna gör en långsam inbrytning på marknaden.

²⁴⁸ Klaganden anser att förstainstansrätten i punkt 240 i den överklagade domen misstolkade skäl 182 i det omtvistade beslutet, eftersom detta skäl inte avser att

konkurrenternas marknadsandelar minskat i fråga om analoga anslutningar, utan att andelen analoga anslutningar minskat i förhållande till det totala antal anslutningar som konkurrenterna erbjöd slutkunderna.

249 Kommissionen har bestritt klagandens påstående att förstainstansrätten inte godtog kommissionens uppfattning att det inte var nödvändigt att styrka att konkurrensbegränsande verkan förelåg vid marginalpress. Klagandens argument kan i vart fall inte godtas.

ii) Domstolens bedömning

250 För att pröva den andra grundens tredje del konstaterar domstolen först och främst att förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning när den i punkterna 234–244 i den överklagade domen inte godtog kommissionens argument att den omständigheten att ett dominerande företags prissättning leder till marginalpress för åtminstone lika effektiva konkurrenter utgör missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG och att det inte är nödvändigt att visa någon konkurrensbegränsande verkan.

251 Enligt den rättspraxis som anförts ovan i punkt 174 avser artikel 82 EG, genom förbudet mot missbruk av dominerande ställning på marknaden i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, sådant beteende hos ett företag i dominerande

ställning som hindrar att den konkurrens som fortfarande föreligger på marknaden upprätthålls eller utvecklas genom att använda andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer.

252 Förstainstansrätten fann därvid i punkt 235 i den överklagade domen, utan att dess rättstillämpning var felaktig, att den konkurrensbegränsande verkan som kommissionen är skyldig att visa beträffande ett dominerande företags prissättning som leder till marginalpress för åtminstone lika effektiva konkurrenter hänför sig till eventuella hinder som klagandens prissättning kunde medföra för utvecklingen av utbudet på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder och därmed för konkurrensen på denna.

253 Såsom framgår ovan av punkterna 177 och 178 utgör en sådan prissättning som den som är i fråga i den överklagade domen och som ett dominerande företag såsom klaganden använt sig av, missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG, eftersom denna prissättning genom marginalpress kan leda till en utestängningseffekt för åtminstone lika effektiva konkurrenter. Prissättningen kan försvåra eller rent av omöjliggöra konkurrenternas inträde på den relevanta marknaden och därmed stärka det dominerande företags ställning till förfång för konsumenterna.

254 När ett dominerande företag verkligen använder sig av en prissättning som leder till marginalpress för konkurrenter som är åtminstone lika effektiva, i syfte att utestänga dessa från den relevanta marknaden, kan den omständigheten att det förväntade resultatet inte slutgiltigt uppnåtts inte innebära att förfarandet inte kan anses utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG. Om konkurrenternas konkurrenssituation inte påverkas på något sätt kan sådana priser som dem som är i fråga

emellertid inte anses syfta till utestängning, såvida konkurrenternas inträde på den relevanta marknaden inte försvårats på grund av förfarandet.

255 Eftersom de tjänster för tillträde till accessnät som klaganden tillhandahåller, såsom domstolen konstaterat ovan i punkt 231, är oundgängliga för att dennes konkurrenter ska kunna inträda effektivt på marknaderna för slutkunder, gjorde förstainstansrätten såsom ovan framgår av punkterna 233–236 en riktig bedömning när den i punkt 237 i den överklagade domen fann att den marginalpress som följer av skillnaden mellan grossistpriserna för tjänster för tillträde till accessnät och priserna för tillträdestjänster för slutkunder i princip utgör hinder för konkurrensens utveckling på marknaderna för slutkunder, eftersom en konkurrent som är lika effektiv som klaganden kan bedriva verksamhet på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder endast genom att gå med förlust.

256 Klaganden har emellertid inte bestritt detta konstaterande. Av de skäl som ovan anförts i punkterna 233–236 kan argumentet att intäkter från andra teletjänster som eventuellt tillhandahålls slutkunderna inte beaktats inte leda till bifall för överklagandet. Argumentet avseende punkt 238 i den överklagade domen beträffande möjligheten till korssubventionering är verkningslöst av de skäl som ovan anförts i punkterna 238–241.

257 Dessutom konstaterade förstainstansrätten i punkt 239 i den överklagade domen att "[d]e små marknadsandelar som ... konkurrenter[na] har på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder, efter det att marknaden liberaliserats i och med TKG:s ikraftträdande den 1 augusti 1996, vittnar för övrigt om de hinder som sökandens avgifter har gett upphov till för konkurrensens utveckling på dessa marknader". Detta

omfattas, om någon missuppfattning inte har gjorts gällande, av den bedömning som förstainstansrätten är ensam behörig att göra. I motsats till vad klaganden har gjort gällande framgår det härvid tydligt av uttrycket "har gett upphov till" att förstainstansrätten slog fast att ett orsakssamband förelåg mellan klagandens prissättning och konkurrenternas små marknadsandelar. Klagandens argument i detta avseende kan inte leda till bifall för överklagandet.

258 Förstainstansrätten slog i punkt 244 i den överklagade domen för övrigt fast, vilket inte heller har bestritts i förevarande överklagande, att klaganden inte hade lagt fram någon bevisning för att vederlägga konstaterandena i det omtvistade beslutet, att klagandens prissättning utgjorde en faktisk begränsning av konkurrensen på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder.

259 Domstolen finner under dessa förhållanden att förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning när den fann att kommissionen hade styrkt att klagandens prissättning ledde till konkreta utestängningseffekter för konkurrenter som var åtminstone lika effektiva som klaganden.

260 Denna slutsats påverkas inte av klagandens kritik med avseende på punkt 240 i den överklagade domen. Även om förstainstansrätten skulle ha misstolkat det omtvistade beslutet skulle detta fel sakna verkan, eftersom det avser ett skäl som endast angavs för fullständighetens skull till stöd för bland annat punkterna 237 och 239 i den överklagade domen. Av dessa framgår, mot bakgrund av vad ovan anförts, att förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning när den fann att prissättningen ledde till utestängningseffekter på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder.

261 Den andra grundens tredje del är därför i vissa delar verkningslös och kan i övrigt inte leda till bifall för överklagandet.

e) Slutsats avseende den andra grunden

262 Av vad anförts följer att överklagandet inte kan bifallas på den andra grunden.

4. Den tredje grunden: Felaktig rättstillämpning vid beräkningen av bötesbeloppet på grund av att prisregleringen inte beaktades

a) Den överklagade domen

263 I punkterna 306–321 i den överklagade domen ogillade förstainstansrätten klagandens talan såvitt avsåg grunderna avseende att prisregleringen inte hade beaktats i tillräcklig utsträckning vid beräkningen av bötesbeloppet och att förmildrande omständigheter inte hade beaktats i tillräcklig utsträckning.

264 Beträffande överträdelsens allvar fann förstainstansrätten följande i punkterna 310–313 i den överklagade domen:

- ”310 Förstainstansrätten konstaterar, i motsats till vad sökanden har gjort gällande, att kommissionen med rätta fann att överträdelsen var av allvarlig art under perioden mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 2001 De kritiserade avgifterna förstärker i själva verket de hinder som föreligger för inträde på nyligen liberaliserade marknader och äventyrar därmed den gemensamma marknadens funktion. Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende om att i riktlinjerna [för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna)] (punkt 1 A, andra stycket) kvalificeras en uteslutning av ett företag i dominerande ställning som en allvarlig överträdelse, eller till och med som en mycket allvarlig överträdelse då denna har begåtts av ett företag med monopolliknande ställning.
- 311 Förstainstansrätten påminner, vad avser RegTP:s roll i fastställande av sökandens avgifter, om att när graden av sanktionsåtgärd ska fastställas kan det aktuella företagets agerande bedömas mot bakgrund av att nationell lagstiftning utgjorde en förmildrande omständighet
- 312 Kommissionen har under förhandlingen förklarat att den minskning av bötesbeloppet med 10 procent som beviljades för att beakta den omständigheten att '[klagandens priser för tillträdestjänster för slutkunder] och grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät] var ... föremål för en sektorsspecifik reglering på nationell nivå' (det [omtvistade] beslutet, skäl 212) avser RegTP:s roll i fastställandet av sökandens avgifter, samt den omständigheten att denna nationella myndighet vid upprepade tillfällen under den period som avses i det

[omtvistade] beslutet, undersökte huruvida sökandens [priser] gav upphov till en marginalpress.

313 Förstainstansrätten anser, mot bakgrund av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning då den fastställer bötesbeloppet ... att kommissionen i vederbörlig ordning beaktade de uppgifter som nämns i föregående punkt vid minskningen av grundbeloppet med 10 procent.”

²⁶⁵ Förstainstansrätten underkände därefter, i punkterna 315–320 i den överklagade domen, klagandens argument att denne borde ha ålagts symboliska böter i likhet med det dominerande företaget i kommissionens beslut 2001/892/EG av den 25 juli 2001 i ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – innehållande av internationella postförsändelser) (EGT L 331, 2001, s. 40) (nedan kallat Deutsche Post-beslutet).

²⁶⁶ Förstainstansrätten fastslog härvid följande i punkterna 317–319 i den överklagade domen:

”317 Sökandens situationer skiljer sig således fundamentalt från den situation i vilken företaget som avses i Deutsche Post-beslutet befann sig.

318 Det framgår i själva verket av ... Deutsche Post-beslutet ... att kommissionen fann att det var berättigat att enbart ålägga det företag som avses i beslutet symboliska böter av tre anledningar. För det första för att det aktuella företaget hade agerat på ett sätt som är förenligt med tysk rättspraxis. För det andra för att det inte fanns någon rättspraxis på det specifika området för internationella brevposttjänster, och för det tredje för att det aktuella företaget hade garanterat

att ett detaljerat förfarande för behandling av inkommande internationell brevpост skulle införas, vilket innebar att praktiska svårigheter avlägsnades samtidigt som det blev lättare att upptäcka eventuella framtida begränsningar av den fria konkurrensen.

- 319 Förstainstansrätten har i förevarande fall först konstaterat att den enda dom av de tyska domstolarna som sökanden har hänvisat till är den dom som Oberlandesgericht Düsseldorf meddelade den 16 januari 2002, under den period då överträdelsen bedömdes vara mindre allvarlig i det [omtvistade] beslutet Den domen upphävdes i vilket fall som helst genom dom meddelad av Bundesgerichtshof den 10 februari 2004. Det framgår även av det [omtvistade] beslutet ... att kommissionen tillämpade samma principer som dem som låg till grund för [kommissionens beslut 88/518/EEG av den 18 juli 1988 i ett förfarande enligt artikel 82 i EEG-fördraget (IV/30.178 – Napier Brown – British Sugar) (EGT L 284, s. 41)]. Kommissionen hade emellertid redan i sitt tillkännagivande av den 22 augusti 1998, om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn, benämnt Ramen, relevanta marknader och principer [EGT C 265, s. 2] (punkterna 117–119) meddelat att den avsåg att tillämpa principerna i beslut [88/518] inom telesektorn. ... Sökanden har för det tredje i förevarande fall inte gjort något åtagande för att förhindra andra eventuella framtida överträdelser.”

b) Parternas argument

- ²⁶⁷ Klagandens tredje grund sönderfaller i tre delgrunder avseende överträdelsens allvar, avseende huruvida prisregleringen inte beaktades tillräckligt som förmildrande omständighet respektive avseende åläggande av symboliska böter.

i) Den tredje grundens första del avseende överträdelsens allvar

— Parternas argument

- ²⁶⁸ Klaganden har hävdad att förstainstansrätten åsidosatte artikel 15.2 i förordning nr 17 och att varken kommissionens argument eller motiveringen i punkterna 306–310 i den överklagade domen utgör stöd för påståendet att klaganden begick en allvarlig överträdelse i den mening som avses i riktlinjerna, under tiden mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 2001.
- ²⁶⁹ Klaganden har dessutom gjort gällande att förstainstansrätten underlät att beakta att enligt punkt 1 A i riktlinjerna ”kan” utestängande beteenden visserligen utgöra allvarliga överträdelser, men att detta inte nödvändigtvis är fallet. Förstainstansrätten underlät därmed att pröva argument som talade mot att överträdelsen skulle anses vara allvarlig, bland annat att klagandens bidrag till överträdelsen var litet, vilket medgavs i punkt 312 i den överklagade domen i samband med nedsättningen av bötesbeloppet med 10 procent.
- ²⁷⁰ Kommissionen har hävdad att klagandens argument delvis är verkningslösa och i övrigt inte kan leda till bifall för överklagandet.

— Domstolens bedömning

- 271 Kommissionen har enligt fast rättspraxis ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller val av metod för beräkning av böter. Denna metod, som beskrivs i riktlinjerna, präglas av flexibilitet, vilket gör det möjligt för kommissionen att utöva sitt utrymme för skönsmässig bedömning i enlighet med artikel 15.2 i förordning nr 17 (se dom av den 3 september 2009 i de förenade målen C-322/07 P, C-327/07 P och C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler m.fl. mot kommissionen, REG 2009, s. I-7191, punkt 112 och där angiven rättspraxis).
- 272 Mot denna bakgrund ankommer det på domstolen att ta ställning till huruvida första instansrätten gjorde en riktig bedömning av hur kommissionen utnyttjade sitt utrymme för skönsmässig bedömning (dom av den 29 juni 2006 i mål C-308/04 P, SGL Carbon mot kommissionen, REG 2006, s. I-5977, punkt 48, och av den 25 januari 2007 i mål C-407/04 P, Dalmine mot kommissionen, REG 2007, s. I-829, punkt 134).
- 273 Det följer av fast rättspraxis att bedömningen av hur allvarliga överträdelser mot unionens konkurrensrätt är ska göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom de särskilda omständigheterna i målet, det sammanhang i vilket målet ingår och böternas avskräckande verkan. Härvid har emellertid inte fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som måste tas i beaktande (se, bland annat, dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkt 54).
- 274 Bland de faktorer som kan påverka bedömningen av hur allvarliga överträdelserna har varit återfinns det ifrågasättande företags beteende och roll vid genomförandet

av det ifrågavarande förfarandet, den vinst företaget kunnat göra genom detta förfarande, dess storlek och värdet på de ifrågavarande varorna samt den risk som överträdelser av detta slag innebär för genomförandet av unionens mål (se, analogt, dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, *Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen*, REG 1983, s. 1825, punkt 129, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, och domen i det ovannämnda målet *Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen*, punkt 242).

- 275 Förstainstansrätten gjorde sig således inte skyldig till felaktig rättstillämpning i förevarande mål när den i punkt 310 i den överklagade domen slog fast att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den fann att den överträdelse som klaganden begick under perioden mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 2001 var allvarlig. Den ifrågavarande prissättningen förstärker nämligen de inträdeshinder som föreligger på nyligen liberaliserade marknader och äventyrar därmed den inre marknadens funktion. Såsom följer av domstolens praxis utgör sådana förfaranden som i likhet med det förevarande syftar till utestängning och som vidtas av dominerande företag särskilt allvarliga överträdelser mot artikel 82 EG (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen*, REG 1974, s. 223, punkt 51, svensk specialutgåva, volym 2, s. 229, och domen i det ovannämnda målet *AKZO mot kommissionen*, punkt 162).
- 276 Enligt lydelsen i punkt 1 A andra stycket i riktlinjerna kan sådana förfaranden som syftar till uteslutning av konkurrenterna från marknaden anses utgöra en allvarlig överträdelse, eller till och med en mycket allvarlig överträdelse när de vidtas av företag med monopolliknande ställning.
- 277 Den omständigheten att klaganden bidragit i liten omfattning till överträdelserna med hänsyn till att RegTP reglerade klagandens priser kan inte påverka vad ovan anförts, eftersom det ifrågavarande företags roll i överträdelserna i princip inte är en obligatorisk omständighet, utan endast utgör en relevant omständighet bland andra för att bedöma hur allvarlig en överträdelse är (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet *Dalmine mot kommissionen*, punkt 132).

278 Av domstolens praxis framgår dessutom, såsom förstainstansrätten angav i punkt 311 i den överklagade domen, att när graden av sanktionsåtgärd ska fastställas kan det ifrågasättande företags beteende bedömas mot bakgrund av att nationell lagstiftning utgjorde en förmildrande omständighet (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 620, och domen i det ovannämnda målet CIE, punkt 57).

279 Förstainstansrätten gjorde därför en riktig bedömning när den i punkt 311–313 i den överklagade domen fann att kommissionen, mot bakgrund av det utrymme för skönsmässig bedömning som denna förfogar över när den fastställer bötesbelopp, i vederbörlig ordning beaktade klagandens begränsade roll med hänsyn till RegTP:s ingripande när priserna fastställdes och satte ned grundbeloppet med 10 procent.

280 Genom att i punkterna 311–313 i den överklagade domen slå fast vad ovan anförts gav förstainstansrätten en tillräcklig motivering i den domen. Förstainstansrätten angav nämligen, i enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkterna 135 och 136, tydligt skälen till att överträdelsen varit allvarlig och att det saknades skäl att göra en annan bedömning på grund av att klaganden haft en begränsad roll.

281 Den tredje grundens första del kan därför inte leda till bifall för överklagandet.

ii) Den tredje grundens andra del avseende huruvida prisregleringen inte beaktades tillräckligt som förmildrande omständighet

— Parternas argument

²⁸² Klaganden har anfört att kommissionen i skäl 212 i det omtvistade beslutet endast beaktade att sektorspecifik reglering på nationell nivå förelåg. Kommissionen beaktade däremot inte regleringens innehåll, nämligen bland annat att RegTP hade prövat huruvida konkurrensbegränsande marginalpress förelåg och funnit att så inte var fallet.

²⁸³ Klaganden anser att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den inte klandrade kommissionen för att denna inte hade beaktat två andra förmildrande omständigheter i den mening som avses i punkt 3 i riktlinjerna. På grund av prövningen av huruvida konkurrensbegränsande marginalpress förelåg och av att det i ett antal beslut slagits fast att detta inte var fallet, blev klaganden nämligen övertygad om att dennes beteende var lagenligt. Dessutom begicks överträdelsen på sin höjd av oaktsamhet.

²⁸⁴ Kommissionen anser att klagandens argument i detta avseende inte kan leda till bifall för överklagandet.

— Domstolens bedömning

- 285 Vad först och främst avser argumentet att det inte beaktades att RegTP ansåg att marginalpress inte förelåg, konstaterar domstolen att detta argument grundar sig på en feltolkning av den överklagade domen.
- 286 I punkt 312 i den överklagade domen angav förstainstansrätten nämligen uttryckligen att den nedsättning av bötesbeloppet med 10 procent som kommissionen beviljade i det omtvistade beslutet, för att beakta den omständigheten att klagandens priser för tillträdestjänster för slutkunder och grossistpriser för tjänster för tillträde till accessnät varit föremål för en sektorsspecifik reglering på nationell nivå som avsåg RegTP:s roll i fastställandet av klagandens priser, samt den omständigheten att denna nationella myndighet vid upprepade tillfällen under den ifrågavarande tiden hade undersökt huruvida klagandens prissättning gav upphov till marginalpress. Om någon missuppfattning inte har gjorts gällande omfattas detta av den bedömning som förstainstansrätten är ensam behörig att göra.
- 287 Under dessa förhållanden kan klagandens argument i detta avseende inte leda till bifall för överklagandet.
- 288 Vad för det andra beträffar argumentet avseende huruvida överträdelsen begicks av oaktsamhet, erinrar domstolen om att förstainstansrätten i punkterna 295–298 i den överklagade domen angav skälen till varför argumentet att klaganden inte begått överträdelsen uppsåtligt eller av oaktsamhet inte kunde godtas. Såsom ovan framgår av punkterna 124–137 framkom, vid prövningen av klagandens argument i samband med den första grundens tredje del i förevarande överklagande, inte att förstainstansrättens motivering innebär felaktig rättstillämpning eller att den var otillräcklig.

289 I förevarande argument har klaganden emellertid begränsat sig till att hävda att överträdelsen på sin höjd begicks av oaktsamhet. Utan att göra gällande någon missuppfattning har klaganden därmed begärt att domstolen ska pröva omständigheterna. Enligt den rättspraxis som angetts ovan i punkt 53 kan detta argument därför inte läggas till grund för en sakprövning.

290 Den tredje grundens andra del kan i vissa delar inte tas upp till sakprövning och kan i övriga delar inte leda till bifall för överklagandet.

iii) Den tredje grundens tredje del avseende åläggande av symboliska böter

— Parternas argument

291 Klaganden har hävdat att förstainstansrätten i punkt 319 i den överklagade domen åsidosatte rätten till likabehandling, eftersom den inte i likhet med i Deutsche Post-beslutet ålade klaganden symboliska böter, trots att de tre villkor som kommissionen ställde upp i det beslutet är uppfyllda även i förevarande mål.

292 Klaganden har härvid påstått sig ha agerat i överensstämmelse med de tyska domstolarnas praxis, eftersom RegTP vid flera tillfällen under den ifrågavarande tiden slog fast att den påstådda marginalpressen inte var konkurrensbegränsande. Det är inte relevant att Oberlandesgericht Düsseldorfs dom av den 16 januari 2002 upphävdes

av Bundesgerichtshof år 2004, eftersom detta skedde på grund av att det förelåg en möjlighet till undantag som inte är tillämplig i förevarande mål. Det var först sedan den sistnämnda domen hade avkunnats som klaganden kunde utgå ifrån att det fanns en möjlighet att denne var ansvarig enligt artikel 82 EG. För det andra förelåg inte någon tillämplig praxis från domstolarna i unionen under den ifrågavarande tiden. Det tillkännagivande från kommissionen som anges i punkt 319 i den överklagade domen kan inte anses utgöra rättspraxis och innehåller inte någonting om den avgörande frågan huruvida marginalpress kan konstateras när priserna är reglerade. Förstainstansrätten uttalade sig i övrigt motstridigt, eftersom den i punkt 188 i den överklagade domen angav att domstolen ännu inte uttryckligen avgjort vilken metod som ska tillämpas för att avgöra om marginalpress föreligger. För det tredje kan ett åtagande att bringa överträdelsen att upphöra inte utgöra ett tvingande villkor för att ålägga symboliska böter när det som i förevarande mål inte bjuder några svårigheter att upptäcka den påstådda överträdelsen och det endast är bedömningen av beteendet som ifrågasätts.

²⁹³ Kommissionen har hävdat att klagandens påstående är irrelevant och i andra hand att det inte kan leda till bifall för överklagandet.

— Domstolens bedömning

²⁹⁴ Enligt domstolens praxis hindrar den omständigheten att kommissionen tidigare har tillämpat en viss bötesnivå för vissa typer av överträdelser inte att den höjer denna nivå inom de gränser som föreskrivs i förordning nr 17, om detta är nödvändigt för att säkerställa genomförandet av unionens konkurrenspolitik. En effektiv tillämpning av

gemenskapens konkurrensregler kräver nämligen att kommissionen vid varje tillfälle kan anpassa bötesnivån efter vad denna politik kräver (domen i de ovannämnda för- enade målen *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, punkt 109).

- 295 I förevarande mål lämnade förstainstansrätten i punkterna 317–320 i den överklagade domen en utförlig motivering till varför klagandens situation väsentligt skiljde sig från situationen för det företag som avsågs med *Deutsche Post*-beslutet.
- 296 I förevarande argument har klaganden begränsat sig till att i huvudsak bestrida förstainstansrättens bedömning i detta hänseende. Klaganden har påstått sig vara i samma situation som det företag som avsågs med *Deutsche Post*-beslutet, eftersom de tre skäl som låg till grund för att kommissionen ålade symboliska böter i det beslutet föreligger även i förevarande mål. Därvid har klaganden emellertid inte gjort gällande att någon missuppfattning föreligger och inte heller angett varför denna bedömning skulle innebära felaktig rättstillämpning i ett eller flera hänseenden.
- 297 Härav följer att klaganden, genom att upprepa de argument som åberopades vid förstainstansrätten, i realiteten har begärt omprövning av den ansökan som ingavs till förstainstansrätten. Enligt den rättspraxis som angetts ovan i punkt 24 omfattas detta inte av domstolens prövning i samband med ett överklagande.
- 298 I den mån klaganden har åberopat att punkt 188 i den överklagade domen är motsä- gelsefull kan klagandens argument därför inte leda till bifall för överklagandet. Den omständighet som förstainstansrätten angav i detta avseende, nämligen att domstolen

ännu inte uttryckligen avgjort vilken metod som ska tillämpas för att avgöra om marginalpress föreligger, strider inte mot att förstainstansrätten i punkt 319 i samma dom konstaterade att kommissionen för sin del hade tillämpat principerna i det omtvistade beslutet och angett hur dessa ska tillämpas på telesektorn.

299 Den tredje grundens tredje del kan i vissa delar inte tas upp till sakprövning och kan i övriga delar inte leda till bifall för överklagandet.

c) Slutsats avseende den andra grunden

300 Av vad anförts följer att överklagandet inte kan bifallas på den tredje grunden.

301 Överklagandet ska således ogillas.

V — Rättegångskostnader

302 Enligt artikel 122 första stycket i rättegångsreglerna ska domstolen, när överklagandet ogillas, besluta om rättegångskostnaderna. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 i samma rättegångsregler ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

Kommissionen, Vodafone och Versatel har yrkat att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klaganden har tappat målet, ska kommissionens, Vodafones och Versatels yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

- 1) **Överklagandet ogillas.**

- 2) **Deutsche Telekom AG ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter